

Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*

Av. Hüseyin Aydın*

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen önemli yeniliklerden biri, özel ceza kanunları ve ceza içeren tüm kanunlar için geçerli tanımlara yer verilmiş olmasıdır. Bu tanımlardan biri de kamu görevlisi ile ilgili yapılan tanımdır. 5237 sayılı TCK'nın 6 ncı maddesine göre “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” kamu görevlisi sayılmaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı gibi, bir kişinin kamu görevlisi sayılması için yegane ölçüt, kişinin katıldığı faaliyetin kamusal faaliyet olmasıdır. Bunun ötesinde katıldığı faaliyete sağladığı katkının niteliği, bu faaliyet icrasındaki konumu ve faaliyete ne suretle katıldığına bir önemi bulunmamaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 6 ncı maddesindeki kamu görevlisi kavramı, 765 sayılı TCK döneminde geçerli olan memur kavramından daha geniş bir kavramdır. Kamusal faaliyete katılan herkes, statüsüne ve faaliyete sağladığı katkının niteliğine bakılmaksızın kamu görevlisi sayılmaktadır. Bu çerçevede 765 sayılı TCK'nın uygulandığı dönemde ortaya çıkan bir kısım adaletsizlikler, yeni düzenlemeyle bertaraf edilmiş ve kamusal faaliyete katılan herkesin ceza hukuku açısından aynı hukuki rejim tabi olması sağlanmıştır. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın altıncı maddesinde yapılan kamu görevlisi tanımı ile, Anayasanın 128 inci maddesindeki kamu görevlisi tabirinin kapsamına yaklaşıldığı bu anlamda hukuk düzeni içinde nispi de olsa bir yeknesaklığın sağlandığını söylemek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Kamu görevlisi, memur, kamu görevi, kamusal faaliyet, kamu hizmeti

* Bu Makale Hakem İncelemesinden Geçmiştir.

** Avukat, Ankara Barosu Üyesi

SUMMARY

One of the innovations brought about with the new Turkish Penal Code (TPC) No. 5237 was the introduction of definitions for special penal codes as well as all codes involving penalty. One of these definitions is regarding with public officials. Section 6 of TPC No. 5237 defines “public officer” as “any person who is elected or elected in any other way to carry out a public activity temporarily, permanently, or for a specified period of time”. As clearly stated in the definition, the only criterion for an individual to be regarded as a public officer is that the person must be engaged in a public activity. Other than this, the individual’s status in this public engagement or the nature of his/her engagement legally has no value in terms of the definition of “public officer”.

Definition of “public officer” in Article 6 of TPC No. 5237 has a wider scope compared to “civil servant” definition of TPC No. 765. In this definition of TPC No.5237, everybody participating in a public engagement is regarded as “public officer” irrespective of his/her status in this engagement and the quality of his/her contribution. In this regard, some injustices occurred as part of old TPC No. 765 have been eliminated and everybody who is engaged in a public activity are legally treated equally in terms of the criminal law. The definition of “public official” provided in Article 6 of TPC No. 5237 is in parallel with the concept of “public officer” cited in Article 128 of the Turkish Constitution, which denotes a relative uniformity in the legal system.

Key Words: *public officer civil servant, public activity, public duty, public service*

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un getirdiği önemli bir yenilik de bir kısım kavramları, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar için geçerli olacak şekilde tanımlamasıdır. Bu kavramlardan biri de kamu görevlisi kavramıdır. Kamu görevlisi kavramı, özellikle “*Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişi Karşı Suçlar*” yönünden büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bu suçların büyük bir kısmı, ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilmektedir. Salt kamu görevlisi tarafından işlenmeyen bir kısım suçlarda da failin kamu görevlisi olması, cezayı ağırlaştıran bir neden olarak öngörülmüştür. Bunun dışında, mağdurun kamu görevlisi olmasına da bazı sonuçlar bağlanmıştır.

5237 TCK'nın 6 ncı maddesinde düzenlenen kamu görevlisi kavramı ile 765 sayılı TCK'daki memur kavramı terk edilmiş, buna bağlı olarak memur kavramı bağlamında öğreti ve yargısal uygulamalardaki birikim de geçerliliği yitirmiştir. Dolayısıyla yeni kavramın anlaşılmasında ve kapsamının belirlenmesinde yeni bir takım güçlüklerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Her ne kadar 5237 TCK'daki kamu görevlisi kavramı tanımlanmış ve ortaya çıkabilecek güçlüklerin baştan bertaraf edilmesi amaçlanmış ise de, aşağıda irdelenebileceği gibi, bu amacın tam anlamıyla gerçekleştiği söylenemez.

Kamu görevlisi kavramı salt ceza hukukuna özgü bir kavram değildir. Anayasa Hukukundan İdare Hukukuna kadar birçok hukuk dalının ilgilendiren bu kavramın anlaşılabilmesi, bütüncül bir yaklaşımı gerektirmektedir. Bu nedenle konu ceza hukuku açısından irdelenmeden, bir bütün olarak Türk Hukukunda kamu görevlisi kavramına verilen anlam üzerinde durulmuş, daha sonra ceza hukukunda kamu görevlisi kavramına değinilmiştir.

5237 sayılı TCK'daki kamu görevlisi kavramının anlaşılması için, 765 sayılı TCK'daki memur kavramının ve hangi ihtiyaca binaen memur kavramının terk edildiğinin bilinmesi gerekmektedir. Bu çerçevede kavramsal dönüşümün de tarihçesine değinilmiştir. Son olarak 5237 sayılı TCK'daki tanımın özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar için bağlayıcı gözetilerek, söz konusu kanunlarda kamu görevlisi kavramına yapılan atıflar üzerinde de durulmuştur.

I. TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Kamu görevlisi kavramı, birçok hukuk dalını ilgilendirmektedir. Bununla birlikte Türk Hukukunda tüm hukuk dalları için geçerli bir kamu görevlisi tanımına yer verilmemiştir. Kanun Koyucu, değişik hukuk dallarında kamu görevlileri ile ilgili birçok hüküm öngörmesine rağmen, kamu görevlisiyle ilgili genel bir tanım yapmaktan kaçınmıştır.

Kamu görevlisi kavramı ile ilgili genel ve bağlayıcı bir tanımın olmaması, değişik bakış açılarıyla bu kavrama farklı anlamlar yüklenmesine yol açmıştır. Yargıtay,

bu kavramı daha çok ceza hukuku açısından yorumlamaktadır. Bu bakış açısının temelinde kamu görevlisi olarak cezalandırılması gerekenlerin hukuki boşluktan yararlanarak cezadan kurtulmalarını engelleme ve suçsuzların da haksız yere cezalandırılmalarına mani olma düşüncesi yatmaktadır. Yüksek Seçim Kurulu, konuya seçim hukuku açısından yaklaşmakta, yürütmenin siyasi kanadını teşkil eden bakanları, “memur veya kamu görevlisi” saymamaktadır. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, bu kavrama Kamu Hukuku ve özellikle Anayasa Hukuku yönünden açıklama getirmeye çalışırken, İdare hukukçuları da soruna kendi açılarından yaklaşmaya çalışmaktadır. Kuşkusuz tüm bu farklı bakış açıları, kamu görevlisi kavramının yorumlanması ve anlaşılmasında bazı güçlükler yol açmaktadır¹.

