

# TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ SAYILMA ÖLÇÜTLERİ

YCGK 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021

*Criteria For Being Considered As Public Official In Turkish Criminal Law*

YCGK 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021

Abdulkadir ÇADAK\*

## Özet

Önceki Türk Ceza Kanununda yer alan “memur” ve “kamu hizmeti gören” ayrımı karışıklığa sebebiyet verdiği için yeni Türk Ceza Kanununda böyle bir ayrım yerine tek bir statü olarak “kamu görevlisi” kavramına yer verilmiş ve bunun tespitinde “kamusal faaliyete katılım” esas alınmıştır. Ancak bu kavram da açıklanmaya ve sınırlandırılmaya muhtaçtır. Bu çalışmada da yukarıda künyesi belirtilen Yargıtay kararı incelemesi vesilesiyle kişilerin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılabilmesi için hangi kriterleri taşıması gerektiği üzerinde durulacaktır. Öğretideki görüşlerden ve yargı kararlarından yola çıkarak genel bir çerçeve çizmenin yanı sıra fail ve mağdur olarak kamu görevlisi ayrımına gidilecek, bu bağlamda ek bir ölçüt olarak kamu güveni üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler :**Kamu görevlisi, kamusal faaliyet, kamu güveni, memur, kamu hizmeti

## Abstract

Since the distinction between “officer” and “public service worker” in the previous Turkish Penal Code caused confusion, the concept of “public official” as a single status is included in the new Turkish Penal Code instead of such a distinction, and “participation in public activities” is taken as the basis for determining this. However, this concept also needs to be explained and limited. In this study, on the occasion of an examination of the Turkish Supreme Court of Appeal decision, which is mentioned above, it will be focused on what criteria people should meet in order to be considered a public official in terms of criminal law. In addition to drawing a general framework based on the views in the doctrine and judicial decisions, a differentiation will be

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, e posta: abdulcadak@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7621-9509.

*made between public officials as perpetrators and victims, and in this context, public trust will be emphasized as an additional criterion.*

**Keywords :** *Public official, public activity, public trust, officer, public service*

## GİRİŞ

765 sayılı Türk Ceza Kanununun ilk halinde kamuda çalışanların sorumluluk statüsü olarak yalnızca memur kavramına yer verilmiş, daha sonra kapsam genişletilerek kamu hizmeti görenlerin de memur gibi cezalandırılmaları öngörülmüştü. Aynı dönemde farklı kanunlarda bazı iş kollarında veya kurumlarda çalışanların, belli vasıfları taşıyanların da ceza hukuku bağlamında memur sayılacağı düzenlenmişti. Bu durum öğretide eleştirilmiş ve bu statünün tek bir kavram altında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK) “*kamu görevlisi*” olarak tek bir kavram benimsenmiş ve temel ölçüt olarak “*kamusal faaliyete herhangi bir surette katılım*” kabul edilmiştir. Ne var ki bunun da soruna kesin bir çözüm getirdiğini söylemek güçtür. Bu sebeple öncelikle kamusal faaliyetin ne olduğu ve katılımın ne şekilde olması gerektiği açıklanmalı, bu kapsamda kriterler tespit edilmeli ve böylece kapsam ve sınırlılıklar belirlenmelidir.

Bu çalışmada mahkemece yazılan yazıya cevap verilmemesi olayını konu alan Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) kararı incelenirken; öncelikle ceza hukuku sorumluluğu tartışılacak, bu doğrultuda görevi kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığı tespitinin ardından ceza hukukunda kamu görevlisi sayılabilmek için hangi ölçütlerin aranması gerektiği öğretisi ve içtihatlar ışığında açıklanacaktır. Kamu görevlisinin kanundaki tanımı geniş ve muğlak bir çerçeve çizdiğinden, belirlilik sağlama ve sınırlama yapma amacıyla kullanılan ifadelerin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda bazı faaliyetleri icra edenlerin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı örnek kabilinden irdelenecektir. Fail ve mağdur olmak üzere kamu görevlisi sıfatında bir ayrıma gidilmesi ve bu bağlamda güven prensibine yer verilecek olması, çalışmanın hem emsal çalışmalardan farklı yönünü ortaya koyacak hem de belirleme ve sınırlama amacına katkı sağlayacaktır.

Kamu görevlisi başlığı altında son olarak, özel kanunlarda kamu görevlisi sayılanlar ve kamu görevlisi gibi cezalandırılanlara ilişkin düzenlemelere

değınilecektir. Karar incelemesi dahilinde ikinci hukuki sorun olarak olayda kabahat nevinden bir sorumluluğun oluşup oluşmadığı değerlendirilmek suretiyle çalışma nihayete erdirilecektir.

## **I. KARAR**

### **A. Olay Özeti:**

SS Kent Konut Yapı Kooperatifi yönetim kurulu ikinci başkanı olan K'nin, hakkı olmayan yere tecavüz suçundan yargılandığı davada Mersin 8. Asliye Ceza Mahkemesince şikâyetçi M'nin kooperatif üyeliğinden çıkarılıp çıkarılmadığı, çıkarılmış ise buna ilişkin tüm belgelerin gönderilmesine ilişkin 06.10.2011 ve 05.12.2011 tarihlerinde kooperatife yazılan yazılara kooperatifte adli yazışmalardan sorumlu S ve P cevap vermemiştir.

### **B. Çözülmesi Gereken Hukuki Sorunlar**

1. Mahkeme tarafından yazılan yazıya cevap verilmemesi suç oluşturur mu?
2. Bu ihmali davranış suç ile birlikte veya tek başına kabahat teşkil eder mi?

#### **1. Mercilerin Çözüm Şekilleri**

##### **a. İlk Derece Mahkemesi:**

Mersin (kapatılan) 1. Sulh Ceza Mahkemesi S ve P'nin, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan TCK'nın 257/2, 62, 50/1-a ve 52/2-4. maddeleri gereğince 1.500 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına hükmetmiştir.

##### **b. Yargıtay Ceza Dairesi:**

Yargıtay 5. Ceza Dairesi S ve P'nin, Mersin 8. Asliye Ceza Mahkemesince şikâyetçi M'nin kooperatif üyeliğinden çıkarılıp çıkarılmadığı, çıkarılmış ise buna ilişkin tüm belgelerin gönderilmesine ilişkin 06.10.2011 ve 05.12.2011 tarihlerinde kooperatife yazılan yazılara cevap vermemesi şeklindeki eylemi nedeniyle kamu görevlisi gibi cezalandırılabilmesine yasal olanak bulunmadığı ve dolayısıyla özğü suç niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacağı, eyleminin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen "emre aykırı davranış" kabahatini oluşturacağı belirtilmiştir.

##### **c. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı:**

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı şu açıklamalarla itiraz kanun yoluna

başvurmuştur: “CMK’nın 161/2-4. maddesi uyarınca adli kolluk görevlileri ve diğer kamu görevlileri, yürütülmekte olan soruşturma ile ilgili ihtiyaç duyulan belgeleri talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür. Maddenin 5. fıkrasına nazaran da belge temininde ihmalleri görülen memur ve amirler hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan soruşturma yapılabileceği öngörülmektedir. CMK’nın 332/2. maddesinde, bilgi isteme tüm özel ve resmî kuruluşları kapsamaktadır. Cevap vermeme hâlinde oluşacağı belirtilen suçun görevi kötüye kullanma olduğu ve özgü suç niteliği taşıdığı için failinin ancak kamu görevlisi olabileceği tartışmasız kabul edilmelidir. Türk Ceza Kanunu’nun tanımlar başlıklı 6/1-c maddesi kapsamında, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette geçici olarak kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi niteliğinde olduğundan, kamu görevlisi sayılacak ve kamu görevlisi gibi cezalandırılması gerekecektir. Sanıkların, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 62/3. maddesinde; kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurlarının suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına öngörüldüğü, Sanıkların, mahkemeye sunmakla yükümlü oldukları, sıfatlarının, tanık, bilirkişi, tercüman görevlendirilmesinde olduğu gibi kamusal faaliyete katılan ve kamu görevlisi sayılan bir kişi konumunda bulunduğu ve TCK’nın 6/c maddesi kapsamında memur sayıldığı, Sanığın kamu hizmetine atama ya da seçilme yoluyla değil ancak geçici olarak kamu hizmetine katılan kişi sıfatında bulunduğu ve mahkemenin talebi üzerine yerine getirdiği özel görevin kamu hizmeti olduğu ve CMK’nın 332/2. maddesi uyarınca bilgi istemenin tüm özel ve resmî kuruluşları kapsadığı tartışmasız kabul edilmelidir. Zira bu düzenleme olmasa da resmî görevliler hakkında TCK’nın 161/5. maddesi kapsamında sorumlu olduğu açıkça görülmektedir. Kanun koyucunun amacı, soruşturma ve yargılamayı yürüten hâkim ve savcılarının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve makul sürede, süratli, adil ve usul ekonomisi açısından uygun şekilde tüm işlemlerin disiplin içinde yürütülmesini sağlamak için resmî ve özel tüm kuruluşları kapsayan CMK’nın 332. maddesinin düzenlendiği ...»

