



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ

Eylül ERDEM HACİÖMEROĞLU

Doktora Tezi

Ankara, 2026

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ

Eylül ERDEM HACİÖMEROĞLU

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2026

KABUL VE ONAY

Eylül ERDEM HACİÖMEROĞLU tarafından hazırlanan “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi” başlıklı bu çalışma, 20 Temmuz 2026 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ (Başkan)

Prof. Dr. Çetin ARSLAN (Danışman)

Prof. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ (Üye)

Doç. Dr. Önder TOZMAN (Üye)

Doç. Dr. Muammer KETİZMEN (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŞEN

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin/raporumun tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinlerin yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

05/10/2026

[İmza]

Eylül ERDEM HACİÖMEROĞLU

“Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge”

- (1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.
 - (2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulunun** gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.
 - (3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, **tezin yapıldığı kurum** tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, **ilgili kurum ve kuruluşun önerisi** ile **enstitü** veya **fakültenin** uygun görüşü üzerine **üniversite yönetim kurulu** tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.
- Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir

* Tez danışmanının önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** tarafından karar verilir.

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, **Prof. Dr. etin ARSLAN** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

[İmza]

Eylül ERDEM HACİÖMEROĞLU

TEŞEKKÜR

Hukuk fakültesinden mezun olduğum tarihten itibaren birlikte çalışma onurunu yaşadığım hem yüksek lisans hem de doktora çalışmalarında tez danışmanlığımı üstlenen; bana ceza hukukunu sevdiren ve öğreten; tez konumu önererek beni yüreklendiren ve akademik kariyer yolculuğum boyunca her daim desteğini hissettiren saygıdeğer hocam **Prof. Dr. Çetin ARSLAN’a** sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Tez izleme komisyonumda yer almayı kabul ederek bana zaman ayıran; değerli görüş ve desteği ile tezime katkı sunan kıymetli hocam **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ’ye** çok teşekkür ederim.

Tez savunma sınavıma katılma nezaketini göstererek çalışmama katkı sunan; her zaman içten, yapıcı ve yol gösterici tutumlarıyla akademik kariyerimde özel bir yeri olan saygıdeğer hocalarım **Prof. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ** ve **Prof. Dr. Devrim AYDIN’a** şükranlarımı sunarım.

Öğrencilerine ve asistanlarına karşı her zaman yapıcı, anlayışlı ve destekleyici yaklaşımıyla yol gösterici olan; ceza hukuku alanındaki engin bilgi ve tecrübesiyle gelişimime önemli katkılar sunan değerli hocam **Doç. Dr. Önder TOZMAN’a** teşekkür ederim.

Ceza hukukuna dair kavrayışımı derinleştiren, düşünsel bakış açımı dönüştüren; kapısını bizlere her zaman açık tutarak bilgi ve tecrübesiyle yol gösteren hocam **Doç. Dr. Muammer KETİZMEN’e** şükranlarımı sunarım.

Ayrıca, 2019 yılından bu yana Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı’nda birlikte çalıştığım kıymetli mesai arkadaşlarıma; kürsümüzde hâkim olan iş barışı ve dayanışma duygusuyla verimli ve keyifli bir çalışma ortamı sağladıkları için içtenlikle teşekkür ederim.

Hayatımın her alanında bana koşulsuz destek olan, her zaman güven duyan, varlıklarıyla gücümü artıran ve bu tezi yazabilmem için hayatımı kolaylaştıran tüm aileme sonsuz teşekkür ederim.

Son olarak, dünyaya geldiği günden bu yana hayatıma neşe, mutluluk ve anlam katan canım oğlum **Atlas'a**; daha adil ve daha güzel yarınlara dair kurduğum tüm hayallerin ilham kaynağı olduğu için sonsuz sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Eylül ERDEM HACİÖMEROĞLU

Beytepe/Ankara

ÖZET

ERDEM HACİÖMEROĞLU, Eylül. *Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi*, Doktora Tezi, Ankara, 2026.

Bu çalışma, Türk ceza hukukunda kamu görevlisi kavramını incelemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/1-c maddesi kamu görevlisini “*kamusal faaliyetin yürütülmesine...katılan kişi*” olarak tanımlamış olmakla birlikte, kamusal faaliyet kavramının kendisi de ceza hukukunda verili bir kavram değildir.

Çalışmanın birinci bölümünde kamu görevlisi kavramının teorik temellerinin ortaya koyulabilmesi adına öncelikle kamusal faaliyet kavramı teorik olarak incelenmiştir. Bu çerçevede kamusal faaliyet, kamu hizmeti öğretisinden de yararlanılarak ceza hukukunda yüklendiği anlam ve esaslar doğrultusunda açıklanmış; kamu görevlisi kavramı da bu açıklama temelinde tanımlanmıştır. Ardından kamu görevlisinin hukuki rejimi, ilgili hukuk dalları ve ceza hukuku bakımından incelenmiş; ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramının ayırt edici yönleri ortaya konulmuştur.

İkinci bölümde kamu görevlisi kavramına ilişkin kanuni tanımın yorumlanması ele alınmıştır. Bu kapsamda, tanım normlarının yorumuna ilişkin esaslar ve tanımın belirlilik ilkesiyle ilişkisi incelenmiş; mevcut düzenlemenin bu ilkeyle bağdaşmayan yönleri ortaya konmuştur. Tanım normunun yorumlanması ile bu tanıma atıf yapan suç normlarının yorumlanması birbirinden ayrılmış; öğretide ve Yargıtay uygulamasında kavramın kapsamını sınırlandırmak amacıyla kullanılan ölçütler bu ayırım çerçevesinde eleştirel olarak değerlendirilmiştir. Son olarak, tanım normunun kapsamı korunarak, kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonuçların teleolojik-fonksiyonel yöntemle, suç normundaki bağlantı unsuru üzerinden sınırlandırılması önerisine yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler

Kamu görevlisi, kamusal faaliyet, ceza hukuku, kriminal politika, teleolojik-fonksiyonel yorum, belirlilik ilkesi.

ABSTRACT

ERDEM HACIÖMEROĞLU, Eylül. *Public Official in Turkish Criminal Law*, Ph. D. Dissertation, Ankara, 2026.

This study examines the concept of the public official in Turkish criminal law. Although Article 6/1-c of the Turkish Criminal Code No. 5237 defines a public official as a “person participating in the conduct of a public activity,” the concept of *public activity* itself is not a predefined notion in criminal law.

In order to set out the theoretical foundations of the concept of the public official, the first chapter begins with a theoretical examination of the concept of public activity. Within this framework, public activity is explained in light of the meaning and principles attributed to it in criminal law, drawing also on the doctrine of public service; the concept of the public official is then defined on the basis of this explanation. The legal regime of the public official is subsequently examined with regard to the relevant branches of law and to criminal law, and the distinctive features of the concept of the public official in criminal law are identified.

The second chapter addresses the interpretation of the statutory definition of the public official. In this context, the principles governing the interpretation of definitional norms and the relationship between the definition and the principle of legal certainty are analyzed, and those aspects of the current regulation that are incompatible with this principle are identified. A distinction is drawn between the interpretation of the definitional norm and the interpretation of the criminal provisions referring to that definition; the criteria employed in legal scholarship and in the case law of the Court of Cassation (Yargıtay) to limit the scope of the concept are critically assessed within the framework of this distinction. Finally, the study advances the proposal that, while the scope of the definitional norm is preserved, the legal consequences attached to the capacity of public official be limited by means of the teleological-functional method, through the connecting element contained in the criminal provision.

Keywords

Public official, public activity, criminal law, criminal policy, teleological-functional interpretation, principle of legal certainty.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR DİZİNİ	xv
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAMUSAL FAALİYET VE KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMLARININ TEORİK ESASLARI	10
1.1. KAMUSAL İHTİYAÇLARI KARŞILAMASI BEKLENEN KURUMSAL YAPI: DEVLET	10
1.1.1. Tarihsel Süreçte Ortak İhtiyaçların Birlikte Karşılanması.....	11
1.1.1.1. Birlikte Yaşam Pratiği ve Toplumsal İş Bölümü	13
1.1.1.2. Toplumsal İş Bölümünün Organize Edilmesi: Siyasal Sistem.....	17
1.1.1.3. Otoritenin Kurumsallaşması: Erken Devlet Modelleri.....	19
1.1.1.4. Taleplerin Kurumsallaşması: Kamusal İhtiyaç	21
1.1.2. Modern Devlette Kamusal İhtiyaçların Devlet Tarafından Karşılanması.....	23
1.1.2.1. Kamusal İhtiyaçların Devlet Tarafından Karşılanmasının Gerekçesi.....	23
1.1.2.1.1. Toplum Sözleşmesi Yaklaşımları	24
1.1.2.1.2. Sosyal Teori Yaklaşımları	27
1.1.2.1.3. Sistem Teorisine Göre Kamusal İhtiyaçların Siyasal Sistem Tarafından Karşılanması.....	32
1.1.2.2. Modern Devletin Faaliyetleri	37
1.1.2.2.1. Değerlerin Otoriter Dağıtımına İlişkin Faaliyetler: Hâkimiyet Faaliyetleri	38
1.1.2.2.2. Kamusal İhtiyaçların Karşılanmasına İlişkin Faaliyetler: Hizmet Faaliyetleri	39
1.2. DEVLET TARAFINDAN ÜSTLENİLEN YÜKÜMLÜLÜĞÜN KONUSU: KAMUSAL FAALİYET.....	42
1.2.1. Kamusal Faaliyetin Belirlenmesinde Üstlenme Ölçütü	42

1.2.1.1.1.	Kamu Hizmeti Kuramı.....	43
1.2.1.1.2.	Jèze'in Yaklaşımı: Kamu Hizmetinin Kurulmasında Yönetenlerin İradesi 46	
1.2.2.	Kamusal Faaliyetin Özellikleri.....	48
1.2.2.1.	Kamusal Faaliyet–Piyasa Faaliyeti Ayrımı.....	51
1.2.2.2.	Hâkimiyet Faaliyetlerinin Özellikleri.....	54
1.2.2.3.	Hizmet Faaliyetlerinin Özellikleri.....	56
1.2.2.4.	Piyasa Faaliyetinin Özellikleri	58
1.2.3.	Kamusal Faaliyetin Yürütüldüğü Zemin: Kamusal Faaliyet Alanı.....	59
1.2.3.1.	Kamusal Faaliyet Alanı–Piyasa Faaliyeti Alanı Ayrımı	61
1.2.3.2.	Kamusal Faaliyet Alanının Bileşenleri	62
1.2.3.2.1.	Dışlanamazlık İlkesi	62
1.2.3.2.2.	Saf Kamusal Faaliyetler	63
1.2.3.2.3.	Yarı Kamusal Faaliyetler	64
1.2.4.	Kamusal Faaliyetlerin Yürütülme Usulü.....	65
1.2.4.1.	Hâkimiyet Faaliyetlerinin Yürütülmesi.....	66
1.2.4.1.1.	Yasama Faaliyetlerinin Yürütülmesi	68
1.2.4.1.2.	Yürütme Faaliyetlerinin Yürütülmesi	68
1.2.4.1.3.	Yargı Faaliyetlerinin Yürütülmesi	69
1.2.4.2.	Hizmet Faaliyetlerinin Yürütülmesi.....	70
1.2.4.2.1.	Emanet Usulü.....	73
1.2.4.2.2.	Yetkilendirme Usulleri	74
1.2.4.2.3.	Kamu-Özel İş Birliği Modelleri.....	77
1.3.	KAMUSAL FAALİYETİN KURUMSAL AKTÖRÜ: KAMU GÖREVLİSİ...	79
1.3.1.	Kamusal Faaliyetin Yükümlüsü: Hükmi Aktör	79
1.3.1.1.	Devlet	81
1.3.1.2.	Diğer Kamu Tüzel Kişileri.....	82
1.3.1.3.	Kamu İktisadi Teşebbüsleri.....	84
1.3.2.	Kamusal Faaliyetin İşgücü: Beşerî Aktör	86
1.3.2.1.	Kamu Personeli	87
1.3.2.2.	Kamu İşçileri ve Diğer Özel Hukuk Çalışanları	88
1.3.2.3.	Kamu Ajanları	90
1.3.3.	Kamu Görevlisinin Kurumsal Ödevi: Kamu Görevi.....	91

1.3.3.1.	Kamu Görevinin Konusu	93
1.3.3.2.	Kamu Görevinin Tevdii	94
1.3.4.	Kamu Görevlisinin Kurumsal Ayrıcalığı: Kamusal Yetki	97
1.3.4.1.	Siyasal Temsil Yetkisi.....	99
1.3.4.2.	Kurumsal Temsil Yetkisi	100
1.3.4.3.	Münferit İşlem Yetkisi	101
1.4.	KAMU GÖREVLİSİNİN HUKUKİ REJİMİ	103
1.4.1.	Anayasa Hukukunda Kamu Görevlisi: Kamu Personel Rejimi	103
1.4.1.1.	Kamu Personel Rejiminin Genel Esasları ve Kamu Yönetimi	104
1.4.1.2.	Türk Anayasa Hukukunda Kamu Personel Rejimi	105
1.4.1.2.1.	1921 Anayasası Döneminde	105
1.4.1.2.2.	1924 Anayasası Döneminde	106
1.4.1.2.3.	1961 Anayasası Döneminde	107
1.4.1.2.4.	1982 Anayasası Döneminde	107
1.4.1.3.	Kamu Yönetiminde Paradigma Değişikliği	111
1.4.2.	İdare Hukukunda Kamu Görevlisi: İdarenin Personel Rejimi	112
1.4.2.1.	İdarenin Personel İstihdamı: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri	114
1.4.2.2.	Statü Hukukunun Esasları	116
1.4.2.3.	İdari Personelin Hukuki Sorumluluğu.....	118
1.4.2.4.	İdari Personelin Cezai Sorumluluğu	120
1.4.3.	Uluslararası Hukukta Kamu Görevlisi: Yolsuzlukla Mücadele Rejimi	124
1.4.3.1.	Uluslararası Hukukta Yolsuzlukla Mücadele Rejiminin Esasları	124
1.4.3.2.	Yolsuzlukla Mücadeleye İlişkin Türkiye'nin Taraf Olduğu Sözleşmeler ...	125
1.4.3.2.1.	Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi	125
1.4.3.2.2.	OECD Yabancı Kamu Görevlilerine Karşı Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi	127
1.4.3.2.3.	Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi	129
1.4.3.3.	Uluslararası Hukukta Yolsuzlukla Mücadele Rejiminin Türk Ceza Hukukuna Etkisi	131
1.4.4.	Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi: Kamu Görevlisinin Cezalandırma Rejimi	137
1.4.4.1.	Kamu Görevlisine Özgü Cezalandırma Rejiminin Esasları.....	137
1.4.4.2.	Kamu Görevlisinin Ağırlandırılmış Sorumluluk Rejimi	138
1.4.4.3.	Kamu Görevlisinin Yoğunlaştırılmış Koruma Rejimi	140

1.4.4.4.	Kamu Görevlisinin Eşdeğerlik Rejimi	144
1.5.	CEZA HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİNİN KRİMİNAL POLİTİK İŞLEVİ	151
1.5.1.	Kriminal Politika ve Ceza Hukuku Dogmatığı İlişkisi	151
1.5.2.	Ceza Normunun Koruma Amacının Belirlenmesi: Korunan Hukuki Değer ...	154
1.5.3.	Korunan Hukuki Değeri İhlal Eden Davranışın Belirlenmesi: Suç Hâline Getirme	155
1.5.4.	Kriminal Politik Tercihin Dogmatik Kavrama Yüklenmesi: Kamu Görevlisi	157
1.5.5.	Kamu Görevlisi Kavramının Normatif İşlevleri	160
2.	BÖLÜM TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMININ	YORUMLANMASI
2.1.	765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİNDE KAMU GÖREVLİSİ ..	167
2.1.1.	İtalyan (Mehaz) Ceza Kanunlarındaki Düzenlemeler	167
2.1.1.1.	1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Codice Zanardelli).....	167
2.1.1.2.	1930 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Codice Rocco)	170
2.1.1.3.	Mehaz Hukukta 1990 Reformu	175
2.1.1.4.	Mehaz Düzenlemelerin Değerlendirilmesi.....	177
2.1.2.	765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler	180
2.1.2.1.	Mülga 765 Sayılı TCK'nin 279. Maddesindeki Tanım.....	180
2.1.2.2.	1926 Tarihli İlk Düzenleme	181
2.1.2.3.	3038 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik.....	183
2.1.2.4.	Memur-Kamu Hizmetlisi Ayrımı.....	187
2.1.3.	Kamu Görevi-Kamu Hizmeti Ayrımı	189
2.1.3.1.	Gaye Teorisi	189
2.1.3.2.	İdare İşletme Teorisi.....	190
2.1.3.3.	Takdir Hakkı Teorisi	190
2.1.3.4.	Fikri-Maddi Faaliyet Teorisi	191
2.1.3.5.	Karma Teori	191
2.2.	5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA KAMU GÖREVLİSİ TANIMI..	192
2.2.1.	5237 Sayılı Kanun'un 6/1-c Maddesindeki Tanım	192
2.2.1.1.	Tanım Normunun Esası.....	192
2.2.1.2.	Maddede Tanımlanan Kavramlar	195
2.2.1.3.	Kamu Görevlisi Tanımı.....	196

2.2.1.4. Silah ve Kamu Görevlisi Kavramlarının Fonksiyonel Tanımları ve Araçsal Niteliği	199
2.2.2. Kamusal Faaliyet Kavramı.....	201
2.2.2.1. Anayasa ve Kanunlara Uygun Olarak Verilmiş Siyasal Bir Karar	202
2.2.2.2. Bir Hizmetin Kamu Adına Yürütülmesi	204
2.2.3. Kamusal Faaliyete Katılma Usulü ve Süresi.....	207
2.2.3.1. Kamusal Faaliyete Katılma Usulü.....	207
2.2.3.1.1. Atama Yoluyla Katılma	207
2.2.3.1.2. Seçilme Yoluyla Katılma	209
2.2.3.1.3. Herhangi Bir Surette Katılma	211
2.2.3.2. Kamusal Faaliyete Katılma Süresi	214
2.2.3.2.1. Sürekli Katılma	214
2.2.3.2.2. Süreli Katılma	215
2.2.3.2.3. Geçici Katılma	216
2.2.4. Kamusal Faaliyete Katılan Aktörler.....	217
2.2.4.1. Kamusal Aktörler	218
2.2.4.2. Kamusal Olmayan (Sivil) Aktörler	219
2.3. KAMU GÖREVLİSİ TANIMININ KANUNİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	222
2.3.1. Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, Yorum Faaliyetinin Sınırı ve Kıyas Yasağı	223
2.3.2. Belirlilik İlkesi ve Tanım Normları.....	226
2.3.3. Daraltıcı Yorum ve Teleolojik Redüksiyon Ayrımı.....	228
2.3.4. Kamu Görevlisi Tanımının İstenen Belirsizlik Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi.....	230
2.3.4.1. İstenen Belirsizlik.....	230
2.3.4.2. İstenen Belirsizliğe İlişkin Ölçütlerin Kamu Görevlisi Tanımına Uygulanması	232
2.3.5. Tanım Normunun Çok İşlevli Yapısı ve İki Norm Düzeyinin Ayrılması.....	237
2.4. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMININ YORUMLANMASINDA YÖNTEMLER VE KAYNAKLARI BAKIMINDAN YORUM TÜRLERİ.....	240
2.4.1. Lafzi Yorum	240
2.4.1.1. Kamusal Faaliyetin Yürütülmesine Katılma İfadesi	241
2.4.1.2. Atama, Seçilme veya Herhangi Bir Surette Katılım İfadesi	244

2.4.1.3.	Sürekli, Süreli veya Geçici Katılım İfadesi.....	245
2.4.2.	Tarihsel Yorum	247
2.4.2.1.	Madde Gerekçesi.....	247
2.4.2.2.	Genel Kurul ve Komisyon Tutanakları	250
2.4.3.	Sistematik Yorum.....	253
2.4.3.1.	Tanım Normunun Sistematik Yorumu	253
2.4.3.2.	Özel Kanunlardaki Kamu Görevlisi Hükümleri.....	255
2.4.3.3.	Ceza Normunun Sistematik Yorumu	256
2.4.3.4.	Bir Yapılandırma Hatası.....	259
2.4.4.	Amaçsal Yorum.....	260
2.4.4.1.	Tanım Normunun Amacı	261
2.4.4.2.	Ceza Normunun Amacı	262
2.4.5.	Bilimsel ve Kazai Yorum	266
2.4.5.1.	Bilimsel Yorum	266
2.4.5.2.	Kazai Yorum	271
2.4.5.3.	Ölçütlerin Değerlendirilmesi.....	281
2.5.	KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMININ TELEOLOJİK-FONKSİYONEL YÖNTEMLERLE YORUMLANMASI	287
2.5.1.	Teleolojik-Fonksiyonel Yöntemin Esasları.....	287
2.5.1.1.	Teleolojik ve Fonksiyonel Yöntem ile Teleolojik Redüksiyon Ayrımı	287
2.5.1.2.	Teleolojik-Fonksiyonel Yaklaşım	290
2.5.1.3.	Teleolojik-Fonksiyonel Yöntemin Aşamaları	291
2.5.1.4.	Teleolojik-Fonksiyonel Yöntemin Sınırları	292
2.5.2.	Ceza Normunun Koruduğu Hukuki Değer ve Amacın Belirlenmesi (Telos / Ratio Legis)	294
2.5.2.1.	Kişilere Karşı Suçlar Yönünden.....	295
2.5.2.2.	Topluma Karşı Suçlar Yönünden	298
2.5.2.3.	Millete ve Devlete Karşı Suçlar Yönünden.....	301
2.5.3.	Kamu Görevlisi Kavramının Fonksiyonunun Belirlenmesi	306
2.5.3.1.	Kamu Görevlisi Kavramının Tipikliği Kurucu İşlevi	306
2.5.3.2.	Haksızlığın Normatif Değerlendirilmesi İşlevi	311
2.5.4.	Sıfata Bağlanan Sonuçların Fonksiyona Göre Sınırlandırılması: Daraltıcı Ölçütlerin Belirlenmesi	317

2.5.4.1. Tanım Normu Düzeyinde Kapsamın Belirlenmesi	318
2.5.4.2. Suç Normu Düzeyinde Kapsamın Belirlenmesi.....	325
2.5.4.3. Görev-Fiil Bağlantısı ve Tıp-Spesifik Daraltıcı Ölçütler	330
SONUÇ	337
KAYNAKÇA	348
EK 1. ORİJİNALLİK RAPORU	363
EK 2. ETİK KURUL MUAFİYET FORMU.....	365
EK 3. ÜRETKEN YAPAY ZEKÂ KULLANIM BEYANI.....	367

KISALTMALAR DİZİNİ

AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz.	bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CUH	Yargıtay Ceza Umumi Heyeti
çev.	çeviren
dn.	dipnot
E.	Esas
ed.	editör
ETS	European Treaty Series (Avrupa Antlaşmaları Serisi)
GG	Grundgesetz (Federal Almanya Anayasası)
GPC	Guiding Principles for the Fight against Corruption (Yolsuzlukla Mücadelede Yol Gösterici İlkeler)
GRECO	Group of States against Corruption (Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu)
haz.	hazırlayan
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK	Hâkimler ve Savcılar Kurulu
HUMK	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KİT	Kamu İktisadi Teşebbüsü
krş.	karşılaştırınız
m.	madde
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)

PTT	Posta ve Telgraf Teşkilatı
RC	Resmî Ceride
RG	Resmî Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SBF	Siyasal Bilgiler Fakültesi
StGB	Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu)
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UNCAC	United Nations Convention against Corruption (Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi)
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime (Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi)
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay
YSK	Yüksek Seçim Kurulu

GİRİŞ

Ceza hukukunun amacı belirli hukuki değerleri korumak ve suç işlenmesini önlemektir (TCK m. 1). Bir başka deyişle ceza hukuku, izlenen suç siyaseti doğrultusunda korumaya değer bulduğu hukuki menfaatlere yönelen ihlalleri kendine özgü yaptırımlarla karşılamaktadır. Bu menfaatlerin bir kısmı bireysel, bir kısmı bireyüstü nitelikteki toplumsal/kolektif/kamusal menfaatler olup, bu nitelikteki menfaatlere yönelen ihlaller bakımından ise ceza hukukunda daha ağır bir cezalandırma rejimi benimsenebilmektedir. Belirtmek gerekir ki cezalandırma rejiminin ağırlaştırılmasından maksat, yalnızca kanunda öngörülen soyut ceza miktarının artırılması değildir. Cezalandırma rejiminin ağırlaştırılması, bireyüstü nitelikteki bazı menfaatleri ihlal eden fiiller karşısında ceza sorumluluğunu genişleten ve bu menfaatlerin korunmasına yönelik daha yoğun bir hukuki himaye sağlayan bir suç ve ceza siyaseti izlenmesidir.

Ceza hukukunda kamu görevlisi kavramı, ceza hukukunun korunma ve cezalandırma işlevlerinin ortak etki alanında yer alan istisnai bir statü niteliğindedir. Zira kamu görevlisi kavramı, suç siyasetinin amacını suç tipindeki işlevi doğrultusunda taşıyan bir kavram olarak; kamusal fonksiyon ile cezai sorumluluk arasındaki normatif bağlantı noktasını oluşturmaktadır. Kamu görevlisinin hem daha yoğun korunan hem de daha ağır sorumluluğa tabi tutulan bir statüye sahip olması, kamu görevlisi kavramını ceza hukuku sistematigi içinde özel bir konuma yerleştirmektedir.

Bu çerçevede, Türk ceza hukukunda da kamu görevlisi, çoğunlukla “failin kamu görevlisi olduğu özgü suçlar” ya da “kamu görevlisine karşı işlenen suçlar” bağlamında ele alınmakta; yapılan tartışmaların merkezinde ise öncelikle kişinin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sayılıp sayılmadığının tespiti sorunu yer almaktadır. Ne var ki ceza hukuku kapsamında kimin kamu görevlisi sayılacağına ilişkin tartışma gerek öğretideki ölçüt eksikliği gerekse uygulamadaki belirsizlik ve öngörülebilirlik sorunları nedeniyle uzun yıllardır çözülememiştir.

Gerçekten, Türk ceza hukukunda kamu görevlisi kavramının belirsizliği, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu¹ döneminden bu yana süregelen bir sorundur. Bu dönemde ceza kanununda kamu görevlisi kavramına karşılık olarak “memur” ve “kamu hizmetlisi” olmak üzere iki farklı kavram kullanılmış, bunların ayrımında ise kişinin yerine getirdiği işin kamu görevi mi yoksa kamu hizmeti mi olduğu hususu ölçüt olarak kullanılmıştır.² Ancak gerek “kamu görevi” gerek “kamu hizmeti” kavramı idare hukukundan devralınmış olup ceza hukuku teorisine yabancıdır.³ Bu nedenle mülga 765 sayılı TCK döneminde memur–kamu hizmetlisi ayrımı, çözülemeyen çok bilinmezli bir denklem olarak kalmıştır. Nitekim bir yüksek yargıcın “*On dokuz yıl boyunca Yargıtay 4. Ceza Dairesinde görev yaptım; kim memur kim değil anlayamadan ayrılıyorum*” sözleri, sorunun boyutunu çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır.⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nın⁵ yürürlüğe girmesiyle birlikte memur ve kamu hizmetlisi kavramları “kamu görevlisi” başlığı altında birleştirilmiş; madde gerekçesinde de *memur tanımının doğurduğu sakıncaları gidermek amacıyla daha geniş bir çerçeveye sunan bu yeni kavramın tercih edildiği* belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca, ceza hukuku kapsamında bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için aranacak yegâne ölçütün “kamusal faaliyete katılma” olduğu ifade edilmiştir. Böylece “kamu hizmeti” ve “kamu görevi” kavramlarının ayrımlarına ilişkin belirsizlik terk edilmiş ancak bu sefer kamusal faaliyet kavramı denkleme yeni bir bilinmez olarak eklenmiştir. Bu durumda ceza hukukunda kimin kamu görevlisi olduğunu belirlemek isteyen uygulayıcı, önce kamusal faaliyetin ne olduğunu kavramak zorundadır; ancak kamusal faaliyetin kendisi de ne ceza hukukunda ne de idare hukukunda verili bir kavramdır. Öğretide bu durum, bilinmeyen

¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RC, 13.03.1926, Sayı 320.

² Mülga 765 sayılı Kanun dönemindeki memur–kamu hizmetlisi ayrımı ve bu ayrımın ölçütü olarak kamu görevi–kamu hizmeti ayrımı için bkz. **Sahir Erman**, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 2, S. 3, 1947, s. 235-276, s. 242-243; **Doğan Soyaslan**, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1, 1996, s. 41-53, s. 45-46; **Muharrem Özen/Önder Tozman**, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 42, S. 4, 2009, s. 25-57, s. 36-37.

³ Ayrımın ölçütünü ceza hukukunun kendi kavramlarında değil idare hukukunda arayan yaklaşım için bkz. Erman, s. 243; Soyaslan, s. 46.

⁴ Yargıtay Üyesi Demir Dai’den aktaran **İsa Çelik**, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. iii.

⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG, 12.10.2004, Sayı 25611.

bir kavramın yine bilinmeyen bir kavram aracılığıyla açıklanmaya çalışılması nedeniyle eleştirilmektedir.⁶

Bu çalışmanın konusu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde tanımlanan kamu görevlisi kavramının kapsamının belirlenmesidir. Çalışmanın amacı, tanım normunun merkezinde yer alan kamusal faaliyet kavramının içeriğini ceza hukukuna özgü ölçütler temelinde açıklamak ve bu kavrama başvuran suç normlarında kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonuçların hangi esaslara dayandığını ortaya koymaktır. Bu amaç doğrultusunda birbirinden ayrılması gereken iki temel soru bulunmaktadır. Birincisi, tanım normunun kapsamına giren kişi çevresinin belirlenmesine; ikincisi ise bu kişi çevresine dâhil olan kimselere ceza hukukunun hangi koşullarda farklı bir sorumluluk veya koruma rejimi uyguladığına ilişkindir. Çalışmanın temel savı, kamu görevlisi kavramına ilişkin belirsizliğin bu iki sorunun aynı düzlemde değerlendirilmesinden kaynaklandığı ve tanım normu ile suç normlarının işlevlerinin birbirinden ayrılması suretiyle kavramın kapsamının kanunilik ilkesiyle uyumlu ve öngörülebilir bir biçimde belirlenebileceğidir.

İkinci soru, kanuni tanımın katılmanın biçimi ve süresi bakımından sahip olduğu genişliğin belirlilik ilkesi açısından bir sorun doğurup doğurmadığı ve söz konusu belirsizliğin tanımın hangi unsurunda yoğunlaştığıdır. Üçüncü soru, öğretide ve Yargıtay uygulamasında kamu görevlisi kavramını sınırlandırmak amacıyla geliştirilen ölçütlerin hangi hukuki soruna cevap verdiği ve bunların hangi normatif düzeye ait olduğudur. Dördüncü soru ise kamu görevlisi sıfatına bağlanan farklı ceza hukuki sonuçların ortak bir temele dayanıp dayanmadığı ve bu temelin kavramın kapsamının belirlenmesinde herhangi bir rol oynayıp oynamadığıdır. Çalışmanın hipotezi, bu dört soruya ilişkin değerlendirmelerin iki ayrı norm düzeyine dağıldığı; kamu görevlisi kavramının

⁶ Kavramın bilinmeyen bir kavramla açıklanmasına yönelik eleştiri için bkz. **Güneş Okuyucu Ergün**, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008, s. 13; yazarın kamu görevlisi kavramını “iki bilinmeyenli bir denklem” olarak nitelendirmesi ve 5237 sayılı Kanun’un önceki dönemden kalan belirsizlikleri artırdığı tespiti için **Güneş Okuyucu Ergün**, “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, Eric Hilgendorf/Yener Ünver (Yay. Haz.), *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, C. III (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 527-542, s. 533, 535; **Murat Önok**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin, Ankara 2006, s. 370; **Burcu Demren Dönmez**, “Türk Ceza Kanunu’nda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 94, 2011, s. 95-130, s. 116.

kapsamına dair tartışmaların önemli ölçüde, suç normu düzeyine ait ölçütlerin tanım normu düzeyine taşınmasından kaynaklandığı yönündedir.

Bu hipotezin çıkış noktasını, TCK m. 6/1-c’de yer alan tanım normunun ceza hukuku sistemindeki konumu ve işlevi oluşturmaktadır. Anılan hüküm, herhangi bir fiili suç olarak tanımlamamakta ve kamu görevlisi sıfatına doğrudan bir hukuki sonuç bağlamamaktadır.

Kamu görevlisi sıfatına bağlanan cezai sonuçlar, ancak bu tanıma atıf yapan münferit suç normları aracılığıyla ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, tanım normunun bütün suç normları bakımından ortak olan anlam alanı ile her bir suç normunun kendine özgü koruma amacı birbirinden ayrılmalıdır. Kamu görevlisi kavramını sınırlandırmak amacıyla ileri sürülen her ölçütün değerlendirilmesinde de öncelikle bu ölçütün ait olduğu normatif düzeyin belirlenmesi gerekmektedir. Çalışmanın hipotezi bu ayrımı esas almakta ve tanım normunun yorumlanması sürecinde söz konusu ayrımın açıklayıcı gücünü sınamaktadır.

Hipotezin sınanması, öncelikle tanımın kuruluş biçiminin çözümlenmesini gerektirmektedir. Zira bir bilinmeyen yine bir bilinmeyenle tanımlandığı saptaması, bunun tanımlama tekniğine ilişkin bir eksiklikten mi yoksa bilinçli bir tercihten mi kaynaklandığını açıklamamaktadır. Bir tanımın nasıl kurulması gerektiğine ilişkin ilkeler, klasik tanım kuramında sistematik biçimde açıklanmıştır.⁷ Aristoteles’in etkisiyle şekillenen bu anlayışa göre tanım, tanımlananı en yakın cins altına yerleştirip onu ayırıcı niteliğiyle belirler⁸ ve yalnızca özsel unsurlardan kurulur.⁹ Ancak bir kavramın başka kavramlar aracılığıyla tanımlanması, her tanımlayıcı kavramın yeniden açıklanma gereği doğurması nedeniyle sonsuz bir gerilemeye yol açabilir. Çağdaş bilgi kuramında bu durum üç seçenekli bir açmaz olarak formüle edilmektedir: Her temellendirme girişimi

⁷ Klasik tanım kuramı, tanımlı tanımlananın en yakın cinsi (*genus proximum*) ile ayırıcı niteliği (*differentia specifica*) üzerinden kuran ve Aristoteles’in *Topikler* ile *İkinci Çözümlemeler*’de geliştirdiği esaslara dayanan anlayışı ifade etmektedir. Bkz. **Aristoteles**, *Organon V: Topikler*, çev. Hamdi Ragıp Atademir, Millî Eğitim Basımevi, İstanbul 1996, I.8, 103b15-16; VI.4, 141a26-b34; **Aristoteles**, *İkinci Çözümlemeler*, çev. Ali Houshiary, 7. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2024, II.13, 96a20-97b25.

⁸ Aristoteles, *Topikler*, I.8, 103b15-16; VI.4, 141a26-b34; Aristoteles, *İkinci Çözümlemeler*, II.13, 96a20 vd.

⁹ Tanımın nesnenin özünü ifade eden söz olduğu ve yalnızca özsel niteliklerden kurulması gerektiği hususunda Aristoteles, *Topikler*, I.5, 101b38-102a1; Aristoteles, *İkinci Çözümlemeler*, II.3, 90b30-31; II.10, 93b29-94a10.

ya sonsuz biçimde gerilemekte ya kendi üzerine kapanarak döngüye girmekte ya da bir noktada keyfî olarak durdurulmaktadır.¹⁰ Aristoteles de bu geriye gidişin sonsuza dek süremeyeceğini, tanımlamanın artık tanım gerektirmeyen, kendiliğinden bilinir olana ulaşılarak sonlandırılmak zorunda olduğunu öne sürmüştür.¹¹

Bu nedenle çalışmada öncelikle, kanun metni ve madde gerekçesinde yer alan tanımın dayandığı kavramlar, kendiliğinden anlaşılır bir olguya ulaşıncaya kadar geriye doğru izlenmektedir. Bu çerçevede kamu görevlisi kavramı, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma unsuruna; bu unsur kamu görevi kavramına; kamu görevi kamusal faaliyete; kamusal faaliyet kamusal ihtiyaca; kamusal ihtiyaç ise birlikte yaşamın ortaya çıkardığı ortak ihtiyaç olgusuna dayandırılabilir. Anılan olgu, ceza hukuku bakımından daha ileri bir açıklamayı gerekli kılmadığından, kamusal faaliyetin içeriği idare hukukundaki kamu hizmeti tartışmalarından hareketle değil, doğrudan bu temelden hareketle belirlenmektedir. Çalışmanın ilk araştırma sorusu da bu yaklaşımın kamusal faaliyet kavramını açıklamak bakımından yeterli ve işlevsel olup olmadığına ilişkindir.

Klasik tanım kuramının ölçütleri TCK m. 6/1-c'deki tanıma uygulandığında dört noktada güçlük ortaya çıkmaktadır. İlk olarak tanım, kamu görevlisini en yakın cinsine değil, en uzak cins olan “kişi”ye bağlamaktadır; bu nedenle ayırt etme yükünün tamamı ayrıma kalmaktadır.¹² İkinci olarak tanımın tek ayırıcı ögesi olan “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma”, tanımlanandan daha bilinir bir kavrama dayanmamaktadır; kamusal faaliyet kanunda tanımlanmış değildir.¹³ Üçüncü olarak “atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette” ve “sürekli, süreli veya geçici olarak” ibareleri, katılmanın bütün biçimlerini ve sürelerini kapsadığından ayırt edici bir işlev görmemektedir. Bu ibarelerin işlevi sınır çizmek değil, 765 sayılı Kanun dönemindeki

¹⁰ **Hans Albert**, *Treatise on Critical Reason (Traktat über kritische Vernunft)*, (Çev. Mary Varney Rorty), Princeton University Press, Princeton 1985, s. 16 vd.

¹¹ Aristoteles, *İkinci Çözümlemeler*, I.3, 72b5-25 (temellendirme zincirinin sonsuz olamayacağı ve tanımlanamayan ilk ilkelerde durması gerektiği); II.19, 100b5-17 (ilk ilkelerin *nous* ile bilinmesi).

¹² Aristoteles, *Topikler*, VI.5.

¹³ Tanımın, tanımlanandan önce gelen ve daha iyi bilinen terimlerle kurulması gerektiği hususunda Aristoteles, *Topikler*, VI.4, 141a26-b34 (bkz. yukarıda dn. 8); kamusal faaliyetin tanımlanmamış olmasına yönelik eleştiri için **Okuyucu Ergün**, *Zimmet*, s. 13; **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 535; **Önok**, s. 370 (küyeleri yukarıda dn. 6).

ölçütleri kaldırmaktır.¹⁴ Son olarak tanım, tanımlananla eşkapsamlı değildir; lafzı, Yargıtay'ın kamu görevlisi saymadığı kişileri de içine almaktadır.¹⁵

Bu tespitler, kanun koyucunun bir öz tanımı vermek zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Yasal tanım, bir deyim kanunda hangi anlamda kullanıldığını bildiren tanımdır;¹⁶ ancak böyle bir tanımdan da tanımlananı diğerlerinden ayırması beklenmektedir. Klasik kuram burada bir geçerlilik ölçütü olarak değil, tanımdaki eksikliğin türünü adlandıran bir araç olarak kullanılmaktadır. Kuramın bu çalışma bakımından önem taşıyan iki sonucu daha bulunmaktadır. Birden çok anlamda kullanılan bir kavram tek bir tanımla karşılanamamaktadır;¹⁷ kamu görevlisinin farklı suç tiplerinde farklı işlevler görmesi, tek ve genel bir tanımın yetersiz kalmasını açıklamaktadır. Ayrıca bir tanım, tanımlananın nedenini bildirdiği ölçüde yetkinleşmektedir;¹⁸ m. 6/1-c'de bu öge yer almamaktadır. Çalışmada önerilen teleolojik sınırlandırma, tanımda bulunmayan bu ögenin korunan hukuki değerden hareketle tamamlanması olarak anlaşılabilir.

Özellikle Anayasa'nın 128. maddesi ve buna bağlı personel rejimi, 4483 sayılı Kanun'da düzenlenen soruşturma izni sistemi ile Türkiye'nin taraf olduğu yolsuzlukla mücadele sözleşmelerinde yer alan kişi tanımları, kamu görevlisi kavramını kendi düzenleme amaçları doğrultusunda sınırlandıran ölçütler içermektedir. Öğretide ve uygulamada kamu görevlisi kavramının kapsamını belirlemek amacıyla ileri sürülen ölçütlerin önemli bir bölümü bu alanlardan devralındığından, söz konusu ölçütlerin hangi normatif amaca hizmet ettiğinin ve hangi düzenleme düzeyine ait olduğunun tespiti üçüncü araştırma sorusunun ön koşulunu oluşturmaktadır. Buna karşılık ceza hukuku bakımından araştırılması gereken husus, kamu görevlisi sıfatına bağlanan ağırlaştırılmış sorumluluk, yoğunlaştırılmış koruma ve eşdeğerlik sonuçlarının gerekçesinin sıfatın kendisinde mi, yoksa kamu görevi ile suç oluşturan fiil arasındaki ilişkide mi bulunduğudır. Dördüncü araştırma sorusu da bu ayırım temelinde ele alınmaktadır.

¹⁴ Tanımda ayırt edici işlevi bulunmayan ögelere yer verilmesi hususunda Aristoteles, *Topikler*, VI.3.

¹⁵ Tanımın tanımlananla eşkapsamlı olması gerektiği hususunda Aristoteles, *Topikler*, VI.1; karar örnekleri için bkz. aşağıda 2.4.5.2 ("Kazai Yorum").

¹⁶ Aristoteles, *İkinci Çözümlemeler*, II.10, 93b29 vd.

¹⁷ Aristoteles, *Topikler*, VI.10.

¹⁸ Aristoteles, *İkinci Çözümlemeler*, II.10, 93b29-94a10.

Kamu görevlisi kavramı Türk ceza hukuku öğretisinde 765 sayılı Kanun döneminden bu yana ele alınmakta; memur kavramına ilişkin monografik inceleme ile 5237 sayılı Kanun sonrasında tanımın unsurlarını ve Yargıtay uygulamasını değerlendiren makaleler kavramın sınırlarına ilişkin başlıca tartışma zeminini oluşturmaktadır.¹⁹ Bu çalışmalarda ortak eğilim, tanımın kapsamının genişliğinden hareketle sınırlayıcı ölçütler önerilmesi ve bu ölçütlerin çoğunlukla idare hukukundan, AY m. 128'den veya 4483 sayılı Kanun'dan devralınmasıdır. Bu çalışmada ise sınırlayıcı ölçütler ait oldukları norm düzeyinden hareketle değerlendirilmekte; tanım normu ile suç normlarının işlevleri ayrı ayrı belirlenmektedir.

Çalışmada ceza hukuku dogmatığının yöntemi olan yorum, pozitif normun kaynaklandığı ve düzenlemeyi amaçladığı toplumsal gerçekliğin, yani kamusal faaliyetin incelenmesiyle birlikte kullanılmaktadır.²⁰ İlk araştırma sorusu kavramsal çözümlemeyle ele alınmakta; ortak ihtiyacın siyasal karar süreci içinde devlet tarafından üstlenilmesi, David Easton'ın siyasal sistem yaklaşımından yararlanılarak betimlenmektedir. Bu yaklaşım, kamusal faaliyetin belirlenmesinde kullanılan hukuki ölçütün kaynağı değildir; hukuki ölçüt, betimlenen sürecin hukuk düzeni içindeki karşılığından elde edilmektedir. İkinci soru bakımından 765 sayılı Kanun'a ve mehzaz İtalyan ceza kanunlarına ilişkin inceleme tanım tekniğindeki değişimin belirlenmesine, kanunilik ilkesine ilişkin öğreti ise tanımın genişliği ile belirsizliğinin ayrılmasına hizmet etmektedir. Üçüncü soru, kanun metninin lafzi, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorumu ile öğretide ve Yargıtay kararlarında başvuru ölçütlerinin ait oldukları norm düzeylerine göre tasnifi yoluyla cevaplandırılmaktadır. Dördüncü soru bakımından kamu görevlisi kavramı önce tanım

¹⁹ Kavramı doğrudan konu alan başlıca çalışmalar için bkz. **Metin Şekercioğlu**, *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı ve Suç Faili Olarak Başlıca Sorunları*, İstanbul 1974; **Özen/Tozman**, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı" (künyesi yukarıda dn. 2); **Demren Dönmez**, "Türk Ceza Kanunu'nda 'Kamu Görevlisi' Kavramı" (künyesi yukarıda dn. 6); **Muharrem Özen/Atacan Köksal**, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 1, 2020, s. 189-232, s. 203-207. Kavramın ceza hukuku dışındaki görünüşleri için bkz. **Onur Ender Aslan**, *1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında*, Seçkin, Ankara 2007.

²⁰ Çalışmada kamusal faaliyete ilişkin kavramların, gerçekliğin belirli yönlerinin kasıtlı olarak tek yanlı vurgulanmasıyla kurulan ve hiçbir bütünü kapsama iddiası taşımayan birer ideal tip olarak kullanıldığı hususunda **Max Weber**, "'Objectivity' in Social Science and Social Policy", *The Methodology of the Social Sciences*, çev./ed. Edward A. Shils/Henry A. Finch, The Free Press, Glencoe 1949, s. 49-112, s. 90, 105; ideal tiplerin çokluğu ve tarihsel kavramların içeriği değişse de her seferinde kesin biçimde formüle edilmesi gereği için aynı makale, s. 91, 107; Türkçesi: **Max Weber**, *Sosyal Bilimler Metodolojisi*, çev. Vefa Saygın Ögütte, Küre Yayınları, İstanbul 2012.

normunun lafzı, tarihi, sistematik konumu ve amacı üzerinden yorumlanmakta; sonra bu sifata sonuç bağlayan suç normlarının koruduğu hukuki değer ve tipiklik yapısı esas alınarak işlevine göre değerlendirilmektedir.²¹ Ulaşılan sonuçlarla tanım normu ile suç normları arasında bir sistem kurulması amaçlanmaktadır.²²

Çalışma, kamu görevlisi kavramını maddi ceza hukuku bakımından incelemektedir. Anayasa hukuku, idare hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve uluslararası hukuka ilişkin değerlendirmeler, bu alanlardaki kamu görevlisi kavramını bütün yönleriyle ortaya koymayı değil, söz konusu kavramlara yüklenen normatif işlevi ve bunların ceza hukukundaki tanıma aktarılabilişliğini belirlemeyi amaçlamaktadır. Karşılaştırmalı inceleme, 765 sayılı Kanun'un mehzazını oluşturan İtalyan ceza kanunlarıyla sınırlandırılmış; Alman hukukuna ise esas olarak belirlilik ilkesine ilişkin ölçütlerin kurulmasında başvurulmuştur. Kamu görevlisi kavramına yer veren suç tipleri tek tek incelenmemekte, kavramın ceza normları içindeki işlevinin tespiti amacıyla bir bütün olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay kararları da bir karar kataloğu oluşturmak için değil, uygulamada başvuru olan ölçütleri ve bu ölçütler arasındaki ilişkiyi ortaya koymak amacıyla kullanılmaktadır. Yorum yöntemi bakımından “teleolojik redüksiyon” terimi, kavramın çekirdek anlam alanını daraltan yorumları; “teleolojik sınırlandırma” ise tanım normunun kapsamına müdahale edilmeksizin, kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonucun suç normundaki bağlantı unsuru üzerinden sınırlandırılmasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, ilk araştırma sorusunun cevabını ortaya koymakta ve diğer üç sorunun incelenmesinde kullanılacak kavramsal çerçeveyi sağlamaktadır. Kamu görevlisi tanımının merkezinde yer alan kamusal faaliyet

²¹ Tanımın incelemenin ilk adımı olması ve inceleme konusunun dış özellikleriyle önceden tanımlanması kuralı için **Émile Durkheim**, *The Rules of Sociological Method*, çev. Sarah A. Solovay/John H. Mueller, ed. George E. G. Catlin, The University of Chicago Press, Chicago 1938, s. 34-35; kavramın ön kavramlara göre daraltılarak türün bir alt türle karıştırılmasının eleştirisi (Garofalo örneği) için aynı eser, s. 39-43; Türkçesi: **Émile Durkheim**, *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, çev. Cemal Bâli Akal, 4. Bası, Dost Kitabevi, Ankara 2015.

²² Ceza hukuku biliminin konusunun normatif önermeler, esasının deney, yönteminin yorum ve amacının sistem olduğu hususunda **Zeki Hafızogulları**, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1-4, 1978, s. 235-279, s. 274; hukukçunun normların mucidi değil kâşifi olduğu hususunda aynı makale, s. 271.

kavramının içeriği belirlenmeden tanımın kapsamı tartışılmayacağından, bölümde kamusal ihtiyaçların karşılanması üstlenen devletten hareketle kamusal faaliyet, kamu görevi, kamusal yetki ve bu faaliyetlere katılan kişiler incelenmektedir. Ayrıca kamu görevlisinin anayasa, idare, uluslararası ve ceza hukukundaki hukuki rejimlerinin karşılaştırılması, kavramın sınırlandırılması amacıyla ileri sürülen ölçütlerin ait oldukları normatif alanların belirlenmesine imkân sağladığından üçüncü araştırma sorusunun; kamu görevlisi sıfatına sonuç bağlanmasının kriminal politik temelini araştırılması ise dördüncü araştırma sorusunun hareket noktasını oluşturmaktadır.

İkinci bölümde pozitif hukuk bakımından kamu görevlisi tanımı incelenmektedir. Bu kapsamda, 765 sayılı Kanun'dan 5237 sayılı Kanun'a geçiş sürecinde terk edilen ölçütler ile yürürlükteki tanımın unsurları ortaya konulduktan sonra, tanımın kanunilik ilkesi karşısındaki durumu değerlendirilmekte ve ikinci araştırma sorusu cevaplandırılmaktadır. Kanun metninin yorumlanması ile kamu görevlisi kavramını sınırlandırmak amacıyla ileri sürülen ölçütlerin ait oldukları norm düzeylerine göre tasnifi, üçüncü araştırma sorusunun cevabını vermektedir. Bölümün son kısmında ise dördüncü araştırma sorusu ele alınmakta; kamu görevlisi sıfatının belirlenmesi ile bu sığata suç normlarında sonuç bağlanmasının koşulları arasındaki ilişki, teleolojik-fonksiyonel yorum yöntemi çerçevesinde geliştirilen bir model üzerinden sınanmaktadır.

Çalışmanın hazırlanmasında kaynak ve içtihat taraması, yabancı dildeki kaynakların çevirisi, metin taslaklarının hazırlanması ve düzenlenmesi aşamalarında üretken yapay zekâ araçlarından yararlanılmıştır. Kullanılan araçlar, kullanım amaçları ve çıktıların denetlenme usulü Ek 3'te gösterilmiştir.

1. BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAMUSAL FAALİYET VE KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMLARININ TEORİK ESASLARI

Türk Ceza Kanunu’nda kamu görevlisi, “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Böylece kanun koyucu kamu görevlisi kavramını açıklarken kamusal faaliyet kavramına başvurmakta; ancak bu kavramın içeriğini ayrıca belirlememektedir. Tanım bu yönüyle cevabı başka bir kavrama ertelenen ve açıklanabilmesi için yeni tanımlamalar gerektiren bir yapı ortaya çıkarmaktadır. Kamu görevlisi kavramının kapsamının belirlenebilmesi, bu nedenle öncelikle kamusal faaliyet kavramının açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde kamu görevlisi kavramını, daha fazla açıklama gerektirmeyen veya inceleme bakımından verili kabul edilebilecek bir noktaya kadar geriye doğru izleyen bir tanım zinciri kurulmaktadır. Amaç, kamu görevlisi kavramına ceza hukukunda yüklenen anlamın dayandığı teorik zemini ortaya koymak ve kavramın kurucu unsurlarının hangi ilişkisellik içerisinde şekillendiğini göstermektir. Bu kapsamda kamusal faaliyetin ortaya çıktığı toplumsal ve kurumsal koşullar, bu faaliyetlerin yürütülmesinde rol alan aktörler ve kamu görevlisinin farklı hukuk dallarındaki hukuki rejimi incelenmektedir.

1.1. KAMUSAL İHTİYAÇLARI KARŞILAMASI BEKLENEN KURUMSAL YAPI: DEVLET

Kamu görevlisi kavramının açıklanabilmesi, kamusal faaliyet kavramının anlaşılmasını gerekli kılar. Kamusal faaliyet, toplumsal ihtiyaçların kamusal nitelik kazanması ve bunların karşılanmasının örgütlü bir yapı tarafından üstlenilmesi esasına dayanır. Çağdaş hukuk sistemlerinde bu işlevi yerine getiren temel kurumsal yapı devlettir. Bu nedenle kamusal faaliyetin teorik temellerinin incelenmesinde, ortak ihtiyaçların ortaya çıkışı, kamusal ihtiyaçlara dönüşüm süreci ve nihayet bu ihtiyaçların devlet tarafından üstlenilmesinin tarihsel ve kurumsal temelleri üzerinde durulmalıdır. Bu kapsamda öncelikle ortak ihtiyaçların birlikte karşılanmasının tarihsel gelişimi ele alınacaktır.

1.1.1. Tarihsel Süreçte Ortak İhtiyaçların Birlikte Karşılanması

“Kamu” sözcüğü, Türkçenin eski dönemlerine kadar uzanan bir geçmişe sahiptir. Kelimenin etimolojik kökeni, “toplamak” ve “bir araya getirmek” anlamlarını taşıyan *kam-* fiiliyle ilişkilendirilmekle birlikte, söz konusu kökün Türkçe olup olmadığı hususu tartışmalıdır.²³ Kelimenin en eski tanıklanan biçimleri olan *kamağ* ve *kamuğ*, yazıtlar döneminden itibaren “bütün”, “hepsi” ve “topluluğun tamamı” anlamlarını taşımaktadır.²⁴ Nitekim Türk Dil Kurumu da kamu kavramını; bir ülkedeki halkın bütünü, halk hizmeti gören devlet organlarının bütünü ve eski kullanımda “bütün” veya “hep” anlamlarında tanımlamaktadır.²⁵

Kamu kavramı Osmanlı hukuk ve idare terminolojisinde büyük ölçüde *amme* ve *umum* terimleriyle karşılanmıştır.²⁶ Türkiye Türkçesinde *umum* sözcüğü genellikle sıfat olarak kullanılırken, Dil Devrimi sürecinde *amme* karşılığı olarak *kamu* sözcüğü isim niteliğiyle benimsenmiştir.²⁷ Bu süreçle birlikte *kamu*, hukuk ve idare dilinin temel kavramlarından biri hâline gelmiş ve giderek daha yaygın bir kullanım alanı kazanmıştır. Bununla birlikte, kavramın zaman içerisinde giderek devlet ve idare ile özdeşleştirilmesi, *kamunun* toplumsal bütünlüğü, ortak yararı ve kolektifliği ifade eden anlam katmanlarının geri planda kalmasına neden olmuştur. Bu durum, kavramın hukuki ve idari bağlamlarda daralarak ağırlıklı olarak kamusal otoriteyi ve devlet örgütlenmesini çağrıştıran bir içeriğe bürünmesine yol açmıştır.²⁸

²³ Clauson, *kamağ*’ı Orta Farsça *hamāg* (“hep, bütün”) kökenli erken bir alıntı olarak kaydeder: **Gerard Clauson**, *An Etymological Dictionary of Pre-Thirteenth-Century Turkish*, Clarendon Press, Oxford 1972, s. 627.

²⁴ **Kaşgarlı Mahmud**, *Divanü Lûgat-it-Türk Tercümesi*, C. I, çev. Besim Atalay, Türk Dil Kurumu, Ankara 1939, s. 207.

²⁵ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, “kamu” maddesi, <https://sozluk.gov.tr/kelime/kamu> (erişim: 10.01.2026).

²⁶ Osmanlı hukuk ve idare dilindeki *amme/umum* terimleri ile kamu kavramının Cumhuriyet döneminde kazandığı anlam için bkz. **Esra Doğan**, “Maliye Kamu Maliyesi İlişkisi ve Kamunun Önemi: Kavramsal Temelli Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 22, S. 2, 2020, s. 523-541, s. 526-528.

²⁷ **Sevan Nişanyan**, *Nişanyan Sözlük: Çağdaş Türkçenin Etimolojisi*, Liber Plus Yayınları, İstanbul 2018, s. 407.

²⁸ Kuvvâcımî’nin ayrımı bu bağlamda açıklayıcıdır: “Kamu ile devlet’i aynı şey sayıyorlar. Oysa kamu: Topluluğun tümüdür; Devlet: Topluluğun dışına ve üstüne fırlamış bir egemen sınıf avadanlığıdır.” **Hikmet Kıvılcımlı**, *Osmanlı Tarihinin Maddesi*, Sosyal İnsan Yayınları, İstanbul 2007, s. 334.

Oysa kamu kavramının tarihsel anlam alanı, yalnızca devlete ait olanı değil, topluluğa ait olanı da kapsamaktadır. Bu yönüyle kavram, Batı dillerindeki *publicus* kavramının işaret ettiği kamusal topluluğa ve Alman hukuk düşüncesindeki *Öffentlichkeit* kavramının ifade ettiği ortak açıklık ve kamusalılık fikrine yakın bir içeriğe sahiptir.²⁹ Dolayısıyla kamu, bir anlamıyla devlet teşkilatıyla ilişkili olmakla birlikte ondan ibaret değildir. Devlet hukuki ve kurumsal bir örgütlenmeyi ifade ederken, kamu bu örgütlenmenin dayandığı toplumsal bütünlüğü ve ortak yararı ifade etmektedir.

Bu çalışma bakımından da kamu kavramı, devlet teşkilatının bir unsuru olarak değil, bir ülkedeki vatandaşların oluşturduğu toplumsal bütün ve ortak yararın taşıyıcısı olarak ele alınmaktadır. Bu perspektiften bakıldığında ceza hukukunda kamu görevlisi, devlet aygıtı içinde istihdam edilen bir kişi olmanın ötesinde, kamusal menfaate dair olanın öznesidir. Nitekim modern hukuk terminolojisinde “devlet görevlisi” yerine “kamu görevlisi” teriminin kullanılması, görevin yalnızca devlet teşkilatı içindeki konumuna değil, toplumun ortak yararını gerçekleştirmeye yönelik işlevine yapılan vurgunun bir yansımasıdır.