Türk Hukukunda, kamu görevlisi kavramı ile ilgili tanım olarak ifade edilecek iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan biri, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda diğeri ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer almaktadır. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunun 3 üncü maddesine göre kamu görevlisi, “*Kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlilerini*” ifade etmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı gibi, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için bir kamu kurum ve kuruluşunda çalışması, işçi statüsü dışında kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde bulunması ve adaylık ve deneme süresini tamamlamış olması gerekmektedir. Bu tanımda, kişinin yaptığı iş veya görev değil, çalıştığı yer veya çalışma statüsü esas alınmış bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK 6 ncı maddesine göre kamu görevlisi “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” dir. Bu tanımda ise 4688 sayılı Kanundaki tanımın aksine, kişinin kamu görevlisi sayılması için, çalıştığı yer ve çalışma statüsü değil, yaptığı iş esas alınmaktadır.

B. Anayasa Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı

1924 Anayasasında kamu görevlilerine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. 1924 Anayasası, kamu görevlileri konusunu, “*Memurlar*” başlığı altında 2, 93 ve 94 üncü maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre 1924 Anayasası tek tip kamu görevlisi kategorisi benimsemiş, memur kavramı ile kamu görevlisi kavramını özdeşleştirmiştir². 1961 Anayasasında da kamu görevlisi kavramını memur kavramıyla özdeşleştiren anlayış, esas itibarıyla sürdürülmüş ancak yenilik olarak Devletin yanında öteki kamu tüzel kişilerin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin de memurlar eliyle yürütülmesi gerektiği kuralına yer verilmiştir³. Gerek 1924 Anayasasında gerekse 1961 Anayasasında esas alı-

1 Durmuş, A.A., **Memur Disiplin Hukuku**, 5.Bası, Ankara 2009, Adalet Yayınevi. s.49.

2 Karagöz, C., *1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı*, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/1819.pdf> (12.10.2009), s.172.

3 Karagöz, s. 173.

nan temel yaklaşım, tüm kamu görevlilerinin memur statüsü içine alınması ve memur statüsü dışında kamu görevlileriyle ilgili herhangi bir statünün belirlenmemiş olmasıdır.

1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasa'larına kıyasla kamu görevlileriyle ilgili çok daha geniş düzenlemeler getirmiştir. 1982 Anayasasında kamu görevlileri, esas itibarıyla “*kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” başlığı altında 128 ve 129 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. “Genel İlkeler” başlıklı 128 inci maddeye göre “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına⁴ göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin⁵ gerektirdiği asli ve sürekli görevler⁶, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*”. 1982 Anayasa'sıyla getirilen ve 1961 Anayasa'sından farklı olan iki önemli husus dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, devletin ve kamu tüzel kişiliklerinin yanında kamu iktisadi teşebbüslerinin de yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin varlığının açıkça belirtilmesidir. İkincisi ise, söz konusu kamu hizmetlerinin memurlar dışında kamu görevlileri tarafından da yürütüleceğinin ifade edilmesidir⁷. 1982 Anayasa'sında da önceki anayasalarda olduğu gibi, kamu görevlisi tanımına yer verilmemiştir. Madde gerekçesinde memur kavramının Anayasa'da tanımlanmasının imkansızlığı karşısında dolaylı da olsa memuru tanımlanmaktan kaçınıldığı ifade edilmiş, “diğer kamu görevlilerinden” ne anlaşılması gerektiği hususunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir⁸.

1982 Anayasa'sındaki kamu görevlisi kavramı, kamu hizmetinin gerektirdiği, asli ve sürekli görevleri, İdareye kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak yerine getiren, kendisine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirtilen özel kurallar uygulanan memur ve diğer kamu görevlilerini kapsamaktadır⁹. Anayasa'da “*kamu hizmeti görevlileri*” nin iki türünü oluşturan “*memurlar*” ve “*diğer kamu görevlileri*” arasında yerine getireceklerin görevin mahiyeti açısından herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Buna göre “*diğer kamu görevli-*

4 Maddede belirtilen genel idari esaslardan anlaşılması gereken, kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleridir. Kamu hukuku ve kamusal yönetim usulleri ise, kamu gücü kullanılarak tek yanlı idare işler tesis etmek ve idari kararlar alabilmektedir. Bu kapsamda bir idari faaliyet ya da kamu hizmeti, tek yanlı işlemler tesis edebiliyor ve idari kararlar alabiliyorsa o idari faaliyetin veya kamu hizmetinin genel idari esaslara göre yürütüldüğü söylenebilir. Günday, M., **İdare Hukuku**, 7. B., Ankara 2003, İmaj Yayınları, s.506.

5 Maddede geçen kamu hizmeti deyimi, umuma arz edilen, sürekli bir biçimde işlemesi zorunlu olan, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yasayla kurulan ve İdarenin doğrudan veya yakın gözetimi altında kamusal yetki ve usullerle yürüttüğü hizmetleri ifade etmektedir. Pınar, İ., **4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması**, Ankara 2009, Seçkin Yayınevi, s. 41.

6 Kamu hizmetine ilişkin bir görevin asli ve sürekli olmasından anlaşılması gereken o görevin bir kadroya bağlanmış olmasıdır. Günday, s. 507.

7 Karagöz, s. 173.

8 Gören, Z., **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C.II, Ankara 2002, TBMM Yayınları, s.1132; Karagöz, s. 180

9 Pınar, s. 41.;Gözübüyük, Ş./ Tan T., **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C.1, 5.B., Ankara 2007, s.891.

leri” de tıpkı memurlar gibi, genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getirmek üzere istihdam edilebilecektir. Dolayısıyla Anayasa’daki “diğer kamu görevlileri” deyiminin, memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisi içinde yönetime bağlı olarak çalışan tüm kamu personelinin kapsadığı söylenebilir¹⁰.

Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin kararlarında, kamu görevlisiyle ilgili değişik ölçütler ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme, geçici köy korucularını, ifa ettikleri görevin, genel idare esaslara göre yürütülmesi gereken sürekli görevlerden olmaması nedeniyle¹¹; 3194 sayılı İmar Kanununa göre kurulan yeminli büro elemanlarını, merkezi idare ile aralarında statüer bir ilişki olmadığı gerekçesiyle¹²; kamu bankaları personelinin, söz konusu bankaların kamu tüzel kişiliği statüsünden çıkarılarak özel hukuk hükümlerine tabi kılınması ve yürüttükleri hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmeti olmadığı gerekçesiyle¹³; il genel meclisi üyelerini, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetine geçici ve arızı olarak katıldıkları, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışındaki varlıklarını, iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları gerekçesiyle¹⁴; 1580 sayılı Yasanın 102 inci maddesinde sözü edilen ve işçileri de kapsamına alan “müstahdemlerin”, kadroya bağlı olarak çalışmaması, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olmaması ve kamu gücü kullanmaması nedeniyle¹⁵ memur ve kamu görevlisi saymamıştır.