#### ç. Ceza Genel Kurulu:

Ceza Genel Kurulu ise aşağıdaki gerekçeyle 5. Ceza Dairesinin görüşüne iştirak edip itirazı reddetmiştir: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 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 Kanunu 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 yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi kişi bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında üstlendikleri zorunlu veya geçici görevleri nedeniyle kamu görevlisi oldukları ve görevlendirilmeleri nedeniyle kanunda da ne şekilde görevlerini yerine getirecekleri düzenlenerek kamusal faaliyete katıldıkları, kamu görevlisi olan bilirkişiler CMK’nın 66/3-4. maddesi uyarınca yararlı görülecek tedbirlerin alınmasını isteme yahut şüpheliye, sanığa ya da mağdura soru sorma gibi yetkiler kullanmak suretiyle bu sürece katılmaktayken, CMK’nın 332. maddesinde belirtilen faaliyetin ise bilgi vermektan ibaret olması karşısında, kendisinden bilgi istenilen kişilerin kamu görevlisi olmayıp özel hukuk hükümlerine tabi bir kişi olması durumunda CMK’nın 332. maddesinin TBMM Adalet Komisyonuna sunulan teklif gerekçesinde “Suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amacıyla söz konusu önergenin verildiği” hususu da dikkate alındığında, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerin teminine yönelik bu zorunluluktan özel kişi ve kuruluşların yargı görevinin işleyişine geçici olarak katıldığı sonucuna ulaşamayacağı, CMK’nın 332. maddesinin lafzı ve Kanun’un sistematığı bir bütün olarak göz önüne alındığında; Türk Ceza Kanunu’nun “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddesi uyarınca da kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği gibi ceza hukuku normlarının sanığın zararına olarak, kıyas niteliğinde, genişletici biçimde yorumlanmasının kanunilik ilkesine ters düşeceği kabul edilmelidir. Bu yüzden eylem görevi ihmal değil, Kabahatler Kanununun m. 32’de düzenlenen “emre aykırı davranış” kabahatini oluşturmaktadır.”

## 2. Görüşümüz

### a. S ve P’nin mahkemeye cevap vermemesi ceza sorumluluğu doğurur mu ?

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CMUK) Ek 4. maddesinde “*Ek birinci maddede gösterilen suçların soruşturma veya kovuşturulması sırasında Cumhuriyet Savcısı veya yardımcıları veya hakim yahut mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere yedi gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilginin verilmesi imkansız*

ise sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği bildirilir. Bilgi istenen yazıda, yukarıdaki fıkralar hükmü ile buna aykırı hareket etmenin kanuni sonuçları yazılır. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kimse, üç aydan altı aya kadar hapis ve beşyüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır” hükmü yer almaktaydı. Yani bilgi ve belge verilmeme hali özel olarak yaptırım altına alınmıştı. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 332. maddesinde ise “(1) Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenilen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir. (2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.” şeklinde hüküm altına alınarak Türk Ceza Kanununda (TCK) yer alan görevi kötüye kullanma suçuna atıf yapılması tercihinde bulunulmuştur.

Bu düzenlemenin ne ifade ettiği konusunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Genel olarak 332. madde dolayısıyla bilgi istenen herkesin, ihmal göstermesi durumunda ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan (TCK m. 257, f. 2) sorumlu tutulacaklarına ilişkin görüş ağır basmaktadır. Bunların bir kısmı maddenin atfı sebebiyle doğrudan sorumluluk doğacağından bahisle bu görüşü savunurken<sup>1</sup>, bir kısmı ise bilgi istenen kişi

<sup>1</sup> Ersan Şen/Buğra Şahin, “Adli Merciler Tarafından Bilgi İsteme ve Görevi Kötüye Kullanma” (Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık, Ekim 2020) [https://sen.av.tr/tr/makale/Adli-Merciler-Taraf%C4%B1ndan-Bilgi-isteme-ve-Gorevi-kotuye-Kullanma#:~:text=\(1\)%20Kanunda%20ayr%C4%B1ca%20su%C3%A7,kadar%20hapis%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r](https://sen.av.tr/tr/makale/Adli-Merciler-Taraf%C4%B1ndan-Bilgi-isteme-ve-Gorevi-kotuye-Kullanma#:~:text=(1)%20Kanunda%20ayr%C4%B1ca%20su%C3%A7,kadar%20hapis%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r), Erişim Tarihi: 7.11.2022; Ceza Genel Kurulunun incelememize konu ve bu konudaki en güncel karar olan yukarıdaki kararına dek içtihatı da CMK m. 332’ye uymama durumunda doğrudan TCK m. 257’den sorumluluğun gerektiği yönünde idi: “CMK’nın 332. maddesinde Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında yazılı olarak istenilen bilgilere on günlük süre içerisinde cevap verilmemesinin yalnızca kamu görevlileri açısından TCK’nın 257. maddesine aykırılık oluşturabileceğine ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemesi, adli kolluk görevlileri ile diğer kamu görevlilerinin yürütülme olan soruşturma kapsamında Cumhuriyet savcısınca ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri temin etme yükümlülüğünün CMK’nın 161. maddesinde düzenlenmesi, diğer kamu görevlilerinin, görevlerinin gereğini yapmakta ihmal veya gecikme göstermelerinin ise zaten görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecek olması nedeniyle CMK’nın 332. maddesinin esasen özel bir müeyyide hükmü teşkil etmesi, bu anlamda anılan düzenlemeye uymamanın TCK’nın 257. maddesine aykırılık “oluşturabileceği”nin yazılması ile 1412 sayılı CMUK’un Ek 4. maddesinde olduğu gibi doğrudan ceza tayini yoluna gidilmesi arasında herhangi bir fark bulunmaması ve CMK’nın

veya kişilerin TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü kapsamında “*kamusal faaliyetin yürütülmesine geçici olarak katılan*” sıfatını aldıkları ve bu yüzden o işle sınırlı olarak kamu görevlisi sayılacaklarından ötürü ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacaklarını belirtmektedir<sup>2</sup>. Aksi görüş ise CMK m. 332, f. 2’nin yollama yaptığı TCK m. 257’nin özgü suç olduğu ve bu suça özgü faillik şartlarına bakılıp değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>3</sup>. Kanaatimizce kanun koyucu, TBMM Adalet Komisyonuna sunulan 332. maddenin teklif gerekçesinde yer alan “*suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amacıyla söz konusu önerenin verildiği*” hususu da değerlendirildiğinde, ilgili maddeyle bilgi vermeme durumunda herkesin ceza tehdidi altında olmasını murat etmiş ancak önceki kanundakinin aksine doğrudan ceza belirlemesi yapmayıp atıf yöntemini benimsemiştir. Aşağıda ilgili başlıkta gerekçesi açıklanacağı üzere kamu görevlisi olmayanın bilgi vermemesi durumu kabahat de oluşturmayacağından yaptırımsız bir yükümlülük düzenlemesi mantıklı görünmemektedir. Durum böyle olmakla birlikte suçta ve cezada kanunilik prensibini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

332. maddesinin TBMM Adalet Komisyonuna sunulan teklif gerekçesinde “*suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amacıyla söz konusu önerenin verildiği*” hususu dikkate alındığında, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerin teminine yönelik zorunluluktan kamu görevlisi olmayanların ayırık tutulmasının düşünülebilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde...” YCGK, 2018/287 E., 2020/409 K., 8.10.2020; Benzer içtihat için: YCGK, 2019/595 E., 2021/58 K., 25.02.2021.

<sup>2</sup> Handan Yokuş Sevük, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 23(39), 257-316, s. 267; “*Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.’de adli yazışmalardan sorumlu sanığın esasen kamu görevlisi sıfatı bulunmamakla birlikte CMK’nın 332. maddesindeki özel düzenleme uyarınca suçların soruşturma ve kovuşturulması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından kendisinden yazılı olarak belge istendiğinde, tıpkı tanık ve bilirkişi görevlendirilmesinde olduğu gibi TCK’nın 6. maddesinde söz edildiği üzere kamusal bir faaliyet olan yargı görevinin işleyişine “herhangi bir surette” katıldığı ve bu anlamda kamu görevlisi sayıldığı, açıklanan sebeple bu yöndeki kabulün görevi kötüye kullanmanın özgü suç olma özelliği ile herhangi bir suretle çelişmediği ve “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” ile bağdaşmayan bir duruma neden olunmadığı, sanığın Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma işlemlerinde yol açtığı gecikmeye bağlı olarak hem adil yargılanma ilkesinin ve hak arama hürriyetinin ihlali sebebiyle şüphelinin ve şikâyetçinin mağduriyetine hem de soruşturma giderlerinin artmasına yol açmak suretiyle kamu zararına sebebiyet verdiği, bu nedenle eyleminin TCK’nın 257. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu...” YCGK, 2018/287 E., 2020/409 K., 8.10.2020.*

<sup>3</sup> Güçlü Akyürek, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Unutulmuş Hükmü: Madde 332 (Bilgi İsteme)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Köksal Bayraktar’a Armağan, 2011, 2(1), 933-942, s. 938.

m.7, Anayasa m. 38, f. 1 ve TCK m. 2, f. 1 hükümleri uyarınca kanunun açıkça suç saymadığı fiillerden dolayı kimseye ceza verilemez. Bu sebeple bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığı açıkça anlaşılıyorsa şüpheden özgürlük yararlanmalıdır (in dubio pro libertate). CMK m. 332, f. 2 hükmü doğrudan TCK m. 257'nin cezasına atıf yapsa veya açıkça bu suçtan dolayı sorumluluğuna gidileceği belirtilse idi sorun bulunmayacaktı. Ancak böyle bir sınırlama yapılmadığından, yapılan yollamanın ilgili suç düzenlemesinin bütün unsurlarıyla bağlı olması gerektiği düşüncesindeyiz. 332. maddenin 2. fıkrasında "... aykırı hareket etmenin TCK 257. maddeye aykırılık teşkil 'edebileceği' yazılır" cümlesi de bu düşüncemizi pekiştirmektedir. Bu yüzden suçun oluşup oluşmadığıyla ilgili TCK m. 257'nin unsurları ve şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekecektir.