Kamu görevlisi kavramının açıklanabilmesi, öncelikle kamusal faaliyetin esasını oluşturan ilişkinin çözümlenmesini gerektirir. Kamusal faaliyet, belirli ihtiyaçların bir arada yaşayan insanlar bakımından ortak nitelik kazanması ve bunların giderilmesinin örgütlü bir otorite tarafından üstlenilmesine dayanan toplumsal bir ilişkiyi ifade eder. Bu ilişkinin bir tarafında ortak ihtiyaçlara sahip olan ve bunların karşılanmasını talep eden bir insan topluluğu, diğer tarafında ise bu talepleri karşılamak amacıyla görev ve yetkileri düzenleyen otorite yer almaktadır.

Modern dönemde kamu, ortak ihtiyaçlarının giderilmesini devletten talep edebilen topluluğu; kamusal ihtiyaç, birlikte yaşam pratiğinin ortaya çıkardığı ortak gereksinimleri; devlet ise bu ihtiyaçların karşılanmasını örgütleyen ve yürüten otoriteyi ifade etmektedir. Kamu görevlisi de devlet tarafından kamusal faaliyetlerin yürütülmesi

²⁹ Latince *publicus* ve Almanca *Öffentlichkeit* kavramlarının anlam alanı için bkz. Doğan, s. 528-532. Fransızca *bien public* ifadesinin hem kamu malını hem de kamu yararını, ortak faydayı karşıladığı hususunda **Pierre Bourdieu**, *Devlet Üzerine: Collège de France Dersleri (1989-1992)*, çev. Aslı Sümer, 4. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2025, s. 19 (çevirmen notu).

amacıyla görevlendirilen kişi olarak, kamu ile devlet arasındaki ilişkinin kurumsal taşıyıcısını oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, kamu, kamusal ihtiyaç ve devlet otoritesinin yukarıda açıklanan anlamlarıyla kamusal faaliyetin kurucu unsurları olarak ortaya çıkması, çalışmanın tarihsel ve normatif eşğini teşkil eden modern devlete özgü bir ilişkiselliktir. Zira bu eşikten önce söz konusu unsurların olgusal karşılıklarına rastlanabilse de aralarındaki ilişki, ortak ihtiyaçların karşılanması kamusal bir talep ve siyasal otoritenin yerine getirmesi gereken bir yükümlölük olarak temellendiren modern anlayış çerçevesinde kurulmuş değildir.

Modern öncesi ve modern dönem arasındaki ortak zemin ise kamusal faaliyetin zorunlu ön koşulunu oluşturan birlikte yaşam olgusudur. İnsanların bir arada yaşaması ortak ihtiyaçların birlikte karşılanmasını, bu ihtiyaçların birlikte karşılanması ise belirli ölçülerde iş bölümü, koordinasyon ve örgütlenmeyi gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla modern öncesi ve modern dönem arasındaki süreklilik, birlikte yaşamın ürettiğı ortak ihtiyaçlar ile bunların karşılanmasına yönelik otorite yapılanmalarında; kopuş ise topluluk ile otorite arasındaki ilişkinin kuruluş biçiminde ortaya çıkmaktadır.

1.1.1.1. Birlikte Yaşam Pratiğı ve Toplumsal İş Bölümü

Kamu görevlisinin kavramsal bileşenlerini oluşturan kamu, kamusal ihtiyaç ve siyasal otorite ile bunların tarihsel öncülleri olarak belirlenen topluluk, ortak ihtiyaç ve otorite, eşyanın tabiatı gereğı ancak ortak yaşam pratiğı içerisinde ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle söz konusu kavramların tarihsel gelişimini incelemekten önce, bunların üzerinde yükseldiğı ortak yaşam olgusunun tarihsel sürekliliğinin ortaya konulması gerekir. Burada ortak yaşamdan kastedilen, bireylerin yalnızca aynı mekânda bir arada bulunmaları değil; yaşamın sürdürölmesine ilişkin ihtiyaçların karşılanması bakımından birbirleriyle sürekli ilişkiler kurdukları, iş birliğı yaptıkları ve belirli ölçülerde karşılıklı bağımlılık geliştirdikleri toplumsal yaşam biçimidir. Zira insanoğılu, varoluşundan

itibaren sosyal bir türdür; Aristoteles’in ünlü deyişiyle insan “zoon politikon”, yani toplumsal bir varlıktır.³⁰

Antropolojik ve tarihsel araştırmalar, bu anlamda ortak yaşamın siyasal otoritenin kurumsallaşmasından ve devletin ortaya çıkışından çok daha eski olduğunu göstermektedir. Anatomik olarak modern insanın geçmişinin büyük bölümü, kurumsallaşmış bir siyasal otoriteden yoksun, görece eşitlikçi küçük topluluklar hâlinde geçmiştir.³¹ İnsan toplulukları, avcı-toplayıcı gruplardan itibaren beslenme, korunma, çocukların ve bağımlı bireylerin bakımı, kaynakların paylaşılması ve topluluk içindeki uyumsuzlukların giderilmesi gibi yaşamın sürdürülmesi bakımından önem taşıyan meseleleri çeşitli iş birliği biçimleri aracılığıyla karşılamıştır. Bu bulgu, doğa durumunu herkesin herkese karşı savaşı olarak tasvir eden sözleşmecî anlatıyla örtüşmemekte; türün hayatta kalmasında karşılıklı yardımlaşmanın en az rekabet kadar belirleyici olduğu, evrim kuramı çerçevesinde erken tarihlerden itibaren ileri sürülmüş bulunmaktadır.³² Bu bakımdan insanlık tarihinde ortak ihtiyaçların kolektif biçimde karşılanması olgusu, devletin ortaya çıkışından öncedir. Ancak bu ihtiyaçların karşılanmasına ilişkin örgütlenme biçimleri ise zaman içerisinde farklılaşmıştır.

Devlet öncesi topluluklara ilişkin çalışmalar birlikte yaşam pratiğinin merkezi ve kurumsallaşmış bir siyasal aygıtın varlığını zorunlu kılmadığını ortaya koymaktadır. Üretim, paylaşım ve bakım ilişkileri; piyasa mübadelesi veya devlet tarafından örgütlenen yeniden dağıtım mekanizmaları dışında, karşılıklılık, akrabalık, toplumsal yükümlülük ve dayanışma ilişkileri içerisinde de gerçekleştirilebilmiştir. Antropoloji literatüründe bu ilişkiler, toplumsal mesafeye göre farklılaşan bir karşılıklılık yelpazesi olarak tasnif

³⁰ **Aristoteles**, *Politika*, çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul 1975, I. Kitap, Bölüm 2, 1253a1-3. Aristoteles burada insanı doğası gereği polis içinde yaşamaya yönelmiş bir varlık olarak tanımlamakta; “toplumsal varlık” karşılığı bu ifadenin siyasal topluluk vurgusunu genişleten yerleşik bir çeviridir.

³¹ **Christopher Boehm**, *Hierarchy in the Forest: The Evolution of Egalitarian Behavior*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999, s. 154. Boehm, anatomik olarak modern insanın geçmişinin büyük bölümünün eşitlikçi avcı-toplayıcı topluluklar hâlinde geçtiğini, hiyerarşik siyasal örgütlenmenin ise bu geçmişin son dilimine ait olduğunu belirtmektedir.

³² **Petr Kropotkin**, *Karşılıklı Yardımlaşma: Evrimin Bir Faktörü*, çev. Işık Ergüden, Kaos Yayınları, İstanbul 2001, Bölüm III-IV (ilkel topluluklarda ve barbarlarda karşılıklı yardımlaşma); orijinali *Mutual Aid: A Factor of Evolution*, William Heinemann, London 1902. Doğa durumunu herkesin herkese karşı savaşı olarak kuran anlatı için krş. **Thomas Hobbes**, *Leviathan*, çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1993, I. Kısım, Bölüm XIII. Hobbes’un egemenin kuruluşuna ilişkin çözümlemesi aşağıda 1.1.2.1.1’de ele alınmaktadır.

edilmektedir: hane ve yakın akrabalık çevresinde hesabı tutulmayan ve karşılığı belirlenmemiş paylaşım (genelleştirilmiş karşılıklılık), topluluk içindeki komşuluk ilişkilerinde eş değerde karşılık beklentisi (dengeli karşılıklılık), yabancılarla kurulan ilişkilerde ise pazarlığa ve kâra dayalı değişim (olumsuz karşılıklılık) görülmektedir.³³ Bu tasnifin ortaya koyduğu üzere iktisadi etkinlik, devlet öncesi topluluklarda bağımsız bir alan oluşturmamakta; akrabalık ve toplumsal yükümlülük ilişkilerinin içine gömülü biçimde işlemektedir.³⁴ Özellikle yiyecek ve diğer yaşamsal kaynakların paylaşılması, çocukların ve yaşlıların bakımı yahut topluluk üyeleri arasındaki karşılıklı yardımlaşma, toplumsal ilişkilerin kendi iç örgütlenmesi içerisinde sürdürülebilmiştir.

Benzer bir durum, ortak yaşamın gerektirdiği karar alma, koordinasyon ve uyuşmazlık çözümü bakımından da görülmektedir. Devlet öncesi toplulukların siyasal örgütlenmesine ilişkin araştırmalar, bu toplulukların otoriteden veya düzen sağlayıcı mekanizmalardan bütünüyle yoksun olmadığını; ancak otoritenin modern devlette görülen kurumsallaşmış, sürekli ve cebir kullanma yetkisiyle donatılmış biçiminden farklı şekiller alabildiğini göstermektedir. Güney Amerika yerli toplulukları üzerine yapılan etnografik çalışmalarda şef, emir verme ve cezalandırma yetkisinden yoksun bir arabulucu olarak tanımlanmakta; konumu hitabet yeteneğine ve topluluğa karşı süreklilik taşıyan cömertlik yükümlülüğüne dayanmakta, emretmeye yöneldiğinde ise topluluk tarafından terk edilmektedir.³⁵ Eşitlikçi topluluklar üzerine yapılan karşılaştırmalı çalışmalar da benzer bir sonuca ulaşmakta; tahakküm kurmaya yönelen bireylerin alay, dışlama ve son çare olarak kolektif yaptırım yoluyla denetim altında tutulmasını, hiyerarşinin tabandan yukarıya doğru tersine çevrildiği bir düzen olarak

³³ **Marshall Sahlins**, *Taş Devri Ekonomisi*, çev. Taylan Doğan/Şirin Özgün, BGST Yayınları, İstanbul 2010, Bölüm 5; orijinali *Stone Age Economics*, Aldine-Atherton, Chicago 1972, s. 185-210 (karşılıklılık tipolojisi için özellikle s. 193-195). Sahlins genelleştirilmiş, dengeli ve olumsuz karşılıklılığı akrabalık mesafesine göre sıralanan bir yelpaze olarak kurmakta; olumsuz karşılıklılığı toplumsal mesafenin en uzak olduğu uca yerleştirmektedir.

³⁴ **Karl Polanyi**, *Büyük Dönüşüm: Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri*, çev. Ayşe Buğra, İletişim Yayınları, İstanbul 1986, Bölüm 4 (karşılıklılık, yeniden dağıtım ve ev ekonomisi ilkeleri; ekonominin toplumsal ilişkilere gömülülüğü).

³⁵ **Pierre Clastres**, *Devlete Karşı Toplum*, çev. Mehmet Sert/Nedim Demirtaş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1991, özellikle “Mübadele ve İktidar: Yerli Şefliğinin Felsefesi” ve “Devlete Karşı Toplum” başlıklı bölümler; orijinali *La Société contre l'État: Recherches d'anthropologie politique*, Minuit, Paris 1974. Clastres, şefin cebir yetkisinden yoksunluğunu, topluluğa karşı cömertlik yükümlülüğünü ve dinlenmeyen günlük söylevini iktidarın toplumdaki ayrışmasını engelleyen mekanizmalar olarak çözümlemektedir.

tanımlamaktadır.³⁶ Topluluk içerisinde arabuluculuk, temsil, koordinasyon veya geçici liderlik işlevleri bulunabilmekte; buna karşılık bu işlevleri yerine getiren kişinin topluluktan ayrılmış ve sürekli bir cebir yetkisine sahip olması gerekmemektedir. Bu nedenle liderlik, otorite ve egemenlik arasında tarihsel olarak zorunlu bir özdeşlik kurulamayacağı söylenmelidir.

Nitekim erken devletler üzerine yapılan çalışmalara göre Mezopotamya’da bitki ve hayvanların evcilleştirilmesi ile ilk devlet yapılanmalarının ortaya çıkışı arasında yaklaşık dört bin yıllık bir aralık bulunmakta; bu süreçte yerleşik köyler, sulama ve tahıl tarımı devlet olmaksızın sürdürülmüş bulunmaktadır.³⁷ Aynı çalışmalar, ilk devletlerin ölçülebilir ve vergilendirilebilir tahıl artığına dayanan, nüfusu yerleşik tutmaya bağımlı ve salgın hastalıklar ile kaçışlar karşısında kırılgan yapılar olduğunu; devlet dışı büyük yerleşimlerin ise kurumsal hiyerarşi kurmaksızın uzun süre varlığını koruyabildiğini ortaya koymaktadır.³⁸ Bu nedenle devlet, ortak yaşamın başlangıç koşulu olarak değil; tarihsel süreç içerisinde ortak yaşamı düzenleme ve ortak ihtiyaçların karşılanmasını örgütlenme biçimlerinden belirli koşullar altında ortaya çıkan özgül bir siyasal örgütlenme biçimi olarak ele alınmalıdır.

Ortak yaşamın sürekliliğine karşılık, bu yaşamın sürdürülmesini sağlayan iş bölümünün niteliği tarihsel olarak önemli ölçüde değişmiştir. Erken ve görece küçük topluluklarda ihtiyaçların karşılanması daha doğrudan iş birliği ilişkileri içerisinde gerçekleşirken, nüfusun, toplumsal yoğunluğun ve ekonomik faaliyetlerin artmasıyla birlikte işlevler farklılaşmış ve uzmanlaşma gelişmiştir. İş bölümünün sınırlı olduğu yapılarda toplumsal bütünlük büyük ölçüde benzerlik, ortak aidiyet ve ortak değerler üzerinden kurulurken; iş bölümünün geliştiği yapılarda bireyler farklılaşmış işlevleri nedeniyle birbirlerine daha

³⁶ **Christopher Boehm**, “Egalitarian Behavior and Reverse Dominance Hierarchy”, *Current Anthropology*, C. 34, S. 3, 1993, s. 227-254; ayrıca Boehm, *Hierarchy in the Forest*, Bölüm 4-5. Boehm, tabandaki üyelerin tahakküm kurmaya yönelik bireyleri koalisyon hâlinde denetim altında tuttuğu bu düzeni “tersine tahakküm hiyerarşisi” olarak adlandırmaktadır.

³⁷ **James C. Scott**, *Tahıla Karşı: İlk Devletlerin Derin Tarihi*, çev. Akın Emre Pilgir, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019, Giriş ve Bölüm 1; orijinali *Against the Grain: A Deep History of the Earliest States*, Yale University Press, New Haven 2017.

³⁸ Scott, *Tahıla Karşı*, Bölüm 4 (tahılın ölçülebilirliği ve vergilendirilebilirliği nedeniyle erken devletlerin temelini oluşturduğu savı) ve Bölüm 6 (devlet çöküşünün bir medeniyet felaketi değil, nüfusun daha küçük ve merkeziyetsiz birimlere dağılması olarak okunması).

bağımlı hâle gelmiştir.³⁹ Bu ayrım açıklayıcı olmakla birlikte, iş bölümünün sınırlı olduğu toplulukları farklılaşmamış ve edilgen yapılar olarak tasavvur etmesi bakımından siyaset antropolojisinin bulgularıyla sınırlanmalıdır: eşitlikçilik bu topluluklarda kendiliğinden bir homojenlik olarak değil, hiyerarşi eğilimine karşı sürdürülen bir siyasal denge olarak görünmekte; karmaşık iş bölümünün ortaya çıkışı da tek başına merkezi ve cebri bir otoriteyi gerektirmemektedir. Böylece ortak yaşam olgusu sürekliliğini korurken, bu yaşamı mümkün kılan toplumsal ilişkilerin ve ihtiyaçların karşılanmasına yönelik örgütlenmenin yapısı dönüşmüştür.

1.1.1.2. Toplumsal İş Bölümünün Organize Edilmesi: Siyasal Sistem

Birlikte yaşamın sürdürülebilmesi, topluluğun varlığı için gerekli faaliyetlerin üyeler arasında dağıtılmasını gerektirir. Ancak iş bölümünün ortaya çıkması, bu dağılımı kendiliğinden düzenleyen bir mekanizmanın varlığı anlamına gelmez. Farklı faaliyetlerin birbirleriyle uyumlu hâle getirilmesi, ortak kaynakların kullanımı konusunda tercihlerin uzlaştırılması ve topluluğun ihtiyaçlarının hangi yollarla karşılanacağını belirlenmesi, bireysel iradelerin ötesinde bir koordinasyon ve karar alma sürecini zorunlu kılar. Bu nedenle toplumsal iş bölümü, yalnızca görevlerin fiilen paylaşılması sorununu değil, aynı zamanda bu paylaşımın esaslarını belirleyen ve alınan kararların topluluk bakımından bağlayıcılığını sağlayan bir örgütlenme sorununu da ortaya çıkarır.

Bu örgütlenmenin açıklanmasında belirli bir tarihsel devlet biçimini hareket noktası olarak almak gerekli değildir. Zira ortak yaşamın düzenlenmesine ilişkin bağlayıcı kararların üretildiği yapılar, modern devletin kurumsallaşmasından çok önce de farklı biçimlerde varlık göstermiştir. Bu çalışmada, söz konusu tarihsel çeşitliliği kapsayabilmek amacıyla devlet kavramı yerine daha üst bir kategori olarak siyasal sistem kavramı kullanılmaktadır. Siyasal sistem, belirli bir yönetim biçimine ya da kurumsal modele işaret etmez; bir topluluk içinde kolektif kararların üretilmesini, bu kararların

³⁹ **Émile Durkheim**, *Toplumsal İşbölümü*, çev. Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul 2006, I. Kitap, Bölüm II-III (mekanik ve organik dayanışma). Durkheim iş bölümünün sınırlı olduğu toplumlarda bütünlüğün benzerlik ve ortak bilinç üzerinden, iş bölümünün geliştiği toplumlarda ise işlevsel farklılaşmadan doğan karşılıklı bağımlılık üzerinden kurulduğunu belirtmekte; bu iki dayanışma biçimini sırasıyla cezalandırıcı ve onarıcı hukuk kurallarının ağırlığıyla ilişkilendirmektedir.

bağlayıcılık kazanmasını ve toplumsal ilişkilerin bu kararlar aracılığıyla düzenlenmesini mümkün kılan kurumsal ve toplumsal süreçlerin bütününe ifade eder.

Bu kavramsallaştırmanın teorik dayanağını David Easton'ın sistem yaklaşımı oluşturmaktadır. Easton, siyasal yaşamın ayırt edici niteliğini “bir toplum için değerlerin otoriteye dayalı biçimde tahsis”inde (*authoritative allocation of values for a society*) görmektedir. Siyasal sistem de bu tahsislerin gerçekleştirildiği etkileşimler bütünü olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰ Buradaki “değer” kavramı, yalnızca ekonomik kaynakları ifade etmemekte; toplumsal yaşam içerisinde dağıtımına konu olabilecek mal, hizmet, statü ve diğer toplumsal değerleri kapsayan geniş bir anlam taşımaktadır. Tahsisin “otoriteye dayalı” olması ise bu tahsislerin topluluğun üyeleri bakımından bağlayıcı kabul edilmesini ifade etmektedir.⁴¹

Easton'ın yaklaşımı, toplumsal iş bölümünün siyasal boyutunu görünür hâle getirmektedir. Birlikte yaşam içerisinde hangi faaliyetlerin yerine getirileceği, bunların kimler tarafından yürütüleceği ve toplumsal değerlerin nasıl dağıtılacağı konusunda verilen kararlar, topluluğun bütününe ilgilendirdikleri ve bağlayıcı kabul edildikleri ölçüde siyasal sistemin faaliyet alanına girmektedir. Böylece siyasal sistem, iş bölümünü meydana getiren faaliyetleri bizzat yerine getiren tek bir örgütü ifade etmekten ziyade, bu faaliyetlerin organizasyonuna ilişkin bağlayıcı kararların üretildiği yapıyı açıklamaktadır. Bu yönüyle kavram, siyasal örgütlenmenin henüz modern devlet biçimini kazanmadığı toplulukların da aynı analitik çerçevede incelenmesine imkân vermektedir.

Siyasal sistem kavramının bu geniş kapsamı, devlet ile siyasal sistem arasında kavramsal bir ayrım yapılmasını gerekli kılmaktadır. Siyasal sistem, ortak yaşamın organizasyonuna ilişkin bağlayıcı karar üretme işlevini açıklarken; devlet, bu işlevi yerine getiren otoritenin belirli bir tarihsel süreç içerisinde kurumsallaşmasının bir görünümünü oluşturmaktadır. Bu nedenle siyasal sistemin varlığı devletin varlığını zorunlu kılmamakta; devlet, siyasal organizasyonun tarihsel olarak ortaya çıkan kurumsal

⁴⁰ **David Easton**, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, *World Politics*, C. 9, S. 3, 1957, s. 383-400, s. 383-384.

⁴¹ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 383-384.

biçimlerinden birini ifade etmektedir.⁴² İzleyen başlıkta otoritenin kurumsallaşması üzerinden erken devlet modellerinin ortaya çıkışı, ardından toplumsal ihtiyaçların siyasal sisteme yönelen talepler hâline gelmesi ve kamusal ihtiyaç niteliği kazanması bu kavramsal ayırım temelinde ele alınacaktır.

1.1.1.3. Otoritenin Kurumsallaşması: Erken Devlet Modelleri

Toplumsal yaşamın ortaya çıkardığı ortak ihtiyaçların süreklilik kazanması ve toplumsal fonksiyonların giderek farklılaşması, bu fonksiyonların belirli ölçülerde merkezileşmesini ve daha istikrarlı organizasyonlar eliyle yürütülmesini gerekli kılmıştır. Bu süreçte birlikte yaşam pratiğini düzenleyen ilişkiler kurumsallaşmış; güvenliğin sağlanması, uyuşmazlıkların çözülmesi, ortak kaynakların yönetimi ve toplumsal düzenin korunması gibi fonksiyonlar belirli otorite yapıları tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır. Ancak siyasal otoritenin meşruiyetini geleneksel ya da tanrısal temellere dayandığı bu dönemde, söz konusu faaliyetlerin organizasyonu modern anlamda kamusal hizmet sunma yükümlülüğünün değil, siyasal otoritenin egemenliğini sürdürme işlevinin bir uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır.

Antik devlet yapılanmalarında bu durumun ilk kurumsal örnekleri görülmektedir. Roma’da yargı, idare ve askerî alanlarda görev yapan *magistratus*lar; Mısır’da vergi kayıtlarını tutan yazıcılar ve Mezopotamya’da tapınak bürokrasisi içerisinde görev alan kişiler, merkezi otorite tarafından yetkilendirilmiş ve toplumsal organizasyonun işleyişine katkı sunan fonksiyonları yerine getirmişlerdir.⁴³ Bununla birlikte buradaki görevlendirme ilişkisi, egemen siyasal organizasyonun devamlılığını sağlamaya yönelik organizasyonel bir tasarruf olarak şekillenmektedir.

⁴² Easton’ın, hukuki ve kurumsal yükü nedeniyle devlet kavramı yerine siyasal sistem kavramını analiz birimi olarak tercih etmesinin gerekçesi için bkz. **David Easton**, *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*, Alfred A. Knopf, New York 1953; yazarın bu tercihe ilişkin sonraki değerlendirmesi için **David Easton**, “The Political System Besieged by the State”, *Political Theory*, C. 9, S. 3, 1981, s. 303-325.

⁴³ **Alâeddin Şenel**, *Kemirgenlerden Sömürgenlere İnsanlık Tarihi*, İmge Kitabevi, Ankara 2006; Roma’da magistratus kurumu ve antik siyasal örgütlenme için ayrıca bkz. **Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker**, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 9. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2020.

Roma Cumhuriyeti'nde kullanılan *res publica* kavramı ise bu tarihsel gelişim içerisinde dikkat çekici bir istisna oluşturmaktadır.⁴⁴ Gerçekten de *res publica*, ortak işlerin belirli bir hükümdarın şahsında değil, siyasal topluluğun bütünü adına yürütülmesini ifade etmektedir.⁴⁵ Bu yönüyle kavram, egemenliğin kişisel iktidar ilişkilerinden kısmen ayrışmasını sağlaması bakımından önceki monarşik ve teokratik yapılardan farklılaşmaktadır. Bununla birlikte burada ortaya çıkan kamusalılık da bu çalışmada esas alınan normatif eşiği karşılamamaktadır. Zira *res publica* düşüncesi, kamusal işlerin kişisel iktidardan ayrılarak siyasal topluluk adına yürütülmesini ifade etmesi bakımından modern kamusalılığın önemli bir tarihsel öncülünü oluşturmakla birlikte, burada siyasal topluluk ile kamusal organizasyon henüz birbirinden ayrılmış değildir.⁴⁶ Bu nedenle Roma Cumhuriyeti'nde kamu, devlete hak ve talep yönelten bağımsız bir özne olarak değil, kamusal organizasyonun bizzat kendisini oluşturan siyasal topluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Feodal dönemde ise toplumsal organizasyon, merkezi bir devlet yapısından ziyade çok katmanlı ve parçalı egemenlik ilişkileri içerisinde şekillenmiştir.⁴⁷ Siyasal ve hukuki yetkiler, kamusal organizasyon bünyesinde toplanmak yerine farklı senyörler arasında dağılmış; yargılama, vergi toplama, askerî kuvvet bulundurma ve yerel düzeni sağlama gibi fonksiyonlar, kamu adına kullanılan yetkiler olarak değil, feodal hâkimiyetin sağladığı kişisel hak ve imtiyazlar çerçevesinde yürütülmüştür. Bu sistemde vassalın yükümlülüğü, topluma veya kamusal organizasyona değil, sadakat yeminiyle bağlı bulunduğu senyöre yönelmektedir. Bu nedenle söz konusu faaliyetler, kamusal bir görevin ifasından ziyade kişisel bağlılık ilişkisinden kaynaklanan feodal yükümlülüklerin yerine getirilmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla feodal düzende yükümlülüğün

⁴⁴ Ağaoğulları/Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine* (Roma Cumhuriyeti'ne ilişkin bölüm).

⁴⁵ Ağaoğulları/Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*; *res publica* kavramının antik anlamı için ayrıca Jürgen Habermas, *Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü*, çev. Tanıl Bora/Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, I. Bölüm.

⁴⁶ Antik kamusalılıkta siyasal topluluk ile kamusal alanın örtüşmesi için bkz. Habermas, *Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü*, I. Bölüm; Ağaoğulları/Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*.

⁴⁷ Feodal düzende egemenliğin parçalı yapısı için bkz. **Gianfranco Poggi**, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, çev. Şule Kut/Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, feodal yönetim sistemine ilişkin bölüm; **Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker**, *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, 7. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2023.

dayanağı kamusal sorumluluk değil, kişisel sadakat ilişkisi olup, yükümlülük de kamusal değil kişisel nitelik taşımaktadır.

Mutlak monarşiler ve erken modern dönemle birlikte, feodal dönemin parçalı egemenlik yapısı yerini merkezi bir siyasal organizasyona bırakmaya başlamıştır. Sürekli orduların kurulması, vergi toplama yetkisinin merkezileştirilmesi ve bürokratik yapının gelişmesiyle birlikte, daha önce farklı yerel otoriteler arasında dağılmış bulunan siyasal ve idari fonksiyonlar tek bir organizasyon bünyesinde toplanmıştır.⁴⁸ Böylece modern devletin kurumsal temelleri atılmış; ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelik faaliyetler de giderek merkezi ve sürekli bir organizasyon tarafından yürütölmeye başlanmıştır.

Bu dönemde cezalandırma pratiğinin de giderek merkezi otorite tarafından üstlenildiği görölmektedir. Ancak suç, henüz kamusal menfaate yönelik bir ihlal olarak değil; egemen güce, siyasal düzene veya otoritenin sürekliliğine yönelik bir tehdit olarak kavramsallaştırılmaktadır.⁴⁹ Dolayısıyla ceza ile korunan hukuki değer de topluluğun ortak menfaatinden ziyade egemenin menfaatleridir. Başka bir ifadeyle cezalandırma pratiği kamusallaşmış görünmekle birlikte, bu kamusallık henüz normatif bir özne olarak yapılandırılmış kamunun çıkarlarını koruyan bir niteliğe sahip değildir. Modern anlamda kamusallığın ortaya çıkabilmesi için yalnızca devletin kurumsallaşması yeterli olmayıp, topluluğun da devlet karşısında hak ve taleplerin sahibi olan bağımsız bir normatif özneye dönüşmesi gerekmektedir.⁵⁰ Bu dönüşüm ise bir sonraki başlık altında incelenecektir.