Anayasa’nın 128 ve 129 uncu maddelerinde kamu görevlisiyle ilgili düzenlemeler çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’ndaki kamu görevlisi tanımının irdelenmesi gerekir. 5237 sayılı TCK’daki kamu görevlisi tanımıyla ilgili Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine açılmış ve sonuçlanmış herhangi bir başvuru tespit edilememiştir. Ancak 765 sayılı TCK’nın uygulandığı dönemde Kanundaki memur tanımının Anayasa’nın 128 ve 129 maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne bir başvuru yapılmıştır. Yüksek Mahkeme, muhtarlara karşı işlenen suçların Türk Ceza Kanunun uygulanması yönünden memurlara karşı iş-

10 Serim, B., “*Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve KİT Personeli*”, AİD, C.22, S.3, Eylül 1989, s.61; Pınar, s. 41.

11 Anayasa Mahkemesinin 10.12.1985 tarih E.1985/5, K.1985/23 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1985/K1985-23.htm>, (16.11.2009)

12 Anayasa Mahkemesinin 11.12.1986 tarih E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-29.htm> (16.11.2009)

13 Anayasa Mahkemesinin 19.6.2002 tarihli E.2001/33, K.2002/56 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2006/K2002-56.htm> (16.11.2009)

14 Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 tarih E.1987/18, K.1988/23 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-23.htm> (16.11.2009)

15 Anayasa Mahkemesinin 09.02.1993 tarih E.1992/44, K.1993/7 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1993/K1993-07.htm> (16.11.2009)

lenen suçlar olarak kabulüne ilişkin kuralın Anayasa aykırılığı iddiasıyla açılan davada, 765 sayılı TCK 'nın memur tanımını içeren 279 ncı maddesinin Anayasasının 128 ve 129 uncu maddelerine aykırı olmadığını, muhtarların yürüttükleri görevlerin asli ve sürekli nitelikleri gözetildiğinde memur sayılmaları gerektiğini dolayısıyla dava konusu kuralın da Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme, gerekçesinde Anayasasının 128 ve 129 uncu maddelerinde tüm hukuk dalları için geçerli ve bağlayıcı memur veya kamu görevlisi tanımının yapılmadığını, dolayısıyla 765 sayılı TCK'daki memur tanımın Anayasa aykırılığından söz edilemeyeceğini, çeşitli yasalarda memur tanımına yer verildiğini, yapılan memur tanımın sadece o yasalar için geçerli olduğunu, ceza hukuku uygulaması yönünden memur kavramı ile idare hukuku uygulaması yönünden memur kavramının birbirinden farklı olduğunu ifade etmiştir. ¹⁶ İl genel meclisi üyeleri ile ilgili verilen ve yukarıda zikredilen kararın gerekçesinde de il genel meclisi üyelerinin görevleri sırasında ve görevlerinden dolayı işledikleri suçlar yönünden TCK uygulamasında memur sayılmalarının, ellerinde kamu gücünü ve diğer araçları bulundurmaları nedeniyle ayrı bir korumaya tabi tutulma gereksinimine dayandığını, ceza hukukuna özgü bu nedenlerin onların idare hukuku ilkelerine göre memur veya kamu görevlisi sayılmaları için yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 128 ve 129 uncu maddelerinde tüm hukuk dalları için bağlayıcı bir memur veya kamu görevlisi tanımına yer verilmediği, dolayısıyla Anayasaya aykırılıktan söz edilemeyeceği düşüncesindedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşünün 5237 sayılı TCK'daki kamu görevlisi tanımı için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle TCK'daki kamu görevlisi tanımının içeriği bir yana, Anayasasının 128 ve 129 maddelerinin niteliği ve kapsamı karşısında, Anayasa aykırılıktan söz etmek mümkün değildir.

D. İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı

İdare Hukukuna göre bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için o kişinin, Devlet örgütünde veya kamu kesiminde yer alan bir örgütte çalışması zorunludur. Bu koşulun mevcut olmadığı durumlarda, kişinin ifa ettiği hizmetin kamu hizmeti olması veya yürüttüğü faaliyetin kamusal nitelikte olması kamu görevlisi sayılması için yeterli görülmemektedir. Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 1 inci maddesine göre avukatlık hizmeti kamu hizmeti sayılmakla birlikte, bir kamu kurumunu veya kuruluşuna bağlı olarak çalışmayan ve mesleğini serbest olarak icra eden bir avukatın idare hukuku bağlamında kamu görevlisi sayılması mümkün değildir¹⁷.

16 Anayasa Mahkemesinin 20.09.1994 tarihli E.1994/47, K.1994/70 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-70.htm> (16.11.2009)

17 Akgüner, T./ Bilgen P./Giritli İ., **İdare Hukuku**, 3. B., D/R Yayınları, İstanbul 2008, s.523; Danıştay 8.D., 08.04.1991, E. 1990/1672, K. 1991/689 sayılı karar, Danıştay Dergisi, S.82-83, s.636.

İdare Hukukunda kamu görevlisi kavramı, değişik anlamlarda kullanılmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi, hukuki statülerine ve hiyerarşik durumlarına bakılmaksızın kamu kesiminde çalışan tüm görevlileri kapsamaktadır¹⁸. Bu anlamda kamu görevlisi kavramı için kamu personeli tabiri kullanılır¹⁹. Dar anlamda kamu görevlisi ise, Anayasanın 128 inci maddesinde ifade edildiği gibi, kamu tüzel kişilikleri ile kamu iktisadi teşebbüslerinin genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden kişileri ifade etmektedir²⁰. İdare Hukukunda kamu görevlisi kavramı, dar anlamda kullanılmaktadır^{21 22}.

Öğretide 5237 sayılı TCK'daki kamu görevlisi kavramının, İdare Hukukundaki kamu görevlisi kavramından daha geniş bir kavram olduğu kabul edilmektedir. ²³ Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için görevliyle devlet arasında bir istihdam ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur²⁴. Buna karşılık idare hukukunda ister dar anlamda ister geniş anlamda bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için, o kişinin kamu kesiminde bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekmektedir²⁵. Aynı şekilde kamu kesiminde bir örgüte bağlı olarak çalışan herkesin kamusal faaliyet yürüttüğü de söylenemez. Dolayısıyla İdare Hukukuna göre kamu görevlisi sayılan herkesin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre kamu görevlisi sayılması da mümkün değildir.

II. TÜRK CEZA KANUNUDA KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

A. Memur Kavramından Kamu Görevlisi Kavramına Dönüşümün Tarihçesi

765 sayılı Türk Ceza Kanunun 279 uncu maddesinin ilk halinde Kanunun uygulanması açısından “*devletin veya vilayet ve nahiye ve karyelerin nezareti altında*

18 Günday, s.504.

19 Gözler, K., **İdare Hukukuna Giriş**, 9.Bası, Bursa 2008, Ekin Basın Yayın Dağıtım, , s.233.

20 Giritli/Bilgen/ Akgüner, s. 523.

21 Gözler, s. 233. ; Günday, s. 504.

22 Danıştay 1 inci Dairesi, 17 .04.2000 tarih E. 2000/29, K. 2000/59 sayılı kararında 4483 sayılı Kanun bağlamında kamu görevlilerini kapsamını belirlerken Anayasanın 128 inci maddesine atıfla bir sonuca varmaya çalışmış ve dar anlamda görevlisi kavramına temas etmiştir. Daire'ye göre “*kamu hizmeti, umuma arzedilen, 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*”.