TCK madde 257'ye göre "(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Madde lafzından da anlaşılacağı üzere bu suç özgü suçtur ve yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Ayrıca suçlar kural olarak kasten işlenebileceğinden ve bu suçun taksirli hali düzenlenmediğinden suçun oluşması için kasıt şarttır. Mahkeme tarafından yazılan yazıya cevap vermenin kamu görevlisinin görevi olduğu gerek CMK m. 332 f. 1 düzenlemesinden açıkça, gerekse cumhuriyet savcısına bilgi ve belge temin etme hususunu düzenleyen CMK m. 161, f. 4 ve f. 5 hükümlerinden<sup>4</sup> dolayı olarak anlaşılmaktadır. Burada sorun kimlerin kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerektiği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Somut olayda S ve P'nin adli yazıya cevap vermeyerek görevlerini ihmal ettikleri görülmektedir. Kastın yokluğunu kabul etmeyi gerektirecek bilgiler de mevcut değildir. Bu

<sup>4</sup> "(4) Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür. (5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmaktan kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır."



durumda S ve P'nin kamu görevlisi olup olmadıkları tartışılmalıdır.

### (1). Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı

İlk halinde yalnızca “memur” kavramına yer verilen 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde değişiklik yapan 3038 s. Kanun gerekçesinde “*Ceza Kanununun kimlerin memur sayılacağını gösteren 279. maddesi, özellikle bu layiha ile teklif olunan değişikliklerden sonra, maksadı ifadeye kafi gelmemektedir. Esasen bu eksiklik nedeniyle mer'i kanunun 211.maddesinde 279. maddedeki tarifin dışında kalan bazı kimselerin de, memur gibi rüşvet suçunu işleyebilecekleri kabul olunmuştur. Devletin emniyeti aleyhine cürümler bahsinde yapılması teklif olunan değişiklikler sebebi ile de, memur hakkındaki tarifin daha geniş tutulması lüzumuna kani olan ve değişikliği teklif olunan maddelerin bazılarında, memurdan başka, kamu hizmeti görmekle muvazaf kimselerden bahsedilmekte ve bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte olduğunu göz önünde tutan encümenimiz 279. maddenin de tadilini teklif etmeğe karar vermiştir.*” ifadelerine yer verilmiştir<sup>5</sup>.

765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde kamu fonksiyonu; kamu görevi ve kamu hizmeti olarak ikiye ayrılmış ve uygulamada memur; “*devamlı veya geçici şekilde teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü kamu kurumları memur, müstahdemleri ile belirtilen kamu görevini devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak yapan diğer kimseler*” biçiminde ifade edilmişti. Bu tanım uyarınca kamu hizmeti yükümlüsü olan kimseler ise memur sayılmamaktaydı. Bu uygulamanın neticesinde aynı kamu kurumu veya Devlet dairesinde tahakkuk memuru, daktilo memuru ve yönetici sınıfındaki kimseler memur sayılmaktayken, aynı dairede şoför, aşçı, hizmetli, vb. kadrolarda çalışanlar ise kamu hizmeti yükümlüsü olmalarından ötürü memur olarak kabul edilmemekteydi. Bu şekilde, sayılanların bazıları zimmet suçunun faili olabilirken, diğerleri zimmetin değil, herkes tarafından işlenebilen güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilmekteydi. Bu durum öğretilerde eleştirilmiş, çalışanların az ya da çok kamu gücünü temsil etmeleri sebebiyle böyle bir ayırım yapılmasının yanlış olduğu, daha genel bir kavram olan “kamu görevlisi” kavramının daha uygun olacağı<sup>6</sup> savunulmuştur. Bu eleştiriler doğrultusunda 5237 sayılı Kanunda

<sup>5</sup> Burcu Demren Dönmez, “Türk Ceza Hukukunda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, TBB Dergisi, 2011, Sayı: 94, 95-130, s. 106-107.

<sup>6</sup> İzzet Özgenç, “Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1994, 4 (1-2), 329-348, s. 332-335.

kamu görevi-kamu hizmeti yükümlüsü ayrımı terk edilmek suretiyle yeni bir tanım getirilmiştir<sup>7</sup>.

5237 sayılı TCK'nın “*tanımlar*” başlıklı 6. maddesinde kamu görevlisi: “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Belirtmek gerekir ki bu tanım her durumda tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta değildir. Özellikle “*herhangi bir surette sürekli, süreli ve geçici olarak katılan kişi*” deyimini kapsama hayli genişletmektedir. Bu yüzden ek kıstaslara ihtiyaç bulunmaktadır. Gökcan'a göre -madde gerekçesinde de belirtildiği üzere- bir faaliyetin kamusal faaliyet sayılabilmesi için; kamu adına yürütülen bir faaliyetin varlığı, hizmetin kuruluşunun kanuna ve siyasi iradeye dayanması, hizmetin yürütülmesinde kamu erkinin, otoritesinin kullanılması, ayrıca “*herhangi bir surette*” ibaresinin “*kamu hukuku usulüne uygun bir surette*” şeklinde anlaşılması gerekir. Aksi halde örneğin çocuğunu nüfusa kaydettirmekte olan baba da kamu görevlisi sayılacaktır. Örneklerle açıklamak gerekirse; milletvekili, muhtar, belediye başkanı gibi seçilerek göreve gelen ya da seçim dolayısıyla görev alan seçim sandık kurulu üyeleri gibi belirli süreli olarak görev üstlenenlerin iştirak usulü özel kanun ile belirlenmiştir. Yine, kamu kurum ve kuruluşlarının memur, sözleşmeli ve işçi kadrosu ile sürekli istihdam ettiklerinin kamusal faaliyete istihdam usulü de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve ilgili diğer özel kanunlarda düzenlenmektedir. Geçici bir kamu görevinin, yetkili makamların görevlendirmesiyle üstlenilmesi de çeşitli kanunlara göre yapılmaktadır. Örneğin, tanık, bilirkişi ve tercüman, usul kanunları gereği adli makamlarca belirli bir görevin yapılması müddetince görevlendirilmektedir<sup>8</sup>. Kamusal faaliyete kamu hukuku usulüne uygun surette yani Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) m. 128'deki ifadeyle “*genel idare esaslarına uygun bir surette*” katılmak gerekir. Böylece az ya da çok kamu erkinin kullanımı söz konusu olacaktır<sup>9</sup>.

Bu gereklilik TCK m. 262'den de çıkarılabilir. “*Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi*” başlıklı düzenlemeye göre “*Bir kamu görevini, kanun*

<sup>7</sup> Hasan Tahsin Gökcan, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, CHKD, 2015, 3 (2), 147-160, s. 149.

<sup>8</sup> Gökcan, TCK Uygulamasında Kamu Görevlisi, s. 150-151; Hasan Tahsin Gökcan, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 33; Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 43 vd.; YCGK, 2010/258 E., 2011/46 K., 12.4.2011.

<sup>9</sup> Özgenç, Yükümlülük Suçları, s. 333-334.

ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir”. Madde gerekçesinde de kişinin kamu görevinin verdiği yetkileri kötüye kullanmaya kalkışmasının suçun oluşumu bakımından temel unsur olarak dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Madde başlığı, metni ve gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kamusal yetkinin kullanımı tek başına kişiye kamu görevlisi sıfatı kazandırmadığı gibi, aksine, usulüne göre kullanılmaması suç oluşturmaktadır. Bu sebeple 5237 sayılı TCK’nın eski kanuna göre nesnel bir kriter olarak kamusal faaliyete katılımı esas aldığı, katılım şekline önem atfetmediği<sup>10</sup> söylenebilirse de mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde kamu hukuku usulüne uygun bir katılımın arandığı kabul edilmelidir. Kamu hukuku usulüne uygunluk istihdam ilişkisiyle sınırlı olarak da anlaşılmalıdır. Zira ceza hukuku anlamında kamu görevlisinin istihdam edilmiş olması şart değildir<sup>11</sup>.

Ceza hukuku bakımından kamu görevlisi statüsü belirlenirken idare hukukundan yararlanılabileceği düşünülebilir. Ancak iki farklı hukuk disiplini olmaları ve sonuçlarının farklılık arz etmesi itibarıyla idare hukukunun referans alınması doğru olmayacaktır. TCK’nın “tanımlar” başlıklı 6. maddesinin başında tüm fıkralara şamil olmak üzere yer verilen “ceza kanunlarının uygulanmasında” ibaresi de bunu desteklemektedir<sup>12</sup>. Kesiştiği alanlar olsa da idare hukukunda kamu görevlisi sayılmayan kişilerin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi statüsüne sokulması mümkündür<sup>13</sup>.

