

Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi Suçu (TCK m. 262)^(*)*The Crime of Unlawful Undertaking of Public Duty (Art. 262 of TPC)***M. Buhari ÇETİNKAYA**

Doktor Öğretim Üyesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Kamu Görevinin
Usulsüz Olarak
Üstlenilmesi,
Teşebbüs,
Kamu İdaresinin
Güvenilirliği,
Kamu Otoritesi,
Mille ve Devlete
Karşı Suçlar.

Öz

Kamu görevinin sağladığı yetkiler ancak kanunlara uygun olarak kamu görevlileri tarafından yerine getirilebilir. Kamu görevlilerinin sahip olduğu yetkileri kullanması ile gerçekleşen işlemlerin meşru olduğuna güven beslenir. Bu sebeple işlem, ilgisinin aleyhine ise buna katlanmak yükümlülüğüne, lehine ise başkalarına ve kamu otoritesine karşı öne sürmek, savunmak hakkına sahiptir. Haliyle kamu idaresine duyulan güvenin teminat altına alınması gerekir. Kamu görevinden kaynaklı yetkilerin usulsüz olarak üstlenilmesi durumunda kamu idaresine duyulan güven azalacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 262. maddesinde düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, kamu idaresine duyulan güveni ceza hukuku yolu ile teminat altına almaktadır. Maddeye göre kamu görevini kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs edenler ve terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürenler cezalandırılır. Bu çalışmada kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu; korunan hukuki değeri, maddi ve manevi unsurları, hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu etkileyen nedenler, özel görünüş biçimleri ve muhakeme ve yaptırım çerçevesinde ele alınmaktadır.

Keywords

The Crime of Unlawful
Undertaking of Public
Duty,
Attempt,
Crimes against Public
Authority,
Crimes against Nation
and State.

Abstract

The powers granted by public duty can only be performed by public officials in accordance with the law. People have confidence that the actions taken by public officials using their powers are legitimate. For this reason, if the action is against them, they have the obligation to endure it, and if it is in their favour, they have the right to defend it against others and public authorities. Citizens' trust in public authority and administrations must be guaranteed. If the powers granted by public duty are performed unlawfully, trust in public authority and administrations will be weakened. The crime regulated in article 262 of the Turkish Penal Code guarantees the trust in public authority and administrations through criminal law. According to the article, those who attempt to perform public duty contrary to laws and regulations and those who continue their duty despite being notified of an order to abandon it shall be punished. In this study, the crime of unlawful undertaking of public duty is examined within the framework of its protected legal value, material and mental elements, unlawfulness, culpability, special forms of appearance, procedures and sanction.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 30.04.2025, Kabul Tarihi: 19.07.2025.



GİRİŞ

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabının "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümü altında 262. maddesinde düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre "Bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir."

Eski Fransız Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer şekilde mülga 765 sayılı TCK'da ortak "Hükümet memuriyetinin ve unvan ve şerefının gasbı" başlığı altında 252 ve 253. maddelerinde sırasıyla resmi memuriyetin gasbı¹ ve haksız resmi elbise giyilmesi-nişan ve alametlerin kullanılması² düzenlenmekteydi. Keza her iki suç tipi de kamu otoritesinden doğan yetkilerin ve bu otoriteyi simgeleyen işaret ve kıyafetlerin usulsüz olarak üstlenilmesi, kullanılması ve bu surette kamu otoritesinin güvenilirliğinin ve işleyişinin zaafa uğratılmasını cezalandırmaktadır. Eski Fransız Ceza Kanunu da ilgili suçları aynı başlık [ünvanın veya memuriyetin gaspı (*Usurpation de titres ou fonctions*)] altında 258 ve 259. maddeleri altında düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK, bu iki suçu aynı başlık altından çıkarmış ve farklı başlıklar altında farklı maddelerde düzenlemiştir. 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu da ilgili suçları farklı başlıklar altında farklı suçlar olarak düzenleme yoluna gitmiştir [433-12, 433-13'te yetki gaspı (*l'Usurpation de fonctions*); 433-14'te kamu otoritesine özgülenmiş işaretlerin gaspı (*l'Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*)]. Yakın ilişki içerisinde olsa³ da bugün hukukumuzda kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi ve özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma bağımsız suçlardır. Bu bağımsızlıktan dolayı çalışmamızda yalnızca TCK m. 262'de düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, unsurları, çeşitli konulardaki içtihat ve doktrin görüşleri, uygulamada ortaya çıkan sorunlar, bunlara ilişkin çözüm önerileri çerçevesinde incelenmektedir.

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi anlamındaki eylemler ile ceza hukuku yolu ile mücadele edilmesi tabiidir. Çünkü bu fiiller kişilerin maddi zararına yol açsalar da her şeyden evvel devlet otoritesini, kamu idaresine olan güveni sarsan eylemlerdir. Bu sebeple suç, her ne kadar dolandırıcılık, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, konut dokunulmazlığının ihlali gibi suçların işlenmesinde araç olarak kullanılıyor⁴ ve kişilerin zararına yol açıyor olsa da kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Fransız Ceza Kanunu da bu suçu "Devlet otoritesine karşı suçlar" başlığı altında düzenlemektedir. Devlet otoritesi, kamu düzeninin sağlanması ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi, beşerî faaliyetlerin liyakat sahibi mesleki bilgiye sahip kişilerce üstlenilmesini sağlamak adına vatandaşları arasında ayırım yapma ve belirli yetkilerin, kendisinin belirlediği kişilerce kullanılmasına müsaade etme hakkına sahiptir⁵. Üçüncü kişilerin devlet otoritesine ait yetkileri ve ünvanları kullanması otoriteyi sarsar. Kamu idaresine olan güvenin sarsılması ve bu surette devlet otoritesinin itibarının zayıflatılması kişilerin maddi zararının önünde tutulmakta ve korunmaktadır.

¹ ÖNDER, Ayhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 231; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: "Hükümet Memuriyetinin, Ünvan ve Şerefının Gasbı (Madde: 252-253)", *Adalet Dergisi*, 1976, Cilt 67, Sayı 3, s. 204; ERMAN / ÖZEK ise bu suçu "memuriyeti ifa veya ifaya teşebbüs ve memuriyete devam suçları" şeklinde adlandırmaktadır. ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 274.

² GÖZÜBÜYÜK, s. 204.

³ Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi, kamuya ait kıyafet ve işaretlerin kullanılmasına karşı bu suçların kamu itibarının korunması amaç edinmesi dikkate alındığında yakın ilişki içerisinde dirler. GÖZÜBÜYÜK, s. 204.

⁴ ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 1168.

⁵ VITU, Andre: "Fasc. 10 - Commentaire: Usurpation de titres", (Güncelleyen: DECIMA, Olivier) *Juris Classeur Pénal des Affaires*, Cilt III, LexisNexis, Paris, 2013, kn. 1.

I. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Kamu görevi Anayasa, kanunlar ve kanunlara uygun olarak çıkarılmış diğer düzenleyici işlemlerle sınırları belirlenmiş şekilde kişilerin haklarına ve özgürlüklerine müdahale yetkisi sağlamaktadır. Bu surette kamu görevini ancak idare adına hukuki işlem yapma yetkisi ile donatılmış kişiler yerine getirebilir⁶. İdare adına işlem yapma yetkisi ile donatılmamış kişilerin ya da görevi sona ermiş kişilerin kamu adına işlem yapmasına sessiz kalınması kamu idaresinin güvenilirliğini zedeler⁷.

Kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği hukuki işlemler, kişilere çeşitli haklar ve menfaatler sağlayabilir. Yahut tam aksi olarak kamu görevlisince gerçekleştirilen hukuki işlem, kişiler için bir hakkın yitirilmesine, malvarlığında azalmaya neden olabilir. Tüm bu işlemlerin kişiler için geçerli kabul edilmesi ve olumsuz neticelerinin olması durumunda katlanma yükümlülüğünün bulunması, kamu otoritesine ve idareye duyulan güven ve itibardan ileri gelmektedir. Keza kamu görevi bir güven mevkii⁸. Dolayısıyla bu suç ile her şeyden evvel kamu otoritesine ve idareye duyulan güvenin korunulmasını belirtmek gerekir⁹. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun varlık amacı vatandaşların kamu idaresi adına hareket eden kişilere duyduğu güveni teminat altına almaktır¹⁰. Aksi takdirde kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği işlemlerde kendilerine şüpheyle bakılması söz konusu olur ve kamu idaresine güvensizlik ortaya çıkar¹¹. Fransız hukukunda da bu suçun ihdas amacının, failin bir kamu görevlisine ait yetkiyi gasp etmesinin önüne geçilmesinden ziyade failin kanunlarla tanınmış yetkiye sahip olduğuna vatandaşları inandırmasının önüne geçilmesi olduğu dile getirilmektedir¹².

Bu suç bakımından korunan hukuki değer tespitinde suçun düzenlendiği yeri de esas almak gerekmektedir. Bu bağlamda suçun kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması, suç ile korunan hukuki değer kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi olduğunu göstermektedir¹³. TCK'da kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenen suçlardan bazılarının işlenmesi, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişini zaafa uğratmak yanında kişilerin de zararına sebep olmaktadır. Örneğin irtikap suçunda suçun işlenmesi ile birlikte kamu görevlilerine duyulan güven sarsılacak olmakla birlikte icbar edilen, ikna edilen yahut hatasından yararlanan kişi de malvarlığı itibarıyla zarara uğramış olabilir. Dolayısıyla suçun işlenmesinin doğal sonucu olarak kişilerin de zarara uğrayabildiği suçlar birden fazla hukuki değeri koruyabilmektedirler¹⁴. Oysaki kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suç, kişilere ait başkaca hukuki değerleri ihlal edebilecek ise de bunlar bu suçun işlenmesinin doğal sonucu değildir. Yani kişilere ait başkaca hukuki değerler ihlal edilmeden de kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun işlenmesi mümkündür. Haliyle kanaatimizce bu suç ile korunan hukuki değer herhangi bir tartışmaya mahal vermeksizin kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyiştir¹⁵.

⁶ TAŞDEMİR, Özgür: "Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi (TCK md.262)", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 1, s. 3062.

⁷ ERMAN / ÖZEK, s. 272.

⁸ EVİK, Ali Hakan: "Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi", *Özel Ceza Hukuku - Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Cilt IX, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 345.

⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1165.

¹⁰ MERLE, Roger / VITU, Andre: *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cilt I, A. VITU, Cujas, Paris, 1982, kn. 465 vd, s. 355 vd.

¹¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1165.

¹² MERLE / VITU, kn. 463, s. 354; RIBEYRE, Cédric: "Fasc. 20 - Commentaire: Usurpation de fonctions", *JurisClasseur Pénal Code*, Cilt V, LexisNexis, Paris, 2013, kn. 22,23.

¹³ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1098.

¹⁴ Örneğin irtikap suçunda korunan hukuki değere ilişkin tartışmalar için bkz. ÇINAR, İsmail: "İcbar Suretiyle İrtikap Suçu (TCK m. 250/1)", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 5, Sayı 1, s. 351 vd.

¹⁵ Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi yanında kamu idaresinin disiplinli şekilde işlenmesinin de korunduğu söylenmektedir. ARSLAN, Çetin / AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 1065; GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 6. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (TCK Şerhi), s. 8796; ERMAN / ÖZEK, s. 272; ÖNDER, s. 232.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Suçun Konusu ve Mağduru

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun konusu kanun ve nizamlara uygun olarak yerine getirilmesi gereken ve kanun ve nizamlarca korunmakta olan kamu görevidir¹⁶. Kamu görevlisi olmayan yahut da terk emri kendisine bildirilmiş olan kişi, korunmakta olan bu kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmektedir.