1.1.1.4. Taleplerin Kurumsallaşması: Kamusal İhtiyaç

Önceki başlıklarda açıklandığı üzere, tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkan devlet yapılanmaları, birlikte yaşamın doğurduğu ortak ihtiyaçların önemli bir bölümünü sürekli ve örgütlü faaliyetler aracılığıyla karşılamaya başlamıştır. Güvenliğin sağlanması, adaletin tesisi, vergi toplanması ve toplumsal düzenin korunması gibi faaliyetlerin erken

⁴⁸ Mutlak monarşilerde askerî, malî ve idari fonksiyonların merkezileşmesi için bkz. **Charles Tilly**, *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu (990-1992)*, çev. Kudret Emiroğlu, İmge Kitabevi, Ankara 2001; Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, mutlakiyetçi devlete ilişkin bölüm; **Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker**, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 6. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2023.

⁴⁹ Bu yönde bkz. **Mehmet Cemil Ozansü**, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

⁵⁰ Topluluğun devlet karşısında hak ve talep öznesine dönüşmesi için bkz. Habermas, *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*, II-III. Bölümler.

devlet modellerinde de siyasal organizasyon tarafından üstlenildiği görülmektedir. Bununla birlikte bazı ihtiyaçların devlet tarafından karşılanması, bu çalışma bakımından bunların kamusal ihtiyaç olarak nitelenmesi için yeterli değildir. Zira bu dönemde söz konusu faaliyetler, topluluğun devlet karşısında ileri sürdüğü taleplerin karşılığı olarak değil, egemen otoritenin siyasal düzeni sürdürme ve yeniden üretme işlevinin bir parçası olarak yerine getirilmektedir.

Bu çerçevede devletin söz konusu faaliyetleri üstlenmesinin gerekçesi, modern anlamda bir yükümlülüğün ziyade, siyasal organizasyonun devamı bakımından yönetilenlerin rızasını üretmeye yönelik bir bahşetme mantığında aranmalıdır. Dolayısıyla erken devlet yapılanmalarında belirleyici olan, ortak ihtiyaçların varlığı veya bunların devlet tarafından karşılanması değil; topluluğun bu ihtiyaçların karşılanmasını siyasal otoriteden talep edebilen bir özne konumunda bulunmamasıdır.

Ortak ihtiyaçların kamusal ihtiyaçlara dönüşümü de öncelikle topluluğun devlet karşısındaki konumunda meydana gelen değişim üzerinden açıklanmalıdır. Bu dönüşüm bakımından Habermas'ın burjuva kamusal alanına ilişkin açıklamaları önemli bir teorik çerçeve sunmaktadır. Habermas'a göre burjuva kamusal alanı, özel kişilerin ortak meseleleri kamusal tartışmanın konusu hâline getirdikleri ve bu tartışmalar aracılığıyla kamuoyu oluşturarak siyasal iktidara talepler yönelttikleri tarihsel süreci ifade etmektedir.⁵¹ Böylece siyasal iktidarın faaliyetlerine tabi olan topluluk, aynı zamanda bu faaliyetlerin içeriğine ilişkin talepler üreten ve siyasal iktidarı bunlar karşısında gerekçe göstermeye zorlayan aktif bir özneye dönüşmektedir.⁵² Bu dönüşüm, bir taraftan siyasal iktidarın bahşeden otorite konumundan hesap veren bir iktidar konumuna yerleşmesine, diğer taraftan tebaa statüsündeki topluluğun devlet karşısında ortak talepler ileri sürebilen kolektif bir özne hâline gelmesine zemin hazırlamaktadır.⁵³

⁵¹ Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, II. Bölüm (Kamusal Alanın Toplumsal Yapıları).

⁵² Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, III. Bölüm (Kamusal Alanın Siyasal İşlevleri).

⁵³ Avrupa'da 19. yüzyılda siyasal rejimlerin demokratikleşmesinin, kamusal karar, kural, uygulama ve politikaların demokratik süreç içinde belirlenmesini olağan, hatta gerekli bir koşul hâline getiren yeni bir siyasal meşruiyet anlayışının yerleşmeye başlaması olarak yorumlandı; 17. yüzyıldan itibaren hegemonik konuma gelen siyasal söylemde kamusal gücün bireyin rızasına dayandırılmasının mantıksal sonucunun, rıza sahiplerinin devlet gücünü kullananlardan hesap sorabilmesi ve bu kişilerin rıza sahiplerine hesap vermesi gerekliliği olduğu ve rıza ile hesap vermenin (*accountability*) demokratik siyasal rejimin ana

Topluluğun devlet karşısında talep ileri sürebilen kolektif bir özneye dönüşmesi, ortak ihtiyaçların niteliğinde de buna bağlı bir değişim yaratmaktadır. Zira bir ihtiyacın topluluk tarafından paylaşılması, tek başına onu kamusal ihtiyaç hâline getirmemektedir. Ortak ihtiyaçlar ancak bunların karşılanmasının siyasal otoriteden talep edilmesi ve bu talebin siyasal otorite bakımından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak kabul edilmesiyle kamusal nitelik kazanmaktadır. Bu anlamda kamusal ihtiyaç, ortak ihtiyaçların içerik bakımından farklılaşmış bir türünü değil; devlet karşısında ileri sürülebilir bir talebin konusu hâline gelmiş görünümünü ifade etmektedir.

Böylece topluluğun devlet karşısında talep ileri sürebilen bir özneye dönüşmesi ile ortak ihtiyaçların kamusal ihtiyaçlara dönüşmesi, aynı tarihsel sürecin birbirini tamamlayan iki yönü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu süreç aynı zamanda devlet ile topluluk arasındaki ilişkinin, egemenliğe dayalı tek yönlü bir tabiiyet ilişkisinden, devletin de belirli yükümlülükler üstlendiği hukuki bir ilişkiye evrilmesini ifade etmektedir.

1.1.2. Modern Devlette Kamusal İhtiyaçların Devlet Tarafından Karşılanması

Bir faaliyetin ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelmiş olması, tek başına bu faaliyetin kamusal faaliyet olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Asıl mesele, bu ihtiyaçların hangi süreç içerisinde siyasal otoriteye yöneltilen taleplere dönüştüğü ve devlet tarafından üstlenilmesinin beklendiği noktada ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle aşağıda söz konusu dönüşüm süreci ele alınacaktır.

1.1.2.1. Kamusal İhtiyaçların Devlet Tarafından Karşılanmasının Gerekçesi

Toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına ilişkin taleplerin neden devlete yöneltildiği meselesi, esasen devletin meşruiyetini hangi kaynaktan aldığı ve neden var olduğuna dair soruların bir uzantısıdır. Bu sorular rakip devlet teorileri tarafından farklı biçimlerde açıklanmaktadır. Aşağıda bu teorilere başvurulmasının nedeni, ortak yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli faaliyetlerin neden dağınık veya örgütsüz bir organizasyona

değil de merkezi ve kurumsal bir yapı olarak devlete yönlendirildiğinin açıklanması olacaktır.

1.1.2.1.1. Toplum Sözleşmesi Yaklaşımları

Siyasal otorite veya devletten belirli bir faaliyetin gerçekleştirilmesinin beklenmesi; pre-politik dönemdeki (doğa durumu) bireysel kendini koruma ve haklarını bizzat uygulama (şiddet kullanma ve cezalandırma) yetkilerinin, bireylerin rızasına dayanan ortak bir sözleşmeyle kamusal bir yapıya devredilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu devrin doğal bir sonucu olarak, toplumsal varoluşun asgari istikrar koşullarının (can, mülkiyet veya sivil özgürlük) kurallı ve zorlayıcı bir tekelci otorite tarafından güvence altına alınması kaçınılmaz bir siyasal ödev, devletin varlık nedeni ve meşruiyet sınırı hâline gelmektedir.⁵⁴

Toplum sözleşmesi yaklaşımları, belirli faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin neden siyasal otoriteden beklendiğini, siyasal toplumun kuruluş amacı üzerinden açıklamaya imkân vermektedir. Bu teorilerde sözleşmeye yönelten temel sorunlar ve sözleşmeyle kurulan siyasal düzenin niteliği birbirinden farklı olmakla birlikte, siyasal toplumun kuruluşu belirli sorunların artık bireysel güç ve imkânlarla değil, ortak bir siyasal güç aracılığıyla çözülmesini ifade etmektedir. Aşağıda üç yaklaşım, sözleşmeye yönelten sorun, sorunun bireysel imkânlarla giderilememesinin gerekçesi, sözleşmeyle devredilen yetki, siyasal otoriteden beklenen faaliyetler ve bu faaliyetlerin yerine getirilmemesinin sonucu biçimindeki ortak bir çözümleme sırasıyla ele alınmakta; karşılaştırma bu sıra üzerinden yapılmaktadır.

Thomas Hobbes siyasal toplumun kuruluşunu bireylerin doğal durumda kendi güçleriyle sağlayamadıkları korunma ve güvenlik ihtiyacının ortak bir siyasal otorite aracılığıyla güvence altına alınması üzerinden açıklamaktadır.⁵⁵ Hobbes’a göre doğa durumunda

⁵⁴ Hobbes ve Locke gibi klasik kuramların da benimsediği ilk devlet tanımında devletin ortak faydayı gözetmekle yükümlü bir kurum, hükümetin ise kamu malı olarak görüldüğü yönünde **Bourdieu**, s. 19. Yazar bu anlayışı, devleti tarafsız bir mekân ve bütün bakış açılarının üzerindeki bir bakış açısı olarak tasavvur eden eski bir inanış olarak nitelendirmekte; idare biliminin ve devlet görevlilerinin kamu hizmeti ve kamu yararı ideolojisinin bu inanışa dayandığını belirtmektedir (aynı yer).

⁵⁵ Hobbes, *Leviathan*, II. Kısım, Bölüm XVII. Hobbes bu bölümde insanların doğal özgürlüklerini sınırlamayı kabul etmelerinin nihai nedenini kendi varlıklarını koruma ve savaş durumundan çıkma öngörüsü olarak belirlemekte; egemenin kuruluşunu da bu amaca bağlamaktadır.

herkesin kendi varlığını korumak için kendi gücüne dayanması, güvenliği sağlamak bir yana, herkesin herkese karşı savaş hâlinin sürekliliğine yol açmaktadır.⁵⁶ İnsanları taahhütlerine uymaya zorlayabilecek ortak bir gücün bulunmaması nedeniyle güvenlik, bireysel güç kullanımıyla kalıcı biçimde sağlanamamaktadır. Siyasal toplumun kuruluş amacı da bu durumdan çıkarak barış ve güvenliğin sağlanmasıdır. Sözleşmeyle bireylerin dağınık güçlerinin ortak bir egemen güç altında toplanması, korunmanın bireysel bir mesele olmaktan çıkarak egemenin temel işlevi hâline gelmesini sağlamaktadır. Nitekim Hobbes'un egemene yüklediği yasama, yargılama, mülkiyet ilişkilerini düzenleme ve barışın devamını sağlama gibi faaliyetler de halkın güvenliğinin sağlanması biçimindeki bu temel amaçla ilişkilendirilmektedir. İtaatin korumaya bağlanması ve egemenin koruma gücünü bütünüyle kaybetmesi hâlinde itaat yükümlülüğünün sona ermesi de aynı ilişkiyi göstermektedir.⁵⁷ Dolayısıyla Hobbes'ta belirli faaliyetlerin egemenden beklenmesinin gerekçesi, bunların siyasal toplumu gerekli kılan güvenlik sorununun ortak güç aracılığıyla giderilmesine hizmet etmesidir.

John Locke'a göre siyasal toplumun kuruluşunu gerekli kılan sorun doğal durumda mevcut olan hakların güvenli biçimde korunamamasıdır.⁵⁸ Yaşam, özgürlük ve mal varlığını kapsayan mülkiyet hakkı doğa durumunda da mevcut olmakla birlikte, yerleşik bir kuralın, tarafsız bir yargıcın ve verilen kararları uygulayacak ortak bir gücün bulunmaması bu haklardan güvenli biçimde yararlanılmasını engellemektedir.⁵⁹

⁵⁶ **Hobbes**, *Leviathan*, I. Kısım, Bölüm XIII. Doğa durumunun herkesin herkese karşı savaşı olduğu ve bu durumda insan yaşamının niteliğine ilişkin pasaj bu bölümde yer almakta; bireysel gücün güvenlik üretememesinin gerekçesi olarak insanların bedensel ve zihinsel bakımdan eşitliği de aynı bölümde açıklanmaktadır. Ortak bir güç bulunmadıkça sözleşmelerin yalnızca sözden ibaret kaldığı yönündeki ilke için bkz. Bölüm XVII'nin açılış paragrafları.

⁵⁷ Egemenin yetkileri (yasama, yargılama, mülkiyet kurallarının belirlenmesi, savaş ve barış) için bkz. **Hobbes**, *Leviathan*, Bölüm XVIII; egemenin görevinin halkın güvenliğini sağlamak olduğu ve bu görevin iyi yasaların yapılması, eşit adalet, çalışmayacak durumda olanların özel hayırseverliğe bırakılmayıp kamusal yollarla geçindirilmesi ve halkın eğitilmesi gibi faaliyetleri kapsadığı yönünde bkz. Bölüm XXX. Uyrukların itaat yükümlülüğünün egemenin onları koruyabildiği süreyle sınırlı olduğu ilkesi Bölüm XXI'in sonunda ve eserin kapanışını oluşturan "Gözden Geçirme ve Sonuç" kısmında yer almaktadır. Hobbes bu ilkeyi bir direnme hakkı olarak değil, koruma sona erdiğinde itaat borcunun kendiliğinden ortadan kalkması olarak kurmaktadır.

⁵⁸ **John Locke**, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı, Ebabil Yayınları, Ankara 2012, Bölüm IX, § 123. Paragraf numaraları eserin standart edisyonuna göredir: **John Locke**, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, Cambridge University Press, Cambridge 1988.

⁵⁹ **Locke**, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, § 123 (mülkiyetin hayat, özgürlük ve malları kapsayan geniş anlamı) ve § 124–126. Locke bu paragraflarda doğa durumunun üç eksikliğini sıralamaktadır: yerleşik,

Bireylerin doğa yasasını uygulama ve ihlallerini cezalandırma yetkilerini topluma bırakmalarının amacı da bu eksikliklerin giderilmesidir.⁶⁰ Bu nedenle yasaların konulması, uyuşmazlıkların tarafsız biçimde karara bağlanması, kararların uygulanması ve topluluğun dış tehditlere karşı korunması, siyasal iktidarın kuruluş amacıyla doğrudan bağlantılı faaliyetlerdir. Siyasal iktidara verilen güç, yönetenlerin serbestçe tasarruf edebileceği bir yetki değil, bireylerin doğal haklarının korunması amacıyla verilmiş bir emanet niteliğindedir.⁶¹ Böylece Locke’a göre belirli faaliyetlerin siyasal otoriteden beklenmesinin gerekçesi, siyasal toplumun doğal durumda bireysel olarak giderilemeyen kurumsal eksiklikleri gidermek ve doğal hakların daha güvenli biçimde korunmasını sağlamak amacıyla kurulmuş olmasıdır.

Jean-Jacques Rousseau’ya göre ise siyasal otoriteden beklenen faaliyetler, bireysel hakların korunması amacıyla kendilerinden ayrı bir egemene yetki verilmesi üzerinden açıklanamaz. Toplum sözleşmesinin amacı, her üyenin kişisini ve mallarını ortak güçle korurken bireyin özgürlüğünü muhafaza edebileceği bir siyasal birlik meydana getirmektir.⁶² Bireylerin kendilerini ve güçlerini topluluğun bütününe vermeleriyle oluşan siyasal beden, kendisini meydana getiren bireylerden ayrı bir ortak iradeye, genel iradeye sahip olmaktadır. Bu nedenle siyasal faaliyetin gerekçesi de ayrı bir yönetici iradenin bireylere hizmet etmesinden değil, sözleşmeyle kurulan siyasal birliğin ortak yarara yönelik iradesinin gerçekleştirilmesinden doğmaktadır. Genel iradenin yasa biçiminde ortaya çıkması ve bu yasaların hükümet tarafından uygulanması, sözleşmeyle

bilinen ve rızayla kabul edilmiş bir yasanın; uyuşmazlıkları karara bağlayacak bilinen ve tarafsız bir yargıcın; verilen kararı uygulayacak gücün yokluğu.

⁶⁰ **Locke**, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, § 128–130. Doğa durumunda bireyin sahip olduğu iki güçten ilki (kendisinin ve başkalarının korunması için doğa yasasının izin verdiği her şeyi yapma gücü) toplumun yasalarıyla sınırlanmak üzere, ikincisi (doğa yasasını ihlal edenleri cezalandırma gücü) ise bütünüyle topluma bırakılmaktadır. Siyasal iktidarın yasa koyma, yargılama, kararları uygulama ve topluluğu dış tehditlere karşı koruma biçimindeki faaliyetleri için bkz. § 88 ve § 131.

⁶¹ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, § 149 (yasama gücünün belirli bir amaçla verilmiş emanet niteliği) ve § 171. Emanetin ihlalinin hükümetin çözülmesine yol açması için bkz. § 221–222 ve § 240. Locke’ta iktidar ile toplum arasındaki ilişkinin sözleşmeden çok emanet (trust) kavramıyla kurulduğu yönünde bkz. Peter Laslett, “Introduction”, John Locke, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, Cambridge University Press, Cambridge 1988, s. 112 vd.

⁶² **Jean-Jacques Rousseau**, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006, Kitap I, Bölüm 6. Genel irade ve egemenliğin devredilemezliği için bkz. Kitap I, Bölüm 7 ve Kitap II, Bölüm 1–3; genel iradenin yasa biçiminde ortaya çıkışı için Kitap II, Bölüm 6; hükümetin egemenden ayrı ve ona bağlı bir yürütme organı olarak konumu için Kitap III, Bölüm 1.

kurulan özgür ve eşit siyasal birlikteliğin sürdürülmesinin araçlarıdır. Bu bakımdan Rousseau'da belirli faaliyetlerin siyasal düzenden beklenmesinin gerekçesi, söz konusu faaliyetlerin sözleşmeyle meydana getirilen siyasal birliğin kuruluş amacının gerçekleştirilmesi ve devam ettirilmesi için gerekli olmasıdır.

1.1.2.1.2. Sosyal Teori Yaklaşımları

Toplum sözleşmesi yaklaşımlarında belirli faaliyetlerin siyasal otoriteden beklenmesi, siyasal toplumun kuruluş amacı üzerinden açıklanabilmektedir. Sosyal teori yaklaşımlarında ise aynı soruya bu nitelikte ortak bir cevap vermek mümkün değildir. Max Weber, Émile Durkheim ve Karl Marx, devleti bireylerin iradi olarak kurdukları bir sözleşmenin sonucu olarak değil, modern toplumun yapısı ve tarihsel gelişimi içerisinde ortaya çıkan bir kurum olarak çözümlemektedir. Bununla birlikte bu teorisyenlerin her biri, toplumsal yapının belirli özellikleri ile devletin faaliyetleri arasında farklı nitelikte ilişkiler kurmaktadır. Bu nedenle burada araştırılması gereken husus, her bir teorisinin belirli toplumsal meselelerin neden devletin faaliyet alanıyla ilişkilendirildiğini ne ölçüde açıklayabildiğidir.

Max Weber, devleti yerine getirdiği amaçlar veya faaliyetlerin içeriği üzerinden tanımlamayı reddetmekte; modern devleti belirli bir ülke içerisinde meşru fiziksel şiddet kullanımını başarıyla tekeline alan siyasal örgüt olarak tanımlamaktadır.⁶³ Bunun nedeni, tarihsel olarak devletlerin üstlendikleri işlevlerin değişken olması ve devletin varlığına esas teşkil edecek tek bir maddi amacın gösterilememesidir. Buna karşılık Weber'in rasyonel-yasal egemenlik ve bürokrasi çözümlemesi, devlet tarafından üstlenilen işlevlerin modern devlet içerisinde nasıl örgütlendiğini açıklaması bakımından önem taşımaktadır. Modern bürokratik örgütlenmede görevler önceden belirlenmiş yetki alanlarına bağlanmakta, makamların yetkileri kurallarla sınırlandırılmakta, işlevler

⁶³ **Max Weber**, “Meslek Olarak Siyaset”, *Sosyoloji Yazıları*, çev. Taha Parla, İletişim Yayınları, İstanbul 2012. Weber burada devletin ancak kendine özgü aracı olan meşru fiziksel şiddet üzerinden tanımlanabileceğini, tarihsel olarak siyasal örgütlerin ele almadığı bir görev bulunmadığı gibi devlete özgü olduğu söylenebilecek bir görevin de bulunmadığını belirtmektedir. Aynı tanım için bkz. **Max Weber**, *Ekonomi ve Toplum*, C. I, çev. Latif Boyacı, Yarı Yayınları, İstanbul 2012, I. Kısım, Bölüm I, § 17. Weber'in tanımını sembolik şiddeti de kapsayacak biçimde genişleten ve devleti, iktidar alanının idari alan veya kamu hizmetleri alanı olarak adlandırılacak kesiminin meşru fiziksel ve sembolik şiddet tekeline elinde bulundurmasıyla niteleyen geçici tanım için **Bourdieu**, s. 18.

uzmanlaşmış personel arasında dağıtılmakta ve kurumsal süreklilik makamı işgal eden kişilerden bağımsız hâle getirilmektedir.⁶⁴ Böylece Weber, belirli bir toplumsal ihtiyacın neden devlet tarafından karşılandığını değil, devlet tarafından üstlenilen bir işlevin nasıl kişisel bir tasarruf olmaktan çıkarak görev, yetki, uzmanlaşma ve süreklilik esaslarına dayanan bürokratik bir örgütlenme içerisine yerleştirildiğini göstermektedir. Bu yönüyle Weberyen çözümleme, kamusal faaliyetin ortaya çıkış gerekçesinden çok, onun modern devlet içerisinde kazandığı kurumsal ve örgütsel biçimin anlaşılmasına katkı sağlamaktadır.

Émile Durkheim devleti, toplumun kolektif bilincinden ayrı, ancak onunla sürekli iletişim hâlinde olan organize bir toplumsal düşünce organı veya “sosyal beyin” olarak kavramsallaştırmaktadır.⁶⁵ Devlet, toplumun dağınık ahlaki yönelimlerini ve kolektif temsillerini yoğunlaştırarak rasyonel bir ahlaki disipline dönüştüren merkezi bir mercidir.⁶⁶ Toplumsal yapı içinde devlet, rasyonel kararlar alan, bunları toplumsal bedene ileten ve bireysel özgürlükleri koruyan ahlaki bir kurumdur.⁶⁷

Durkheim’ın toplumsal dayanışma ve karşılıklı bağımlılık üzerine geliştirdiği sosyolojik çözümleme, **Leon Duguit** tarafından devletin faaliyet alanını açıklayan bir kamu hizmeti teorisinin hareket noktası hâline getirilmiştir.⁶⁸ Duguit, toplumsal iş bölümünün gelişmesiyle bireyler arasında ortaya çıkan karşılıklı bağımlılığı yalnızca toplumsal yapıyı açıklayan bir olgu olarak ele almamış; bu olgudan yönetenler bakımından belirli

⁶⁴ Weber, *Ekonomi ve Toplum*, C. I, I. Kısım, Bölüm III, § 3-5 (yasal-ussal otoritenin bürokratik idari kadro aracılığıyla işleyişi) ve bürokrasiye ayrılan bölüm. Kurallarla belirlenmiş yetki alanları, makam hiyerarşisi, yazılı belgelere dayanan işleyiş, uzmanlık eğitimi ve makamın onu işgal eden kişiden bağımsız sürekliliği biçimindeki özellikler bu bölümde sıralanmaktadır.

⁶⁵ **Émile Durkheim**, *Sosyoloji Dersleri*, çev. Ali Berktaş, İletişim Yayınları, İstanbul 2006, IV-VI. Dersler (devlet ahlakı). Durkheim devleti, toplumun “sosyal beyni” olarak nitelendirdiği düşünme ve karar üretme organı olarak tanımlamaktadır.

⁶⁶ Durkheim, *Sosyoloji Dersleri*, V-VI. Dersler.

⁶⁷ Durkheim, *Sosyoloji Dersleri*, VII-VIII. Dersler (bireysel hakların devlet aracılığıyla korunması).

⁶⁸ **Bununla birlikte, Durkheim ile Duguit arasında devlete atfedilen rol ve meşruiyetin temeli bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır.** Durkheim devleti toplum adına düşünen ve karar üreten özerk bir organ olarak korurken, Duguit devletin tüzel kişiliğini ve egemenlik iddiasını olgusal bir temelden yoksun bir kurgu olarak reddetmekte; yönetenlerin koyduğu kuralların hukukî niteliğini toplumsal dayanışmaya hizmet etmelerine bağlamakta ve mülkiyeti dahi bireysel bir hak olarak değil, toplumsal bir işlev olarak tanımlamaktadır. Durkheim’ın devlet gücünü mesleki gruplar aracılığıyla dengeleme önerisinin yerini Duguit’de, kamu hizmeti kavramının yönetenlerin meşruiyetinin hem ölçütü hem de sınırı olarak kurgulanması almaktadır.

faaliyetlerin gerçekleştirilmesine ilişkin objektif bir yükümlülük türetmiştir.⁶⁹ Buna göre toplumsal karşılıklı bağımlılığın gerçekleşmesi ve sürdürülmesi için zorunlu olan faaliyetlerin yönetenler tarafından düzenlenmesi ve yerine getirilmesinin güvence altına alınması gerekir. Kamu hizmeti de bu gereklilik üzerinden tanımlanmakta ve devlet, egemen bir iradenin kullanılmasından ziyade, toplumsal dayanışmanın gerektirdiği kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve yürütülmesi üzerinden açıklanmaktadır. Bu anlamda Duguit'e göre kamu hizmeti, devletin yerine getirdiği faaliyetlerden herhangi biri değil, siyasal iktidarın varlık nedenini ve sınırını açıklayan kurucu bir kavram niteliği kazanmaktadır.

Karl Marx'ın tarihsel materyalist kuramında devlet, toplumsal yapının ekonomik temelini (altyapıyı) oluşturan üretim ilişkilerinin ve sınıfsal çelişkilerin üzerinde yükselen kurumsal bir üstyapı aygıtıdır.⁷⁰ Devlet, üretim araçlarının özel mülkiyetini elinde bulunduran egemen sınıfın (burjuvazinin) çıkarlarını koruyan, sınıfsal sömürüyü ve egemenliği rasyonelleştiren organize bir baskı ve zor aygıtıdır. Bu çerçevede hukuk düzeninin özel mülkiyet ve sözleşme ilişkilerini güvence altına alması, zor kullanma araçlarının örgütlenmesi, vergilendirme ve merkezi idari aygıtın sürdürülmesi gibi faaliyetler kapitalist toplumun siyasal örgütlenmesiyle ilişkilendirilebilir.

Marksist teoriye göre devletin belirli faaliyetleri üstlenmesi, kapitalist üretim ilişkilerinin ve sermaye birikim sürecinin tarihsel gereksinimleri tarafından belirlenir.⁷¹ Bireysel kapitalistler, kârlılık oranları düşük olduğu veya kendi aralarındaki rekabet izin vermediği için, üretimin genel koşullarını (örneğin fiziksel altyapı, ulaşım, haberleşme) tek başlarına

⁶⁹ **Léon Duguit**, *Law in the Modern State*, çev. Frida Laski/Harold Laski, B. W. Huebsch, New York 1919 (*Les transformations du droit public*, 1913'ün İngilizce çevirisi), Bölüm II. Duguit kamu hizmetini, gerçekleştirilmesinin toplumsal dayanışmanın sağlanması ve geliştirilmesi bakımından zorunlu olması nedeniyle yönetenlerce güvence altına alınması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken her faaliyet olarak tanımlamaktadır. Türkçe için bkz. **Léon Duguit**, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, çev. Edip Serdengeçti, haz. Emre Partalcı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2019; **Léon Duguit**, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyye Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954. Durkheimci toplumsal dayanışma anlayışının Duguit'nin kamu hizmeti teorisine yansımaları ve bu teorisinin Türk idare hukukundaki etkileri için bkz. **Onur Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

⁷⁰ **Karl Marx**, *Ekonomi Politikin Eleştirisine Katkı*, çev. Sevim Belli, 6. Bası, Sol Yayınları, Ankara 2005, Önsöz; **Karl Marx/Friedrich Engels**, *Komünist Manifesto*, çev. Celâl Üster/Nur Deriş, Can Yayınları, İstanbul 2008.

⁷¹ **Karl Marx**, *Grundrisse: Ekonomi Politikin Eleştirisi İçin Ön Çalışma*, çev. Sevan Nişanyan, Birikim Yayınları, İstanbul 1979, "üretimin genel koşulları"na ilişkin pasajlar.