İdare hukukunda kamusal faaliyetin “kamu hizmeti” olarak nitelendirilmesi ve bunun da “kamuya yararlı hizmet” olarak anlaşılması, ceza hukukunda da aynı şekilde karşılık bulmasını gerektirmemektedir. Ceza hukukundaki kamusal faaliyet, kamuya yönelik veya kamuya yararlı tüm faaliyetleri kapsamına alacak kadar geniş yorumlanmamalıdır<sup>14</sup>. Yargıtay

<sup>10</sup> Selami Turabi, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku Dergisi, 2012, Sayı: 20, 87-110, s. 88.

<sup>11</sup> Muharrem Özen/Önder Tozman, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, 2009, 25-57, 42 (4), s. 46.

<sup>12</sup> Aras Türay, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 14 (2), 355-377, s. 364.

<sup>13</sup> Durmuş Tezcan, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine, İşleyişine ve Kamu Barışına Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, 2008, s. 480; İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Birinci baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 103.

<sup>14</sup> Gökcan, TCK Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı, s. 150; Demren Dönmez, s.120.

da “*site ve apartman yönetim kurulu başkanı ve üyelerinin kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacaklarını*” belirtmiştir. Yine Medeni Kanununun 398 vd. maddeleri uyarınca kısıtlı olan babasına usulüne uygun olarak vasi olarak atanan sanığın özel vesayet görevinin kamusal nitelik taşımayıp bu nedenle kamu görevlisi sayılmayacağına karar vermiştir. Bir başka deyişle Yargıtay, gerçekleştirilen faaliyetin kamuya yararlı bir faaliyet olmasını tek başına kamu görevlisi olmak için yeterli bir kriter saymamaktadır<sup>15</sup>.

Kamu hizmeti kavramı geniş olmakla birlikte “*kamu görevlisi*” kavramına idare hukukunda daha dar bir anlam verildiğini de belirtmek gerekir. Danıştay, 4483 s. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun bağlamında kamu görevliliğinin sınırlarını Anayasa m. 128’e atıfla çizmeye çalışırken ceza hukukuna göre daha dar anlamda bir kamu görevlisi anlayışı ortaya koymuştur. 1. Daire’ye göre “*kamu hizmeti, umuma arz edilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, anayasanın 128 inci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür. Asli ve sürekli görevler, genel idare esaslarına göre kamu gücü kullanılarak yürütülen görevlerdir. Bu görevlerde kamu gücünü kullanarak çalışanlar ise, kamu görevlileridir. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir. Bu durumda, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerde çalışmayan, kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personel 4483 sayılı Yasa kapsamına girmemektedir*”<sup>16</sup>. 8. Daire de bir kararında avukatlığın, her ne kadar kamu hizmeti olsa da serbest bir meslek olmasından dolayı memurlar gibi kamu görevlisi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır<sup>17</sup>. Anayasa Mahkemesi de benzer içtihatla bulunmuştur<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Demren Dönmez, s. 121.

<sup>16</sup> Danıştay 1. Daire, 2000/29 E., 2000/59 K. sayılı ve 17 .04.2000 tarihli kararı. Aktaran: Hüseyin Aydın, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, 2010, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, 109- 128, s. 116.

<sup>17</sup> 1993/117 E., 1994/306 K., 27.1.1994, Danıştay Dergisi, 1996, sayı 90, s. 818.

<sup>18</sup> “*Kamu hizmetinde istihdam kavramının kamu görevlilerini kapsadığı konusunda bir tereddüt*”

Kamusal faaliyetin “görev” kelimesiyle birlikte düşünülmesi ve bir “yapılması gereken” niteliğini taşıması gerektiği de söylenmelidir. Madde gerekçesi de bu doğrultudadır<sup>19</sup>. Gerekçede belirtilen “*bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” ifadesi, devlete yüklenen ve onun adına yerine getirilmesi gereken faaliyet anlamını taşımaktadır. Bu noktada ödev-görev ayırımına da dikkat çekmek gerekir. Örneğin oy kullanmak vatandaşlık ödevidir. Yapılmaması durumunda ceza da öngörülmüştür<sup>20</sup>. Ancak oy kullanma kamusal bir ödev olsa da tek tek bütün seçmenlere yüklenen bir yükümlülüktür ve seçmenler bireysel tercihini yansıtmak adına bu faaliyete katılırlar. Dolayısıyla kamu adına yürütülen bir faaliyet söz konusu değildir. Ancak seçimin organizasyonu, koordinasyonu ve güvenliği devletin sorumluluğundadır ve bu faaliyete katılan, örneğin sandık başkanları, kamu adına faaliyette bulunmaktadır.

Kamusal faaliyetin yukarıda açıklanan anlamından hareketle her ne kadar kamunun menfaatine de olsa gönüllü inisiyatiflerin kamusal faaliyet,

*düt bulunmamakla birlikte özel hukuk sözleşmeleri ile de kamu hizmetinde istihdam mümkün kılınabilir. Ancak kamu görevlisi olmayan, bir idari sözleşmeyle veya ticari ya da sınai nitelikteki bir özel hukuk sözleşmesiyle kamu hizmetinde çalıştırılmayan ve mesleklerini serbest şekilde icra eden avukatların kamu hizmetinde istihdam edildiklerinin kabulü mümkün değildir. Zira belirtilen durumlar olmadığı müddetçe avukatlık kural olarak idari hiyerarşiye dâhil olmayan serbest bir meslektir. Serbest avukatlığın devletin namına ve hesabına yapılan bir iş olmaması, serbest avukatların baro levhasına kaydolduktan sonra çalışıp çalışmama ve müvekkillerini seçme konusunda kural olarak bağımsız olmaları, devletten herhangi bir maaş almamaları, gelirlerinin müvekkillerinden aldıkları vekâlet ücretinden oluşması, zorunlu müdafilik veya arabuluculuk gibi görevlendirmeler dışında serbest avukatlara devletin mali olarak bir katkısının bulunmaması, serbest avukatlar tarafından yapılan iş ve işlemlerin sonuçlarından devletin mali veya hukuki sorumluluğunun bulunmaması, müvekkilleri ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan tüm haklara kendilerinin sahip olmaları, yükümlülüklerine de kendilerinin katlanması bu yöndeki tespit ve vurguları pekiştirmektedir.”* Tamer Mahmutoglu Başvurusu, Başvuru No: 2017/38953, Karar Tarihi: 23.07.2020, § 115.

<sup>19</sup> “Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasi kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. 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 mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren subay veya erleri de kamu görevlisidir. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesine ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır”.

<sup>20</sup> 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu madde 63 – (Değişik: 28/3/1986-3270/35 md.): “Seçmen kütüğünde kaydı ve sandık listesinde oy kullanma yeterliği bulunduğu halde, Milletvekilliği genel ve ara seçimlerinde meşru mazeretleri olmaksızın katılmayanlar; ilçe seçim kurulu başkanı tarafından on bin lira para cezasıyla cezalandırılırlar. Bu karar kesindir.”

gönüllülerin de kamu görevlisi sayılmayacağını da tespit etmek gerekir. Örneğin yüz elli yılı aşkın geçmişiyle Kızılay Derneği, her ne kadar kamuya yararlı faaliyetler yürüten ve Bakanlar Kurulu kararıyla kamu yararlı dernek statüsüne sokulmuş bir kuruluş olsa da çalışmalarını kamusal faaliyet, çalışanlarını da kamu görevlisi olarak kabul etmemek gerekir. Dernek tüzüğüünün hukuki statüyü belirleyen 4. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde: “Kızılay, insani hizmetlerde imkânları ve kabiliyeti dâhilinde Uluslararası Kızılhaç-Kızılay Hareketi temel ilkelerine uygun şekilde kamu otoritelerine yardımcı rol üstlenir. Bu kapsamda, insani yardım ve kalkınma alanlarında kamu kurum ve kuruluşları ile iş birliği yapar.” ifadesi yer almaktadır. Bu yardımcı rol, tüzüğün muhtelif maddelerinde aynen veya aynı anlama gelecek ifadelerle sıkça tekrarlanmaktadır. Yine aynı fıkranın ç bendinde: “Kızılay, hukuki çerçevesi tanımlanmak suretiyle kamu hizmetlerinde tamamlayıcı işlevler görür. Kızılay’ın kamu otoritelerine yardımcı olmak üzere icra ettiği ve kamu hukukuna tabi görevlerini yerine getirmesine destek vermek üzere kamu kurum ve kuruluşlarınca kolaylık, imtiyaz ve muafiyetler tanınır.” ifadesiyle tamamlayıcı işlevinden bahseder ki bu da tekrarlanan hususlardan biridir. Bu düzenlemelere bakarak derneğin “kamu adına” görev üstlendiğini söylemek mümkün değildir. Kolaylık, muafiyet ve imtiyazların tanınmış olması da kamu erkinin kullanıldığı anlamına gelmemelidir. Derneğin önceki tüzüğünde yer alan “...bu mallar ve alacaklar devlet malı sayılır, bunlara karşı suç işleyenler devlet memuru gibi cezalandırılır” cümlesi yeni tüzükte yer almamaktadır. Belirtmek gerekir ki halen yer alıyor bulunsaydı da tek başına çalışanların kamu görevlisi sayılması için yeterli olmayacaktı. Zira yeni bir cezai sorumluluk statüsü doğduğundan veya mevcut sorumluluk artırıldığından kanunilik ilkesinin<sup>21</sup> burada da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına<sup>22</sup> konu olan bir olayda; sanık evine ait elektrik faturası ile market ve benzin istasyonundan kendi adına yaptığı alışverişi derneğin parasıyla ödemiş ve dernek şubesine ait telefonu özel işlerinde kullanmıştır. Yapılan yargılamada ilk derece mahkemesi güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m. 155, f. 2) hüküm kurmuş, Yargıtay 5. Ceza Dairesi de bu görüşe iştirak etmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı: “Kızılay Derneği diğer derneklerden farklı yapı ve amaçta faaliyet yürütmektedir. Türk Hava Kurumu ile birlikte kamuya yararlı dernek statüsündedir. Dernekler Kanununun 27. maddesi, ‘kamu yararına çalışan

<sup>21</sup> AİHS m. 7; Anayasa m. 38; TCK m. 2, f. 1; TCK m. 61, f. 10: “Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.”