Kamu görevi kavramı TCK tarafından tanımlanmamış olmakla birlikte kamu görevlisini tanımlayan “Tanımlar” başlıklı 6. maddenin ilk fıkrasının (c) bendi yol göstericidir. Buna göre “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. Tanımdan yola çıkarak kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu görevi bent kapsamında kamusal faaliyet olarak ifade edilmektedir.

Kamu görevlisi tanımı çerçevesinde bir kişinin kamu görevlisi olarak nitelendirilebilmesi için bir kamusal faaliyete katılması gerekmektedir. Mülga 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinde tanımlanan memur kavramından farklı olarak yürürlükteki düzenleme kişinin katıldığı faaliyeti esas almaktadır¹⁷. Kamusal faaliyet kavramı yazılı hukuk kurallarının çok fazla kullandığı ve tanımı olan bir kavram değildir¹⁸. Öğretide ve idare hukukunda bu kavram yerine genellikle kamu hizmeti, kamu görevi gibi ifadeler tercih edilmektedir¹⁹.

Kamusal faaliyet kavramına dair açıklamalar TCK’nın 6. maddesinin gerekçesinde yer almaktadır. Buna göre:

“Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararla, 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.”

Gerekçedeki açıklamalar ışığında bir faaliyetin kamusal faaliyet olarak nitelendirilebilmesi için iki temel koşula ihtiyaç vardır. İlki hizmetin usullere göre verilmiş siyasi iradeye dayanması, ikincisi kamu adına hizmetin yürütülmesidir.

Hizmetin usullere göre verilmiş siyasi iradeye dayanmasından kasıt hizmetin kamusallaşması için o hizmetin herkese ulaştırılmasını sağlayacak örgütlü bir yapı içerisinde sunulması, bunun için gerekli

¹⁶ LACROIX, Caroline: “Usurpation de titres ou de fonctions”, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Cilt VIII, Dalloz, Paris, 2013, kn.12; EVİK, s. 348; ERMAN / ÖZEK, s. 272; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 107.

¹⁷ AYDIN, Hüseyin: “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 119; GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 27.

¹⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 1068; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1073-1074.

¹⁹ AYDIN, s. 119; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 1068.

istihdamın ve finansmanın sağlanması yani merkezi yahut yerel siyasi iradenin desteğini almasıdır²⁰. Öte yandan bir hizmetin kamusal faaliyet olarak nitelendirilmesi Anayasa ve kanunlarla ve bunlara uygun çıkarılmış düzenleyici işlemlerle belirlenmiş olan usullere göre veriliyor olmasını gerektirmektedir. Keza bu kuralları ve usulleri, merkezi ya da yerel olsun bir siyasi irade ihdas etmektedir²¹.

İkinci koşul olarak hizmetin kamu adına yürütülmesi gerekmektedir. Bir hizmetin kamuya sunulmuş olması, hizmetten kamunun yararlanması hizmetin başlı başına bir kamu hizmeti haline dönüştürmemektedir. Bu noktada kamu hizmeti ve kamuya yararlı hizmet ayrımı yapılmalıdır. Kamu hizmeti bir kamu kurumunun kendi eliyle yahut yakın gözetimi altında özel girişim eliyle gördüğü hizmettir²². Yani faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi için kamuya yararlı olması yeterli olmayıp siyasi irade tarafından da bu şekilde nitelendirilmiş olması gereklidir²³.

Fransız Ceza Kanunu'nda kamu görevlisi ya da kamu görevinin bir tanımı bulunmamaktadır. 1810 Fransız Ceza Kanunu yürürlükte olduğu dönemde, özellikle 19. yüzyıl boyunca doktrin kamu görevi kavramından vatandaşlar üzerinde otorite kullanma yetkisine sahip kişilerin kanuni görevlerini anlamaktaydı²⁴. Sonrasında doktrin ve içtihat bu daraltıcı yaklaşımdan vazgeçerek vatandaşlar üzerinde otorite kullanma yetkisi veren görevleri değil, aynı zamanda bu yetkilerle donatılmış kişilere kamusal gücü uygulamasında katılım sağlayanları da kapsar şekilde geniş bir yorumu benimsemiştir²⁵. Dolayısıyla avukatlar gibi belirli diplomalarla kamu otoritesi tarafından sağlanan ünvanlar sayesinde kamu hizmetlerine katılanların faaliyeti de kamu görevi kapsamında addedilir²⁶. Fakat bunlara ait yetkilerin kullanılması 433-17 maddesinde düzenlenen “ünvan gaspı (*l'Usurpation de titres*)” suçunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi muadili yetki gaspı suçunun koruduğu kamu görevleri yargı görevleri, mülki memuriyetler (bakanlık, taşra teşkilatı, yerel yönetimler, polislik, askerlik) şeklinde mülki ve askeri memuriyetler ile sınırlıdır²⁷.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında TCK bakımından kamu görevlisi kabul edilen kişinin katıldığı kamusal faaliyetin yani kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi ile kamu idaresine yönelik kişilerdeki güven hissi zaafa uğrayacağı için bu suçun mağduru toplumdur.

Doktrinde bu suçun mağdurunun toplum olduğunu söyleyen görüş yanında kamu idaresi olduğunu belirten bir görüş de bulunmaktadır²⁸. Kanaatimizce bu suçun mağduru usulsüz olarak üstlenilen kamu göreviyle ilişkili idare değil toplumdur. Keza aksi yönde görüşler²⁹ olmakla birlikte kanaatimizce tüzel kişiler suçun mağduru olamazlar³⁰. Tüzel kişilerin suçun mağduru olabilecekleri kabul edilse dahi dev-

²⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1069

²¹ Aynı yönde AYDIN, s. 121.

²² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1074.

²³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1074.

²⁴ RIBEYRE, kn.10.

²⁵ GARRAUD, René: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Cilt IV, 3. Baskı, Sirey, Paris, 1916, kn. 1721, s. 651.

²⁶ Fransız ceza hukuku uygulamasında kamu görevlisi kavramı ve bu kavramın yargı kararlarında algılanışında bir birlik olmayışının yarattığı sorunlar ile ilgili değerlendirmeler için bkz. DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe: “Absence d’unité de la notion de ‘personne chargée d’une mission de service public’: contradiction et fragilité des justifications données par la Cour de cassation à sa jurisprudence en matière, notamment, de corruption passive (art. 432-11, c. pén.), de prise illégale d’intérêt (art. 432-12, c. pén.), de menaces (art. 433-3, c. pén.), d’outrages (art. 433-5, c. pén.), de diffamation (art. 31, L. 29 juill. 1881)”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004, s. 91.

²⁷ RIBEYRE, kn. 10.

²⁸ ERMAN / ÖZEK, s. 277. Suçun mağdurunun usulsüz olarak üstlenilen kamu göreviyle ilişkili kamu idaresi olduğu yönündeki görüşü savunan bazı yazarlara göre tartışma tüzel kişilerin suç mağduru olup olamayacağından ileri gelmektedir. Bu görüşü savunanlara göre tüzel kişilerin suç mağduru olamayacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmadığından tüzel kişilerin hak taşıyıcısı olabilir ve suç mağduru olabilirler. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 106; TAŞDEMİR, s. 3065.

²⁹ *Soyaslan*'a göre tüzel kişiler ve devlet kurumları suçun mağduru olabilirler. Örneğin devletin güvenliğine karşı suçlar ve adliye karşı suçlar suçun pasif süjesi olan devlete yani tüzel kişiliğe karşı işlenmiştir. SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 224; TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 96.

³⁰ Aynı yönde KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 115.

let, suçlar ile korunan hukuki değerlerin taşıyıcı olamayacağından³¹ suçun mağdurunun ilgili kamu idaresi değil toplum olduğunu belirtmek gerekir.

Suçun mağduru kural olarak toplum olsa da suçun işlenmesi ile aleyhine sonuç doğurulan kişi ya da kişiler de suçun mağduru haline gelir³². Usulsüz olarak üstlenilen yahut terk emri bildirilmesine rağmen sürdürülen kamu görevi, doğrudan belirli kişi ya da kişiler üzerinde tatbik edilmiş ise bu kişiler de suçun mağdurdur. Suçun işlenmesi sonucu, ilgili kamu görevini usule uygun olarak yerine getirmesi gereken kişi ya da kişilerin mağduriyetine sebebiyet verilmişse ilgili idare mağdur sıfatını kazanamayacaksa da ilgili kamu görevlisi ya da görevlileri mağdur olabilirler³³.

Usulsüz olarak üstlenilen kamu göreviyle ilişkili idare mağdur olamaz ise de suçtan zarar gören olarak kamu davasına katılma hakkına sahiptir³⁴. Usulsüz olarak üstlenilen kamu görevini yerine getirenler bir meslek kuruluşu çatısı altında örgütlenmekteyseler kanaatimizce bu meslek kuruluşu da suçtan zarar gören olarak kamu davasına katılabilmelidir. Keza Fransız hukukunda bu kuruluşların ilgili davalara katılmasına müsaade edilmektedir³⁵.

2. Fiil

a. Genel Olarak

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu düzenleyen TCK'nın 262. maddesi iki seçimlik hareketi düzenlemektedir³⁶. Seçimlik hareketlerden ilki bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs etme, ikincisi terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürme şeklindedir. Doktrinde aynı maddede nitelikleri farklı iki ayrı suçun düzenlendiği görüşünde olan yazarlar da vardır³⁷. Buna göre suçlardan ilki kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmeye teşebbüs suçu, ikincisi ise kamu görevine usulsüz olarak devam suçudur³⁸.

Suçun 765 sayılı TCK'daki hali dikkate alındığında yürürlükteki hali ile 765 sayılı TCK'da düzenleniş şekli arasında çok bir farklılık olmadığı görülmektedir. Keza aynı suçu düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 252. maddesinin ilk fıkrası "*Her kim mülki ve askeri memuriyetlerden birini hıfıfı nizam ifa veya ifaya teşebbüs eyleser üç aydan iki seneye kadar hapis ile mücazat olunur.*" ikinci fıkrası "*Aynı ceza memuriyetini terk ve tatil emri kendisine resmen bildirilmiş olduğu halde yine memuriyetinde devam eden memur hakkında üç aydan iki seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezasıyla birlikte hükümlenir.*" hükmünü düzenlemektedir.

Eski düzenleme ile yeni düzenleme arasındaki belirgin farklılık eski düzenleme *mülki ve askeri memuriyetlerden* bahsederken yeni düzenlemenin kamu görevinden bahsetmesidir. Mülki ve askeri memuriyetin kamu görevi kavramı içerisine dahil olduğu göz önünde tutulduğunda bu değişikliğin eski düzenlemeye göre çok daha kapsamlı bir koruma sağladığı söylenebilir³⁹. Eski ve yeni düzenleme arasındaki bir diğer farklılık ise 765 sayılı mülga TCK'nın 252. maddesinin ikinci fıkrasında, ilk fıkradaki yaptırım yanında üç aydan iki seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezasının da hükmedile-

³¹ ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyula Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 142, 580, 601; ÇINAR, s. 352.

³² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 115.

³³ RİBEYRE, kn. 82; Fr. Yargıtayı, CD, T. 20.05.2009, No. 08-80.677.

³⁴ TAŞDEMİR, s. 3065

³⁵ LACROIX, kn. 88-90.

³⁶ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1165.

³⁷ EVİK, s. 344; ERMAN / ÖZEK, s. 272.