23 Giritli/Bilgen/ Akgüner, s. 734, Gözler, s. 236.

24 Tezcan/Erdem/Önok, s. 619.

25 Gözübüyük, s.234; Günday, s.503-504; Gözler, s.567-568.

bulunan bir hizmette maaşlı veya maaşsız daimi veya muvakkat vazife görenler “ memur sayılmıştır. 11.06.1936 tarih ve 3081 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değişik 765 sayılı TCK’nın 279 uncu maddesine göre ise “Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri ile Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler“ Kanunun uygulaması açısından memur sayılır. Aynı hükme göre Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri ile Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimseler, Kanunun uygulaması açısından amme hizmetine muvazzaflı olarak kabul edilmektedir.

765 sayılı TCK’nın 279 uncu maddesi, kamu personelini, kamu görevi yapanlar ve kamu hizmeti yapanlar olarak ikiye ayırmakta, kamu görevini yapanları memur, kamu hizmetini yürütenleri ise memur saymamakta idi. Mülga Kanunun memur sayılma hususunda kabul ettiği ölçüt, kişinin katıldığı faaliyetin içinde ifa ettiği görevin mahiyetidir. Buna göre kişinin katıldığı faaliyet içinde ifa ettiği görevin mahiyeti kamu görevi ise memur sayılmakta, kamu hizmeti ise memur sayılmamakta idi²⁶. Hangi faaliyetin kamu görevi, hangi hizmetin kamu hizmeti sayılacağı hususunda pozitif hukukta bir tanım olmaması, memur kavramının tanımlanması, kimlerin memur sayılacağı konusunda bir takım güçlükler doğurmuş ve bu konuda öğretilerde farklı fikirlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Ancak uzun tartışmalardan sonra yargı kararlarıyla²⁷ konu büyük ölçüde istikrara kavuşmuştur²⁸. Ayrıca memurluk ile kamu hizmetliliği ayrımının güçlüğüün yanı sıra, kamu hizmetlisinin suç işlemesi halinde uygulanacak yaptırımın normal vatandaşta uygulanacak yaptırımdan farksız olması, Kanunun Koyucuyu, kuruluş ve işleyişini düzenlediği kurumların personelini açıkça memur saymaya itmiştir²⁹.

Mülga TCK’daki tanım öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir. Özellikle kamu görevi olarak nitelendirilen bir faaliyetin yürütülmesine katılan yardımcı personelin

26 Soyaslan, D., “*Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2729.pdf> (09.09.2009), s.45. Gökcan, H.T., /Artuç, M., *Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri (Kamu Görevlisi...)*, Ankara 2007, Seçkin Yayınevi, s. 25. : Tezcan, D./Erdem, M.R/Önök, R.M., *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2006, Seçkin Yayınevi, s. 517.;Özgenç, İ., *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, 2.B. Ankara 2005, Seçkin Yayınevi, s.102.

27 Yargıtay’a göre memur “*Devlete ait hukuki bir iktidar ve selahiyeti kullanarak hukuki tasarruf ve fiilin icrasına gerçekleştirenlerle, bu hukuki tasarruf ve fiilin icrasına amme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım edenlerdir. İcra ettikleri faaliyet bu nitelikte olmayan kimseleri memur saymak mümkün değildir*”. CGK, 25.11.1985, E. 1985/410 K. 1985/595; CGK 26.12.2002, E. 2002/279, K. 2002/ 406, Yargıtay Kararları Dergisi, Mart 1986, s.406; Gökcan, H.T/Kaymaz, S., *Ceza Hukukunda Memur ve Memurlara Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2004, Seçkin Yayınevi, s. 40.

28 Gökcan/ Artuç, “*Kamu Görevlisi*”, s.26.

29 Soyaslan, s. 50.

ifa ettiği görevin kamu hizmeti sayılabileceği durumlarda aynı faaliyete farklı pozisyonlarda katılan kişilerin farklı bir hukuki rejime tabi olması önemli bir çelişki olarak görülmüştür³⁰. Bu nedenle kamusal faaliyete katılan herkesin kamu görevlisi olarak kabul edilerek memur kavramının terk edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³¹. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesiyle memur kavramı terk edilerek kamu görevlisi tercih edilmiş ve kamusal faaliyetin yürütülmesine atmama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli ya da geçici olarak katılan herkes kamu görevlisi sayılmıştır³². Bu çerçevede kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir kavramdır. Her memur kamu görevlisidir, ancak her kamu görevlisi memur değildir. Esasında 5237 sayılı TCK'nın altıncı maddesinde yapılan kamu görevlisi tanımı ile Anayasanın 128 inci maddesindeki kamu görevlisi tabirinin kapsamına yaklaşıldığı bu anlamda nispi de olsa bir yeknesaklığın sağlandığını söylemek mümkündür³³.

5237 sayılı TCK'daki, kamu görevlisi kavramı ve içeriği ile, 765 sayılı TCK döneminde yargısal uygulamalarla ortaya konan “ceza yargılamasında memur” ayrımı geçerliliğini yitirmiştir. Bu çerçevede mülga Kanun döneminde memur sayılmayan odacı, kaloriferci gibi yardımcı hizmetler sınıfı personeli 5237 sayılı TCK döneminde kamu görevlisi olarak uygulamada dikkate alınacaktır³⁴.

B. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI VE UNSURLARI

Yukarıda da ifade edildiği gibi, kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Daha özet bir ifadeyle kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişiye kamu görevlisi denilmektedir. Bu anlamda Cumhurbaşkanından kamu işçisine kadar herkes kamu görevlisi sayılabilmektedir. Bu tanıma gönüllü veya zorla hizmete alınanlar, ücret karşılığında çalışanlar, kadrolu veya kadrosuz çalışanlar, idare hukukuna tabi olarak çalışanlar, silahlı kuvvetler mensupları, üniversite öğretim üyeleri, memurlar, işçiler, kamu hizmetinin gerektirdiği, sürekli ve asli işlerde çalışanlar ve sözleşmeleri personel girmektedir. Buna karşılık kamusal faaliyetin yürütülmesine ihale yoluyla katılan kişi, kamu görevlisi sayılmamaktadır³⁵.

Tanımdan, kamu görevlisi kavramına ilişkin iki unsur öne çıkmaktadır. Buna

30 Gökcan/ Artuç, s. 26.

31 Özgenç, İ., “*Kamu Görevi Yürürlük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, s. 332-335.

32 Hükmün gerekçesinde “ 765 sayılı TCK'daki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan kamu görevlisi tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak tek ölçüt, gördüğü için bir kamusal faaliyet olmasıdır.” denilmiştir.

33 Durmuş, s.53-54.

34 Malkoç, İ., *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1.C., Ankara 2007, Malkoç Kitabevi, s.26. ;Durmuş, 54.

35 Erol, s.163 ;Malkoç, s. 26.

göre bir kişinin kamu görevlisi sayılması için öncelikle bir kamusal faaliyetin varlığı, ikinci olarak o kişinin kamusal faaliyete katılması gerekmektedir.