<sup>22</sup> 2012/5-1275 E., 2013/419 K., 22.10.2013.

derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır' hükmüne yer vermektedir. Dernekler Kanununu zimmet suçu yönünden incelerken 32/1-f ile 27/son maddesi birlikte düşünülmelidir. Kanunun 32/1-f maddesinin tüm dernekleri kapsayacak şekilde kabul edilmesi halinde, 27/son maddesinin bir anlamı ve işlevi olmayacaktır. 27/son maddesi ile yasa koyucunun kamuya yararlı dernekleri koruma amacını güttüğü, derneklerin mallarına karşı yapılacak eylemleri daha ağır bir ceza ile cezalandırmak istediği açıktır. TCY'nın 6. maddesinde tanımlanan kamu görevlisi kavramı konumuz bakımından önemlidir. Bu maddeye göre kamu görevlisi, 'kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir'. Kızılay Derneği çalışanlarının ve yetkili kurullarının çalışma ve atama şeklini içeren tüzükte yazılı kamusal faaliyet ve görevlilerin atanma usulleri, dernek çalışanlarının kamu görevlisi olduklarını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Kızılay Derneği Fethiye Şube Başkanı sanığın dernek paralarını hesabına geçirmesi eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kanaatindeyiz." şeklindeki gerekçesiyle faaliyetin kamusal faaliyet, çalışanlarının da kamu görevlisi olduğu yönünde görüş belirtmiş ve karara itiraz etmiştir. Ceza Genel Kurulu ise önceki tüzükte yer alan "devlet memuru gibi cezalandırılır" ibaresinin yeni tüzükte yer almaması ve "5253 sayılı Dernekler Kanununa 15.01.2009 gün ve 5832 sayılı Kanunla ilave edilen 27/A maddesinde de; "Türkiye Kızılay Derneği uluslararası anlaşmalara göre tayin edilen nitelik ve duruma göre; merkezinde genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu, şubelerinde genel kurul ve yönetim kurulu oluşturulması şartıyla tüzüğünde belirlenen şekilde teşkilatlanır ve yönetilir. Kızılay'ın iş ve işlemleri; kanunların verdiği görev ve yetkilere, tüzüğüne ve yönetim kurulunca çıkarılan yönetmeliklere göre yürütülür" düzenlemelerini göz önünde bulundurarak yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile çalışanları genel idare esaslarına göre atanıp yönetilmeyen ve dolayısıyla kamu hukuku yükümlülüğü altına girmemiş olan Türkiye Kızılay Derneğinin Türk Medeni Kanunu ve Dernekler Kanunu hükümlerine göre kurulup faaliyet gösteren ve özel hukuk hükümlerine tâbi olan bir «özel hukuk tüzel kişisi» olduğunda şüphe bulunmadığı sonucuna varmıştır. Buna ilaveten 5253 sayılı Dernekler Kanununun 27. maddesinde yer alan 'kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır' hükmüne dayanarak zimmet suçunun olduğundan bahsedilemeyeceğini, zira zimmet suçunu düzenleyen TCK 247. madde gerekçesinde suçun oluşması için malın devlete ait olup olmamasının önemli olmadığı, ayrıca Dernekler Kanununun 32. maddesinde dernek mallarına

ilişkin bu tür fiiller için bağımsız ceza belirlenmişken, 2008 yılında yapılan değişiklikle TCK m. 155'te düzenlenen güveni kötüye kullanma suçuna atıf yapıldığını belirtmiştir. Genel Kurul, malın görevi sebebiyle değil şahsına duyulan güven sebebiyle teslim edilmesi durumunda zimmet değil güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı kanaatine varmıştır. Böylece her ne kadar açıkça dernek görevlilerinin kamu görevlisi olup olmadıklarına dair açık görüş belirtmese de bütüne ve gerekçelere bakıldığında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu tespitine katılmadığı sonucu çıkarılabilecektir.

Kızılay Derneğiyle alakalı bu karardan mühlhem olarak ayrıca değinilmesi gereken bir diğer husus da özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyetlerinin kamusal faaliyet, çalışanların da kamu görevlisi olup olamayacağıdır. Hemen belirtelim ki kamu hukuku tüzel kişilerinin bütün faaliyetlerinin kamusal faaliyet olduğunu söyleyemeyeceğimiz gibi özel hukuk tüzel kişilerinin kamusal faaliyete katılamayacağını söylemek de mümkün değildir. Yapı denetim kuruluşları buna güzel bir örnek teşkil etmektedir. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunun amaç, kapsam ve tanımları düzenleyen ilk maddesinde kanunun amacı: *“can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek”* şeklinde ifade edilmiştir. Bunun mahiyeti itibariyle kamuya terettüp eden bir yükümlülük olduğu aşikardır. Aynı maddenin 1. fıkrasının 1 bendinde yapı denetim kuruluşu: *“bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. 2. maddede ise yapı denetim hizmetinin yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi veya vekili arasında akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Buradan anlaşılacağı üzere bu kuruluşlar özel hukuk tüzel kişisi hüviyetindedir. Maddenin devamında bu kuruluşların; yapının projesinin, raporlarının mevzuata uygunluğu konusunda görüşünü bildirmek, yapının ruhsat ve ekleriyle mevzuata uygun olarak yapılmasını sağlamak, malzemenin proje, mevzuat ve teknik şartnameye uygunluğunu sağlamak, aykırılıklar durumunda müteahhidi yazılı olarak uyararak gibi yükümlülük ve yetkilerinin bulunduğu görülmektedir. 3. maddede fenni mesuliyeti idareye karşı üstlendikleri, denetim faaliyeti dışında ticari faaliyet yürütemeyecekleri, kuruluşun denetçi mimar ve mühendislerinin, denetim faaliyeti süresince başkaca meslekî ve inşaat işleri ile ilgili ticarî faaliyette bulunamayacakları hüküm altına alınmıştır. Bu kuruluşlarca düzenlenen belgelerin, ceza hükümlerine ilişkin 9. madde hükmünce resmi belge olarak kabul edildiği



de anlaşılmaktadır. Tüm bu bilgilerden, bu kuruluşların kamusal faaliyete katıldıkları sonucunu çıkarmak mümkündür. Nitekim Yargıtay da kurum personelinin kamu görevlisi olduğunu kabul etmektedir<sup>23</sup>.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) de değinilmesi gereken kuruluşlardır. 765 sayılı TCK döneminde KİT personeli m. 279, f. 1 kapsamına girmiyordu. Kanun koyucunun gerekli görmesi üzerine, 3771 sayılı kanunla kanunlaştırılan 399 sayılı KHK'nin 11/b maddesi KİT personelinin bizzat işledikleri suçlar bakımından memur sayılacağını hükme bağlanmıştı. Öte yandan bu kişilere karşı işlenen suçlar bakımından kişinin KİT çalışanı olması önem arz etmemekteydi zira yalnızca ifa ettikleri görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar bakımından memur gibi cezalandırılmaları öngörülmüştü. Düzenleme tamamen ilgili kuruluşların yararına tek taraflı bir koruma sağlıyordu<sup>24</sup>. 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi, bu kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir. Bu nedenle genel hükümler kısmında yer alan kamu görevlisi tanımının yukarıdaki ve benzeri düzenlemeleri ilga edip etmediği üzerinde ihtilaf bulunmaktadır.

Bir görüşe göre TCK m. 6, f. 1, bent c'de yer alan tanım, 31.12.2008 tarihine kadar gerekli değişiklik yapılmamışsa, artık muhtelif kanunlardaki buna ilişkin düzenlemeleri geçersiz kılmıştır<sup>25</sup>. Diğer görüş ise 5252 sayılı

<sup>23</sup> “Sanığın ... Yapı Denetim A.Ş. yönetim kurulu başkanı olduğu, 5237 sayılı TCK'nin 6. maddesinde kamu görevlisinin kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlandığı, 4708 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre yapı denetim kuruluşunun Bakanlık'tan izin belgesi ile faaliyette bulunabilen tüzel kişi niteliğinde olduğu, yapı denetim hizmetinin Bakanlık denetimine tabi olduğu ve anılan Kanun'un 1. maddesinin denetçi mimar ve mühendisin ilgili meslek odasına kayıtlı ve Bakanlıkça kendisine denetçi belgesi verilmiş mühendis ve mimarı tanımladığı nazara alındığında, yapı denetim hizmetinin kamu hizmeti olduğu ve denetçi mimar ve mühendisin bakanlık kontrolü altında iş gören bir kamu görevlisi olduğu...” Yarg. 11. CD, 2018/3684 E., 2021/10086 K., 10.11.2021.; Benzer içtihat için Yarg. 7. CD, 2021/13493 E., 2021/13662 K., 26.10.2021; “Sanığın üzerine atılı görevi kötüye kullanma suçunun TCK'nın 257/1. maddesinde öngörülen cezasının üst sınırı itibarıyla aynı Kanunun 66/1-e ve 67/4. maddelerinde belirlenen 12 yıllık ilaveli dava zaman aşımı süresine tabi olduğu, sanığın ruhsat ve eki projesine aykırı imalatlar yapılmasına rağmen yapı denetim firmasının hak ediş raporlarını imzalamak suretiyle yüklenen suçu işlediği 19/07/2007'nin suç tarihi olduğu ancak durma süreleri de eklendiğinde inceleme gününe kadar ilaveli dava zaman aşımı süresinin gerçekleştiği anlaşıldığından...” Yarg. 9. CD, 2020/7767 E., 2020/2508 K., 08.12.2020.