³⁸ EVİK, s. 344-345. Eski kanun döneminde aynı görüşte olan *Erman / Özek* ilkinin memuriyeti ifa veya ifaya teşebbüs suçu, ikincisini memuriyete devam suçu olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 274.

³⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 1067 vd; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1070 vd; EVİK, s. 344; HAFİZOĞULLARI / ÖZEN, s. 107.

ceğinin düzenlenmesidir. Yeni düzenlemede her iki fiil aynı fıkra altında düzenlenmekle birlikte eski düzenlemenin ikinci fıkrasındaki yaptırıma da yer verilmemiştir. Zira böyle bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. TCK'nın 53. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendi gereği kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak memuriyetten yoksun bırakılır. Yine 53. maddenin 5. fıkrası uyarınca ilk fıkroda sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Dolayısıyla 262. madde ve 53. madde hükümleri bir arada okunduğunda terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimse sadece infaz süresince değil infazdan sonra işlemek üzere cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkilerden yasaklanmaktadır.

Fransız ceza hukukunda terk emrine rağmen görevi sürdürme fiili yetki gaspı suçu altında cezalandırılan bir eylem değildir. Fransız Ceza Kanunu'nun 410-1 maddesi ve devamında düzenlenen millete, devlete ve kamu barışına karşı suçlar altında kamu idaresine karşı suçların ayrımı, kamu görevi ifa eden kişiler tarafından işlenenler ve özel kişiler tarafından işlenenler şeklinde yapılmaktadır. Bu bağlamda terk emrine rağmen görevi sürdüren failin eylemi, kamu görevi ifa edenler tarafından işlenen kamu idaresine karşı suçlar başlığı altında m. 432-3 hükmüne göre cezalandırılmaktadır⁴⁰.

Aşağıda sırasıyla TCK 262. maddede düzenlenen iki seçimlik hareket incelenecektir.

b. Bir Kamu Görevini, Kanun ve Nizamlara Aykırı Olarak Yerine Getirmeye Teşebbüs Etme

aa. Teşebbüs Suçu

765 sayılı TCK düzenlemesinden farklı olarak 5237 sayılı TCK bu suça vücut veren ilk seçimlik harekette yalnızca “teşebbüs” etmekten bahsetmektedir. Oysaki 765 sayılı TCK'nın 252. maddesi ifa veya ifaya teşebbüsten bahsetmekteydi. Bu bağlamda her iki düzenlemenin de suçun oluşumu için teşebbüs aşamasına ulaşılmasının yeterli olması sebebiyle teşebbüs suçu düzenlemesi olduğunu belirtmek gerekir. TCK'nın 262, 272, 288, 309, 310, 312 ve 333. maddelerinde düzenlenen suçlar teşebbüs suçlarıdır. Teşebbüs suçları bir suçun tamamlanması için eylemin teşebbüs aşamasında kalmış olmasının yeterli olduğu ve bu aşamaya varduktan sonra kanunda belirtilen ceza ile cezalandırılıp ayrıca teşebbüs indiriminin uygulanmayacağı suçlardır⁴¹.

Yürürlükteki düzenlemede yalnızca teşebbüsten bahsedilmesi iki gerekçe ile açıklanmaktadır. İlki kanun koyucunun korunan hukuki değere verdiği önem sebebiyle eyleme teşebbüs edilmesini, suçun tamamlanması kadar zararlı ve korunan hukuki değeri ihlal eder nitelikte görmesindedir⁴². Bu bağlamda kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesine teşebbüs edilmesi kanun koyucu nazarında kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesinin tamamlanması kadar devlet otoritesini zaafa uğraticı ve kamu idaresine olan güveni sarsıcı niteliktedir. Yani kişi kamu görevini üstlenmeyi, teşebbüs hükümlerine uygun olarak icra hareketleri aşamasına vardırıyorsa eylem tamamlanamamış dahi olsa tamamlanmış gibi cezalandırılacaktır ve teşebbüs indirimi uygulanmayacaktır.

İkinci gerekçe ise failin bu seçimlik hareketi gerçekleştirerek bir kamu görevini ifa edemeyeceği, gerçekleştirdiği işlemlerin hukuken yok hükmünde olduğu ve dolayısıyla tamamlanmış bir kamu görevinden değil usulsüzce yerine getirilmeye kalkışılmış bir kamu görevinden bahsedilebileceği, kanunun bu itibarla teşebbüs ifadesini kullandığıdır⁴³. Bu ikinci gerekçeye katılmadığımızı, zira bu gerekçenin teşebbüs kurumunun teorisi ile de bağdaşmadığını belirtelim. Failin gerçekleştirip tamamladığı eylemlerin bir kamu görevi niteliğinde olmadığı savından yola çıkılıyorsa eylemin icra hareketleri

⁴⁰ Ayrıntılı inceleme için bkz. RIBEYRE, kn.31.

⁴¹ ÖZEK, Çetin: “Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketleri - İcra Hareketi”, *Yargıtay Dergisi*, 1990, Cilt 16, Sayı 1-2, s. 118; SOYASLAN, Doğan: *Teşebbüs Suçu*, Kazancı, İstanbul 1994, 195 vd.

⁴² ÖZEK, s. 105 vd.

⁴³ TAŞDEMİR, s. 3067.

bakımından da aynısının söylenmesi zorunludur. Keza fiil elverişli değil ise ne tamamlanmış hali ne de icra hareketleri aşamasında kalmış hali elverişlidir. Elverişliliğin sadece suçun tek bir unsuru bakımından değil girişilen faaliyetin tümü, hareket ve mevcut diğer şartlar bakımından değerlendirilmesi zorunludur⁴⁴. Bu bakımdan failin suçu tamamlayarak bir kamu görevini yerine getiremeyeceği ama icra hareketleri aşamasına vararak teşebbüs edebileceğini söylemek tutarsızdır.

Teşebbüs suçlarının tamamlanması da mümkündür. Suçun teşebbüs aşamasında kalmış hali ile tamamlanmış halinin cezası bakımından bir farklılık yoktur⁴⁵. Hâkim suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını dikkate alarak tamamlanmış halini teşebbüs aşamasında kalmış haline göre üst sınıra daha yakın bir ceza ile cezalandırabilir (TCK m. 61/1).

Yargıtayın istikrar kazanmış kararlarında kişinin kendisini kamu görevlisi olarak tanıtmamasının bu suçu oluşturmayacağı içtihat eylemektedir⁴⁶. Kanaatimizce Yargıtayın bu içtihadı yerindedir ve teşebbüse ilişkin genel teori ile de uyum içerisindedir⁴⁷. Keza kişinin kendisini kamu görevlisi olarak tanıtmaması başlı başına kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi anlamında icra hareketi olarak kabul edilemez⁴⁸. Kişinin ayrıca kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi anlamına gelecek hareketlerin icrasına da başlamış olması gerekir⁴⁹.

bb. Kanun ve Nizamlara Aykırılık

TCK 262. madde, başlığında kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesinden bahsederken madde metni, kanun ve nizamlara aykırı yerine getirilmesinden bahsetmektedir. Her iki ifade de aslında o kamu görevini düzenleyen yazılı hukuk kurallarına aykırı surette kamu görevinin yerine getirilmesine teşebbüs edilmesini ima etmektedir. Burada husussan nizam ile anlaşılması gereken idare hukukuna kaynaklık eden yazılı hukuk kurallarıdır⁵⁰. Bu çerçevede failin kamu görevini sadece şekli anlamda kanunlara değil o kamu görevini düzenleyen yazılı hukuk kurallarına aykırı olarak üstlenmesi gerekmektedir. Ayrıca failin o kamu hizmetine ilişkin yazılı hukuk kurallarına ne tür bir aykırılık ile kamu görevini üstlenmesinin bu suça vücut vereceği de madde metninden anlaşılabilir. Madde metni kamu görevini yerine getiren kişinin usulen bu görevi yerine getirmeye yetkili olmadığı yönünde olduğundan meselenin idari işlemlerin yetki unsuru çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

İdare hukuku çerçevesinde yetki sakatlıkları pek çok farklı türde ortaya çıkabilir. Yetki gaspı, yetki tecavüzü, fonksiyon gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü şeklinde kişinin yetkili olmadığı bir kamu görevini yerine getirmesi durumunda işlem yetki yönünden sakattır⁵¹. İdarenin görev alanına giren bir konuda idareye tamamen yabancı bir özel hukuk kişinin işlem tesis etmesi *yetki gaspı*dır. İdareye ait bir yetkinin, idare adına irade açıklamaya yetkili fakat o işlemi yapmaya yetkili olmayan bir kişi tarafından kullanılması hali *yetki tecavüzü*dür. Yasama ya da yargı organının yetkisi içerisindeki bir konuda idari makam ya da kamu görevlisinin işlem tesis etmesi *fonksiyon gaspı*dır. İdarenin görev alanına giren bir konuda, idare adına irade açıklama yetkisine sahip bir kişinin, idari iş bölümü esaslarına açıkça aykırı bir şekilde, herkesçe bilinen ve bilindiği varsayılan biçimde başka bir idari birimin alanına giren konuda işlem tesis etmesi *ağır ve bariz yetki tecavüzü*dür⁵².

⁴⁴ ALACAKAPTAN, Uğur: *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 61-62.

⁴⁵ EVİK, s. 358; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 109.

⁴⁶ Bkz. Yargıtay, 14. CD, T. 26.06.2018, E. 2015/3085, K. 2018/4621; Yargıtay, 11. CD, T. 19.06.2017, E. 2015/6295, K. 2017/4726.

⁴⁷ “Sağlığın sağlık ocağına gelerek, kendisinin yeni atanan hekim olduğunu söylemesine karşın görevinin verdiği yetkiyi kullanmaya kalkışmadan kendisinden şüphe edilmesi üzerine hekim olmadığını söyleyerek gerçeği açıklamasından ibaret eyleminde, kamu görevini üstlenmeye teşebbüs suçunun öğelerinin oluşmadığı...” Yargıtay, 4. CD, T. 10.06.2009, E. 2007/12754, K. 2009/11628.

⁴⁸ Aynı yönde ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1066; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 108; ERMAN / ÖZEK, s. 274; ÖNDER, s. 233.

⁴⁹ Aynı yönde TAŞDEMİR, s. 3067.

⁵⁰ TAŞDEMİR, s. 3069.

⁵¹ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 413.

⁵² İdari işlemlerde yetki sakatlıklarının tüm bu türlerine dair ayrıntılı açıklama için bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA s. 413-419.

TCK 262. maddede düzenlenen suç bakımından kanun koyucu madde metninde yetki sakatlığının türü ve derecesine dair bir kısıtlamaya gitmemiştir. Tipik olarak failin kamu görevini usulsüz olarak üstlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bu manada hiçbir ayırım yapılmaz ise yukarıdaki yetki sakatlıklarının tümünün varlığı halinde bu suçun oluştuğu düşünülebilir. Bu durumda idari işlemin yetki yönünden sakat bulunup iptal edildiği her durumda TCK 262. madde çerçevesinde de bir soruşturma ve kovuşturmanın yapılması zorunluluğu ortaya çıkar ki bu durum soruşturma ve kovuşturma mercilerine gereksiz bir yük yüklemek yanında ceza hukukunun prensipleri ile de bağdaşmaz. Keza ceza hukukun son çare olma ilkesi (*ultima ratio*) çerçevesinde idari yargılama hukuku çerçevesinde bir idari işlemdeki sakatlık hukuk düzeninden kaldırılarak kamu düzeni sağlanıyorsa ceza hukuku devreye girmemelidir⁵³.