1. Yürütülmekte Olan Bir Kamusal Faaliyetin Bulunması

Bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için, o kişinin katılabileceği bir kamusal faaliyetin bulunması gerekir. 765 sayılı TCK'nın 279 uncu maddesindeki memur kavramının aksine, burada kişinin katıldığı faaliyetin niteliği esas alınmakta (objektif unsur), o kişinin söz konusu faaliyet içindeki konumu (sübjektif unsur) dikkate alınmamaktadır³⁶.

Pozitif hukukta kamusal faaliyet tabirinin bir tanımı yapılmamıştır. Esasında bu tabir, hukuki metinlerde sık kullanılan bir tabir de değildir. Kamusal faaliyet tabiri, sadece 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunun tanımlar başlıklı 3 üncü maddesinin (e) bendinde belediyelerin ve il özel idaresinin faaliyetlerini nitelemek için kullanılmış ve adı geçen kuruluşların *yetkileri belli bir coğrafi alan ve hizmetlerle sınırlı olmak üzere kamusal faaliyet yürüttükleri* ifade edilmiştir. Bu niteleme, diğer kamu kurum ve kuruluşun yürüttüğü hizmetleri için kullanılmamıştır. Esasında 5018 sayılı Kanundaki kullanımın da, Kanun Koyucu tarafından bilinçli bir şekilde tercih edildiğini söylemek güçtür.

Kamusal faaliyet kavramı, Türk Hukuk Öğretisinde ve özellikle İdare Hukukunda kullanılan bir kavram da değildir. İdare Hukukunda, bu kavram yerine daha çok “*kamu hizmeti*”, “*kamu fonksiyonu*”, “*kamu görevi*” gibi kavramlar kullanılmaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından yeni olan bu kavramın yorumlanmasında bir takım güçlüklerin olduğu bir gerçektir. Bu açıdan bakıldığında kamu görevlisi tanımı “kamusal faaliyet” tabirin esas öge olarak tercih edilmesinin isabeti tartışılabilir. Özellikle 765 sayılı TCK döneminde “memur” kavramı etrafında yapılan tartışmaların, yeni dönemde “kamu görevlisi” için de söz konusu olabileceği öngörülmektedir. Bununla birlikte kamusal faaliyetin tanımlanmasında gerek Anayasa Hukukunda gerekse İdare Hukukunda benzer anlamları ifade eden kavram ve tanımlardan ve buna ilişkin öğretilerdeki birikimden yararlanılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir³⁷. Nitekim öğretilerde aynı doğrultuda görüşler ileri sürülmektedir. Toroslu'ya göre Yargıtay kararlarında ifade edildiği şekliyle Devletin herhangi bir faaliyeti yalnızca veya daha çok devlete ait hukuکی bir yetki ve iktidarın kullanılması amacıyla örgütlendiğinde söz konusu olan “*kamu görevi*” kavramının, kamusal faaliyetin tanımı ve kapsamıyla ilgili yeni bir anlayış konuluncaya kadar benimsenmesi uygun olacaktır³⁸. Ayrıca kamusal faaliyet kavramının anlaşılmasında Kanunun gerekçesinin de önemli olduğu değerlendirilmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesinin gerekçesinde kamusal faaliyetle ilgili şu

36 Gökcan/ Artuç, , “*Kamu Görevlisi*”, s.27.

37 Gökcan/ Artuç, , “*Kamu Görevlisi*”, s.28

38 Toroslu, N., *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2009, Savaş Yayınevi, s. 273-274.

görüşlere yer verilmiştir: “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”³⁹.

Madde gerekçesinden bir faaliyetin kamusal faaliyet sayılması için iki koşulunun aynı anda bulunması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Buna göre kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, hizmetin kuruluşunun siyasi iradeye dayanmasıdır.

a. Kamu adına yürütülen bir hizmetin varlığı

Kamusal faaliyetten söz edilebilmesi için öncelikle kamu adına yürütülen bir hizmetin varlığı şarttır. Bu hizmet herhangi bir hizmet değil, kamu adına yürütülen bir hizmet olmalıdır. Toplum halinde yaşamının bireylere yüklediği toplumsal görevleri yerine getirmek amacıyla örgütlenip yürütülen hizmetler, kamu adına yürütülen hizmet sayılır. Bu çerçevede Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerin yürüttüğü hizmetler kamu hizmeti niteliğindedir⁴⁰. Bununla birlikte “kamusal faaliyetin” esas itibarıyla “kamu hizmeti” olduğu, bu nedenle Anayasa ve İdare Hukukundaki kamu hizmeti kavramından yararlanılabileceği düşünülebilirse de aralarında bir takım farklılıkların olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle İdare Hukukunda kamu hizmeti terimi, en geniş anlamıyla “kamuya yararlı hizmet” kavramını kapsayacak şekilde kullanılmakta, bu nitelikte hizmetin özel hukuk hükümleri uyarınca idare eliyle örgütlenmesi veya bizzat özel kişilere gördürülmesi durumunda dahi, söz konusu hizmetler kamu hizmeti sayılmaktadır. Oysa ki, özel hukuk hükümleri uyarınca veya özel kişilerce yürütülen bir kamu hizmetinin kamusal faaliyet sayılması mümkün değildir⁴¹. Bir başka anlatımla, 5237 sayılı TCK’nın 6 ncı maddesindeki kamu görevlisi, kamu görevi ifade edenler dışında, kamuya yönelik ve kamuya yaralı olarak kamu kuruluşlarınca veya kamu kuruluşlarının yakın denetimi altında yürütülen kamu hizmeti ifade edenleri de kapsamaktadır. Buna karşılık bu çerçevede yürütülmeyen kamuya yararlı bir faaliyete katılanlar, bu kapsamda değildir⁴².

39 Özgenç, İ./Şahin C. **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, İ.B, Ankara 2007, Adalet Bakanlığı, s. 112-113.

40 Gökcan/ Artuç, , **”Kamu Görevlisi”**, s.35

41 Gökcan/ Artuç, , **”Kamu Görevlisi”**, s.35

42 Tezcan/ Erdem/Onok, s.623

İlgili Kuruluş Kanunlarına ve Devletin ve İdarenin örgütleniş şemasına bakmak suretiyle, hangi örgütlenmelerin kamu adına hizmet yürüttükleri bir başka deyişle kamusal faaliyet yürüttükleri anlaşılabılır. Bu çerçevede Merkezi İdare ve merkezi idarenin başkent teşkilatına yardımcı olan kuruluşlar ile mahalli idareyi oluşturan kamu idareleri, kamusal faaliyet yürütmektedir. Aynı şekilde hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları ile üst kurul veya bağımsız kurul olarak örgütlenen Bağımsız İdari Otoriteler/Bağımsız İdari Kurumların kamusal faaliyet yürüttüklerini söylemek mümkündür⁴³.