<sup>24</sup> Demren Dönmez, s. 123.

<sup>25</sup> Güneş Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBB Dergisi, 2009, sayı 82, 139-169, s.142; Demren Dönmez, s. 124; Özgenç de özel olarak KİT ile ilgili düzenlemeye değinmemekle birlikte 31.12.2008 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda yer alan ve

TCK Yürürlük Kanununda yer alan “*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır*” hükmüne dayanarak KİT personelinin, 5237 s. TCK m.6, f. 1, bent c’deki kamu görevlisi sayılma şartlarını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>26</sup>. İlk görüşe katılmakla birlikte 31.12.2008 tarihinden sonra özel kanunlarda farklı statüler öngören düzenlemelerin geçerli olacağını da eklemek gerekir zira mevzuatımızda kanunlarla Anayasa arasında temel kanun bulunmadığından kanun maddeleri arasında bir üstünlük söz konusu olmayacaktır<sup>27</sup>. Daha sonra kanunlaşan 399 sayılı KHK’nın m. 11/b hükmünün böylece geçersiz olduğu kabul edildiğinde örneğin Ziraat Bankasında veznedar olarak çalışan kişilerin TCK m. 6, f. 1, bent c’de yer alan kriterlere uymadıkları için kamu görevlisi sayılmaması gerektiği söylenebilir. Nitekim söz konusu KHK hükmünün kamu bankaları için uygulanmayacağı 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun madde 1, f. 5 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. 2. fıkrada da bankaların anonim şirket statüsünde oldukları belirtilmiştir. Geçici madde 1, f. 3 hükmünce özel hukuk hükümlerine tabi olmayan personelin çalıştırılmayacağı öngörülmüştür.

### (1/a). Fail ve Mağdur Olarak Kamu Görevlisi

Kamu görevlisinin fail olabileceği veya failin kamu görevlisi olması durumunda cezanın artırılacağı suçlarda yukarıda sayılanlara ek olarak kamu görevlisinin ceza hukuku anlamını da düşünmek gerekir. Kamu görevlilerinin işledikleri bazı haksız fiillerin suç haline getirilmesi veya bazı suçların kamu görevlileri tarafından işlenmesi durumunda daha ağır ceza öngörülmesinin altında toplum tarafından bu görevlilerin hukukun icaplarına uygun davranacağına ilişkin güven yatmaktadır diyebiliriz. Bazı suçları kamu

---

TCK’nın genel hükümlerine aykırı olan hükümlerin bu tarihten itibaren geçersiz sayılacağını, ancak TCK 5. madde hükmünün “genel-özel norm” ilişkisinde uygulanmayacağını ifade etmektedir. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On sekizinci bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 108-109; Kanaatimizce kişilerin ceza hukuku bakımından statüsünü belirten normlar da genel norm sayılmalıdır.

<sup>26</sup> Gökcan, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 46; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, On üçüncü bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 907.

<sup>27</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 110; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 49-50.

görevlilerinin daha kolay işleyebilmesi, memurun nüfuzunu suistimal etmesi dolayısıyla böyle ayrık bir durum yaratıldığı savunulsa<sup>28</sup> da bu hususların güven unsurundan bağımsız düşünülmemesi gerekir. İstisnalar dışında yalnızca kamu görevlilerinin işleyebildiği zimmet, irtikap, rüşvet, denetim görevinin ihmali, görevi kötüye kullanma gibi suçların düzenlendiği TCK m. 247 ile 266 arasında kapsayan Dördüncü Kısım Birinci Bölümünün “*Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlığını taşıyor olması da bu görüşümüzü desteklemektedir. Bu suç tiplerinde korunan hukuki değer kamusal idaresine olan güven, idarenin saygınlığı olduğu söylenebilir.

Kamu idaresinden maksat; yasama, yürütme ve yargıdan müteşekkil devlet teşkilatı ve kamu tüzel kişilikleridir<sup>29</sup>. Kamu görevi üstlenen kişinin yükümlülüğünü adalet, eşitlik ve liyakat ilkelerine uygun yürüttükleri konusundaki güvenin ve inancın sarsılmaması gerekir<sup>30</sup>. Bu sebeple bu güvenin, inancın ve beklentinin karşılık bulacağı kişiler, sayılan diğer kriterleri de karşılamak kaydıyla kamu görevlisi sayılmalıdır. Bu yüzden bir işlem bazında haksız eylem veya eylemsizliğin, sırf işlemin kamusal yönünün olması gerekçesiyle failinin kamu görevlisi sayılmaması gerekir.

Failin kamu görevlisi olmasının önem arz ettiği durumlarda bu güven unsurunun da aranması gerektiğini ifade ettikten sonra, mağdurun kamu görevi yerine getiriyor olmasının önem arz ettiği durumlarda daha geniş yorum yapılması gerektiğini söylememiz gerekir. Zira bu kez korunan değer güvenenden ziyade bizzat yerine getirilen faaliyet, kamu görevi, kamu idaresinin sağlıklı işleyişi olduğu kanaatindeyiz<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Sahir Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1947, 2 (3), s. 237.

<sup>29</sup> Duygun Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1964, 30 (3-4), 665-691, s. 668-670.

<sup>30</sup> Özgenç, Yükümlük Suçları, s. 334.

<sup>31</sup> Bazı faaliyetlerin toplum açısından öneminden dolayı özel kanunlarda faaliyeti icra edenlere karşı işlenen suçlarda kamu görevlisine karşı işlenmiş gibi bir cezalandırma öngörülmüştür. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek m. 12’ye 15.04.2020 yılında 7243 sayılı Kanunun 28. maddesiyle eklenen ek fıkraya göre “*Kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan kasten yaralama (madde 86), tehdit (madde 106), hakaret (madde 125) ve görevi yaptırmamak için direnme (madde 265) suçlarında; a) İlgili maddelere göre tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılır. b) Türk Ceza Kanununun 51 inci maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi hükümleri uygulanmaz.*” Koca/Üzülmez’e göre kasten yaralama suçunun kişinin yerine getirdiği kamu görevi sebebiyle işlenmesi zaten nitelikli hal olduğundan bu madde yalnızca özel sağlık kuruluşlarında çalışanlar için anlamlıdır. Kamu kurumlarında çalışanların da zikredilmesi gereksiz-

Bu bağlamda örnek kabilinden tanıklık müessesesi üzerinde durmak gerekir. Her ne kadar TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü gerekçesinde, yüksek yargı kararlarında<sup>32</sup> ve öğretide yaygın olarak tanığın kamu görevlisi olduğu kabul edilse<sup>33</sup> de tanığı gerekçede yazan diğer kişilerden, örneğin bilirkişiden, ayırmak gerekir. Öncelikle tanıklık, herhangi bir makamın tasarrufuyla kazanılan bir statü değildir. Dava konusu olay hakkında beş duyu organıyla doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olmak yeterlidir ki bu da genellikle tesadüf eseridir. Bilirkişi veya tercüman gibi önceden yeterliliklerini tasdik ettirip yemin ederek bir listeye kaydolmuş da değildirler. Dolayısıyla herhangi birine göre fazladan güvenmeyi gerektirecek bir nitelikleri yoktur. Bilirkişiler belli listelerden seçilip atanırlar<sup>34</sup> ve görevlerini yerine getirirken bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişi, uzmanlık alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını isteyecek olursa; hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı, nitelikli ve konusunda bilgisiyile tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verebilir<sup>35</sup>. Görüldüğü üzere bilirkişiler kamu otoritesi tarafından seçilmiş ve davaya özgü olarak atanmış kimselerdir ve görevlerini yerine getirirken kamu erkinin kullanımı da söz konusudur. Ancak tanıklıkta böyle bir durum yoktur. CMK'da tanıklığa ilişkin düzenlemelerin çoğu yükümlülük ve şekil şartları üzerinedir. Bazı durumlarda tanıklıktan çekinme hakkı tanınmış olması ve tanık koruma uygulamalarının varlığı tanığın kamu erki kullandığı anlamına gelmemektedir.

dir. Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sekizinci bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 271-272. Kanaatimizce fıkranın devamında yer alan “*Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır.*” ifadesi işleri daha da karıştırmıştır. Sayılan suçlardan kasten yaralama (TCK m. 86, f. 3, bent c) ve hakaret (TCK m. 125, f. 3, bent a) suçlarında mağdurun kamu görevlisi olması zaten nitelikli haldir. Direnmenin kamu görevlisine yönelmesi, fiili ayrı bir suç haline getirmektedir (TCK m. 265). Tehdidin kamu hizmeti gören kişilere yönelmesi, yerine göre kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi (TCK m. 113) veya görevi yaptırmamak için direnme suçunu (TCK m. 265) oluşturabilir. Yani mağdura kamu görevlisi sıfatı verilmesi bazı fiillerin suç niteliğini değiştirirken bazı suçlarda da nitelikli hale sebebiyet vermektedir. Buradan hareketle ayrıca yarı oranında artırım öngörülmesinin çifte değerlendirme yasağına ve dolayısıyla TCK m. 3'te düzenlenen adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği söylenmelidir.