Doktrinde bu seçimlik harekete hangi yetki sakatlığı türlerinin vücut vereceği belirlenirken işlemin yokluk ile malul olup olmadığı esas alınmaktadır. Bu durumda *yetki gaspı*, *fonksiyon gaspı* ve *ağır ve bariz yetki tecavüzü* hallerinde idari işlem yok hükmünde olduğundan ve beraberine failin suça ilişkin kastının tespiti kolay olduğundan bu hallerde fail, idare adına irade açıklamaya yetkili bir kişi olsun ya da olmasın suç oluşacaktır⁵⁴. Buna göre örneğin polis memuru, olmayan bir arama kararına ya da yoklukla malul bir arama kararına dayanarak ve bunu da bilerek arama işlemi gerçekleştirir ise kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu işlemiş olacaktır⁵⁵. *Yetki tecavüzü* halinde ise işlem yok hükmünde olmayıp idari işlemin iptali gerekir⁵⁶. Bu durumda kamu görevlisi olan kişi konu, zaman ve yer bakımından yetkisini aşarak idari işlem tesis etmektedir. Bu durumda idari işlemin iptali gerekse de fail kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu işlemiş değildir⁵⁷. Ayrıca bu kişinin suça ilişkin kastının ortaya çıkarılması da güçtür⁵⁸. Failin fiile ilişkin kastı tespit edilse dahi yetki tecavüzü halinde failin işlediği suç kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi değil unsurları oluşmuşsa görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) suçudur⁵⁹.

Kanaatimizce hangi tür yetki sakatlığının ilk seçimlik harekete vücut vereceğine dair bir belirleme yaparken esas alınması gereken idari işlemdeki yetki sakatlığının derecesi yahut bir başka anlatımla yokluk ile malul olup olmaması değil, sakatlığın kişi bakımından yetki sakatlığı olup olmadığıdır. Yukarıda yer verilen yetki sakatlıklarından *yetki tecavüzü*, *fonksiyon gaspı* ve *ağır ve bariz yetki tecavüzü* halleri konu bakımından yetki sakatlığıdır. *Yetki gaspı* şeklindeki sakatlık ise kişi bakımından yetki sakatlığıdır. Kanaatimizce TCK 262. maddede düzenlenen suçun ilk seçimlik hareketi, yalnızca yetki gaspı anlamına gelecek şekilde idareye tamamen yabancı bir özel hukuk kişinin, idare adına irade açıklaması yapmaya yetkili kişi tarafından tesis edilecek bir işlemi yapmaya teşebbüs etmesi halinde söz konusu olabilir⁶⁰.

cc. Kamu Görevlilerinin Yetkisindeki İşlemleri Gerçekleştirmeye Teşebbüs Etme

Yargıtay bizce de isabetli olarak failin ancak kamu görevlilerinin yetkisinde olan fiilleri gerçekleştirmeye teşebbüs etmesi halinde suçun oluşacağını içtihat eylemektedir. Kişinin kendisini kamu görevlisi olarak tanıttıktan sonra herkesçe gerçekleştirilebilecek eylemleri gerçekleştirmesi kamu görevinin usul-

⁵³ "... her beğenilmeyen davranışın suç olarak tanımlanmaması gerekir. Cezanın, suçla mücadelede etkin ve verimli kullanılabilmesi aynı zamanda maliyet hesabının yapılmasını zorunlu kılar." TAŞKIN, Ozan Ercan: "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 66.

⁵⁴ TAŞDEMİR, s. 3070 vd.

⁵⁵ ERMAN / ÖZEK, s. 272; EVİK, s. 347.

⁵⁶ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 411, 414.

⁵⁷ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8797-8798.

⁵⁸ TAŞDEMİR, s. 3070.

⁵⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 109.

⁶⁰ Aksı yönde GÖZÜBÜYÜK, s. 205; EVİK, s. 347; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1117; GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8797. "... Bu suç bakımından failin kamu görevlisi olmaması veya üstlenmek istediği kamu görevini yapmaya yetkili ve görevli bulunmayan bir kamu görevlisi olması gerekir..." Yargıtay, 14. CD, T. 02.04.2018, E. 2015/2478, K. 2018/2399.

süz olarak üstlenilmesi suçunu oluşturmaz⁶¹. Söz gelimi kişinin kendisini memur olarak tanıtarak ev sahibi nezdinde güven tesis etmek suretiyle bir daireyi kiralaması halinde suç oluşmaz. Zira daireyi kiralamak ilgili kamu görevi ile alakalı bir işlem olmayıp herkesçe gerçekleştirilebilir bir eylemdir. Beraberinde Yargıtay kişinin usulsüz olarak üstlendiği kamu görevinin yetkisinde olmayan işlemleri gerçekleştirmesinin de bu suça vücut vermeyeceğini içtihat eylemektedir⁶². Yargıtayın bu içtihadının isabetli olmadığı görüşüdeyiz. Bu suç ile korunan hukuki değer kamu idaresine ve kamu görevlilerine duyulan güvendir. Failin sadece kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebilir bir görevi üstlenmesi halinde bu eylem üstlenilen kamu görevinin yetkisinde olmasa dahi suç oluşur. Zira gerçekleştirilen eylemin ilgili kamu görevinin yetkisi dahilinde olmadığı şayet bariz bir şekilde anlaşılamiyorsa ortalama bir vatandaş tarafından bu bilinemez. Bu yetkisinin bulunduğu savı ile kamu idaresine duyduğu güvenden ötürü mağdur eyleme müsaade eder, katlanır. Bu sebeple sadece kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebilen ve ilgili kamu görevinin yetkisi dahilinde olmadığı açıkça anlaşılamiyan davranışlara teşebbüs edilmesi halinde de bu seçimlik hareketin gerçekleştirildiği kabul edilmelidir⁶³.

Fransız Ceza Kanunu'nun yetki gaspını düzenleyen 433-12 ve 433-13 maddeleri bu başlık altında incelediğimiz ilk seçimlik harekete muadil sayılabilecek fiilleri suç haline getirmektedir. Yalnız 433-12 maddesi TCK'dan farklı olarak failin kamu görevine müdahale etmesini (*immixtion*) de suç oluşturan fiillerden birisi olarak saymaktadır. Bu manada failin ifa edilmekte olan bir kamu görevine yalnızca bu yetkiye sahip kişilerin gerçekleştirebileceği eylemlerle müdahil olması da cezalandırılmaktadır. Bunun için failin olumlu (*positif*) eylemler gerçekleştirmesi ve davranışlarının başkalarını kamu görevlisi olduğu konusunda aldatmaya elverişli olması gerekmektedir⁶⁴. TCK'da ifa edilmekte olan bir kamu görevine failin kamu görevlisiymiş gibi karışması ve sadece yetki sahibi kişilerin gerçekleştirebileceği eylemleri gerçekleştirmesi zikredilmiyor ise de kanaatimizce 262. maddenin mevcut düzenlemesi bu fiili de kapsamaktadır.

İlk seçimlik hareket icrai hareket özelliği taşımaktadır⁶⁵. Doktrinde kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun her iki seçimlik hareketinin mütemadi suç özelliği taşıdığını savunan yazarlar⁶⁶ olduğu gibi bu başlık altında incelediğimiz ilk hareketin bazı olaylarda ani hareket, bazı olaylarda mütemadi hareket özelliği taşıdığı; ikinci seçimlik hareketin ise mütemadi hareket özelliği taşıdığı görüşünde olan yazarlar⁶⁷ vardır. Kanaatimizce de bu ilk seçimlik hareket, usulsüz olarak üstlenilen kamu görevinin niteliği gereği mütemadi hareket özelliği taşıyabilir. Örneğin failin sadece kolluk kuvvetlerinin yerine getirebileceği yakalama işlemini yapması halinde durum böyledir. Ne var ki failin mütemadi nitelikteki harekete yönelik kastı var olduktan sonra bu harekete teşebbüs etmesi, bu suç bakımından cezalandırmaya kâfi olduğundan bu tartışmanın hareket bahsi açısından pek bir önemi yoktur. Hareketin mütemadi olup olmaması aşağıda görüleceği üzere içtima bahsi bakımından önem arz etmektedir.

⁶¹ Örnek olayda fail kendisini Adalet Bakanlığı başmüfettişi olarak tanıttıktan sonra çeşitli mercilerde bulunan dosyalar hakkında bilgi almıştır. Yargıtay anılan gerekçeyle suçun oluşmadığına karar vermiştir. Yargıtay, 9. CD, T. 14.10.2014, E. 2014/5227, K. 2014/10114; “Sanığın, daha ucuza televizyon alabilme umuduyla Adana Mısır Çarşısı esnafından bazı kişilere polis olduğunu söylemesinden ibaret eylemin, üstlenilen kamu görevi ile ilgili bir eylem veya işlemde bulunmamış olması karşısında, kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden beraat yerine mahkumiyet kararı verilmesi...” Yargıtay, 4. CD, T. 08.06.2015, E. 2015/7076, K. 2015/30705.

⁶² Örnek olarak Yargıtay, 11. CD, T. 14.06.2013, E. 2012/1112, K. 2013/10139: “Emniyet Müdürlüğü Aşayış Şube Müdürlüğüne giderek kendisini Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak tanıtip, buna dair kimlik gösterdiği, kardeşini darp eden kişiler olarak düşündüğü iki kişinin ismini vererek bunların ifadelerini almak ve bu konuda kendisine yardımcı olunmasını istediği somut olayda, Yargıtay Cumhuriyet Savcısının devam eden bir soruşturma nedeniyle kişilerin ifadelerini alma yetkisinin bulunmadığı, dolayısıyla üstlenilen memuriyete ait bir görevin yapılmaya kalkışılmadığı anlaşıldığından, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun oluşmayacağı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”.

⁶³ Aksi yönde GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8799; TAŞDEMİR, s. 3073; EVİK, s. 354; ERMAN / ÖZEK, s. 275.

⁶⁴ RİBEYRE, kn. 39.

⁶⁵ EVİK, s. 352; ERMAN / ÖZEK, s. 276; ÖNDER, s. 233.

⁶⁶ ARTUK / GÖKCAN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1168; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2660.

⁶⁷ EVİK, s. 352; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 107.

c. Terk Emri Kendisine Bildirilmiş Olduğu Halde Görevi Sürdürme

aa. Genel Olarak

TCK 262. maddede düzenlenen bir diğer seçimlik hareket, terk emri kendisine bildirildiği halde görevi sürdürmedir. Bu halde fail öncesinde kamu görevini ve bu görevden doğan yetkileri usule uygun bir biçimde yerine getirirken pek çok farklı sebeple görevden el çektirilmekte, bu durum kendisine bildirilmekte ve fail buna rağmen görevle bağlantılı işlemleri yerine getirmeye devam etmektedir.