üstlenemezler.⁷² Devlet, ortak sömürü zeminini garanti altına almak, pazarın sürekliliğini sağlamak ve iş gücünün asgari düzeyde yeniden üretilmesini (sağlık, temel eğitim) teminat altına almak amacıyla bu faaliyetleri üstlenmek zorunda kalır.⁷³

Kamusal taleplerin devlete yönlendirilmesi ile devletin bu taleplerin konusunu oluşturan faaliyetleri yerine getirmesi arasındaki nedensellik ise neo Marksist kuramlarda açıklanmıştır. Modern devlet harcamalarını kapitalizmin yapısal krizlerini sönmülendirme işlevi üzerinden analiz eden neo Marksist düşünür O'Connor'a göre devlet, eş zamanlı olarak “birikim” (accumulation) ve “meşruiyet” (legitimation) işlevlerini yerine getirmek zorundadır.⁷⁴ Devlet, bir yandan sermayenin kârlılığını artırmak için sosyal yatırımlar yaparken; diğer yandan sınıf çatışmasını minimize etmek ve toplumsal rızayı muhafaza etmek amacıyla sosyal tüketim (sağlık, sosyal güvenlik vb.) harcamalarını üstlenir.⁷⁵

Marksist gelenekte devletin kamusal faaliyetlerine ilişkin açıklama, Louis Althusser ve Antonio Gramsci'de iki ayrı kavramsal çerçeveye dayanır. Althusser'e göre devlet, egemen sınıfın tahakkümünü güvence altına alan bir baskı aygıtı olmakla birlikte bu işlevini yalnızca zor yoluyla değil, eğitim, hukuk, haberleşme ve sosyal politika gibi ideolojik aygıtlar aracılığıyla da yerine getirir; kamusal hizmetler bu çerçevede kapitalist üretim ilişkilerinin sürekliliğini sağlayan ve bireyleri mevcut düzeni doğal ve meşru sayan özneler olarak kuran yeniden üretim mekanizmalarıdır. Gramsci ise egemenliği “zor ile zırhlandırılmış hegemonya” olarak tanımlar; ona göre iktidar, sivil toplumda örgütlenen rızaya dayanır ve eğitim, sağlık, kültür gibi kamusal hizmetler egemen sınıfın çıkarlarını toplumun ortak çıkarı olarak sunmak suretiyle bu rızayı üretir.⁷⁶ Her iki

⁷² Marx, *Grundrisse* (üretimin genel koşullarının sermaye tarafından üstlenilmesinin koşulları).

⁷³ Emek gücünün yeniden üretiminin devlet aracılığıyla güvence altına alınması için bkz. **James O'Connor**, *The Fiscal Crisis of the State*, St. Martin's Press, New York 1973, s. 6-7.

⁷⁴ O'Connor, *The Fiscal Crisis of the State*, s. 6.

⁷⁵ O'Connor, *The Fiscal Crisis of the State*, s. 6-7 (sosyal yatırım, sosyal tüketim ve sosyal gider ayrımı).

⁷⁶ **Althusser**'e göre devlet, egemen sınıfın çıkarlarını koruyan bir baskı aygıtı olmakla birlikte, bu işlevini yalnızca zor kullanarak değil, ideoloji aracılığıyla da yerine getirir. Bu bağlamda eğitim, hukuk, haberleşme ve sosyal politikalar gibi kamusal hizmetler, devletin ideolojik aygıtları olarak kapitalist üretim biçiminin devamı için gerekli koşulları oluşturur ve egemen ideolojiyi yeniden üretir. Kamu hizmetleri bireylere eşitlik ve tarafsızlık görüntüsü sunarken, onları mevcut toplumsal düzeni doğal ve meşru kabul eden özneler hâline getirir. Böylece devlet, yalnızca baskı yoluyla değil, aynı zamanda rıza üreterek kapitalist sistemin sürekliliğini güvence altına alır. **Gramsci**'ye göre devlet yalnızca zor kullanarak değil, aynı zamanda yönetilenlerin rızasını üreterek egemenliğini sürdürür. Bu nedenle eğitim, sağlık, kültür ve benzeri kamusal

düşünür de devleti tarafsız bir hizmet sağlayıcı olarak görmez; ancak Althusser devletin sunduğu kamusal hizmetleri egemen ideolojinin yeniden üretildiği devlet aygıtları olarak, Gramsci ise toplumsal rızanın örgütlendiği ve kriz dönemlerinde reformlar ve sosyal yardımlarla yeniden kurulduğu bir hegemonya ilişkisi olarak çözümler.⁷⁷

Marksist analizden hareketle, modern kamusal faaliyetler hiçbir şekilde tarafsız veya sınıflar üstü bir “kamu yararı” barındırmaz.⁷⁸ Devletin bir toplumsal ihtiyacı kendi faaliyet alanına dâhil etmesi, o alanın sermaye birikimi için kârlı hâle getirilmesi veya işçi sınıfından yükselebilecek devrimci muhalefetin sosyal yardımlarla pasifize edilmesi (meşrulaştırma aygıtı) anlamına gelmektedir.

Weber, Durkheim ve Marx’ın devlet teorileri; epistemolojik temelleri ve metodolojik önkabulleri kadar, devletin toplumsal düzen içerisindeki konumunu ve üstlendiği faaliyetlerin toplumsal nedenlerini açıklama biçimleri bakımından da birbirleriyle rakip teorik yaklaşımlar oluşturmaktadır.

Weber meşru şiddet tekeline ve rasyonel-yasal egemenliğin işleyiş biçimine odaklanırken Durkheim toplumun ahlaki bütünleşmesini ve organik dayanışmayı merkeze alır; Marx ise devleti sınıf çatışmasının ve üretim ilişkilerinin kaçınılmaz bir ürünü olarak konumlandırır. Bu nedenle, belirli toplumsal meselelerin devletin faaliyet alanına girmesini açıklayan, her üç teoriyi de tam anlamıyla kapsayacak geniş ve iddialı bir “ortak önerme” formüle etmek kuramsal olarak imkânsızdır.

Devletin belirli faaliyetleri neden üstlendiğine ilişkin teorik açıklamalar ortaklaştırılamasa da, bu teorilerin tamamı bazı toplumsal ihtiyaçların nihayetinde siyasal

hizmetler, bir yandan sermayenin ve emek gücünün yeniden üretimi için gerekli koşulları sağlarken, diğer yandan egemen sınıfın çıkarlarını toplumun ortak çıkarı gibi sunarak hegemonyayı pekiştirir. Gramsci’nin “zor ile zırlandırılmış hegemonya” olarak tanımladığı bu yapı içinde kamusal hizmetler, siyasal iktidarın toplumsal rıza üretme araçlarıdır. Ayrıca kriz dönemlerinde uygulanan sosyal yardımlar ve reformlar da toplumsal tepkileri sınırlandırarak mevcut düzenin ve hegemonyanın yeniden üretilmesine hizmet eder.

⁷⁷ **Louis Althusser**, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul 2003; **Antonio Gramsci**, *Modern Prens*, çev. Pars Esin, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara 1984.

⁷⁸ Hegemonya mantığında devlet görevlilerinin, iddia ettikleri gibi evrensel olana ve kamu yararına değil, ekonomik ve sembolik bakımdan egemen olanlara ve aynı zamanda kendilerine hizmet ettiklerinin, bu hizmeti sunarak kendilerine de yarar sağladıklarının düşünüldüğü hususunda **Bourdieu**, s. 21. Yazar bu açıklamayı Marksist geleneğe ait bir açıklama olarak ele almakta ve bu geleneğin, Marx’tan Gramsci ve Althusser’e kadar, devletin varlığını sorgulamaksızın onu temellerini oluşturan mekanizmaların yapısına bakmadan ne yaptığı ve kimin için yaptığıyla nitelediğini belirtmektedir (s. 20-21).

karar süreçlerinin konusu hâline geldiği olgusunda birleşmektedir. Bu nedenle incelemenin sonraki aşamasında, üstlenmenin gerekçesinden ziyade toplumsal ihtiyaçların siyasal sistem tarafından nasıl işlenerek bağlayıcı kararlara dönüştürüldüğü ele alınacaktır.

1.1.2.1.3. Sistem Teorisine Göre Kamusal İhtiyaçların Siyasal Sistem Tarafından Karşılanması

Toplumsal ihtiyaçların siyasal sistem tarafından karşılanmasının gerekçesine ilişkin olarak yukarıda incelenen yaklaşımlar, bu ilişkinin farklı yönlerini açıklamaktadır. Toplum sözleşmesi yaklaşımları siyasal otoritenin kuruluşunu ve meşruiyetini farklı varsayımlara dayandırırken, sosyal teori içerisinde Weber, Durkheim ve Marx toplumsal düzen ile siyasal örgütlenme arasındaki ilişkiyi birbirinden farklı nedenlerle açıklamaktadır. Bu teorik farklılıklar, belirli bir toplumsal ihtiyacın hangi gerekçeyle siyasal sistem tarafından karşılanması gerektiğine ilişkin ortak bir ölçüte ulaşılmasına imkân vermemektedir. Bununla birlikte teorilerin ortaklaştırılabileceği düzlem, üstlenmenin gerekçesinden ziyade ortaya çıkan olgudur: toplumsal yaşam içerisinde ortaya çıkan bazı ihtiyaçlar siyasal karar süreçlerinin konusu hâline gelmekte ve bunların karşılanmasına ilişkin bağlayıcı kararlar üretilmektedir.

Bu noktadan itibaren incelemenin, belirli bir ihtiyacın neden siyasal sistem tarafından karşılandığı sorusundan, bu ihtiyacın nasıl siyasal kararın konusu hâline geldiği sorusuna yönltilmesi mümkündür.⁷⁹ David Easton'ın sistem teorisi, toplumsal çevrede ortaya çıkan ihtiyaç ve beklentiler ile siyasal sistem tarafından üretilen bağlayıcı kararlar arasındaki ilişkiyi bir süreç içerisinde açıklaması nedeniyle bu amaç bakımından elverişli bir analitik çerçeve sunmaktadır. Easton'ın yaklaşımı, belirli bir talebin haklılığına veya siyasal sistem tarafından karşılanmasının gerekliliğine ilişkin normatif bir ölçüt ortaya koymamakta; çevreden gelen girdilerin siyasal sistem içerisinde işlenerek çıktılara

⁷⁹ Yalnızca işlevlerin sorgulanmasının, bu işlevlerin yerine getirilmesini mümkün kılan mekanizmaya ilişkin bir bilgi sağlamadığı yönündeki eleştiri için krş. **Bourdieu**, s. 21. Yazar bu eleştiriye “işlevselci hata” olarak nitelendirdiği yaklaşıma yöneltmekte ve bu bakımdan Althusserci Marksistler ile Parsons çizgisindeki yapısal işlevselciler arasındaki yakınlığa dikkat çekmektedir (aynı yer).

dönüştürülmesini ve bu çıktıların çevre üzerindeki etkilerinin yeniden sisteme yansımaları açıklamaktadır.⁸⁰

Easton siyasal sistemi, çevresiyle sürekli etkileşim içerisinde bulunan açık bir sistem olarak ele almaktadır.⁸¹ Toplum için bağlayıcı kararların alınmasıyla doğrudan veya dolaylı biçimde ilgili eylemler siyasal sistemin içinde, bu niteliği taşımayan eylemler ise sistemin çevresinde yer almaktadır.⁸² Çevre, ekonomi, kültür ve toplumsal yapı gibi siyasal sistemden ayırt edilebilen başka sistemlerden meydana gelmektedir.⁸³ Bu sistemin çevreyle ilişkisi girdiler (*inputs*) ve çıktılar (*outputs*) aracılığıyla kurulmaktadır. Girdilerin başlıca iki görünümünü talepler (*demands*) ve destekler (*supports*) oluşturmaktadır. Talep, sistemin işleyeceği malzemeyi; destek, sistemin bu malzemeyi işleyebilmesini sağlayan enerjiyi oluşturmaktadır.⁸⁴ Talep, otoriteye dayalı bir tahsisin gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmemesi yönünde siyasal sisteme yöneltilen iradeyi ifade etmektedir.⁸⁵ Bu anlamda toplumsal çevrede ortaya çıkan her ihtiyaç kendiliğinden siyasal talep niteliği kazanmamaktadır. Servete ilişkin beklentilerin bir kısmı ekonomik sistem, saygınlığa ilişkin beklentiler toplumsal statü ilişkileri içerisinde karşılanmakta; otoriteye dayalı biçimde çözüme bağlanması toplumun örgütlü çabasını gerektiren ihtiyaçlar ise siyasal sistemin girdisi hâline gelmektedir.⁸⁶ İhtiyacın karşılanmasına ilişkin beklentinin siyasal sisteme yönelmesi, söz konusu ihtiyacın siyasal karar sürecinin konusu hâline gelmesini sağlamaktadır.

Taleplerin konusu bakımından sistem teorisi herhangi bir faaliyet türü ayrımı yapmamaktadır. Toplumsal çevreden siyasal sisteme yönelen talep, belirli bir davranışın yasaklanmasına veya düzenlenmesine, bir uyuşmazlığın otoriteye dayalı biçimde çözümlenmesine ya da eğitim, sağlık, ulaşım gibi bir ihtiyacın kolektif olarak

⁸⁰ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 383-385.

⁸¹ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 384.

⁸² Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 385.

⁸³ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 388.

⁸⁴ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 387, 390.

⁸⁵ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 387-388. Easton talebi, sorumlu kişilere yöneltilen ve otoriteye dayalı bir tahsisin yapılması veya yapılmaması gerektiğine ilişkin bir irade beyanı olarak tanımlamakta; taleplerin kaynağını kıtlıkta görmektedir (s. 387).

⁸⁶ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 387. İsteklerin (*wants*) talebe çevrilmesi için bkz. David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, Wiley, New York 1965, s. 83 vd.

karşılanmasına ilişkin olabilir. Bu aşamada ortak olan husus, talebin içeriğinden bağımsız olarak siyasal sistemden toplum bakımından bağlayıcı bir tahsis kararı üretmesinin beklenmesidir. Bununla birlikte sisteme yöneltilen taleplerin tamamı karar sürecinin konusu hâline gelmemektedir. Talepler çeşitli toplumsal ve siyasal kanallar aracılığıyla elenmekte, birleştirilmekte ve siyasal gündemin konusu hâline getirilmektedir. Easton'ın yaklaşımı bu yönüyle, hangi toplumsal ihtiyacın siyasal sistem tarafından karşılanacağını ihtiyacın kendi niteliğinden doğrudan çıkarılamayacağını da göstermektedir.⁸⁷

Sisteme giren taleplerin bağlayıcı kararlara dönüştürülmesi, Easton'ın modelinde dönüşüm sürecini (*conversion process*) oluşturmaktadır. Easton bu sürecin kurumsal içeriğini ayrıntılı biçimde çözümlemek yerine, girdilerin çıktılara dönüştürülmesine odaklanmaktadır. Bu nedenle dönüşüm sürecinin “kara kutu” olarak nitelendirilmesi sistem analizinin ikincil terminolojisine ait olup Easton'ın kendi kavramsallaştırması değildir.⁸⁸ Dönüşüm sürecinin sonunda ortaya çıkan çıktılar ise siyasal otoritelerin toplum bakımından bağlayıcı karar ve eylemleridir.⁸⁹ Böylece çevrede ortaya çıkan bir ihtiyaç, talep olarak siyasal sisteme yönelmesinden sonra çeşitli seçim ve dönüşüm süreçlerinden geçmekte; sistem tarafından kabul edildiği ölçüde otoriteye dayalı bir tahsisin konusu hâline gelmektedir.

Taleplerin bağlayıcı karara bağlanması, sistem içerisinde belirli rolleri üstlenen kişilerin faaliyetidir. Easton sonraki çalışmasında bu kişileri otoriteler (*authorities*) olarak adlandırmaktadır. Otoriteler, siyasal sistemin gündelik işleriyle uğraşan, sistemin üyelerinin çoğu tarafından bu işlerin sorumlusu olarak tanınan ve rollerinin sınırları içerisinde hareket ettikleri sürece eylemleri üyelerin çoğu tarafından bağlayıcı kabul

⁸⁷ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 389-390. Her talep siyasal bir sorun (issue) hâline gelmemekte; taleplerin bir kısmı sisteme girmeden sönmekte, bir kısmı ise tanınmış kanallar aracılığıyla gündeme taşınmaktadır. Talepleri sisteme sokan, eleyen ve birleştiren yapılar Easton'ın sonraki çalışmasında “kapı bekçileri” (gatekeepers) olarak adlandırılmaktadır: **Easton, *A Systems Analysis of Political Life***, s. 87-92.

⁸⁸ “Kara kutu” ibaresi Easton'ın 1957 tarihli makalesinde geçmemektedir; Easton girdilerin çıktılara dönüştürüldüğü süreci “sistemin süreçleri” olarak anmakta (Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 384, Şekil 1) ve bu süreci sonraki çalışmasında dönüşüm süreci (*conversion process*) olarak adlandırmaktadır (Easton, *A Systems Analysis of Political Life*). İbare sistem analizinin yaygın ikincil dilidir ve bu çalışmada Easton'a atfedilmeksizin kullanılmaktadır.

⁸⁹ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 384-385, 395.

edilen kişilerdir; yasa koyucular, yürütme organı mensupları, hâkimler ve idareciler bu gruba dâhildir.⁹⁰ Tanımda iki unsur belirleyicidir. Otorite niteliği kişiye değil üstlenilen role bağlıdır. Eylemin bağlayıcılığı da rolün sınırlarıyla kayıtlıdır. Siyasal sistemin çıktıları, otorite konumunda bulunan kişiler tarafından veya bu kişilerle yakın bağlantı içerisinde üretilmekte; çıktıların otoriteye dayalı tahsis olarak adlandırılması bu bağa dayanmaktadır.⁹¹

Çıktının üretilmesi sistem ile çevre arasındaki ilişkinin son aşamasını oluşturmamaktadır. Easton, sistemin ürettiği çıktılar ile bu çıktıların çevrede meydana getirdiği sonuçları (*outcomes*) analitik olarak birbirinden ayırmaktadır. Çıktı siyasal sistem tarafından üretilen bağlayıcı karar veya eylemi, sonuç ise bunun toplumsal çevrede meydana getirdiği etkiyi ifade etmektedir.⁹² Bu etkiler hakkındaki bilginin yeniden siyasal sisteme ulaşması geri besleme (*feedback*) mekanizmasını meydana getirmektedir. Böylece sistem, daha önce ürettiği kararların çevrede meydana getirdiği etkileri yeni karar süreçlerinde dikkate alma imkânı kazanmaktadır.⁹³

Bu döngü içerisinde destek, bir taraftan siyasal sistemin işleyebilmesini sağlayan bir girdi, diğer taraftan üretilen çıktıların ve bunların sonuçlarının çevrede yarattığı etkinin yeniden sisteme yönelen görünümüdür. Destek üç ayrı nesneye yönelmektedir: taleplerin birlikte ve barışçıl yolla çözülmesini kabul eden siyasal topluluk, taleplerin çözüme bağlanma ve kararların yürürlüğe konulma biçimini düzenleyen kuralların bütünü olarak rejim ve bu çözümleri somut olarak üreten hükûmet.⁹⁴ Easton'ın daha sonraki çalışmalarında geliştirdiği özgül destek (*specific support*) ve yaygın destek (*diffuse support*) ayrımı, belirli kararların talepleri karşılama düzeyi ile siyasal sistemin daha

⁹⁰ Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, s. 212 (sayfa ve tanımın unsurları için aktaran Erik Rasmussen, "Some Comments on the Concept of the Political System", *Scandinavian Political Studies*, C. 5, 1970, s. 11-19, s. 12-13).

⁹¹ Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, s. 350 (aktaran Rasmussen, s. 12).

⁹² Çıktı (output) ile sonuç (outcome) ayrımı için bkz. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, s. 348-352. Easton çıktıları otoritelerin bağlayıcı karar ve eylemleri olarak tanımlarken, sonuçları bu çıktıların çevrede doğurduğu ve otoritelerin niyetinden bağımsız olarak da ortaya çıkabilen etkiler olarak ele almaktadır.

⁹³ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 384 (Şekil 1).

⁹⁴ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 391-393.

genel düzeyde kabul görmesi arasındaki ilişkinin ayrıştırılmasına imkân vermektedir.⁹⁵ Özgül destek, üyelerin taleplerini karşıladığını düşündükleri çıktılara bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Yaygın destek ise üyelerin karşı oldukları veya zararlı gördükleri çıktıları kabullenmelerini sağlayan bir olumlu tutum birikimidir.⁹⁶ Buna göre tek tek çıktıların sonuçları özgül desteği doğrudan, yaygın desteği ise ancak süreklilik kazandıklarında etkilemektedir. Taleplerin karşılanması belirli çıktılara yönelik desteği güçlendirebilirken, taleplerin sürekli olarak karşılıksız kalması desteğin aşınmasına yol açabilmektedir.⁹⁷ Bu nedenle sistem teorisinin açıklayıcı döngüsü, talebin sisteme yönelmesi, talebin dönüşüm sürecinde işlenmesi, bağlayıcı çıktının üretilmesi, çıktının çevrede sonuç doğurması ve bu sonucun destek ve yeni talepler biçiminde sisteme geri dönmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Easton bakımından siyasal sistemin temel problemi, taleplerin tümünü karşılamak değil, sistemin devamlılığını (persistence) sağlayabilmektir.⁹⁸ Taleplerin karşılanması toplumsal desteği güçlendirirken, karşılanmayan talepler destek düzeyini zayıflatabilmektedir.⁹⁹ Bu nedenle siyasal sistem, bir yandan toplumsal taleplere cevap üretirken diğer yandan kendi varlığını sürdürecektir meşruiyet ve destek zeminini de sürekli yeniden üretmek zorundadır.¹⁰⁰ Devletin üstlendiği faaliyetlerin kapsamı ve niteliği de bu iki yönlü işleyiş içerisinde anlam kazanmaktadır.

⁹⁵ Özgül destek–yaygın destek ayrımı için bkz. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, s. 267 vd. Ayrımın öncülü 1957 tarihli makalede, desteğin çıktılar aracılığıyla üretilmesi ve siyasallaşma yoluyla sistemin kendisine yönelik desteğin kurulması biçiminde yer almaktadır: Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 395-399.

⁹⁶ Özgül destek için **Easton**, *A Systems Analysis of Political Life*, s. 267-269; yaygın destek için s. 273.

⁹⁷ Taleplerin sürekli karşılıksız kalmasının önce hükûmete, ardından rejime ve siyasal topluluğa yönelen desteği aşındırması hususunda **Easton**, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 395-397.

⁹⁸ Sistemin devamlılığı (persistence) kavramı 1957 tarihli makalenin ekseninde yer almamakta; Easton’ın çözümlemesini bu kavram üzerine kurduğu eser *A Systems Analysis of Political Life*’tır. Bkz. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*. 1957 tarihli makalede aynı sorun, sistemin işlemeyi sürdürebilmesi için gerekli destek düzeyi bağlamında ele alınmaktadır; bkz. Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 390, 395.

⁹⁹ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 396-397. Hükümetin tatmin edici çıktı üretememesinin süreklilik kazanması, yalnızca hükûmete yönelik desteği zayıflatmakla kalmamakta; rejimin değiştirilmesine ve hatta siyasal topluluğun dağılmasına yönelik talepleri de doğurabilmektedir (s. 397).

¹⁰⁰ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 395-399. Easton desteğin iki kaynağını ayırmaktadır: talepleri karşılayan çıktılar (s. 395-397) ve siyasallaşma (politicization) süreci (s. 397-399). Temel siyasal bağlulukların kurumsallaşması, sistemin meşru kabul edilmesi anlamına gelmektedir (s. 399).

Bu çerçeve, toplumsal ihtiyaçların siyasal sistem tarafından karşılanmasını, belirli bir siyasal veya toplumsal teorinin gerekçe açıklamasına bağlı kalmaksızın incelemeye imkân vermektedir. Bununla birlikte Easton'ın modeli, siyasal sistem tarafından gerçekleştirilen faaliyetleri niteliklerine göre sınıflandırmamaktadır. Sistemin bağlayıcı karar üretmesi ile bu kararın gereğinin yerine getirilmesi arasındaki ayrım, bu çalışmada kamusal faaliyet kavramının kapsamının belirlenmesi bakımından ayrıca yapılacaktır. Bu nedenle izleyen başlıkta Easton'ın sistem teorisinin betimlediği süreçten hareket edilmekle birlikte, modern devletin faaliyetleri hâkimiyet faaliyetleri ve hizmet faaliyetleri olmak üzere iki ayrı düzlemde ele alınmaktadır.

1.1.2.2. Modern Devletin Faaliyetleri

Easton'ın sistem teorisinde siyasal sistem tarafından üretilen bağlayıcı kararlar ile bunların çevrede meydana getirdiği sonuçlar aynı döngünün farklı aşamalarını oluşturmaktadır. Bununla birlikte modern devletin faaliyetlerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından, bağlayıcı kararın üretilmesi ile bu kararın gereğinin bir edim olarak yerine getirilmesinin birbirinden ayrılması gerekir. Bu ayrım Easton tarafından geliştirilmiş bir faaliyet tasnifi olmayıp, sistem teorisinin ortaya koyduğu karar sürecinin bu çalışmanın konusu bakımından yeniden değerlendirilmesine dayanmaktadır.

Bu çerçevede modern devletin kamusal faaliyetleri işlevleri bakımından iki grupta ele alınmaktadır. Birinci grubu, toplum bakımından bağlayıcı kararların üretilmesine yönelik hâkimiyet faaliyetleri; ikinci grubu ise siyasal sistem tarafından karşılanmasına karar verilen kamusal ihtiyaçların fiilen karşılanmasına yönelik hizmet faaliyetleri oluşturmaktadır. Hâkimiyet faaliyetleri, değerlerin otoriteye dayalı dağıtımını gerçekleştiren karar düzeyine; hizmet faaliyetleri ise bu kararlardan bir kısmının konusu olan edimlerin topluma sunulması düzeyine karşılık gelmektedir. Her iki faaliyet türü bu çalışmada kamusal faaliyet üst kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

Bu ayrım, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde kamu görevlisinin belirlenmesi bakımından kullanılan memur ve kamu hizmetlisi ayrımıyla aynı anlama gelmemektedir. Anılan ayrım kişinin hukuki sıfatına sonuç bağlarken, burada yapılan tasnif faaliyetin siyasal sistem içerisindeki işlevine ilişkindir (bkz. aşağıda 2.1.2.4). Dolayısıyla hâkimiyet faaliyeti ile hizmet faaliyeti arasındaki ayrım, kamusal faaliyetin kapsamını daraltan bir

ayrım oluşturmamakta; kamusal faaliyetin iki farklı görünümünün özelliklerinin ve yürütülme biçimlerinin ayrı ayrı incelenmesini sağlamaktadır.

1.1.2.2.1. Değerlerin Otoriter Dağıtımına İlişkin Faaliyetler: Hâkimiyet Faaliyetleri

Easton'ın siyasal sistem tanımında belirleyici unsur, değerlerin toplum için otoriteye dayalı biçimde dağıtılmasıdır.¹⁰¹ Bu dağıtım, siyasal sistemin çevresinden gelen taleplerin içeriğine göre farklı biçimler alabilir. Bir davranışın kanunla yasaklanması veya izin verilen alanın belirlenmesi, bir uyuşmazlığın yargısal kararlarla çözümlenmesi ya da belirli bir toplumsal ihtiyacın devlet tarafından karşılanmasına karar verilmesi, içerikleri farklı olmakla birlikte toplum bakımından bağlayıcı bir karar üretilmesini gerektirir. Bu çalışmada siyasal sistemin söz konusu karar üretme faaliyeti hâkimiyet faaliyeti olarak adlandırılmaktadır. Bu adlandırma Easton'ın kendi tasnifini ifade etmemekte; onun değerlerin otoriteye dayalı dağıtımı kavramından hareketle yapılan analitik bir ayrımı oluşturmaktadır.

Hâkimiyet faaliyetinin belirleyici özelliği, ortaya çıkan sonucun toplum bakımından bağlayıcı bir tahsis niteliği taşımasıdır. Modern hukuk devletinde bu bağlayıcılığın hukuki kaynağı, kararın fiilen kabul edilmesinden bağımsız olarak Anayasa tarafından tanınan yetkidir. Anayasa'nın 6. maddesi egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanılacağını ve egemenliğin kullanılmasının hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağını; 7. maddesi yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve devredilemeyeceğini; 8. maddesi yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını; 9. maddesi ise yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağını düzenlemektedir. Bu hükümler, modern devlet içerisinde toplum bakımından hukuken bağlayıcı karar üretme kapasitesinin anayasal yetki düzeni içerisinde örgütlendiğini göstermektedir.¹⁰²

¹⁰¹ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 383-384.

¹⁰² AY m. 6/2-3, 7, 8 ve 9. Anayasa'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasına göre egemenliğin kullanılması hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz ve hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı

Hâkimiyet faaliyeti bu anlamda yalnızca yasama faaliyetiyle sınırlı değildir. Yasama organının genel ve soyut norm üretmesi, yürütme ve idarenin kendilerine tanınan yetki çerçevesinde bağlayıcı kararlar alması ve mahkemelerin uyuşmazlıkları kesin hüküm doğuracak biçimde çözmesi, farklı hukuki biçimlerde değerlerin bağlayıcı dağıtımını gerçekleştirmektedir. Bu faaliyetlerin ortak özelliği, belirli bir edimin topluma sunulmasından önce, kişiler ve topluluk bakımından hangi hukuki sonucun geçerli olacağını belirlemeleridir.

Kamusal bir ihtiyacın hizmet faaliyeti aracılığıyla karşılanması bakımından da aynı ayırım korunmaktadır. Eğitim, sağlık veya ulaşım ihtiyacının devlet tarafından karşılanmasına karar verilmesi ile bu ihtiyacı karşılayacak okulun, hastanenin veya ulaşım hizmetinin işletilmesi aynı faaliyet değildir. Belirli bir ihtiyacın devlet tarafından karşılanacağını kararlaştırılması, siyasal sistemin bağlayıcı tahsis kararını ve bu nedenle hâkimiyet faaliyetini oluşturur. Bu kararın konusu olan edimin fiilen topluma sunulması ise izleyen başlıkta ele alınan hizmet faaliyetinin konusunu meydana getirir. Böylece hizmet faaliyetinin varlığı da öncesinde, hangi ihtiyacın kamusal olarak karşılanacağını belirleyen bir hâkimiyet faaliyetini gerektirir.