b. Hizmetin Kuruluşunun Siyasi İradeye Dayanması

Kamu adına yürütülen bir hizmetin kamusal faaliyet sayılabilmesi için, söz konusu hizmetin Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayanması gerekmektedir. Siyasi karar denildiğinde, ilk bakışta hizmetin Kanunla ihdas edilmesi gibi bir zorunluluk akla gelebilir. Kanaatimizce siyasal kararın veya siyasi iradenin mutlaka TBMM iradesi olarak kanun şeklinde tezahür etmesi şart değildir. Zira gerekçede hizmetin kanunla belirlenmiş bir siyasal karara değil, kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayanmasından söz edilmektedir. Dolayısıyla yöntemi kanunda belirtilmekle birlikte, kamu adına yürütülen hizmetin TBMM dışında bir organın iradesiyle kurulması mümkündür. Bu çerçevede Bakanlar Kurulunun çıkaracağı bir Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük veya Bakanlıkların çıkaracağı bir Yönetmelik de bu bağlamda bir siyasi karar olarak kabul edilebilir. Aynı şekilde yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının aldığı kararların da siyasi iradeye dayandığını söylemek mümkündür. Buna karşılık, Anayasanın veya Kanunun verdiği yetkiye dayanmayan veya Anayasa veya Kanunda belirtilen usullerle alınmayan bir siyasi kararlara kamu adına yürütülen bir hizmetin ihdası mümkün değildir.

2. Kamusal Faaliyete Katılma

Kamusal faaliyete katılma, atama ve seçilme veya herhangi bir yöntemle olabilir. Halk tarafından seçilen bir milletvekili veya belediye başkanı ile kanunlarda belirtilen usullerle atanan bir memur arasında kamu görevlisi sayılmak açısından herhangi bir fark gözetilmemiştir. Kamu görevlisine katılma atama ve seçilme dışında herhangi bir yöntemle de olabilir. Örneğin tanık olarak kamusal faaliyete katılan bir kişi, atama veya seçilme yoluyla bu faaliyete katılmamakta, tarafların talep etmeleri üzerine veya re'sen mahkemece alınan bir karar üzerine söz konusu faaliyete katılmaktadır. Aynı şekilde kamusal faaliyete katılan bir avukat, atama veya seçilme yoluyla değil, vekalet sözleşmesine dayalı olarak bu faaliyete katılmaktadır.

Hükümde geçen herhangi bir surette katılma ibaresi, ilk bakışta gerekçeyle çeliş-

43 Gökcan, H.T., **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2008, Seçkin Yayınevi, s. 37-38.

mektedir. Zira gerekçede ihaleye dayalı olarak kamusal faaliyete katılan kişinin kamu görevlisi sayılmayacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce takip edilmesi gereken yol, hükümdeki ifadenin, gerekçeyle birlikte yorumlanmasıdır. Bu durumda öncelikle herhangi bir surette katılmanın, ihale suretiyle kamusal faaliyete katılmayı içermediği söylenebilir. Ayrıca kamusal faaliyete tesadüfen ve herhangi bir hukuki zorunluluk olmaksızın gönüllü olarak katılan kişinin de 5237 TCK'nın 6 ncı maddesi anlamında kamusal faaliyete katılmadığı ve kamu görevlisi sayılmayacağı düşünülmektedir. Çünkü, ihale yoluyla, dolayısıyla bir hukuki ilişkiye dayalı olarak kamusal faaliyete katılan kişiyi kamu görevlisi saymayan Kanun Koyucunun, kamusal faaliyet yürüten kurum veya kuruluşla hiçbir hukuki bağı olmayan bir kişiyi kamu görevlisi saymayı murat ettiğini düşünmek mantıkla telif-i kabil değildir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 41 inci maddesinde kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği ifade edilmiştir. Ancak bu maddeye göre kamu hizmetinin yürütülmesine katılan işçi devlet memuru sayılmamakta, özel hukuk hükümlerine göre istihdam edilmektedir. Bununla birlikte kişinin özel hukuk hükümlerine göre istihdam edilmiş olması, onun kamu görevlisi sayılmasına engel teşkil etmemektedir. Zira burada önemli olan husus, o kişinin genel idari esaslara göre istihdam edilmesi ve bu çerçevede kamu idaresinin emir ve talimatları, denetim ve gözetimi altında kamu hizmeti yürütmekte olması ve iştirak ettiği kamusal faaliyet dolayısıyla az veya çok kamu gücünü kullanmasıdır⁴⁴. Buna karşılık bir kamu hizmetinin yürütülmesinin idari bir sözleşme ile özel bir şahsa verilmiş olması ve idarenin denetimi altında olsa dahi bu hizmetin özel kişilerce yürütülüyor olması halinde kamusal faaliyete katılmaktan söz edilemez⁴⁵.

Kamusal faaliyete geçici olarak katılması münasebetiyle kamu görevlisi sayılan kişiler, genel idari esaslara göre atanmamakta ve idareyle bir istihdam ilişkisine girmemektedirler. Bu kişilerin kamu görevi yürüten kişilerin ne şekilde kamusla faaliyete katıldıkları ilgili kanunlarda düzenlenmektedir. Örneğin muhtar, belediye meclisi üyesi, il genel meclis üyesi, seçim ve sandık kurulları üyelerinin kamusal faaliyetlere katılma usulü ilgili kanunlarda düzenlenmektedir. Aynı şekilde üstlendikleri geçici ve zorunlu görev nedeniyle kamu görevlisi sayılan, tanık, bilirkişi, avukat, yedimenin gibi kişilerin ne şekilde görevlendirilecekleri ilgili kanunlarda düzenlenmektedir. Bu kişilerin kamusal faaliyete katılmasını sağlayan usul, özel hukukta geçerli olan iş akdi ve istisna akdi gibi hükümlerden farklı nitelik taşımakta ve bu şekilde Devletle o kişi arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi kurulmaktadır⁴⁶.

44 Özgenç, İ., **Gazi Şerhi**, s.103; Artuk M.E /Gökçen A, /Yenidünya C., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7.Bası, Ankara 2006, s.560.

45 Gökcan/ Artuç, s.41

46 Gökcan/ Artuç, , "**Kamu Görevlisi**", s.42.

III. ÖZEL KANUNLARA GÖRE KAMU GÖREVLİSİ SAYILANLAR

A. GENEL OLARAK

5237 sayılı TCK'nın 5 inci maddesine göre *“Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”*. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun geçici 1 inci maddesi ise *“Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır”* hükmüne amirdir. Suç ve ceza içeren bir çok kanunda kamu görevlisi kavramına atıf bulunmaktadır. Bu kanunlarda daha önce memur kavramına yapılan atıfların tamamı, 5237 sayılı TCK'ya uyum amacıyla 23.01.2008 tarih 5728 sayılı Kanunla kamu görevlisi kavramına dönüştürülmüştür. Ancak bu uyum yapılırken, 5237 sayılı TCK'nın 6 ncı maddesinde yapılan kamu görevlisi tanımının mahiyeti ve kapsamı göz ardı edilmiş, TCK'nın 5 inci maddesi hükmü karşısında özel kanunlardaki düzenlemelerin gerekli olup olmadığı üzerinde durulmamıştır. 765 sayılı TCK'da özel ceza kanunlar ve ceza içeren tüm kanunlar için bağlayıcı tanımlar bulunmamakta idi. Dolayısıyla memur statüsünde olmayan bir kısım kamu görevlilerinin, ceza siyaseti açısından kamu görevlisi gibi cezalandırılmasının gerekli görüldüğü durumlarda, özel ceza kanunlarında veya ceza içeren kanunlarda “memur gibi sayılır” veya “memur gibi cezalandırılır” şeklinde düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Buna karşılık kamu görevlisi kavramı, TCK'nın 5 nci maddesi uyarınca özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar açısından da bağlayıcı olan bir kavramdır. Bu nedenle aşağıda da ifade edileceği üzere, 5237 TCK'nın 6 ncı maddesindeki kamu görevlisi tanımı ve bu tanımın bağlayıcılığına ilişkin 5 nci madde hükmü karşısında özel kanunlardaki düzenlemelerin çoğuna gerek bulunmamaktadır.