765 sayılı TCK'nın 252. maddesi terk ve tatil emrinden bahsederken yürürlükteki düzenleme yalnızca terk emrinden bahsetmektedir. Tatil emri de izne ayrılmak anlamına gelmeyip görevin geçici olarak terk edilmesi anlamına geldiğinden eski düzenlemedeki tatil emri ifadesinin gereksiz olduğu düşünülmektedir⁶⁸. Kanaatimizce de suçun oluşumu için failin görevden el çektirilmesinin kendisine bildirilmesi mecburiyeti olduğundan failin hastalık izni, mazeret izni, doğum izni, yıllık izin gibi haklarını kullanarak izne ayrılması halinde ve görevinden kaynaklı yetkilerini kullanması halinde bu suç oluşmayacaktır. Bu bağlamda 5237 sayılı TCK'nın yalnızca, sürekli veya geçici bir şekilde görevden el çektirilmesini kapsayan terk emrini kullanması ve bizce de gereksiz bir ifade olan tatil emrine yer vermemesi yerinde olmuştur. Failin görevden el çektirilmesinin sürekli ya da geçici olması önem taşımamaktadır⁶⁹.

bb. Terk Emrinin Bildirilmesi

Suçun ikinci seçimlik hareketi çerçevesinde failin görevden el çektirilmesinin kendisine bildirilmiş olması zaruridir. Bu sebeple terk emri henüz kendisine bildirilmemiş failin vaziyetten haberdar olsa dahi görevine devam etmesi halinde suç oluşmayacaktır. Kamu görevlisine bildirim yapıldığının kabulü, resmi yazışma veya bildirim usulüne uygun bir şekilde emrin kendisine iletilmesi ile mümkündür. Fransız Ceza Kanunu'nun muadil 432-3 maddesi, resmen bilgilendirilmiş olan (*ayant été officiellement informée*) diyerek bu bilgilendirmenin resmi usullerle yapılmış olmasını şart koşmaktadır. Bu bakımdan terk emrinin ilgili kamu görevlisine Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'e⁷⁰ uygun bir şekilde bildirilmesi yahut seçimle üstlenilen bir görev ise yenilenen seçimlerin sonuçlarının resmen ilan edilmesi⁷¹, bir mahkeme kararına dayanıyor ise hükmün resmi tebligat usulü ile ilgisine tebliğ edilmesi zorunludur. Resmi usullere aykırı bir şekilde örneğin telefonla, SMS ile terk emrinin bildirilmesi halinde failin görevine devam etmesi bu seçimlik harekete vücut vermeyecektir⁷².

Terk emri bir idari işleme dayalı olduğu için bu idari işlemin de idare hukuku bakımından sakatlık taşımaması gerekmektedir. Aksi takdirde terk emri işlemi hukuka aykırı olacaktır ve hukuka aykırı terk emrine uymamak bu suça vücut vermeyecektir⁷³. İdari işlemlerin hukuka aykırı olduğuna karar verilir ve iptal edilir ise idari işlem geçmişe etkili olarak yürürlükten kalkar. Bu durumda idari işlem hiç yapılmamış kabul edilir ve idari işlemin tesisinden önceki duruma dönlür⁷⁴. Bu bağlamda terk emrine iptal edilmeden önce işlem yürürlükteyken uymamak, işlem hukuka aykırı bulunup iptal edilmiş ise suç oluşturmayacaktır. Yine terk emrine dair bir yürütmeyi durdurma kararı söz konusu ise terk emrine uyulmaması bu suça vücut vermemektedir⁷⁵.

Terk emri anlamındaki idari işlemdeki sakatlığın yaptırımı yokluk ise karar hiçbir sonuç doğurmaz, hiçbir kişinin ve kamu görevlisinin bu karara uyma yükümlülüğü yoktur ve buna uymayan kişi aleyhine hiçbir idari ve cezai soruşturma yapılamaz. Yokluğun neticesi bir başka süjenin ilgili işlemin

⁶⁸ TAŞDEMİR, s. 3074.

⁶⁹ ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1066.

⁷⁰ 10.06.2020 tarihli ve 31151 sayılı Resmî Gazete.

⁷¹ EVİK, s. 355.

⁷² GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8800.

⁷³ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 110; TAŞDEMİR, s. 3074.

⁷⁴ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 473.

⁷⁵ ERMAN / ÖZEK, s. 275.

yapılmadığını farz ve kabul etmesidir⁷⁶. Bu manada soruşturma ve kovuşturma makamları terk emri anlamındaki idari işlemin yokluğuna ilişkin değerlendirmeyi yapabilirler. Terk emri anlamındaki işlemdaki sakatlığın yaptırımını iptal ise buna ancak idari yargılama mercileri karar verebileceği için bu seçimlik hareketten kaynaklı bir kovuşturmada, ilgili idari işlemin iptaline dair bir yargılama idari yargılama mercilerinde yürütülüyor ise ceza mahkemesinin ilgili yargılamayı bekletici mesele yapması gerekmektedir. Zira ceza yargılamasının görülmesi, ceza mahkemesinin yetkisinin dışında kalan bir idari uyumsuzluğun çözümüne bağlıdır⁷⁷.

cc. Görevin Sürdürülmesi

Failin terk emri kendisine bildirildikten sonra, öncesinde yetkisi dahilinde olan işlemleri yapması halinde bu seçimlik hareket gerçekleşir. Bu bağlamda bu seçimlik hareketin icrai nitelikte olduğunu belirtmek gerekir⁷⁸. Failin kamu görevinden dolayı zimmetinde bulunan eşyayı terk emrine rağmen uhdesinde bulundurmaya sürdürmesi şeklindeki ihmali hareket bu suçu oluşturmaz⁷⁹. Doktrinde bu seçimlik hareketin mütemadi hareket olduğu ifade edilmekteyse⁸⁰ de kanaatimizce hareket, terk emrine karşın failin ifa ettiği işlemin niteliğine göre ani ya da mütemadi olabilir. Zira burada kanunun sürdürme ile kastettiği hareket değil terk emrinden önceki kamu görevidir. Fail bir evrakın altına imza atmak şeklindeki ani nitelikte bir hareketi gerçekleştirerek de terk emrine rağmen kamu görevini sürdürmüş olabilir.

Failin terk emri kendisine bildirildikten sonra öncesinde göreviyle bağlantılı olarak yetkisi dahilinde olan işlemleri gerçekleştirilmeyip vazifesine devam ediyor görüntüsü vermesi bu suçu oluşturmaz⁸¹. Örneğin kişi görevden el çektilmesine rağmen yine de devlet dairesine gelmeyi sürdürmesi, öncesinde yetkisi dahilinde olan işleri yapmayıp diğer kamu görevlilerine herkesin yapabileceği işlerde yardımcı olması halinde suç oluşmayacaktır. Lakin ilgili kamu görevi resmi elbise giymeyi gerektiriyor ve terk emri kendisine bildirilen kişi bu resmi elbiseyi alenen ve başkalarını aldatacak şekilde giymeyi sürdürerek tüm bunları yapıyorsa diğer unsurların da varlığı halinde TCK 264. maddede düzenlenen özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçu oluşacaktır.

Yukarıda ifade edildiği gibi Fransız Ceza Kanunu'nda da benzer fiil ayrı bir suç olarak 432-3 maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre kamu otoritesi gücüne sahip kişi yahut kamu hizmetiyle görevlendirilmiş kişi veya seçilerek elde edilen yetkilere sahip kişi, görevinin bittiğine dair durum ya da karar kendisine resmen bildirildiği halde göreve devam ederse hukuka aykırı olarak görevi sürdürme (*maintenir sans droit dans une fonction*) suçundan sorumlu olur⁸². TCK'dan farklı olarak görevin bitişi çok daha anlaşılır bir şekilde formüle edilmiştir. TCK'nın kullandığı terk emri, zihinde uyandırdığı anlam gereği kamu görevlisinin olumsuz sebeplerden dolayı görevden el çektilirdiği izlenimi yaratmaktadır. Oysaki kişi üst bir makama terfi etmiş, tercih edilen bir yere tayin edilmiş yahut emekli olmuş olabilir. Tüm bunlara ilişkin işlemler, ilgili kamu görevlisine çeşitli yöntemlerle resmen bildirilir⁸³. Dolayısıyla görevi sona erdiren karar veya durumun resmen bildirilmesi şeklinde Fransız Ceza Kanunu'nun tercih ettiği ifade, TCK'nın tercih ettiği terk emrinin bildirilmesi ifadesine göre çok daha anlaşılır ve kapsayıcıdır.

⁷⁶ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 147.

⁷⁷ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 168.

⁷⁸ ERMAN / ÖZEK, s. 276; EVİK, s. 356; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 110; ÖNDER, s. 233.

⁷⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1167;

⁸⁰ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1119; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2660; EVİK, s. 356; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 110.

⁸¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1167; EVİK, s. 355; ERMAN / ÖZEK, s. 276.

⁸² Bkz. RIBEYRE, kn. 31.

⁸³ EVİK, s. 354

3. Fail

Suçun ilk seçimlik hareketi herkes tarafından işlenebilir. Kanun ilk seçimlik harekete ilişkin düzenlemede “*bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden*” demek suretiyle faile ilişkin özel bir nitelendirme yapılmamaktadır. Haliyle fail, kamu görevlisi olsun ya da olmasın herkes olabilir⁸⁴.

Failin kamu görevlisi olması hali ayrıca değerlendirilmelidir. Yukarıda fiil bahsi altında değindiğimiz üzere, idari işlemlerdeki yetki sakatlıklarının tamamı bakımından bu suç oluşmamaktadır. Doktrinde savunulduğu haliyle yokluk ile malul olan yetki yönünden sakatlıklar bu suça vücut verir. Bu görüş uyarınca, kamu görevlisinin yetki tecavüzü halinde bu suç oluşmayıp, kamu görevlisinin *fonksiyon gaspı ve ağır ve bariz yetki tecavüzü* halinde kamu görevlisi bu suçu işlemiş sayılmaktadır. Bizim görüşümüze göre ise kamu görevlisinin konu bakımından yetkisine girmeyen bir işlemi kendi ismi, imzası ve ünvanı ile yaptırımı ister iptal ister yokluk olsun gerçekleştirmesi halinde bu suç oluşmaz. Lakin kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisi görüntüsü vererek örneğin polisin kendisini savcı olarak tanıtarak görevi usulsüzce üstlenmeye teşebbüs etmesi halinde bu suç oluşur.

TCK 262. maddede düzenlenen ikinci seçimlik hareketin faili ise ancak terk emri kendisine bildirilmiş olan kişi olabilir⁸⁵. Bu kişi geçici süreyle görevden el çektirilmiş kamu görevlisi olabileceği gibi kalıcı olarak görevden el çektirilmiş ve fiili işlediği sırada kamu görevlisi olmadığı için kamu görevlisi olarak nitelendirilemeyecek kişi de olabilir. İkinci seçimlik harekete ilişkin düzenleme bir özgü suç düzenlemesidir.

Suçun ilk seçimlik hareketinin herkes tarafından işlenmesinden bahisle suçun müşterek faillik ve dolaylı faillik şeklinde işlenmesi mümkündür. İkinci seçimlik hareket bir özgü suç düzenlemesi olduğundan ancak özgü fail niteliğini haiz kişiler suçun müşterek faili ya da dolaylı faili⁸⁶ olabilirler. Özgü fail niteliğini taşımayan kişiler ise ancak azmettiren ya da yardım eden olarak suça iştirak edebilirler (TCK m. 40/2).

B. Manevi Unsur

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu ancak kast ile işlenebilir. Suçun taksirli hali düzenlenmemiştir. Yine failin suçu işlemekteki amaç veya saikinin bir önemi bulunmamaktadır⁸⁷. İlk seçimlik hareket yönünden suçun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği, olası kast ile işlenen suçlara teşebbüsün kabul edilip edilmemesine göre değişmektedir.