<sup>32</sup> YCGK, 2019/595 E., 2021/58 K., 25.02.2021; YCGK, 2018/287 E., 2020/409 K., 8.10.2020; YCGK, 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021.

<sup>33</sup> Özgenç, Yükümlülük Suçları s. 334; Demren Dönmez, s. 121; Gökcan, TCK Uygulamasında Kamu Görevlisi, s. 151; Aydın, s.121.

<sup>34</sup> CMK m. 64.

<sup>35</sup> CMK m. 66, f. 4.

Söz gelimi öğrenciye geçer notla karne verip üst sınıfa geçiren veya vermeyip sınıf tekrarı yaptıran özel okul öğretmeninin dahi kamu gücünü kullandığı söylenebilir; ancak tanıklık için bu söz konusu değildir. Bu nedenle tanığın fail olarak kamu görevlisi sayılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla beraber yerine getirdiği görev itibarıyla kamu hukuku usulüne uygun olarak yargılama sürecinin sağlıklı ilerleyişine hizmet ettiğinden, yerine getirenden bağımsız olarak düşünüldüğünde yargılamanın kamusal faaliyet olduğundan ve tanığın bu faaliyeti kamu adına gerçekleştirdiğinden bahisle tanığa karşı tanıklığıyla bağlantılı olarak işlenen suçlar -örneğin kasten yaralama (TCK m. 86, f. 3, bent c)- bakımından nitelikli hal uygulanmalıdır. Ancak örneğin doğruyu söylememesi için tanığa para verildiğinde rüşvet (TCK m. 252) değil yalan tanıklık (TCK m. 272) suçuna azmettirmenin veya somut olaya göre yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 277) suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

### **(1/b). Kamu Görevlisi Gibi Cezalandırılanlar ve Kamu Görevlisi Sayılanlar**

Yukarıda sayılan kriterlerden biri veya birkaçı olmasa dahi kanun koyucu bazen suç ve ceza siyaseti gereği bazı suçların işlenişine katılan kişileri veya bazı faaliyetlerle uğraşan kişileri “*kamu görevlisi gibi*” cezalandırabilir. Örneğin işkence suçunu düzenleyen TCK m. 94’ün 4. fıkrasına göre bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet suçunu düzenleyen TCK m. 252’in 5. fıkrasına göre ise rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır. Yine 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 62. maddesinin 3. fıkrasında; kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurlarının suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülmüştür. Suçun konusunun arz ettiği önem sebebiyle ilave bir koruma sağlandığı da görülmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere kamuya yararlı derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş sayılır.

Bazı kanunlarda ise belli bir faaliyeti yürüten kişilerin, ceza hukuku bağlamında, doğrudan veya kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacağı düzenlenmiştir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek m. 12’ye göre özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev

yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı TCK uygulanmasında kamu görevlisi sayılır. Yine 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9. maddesinin son fıkrasına göre “*kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı TCK'nın uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır.*” Bu tür maddelerin yürürlük tarihine de dikkat edilmesi gerekir. Daha önce de belirttiğimiz üzere 31.12.2008 tarihinden önce yürürlüğe giren genel hükümlere ilişkin düzenlemeler zımnen ilga edilmiş sayılır. 5580 sayılı kanunun yürürlük tarihi 2007 yılı olduğundan sayılan personellerin ceza hukuku bakımından durumu da yine TCK'nın genel hükümlerine tabi olmalıdır.

## (2). Sonuç

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan ölçütler ışığında somut olaya bakıldığında; Kooperatifte görevli olan S ve P'nin ifa ettikleri görevde kamu otoritesinin kullanılması söz konusu değildir. Kamunun bu konumda görev ifa edenler hakkında herhangi bir özel kuruluşta benzer görevde bulunanlara nazaran fazladan bir güven besleyeceği de söylenemez. Son olarak suç ve ceza siyaseti kapsamında kooperatifte yazışmalardan sorumlu kişilerin kamu görevlisi sayılacağı veya kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına ilişkin geçerli özel bir düzenleme de mevcut değildir. S ve P'nin kamu görevlisi olarak sayılamayacağı, dolayısıyla da görevi kötüye kullanma suçunu (TCK m. 257, f. 2) işleyemeyecekleri böylece tespit edildikten sonra, ihmallerinin yukarıda Yargıtay 5. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu kararlarındaki tespit üzere belirtilen kabahat kapsamında sorumluluk gerektirip gerektirmediği değerlendirilmelidir.

### **b. Mahkeme tarafından yazılan yazıya cevap vermeme kabahat oluşturur mu?**

5326 sayılı Kabahatler Kanununun içtimaı düzenleyen 15. maddesinin 3. fıkrasına göre bir fiil hem suç hem de kabahat oluşturuyorsa yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamıyorsa kabahatten yaptırım uygulanabilecektir. Somut olayda S ve P'nin ihmali davranışlarının suç olmadığı tespit edildiğine göre içtima hükmüne gerek kalmadan doğrudan kabahat dolayısıyla sorumluluğun araştırılması gerekir.

Kabahatler Kanununun 32. maddesi, emre aykırı davranışı yaptırım altına almıştır. 1. fıkraya göre “*yetkili makamlar tarafından adli işlemler*

nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir". Daha önce açıklandığı üzere suç ve ceza içeriklerinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla hem suçta hem de cezada kanunilik söz konusudur. Cezanın belirlenip suç teşkil eden fiillerin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmak üzere bırakıldığı beyaz hüküm, açık hüküm veya çerçeve hüküm suç ve cezalar açısından söz konusu olmamakla birlikte kabahatlerde mümkündür. Kabahatler Kanununun kanunilik ilkesini düzenleyen 4. maddesi de bunu açıkça ifade etmektedir: "(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir." Görüldüğü üzere kabahatler açısından yaptırımda kanuniliğin ön planda olduğu daha yumuşak bir kanunilik prensibi benimsenmiştir<sup>36</sup>. Bununla birlikte bazı kabahatler açısından suç ve cezada kanuniliğe benzer katı bir anlayış korunmuştur. Emre aykırı davranış kabahati de bunlardan biridir. Gerçekten 32. maddenin 2. fıkrasında bu yaptırımın uygulanabilmesi için ilgili kanunda açık hüküm bulunması şartı aranmıştır. 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 66. maddesinde<sup>37</sup> ve Orman Kanununun 107. maddesinde<sup>38</sup> Kabahatler Kanununun 32. maddesine yapılan atıflar buna örnek verilebilir.

Bir bütün halinde unsurlarıyla değerlendirmek gerekirse; bu kabahatten

<sup>36</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 137.

<sup>37</sup> Valinin yetki ve sorumluluklarıyla ilgili 11. madde ve Kaymakamın yetki ve sorumlulukları ile ilgili 32. maddede ilan, karar ve tebliğlere uymayanlar hakkında aynı kanunun 66. Maddesi hükmünün uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 66. maddeye göre "İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır." Ancak, aynı maddenin devamında; kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranmak suç olarak düzenlenmiş, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Kanaatimizce bu düzenleme belirlilik ve dolayısıyla suç ve cezada kanunilik açısından sorunludur. Çünkü ceza belirlenmiş olsa da suçun tipikliği idarenin takdirine bırakılmıştır ve bu anlamda düzenleme beyaz hüküm niteliğindedir.

<sup>38</sup> "74 üncü maddede gösterilen tedbirlere riayet etmeyenlere mahallin en büyük mülkî amiri tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesine göre idarî para cezası verilir."

dolayı sorumluluk için yetkili makamların hukuka uygun emri; emrin adli işlemler, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya kamu düzeninden kaynaklı olması, emrin usulünce ilan edilmesi<sup>39</sup> ve kanunda açık hüküm bulunması gerekmektedir. Mahkeme tarafından yazılan yazı her ne kadar yetkili makamlarca verilen hukuka uygun ve adli nitelikte emir sayılsa da mahkemece istenen bilgi ve belgelerin temin edilmemesi durumunda ne Ceza Muhakemesi Kanunu ne de başka bir kanunda emre aykırılık kabahatinin oluşacağına dair bir hüküm bulunmaktadır. Bu sebeple S ve P'nin ihmali davranışının emre aykırılık kabahatini oluşturduğu da söylenemeyecektir.

## SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanununun 161. ve 332. maddelerinde Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkemeler tarafından istenen bilgi ve belgelerin ilgililer tarafından temininin zorunlu olduğu belirtilmiş, 332. maddenin 2. fıkrasında buna aykırı davranışın görevi kötüye kullanma suçunu (TCK m. 257) oluşturabileceği hüküm altına alınmıştır. 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda doğrudan ceza belirlenmişken yeni Kanunda atıf usulü benimsenmiş ancak ifade yeterince açık olmamıştır. Bu sebeple öğretilerde ve içtihatlarda görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bir görüş bilgi ve belge temin zorunluluğuna aykırı davranan herkesin, kamu görevlisi olsun olmasın, doğrudan görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacağını savunurken diğer görüş özgü bir suç olan görevi kötüye kullanma suçunun şartlarına bakılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Bu minvalde de kamu görevlisi sıfatı özelinde bir görüş ayrılığı söz konusudur. Kanun metnindeki “*kamusal faaliyete herhangi bir şekilde katılma*” kriterini dayanak yapan bir görüş, kendisinden belge istenen kişilerin artık kamusal faaliyete katılan sıfatını kazandığı, bu nedenle o işle bağlantılı ve sınırlı olarak kamu görevlisi sayılacağından bahisle yukarıdaki ilk görüşün vardığı sonuca dolaylı yoldan ulaşmaktadır. Diğer görüş ise bilgi ve belge istemenin kişilere kamu görevlisi sıfatı kazandırmayacağını savunmaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu herkesin ceza sorumluluğu altında olmasını hedeflemiş olsa da muğlak bir atıf yöntemi benimsemiş olması hasebiyle doğrudan sorumluluk yerine görevin yerine getirilmediği tespitinden sonra özgü faillik olarak kamu görevliliği şartının aranması gerekmektedir.

---

<sup>39</sup> Abdullah Recai Akalan, “Emre Aykırılık Kabahati”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 11 (1), 369-388, s. 373-374.



765 sayılı Türk Ceza Kanununda kamu görevlisi kavramına yer verilmeyip “memur” ve “kamu hizmeti gören” şeklinde ikili bir ayırım yapılması eleştirilmiş, yeni Kanunda kamusal faaliyet yürütenlerin sorumluluk statüsü için “kamu görevlisi” şeklinde tek bir kavram öngörülmüştür. Bununla birlikte kanun metninde kamusal faaliyete herhangi bir şekilde katılmanın bu statü için yeterli görülmesi yeterince açık ve sınırları belirli bir çözüm olmamıştır. Bu sebeple kamusal faaliyet ve bu faaliyete katılım şekli açıklanmaya ve sınırlanmaya çalışılmıştır. Kanun metninde yer almasa da gerekçede kamusal faaliyet “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasi kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi” şeklinde tanımlanmış, öğretide ve içtihatlarda da buna mutabık kalınmıştır. Hizmetin “kamu adına” yürütülmesi ölçütü önemlidir zira “kamu görevi” kavramı bunu gerektirir ve kamu adına yürütme çoğunlukla kamu erkinin, gücünün, kamusal yetkinin kullanımını da beraberinde getirir. Böylece kamu yararına yürütülen gönüllü inisiyatifler ve oy kullanmak gibi bireylerin kendi adına tasarrufta bulunduğu faaliyetler kapsam dışında bırakılmış olur.

Kamusal faaliyete katılımın şekli kanun metninde sınırlanmamış olsa da bunun kamu hukuku usulüne uygun surette katılım şeklinde anlaşılması gerekir. TCK’da kamu görevinin usulsüz üstlenilmesinin suç olarak düzenlenmiş olması da bu kanıyı desteklemektedir. Zaten kamusal yetkinin kullanımı da ancak usule uygun bir katılımı söz konusu olabilecektir.

Kamu görevliliğinin ayrı bir sorumluluk statüsü olarak belirlenmesinde izlenen gayeye bakıldığında; özellikle kamu görevlisinin fail olduğu özgü suçlar (ör: zimmet) ve failin kamu görevlisi olmasının daha ağır cezayı gerektirdiği suçlarda (ör: resmi belgede sahtecilik TCK m. 204, f. 2) daha ziyade kamu güveninin korunduğu söylenebilecektir. Bu sebeple fail olarak kamu görevlisi sıfatı belirlenirken kamu güveni unsurunun da aranması, dolayısıyla kapsamın biraz daha daralması gerektiği kanısındayız. Bununla birlikte, yapılan işin korunmasının amaçlandığı hallerde çoğunlukla faaliyeti yürüten kişiler mağdur konumundadır. Böyle durumlarda güven unsuru ve hatta mağdur tarafından gerçek anlamda kamu erkinin kullanımı söz konusu olmasa da yapılan iş kamu görevi ve mağdur usulüne uygun olarak katılıp kamu adına hareket etmekte ise kamu görevlisi sıfatı bakımından daha geniş bir değerlendirme yapmak gerekir.

Bazı kanunlarda birtakım faaliyetleri yürütmekte olanların ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılacağı, kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı veya onlara karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacakları

düzenlenmiş olabilir. Bu durumda öncelikle söz konusu düzenlemenin TCK 5. maddenin yürürlük tarihi olan 31.12.2008'den sonra yapılıp yapılmadığına bakmak; önce yapılmışsa zımnen ilga edildiğini, sonra ise geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Geçerli olduğu ihtimalde artık yukarıda sayılan ölçütler olsun olmasın kamu görevlisi sıfatı belirtilen kişilere kanunen verildiğinden ayrıca bir değerlendirmeye gerek olmayacaktır.

Son olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenen bilgi ve belgelerin gönderilmemesinin kabahat oluşturup oluşturmadığı meselesine bakıldığında; Kabahatler Kanununun ilgili maddesinde genel çerçevenin aksine sıkı bir kanuniliğin benimsendiği görülecektir. Yani aslında kabahatlerde çerçeve hüküm mümkün iken “*emre aykırılık*” kabahatini düzenleyen 32. maddede cezalandırma için ilgili kanunda açıkça düzenlemenin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Muhtelif kanunlarda bazı emirlerin yerine getirilmemesi durumu için bu maddeye atıf yapan düzenlemeler yer alsa da bilgi ve belge temini emrine aykırılık durumunda Kabahatler Kanunu m. 32'deki emre aykırılık kabahatinin oluşacağına ilişkin CMK veya başka bir kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle karara konu teşkil eden olayda kabahat nevinden bir sorumluluğun da oluşmadığı kabul edilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Akalan A R, “Emre Aykırılık Kabahati”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 11 (1), 369-388.
- Akyürek G, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Unutulmuş Hükmü: Madde 332 (Bilgi İsteme)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar’a Armağan, 2011, 2(1), 933-942.
- Artuk M E/Gökçen A/Yenidünya A C, Ceza Hukuku Özel Hükümler, On üçüncü bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Aydın H, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, 2010, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, 109- 128.
- Demren Dönmez B, “Türk Ceza Hukukunda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, TBB Dergisi, 2011, Sayı: 94, 95-130.
- Erman, S, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1947, 2 (3), 235-276.
- Gökcan H T, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, CHKD, 2015, 3 (2), 147-160.
- Gökcan H T, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Gökcan H T/Artuç M, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sekizinci bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Okuyucu Ergün G, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBB Dergisi, 2009, sayı 82, 139-169.
- Özen M/Tozman Ö, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, 2009, 25-57, 42 (4).
- Özgenç İ, “Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1994, 4 (1-2), 329-348.

İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Birinci baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On sekizinci bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Şen E/Şahin B, “Adli Merciler Tarafından Bilgi İsteme ve Görevi Kötüye Kullanma” (Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık, Ekim 2020) [https://sen.av.tr/tr/makale/Adli-Merciler-Taraf%C4%B1ndan-Bilgi-isteme-ve-Gorevi-kotuye-Kullanma#:~:text='\(1\)%20Kanunda%20ayr%C4%B1ca%20su%C3%A7,kadar%20hapis%20cezas%C4%B1-20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r](https://sen.av.tr/tr/makale/Adli-Merciler-Taraf%C4%B1ndan-Bilgi-isteme-ve-Gorevi-kotuye-Kullanma#:~:text='(1)%20Kanunda%20ayr%C4%B1ca%20su%C3%A7,kadar%20hapis%20cezas%C4%B1-20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r), Erişim Tarihi: 7.11.2022;

Tezcan, D, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine, İşleyişine ve Kamu Barışına Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, 2008.

Turabi, S, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku Dergisi, 2012, Sayı: 20, 87-110.

Türay, A, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 14 (2), 355-377.

Yarsuvat D, (1964). “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1964, 30 (3-4), 665-691.

Yokuş Sevik H, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 23(39), 257-316.

## KARARLAR

AYM, Tamer Mahmutoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2017/38953, Karar Tarihi: 23.07.2020.

Danıştay 8. Daire, 1993/117 E., 1994/306 K., 27.1.1994.

Danıştay 1. Daire, 2000/29 E., 2000/59 K., 17 .04.2000.

YCGK, 2010/258 E., 2011/46 K., 12.04.2011.

YCGK, 2012/5-1275 E., 2013/419 K., 22.10.2013.

YCGK, 2018/287 E., 2020/409 K., 8.10.2020.

Yarg. 9. CD, 2020/7767 E., 2020/2508 K., 08.12.2020.

YCGK, 2019/595 E., 2021/58 K., 25.02.2021.

YCGK, 2019/595 E., 2021/58 K., 25.02.2021.

YCGK, 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021.

Yarg. 7. CD, 2021/13493 E., 2021/13662 K., 26.10.2021.

Yarg. 11. CD, 2018/3684 E., 2021/10086 K., 10.11.2021.