B. ÖZEL KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

Özel Kanunlarda kamu görevlisi sayılmakla ilgili düzenlemeler birbirinden farklılık göstermekte, bu farklılığa göre değişik sonuçlar doğmaktadır. Bu çerçevede Özel Kanunlardaki düzenlemeleri; *“İşledikleri Suçlardan Dolayı Kamu Görevlisi Sayılanlar”*, *“Türk Ceza Kanununun Uygulanması Açısından Kamu Görevlisi sayılanlar”*, *“Kamu Görevlisi Gibi Cezalandırılanlar”* olmak üzere üç gurup altında toplamak mümkündür.

1. İşledikleri Suçlardan Dolayı Kamu Görevlisi Sayılanlar

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 7 nci maddesine göre *“Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile özelleştirme programına alınan kuruluşlarda çalışan personel ve sözleşmeli olarak çalıştırılan personel, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılırlar ve bu personelin özelleştirilmenin paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilânço, tutanak, rapor ve benzeri her*

türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Üçüncü Kısım Dördüncü Bölüm ile Dördüncü Kısım Birinci Bölüm altında yer alan suçlara ilişkin hükümler uygulanır.

Yukarıda ifade edildiği gibi 5237 sayılı TCK'nın 6 ncı maddesindeki kamu görevlisi tanımının ve bu tanımın diğer özel kanunlar için bağlayıcılığın ilişkin 5 nci madde karşısında herhangi bir özel kanunda, personelle ilgili kamu görevlisi sayılır veya sayılmaz şeklinde bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Kaldı ki 4046 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde sözü geçen personel, 5237 sayılı TCK'nın 6 ncı maddesindeki tanıma göre kamu görevlisi sayılır. Ancak Kanun Koyucunun, işledikleri suçlar açısından kamu görevlisi sayılır şeklinde yaptığı işbu düzenleme, söz konusu personelin aleyhlerine işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılmalarına engel olmaktadır. Zira, söz konusu personel, 4046 sayılı Kanunun açık hükmü uyarınca sadece işledikleri suçlar açısından kamu görevlisi sayılmaktadır.

2. Türk Ceza Kanunu Uygulaması Açısından Kamu Görevlisi Sayılanlar.

1512 sayılı Noterler Kanun'un 151 inci maddesine göre *Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter kâtipleri ve kâtip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise ayrıca bu görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından, 5706 sayılı İstanbul 2010 Kültür Başkenti Hakkında Kanun'un 17 inci maddesine göre ajans personeli bu Kanun kapsamında yaptıkları işlemlerde Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından, 5368 sayılı Lisanslı Harita Mühendisleri Büroları Hakkında Kanunun 5 inci maddesine göre Lisanslı harita kadastro mühendislik bürolarında, bu Kanun kapsamında belirtilen hizmetleri yapmakla yetkilendirilenler Türk Ceza Kanununun uygulanmasında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 60 ncı maddesine göre Görevleri ile ilgili olarak suç işleyen Kurul başkan ve üyeleri ile personeli ceza sorumluluğu bakımından, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunun 25 inci maddesine göre Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanununun uygulamasında, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunun 28 inci maddesine göre Yönetim Kurulu üyeleri ile Kurum personeli, 4634 sayılı Şeker Kanunun 9 uncu maddesine göre Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanununun uygulamasında, 7201 sayılı Tebligat Kanunun 52 nci maddesine göre Bu Kanunun tatbikinde vazifeli bulunan memur ve hizmetliler ile mahalle, köy muhtar ve ihtiyar heyeti ve meclisi azaları işledikleri suçlar ile kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve grev ve Lokavt Kanunun 69 uncu maddesine göre Resmi arabulucu olarak görevlendirilenler gö-*

revlerinin ifası sırasında veya ifasından dolayı işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunun 9 uncu maddesine göre Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılırlar.

Bu guruba giren personel, Türk Ceza Kanunu uygulaması açısından kamu görevlisi sayıldıklarından hem görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlardan hem de görevleriyle ilgili aleyhlerine işlenen suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılırlar. Aleyhlerine işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacakları hususu, yukarıda ifade edildiği üzere bir kısım Kanunlarda açıkça zikredilmiştir. Ancak bu konuda açık ifade olmasa bile, söz konusu personel Türk Ceza Kanunu uygulaması açısından kamu görevlisi sayıldıklardan, görevleriyle ilgili olarak aleyhlerine işlenen suçlar bakımından da kamu görevlisi sayılırlar. Zira Türk Ceza Kanunu uygulaması tabiri, kişinin sadece fail olarak kamu görevlisi sayılmasını değil, mağdur olarak kamu görevlisi sayılmasını gerektirmektedir. Esasında ilgili kanunda, Türk Ceza Kanunu uygulaması açısından kamu görevlisi sayıldıkları ifade edildikten sonra, ayrıca aleyhlerine işlenen suçlarda da kamu görevlisi sayılacaklarının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

Bu guruba giren personel, esas itibarıyla, 5237 sayılı TCK'nın 6 ncı maddesinde düzenlenen kamu görevlisi tanımına göre, kamu görevlisi sayılabilecek personeldir. Dolayısıyla özel kanunlarda böyle bir düzenleme olmasaydı dahi, söz konusu personelin görevleri nedeniyle işledikleri veya aleyhlerine işlenen suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılması mümkündür.

3. Kamu Görevlisi Gibi Cezalandırılanlar

3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun 12 inci maddesine göre “*Bu Kanuna göre görevlendirilenlerden suç işleyenler*”, 1163 sayılı Kooperatifler Kanun'un 62 nci maddesine göre “*Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların 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*”, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun 23 üncü maddesine göre *Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı*, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunun 76 ncı maddesine göre *Odalar, borsalar ve Birliğin organ üyeleri ile personeli, görevlerini yerine getirirken görevleriyle ilgili suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden, bu kuruluşların paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair varlıkları ile muhasebe ve muamelata ilişkin her çeşit defter ve evrak ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı* kamu görevlisi i gibi olarak cezalandırılırlar. Yine 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisans Depocuları Kanunu 34 uncu maddesine göre *Fon, lisanslı depo işletmeleri ve yetkili sınıflan-*

dırcıların yöneticileri, denetçileri ve personeli ile bu Kanun kapsamında lisans alan diğer ilgililer; bunların işlem ve faaliyetlerine, ürün ve ürün senetlerine, para ve mallarına, evrak, rapor, hesap, kayıt ve defterlerine ve diğer başka belgelere ilişkin işledikleri suçlardan dolayı ceza sorumluluğu bakımından kamu görevlisi isı sayılırlar.