İlk seçimlik hareket bir teşebbüs suçu düzenlemesi olduğu için kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmeye yönelik icra hareketlerinin yarıda kalması halinde bir görüşe göre olası kast ile işlenen suçlara teşebbüs edilemeyeceğinden⁸⁸ ötürü suç ancak doğrudan kast ile işlenebilir⁸⁹. Keza olası kast netice ile belirlenir. İcra hareketlerinin yarıda kaldığı yahut neticenin gerçekleşmediği hallerde faili olası neticelerden sorumlu tutmak, cezalandırılabilirliğinin alanını katlanılmaz şekilde genişletir⁹⁰. Fai-

⁸⁴ Doktrinde failin görevi askerlik olmayan herkes olacağı görüşü de ifade edilmektedir. Zira görevi askerlik olan kişi bakımından TCK 317’de düzenlenen suç gündeme gelmektedir. Bkz. EVİK, s. 346. Kanaatimizce TCK 317’de düzenlenen Askeri komutanlıkların gasbı suçu ile bu suçun örtüştüğü tek nokta maddede sayılan yerlerin askeri komutanlığının alınması ile sayılan yerlerin komutanlığının terk emrine rağmen sürdürülmesi şeklindeki kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesidir. Bunun dışındaki askeri nitelikteki kamu görevlerinin usulsüz olarak üstlenilmesi halinde asker kişilerin bakımından da inceleme konumuz olan suçun oluşması mümkündür.

⁸⁵ ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1065.

⁸⁶ Özgü suçlarda dolaylı faillğe ve iştirake ilişkin değerlendirmeler için bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, Tülay: *Özgü Suç*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 257 vd.

⁸⁷ ÖNDER, s. 237; ERMAN / ÖZEK, s. 277; EVİK, s. 360. Fransız ceza hukukunda başkalarını kamu görevlisi olduğu konusunda aldatma amacının varlığına ilişkin değerlendirme için bkz. RIBEYRE, kn. 45.

⁸⁸ DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, kn. 931; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 423

⁸⁹ TAŞDEMİR, s. 3076.

⁹⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 183.

lin kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmeye matuf icra hareketlerini tamamlaması halinde ise failin olası kast ile ilk seçimlik hareketi işlenmesi mümkündür. Bir diğer görüşe göre olası kast ile işlenen suçlara teşebbüs mümkündür⁹¹. Bu görüşün dayanağı, tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında manevi unsur yönünden bir farkın olmayışıdır. İcrasına olası kast ile başlanan suçun yarıda kalması halinde fail ile fiil arasındaki manevi bağın ortadan kalktığını söylemenin bir dayanağı yoktur⁹². Bu görüş kabul edilirse icrasına olası kast ile başlanan kamu görevinin usulsüz olarak yerine getirilmesi fiilinin tamamlanamaması halinde fail suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Yalnızca TCK m. 21/2 gereği cezasında olası kast indirimine gidilecektir. Kanaatimizce de cezalandırılabilir alandaki yani icra hareketleri aşamasına geçmiş bir fiilin yarıda kalmış hali ile tamamlanmış hali arasında manevi unsur yönünden bir farklılık yoktur. Suçun tamamlanmamış olmasından kaynaklı olarak olası kastın varlığının tespitindeki güçlük bir maddi ceza hukuku meselesi değil ispata dair bir ceza muhakemesi meselesidir. Ceza muhakemesi yönünden olası kastın varlığının belirlenmesindeki güçlük olası kastın teorik olarak varlığını imkânsız kılmamaktadır.

Suçun ikinci seçimlik hareketinin ise olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. Zira kanun bu suçun işlenebilmesi için terk emrinin kişiye bildirilmesini yani failin emre muttali olmasını bir unsur olarak aramaktadır. Fail bu seçimlik hareketi ancak yetkisi dahilinde olan bir görevi daha fazla sürdüremeyeceği bilgisine sahip ise işleyebilir. Dolayısıyla ikinci seçimlik hareketin olası kast ile işlenmesi söz konusu olmayıp ancak doğrudan kast ile işlenebilir⁹³.

C. Hukuka Aykırılık

Suçun ilk seçimlik hareketinin kanun ve nizama aykırı olarak kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etme şeklinde düzenlenmiş olmasından dolayı ilk hareket bakımından TCK m. 24 muvacehesince kanunun hükmünü yerine getirme ve amirin hukuka uygun emrini ifa, bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkamaz. Keza kanunun hükmünü yerine getirerek veya amirin hukuka uygun emrini ifa ederek kamu görevini yerine getiren kişi, bunu hukuka ve nizama aykırı değil tam tersi uygun olarak yerine getireceğinden suçun tipikliği gerçekleşmemiş olacaktır. Beraberinde hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenleri de bu seçimlik hareket ile bağdaşan hukuka uygunluk nedenleri değildir.

İkinci seçimlik hareket bakımından faile bir terk emri bildirildikten sonra, üst merciin görevine devam etmesi yönünde hukuka uygun bir emir vermesi halinde failin göreve devam etmesi, TCK m. 24 muvacehesince amirin hukuka uygun emrini ifa anlamına geleceğinden hukuka uygun olacaktır⁹⁴.

Özel olarak değinilmesi gereken hukuka uygunluk nedeni, idare hukukundan doğan, idari işlemde yetki konusunda özel bir durum olan fiili ajanlıktır⁹⁵. Fiili ajanlık olağanüstü durumlarda kamu görevlisi olmayan kişilerin zorunlu olarak görülmesi gereken kamu hizmetlerini üstlenmesi (zaruret kuramı) halinde idari istikrar ve hukuki güven ilkeleri çerçevesinde bu işlemlerin geçerli kabul edilmesidir⁹⁶. Yine olağan dönemde hukuken geçerli olmayan bir atama, seçim, sözleşme ile görev yapan kişilerin (görünüşte memur kuramı) yaptıkları idari işlemler de idari nitelikte geçerli işlemlerdir⁹⁷.

⁹¹ SÖZÜER Adem: *Suçta Teşebbüs*, Kazancı, İstanbul, 1994, s. 165; OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 190.

⁹² SÖZÜER, s. 165.

⁹³ Aynı yönde TAŞDEMİR, s. 3077.

⁹⁴ EVİK, s. 360.

⁹⁵ TAŞDEMİR, s. 3075. "Fiili memur" kavramı da kullanılmakla birlikte yalnızca memurlar bakımından değil memurlar dışındaki kamu görevlilerini de kapsar şekilde fiili ajan kavramının daha doğru olduğu ifade edilmektedir. Bkz. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 412, dn. 236.

⁹⁶ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 412, dn. 236.

⁹⁷ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 412, dn. 236.

Olağan dönemde hukuken geçerli olmayan bir atama, seçim ya da sözleşmeye dayalı olarak fiili ajan teorisinin uygulanabilmesi için görünüşte bir kamu ajanının var olması gerekmektedir. Yani ortada işlemi gerçekleştiren bir görünüşte kamu görevlisi olmakta fakat bu kişinin yetkili olduğu zannedilen işlem ile arasındaki bağ hukuken sağlıklı bir şekilde kurulamamaktadır⁹⁸. Lakin bu işlemin idare hukuku adına hukuka uygun geçerli bir işlem olarak kabul edilebilmesi için fiili ajanın o yetkiyi kullanabileceğine dair dışsal işaretler bulunmalıdır⁹⁹. Bu dışsal işaretler hukuki ve maddi olabilirler. Örneğin kişinin belediye başkanı seçildiğine dair sonuçların ilan edilmesi yahut kişinin göreve atandığına dair bir kararın yayımlanmış olması gibi hukuki dışsal işaretler yanında kişinin göreve başlaması, mesai saatleri içerisinde görevi yerine getirmeyi sürdürmesi gibi maddi dışsal işaretler de söz konusu olabilir. Seçime ilişkin hukuka aykırılık ya da atamaya ilişkin hukuka aykırılık varsa da bunların hukuka uygun olduğuna dair yeteri dışsal hukuki işaret vardır ve maddi dışsal işaretler ile de bunlar desteklenmektedir. Böylelikle idari işlem olağan durumda görünüşte memur kuramı çerçevesinde fiili ajanlık bağlamında hukuka uygun kabul edilir¹⁰⁰. İdare hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilen fiillerin ceza hukuku bakımından hukuka aykırı kabul edilmesi *hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ilkesi* gereği mümkün değildir¹⁰¹. Bu bağlamda idare hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilen fiillerin ceza hukuku bakımından da kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu çerçevesinde hukuka uygun addedilmesi *hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ilkesinin* bir gereğidir. Fiili ajan kuramı böylelikle iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarını korumak ve idari işlemlerin sürekliliğini, idari istikrarı ve hukuka olan güveni sağlamak adına idari işlemlerdeki yetkisizliği olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır.

Son olarak meşru savunma kapsamında kişi, haksız bir saldırıyı yalnızca kamu görevlilerinin gerçekleştirebileceği bir eylemi gerçekleştirerek defedebilir. Bu kapsamda fiil, meşru savunma kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun addedilir¹⁰².

III. KUSURLULUK

Kusurluluğu kaldıran ve azaltan sebepler ve mazeret sebeplerinin¹⁰³ tamamı kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu bakımından geçerli olabilir. Kişi örneğin cebir ve tehdit altında bu suçu işleyebilir. Yukarıda hukuka aykırılık bahsi altında incelenen zaruret kuramı kapsamında fiili ajanlık hali dışında¹⁰⁴ zorunluluk halinin koşulları gerçekleşmişse faile ceza verilmez¹⁰⁵. Kişi gerçekleştirdiği eylemin ancak kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebilir bir eylem olduğu ve kanun ve nizama aykırı olarak bir kamu görevini üstlendiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise cezalandırılmayacaktır. Tabi bu mazeret sebebinin suçun ikinci seçimlik hareketi bakımından gerçekleşmesi söz konusu değildir. Yukarıda hukuka aykırılık bahsi altında ifade edildiği üzere meşru savunma bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkabilir. Failin meşru savunma gereği kamu görevi anlamına gelen davranışları usulsüz olarak gerçekleştirirken sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş ile aşması durumunda artık meşru savunma söz konusu olamayacak lakin TCK m. 27/2 gereği kendisine ceza verilmeyecektir. Failin özellikle ikinci seçimlik hareket bakımından hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emri yerine getirmesi durumunda kendisine ceza verilmeyecektir.

⁹⁸ ULU, Güher: *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 216.

⁹⁹ ÜLKER, Gözde: *Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2022, s. 274.

¹⁰⁰ ÜLKER, s. 274, 275.

¹⁰¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 267.

¹⁰² TAŞDEMİR, s. 3075-3076.

¹⁰³ Mazeret sebeplerine dair açıklamalar için bkz. DURSUN, Selman: "Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 2, s. 205, dn. 2.

¹⁰⁴ *Evik* örnek olarak henüz mazbatasını almamış seçilen belediye başkanının yaşanan deprem felaketi nedeniyle belediye başkanlığını fiilen üstlenmesini zorunluluk hali kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. EVİK, s. 361. Kanaatimizce verilen örnek fiili ajanlık halidir ve eylemin hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁵ ÖNDER, s. 235.

Yukarıda sayılan mazeret sebepleri dışında suç haksız tahrik altında işlenebilir. Yine suç geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle işlenmiş olabilir.