1.1.2.2.2. Kamusal İhtiyaçların Karşılanmasına İlişkin Faaliyetler: Hizmet Faaliyetleri

Siyasal sisteme yöneltilen bir talebin kabul edilerek belirli bir ihtiyacın devlet tarafından karşılanmasına karar verilmesi, bu ihtiyacın fiilen karşılanmasını sağlayacak faaliyetleri de beraberinde getirir. Bağlayıcı üstlenme kararı hâkimiyet faaliyeti kapsamında ortaya çıkarken, bu kararın konusu olan edimin gerçekleştirilmesi ayrı bir faaliyet düzeyini oluşturmaktadır. Bu çalışmada, kamusal bir ihtiyacın karşılanması amacıyla topluma edim sunulmasına yönelik faaliyetler hizmet faaliyetleri olarak adlandırılmaktadır.

Çıktı, otoriteye dayalı karardır.¹⁰³ Easton siyaset incelemesinin konusunu bu kararların nasıl alındığı ve nasıl icra edildiği olarak belirlemektedir.¹⁰⁴ Sonraki çalışmada

tarafından kullanılıp yerine getirileceğine ilişkin düzenleme, 8. maddenin 6771 sayılı Kanunla değişik metnidir.

¹⁰³ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 385, 395.

¹⁰⁴ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 383, 384; rejimin kararların yürürlüğe konulma biçimini de düzenlemesi için s. 392.

çıktıları bildirimler ve edimler olmak üzere iki türe ayırmakta; otoriteye dayalı bildirimleri kanun, kararname, düzenleme ve emir gibi bağlayıcı kararlar, otoriteye dayalı edimleri ise bağlayıcı eylemler olarak nitelendirmektedir.¹⁰⁵ Buna göre kararın icrası, modelde çıktının edim biçimindeki görünümüne karşılık gelmektedir. Çıktının sistem ve çevre üzerinde doğurduğu ikincil ve daha sonraki etkiler ise sonuç olarak adlandırılmakta ve çıktının kendisinden ayrılmaktadır.¹⁰⁶ Model bu nedenle üç ayrı aşamayı içermektedir: bağlayıcı kararın alınması, alınan kararın icrası ve kararın toplumsal çevrede doğurduğu sonuç.

Bu çalışmada kamusal faaliyet, siyasal sistemin bağlayıcı kararlarının alınmasına ve icrasına yönelik faaliyetlerin bütününe ifade etmektedir. Kararın alınması hâkimiyet faaliyetini oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin talep yargılama faaliyetinin, yeni bir düzenlemeye ilişkin talep yasama faaliyetinin konusudur; ilkinde çıktı hüküm, ikincisinde kanundur. Bir ihtiyacın karşılanmasına ilişkin talepte çıktı, bu ihtiyacın karşılanmasının devletin yükümlülük alanına alınmasına ilişkin karar, diğer bir deyişle üstlenme iradesidir. Üstlenme iradesi bir çıktı olduğundan, bu iradeyi ortaya koyanlar Easton'ın kullandığı anlamda otoritelerdir. Hükmün infazı, kanunun uygulanması ve üstlenilen hizmetin yürütülmesi ise aynı aşamaya, kararın icrasına karşılık gelmektedir. Hizmetin yürütülmesi bu nedenle üstlenme kararının sonucu olarak nitelendirilemez. Sonuç, sunulan hizmetin ihtiyacı giderme düzeyinde ve bunun siyasal sisteme yönelen desteğe etkisinde ortaya çıkmaktadır.

Kararı alan ile kararı icra eden kişinin aynı olması gerekmemektedir. Hâkimiyet faaliyetlerinde karar ve icra otorite rolünde bulunan kişilerde birleşmektedir; hükmün infazı ve kanunun uygulanması da bağlayıcı işlem yapılmasını gerektirmektedir. Hizmet faaliyetlerinde ise icra, bağlayıcı karar alınmasını değil bir edimin sunulmasını gerektirdiğinden, otorite rolünde bulunmayan kişilerce ve bu arada özel kişilerce gerçekleştirilebilmektedir. İcra edilen karar siyasal sistemin kararı olduğundan, edimin özel bir kişi tarafından sunulması yürütmeyi üstlenme kararının icrası olmaktan

¹⁰⁵ Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, s. 352-357.

¹⁰⁶ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 384. Çıktı–sonuç (*output–outcome*) ayrımının terim olarak işlenişi için bkz. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, s. 348-352.

çıkarmamaktadır. Easton'ın modeli bu değerlendirmeyi içermemektedir; modelde çıktılar otoritelere bağlanmaktadır.¹⁰⁷ Yürütmenin özel kişi eliyle gerçekleştiği hâllerde de kamusal faaliyetin varlığını koruduğu sonucu, bu çalışmanın üstlenme ile yürütme arasında yaptığı ayrımı dayanmaktadır. Bu nedenle otoriteler kavramı ile kamu görevlisi kavramı örtüşmemektedir. Otoriteler bağlayıcı kararı alan kişilerle sınırlıdır; kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmayı esas alan kamu görevlisi kavramı ise otoritelerin yanında, kararın icrasına bağlayıcı işlem yapmaksızın katılan kişileri de kapsamaktadır.

Hizmet faaliyetini hâkimiyet faaliyetinden ayıran temel özellik de burada ortaya çıkmaktadır. Hâkimiyet faaliyetinde faaliyetin kendisi toplum bakımından bağlayıcı hukuki sonucun üretilmesine yönelirken, hizmet faaliyetinde bağlayıcı kararın konusu olan edim topluma sunulmaktadır. Bu nedenle hizmet faaliyetinin yürütülmesi ile onun kamusal olarak karşılanmasına ilişkin karar analitik olarak birbirinden ayrılabilir. Devlet, belirli bir ihtiyacın karşılanmasını kendi yükümlülüğü olarak üstlenmeye devam ederken bu yükümlülüğün gerektirdiği edimin yürütülmesini belirli hukuki usullerle özel kişilere bırakabilir. Bu husus, aşağıda hizmet faaliyetlerinin yürütülme usulleri kapsamında ayrıca incelenecektir.

İdare hukuku öğretisinde bu faaliyet grubunun açıklanmasında kullanılan temel kavram kamu hizmetidir. Bununla birlikte kamu hizmeti kavramının kapsamı öğretide yeknesak değildir. Özellikle Duguit'nin devletin bütün faaliyetlerini hizmet düşüncesi üzerinden açıklayan geniş yaklaşımı, burada kullanılan hizmet faaliyeti kavramından daha geniş bir teorik çerçeveye sahiptir.¹⁰⁸ Bu nedenle izleyen açıklamalarda kamu hizmeti öğretisinden yararlanılmakla birlikte, hizmet faaliyeti kavramı kamusal faaliyetle özdeşleştirilmemekte; kamusal faaliyetin, hâkimiyet faaliyetlerinden ayrılabilen ve

¹⁰⁷ Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 396; Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, s. 350 (aktaran Rasmussen, s. 12).

¹⁰⁸ Duguit'nin kamu hizmetini devletin bütün faaliyetlerini kapsayacak genişlikte ele alan yaklaşımı için bkz. yukarıda dn. 68 ve orada anılan kaynaklar. Kamu hizmeti kavramının kapsamına ilişkin tartışmanın genel görünümü için Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 335, 342-343; kavramın hukuk dilinde kamu kesimindeki hemen bütün faaliyetleri ifade edecek genişlikte de kullanıldığı, yalnızca parlamento ile hükümetin siyasal faaliyetlerinin bu adla anılmadığı yönünde Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 301-302.

kamusal ihtiyaçların bir edim sunulması yoluyla karşılanmasına yönelik görünümünü ifade etmektedir.¹⁰⁹

1.2. DEVLET TARAFINDAN ÜSTLENİLEN YÜKÜMLÜLÜĞÜN KONUSU: KAMUSAL FAALİYET

Bu bölümde kamu görevlisinin, “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi” olarak tanımlanmasından hareketle, kamusal faaliyet kavramının hangi kavramsal zeminde anlaşılması gerektiği araştırılmaktadır. Bu amaçla kamusal faaliyet, kamusal faaliyet alanında gerçekleştirilen faaliyetler olarak açıklanmaktadır. Ancak bu yaklaşım, tanım zincirini sonlandırmamakta; yalnızca açıklanması gereken kavramı kamusal faaliyetten kamusal faaliyet alanına taşımaktadır. Nitekim kamusal faaliyet alanının, kamusal faaliyete özgü kuralların geçerli olduğu alan şeklinde tanımlanması hâlinde, tanımlayan ile tanımlanan kavramların birbirini açıklaması nedeniyle kavramsal döngüsellik sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle inceleme yalnızca tanım zincirinin bir sonraki halkasına ilerletilmesiyle sınırlı tutulmamaktadır. Aynı zamanda kavramın sınırlarının belirlenebilmesi amacıyla yatay bir ayırmadan da yararlanılmaktadır. Bu çerçevede kamusal faaliyet alanı, kendi içeriğinden hareketle değil, piyasa faaliyet alanından ayrıldığı noktalar üzerinden açıklanmaktadır. Başka bir ifadeyle kamusal faaliyet alanı, piyasa faaliyet alanına egemen olan kuralların uygulanmadığı veya bunlardan bağışık tutulan faaliyetlerin yürütüldüğü alan olarak ele alınmaktadır. Böylece kavramın kapsamı, dairesel bir tanımlama riskine düşülmeksizin, farklı bir faaliyet alanına hâkim olan ilke ve kurallar üzerinden görünür kılınmaktadır.¹¹⁰

1.2.1. Kamusal Faaliyetin Belirlenmesinde Üstlenme Ölçütü

Kamusal faaliyet kavramı, bu çalışmada hâkimiyet faaliyetleri ile hizmet faaliyetlerini birlikte kapsayan üst bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle kamusal faaliyetin

¹⁰⁹ Kamu hizmeti kavramının tanımındaki güçlükler ve kavramın “krizi” için bkz. **Sedat Çal**, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 599-655, s. 601-606; Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. VIII, 1991, s. 233 vd., s. 233.

¹¹⁰ İdare hukukunun, devletin piyasanın işleyiş kurallarından ve hukukundan kısmen ya da bütünüyle bağışık olduğu ilişkileri incelediği ve yönetsellik ölçütlerinin (organik, işlevsel, biçimsel) bir bütün olarak “piyasa dışılığı” anlattığı yönünde **Onur Karahanoğulları**, *İdare Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 5, 13.

kapsamı, idare hukuku öğretisinde kullanılan kamu hizmeti kavramından daha geniştir. Bununla birlikte hizmet faaliyetlerinin hangi ölçütlere göre kamusal nitelik kazandığının açıklanabilmesi için kamu hizmeti öğretisine başvurulması zorunludur. Zira kamu hizmeti öğretisi, ortak ihtiyaçların hangi koşullarda kamu otoritesinin sorumluluk alanına dâhil edildiği ve hangi faaliyetlerin kamu tarafından üstlenilmiş sayılacağı sorununa odaklanmaktadır. Bu bakımdan aşağıdaki inceleme, kamusal faaliyet kavramının bütünüyle kamu hizmeti kavramına indirgenmesi amacıyla değil, hizmet faaliyetleri bakımından üstlenme iradesinin teorik temellerinin ortaya konulabilmesi amacıyla yapılmaktadır.

1.2.1.1.1. Kamu Hizmeti Kuramı

Kamusal faaliyet kavramının teorik çerçevesinin kurulmasındaki temel güçlük, kavramın ceza hukuku öğretisinin yanı sıra anayasa hukuku ve idare hukuku öğretisinde de yerleşik bir kavram olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu güçlük karşısında çalışmada, kavramın teorik temellerinin oluşturulabilmesi için ona en yakın kavramsal alanı oluşturan kamu hizmeti öğretisinden hareket edilmiştir.

Kamu hizmeti öğretisinde, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi için hangi nitelikleri taşıması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Türk idare hukuku öğretisinde de kavramın tanımı ve unsurları üzerindeki tartışmalar sonuçlanmış değildir.¹¹¹ Kamu hizmeti kavramının neoliberal dönemde geçirdiği dönüşüm ile kimi kamu hizmetlerinin çeşitli şekillerle piyasa usulleriyle gördürülmesi eğilimi, kamu hizmetinin klasik unsurlarından hangilerinin vazgeçilmez olduğu sorusunu yeniden gündeme getirerek tanım ölçütlerine ilişkin belirsizliği daha da derinleştirmiştir.¹¹²

¹¹¹ Kavramın tanımına ilişkin tartışmalar için bkz. Çal, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, s. 599 vd.; **Sedat Çal**, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 1829 vd. Öğretideki tartışmanın eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. **Cüneyt Özansoy**, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 85 vd. Anayasa Mahkemesi içtihadında da tek bir ölçütün benimsenmediği yönünde bkz. Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, s. 234-235.

¹¹² 1970’li yıllardan itibaren genişleyen özelleştirme politikalarının kamu hizmeti anlayışında değişime yol açtığı, idarede hukuksal ussallığın yerini işletmecî ussallığın almasının savunulduğu yönünde Tan, *İdare Hukuku*, s. 334. Devletin bu dönemde kimi faaliyetleri bizzat yürütmekten çekilmesiyle idari fonksiyonun daraldığı, bununla birlikte özel kesimce yürütülen kamu hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesinin

Kamu hizmeti, idare hukukunun gelişiminde merkezi bir kavram olmakla birlikte, yalnızca belirli idari faaliyetleri tasnif etmeye yarayan teknik bir kavram olarak ortaya çıkmamıştır. Kavramın tarihsel ve kuramsal gelişimi, devletin meşruiyetinin ve idarenin hukuk karşısındaki konumunun yeniden açıklanmasıyla yakından ilişkilidir. Özellikle Fransız idare hukukunda kamu hizmeti düşüncesi, devletin yalnızca egemenlik yetkisi kullanan bir otorite olarak değil, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasını üstlenen bir örgütlenme biçimi olarak kavranmasında belirleyici olmuştur.

Bu yaklaşımın yargısal gelişiminde 1873 tarihli Blanco kararı önemli bir dönüm noktasıdır. Kararda, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinden doğan sorumluluğun özel hukuk kurallarından farklı esaslara tabi olabileceği kabul edilmiş; böylece kamu hizmeti, idare hukukunun uygulanma alanının belirlenmesinde başvuru alan temel ölçütlerden biri hâline gelmiştir.¹¹³ Bununla birlikte kamu hizmetinin idare hukukunun tek kurucu ölçütü olup olmadığı, Fransız doktrininde önemli bir teorik ayrışmaya konu olmuştur.

Bu ayrışmanın bir tarafında Maurice Hauriou'nun temsil ettiği kamu kudreti (*puissance publique*) yaklaşımı, diğer tarafında ise Léon Duguit ile özdeşleşen kamu hizmeti ekolü yer almaktadır. Kamu kudreti yaklaşımı, idare hukukunun özgünlüğünü idarenin bireyler karşısında sahip olduğu üstün yetki ve ayrıcalıklarda görür. Buna karşılık kamu hizmeti yaklaşımı, devletin ve idarenin hukuki niteliğini kullandıkları iktidardan çok yerine getirdikleri toplumsal işlev üzerinden açıklamaya yönelir.

Duguit'nin teorisi bu bakımdan özellikle önemlidir. Duguit, klasik egemenlik anlayışından hareket eden devlet tasavvuruna karşı çıkarak devlet iktidarının meşruiyetini toplumsal dayanışmanın gerektirdiği hizmetlerin yerine getirilmesine bağlamıştır.¹¹⁴ Buna göre yönetenlerin sahip olduğu güç kendiliğinden meşru değildir; bu güç, ancak toplum bakımından zorunlu faaliyetlerin örgütlenmesi ve sürdürülmesi amacıyla

idari fonksiyon içinde kaldığı yönünde **Metin Günday**, *İdare Hukuku*, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s. 26-27.

¹¹³ Kamu kudreti ölçütünün, toplumsal hayata giderek daha fazla karışan devletin faaliyetlerini açıklamakta yetersiz kalması üzerine kamu hizmeti ölçütünün öne çıktığı, devletin sosyalleşmesiyle birlikte bu ölçütün de genişleyerek belirsizleştiği yönünde **Yıldızhan Yayla**, *İdare Hukuku: İdare İşlevi - İdarenin Yetkileri ve Hukuka Bağlılığı - İdarenin Sorumluluğu*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 29-30.

¹¹⁴ Duguit'nin devlet kuramı için bkz. **Yılmaz Günel**, "Duguit ve Devlet Nazariyesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 19, S. 2, 1964, s. 283-304; Duguit'nin eserleri için bkz. yukarıda dn. 69.

kullanıldığı ölçüde hukuki bir anlam kazanır. Böylece devletin tanımlanmasında “emretme yetkisi” yerine “yerine getirilmesi gereken toplumsal işlev” ön plana çıkmaktadır.

Kamu hizmeti teorisinin önemi de esasen burada ortaya çıkar. Kavram, belirli faaliyetleri idarenin görev alanına yerleştirmekten önce, devlet ile toplumsal ihtiyaçlar arasındaki ilişkinin hukuki biçimini açıklamaktadır. Toplumsal yaşamın devamı bakımından karşılanması gerekli görülen bazı ihtiyaçların giderilmesinin kamu otoritesinin sorumluluğuna verilmesi, söz konusu faaliyetlerin diğer toplumsal ve ekonomik faaliyetlerden farklı bir hukuki rejime tabi tutulmasının gerekçesini oluşturmuştur.

İdare hukuku öğretisinde kamu hizmeti kavramının kapsamı, kolluk faaliyetinin bu kavrama dâhil edilip edilmeyeceği noktasında tartışmalıdır.¹¹⁵ Bir görüşe göre kolluk ve kamu hizmeti, konuları bakımından olduğu kadar hukuki araç ve etkileri yönünden de birbirinden ayrılan idari görev türleridir; kolluk yalnızca kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı işlemlerle yürütülebilirken, kamu hizmetlerinin bir kısmının özel yönetim usulleriyle görülmesi mümkündür.¹¹⁶ Diğer görüş ise kolluğu, kendine özgü yöntemlerle gerçekleştirilen bir kamu hizmeti olarak nitelendirmektedir.¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi de kolluk yetkilerini genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olarak adlandırmakta, bununla birlikte bu yetkilerin özel kişilere bırakılamayacağı sonucunu korumaktadır.¹¹⁸ Tartışma her iki görüşte de idarenin görevleriyle sınırlı kalmakta; yasama ve yargı faaliyetleri kamu hizmetinin konusu olarak ele alınmamaktadır.¹¹⁹

¹¹⁵ Tartışmanın genel görünümü için bkz. Tan, *İdare Hukuku*, s. 335.

¹¹⁶ Duran, s. 244-245.

¹¹⁷ **İl Han Özay**, *Günüşğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 110; kolluk faaliyetinin kamu hizmetinden ayrılmasının mümkün olmadığı yönünde ayrıca s. 86. Yazar, kolluğun kamu hizmeti olmadığı yolundaki görüşü gerçekçi bulmamaktadır.

¹¹⁸ AYM, 8.11.2012, E. 2012/27, K. 2012/173 (aktaran Tan, *İdare Hukuku*, s. 336).

¹¹⁹ İdari fonksiyonun yasama ve yargı fonksiyonları ile yürütme organının siyasal nitelikli faaliyetleri dışında kalan alan olarak belirlendiği ve kamu hizmetlerinin idarenin görevleri arasında sayıldığı yönünde Günday, s. 10-14, 21-22; devletin hukuki işlevlerinin yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaştırıldığı, kamu hizmetinin ise idare işlevi içinde ele alındığı yönünde Yayla, s. 18-19, 33. Kolluğu kamu hizmeti sayan görüş de idarenin faaliyetlerini yasamanın ve hükümetin siyasal nitelikli faaliyetlerinden ayırmaktadır: Özay, s. 86. “Kamu hizmeti” deyiminin hukuk dilinde kamu kesiminde yapılan hemen bütün faaliyetleri ifade edecek genişlikte de kullanıldığı, yalnızca parlamento ile hükümetin siyasal faaliyetlerinin bu adla anılmadığı yönünde bkz. Duran, s. 301; yazar incelemesinde kavramı maddi anlamıyla ve idarenin görevleriyle sınırlı olarak kullanmaktadır (s. 302).

Kavramı en geniş biçimde anlayan görüşün kapsama dâhil ettiği faaliyet kolluktan ibarettir. Kamu hizmeti kavramı bu nedenle, en geniş anlamıyla dahi, saf kamusal faaliyetlerin tamamını karşılamaya elverişli görünmemektedir. Kamusal faaliyet kavramı, egemenlik faaliyetleri ile kamu hizmetlerini birlikte kapsayan üst kavram olarak bu ihtiyaca karşılık gelmektedir. Kamu hizmetleri ise bu üst kavramın, yürütülmesine özel kişilerin de katılabildiği bileşenidir.

Kamu hizmeti kavramının kapsamına ilişkin yukarıdaki tartışmalar, kavramın maddi içeriğinden hareketle genel ve değişmez bir ölçüte ulaşılmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle mesele, kamu hizmetinin hangi faaliyetleri kapsadığından ziyade, belirli bir faaliyetin hangi ölçüte göre kamu hizmeti olarak nitelendirileceği noktasında düğümlenmektedir. Bu bağlamda Jèze'in kamu hizmetinin kuruluşunda yönetenlerin iradesini merkeze alan yaklaşımı ayrıca ele alınmalıdır.

1.2.1.1.2. Jèze'in Yaklaşımı: Kamu Hizmetinin Kurulmasında Yönetenlerin İradesi

Jèze'in kamu hizmeti anlayışında hareket noktası, bir faaliyetin niteliğinden kaynaklanan değişmez ve kendiliğinden bir kamu hizmeti kategorisinin bulunmamasıdır.¹²⁰ Bu yönüyle Jèze, kamu hizmetini toplumsal dayanışmanın ortaya çıkardığı nesnel bir zorunluluk olarak ele alan Duguit'den ayrılmaktadır. Bir ihtiyacın ortak nitelik taşıması, o ihtiyacın karşılanmasının kamu hizmeti olarak örgütlenmesini mümkün kılmakla birlikte, faaliyete kendiliğinden kamu hizmeti niteliği kazandırmaz. Hangi ortak ihtiyaçların kamu hizmeti yoluyla karşılanacağına yönetenler karar verir. Bu nedenle Jèze'in kamu hizmeti anlayışında belirleyici unsur, ortak ihtiyacın varlığı kadar, yönetenlerin bu ihtiyacın kamu hizmeti usulüyle karşılanmasına yönelik iradesidir.

Bu irade her durumda aynı açıklıkta ortaya çıkmaz. Kanun koyucunun bir faaliyeti doğrudan kamu hizmeti olarak düzenlediği hâllerde nitelendirme bakımından ayrıca bir

¹²⁰ Jèze'in kamu hizmeti anlayışı ve Duguit'den ayrıldığı noktalar için bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, s. 54-57, 59; tartışmanın Jèze'in kendi kaleminden Türkçe anlatımı için **Gaston Jèze**, "Léon Duguit'nin Fransız İdare Hukuku Üzerindeki Tesiri", çev. H. N. K., *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 7, S. 1, 1941, s. 336-352, s. 349-350. Niteliği gereği kamu hizmeti olan bir faaliyet türünün bulunmadığı, nitelemenin hizmeti kuranların iradesine bağlı olduğu yönünde Tan, *İdare Hukuku*, s. 345; aynı yönde Duran, s. 304-305.

sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte pozitif hukuk her faaliyetin niteliğini açıkça belirlemediğinden, yönetenlerin söz konusu ihtiyacın kamu hizmeti biçiminde karşılanmasına yönelik iradesinin çeşitli belirtilerden hareketle tespit edilmesi gerekir. Jèze'in yaklaşımında faaliyetin kuruluşunda kamusal girişimin bulunması, idarenin faaliyet üzerindeki denetim ve gözetimi ve özellikle faaliyetin yürütülmesinde kamu hukuku usullerinin kullanılabilmesi, bu iradenin teşhis edilmesini sağlayan göstergeler arasındadır.

Kamu hukuku usullerinin kullanılabilir olması, Jèze'in teorisinde özel bir önem taşımaktadır. Kamu hizmeti, ortak bir ihtiyacın karşılanmasından ibaret olmayıp, bu ihtiyacın karşılanması için özel hukuk kişilerinin olağan hukuki imkânlarını aşan usul ve yetkilerden yararlanılabilen bir örgütlenme biçimidir. Bununla birlikte kamu hizmetinin varlığı, faaliyetin her aşamasında ve bütün işlemlerde zorunlu olarak kamu hukuku usullerinin kullanılmasını gerektirmez. Kamu hizmetinin yürütülmesinde kamu hukuku usullerinin yanında özel hukuk usullerinden de yararlanılması mümkündür. Dolayısıyla kamu hizmetinin teşhisinde önemli olan, her işlemin kamu hukukuna tabi olması değil, faaliyetin yürütülmesi için kamu hukuku usullerine başvurabilme imkânının hukuk düzenince tanınmış olmasıdır.

Jèze'in bu yaklaşımı, ortak ihtiyacın kim tarafından ve hangi hukuki usullerle karşılandığına göre farklı hukuki görünümünün birbirinden ayrılmasını mümkün kılar. Ortak ihtiyacın idare tarafından kamu hukuku usulleri kullanılarak karşılanması kamu hizmetinin tipik görünümünü oluşturur. İdarenin kamu hukuku usullerinin yanında özel hukuk usullerinden de yararlanması bu niteliği ortadan kaldırmaz. Buna karşılık ortak ihtiyacın idare tarafından münhasıran özel hukuk usulleriyle karşılanması hâlini Jèze kamu hizmetinden ayırarak idari işletme kapsamında değerlendirmektedir.

Aynı ayırım faaliyetin özel kişiler tarafından yürütülmesi bakımından da görülmektedir. Özel kişinin ortak bir ihtiyacı özel hukuk usulleri içerisinde karşılaması ve idarenin faaliyet üzerinde yalnızca düzenleme ve denetim yetkisine sahip bulunması, faaliyeti tek başına kamu hizmetine dönüştürmez; bu durumda düzenlenmiş bir özel girişim söz

konusudur.¹²¹ Buna karşılık özel kişinin ortak ihtiyacın karşılanması sırasında kamu hukuku usullerinden yararlanmak üzere yetkilendirilmesi, faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesine imkân verir. Böylece kamu hizmetinin özel kişi tarafından yürütülmesi ile özel kişinin kamu tarafından düzenlenen bir alanda faaliyette bulunması birbirinden ayrılmaktadır.

Bu yaklaşım Jèze'in kamu hizmeti anlayışının iki unsurunu birlikte ortaya koymaktadır. Bir taraftan kamu hizmetinin kurulması yönetenlerin iradesine bağlı olduğundan, kamu hizmetinin alanı karşılanan ihtiyacın maddi niteliğinden hareketle önceden belirlenemez. Diğer taraftan bu irade salt bir nitelendirmeden ibaret değildir; faaliyetin örgütlenme ve yürütülme biçiminde, özellikle kamu hukuku usullerinin kullanılabilir kılınmasında görünür hâle gelir. Bu nedenle Jèze'de kamu hizmeti, yönetenlerin ortak ihtiyacın karşılanmasına ilişkin iradesi ile bu iradenin hukuki rejimdeki tezahürünün birlikte değerlendirilmesini gerektiren bir kurumdur. Türk öğretisinde bu irade “üstlenme” terimiyle karşılanmakta olup çalışmanın ölçütü de bu terim üzerinden kurulmaktadır.

1.2.2. Kamusal Faaliyetin Özellikleri

Yukarıda kamusal faaliyet, işlevleri bakımından hâkimiyet faaliyetleri ve hizmet faaliyetleri olmak üzere iki görünüm altında ele alınmıştır. Bu iki faaliyet grubunun ortak özelliği, siyasal sistemin faaliyet alanına ait olmalarıdır. Bununla birlikte bu aidiyetin kaynağı her iki faaliyet bakımından aynı değildir. Hâkimiyet faaliyetleri, siyasal sistemin toplum bakımından bağlayıcı karar üretme kapasitesinin bir görünümü olarak sistemin varlığıyla birlikte ortaya çıkarken; hizmet faaliyetlerinin kamusal niteliği, belirli bir toplumsal ihtiyacın karşılanmasının siyasal sistem tarafından üstlenilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle kamusal faaliyetin özelliklerinin belirlenmesinde, öncelikle faaliyetin siyasal sistemin faaliyet alanına hangi nedenle dâhil olduğunun ortaya konulması gerekir.

Easton'ın sistem teorisi bu ilişkinin betimleyici açıklamasını sunmakla birlikte “üstlenme”yi bağımsız bir hukuki ölçüt olarak kullanmamaktadır. Modelde çevreden

¹²¹ Özel kişilerce kurulup yürütülen, ancak kamunun ihtiyaçlarını karşıladıkları için kimi idare hukuku ilkeleriyle bağlı tutulan faaliyetler (özel hastaneler, özel öğretim kurumları, kamuya yararlı vakıflar) için krş. Yayla, s. 30-31.

gelen talepler siyasal sisteme yönelmekte, dönüşüm sürecinde işlenmekte ve sistem tarafından otoriteye dayalı çıktılar üretilmektedir.¹²² Bu çalışmada kullanılan üstlenme kavramı ise söz konusu sürecin hukuki açıdan değerlendirilmesine dayanmaktadır. Bir toplumsal ihtiyacın karşılanmasına ilişkin talebin siyasal karar sürecinin konusu hâline gelmesi ve bu ihtiyacın karşılanmasının devletin yükümlülük alanına alınması, hizmet faaliyetleri bakımından üstlenmeyi ifade etmektedir. Bu anlamda üstlenme, Easton'ın sistem teorisine ait bir kavram olmayıp, onun açıkladığı talep ve çıktı ilişkisini kamusal faaliyetin belirlenmesinde kullanılabilir hâle getiren hukuki ölçüttür.