Özel Kanunlardaki düzenlemelerin dışında 5237 sayılı TCK'da da aynı mahiyette düzenlemeler bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 252/1 maddesine göre “*Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır*”. Aynı şekilde 5237 sayılı TCK'nın 94/4 maddesine göre *işkence suçuna iştirak eden diğer kişiler* de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

Bu guruba giren personel hiçbir şekilde kamu görevlisi sayılmamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 6 ncı maddesindeki tanımın kapsamına girmemektedirler. Kanun Koyucu, ceza siyaseti açısından bu kişilerin kamu görevlisi gibi cezalandırılmasını istemiştir. Dolayısıyla bu başlık altındaki düzenlemelerin, Kanun Koyucunun amacı dikkate alındığında gerekli olduğunu söylemek mümkündür.

Özel Kanunlardaki hüküm uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırılanlar kural olarak aleyhlerine işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılmamaktadır. Ancak 5188 sayılı Kanunun 23 üncü maddesindeki açık hüküm gereği, özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır.

SONUÇ

Kamu görevlisi kavramı, Türk Hukuku açısından önem arz eden bir kavram olması hasebiyle, değişik hukuk dalları, konuyu farklı bakış açılarıyla ele alarak düzenlemiş bulunmaktadır. Ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramı, diğer hukuk dallarındaki kamu görevlisi kavramından farklılık arz etmektedir. Ancak bu farklılık, esaslı bir farklılık olmayıp, daha çok kavramın kapsamına giren kişilerle ilgili farklı bakış açılarından kaynaklanan hususlardan ibarettir. Bu nedenle ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramının doğru bir şekilde yorumlanması ve anlaşılması için, kamu görevlisi kavramının Hukuk Düzenin bütününde ifade ettiği anlamı kavramak ve özellikle Anayasa Hukuku ile İdare Hukukundaki birikimden yararlanmak gerektiği düşünülmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 6 ncı maddesinde özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar için de bağlayıcı olan tanımların getirilmesi ve bu çerçevede memur kavramının terk edilerek kamu görevlisi kavramının tercih edilmesi önemli bir yenilik olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu yeniliğin, bu kapsamda yapılan tartışmalara son vermesi güç gözükmektedir. Çünkü 765 sayılı TCK'daki memur tanımının odağındaki “kamu görevi” tabiri çerçevesinde yapılan tartışmaların yeni tanımda “kamusal faaliyet” eksenli olarak devam edeceği görülmektedir. Hatta “kamusal faaliyet” tabirinin “kamu görevi” tabirinden daha çok tartışmaya açık ve müphem olduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar gerekçede kamu-

sal faaliyetin ne olduğuyla ilgili açıklamalar var ise de, bu açıklamaların yeterli açıklıkta ve tutarlılıkta olduğu söylenemez. Özellikle kamu adına yürütülen hizmetin bir siyasi karara dayanması gerekliliği karşısında, siyasi karardan ne anlaşılması gerektiği hayati bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Siyasi karar tabiri de tıpkı kamusal faaliyet tabiri gibi, Türk Hukuk Öğretisinde kullanılan bir tabir de değildir. Dolayısıyla meseleye bu açıdan bakıldığında, 5237 sayılı TCK'daki kamu görevlisi tanımının isabeti, tartışmaya açıktır.

Kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir kavramdır. Kamusal faaliyete katılan herkes, statüsüne ve faaliyete sağladığı katkının niteliğine bakılmaksızın kamu görevlisi sayılmaktadır. Bu çerçevede 765 sayılı TCK'nın uygulandığı dönemde ortaya çıkan bir kısım adaletsizlikler, yeni düzenlemeyle bertaraf edilmiş ve kamusal faaliyete katılan herkesin ceza hukuku açısından aynı hukuki rejim tabi olması sağlanmıştır. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın altıncı maddesinde yapılan kamu görevlisi tanımı ile, Anayasanın 128 inci maddesindeki kamu görevlisi tabirinin kapsamına yaklaşıldığı bu anlamda hukuk düzeni içinde nispi de olsa bir yeknesaklığın sağlandığını söylemek mümkündür.

5237 sayılı TCK'daki kamu görevlisi tanımından sonra, özel ceza kanunlarının ve ceza içeren kanunların TCK'ya uyumu açısından 5728 sayılı Yasayla yapılan düzenleme, kamu görevlisi tanımının ve kapsamının Kanun Koyucu tarafından da tam olarak kavranamadığını göstermektedir. Gerçekten de bu düzenleme yapılırken TCK'nın 5 inci maddesi hükmü karşısında özel kanunlardaki düzenlemelerin gerekli olup olmadığı üzerinde durulmamıştır. 765 sayılı TCK'da özel ceza kanunlar ve ceza içeren tüm kanunlar için bağlayıcı tanımlar bulunmaması nedeniyle özel kanunlardaki düzenlemenin gerekli olduğu söylenebilir ise de 5237 sayılı TCK'nın 5 nci maddesi hükmü karşısında 5278 sayılı Kanunla kamu görevlileriyle ilgili yapılan düzenlemenin gerekli olduğunu söylemek güçtür.

KAYNAKÇA

Artuk Mehmet Emin /Gökçen Ahmet /Yenidünya Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7.B, Ankara 2006, Turhan Kitabevi.

Durmuş, A.Alper, **Memur Disiplin Hukuku**, 5.B, Ankara 2009, Adalet Yayınevi.

Giritli İsmet, Akgüner, Tayfun, Bilgen Pertev, , **İdare Hukuku**, 3. B. İstanbul 2008 D/R Yayınları,

Gören, Zafer **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C.II, Ankara 2002, TBMM Yayınları.

Günday, Metin **İdare Hukuku**, 7. B. Ankara 2003, İmaj Yayınları.

Gözler, Kemal, **İdare Hukukuna Giriş**, 9.B, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2008.

Gözübüyük, Şeref/ Tan Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C.1, 5.B. Ankara 2007.

Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, **Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri**, Ankara 2007, Seçkin Yayınevi,

Gökcan, Hasan Tahsin/Kaymaz, Seydi, **Ceza Hukukunda Memur ve Memurlara Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2004, Seçkin Yayınevi

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

Karagöz, Cihan, **“1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”**, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/1819.pdf> (12.10.2009).

Malkoç, İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 1.C. Ankara 2007, Malkoç Kitabevi,

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler**, 2.B., Ankara 2005, Seçkin Yayınevi,

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

Özgenç, İzzet; Şahin Cumhur, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 1.B, Ankara 2007, Adalet Bakanlığı,

Pınar, İbrahim **4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması**, Ankara 2009, Seçkin Yayınevi,

Serim, Bülent **“Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve KİT Personeli”**, AİD, C.22, s.3, Eylül 1989, s. 51-73

Soyaslan, Doğan **Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”**, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2729.pdf> (09.09.2009)

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önök, R.Murat, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara 2006, Seçkin Yayınevi,

Toroslu, Nevzat **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara 2005, Savaş Yayınevi.