Suçun yaş küçüğü ya da akıl hastası tarafından işlenmesi ise tartışmalıdır. Zira bazı meslekler dışında memuriyete atanma için yaş sınırı 18 yaştır. Belirli meslekler için ise bir meslek veya sanat okulu bitirmek şartıyla en az 15 yaşını dolduranlar, kendi isteği ve velisinin rızasıyla, ergin kılınmaları halinde memur olabilirler [657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) m. 40]. Yine DMK m. 48 gereğince memur olabilmek için görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığının bulunmaması gerekir. Zaten suçun ikinci seçimlik hareketi bakımından terk emri kendisine bildirilmiş kişinin çocuk olması düşünülemeyeceğinden bu seçimlik hareket bakımından yaş küçüklüğünün kusurluluğu etkileyen hal olarak ortaya çıkması söz konusu olamayacaktır. İlk seçimlik hareket bakımından failin istisnai meslekler için 15, genel itibarıyla 18 yaşından küçük olması yahut memuriyete engel bir akıl hastalığının bulunması halinde suçun işlenemez olduğu ifade edilebilir. Zira çocuk tarafından ya da akıl hastası tarafından gerçekleştirilen eylem şeklen tipe uygun görünse de korunan hukuksal değere bir zarar verme veya tehlike arz etme yeteneğine sahip olmadığından elverişsiz kabul edilmesi gerekir¹⁰⁶. Kanaatimizce de failin çocuk olması ya da işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan bir akıl hastası olması halinde bu suçun ilk seçimlik hareketinden sorumluluk ortaya çıkmayacaktır. İşlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan (TCK m. 32/2) kişi bakımından bu suçun işlenmesi halinde cezasında kanunda öngörülen indirimler uygulanacaktır. TCK m. 32/1'de tanımlanan tam akıl hastalığının bu suçta kusurluluğu kaldıran ya da azaltan neden olarak ortaya çıkması yalnızca ikinci seçimlik hareket bakımından söz konusu olabilir. Kişi kamu görevinden herhangi bir sebeple el çektirilmiş ve sonrasında akıl hastalığına yakalanmış olabilir yahut görevini devam ettiremeyecek surette akıl hastalığından mustarip olduğu için görevden el çektirilmiş olabilir. Bu halde failin terk emri kendisine bildirilmesinden sonra akıl hastalığının etkisi altında görevini sürdürmesi durumunda sorumluluk (TCK m. 32) çerçevesinde belirlenecektir.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Yukarıda fiil başlığı altında ayrıntılı incelendiği üzere suçun ilk seçimlik hareketi bir teşebbüs suçu düzenlemesidir. Dolayısıyla fail, kamu görevini kanun ve nizama aykırı olarak yerine getirmeye yönelik icra hareketlerine başladığı anda maddede belirtilen ceza ile cezalandırılır ve cezasında teşebbüs indirimi yapılmaz¹⁰⁷.

Suçun ikinci seçimlik hareketi bakımından terk emri kendisine bildirilmiş olan failin görevi sürdürmeye yönelik icra hareketlerine başlaması ve icra hareketlerinin tamamlanamaması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür¹⁰⁸. Örneğin terk emri kendisine bildirilmiş olan bir memurun dairesine gelerek bir işleme başlaması fakat dairedeki diğer memurlar tarafından engellenmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır¹⁰⁹.

B. İştirak

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu iştirak bakımından önem arz etmemektedir. İlk seçimlik harekete iştirakin her türlü mümkündür. Bu bağlamda ilk seçimlik hareketin dolaylı faillik yahut müşterek faillik şeklinde işlenmesi söz konusu olabileceği gibi azmettirme yahut yardım etme

¹⁰⁶ ALACAKAPTAN, s. 20-21.

¹⁰⁷ Doktrinde suçun ilk seçimlik hareketine teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Keza teşebbüs suçları suçun icra hareketlerine başlanması ile tamamlanan suçlardandır. Bkz. ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1067; EVİK, s. 358.

¹⁰⁸ EVİK, s. 359.

¹⁰⁹ EVİK, s. 359.

şeklinde suça iştirak edilmesi de söz konusu olabilir¹¹⁰. Suçun ikinci seçimlik hareketi ise bir özgü suç düzenlemesi olduğu için ancak özgü fail niteliğini haiz olanlar suçun faili olabilirler. Bunlar dışında kalanlar ise suçun ancak azmettirenini yahut yardım edeni olarak suça iştirak edebilirler (TCK m. 40/2).

C. İçtima

TCK 262. maddede düzenlenen suç çoğu durumda başkaca suçların işlenmesi amacıyla işlenebilmektedir. Bu takdirde fail kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu yanında ilgili suçtan gerçek içtima kuralı gereği ayrıca cezalandırılacaktır¹¹¹. Örneğin fail bu suç yanında belgede sahtecilik suçlarını işler ise bu suçla birlikte belgede sahtecilik suçları çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidilir. Yine fail kamu görevini usulsüz olarak üstlenerek bir başkasına ait konuta girerse hem bu suçtan hem de konut dokunulmazlığının ihlali suçundan cezalandırılır.

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun dolandırıcılık suçunda hile unsuruna karşılık gelip gelmediği ve bu surette kişinin dolandırıcılık suçu yanında ayrıca TCK 262. maddedeki suç çerçevesinde cezalandırılması tartışmalıdır¹¹². Failin kamu görevini usulsüz olarak üstlenmesi suretiyle muhatabı aldatıp menfaat temin etmesi halinde her iki suçtan da cezalandırılacağı doktrinde savunulmaktadır¹¹³. Kanaatimizce de kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu ile dolandırıcılık suçunun birlikte işlenmesi halinde bu suç, dolandırıcılığın unsuru haline gelmemekte ve bileşik suç hükümünün (TCK m. 42) uygulanması gerekmemektedir¹¹⁴. Keza dolandırıcılıkta hile boyutunda davranışlar için TCK m. 262’de aranan fiil unsurunun gerçekleşmesi zorunlu değildir. Kişi kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etmeden de hile anlamına gelebilecek davranışları sergileyebilir. Bunun ötesinde fail hileyi kuvvetlendirmek için bir de kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etmişse artık gerçek içtima kuralı gereği her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılmalıdır¹¹⁵. Yani fail bu suçun icra hareketlerini yerine getirmek suretiyle bir başkasını aldatarak kendisi ya da bir başkası lehine menfaat sağlar ise hem kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçundan hem de dolandırıcılık suçundan ayrı ayrı cezalandırılır. Aynı değerlendirme nitelikli hırsızlığın yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak (TCK m. 142/2-f) gerçekleştirilmesi bakımından da geçerlidir. Bu nitelikli halin ortaya çıkması için failin resmi sıfat takınması yeterli olup ötesinde kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi anlamındaki fiilleri gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Fail yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınmanın ötesinde ayrıca kamu görevini de usulsüz olarak üstlenirse her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılır¹¹⁶.

Bu suç ile birlikte gerçek içtima ilişkisi içerisine girme olasılığı en yüksek suçlardan biri TCK’nın 264. maddesinde düzenlenen özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçudur. Fail örneğin polis kıyafeti giymek suretiyle polisin yetkisindeki bir görevi yerine getirmeye teşebbüs ettiğinde hem TCK 262. madde gereği kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçundan hem de TCK 264. maddede düzenlenen özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçundan cezalandırılacaktır¹¹⁷. Hatta TCK m. 264/2 gereği elbisenin sağladığı kolaylık ve olanaklardan faydalanılarak başka bir suç işlendiği için özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçundan verilecek ceza artırılarak hükmolunacaktır. Öyle ki fail polis kıyafeti giyerek sahte arama kararı ile bir başkasının konutuna girip arama işlemi gerçek-

¹¹⁰ ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1067.

¹¹¹ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802.

¹¹² GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802; TAŞDEMİR, s. 3078.

¹¹³ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802; EVİK, s. 362.

¹¹⁴ Aynı yönde GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802.

¹¹⁵ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802.

¹¹⁶ Aynı yönde TAŞDEMİR, s. 3079. Aksi yönde GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802. Yargıtayın da aksi yönde kararları vardır. Bkz. Yargıtay, 6. CD, T. 02.11.2006, E. 2006/5397, K. 2006/10684: “Hırsızlık suçunun yetkisi olmaksızın resmi sıfat takınmak suretiyle işlenmiş tek bir suç olduğu, polislik görevine ilişkin kimlik sorma gibi işlemler yapmanın bu suçun unsuru olduğu düşünülmeden, sanıklar O. K. ve S. K.’in yakınan A. M. A.’a yönelen eyleminde ayrıca kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçundan da hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiştir...”.

¹¹⁷ ARTUK / GÖKCAN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1164.

leştirdiğinde kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesinden, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanılmadan nitelikli olarak (TCK m. 264/2), resmi belgede sahtecilikten (TCK m. 204), konut dokunulmazlığının ihlalden (TCK m. 116) yerine göre de özel hayatın gizliliğini ihlalden (TCK m. 134) ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Yukarıda fiil bahsinde de değinildiği üzere doktrinde suçun ilk seçimlik hareketinin bazı durumlarda mütemadi hareket, ikinci seçimlik hareketinin ise her durumda mütemadi hareket olduğu görüşü ifade edilmektedir. Bu bağlamda failin birden fazla işlem yapmış olması suçun teklifiğini etkilemeyeceğinden zincirleme suç ve aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmayacağı görüşü savunulmaktadır¹¹⁸. Kanaatimizce suçun ilk seçimlik hareketinin aynı mağdura karşı aynı kamu görevinin verdiği yetkilerin farklı zamanlarda usulsüz olarak kullanılması şeklinde işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel bir hal yoktur. Yine aynı şekilde failin birden fazla mağdura karşı aynı kamu görevinin verdiği yetkileri usulsüz olarak kullanması halinde de aynı neviden fikri içtimanın uygulanması mümkündür. İkinci seçimlik hareket bakımından failin terk emrine rağmen kamu görevini sürdürme anlamındaki farklı işlemleri, hukuken tek hareket olarak ele alınarak suçun teklifiğinden bahsedilebilir. Bu işlemler sebebiyle birden fazla kişi mağdur olmuş ise yine aynı neviden fikri içtima düzenlemesi gereği cezasında artırımı gidilir¹¹⁹.

TCK m. 262’de düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu ile TCK m. 317’de düzenlenen askeri komutanlıkların gaspı suçunun görünüşte içtima (özel norm-genel norm) ilişkisi içerisinde olduğunu belirtebiliriz¹²⁰. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu TCK m. 317’de belirtilen yerlerin komutasını almak şeklinde işlenirse yahut sayılan yerlerin komutanlıklarının terk emrine rağmen sürdürülmesi şeklinde işlenirse tipe uyan genel norm niteliğindeki TCK m. 262 hükmü değil özel norm olan TCK m. 317 hükmü uygulanır.

Eski Fransız Ceza Kanunu’nun 258. maddesi, yetki gaspı suçunun bir şekli olan kamu görevine müdahale fiilinin, resmi belgede sahtecilik eylemi söz konusuysa, sahtecilik fiilinden kaynaklı sorumluluk saklı kalmak kaydıyla cezalandırılacağını düzenlemekteydi. Mevcut düzenlemede böyle bir unsur yer almamaktadır. Lakin yine de failin bu suçu işlemek yanında resmi belgede sahtecilik suçunu (m. 441-4) işlemesi halinde her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacağı söylenmektedir. Bu yaklaşımın dayanağı yetki gaspı suçunun kamu idaresine olan güveni koruması fakat sahtecilik suçlarının ise özel çıkarları korumayı amaçlaması olarak gösterilmektedir¹²¹. Fransız Yargıtayı da yeni kanun dönemindeki içtihadında geçmiş uygulamayı sürdürerek faile her iki suçtan ceza vermektedir¹²².

V. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu resen kovuşturulur. Terk emrine rağmen görevi sürdürmek şeklindeki ikinci seçimlik hareket bakımından bir görüş fiil görev nedeniyle gerçekleştirildiğinden fail hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gerektiğini söylemektedir¹²³. Aksi yöndeki görüş uyarınca fiilin görev nedeniyle ve görev sırasında işlenmiş olduğu kabul

¹¹⁸ EVİK, s. 361-362; ÖNDER, s. 239; TAŞDEMİR, s. 3079.