Easton'da hukukilik, bağlayıcılığın tanımına değil sürdürülmesine ilişkin bir unsurdur; kurallara uygunluk, rejime duyulan meşruiyet inancını besleyen kaynaklardan biri olarak sistemin yaygın destek zeminine katılır.¹²³ Bağlayıcılığın kaynağının belirlenmesi ise dönüşüm sürecinin iç yapısına ilişkin bir soru olduğundan, çözümleme bu noktada Weber'in meşru egemenlik tipolojisine bağlanmaktadır.

Weber'in otorite tipolojisi, bağlayıcı karar üretme kapasitesinin hangi meşruiyet temellerine dayanabileceğini göstermektedir. Geleneksel otoritede bağlayıcılık yerleşik teamüllerin kutsallığına, karizmatik otoritede önderin kişisel niteliklerine, yasal-ussal otoritede ise usulüne uygun olarak konulmuş kurallara dayanmaktadır.¹²⁴ Üç tipte de kararlara fiilen uyulmakta, yani bağlayıcılık toplumsal düzlemde gerçekleşmektedir; farklılaşan husus, otoriteye yöneltilen meşruiyet inancının niteliğidir.

Bu tablo, bağlayıcılığın iki düzeyinin ayrılmasını gerektirmektedir. Fiili bağlayıcılık karara uyulması olgusunu, hukuki bağlayıcılık ise kararın hukuk düzeninin öngördüğü yetki ve usule uygun olarak alınmış olmasını ifade etmektedir. Çalışmanın tarihsel-normatif eşiği modern hukuk devleti olarak belirlendiğinden, izleyen çözümleme hukuki bağlayıcılığı esas almaktadır.

¹²² Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems", s. 384-390.

¹²³ Bağlayıcılığın kaynak bakımından nötr tanımı ve meşruiyet inancının yaygın desteğin (diffuse support) kaynağı olarak işlenişi bakımından bkz. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*.

¹²⁴ Bkz. Weber, *Ekonomi ve Toplum*, C. I, I. Kısım, Bölüm III (geleneksel, karizmatik ve yasal-ussal otorite tipleri).

Bir kararın muhataplarını bağlaması, karara fiilen uyulmasından veya kararın kabul görmesinden değil; kararın hukuk düzeninin öngördüğü yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarına uygun olarak alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin Cumhurbaşkanının, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda veya temel hakların düzenleme alanında çıkardığı bir kararname, usul ve içerik yönünden hukuka aykırı olduğu için bağlayıcı bir üstlenme meydana getirmez.¹²⁵ Buna karşılık hukuka uygun biçimde konulmuş bir norm, muhatapları onu benimsemese dahi bağlayıcıdır. Dolayısıyla bağlayıcılık ile etkililik birbirinden ayrılmalıdır: bir normun fiilen uygulanıyor olması onun bağlayıcılığının nedeni değil, olsa olsa sonucudur.¹²⁶

Bu iki öncül birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca ulaşılmaktadır: Easton'ın modeline göre üstlenme, bağlayıcı bir çıktı üretilmesidir. Hukuk devletinde ise, yalnızca hukuka uygun biçimde alınmış kararlar bağlayıcı niteliğe sahiptir. Öyleyse hukuk devletinde üstlenmenin bağlayıcılığının zorunlu olarak normatif bir karşılığı bulunmaktadır. Bu tespit, üstlenmeye sonradan hukuki bir biçim eklendiğini değil; hukuki biçimin, üstlenmenin bağlayıcı olabilmesinin varlık koşulu olduğunu ifade etmektedir. Başka bir anlatımla siyasal karar, hukuki bir karar olarak alınmadığı sürece üstlenme değil, olsa olsa bir üstlenme niyetidir. Çalışmada bu nedenle üstlenme, siyasal kararın hukuk normu biçiminde ortaya çıkmış hâlini ifade etmek üzere normatif üstlenme olarak adlandırılmaktadır.¹²⁷

Normatif üstlenmenin doğurduğu sonuç, devletin bir yükümlülük ilişkisi içine girmesidir. Yukarıda açıklandığı üzere kamu, kamusal ihtiyaçların karşılanmasını devletten talep edebilen hak öznesidir. Üstlenme normu ise bu talebin muhatabını göstermekle yetinmez;

¹²⁵ Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından sınırları için bkz. AY m. 104. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar alanında ve kanunda açıkça düzenlenen konularda kararnama çıkarılamaz; kararname ile kanun hükümlerinin çatışması hâlinde kanun hükümleri uygulanır.

¹²⁶ Bir normun bağlayıcılığı (geçerliliği) ile fiilen uygulanıyor olması (etkililiği) arasındaki ayrım için bkz. **Hans Kelsen**, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016. Belirtmek gerekir ki hukuka aykırı bir idari işlem, hukuka uygunluk karinesi ve icrailik nedeniyle iptal edilmeye kadar hukuk düzeninde sonuç doğurmaya devam eder. Ancak bu, bağlayıcılığın kaynağının muhatapların fiilî kabulü olduğu anlamına gelmez; aksine, geçici geçerliliğin kaynağının da hukuk düzeni olduğunu gösterir. Yokluk hâlinde ise bu karine dahi işlemez.

¹²⁷ Üstlenme normunun hukuka aykırı olması hâlinde faaliyetin kamusal niteliğinin ve dolayısıyla onu yürüten kişinin kamu görevlisi sıfatının hangi ölçüde etkileneceği sorusu, ceza hukuku bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir sorundur.

muhatapı hukuken yükümlü kılmaktadır. Böylece kamusal ihtiyacın karşılanması, hukuken talep edilebilir bir edim yükümlülüğüne dönüşmektedir. Bu dönüşüm çalışma bakımından iki yönden önem taşımaktadır. İlk olarak, bir faaliyetin kamusal niteliğinin ölçütü, faaliyetin konusu veya onu fiilen yürüten kişi değil; faaliyeti devletin yükümlülük alanına sokan üstlenme iradesinin varlığıdır. İkinci olarak, kamu görevlisinin ödevi de bu yükümlülüğten türemektedir: kamu görevlisi, devletin normatif olarak üstlendiği faaliyete kamusal aktör olarak katılan kişidir.¹²⁸

Üstlenmenin kaynağı ise kamusal faaliyetlerin kendi içindeki farklılaşmayı ortaya çıkarmaktadır. Hâkimiyet faaliyetlerinin devlete aidiyeti kurucu iradede ve bu iradenin pozitif hukuktaki görünümü olan anayasal yetki düzeninden kaynaklanmaktadır. Hizmet faaliyetlerinde ise devletin yükümlülük alanının kapsamı, anayasal yükümlülüklerin yanı sıra siyasal kararlarla genişleyebilmektedir. Böylece kamusal faaliyetin özellikleri, bir taraftan onu devletin faaliyet alanına bağlayan üstlenme ilişkisinin, diğer taraftan aynı maddi edimin kamusal alan ile piyasa alanı arasında farklı hukuki nitelikler kazanabilmesinin incelenmesini gerektirmektedir.

1.2.2.1. Kamusal Faaliyet–Piyasa Faaliyeti Ayrımı

Kamusal faaliyet ile piyasa faaliyeti arasındaki ayrım, faaliyetin maddi içeriğinden hareketle her durumda kurulabilecek bir ayrım değildir. Eğitim, sağlık, ulaşım, haberleşme veya enerji gibi aynı türden faaliyetler, belirli bir hukuk düzeninde devlet tarafından karşılanması üstlenilmiş bir ihtiyacın konusu olabileceği gibi, özel girişim tarafından piyasa koşulları içerisinde de sunulabilir.¹²⁹ Bu nedenle faaliyetin topluma arz edilmesi, tek başına kamusal niteliğin belirlenmesini sağlamaz. Hizmet faaliyeti ile piyasa faaliyeti bakımından ortak olan topluma edim sunma özelliğinin yanında, bu edimin sunulmasının kimin yükümlülük alanında bulunduğu belirlenmesi gerekir.

¹²⁸ Kamu görevlisinin ödevinin normatif üstlenmeden türediğine ilişkin çözümleme için aşağıda 1.3.3 başlığına bkz.

¹²⁹ Benzer, hatta aynı ihtiyaçların özel kişilerce piyasa ekonomisi içinde fiyat karşılığı giderilebileceği gibi idare tarafından üstlenilerek de giderilebileceği ve bu durumda özel girişim–kamu hizmeti ayrımının organik bir soruna dönüştüğü yönünde Özay, s. 111-112.

Easton’ın sistem yaklaşımı, siyasal sistemi çevresindeki diğer toplumsal sistemlerden analitik olarak ayırmakta ve siyasal olanın ayırt edici niteliğini toplum için değerlerin otoriteye dayalı tahsisinde görmektedir.¹³⁰ Bu yaklaşım, kamusal faaliyet ile piyasa faaliyeti arasındaki ayrım bakımından doğrudan hukuki bir ölçüt sunmamakla birlikte, toplumsal ihtiyaçların farklı mekanizmalar aracılığıyla karşılanabileceğini göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Bir ihtiyacın bireyler arasındaki ekonomik mübadele ilişkileri içerisinde karşılanması ile bu ihtiyacın karşılanmasına ilişkin talebin siyasal sisteme yöneltilerek otoriteye dayalı bir kararın konusu hâline gelmesi farklı süreçlerdir. Bu çalışma bakımından ikinci sürecin hukuki karşılığı, ihtiyacın karşılanmasının siyasal sistem tarafından üstlenilmesidir.

Yukarıda (1.1.2.3.3) ele alındığı üzere, üstlenme ölçütünün kamu hizmeti öğretisindeki karşılığı özellikle Jèze’in yaklaşımında görülmektedir. Jèze bakımından bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin belirlenmesinde, faaliyetin niteliğinden kaynaklanan ve zamandan bağımsız bir kamu hizmeti özü bulunmamaktadır. Belirleyici olan, yönetenlerin belirli bir ihtiyacın karşılanmasını kamusal yükümlülük alanına dâhil eden iradesidir.¹³¹ Böylece aynı türden faaliyet, siyasal iradenin tercihlerine ve belirli bir dönemin toplumsal, ekonomik ve siyasal koşullarına bağlı olarak kamu hizmeti hâline

¹³⁰ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 383-388.

¹³¹ Jèze’in kamu hizmetini yönetenlerin belirli bir ihtiyacı kamu hukuku usulleriyle karşılama iradesine bağlayan anlayışı ile Duguit’in objektivist yaklaşımından ayrıldığı noktalar için bkz. **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 54-57, 59; tartışmanın Jèze’in kendi kaleminden Türkçe anlatımı için Jèze, “Léon Duguit’nin Fransız İdare Hukuku Üzerindeki Tesiri”, s. 349-352. Duguit, Jèze’in ölçütünde kamu hizmetinin “kanun vâzının sun’i bir ibdai” hâline geldiğini ileri sürmüş ve gerçekliğin kanun koyucunun keyfî kararına er geç üstün geleceğini savunmuştur (**Duguit**, *Traité de droit constitutionnel*, 3. Bası, C. II, s. 74 vd.; aktaran **Jèze**, s. 349-350); Jèze ise bu itirazın siyaset ile hukuk tekniğini birbirine karıştırdığı görüşündedir (aynı yazı, s. 351-352). Niteliği gereği kamu hizmeti olan bir faaliyet türünün bulunmadığı, nitelemenin hizmeti kuranların iradesine bağlı olduğu yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 345; aynı yönde **Duran**, s. 304-305. Kamu hizmetinin belirlenmesinde yetkili kamu otoritesinin, yani yasama organının iradesinin belirleyici olduğu ve Anayasa Mahkemesi’ne göre yasama organının “herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis” edebileceği yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 346, 349 (AYM, 26.11.1985, E. 1985/2, K. 1985/22). Türk öğretisindeki sübjektivist (yasa koyucunun iradesi) ve objektivist (hizmetin niteliği) yaklaşımların derlemesi için **Ebru Zeybek Cebeci**, “Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist ve Sübjektivist Yaklaşımlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 1, 2019, s. 86-96, s. 87-91. Anayasa Mahkemesi ise yasa koyucunun kamu hizmeti kurma yetkisini kabul etmekle birlikte anayasal denetimde hizmetin niteliğine bakılacağını belirtmekte ve toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan sağlık, eğitim ve altyapı hizmetlerini nitelikleri gereği kamu hizmeti saymaktadır: AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2; AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23; AYM, 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85; AYM, 10.03.2011, E. 2008/54, K. 2011/45 (aktaran **Zeybek Cebeci**, s. 88-89). Bu içtihat, siyasal tercihle kamu hizmeti alanının daraltılmasına anayasal bir alt sınır çizmektedir; bkz. aşağıda dn. 139.

gelebilmekte veya bu alandan çıkarılabilmektedir.¹³² Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun bu yetkisini kabul etmekle birlikte, toplumsal yaşamın zorunlu ihtiyaçlarını karşılayan hizmetleri nitelikleri gereği kamu hizmeti sayarak siyasal tercihin daraltıcı yönüne anayasal bir sınır getirmektedir.

Easton'ın betimlediği talep–çıktı ilişkisi ile Jèze'in irade ölçütü bu noktada birbirini tamamlayan iki ayrı açıklama düzeyi sunmaktadır. Easton, toplumsal çevreden gelen bir talebin siyasal sistem içerisinde işlenerek bağlayıcı bir çıktıya dönüşmesini açıklamaktadır. Jèze'in yaklaşımı ise belirli bir ihtiyacın karşılanmasının kamu tarafından üstlenildiğinin hangi hukuki iradedden hareketle tespit edilebileceğini göstermektedir. Bu çalışmada üstlenilmiş faaliyet, karşılanması siyasal sistem tarafından kendi yükümlülük alanına alınmış faaliyeti ifade etmektedir. Buna karşılık topluma arz edilmekle birlikte karşılanması devlet tarafından üstlenilmemiş faaliyetler piyasa faaliyeti niteliğini korumaktadır.¹³³

Bu ayrım özellikle devletin ekonomik ve toplumsal hayata müdahale ettiği alanlarda önem taşımaktadır. Bir faaliyetin kanunla düzenlenmesi, ruhsata bağlanması, denetlenmesi veya faaliyeti yürüten kişilerin belirli yükümlülöklere tabi tutulması, tek başına o faaliyetin karşılanmasının devlet tarafından üstlenildiğini göstermez. Düzenleme

¹³² Kamu hizmeti alanının dönemin siyasal ve ekonomik tercihlerine göre genişleyip daralabildiği, 1970'li yıllardan itibaren genişleyen özelleştirme politikalarının kamu hizmeti anlayışında değişime yol açtığı yönünde Tan, *Idare Hukuku*, s. 334; devletin üstlendiği görevlere ilişkin anlayışın değişmesi ve özelleştirmeyle birlikte kamusal olan ile özel olanın iç içe geçtiği yönünde ceza hukuku öğretisinde **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 537; devletin bu dönemde kimi faaliyetleri bizzat yürütmekten çekilmesiyle idari fonksiyonun daraldığı, bununla birlikte özel kesimce yürütölen kamu hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesinin idari fonksiyon içinde kaldığı yönünde Günday, s. 26-27. Türkiye’de kamu hizmetinin vakıflar, imtiyazlar ve emanet usulüyle genişleme dönemlerinden 1980 sonrasında özel sektörün taleplerine ve niteliği gereği kamu hizmeti olmayan faaliyetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasına uzanan beş dönemli gelişimi ile özelleştirmenin üç anlamı (idarenin faaliyetten tamamen çekilmesi, emanet usulüne son verilerek yürütmenin özel kişilere bırakılması, kamu mallarının satışı) için **Aydın Gülan**, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Faköltesi Mecmuası*, C. 56, S. 1-4, 1998, s. 97-107, s. 97-101.

¹³³ Kamu hizmetini devletçe “üstlenilen” ve siyasal alana dâhil edilen faaliyet olarak tanımlayan ve üstlenmeyi salt nitelendirmeden ayıran yaklaşım için **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 54-55, 65. Yazara göre üstlenilen faaliyetin kimin tarafından gerçekleştirildiği ayrı bir sorundur (s. 65); krş. aşağıda 1.2.3. Genel ihtiyacın ve kamu yararının bulunduğu her yerde bir kamu hizmeti kurulmasının zorunlu olmadığı; halkın başta gelen gereksinmelerinden birini karşılayan fırıncılığın karma düzenlerde özel teşebbüse bırakıldığı, ancak olağanüstü dönemlerde idarenin ekmek yapımı ve satışını geçici olarak üstlenip kamu hizmeti niteliğinde gerçekleştirebileceği yönünde **Duran**, s. 305. “Üstlenme” terimi Jèze’in metninde geçmemektedir; Jèze yalnızca yönetenlerin maksadının araştırılması gerektiğini belirtmektedir (**Jèze**, s. 349-350). Terim Türk idare hukuku öğretisine aittir.

ve denetleme, piyasa içerisinde yürütülen bir faaliyetin tabi olduğu hukuki rejimi belirleyebilir; ancak devletin faaliyetin topluma sunulmasını kendi yükümlülüğü hâline getirdiğini ayrıca ortaya koymadıkça faaliyetin kamusal niteliğini kurmaz.¹³⁴ Kamusal faaliyet ile piyasa faaliyeti arasındaki temel ayrım bu nedenle kamusal düzenlemeye tabi olup olmama üzerinden değil, üstlenme ilişkisi üzerinden kurulmaktadır.

1.2.2.2. Hâkimiyet Faaliyetlerinin Özellikleri

Hâkimiyet faaliyetlerinin kamusal faaliyet alanına aidiyeti, hizmet faaliyetlerinden farklı olarak belirli bir toplumsal ihtiyacın karşılanması sonradan üstlenilmesine dayanmaz. Bu faaliyetler, siyasal sistemin toplum bakımından bağlayıcı karar üretme kapasitesinin kurumsallaşmış görünümünü oluşturur. Yasama, yürütme ve yargının bağlayıcı karar üreten faaliyetleri, belirli bir edimin topluma arz edilmesine yönelik bir talebin kabul edilmesi sonucunda devletin faaliyet alanına girmez. Bunların kaynağı, siyasal otoritenin kuruluşunu ve kullanılmasını düzenleyen kurucu iradedir.¹³⁵ İdare hukukunda kolluğun da kamu hizmeti sayılması, bu çalışmadaki ayrımın idari işlev düzeyinde değil, faaliyetin bağlayıcı karar üretme niteliği düzeyinde kurulduğunu göstermektedir.

Modern hukuk devletinde söz konusu kurucu irade anayasal yetki düzeninde normatif ifadesini bulmaktadır. Anayasa'nın 6. maddesi egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanılmasını düzenlemekte; 7, 8 ve 9. maddeleri ise yasama, yürütme ve yargı

¹³⁴ Kolluk kapsamındaki işlerin, idarece dıştan düzenlenip denetlenmelerine rağmen serbest özel faaliyet niteliğini koruduğu yönünde Duran, s. 245. Anayasa da özel teşebbüs hürriyetini tanıırken devlete özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini sağlayacak tedbirleri alma görevi vermekte (AY m. 48/2) ve mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlenmesini sağlayıcı tedbirler öngörmektedir (AY m. 167/1); düzenleme ve denetim yetkisi bu hükümlerde piyasa düzeninin bir parçası olarak yer almaktadır. Kolluk (dıştan düzenleme ve denetleme), kamu hizmeti (faaliyeti üstlenerek yürütme) ve özendirme (toplum yararı görülen alanın uğraş konusu yapılmaması) faaliyetlerinin bu ölçütte ayrılması için **Günday**, s. 22-23. Devletle paralel olarak yürütülen ve bir kamu özgürlüğünün kullanılması niteliğinde kalan özel faaliyetlerde devletin yetkilerinin kolluk düzeyini aşmadığı yönünde **Pertev Bilgen**, "Kamu Hizmeti Hakkında", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 1, S. 1, 1980, s. 113-116, s. 114. Kamu hizmetinin her zaman kamusal rejime ve denetime tabi olmakla birlikte idari denetime tabi her işletmenin bir kamu hizmeti meydana getirmediği yönünde İtalyan öğretisinde Paliero (aktaran **Valentina Sartori**, *Lo statuto penale della Pubblica Amministrazione e il fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici: nuove e vecchie problematiche*, Doktora Tezi, Università degli Studi di Padova, Padova 2016, s. 55).

¹³⁵ Devletin hukuki işlevlerinin yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaştırıldığı, kamu hizmetinin ise idare işlevi içinde ele alındığı yönünde Yayla, s. 18-19; idare işlevinin asli kural koyma ile uyuşmazlıkları çözme dışında kalan kamu faaliyetlerini kapsadığı ve kamu hizmetinin idari faaliyetlerin bir türü olarak ele alındığı yönünde aynı eser, s. 27, dn. 22, s. 32 ve 60; idari fonksiyonun yasama ve yargı fonksiyonları ile yürütme organının siyasal nitelikli faaliyetleri dışında kalan alan olarak belirlendiği yönünde **Günday**, s. 10-14, 23.

yetkilerinin hangi organlar tarafından kullanılacağını belirlemektedir. Bu nedenle hâkimiyet faaliyetleri bakımından kamusal niteliği belirlemek üzere ayrıca bir üstlenme iradesinin araştırılması gerekmez. Faaliyetin devlete aidiyeti, devletin anayasal kuruluşundan ve ilgili organa tanınan yetkiden kaynaklanmaktadır (bkz. yukarıda 1.1.2.3.1).

Hâkimiyet faaliyetlerinin diğer ayırt edici özelliği, topluma sunulan bir edim niteliği taşımamalarıdır. Bu faaliyetlerde devlet, belirli bir mal veya hizmeti talep eden kişiye arz etmek yerine, toplum bakımından bağlayıcı hukuki sonuç üretmektedir. Kanunun yapılması, yargısal hükmün verilmesi veya yürütmenin bağlayıcı karar üretmesi bu nedenle ekonomik mübadele konusu hâline getirilebilecek bir edim niteliği taşımaz. Hâkimiyet faaliyetleri ile piyasa faaliyetleri arasında ortaya çıkan ayrım da üstlenme ölçütünden önce, faaliyetin bağlayıcı karar üretme niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu faaliyetlerin kimler eliyle ve hangi hukuki ilişki içerisinde yürütülebileceği ise aşağıda hâkimiyet faaliyetlerinin yürütülmesi kapsamında (1.2.3.1) ayrıca ele alınacaktır.

Bağlayıcı tahsis kararını üretme kapasitesi, bu yönüyle egemenliğin kullanılmasının çekirdeğini oluşturmaktadır. Bu kapasitenin siyasal sistem dışındaki aktörlere bırakılması, yalnızca kararın uygulanmasının farklı bir aktör eliyle gerçekleştirilmesi sonucunu doğurmaz; bağlayıcı tahsisi gerçekleştiren iradenin de devri anlamına gelir. Bu nedenle yasama ve yargı faaliyetleri ile yürütmenin bağlayıcı karar üretmeye ilişkin çekirdeği, topluma arz edilen ve piyasa içerisinde özel aktörler tarafından kendi nam ve hesaplarına yürütülebilen faaliyetler niteliği taşımamaktadır. Hâkimiyet faaliyetleri, belirli bir toplumsal talebin karşılığı olarak sunulan edimlerden önce, siyasal sistemin talepleri bağlayıcı kararlara dönüştürebilmesinin kurumsal koşulunu oluşturmaktadır.

Bu faaliyetlerin ayırt edici özelliği, yalnızca kamusal faaliyet alanında yürütülmeleri değil, nitelikleri gereği piyasa faaliyetine dönüştürülememeleridir. Zira egemenlik fonksiyonlarının yerine getirilmesi, özel aktörlerin kendi nam ve hesaplarına yürütebilecekleri ve piyasa ilişkileri içerisinde arz edebilecekleri bir faaliyet olarak tasarlanamaz. Yasama, hükümet etme veya yargılama faaliyetinin yürütülmesinin özel aktörlere devredilmesi, yalnızca faaliyetin görülüş biçiminin değiştirilmesi anlamına gelmez; egemen iktidara ait bir fonksiyonun bu iktidarın dışındaki bir aktöre bırakılması

sonucunu doğurur. Bu ise egemenliğin, kendisine ait asli fonksiyonları nihai olarak kullanma yetkisini bünyesinde toplaması niteliğiyle bağdaşmaz.¹³⁶

1.2.2.3. Hizmet Faaliyetlerinin Özellikleri

Hizmet faaliyetlerinin hâkimiyet faaliyetlerinden ayrıldığı temel nokta, belirli bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik edimin topluma sunulmasıdır. Bu özellik hizmet faaliyetlerini piyasa faaliyetlerine yaklaştırmaktadır. Her iki faaliyet türünde de bireylere veya topluma eğitim, sağlık, ulaşım, enerji veya benzeri bir edim arz edilmektedir. Bunlar arasındaki ayrım edimin maddi niteliğinden veya yalnızca topluma sunulmasından kaynaklanmamakta; edimin sunulmasının dayandığı hukuki ilişkide ortaya çıkmaktadır. Hizmet faaliyetinde edimin sunulması, karşılanması siyasal sistem tarafından üstlenilmiş bir ihtiyaca ilişkin yükümlülüğün ifasını oluşturmaktadır.¹³⁷

Yukarıda aktarıldığı üzere Jèze'in kamu hizmetine ilişkin yaklaşımı bu niteliğin belirlenmesinde işlevsel bir ölçüt sunmaktadır. Kamu hizmetinin kapsamı değişmez bir faaliyet listesinden hareketle belirlenmemekte; yönetenlerin belirli bir ihtiyacın karşılanmasını kamusal yükümlülük alanına dâhil eden iradesine göre şekillenmektedir.¹³⁸ Dolayısıyla hizmet faaliyetlerinin kapsamı siyasal ve ekonomik

¹³⁶ Kimi kamu hizmetlerinin özel yönetim usulleriyle görülebildiği, buna karşılık idari kolluğun yalnızca kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı kamusal işlem ve eylemlerle yürütülebildiği yönünde Duran, s. 245. Kolluğun kamu gücüne özgü bir faaliyet olması nedeniyle idarenin bu yetkiyi kullanmaktan vazgeçmesinin veya özel kişilere bırakmasının mümkün olmadığı yönünde Tan, *İdare Hukuku*, s. 335.

¹³⁷ Özel girişimde yasaklanmamış her faaliyete dilendiğinde girilip dilendiği an son verilebilmesine karşılık idarenin kamu hizmetini görüp görmemekte serbest olmadığı, bunun idare için bir ödev olduğu yönünde Özyay, s. 114, 116; özel kişinin idareyle sözleşme veya benzeri bir ilişkisi bulunmadıkça faaliyetini sürdürmek zorunda olmadığı, kapanan özel okulların bunun örneği olduğu, idarenin ise hizmeti sürekli görmek zorunda olduğu yönünde Yayla, s. 64-65.

¹³⁸ Bkz. yukarıda dn. 131. Kanunla kurma ilkesinin, hizmetin ayrıntılarıyla kanunla düzenlenmesini değil, faaliyetin kamu kuruluşlarınca üstlenilmesi esasının yasama organınca kabul edilmesini gerektirdiği ve bu ilk kararın Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu yönünde Duran, s. 313-314; kamu yararını değerlendirmenin seçimle işbaşına gelen temsilcilerin serbest yetkisinde olduğu yönünde aynı eser, s. 305; toplumsal ihtiyaçların ne zaman kamu hizmetine konu olacağına takdirinin, toplumsal oluşumun nesnel sınırlaması ve yargı denetimi kaydıyla kanun koyucuya ait olduğu yönünde Yayla, s. 62; hiç girililmemiş bir faaliyeti kamu hizmeti olarak kurma yetkisinin yasama organında olduğu ve bir faaliyetin idareye görev olarak verilmesinin kanunla olması gerektiği yönünde Özyay, s. 112 (dn. 270), 116-117; nitelemenin kanun koyucunun yetkisinde olduğu yönünde ayrıca Bilgen, s. 113. Anayasa Mahkemesinin kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün onu kuranların iradesi olduğu yolundaki içtihadı (AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, aktaran Gülan) ile buna karşı niteliği gereği kamu hizmetlerinin bulunduğu, ancak bu niteliğin faaliyetin kendisinden değil toplum tarafından ona duyulan ihtiyaç ve önemden doğduğu görüşü için Gülan, s. 103-107.

tercihlerden bağımsız değildir. Devletin hangi ihtiyaçları ve ne ölçüde karşılamayı üstleneceği, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde siyasal tercihlere bağlı olarak genişleyebilir veya daralabilir.

Bununla birlikte bu tercih alanının alt sınırı pozitif hukuk tarafından belirlenebilir. Anayasa'nın devlete belirli bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik açık bir yükümlülük yüklediği hâllerde, kanun koyucunun bu ihtiyacın karşılanıp karşılanmayacağı konusunda sınırsız bir tercih alanından söz edilemez. Bu hâllerde üstlenme iradesi olağan siyasal kararın öncesinde, kurucu irade tarafından ortaya konulmuştur.¹³⁹ Buna karşılık anayasal olarak zorunlu tutulmayan ve niteliği gereği piyasada da karşılanabilen ihtiyaçların kamusal yükümlülük alanına alınması, devletin sosyal ve ekonomik düzenine ve siyasal tercihlerine göre değişebilmektedir. Böylece hizmet faaliyetlerinin alanı, normatif olarak belirlenen asgari yükümlülükler ile siyasal iradenin üstlenme tercihleri doğrultusunda şekillenmektedir.