¹¹⁹ Yargıtay suçun mağdurunun kamu olduğu bu suçun işlenmesinden kişilerin zarar görmesi halinde suçun mağduru değil suçtan zarar göreni olacağını içtihat eylemektedir. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 26.04.2016, E. 2014/118, K. 2016/208; “... irtikap ve kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçları ile korunan hukuki yarar ve bu bağlamda suçun topluma karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiş olması karşısında, bu suçların mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı, diğer bir ifadeyle kamu olduğu, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin suçun mağduru değil, zarar göreni olacağı nazara alınarak, sanıklar hakkında tek suçtan hüküm kurulup zincirleme suç nedeniyle 5237 Sayılı Kanun’un 43. maddesi uygulanmak suretiyle artırım yapılarak ceza belirlenmesi yerine her bir mağdura yönelik olarak icbar suretiyle irtikap ve kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilmesi...” Yargıtay, 5. CD, T. 30.04.2024, E. 2022/4528, K. 2024/4861.

¹²⁰ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8803; EVİK, s. 363; TAŞDEMİR, s. 3079.

¹²¹ RIBEYRE, kn. 77

¹²² Fr. Yargıtayı, CD, T. 20.05.2009, No. 08-80.677.

¹²³ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8803.

edilmeyeceğinden soruşturma izni alınmasına gerek yoktur¹²⁴. Kanaatimizce bu noktada ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Terk emri ile birlikte failin kamu görevlisi sıfatı da sona ermiş ise artık görev nedeniyle ve görev sırasında işlenmiş bir suçtan bahsedilemeyeceği için izne gerek bulunmamaktadır. Bundan farklı olarak fail kamu görevlisi sıfatını hala taşımakta ise örneğin görevde terfi ettiği yahut bir başka yere tayin edildiği için terk emri kendisine bildirilmiş ise soruşturma izni alınması gereklidir.

Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un¹²⁵ 11. maddesi uyarınca bu suçu yargılamakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Genel kural olarak Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 12/1 uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Lakin suçun ilk seçimlik hareketinin bir teşebbüs suçu düzenlemesi olması dikkate alındığında fiil teşebbüs aşamasında kalmış ise son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili olduğunu (CMK m. 12/2) özellikle vurgulamak gerekir.

CMK m. 251 gereği, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu basit yargılama usulüne tâbidir. Lakin terk emrine rağmen görevi sürdürme fiilinin izne tâbi olması ile ilgili yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde soruşturma veya kovuşturma yapılması izne bağlı olduğu durumlarda CMK m. 251/ 7 uyarınca basit yargılama usulü uygulanamaz.

Suçun yaptırımı üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Koşulları var ise ceza, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara (TCK m. 50) çevrilebilir veya ertelenebilir (TCK m. 51). Koşulları oluşmuşsa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (CMK m. 231) karar verilebilir.

SONUÇ

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun maddi unsurları dahilinde konusu kamu görevidir. Madde bağlamında belirsiz olan kamu görevi kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya çıkarılmasında TCK'nın kamu görevlisini tanımlayan 6/1-c maddesi yol göstericidir. Maddeye göre 765 sayılı TCK'daki memur kavramından farklı olarak kamu görevlisi kavramının belirleyicisi, bir kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmaktır. Dolayısıyla kamu görevi kavramı, kamusal faaliyetin ne olduğunun anlaşılması ile somutlaştırılabilir. TCK 6. maddenin gerekçesi de dikkate alındığında bir faaliyetin kamusal faaliyet olarak nitelendirilebilmesi için ilk olarak hizmetin usullere göre verilmiş siyasi iradeye dayanması, ikincisi kamu adına hizmetin yürütülmesi gereklidir. Yine suçun mağduru kim olduğu yolundaki içtihat ve doktrin görüşleri tereddütler doğurmaktadır. Suçun mağduru ile ilgili kamu idaresi olduğu yolunda görüşler olmakla birlikte kanaatimizce bu suçun mağduru toplumdur. Beraberinde suçun aleyhine işlendiği kişiler de suçun mağduru olurlar.

Suç tipinde iki ayrı seçimlik hareket düzenlenmektedir. Bazı yazarlara göre madde, nitelikleri farklı iki ayrı suçu düzenlemektedir. Seçimlik hareketlerden ilki kamu görevini kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs etmektir. Bu haliyle ilk seçimlik hareket bir teşebbüs suçu düzenlemesidir. İkinci seçimlik hareket, terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürmedir. İlk seçimlik hareket herkes tarafından işlenebilirken ikinci seçimlik hareket, bir özgü suç olarak ancak terk emri kendisine bildirilmiş kişi tarafından işlenebilir.

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu her iki seçimlik hareket bakımından da kasten işlenebilir. Suçun ilk seçimlik hareketinin olası kastla işlenip işlenemeyeceği, olası kastla işlenen suçlara teşebbüse ilişkin değerlendirmeler ışığında farklılık göstermektedir. Bir görüşe göre olası kastı netice belirlediğinden olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bir diğer görüş uyarınca suçun tamamlanmış hali ile teşebbüs halinde kalmış hali arasında failin suç ile kurduğu manevi bağ bakımından bir farklılık yoktur. Bu sebeple olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Kanaatimizce

¹²⁴ ERMAN / ÖZEK, s. 278; EVİK, s. 364.

¹²⁵ 07.10.2004 tarihli ve 25606 sayılı Resmî Gazete.

timizce de olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Bu bağlamda ilk seçimlik hareketin olası kast ile de işlenebileceği görüşündeyiz. Suçun ikinci seçimlik hareketi ise ancak doğrudan kast ile işlenebilir. Keza bu seçimlik hareketten sorumluluk için failin, bir terk emrinin kendisine bildirildiğini bilmesi zorunludur.

Hukuka aykırılık ile ilgili ilk olarak değinilmesi gereken mevzu, ilgili kamu görevinin kanunun hükmü ya da amirin hukuka uygun emri çerçevesinde yerine getirilmesinin zaten tipikliği ilgilendiriyor olduğu ve bu nedenlerin bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmasının mümkün olmadığıdır. Hukuka aykırılık bahsi bakımından özel incelemeyi gerektiren bir diğer husus, fiili ajanlık olarak adlandırılan, zaruret kuramı veya görünüşte memur kuramı bağlamında yetkisiz kişilerce gerçekleştirilen işlemlerin, idari istikrar ve hukuki güven ilkeleri gereğince hukuka uygun birer idari işlem olarak geçerli kabul edilmesi halidir. Bu halde ilgili kişilerce gerçekleştirilen işlemler idare hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilmekte, hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ilkesi çerçevesinde ceza hukuku bakımından da tipe uyan eylemler, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu oluşturmamaktadır.

Bazı hallerde yaş küçüklüğü ve akıl hastalığının zaten kamu görevine engel bir neden arz etmesi nedeniyle işlenemez suçtan kaynaklı olarak bir sorumluluğun söz konusu olmadığı söylenmelidir. Yaş küçüklüğünün, akıl hastalığının işlenemez suçta sebep olduğu hallerde mesele kusurluluk çerçevesinde ele alınmaz. Zorunluluk hali, fiili ajanlık şeklinde ortaya çıkarsa bir mazeret nedeni olarak değil bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilir.

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu içtima bakımından özellikli durumlar arz etmektedir. Keza kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu sıklıkla başkaca suçların işlenmesi için araç olarak kullanılmaktadır. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suretiyle başka suçlar da işlenmişse fail, gerçek içtima gereği bu suç yanında işlenen diğer suç ya da suçlardan da ayrıca cezalandırılır. Kanaatimizce bu suçun işlenmesi ile beraber suç tipinde hile unsuruna yer veren suçların işlenmesi halinde bileşik suç hükmü uygulama alanı bulmaz. Çünkü hileli davranışın gerçekleşmesi için TCK m. 262'de düzenlenen unsurların tamamının gerçekleşmesi gerekmektedir. Fail hileli davranışı desteklemek adına bir de kamu görevini usulsüz olarak üstlenirse her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.

Suçun muhakemesi bakımından, terk emrine rağmen görevi sürdürme fiillerinin izne tabi olup olmadığı, üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu konuda farklı yaklaşımlar olmakla birlikte kanaatimizce fail, terk emri bildirildikten sonra dahi kamu görevlisi sıfatını sürdürüyorsa izin gereklidir. Fail, terk emri bildirildikten sonra kamu görevlisi sıfatını yitirmişse ve bu fiili işlemesi halinde görev nedeniyle ve görev sırasında işlenmiş bir fiil bulunmadığından soruşturma veya kovuşturma yapılması izne bağlı değildir. Soruşturma veya kovuşturma yapılmasının izne bağlı olup olmaması basit yargılama usulünün uygulanmasını da doğrudan etkilemektedir. İzne bağlı olmadığı hallerde basit yargılama usulü uygulanabilirken izne bağlı olması halinde CMK m. 251/ 7 uyarınca basit yargılama usulü uygulanamaz.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ALACAKAPTAN, Uğur: *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.
- ARSLAN, Çetin / AZİZGAOĞLU, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- AYDIN, Hüseyin: “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 109-128.
- ÇINAR, İsmail: “İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1)”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 5, Sayı 1, s. 337-440.
- DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe: “Absence d’unité de la notion de ‘personne chargée d’une mission de service public’: contradiction et fragilité des justifications données par la Cour de cassation à sa jurisprudence en matière, notamment, de corruption passive (art. 432-11, c. pén.), de prise illégale d’intérêt (art. 432-12, c. pén.), de menaces (art. 433-3, c. pén.), d’outrages (art. 433-5, c. pén.), de diffamation (art. 31, L. 29 juill. 1881)”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004, s. 91-93.
- DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- DURŞUN, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 2, s. 203-252.
- ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- EVİK, Ali Hakan: “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi”, *Özel Ceza Hukuku - Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Cilt IX, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 343-364.
- GARRAUD, René: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Cilt IV, 3. Baskı, Sirey, Paris, 1916.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 6. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (TCK Şerhi).
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: “Hükümet Memuriyetinin, Ünvan ve Şerefine Gasbı (Madde: 252-253)”, *Adalet Dergisi*, 1976, Cilt 67, Sayı 3, s. 204-213.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, Tülay: *Özgülü Suç*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- LACROIX, Caroline: “Usurpation de titres ou de fonctions”, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Cilt VIII, Dalloz, Paris, 2013, s. 1-10.
- MERLE, Roger / VITU, Andre: *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cilt I, A. VITU, Cujas, Paris, 1982.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ÖNDER, Ayhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

- ÖZEK, Çetin: “Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketleri - İcra Hareketi”, *Yargıtay Dergisi*, 1990, Cilt 16, Sayı 1-2, s. 98-120.
- RIBEYRE, Cédric: “Fasc. 20 - Commentaire: Usurpation de fonctions”, *JurisClasseur Pénal Code*, Cilt V, LexisNexis, Paris, 2013, s. 1-18
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- SOYASLAN, Doğan: *Teşebbüs Suçu*, Kazancı, İstanbul, 1994.
- SÖZÜER Adem: *Suçta Teşebbüs*, Kazancı, İstanbul, 1994.
- TAŞDEMİR, Özgür: “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi (TCK md.262)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 1, s. 3061-3081.
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 59-91.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.
- ULU, Güher: *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ÜLKER, Gözde: *Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2022.
- ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- VITU, Andre: “Fasc. 10 - Commentaire: Usurpation de titres”, (Güncelleyen: DECIMA, Olivier) *Juris Classeur Pénal des Affaires*, Cilt III, LexisNexis, Paris, 2013, s. 1-13.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.