Hizmet faaliyetinin üstlenilmiş olması, edimin mutlaka devlet örgütü içerisinde görev yapan kişiler eliyle gerçekleştirilmesini gerektirmez. Üstlenme kararı ile bu kararın gereğinin yerine getirilmesi birbirinden ayrılabilirdiğinden, devlet ihtiyacın karşılanmasına ilişkin yükümlülüğü muhafaza ederken edimin yürütülmesini özel kişilere bırakabilir.¹⁴⁰

¹³⁹ Örneğin AY m. 42/5 ilköğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu ve devlet okullarında parasız olduğunu; m. 56/3 devletin sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceğini; m. 60/2 devletin sosyal güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağını ve teşkilatı kuracağını öngörmektedir. Buna karşılık m. 65, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini belirtmek suretiyle üstlenmenin kapsamının belirlenmesinde siyasal tercihe alan bırakmaktadır. Anayasanın bazı faaliyetleri devletin görevleri arasına almasıyla bunların “mahiyetleri itibarıyla olmasa bile” kamu hizmeti hâline geldiği ve bu hâlde kanun koyucuya düşen görevin söz konusu hizmetleri kurmak ve işletmekten ibaret olduğu yönünde **Bilgen**, s. 113 (1961 Anayasası m. 48-50'deki sosyal kamu hizmetleri örneğiyle); eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik gibi konularda faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı ve Fransız Anayasa Konseyi'nin millî savunma, adalet ve kolluk ile eğitim, sağlık ve sosyal güvenliği “anayasal kamu hizmetleri” olarak nitelendirdiği yönünde **Tan, İdare Hukuku**, s. 350. Yasa koyucunun kamu hizmeti kurma takdirinin sınırını anayasal kamu hizmetleri ile uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklerin oluşturduğu ve AY m. 65'in devlete yalnızca zaman ve kapsam bakımından takdir yetkisi tanıdığı yönünde **Zeybek Cebeci**, s. 93-94 (Bilgen'in 1995 tarihli yazısına atıfla).

¹⁴⁰ AY m. 56/4: “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” Hüküm, üstlenilen bir hizmetin yürütülmesinde özel kesimden yararlanılabileceğini anayasal düzeyde göstermektedir. Anayasa Mahkemesi de niteliği yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesinin onun niteliğine etkili olmadığı görüşündedir: AYM, 22.12.1994, E. 1994/70, K. 1994/65-2 (aktaran Tan, *İdare Hukuku*, s. 345). Öğretide de devletin kamu hizmeti olduğunu beyan ederek kurulmasını ve işletilmesini üstlendiği bir faaliyetin mutlaka tekel biçiminde ve devlet eliyle yürütülmesinin zorunlu olmadığı, ruhsatla özel kişilere

Bu nedenle hizmet faaliyetinin kamusal niteliği, faaliyeti fiilen yürüten kişinin kamusal veya özel hukuk statüsünden önce, faaliyetin devlet tarafından üstlenilmiş bir yükümlülüğün ifasını oluşturup oluşturmadığına bağlıdır.

1.2.2.4. Piyasa Faaliyetinin Özellikleri

Piyasa faaliyetleri, hizmet faaliyetleri gibi bir mal veya edimin topluma arz edilmesine yönelik olabilir.¹⁴¹ Bu nedenle faaliyetin özel kişiler tarafından yürütülmesi, bedel karşılığında sunulması veya ekonomik nitelik taşıması, tek başına kamusal faaliyet ile piyasa faaliyeti arasındaki ayrımı belirlemez. Ayırıcı unsur, söz konusu edimin topluma sunulmasının devlet tarafından üstlenilmiş bir yükümlülüğün ifasını oluşturup oluşturup oluşturmadığıdır. Karşılansısı siyasal sistem tarafından üstlenilmemiş ihtiyaçlara yönelik faaliyetler, özel girişim ve ekonomik mübadele çerçevesinde piyasa faaliyeti alanında yürütülmektedir.

Bu durum piyasa faaliyetlerinin devletin düzenleme ve denetim alanının dışında bulunduğu anlamına gelmez. Devlet ekonomik faaliyetlerin yürütülmesini kurallara bağlayabilir, faaliyete giriş için izin veya ruhsat öngörebilir, teknik standartlar belirleyebilir ve faaliyeti kamu düzeninin korunması amacıyla denetleyebilir. Ancak bu müdahaleler, düzenlemeye konu faaliyetin topluma sunulmasına ilişkin yükümlülüğün devlet tarafından üstlenildiğini kendiliğinden göstermez. Düzenlenmiş özel girişim ile üstlenilmiş faaliyet arasındaki ayrım, piyasa faaliyetinin sınırının belirlenmesinde bu nedenle önem taşımaktadır.¹⁴²

devredilen sosyal güvenlik, tıbbi bakım ve öğretim hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesine rağmen kamu hizmeti niteliğini koruduğu yönünde **Bilgen**, s. 113-115.

¹⁴¹ AY m. 48/1: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

¹⁴² Jèze’in, ortak bir ihtiyacın özel kişiler tarafından özel hukuk usulleriyle karşılandığı ve idarenin yalnızca düzenleme ve denetim yetkisine sahip olduğu hâlleri kamu hizmetinden ayırarak düzenlenmiş özel girişim olarak nitelendirmesi ile ruhsata bağlı özel girişim ile kamusal ayrıcalıklardan yararlanan (üstlenilmiş) faaliyet arasındaki farkın yazar tarafından işlenişi için bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 64, 318-320. Özel kişilerce kurulup yürütülen, ancak kamunun ihtiyaçlarını karşıladıkları için kimi idare hukuku ilkeleriyle bağlı tutulan faaliyetler (özel hastaneler, özel öğretim kurumları, kamuya yararlı vakıflar) için kırs. **Yayla**, s. 30-31; aynı yönde aynı eser, s. 64. Maden ruhsatının kamu hizmetinin devri değil, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kaynaktan yararlanma izni olduğu yönünde **Bilgen**, s. 115-116.

Üstlenme ile düzenleme arasındaki fark, aynı maddi faaliyetin farklı hukuki zeminlerde yürütülebilmesini de açıklamaktadır. Devlet belirli bir ihtiyacın karşılanmasını kendi yükümlülük alanına aldığı anda, bu ihtiyaca yönelik edim hizmet faaliyeti olarak kamusal faaliyet alanına dâhil olabilir. Üstlenme ilişkisinin bulunmadığı durumda ise aynı nitelikteki edim piyasa faaliyeti olarak yürütülebilir. Dolayısıyla kamusal faaliyet ile piyasa faaliyeti arasındaki sınır, faaliyetin maddi içeriğine sabitlenmiş bir sınır değildir.¹⁴³ Bu sınırın hangi faaliyetler bakımından değişebildiği ve hangi faaliyetlerin nitelikleri gereği kamusal faaliyet alanından ayrılamadığı aşağıda kamusal faaliyet alanının bileşenleri kapsamında incelenecektir.

1.2.3. Kamusal Faaliyetin Yürütüldüğü Zemin: Kamusal Faaliyet Alanı

Kamusal faaliyetin devlet tarafından üstlenilmiş olması ile bu faaliyetin kim tarafından yürütüldüğü birbirinden ayrılması gereken iki meseledir. Üstlenme, belirli bir faaliyetin kamusal niteliğini ve devletin yükümlülük alanına aidiyetini belirlerken; yürütme, bu yükümlülüğün gereğinin hangi kişi veya örgütlenme aracılığıyla yerine getirildiğini ifade etmektedir. Bu ayırmadan hareketle kamusal faaliyet alanı, devlet tarafından üstlenilmiş faaliyetlerin yürütüldüğü hukuki zemin olarak tanımlanabilir.¹⁴⁴

Kamusal faaliyet alanının bu şekilde tanımlanması, söz konusu alanda gerçekleştirilen bütün faaliyetlerin doğrudan devlet örgütü içerisinde yer alan kişiler tarafından yürütülmesini gerektirmemektedir. Hâkimiyet faaliyetlerinin niteliği gereği devletin yetkili organları eliyle gerçekleştirilmesi gerekirken, hizmet faaliyetlerinde üstlenme ile yürütme birbirinden ayrılabilir. Devlet belirli bir ihtiyacın karşılanmasına ilişkin yükümlülüğünü muhafaza etmekle birlikte, bu yükümlülüğün gerektirdiği edimin yürütülmesinde özel kişilerden yararlanabilir. Yetkilendirme usulleri ve kamu-özel iş

¹⁴³ Anayasa bu geçişkenliği iki yönde tanımaktadır: kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hâllerde devletleştirilebilir (AY m. 47/1); devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir (AY m. 47/3). Aynı maddenin dördüncü fıkrası, kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağına veya devredilebileceğine kanunla belirleneceğini öngörmektedir.

¹⁴⁴ Kamu hizmetinin, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel ortak ihtiyaçları karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı faaliyetler olarak tanımlanması için **Duran**, s. 307; özel yönetim usulleriyle yürütülen hizmetlerde dahi hizmeti üstlenenin her zaman bir kamu kuruluşu olduğu yönünde aynı eser, s. 326. Tanımdaki ele alma ile ifa etme ya da yaptırma ayrımı, bu çalışmadaki üstlenme-yürütme ayırımına karşılık gelmektedir.

birliği modelleri, kamusal faaliyet alanında özel hukuk kişilerinin faaliyet gösterebilmesinin başlıca görünümelerini oluşturmaktadır.¹⁴⁵

Bu durum kamusal faaliyet alanının aktörün hukuki statüsünden hareketle belirlenemeyeceğini göstermektedir. Kamu tüzel kişisi veya kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen faaliyet ile kamusal faaliyet; özel hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilen faaliyet ile piyasa faaliyeti arasında zorunlu bir özdeşlik bulunmamaktadır.¹⁴⁶ Belirleyici olan, yürütölen faaliyetin devlet tarafından üstlenilmiş bir yükümlölüğün yerine getirilmesine yönelik olup olmadığı ve bu nedenle kamusal faaliyet alanında yürütölüp yürütölmediğidir.

Bu ayrım ceza hukukunda kamu görevlisi kavramının belirlenmesi bakımından özel bir önem taşımaktadır. TCK m. 6/1-c kişinin istihdam biçimini veya kamu örgütü içerisindeki statüsünü esas almaksızın “kamusal faaliyetin yürütölmesine” katılmayı ölçüt olarak kabul etmektedir. Bu nedenle kavramın sınırlarının belirlenmesinde asıl güçlük, kamusal faaliyetin doğrudan kamu örgütü içerisinde yürütölödüğü hâllerden ziyade, kamusal faaliyet alanında özel hukuk kişilerinin faaliyete katıldığı kesimde ortaya çıkmaktadır. Kamusal faaliyet alanının kapsamının belirlenmesi bu bakımdan yalnızca teorik bir tasnif meselesi olmayıp, TCK m. 6/1-c’nin kişi bakımından kapsamının belirlenmesinin de ön koşulunu oluşturmaktadır.

Kamusal faaliyet alanının sınırları ise bu alandaki bütün faaliyetler bakımından aynı şekilde oluşmamaktadır. Bazı faaliyetlerin devletin faaliyet alanından ayrılması hukuken veya fiilen mümkün değöken, bazı faaliyetler hem kamusal faaliyet alanında hem piyasa

¹⁴⁵ Kamu hizmetlerinin görölüş usulleri için bkz. Tan, *İdare Hukuku*, s. 359 vd.; **Yayla**, s. 29, 69, 72. Organik bakımdan kamu hizmetinin klasik idare kuruluşlarınca görölmesi koşulunun artık aranmadığı, idarenin gözetimi, denetimi ve sorumluluğu korunmak kaydıyla kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürölebildiğı yönünde Duran, s. 304. Devletin kamu hizmeti olarak üstlendiğı hizmetlerin her zaman devlet tarafından fiilen üretilmediğı ve özel kişinin kamu hizmeti alanına girmesini sağlayan idari kararların idari nitelik taşıdığı yönünde **Karahanoğulları**, *İdare Hukuku*, s. 15.

¹⁴⁶ Kamu tüzel kişilerinde organik ve fonksiyonel öğelerin birlikte bulunmasının zorunlu olmadığı yönünde Duran, s. 72. Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu hizmetleri ne suretle yürütölürse yürütölsün, kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim, denetim ve hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğı sürece hizmet kamusal niteliğini korumaktadır: AYM, 12.4.1990, E. 1990/4, K. 1990/6 (aktaran Tan, *İdare Hukuku*, s. 345).

faaliyet alanında yürütülebilmektedir. Bu farklılık, kamusal faaliyet alanının kendi içerisindeki bileşenlerinin ayrıca incelenmesini gerektirmektedir.

1.2.3.1. Kamusal Faaliyet Alanı–Piyasa Faaliyeti Alanı Ayrımı

Kamusal faaliyet alanının devlet tarafından üstlenilmiş faaliyetlerin yürütüldüğü alan olarak tanımlanması, bu alandaki bütün faaliyetlerin piyasa faaliyeti alanıyla aynı ilişki içerisinde bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bazı faaliyetler nitelikleri gereği kamusal faaliyet alanından ayrılamazken, bazıları maddi olarak piyasa içerisinde de sunulabilmektedir. Bu farklılık, kamusal faaliyet alanının sınırlarının belirlenmesinde piyasalaştırılabilirlik ölçütünün ayrıca dikkate alınmasını gerektirmektedir.

Piyasalaştırılabilirliğin sınırları iki farklı nedensellik üzerinden ortaya çıkmaktadır. Hâkimiyet faaliyetleri bakımından sınır normatiftir. Toplum bakımından bağlayıcı karar üretme yetkisinin devletin anayasal örgütlenmesine ait olması, bu faaliyetlerin piyasa faaliyeti olarak yürütülmesini engellemektedir. Hizmet faaliyetleri bakımından ise aynı zorunluluk her durumda mevcut değildir. Bir hizmetin piyasa mekanizması içerisinde sunulup sunulamayacağı, edimin ekonomik özelliklerine ve hukuk düzeninin söz konusu ihtiyacın karşılanmasına ilişkin tercihiine bağlı olarak değişmektedir.

İktisat teorisindeki kamusal mal ayrımı, özellikle hizmet faaliyetlerinin piyasalaştırılabilirlik derecesinin açıklanması bakımından yararlı bir analitik araç sunmaktadır. Bir edimden yararlanmanın kişiler bakımından sınırlandırılıp sınırlandırılmaması ve bir kişinin yararlanmasının diğerlerinin yararlanmasını azaltıp azaltmaması, piyasa mekanizmasının söz konusu ihtiyacı hangi ölçüde karşılayabileceğini belirlemektedir. Samuelson tarafından geliştirilen saf kamusal mal yaklaşımı bu farklılığın açıklanmasında hareket noktasını oluşturmaktadır.¹⁴⁷

Ancak iktisadi anlamdaki kamusal mal kavramı ile bu çalışmada kullanılan kamusal faaliyet kavramı özdeş değildir. İktisadi ölçütler bir faaliyetin piyasa içerisinde

¹⁴⁷ **Paul A. Samuelson**, “The Pure Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, C. 36, S. 4, 1954, s. 387-389. Samuelson “kolektif tüketim malları”nı (collective consumption goods), bir kişinin tüketiminin diğer kişilerin tüketiminde bir eksilmeye yol açmadığı mallar olarak tanımlamaktadır (s. 387).

sunulabilirliğini açıklarken, kamusal faaliyet niteliği hukuki ve siyasal üstlenme ilişkisine dayanmaktadır. Dolayısıyla dışlanamazlık ve rakip olmama özellikleri, kamusal faaliyetin genel tanımının yerine geçmemekte; kamusal faaliyet alanının hangi kesimlerinin piyasadan ayrılmasının zorunlu, hangi kesimlerinin ise siyasal ve hukuki tercihlere bağlı olduğunu açıklamaktadır.

1.2.3.2. Kamusal Faaliyet Alanının Bileşenleri

Kamusal faaliyet alanı, piyasalaştırılabilirlik ölçütü esas alındığında iki bileşenden oluşmaktadır. Aşağıda önce bu ayrımın iktisadi dayanağını oluşturan dışlanamazlık ilkesi, ardından piyasa faaliyeti alanından ayrılması zorunlu olan saf kamusal faaliyetler ile bu zorunluluğun bulunmadığı yarı kamusal faaliyetler ele alınmaktadır.

1.2.3.2.1. Dışlanamazlık İlkesi

İktisat teorisinde saf kamusal malların belirlenmesinde kullanılan iki temel özellik rakip olmama (*non-rivalry*) ve dışlanamazlıktır (*non-excludability*). Rakip olmama, bir kişinin mal veya hizmetten yararlanmasının diğer kişilerin yararlanma imkânını azaltmamasını; dışlanamazlık ise belirli kişilerin söz konusu mal veya hizmetin sağladığı faydadan yararlanmasının teknik veya ekonomik olarak engellenememesini ifade etmektedir.¹⁴⁸

Dışlanamazlık piyasa mekanizması bakımından özel bir sorun doğurmaktadır. Bir edimin sağladığı faydadan bedel ödemeyen kişilerin dışlanması mümkün olmadığında, bireylerin maliyetine katılmaksızın bu faydadan yararlanabilmesi söz konusu olmaktadır. Serbest yararlanma (*free rider*) olarak ifade edilen bu durum, faaliyetin özel girişim tarafından piyasa koşulları içerisinde yeterli düzeyde sunulmasını güçleştirmektedir.¹⁴⁹ Bu nedenle

¹⁴⁸ Samuelson, “The Pure Theory of Public Expenditure”, s. 387. Samuelson’ın tanımı rakip olmama özelliğine dayanmakta; dışlanamazlık ölçütü kamu maliyesi literatüründe “dışlama ilkesi” (exclusion principle) üzerinden sonradan geliştirilmiştir: bkz. **Richard A. Musgrave**, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, McGraw-Hill, New York 1959.

¹⁴⁹ Bedel ödemeksizin yararlanma sorunu Samuelson tarafından, kolektif tüketim mallarında her bireyin gerçek tercihini gizleyerek ilgisini olduğundan az göstermesinin kendi çıkarına olması biçiminde ifade edilmiştir: Samuelson, “The Pure Theory of Public Expenditure”, s. 388-389. Sorunun “serbest yararlanma” (free rider) terimiyle kolektif eylem çerçevesinde işleniş için bkz. **Mancur Olson**, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1965.

dışlanamazlık, belirli toplumsal ihtiyaçların piyasa mekanizmasına bırakılmasının neden yetersiz kalabileceğini açıklayan iktisadi bir gerekçe sunmaktadır.

Bununla birlikte dışlanamazlık, bir faaliyetin hukuken kamusal faaliyet sayılmasının doğrudan ölçütü değildir. Bu çalışmada kamusal niteliği kuran unsur üstlenme ilişkisidir. Dışlanamazlık ise üstlenmenin iktisadi nedenlerinden birini ve kamusal faaliyet alanından piyasa faaliyeti alanına geçişin maddi sınırlarından birini açıklamaktadır. Bu nedenle dışlanamazlık ilkesi, üstlenme ölçütünün alternatifi olarak değil, kamusal faaliyet alanının iç yapısını açıklayan tamamlayıcı bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.

1.2.3.2.2. Saf Kamusal Faaliyetler

Kamusal faaliyet alanının ilk bileşenini, bu çalışmada saf kamusal faaliyetler olarak adlandırılan ve piyasa faaliyeti alanından ayrılması mümkün olmayan faaliyetler oluşturmaktadır. Bu faaliyetlerin kamusal faaliyet alanına zorunlu aidiyeti tek bir nedene dayanmamaktadır. Hâkimiyet faaliyetlerinde zorunluluk normatif; belirli hizmet faaliyetlerinde ise faaliyetin ekonomik özelliklerinden kaynaklanan işlevsel bir nitelik taşımaktadır.

Hâkimiyet faaliyetlerinin tamamı bu anlamda saf kamusal faaliyet niteliğindedir. Yasama, yürütme ve yargı aracılığıyla toplum bakımından bağlayıcı karar üretme, devletin anayasal kuruluşuna ait bir yetkinin kullanılmasını ifade etmektedir. Bu faaliyetlerin piyasalaştırılamamasının nedeni dışlanamazlık ölçütü değildir. Belirleyici olan, bağlayıcı karar üretme yetkisinin siyasal sistemin kurucu ve anayasal yapısına ait olmasıdır. Bu nedenle hâkimiyet faaliyetlerinin saf kamusal niteliği iktisadi değil, normatif bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır.

Buna karşılık bazı hizmet faaliyetlerinin kamusal faaliyet alanından ayrılmasının güçlüğü, faaliyetin ekonomik özelliklerinden kaynaklanabilir. Dışlanamazlık ve rakip olmama özelliklerinin birlikte bulunduğu hizmetlerde piyasa mekanizmasının bedel ödemeyen kişileri faydadan dışlayamaması, faaliyetin özel mübadele ilişkileri içerisinde yeterli biçimde sunulmasını engelleyebilir.¹⁵⁰ Bu tür faaliyetlerin kamusal faaliyet

¹⁵⁰ Samuelson, “The Pure Theory of Public Expenditure”, s. 387-389.

alanında bulunması, hâkimiyet faaliyetlerinden farklı olarak bağlayıcı karar üretme niteliğine değil, toplumsal ihtiyacın piyasa mekanizması aracılığıyla karşılanmasındaki yapısal güçlüğü dayanmaktadır.

Saf kamusal faaliyet kategorisi böylece kamusal faaliyet alanının alt sınırını göstermektedir. Bir tarafta anayasal yetki düzeni nedeniyle piyasaya bırakılamayan hâkimiyet faaliyetleri, diğer tarafta ekonomik nitelikleri nedeniyle piyasa mekanizmasının karşılamakta yetersiz kaldığı hizmetler bulunmaktadır. Kamusal faaliyet alanının bundan sonraki kesiminde ise bu zorunluluk zayıflamakta ve faaliyetin kamusal veya piyasa alanında yürütülmesi siyasal üstlenme tercihinin daha açık hâle gelmektedir.

1.2.3.2.3. Yarı Kamusal Faaliyetler

Kamusal faaliyet alanının ikinci bileşenini, maddi nitelikleri itibarıyla piyasa mekanizması içerisinde de sunulabilen ancak siyasal sistem tarafından karşılanması üstlenilmiş ihtiyaçlara yönelik faaliyetler oluşturmaktadır. Bu çalışmada söz konusu faaliyetler yarı kamusal faaliyetler olarak adlandırılmaktadır. Eğitim, sağlık ve ulaşım gibi faaliyetlerde yararlanacak kişilerin belirlenmesi ve hizmetten yararlanmanın belirli koşullara veya bedele bağlanması teknik olarak mümkün olduğundan, bu faaliyetler saf kamusal faaliyetlerdeki anlamda dışlanamaz değildir. Buna rağmen bunların toplum bakımından taşıdığı önem, yarattıkları dışsallıklar, erişimin güvence altına alınması gereği veya siyasal ve anayasal tercihler, devletin bu ihtiyaçların karşılanmasını üstlenmesine yol açabilmektedir.¹⁵¹

Yarı kamusal faaliyetlerde üstlenme ile piyasalaştırılabilirlik arasındaki ayrım özellikle görünür hâle gelmektedir. Faaliyetin piyasa tarafından sunulabilir olması, devletin onu kamusal bir yükümlülük olarak üstlenmesine engel değildir. Aynı şekilde devletin belirli

¹⁵¹ Piyasada sunulabilmesine rağmen toplumsal önemi nedeniyle kamusal olarak karşılanması tercih edilen ihtiyaçların kamu maliyesi literatüründe “erdemli istekler” (merit wants) kavramıyla ele alınması için bkz. Musgrave, *The Theory of Public Finance*, s. 13-14. Anayasa’nın eğitim (m. 42), sağlık (m. 56) ve sosyal güvenlik (m. 60) alanlarında devlete yüklediği görevler, bu tercihin anayasal düzeyde yapıldığı örnekleri oluşturmaktadır; bkz. yukarıda dn. 139. İdare hukuku öğretisinde de devletin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak üstlenmesinin nedenleri iki düzeyde açıklanmaktadır: ihtiyacın özel girişim yoluyla hiç karşılanamaması hâlinde hizmet tekel olarak yürütülmekte; özel girişime bırakıldığında tam ve kesintisiz karşılanamaması hâlinde ise idare hizmeti kendisi yürütmekle birlikte ruhsat ve imtiyaz yoluyla aynı etkinliği özel girişime de açmaktadır: **Özay**, s. 118; bir faaliyetin özel teşebbüsçe hiç ya da yeterince yapılmadığı için kamu kuruluşlarınca üstlenildiği yönünde **Duran**, s. 309; aynı yönde **Özay**, s. 112.

bir ihtiyacın karşılanmasını üstlenmesi de faaliyetin mutlaka devlet örgütü içerisinde ve emanet usulüyle yürütülmesini gerektirmez. Faaliyetin ekonomik olarak ayrıştırılabilir ve özel kişiler tarafından gerçekleştirilebilir olması, üstlenme ile yürütmenin birbirinden ayrılmasına imkân vermektedir.

Bu özellik yarı kamusal faaliyetleri, kamusal faaliyet alanı ile piyasa faaliyeti alanı arasındaki ilişkinin en hareketli kesimi hâline getirmektedir. Devlet faaliyeti doğrudan kendi örgütü eliyle yürütebilir; yürütülmesini belirli koşullar altında özel kişilere bırakabilir; kamu ve özel kesimin birlikte yer aldığı modeller kurabilir veya hukuki ve siyasal tercihler değiştiğinde belirli bir faaliyeti kamusal yükümlülük alanından çıkarabilir.¹⁵² Bu ihtimallerin her birinde faaliyetin maddi konusu aynı kalabilmekte, değişen unsur devletin üstlenme ilişkisi ile faaliyetin yürütülme biçimi olmaktadır.

Bu nedenle yarı kamusal faaliyetler, ceza hukukunda kamu görevlisi kavramı bakımından da özel önem taşımaktadır. Hâkimiyet faaliyetlerinde faaliyet ile kamusal örgütlenme büyük ölçüde örtüşürken, yarı kamusal hizmetlerde faaliyetin kamusal niteliği ile onu yürüten kişinin özel hukuk statüsü birbirinden ayrılabilir. TCK m. 6/1-c'nin organik veya istihdama dayalı bir ölçüt yerine kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmayı esas almasının pratik önemi de özellikle bu alanda ortaya çıkmaktadır. Faaliyetin hangi yöntemlerle özel kişilerin katılımıyla yürütülebileceği, izleyen başlıkta kamusal faaliyetlerin yürütülme usulleri kapsamında ele alınacaktır.

1.2.4. Kamusal Faaliyetlerin Yürütülme Usulü

Kamusal faaliyet alanında yürütülen faaliyetlerin ortak özelliği, devletin faaliyet alanına dâhil edilmiş olmalarıdır. Bununla birlikte bir faaliyetin devlet tarafından üstlenilmiş olması, faaliyetin hangi kişi veya örgüt aracılığıyla yürütüleceğini kendiliğinden belirlememektedir. Bu nedenle kamusal faaliyetin niteliği ile yürütülme usulünün birbirinden ayrılması gerekir. Üstlenme, faaliyetin kamusal faaliyet alanına aidiyetini; yürütülme usulü ise bu faaliyetin hangi aktör tarafından ve hangi hukuki ilişki içerisinde gerçekleştirildiğini ifade etmektedir.

¹⁵² Bkz. yukarıda dn. 143.

Kamusal faaliyetlerin yürütölme usulleri, hâkimiyet faaliyetleri ile hizmet faaliyetlerinin farklı nitelikleri nedeniyle birbirinden ayrılmaktadır. Hâkimiyet faaliyetleri toplum bakımından bağlayıcı karar üretme yetkisinin kullanılmasına ilişkin olduğundan, bunların yürütölmesi devletin anayasal örgütlenmesine ve yetkinin ilgili organlara isnadına bağlıdır. Yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinin kimler tarafından gerçekleştirileceği bu nedenle öncelikle anayasal yetki düzeni içerisinde belirlenmektedir.¹⁵³ Hizmet faaliyetlerinde ise üstlenme ile yürütme birbirinden ayrılabilirdiğinden, devlet üstlendiği faaliyeti kendi örgütü ve personeli eliyle gerçekleştirebileceği gibi belirli koşullar altında özel kişilerin faaliyetin yürütölmesine katılmasını da sağlayabilir.

Bu farklılık kamusal faaliyetin yürütölmesine katılan kişinin hukuki konumunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Hâkimiyet faaliyetlerinde katılım, anayasal yetkinin kullanılması veya bu yetkinin kullanıldığı örgütsel yapı içerisindeki görevle bağlantılıyken; hizmet faaliyetlerinde kişinin kamusal faaliyete katılması farklı hukuki ilişkiler üzerinden gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle aşağıda önce hâkimiyet faaliyetlerinin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları içerisindeki yürütölme biçimleri, ardından hizmet faaliyetlerinin emanet, yetkilendirme ve kamu-özel iş birliği usulleriyle yürütölmesi incelenecektir.

1.2.4.1. Hâkimiyet Faaliyetlerinin Yürütölmesi

Hâkimiyet faaliyetleri, siyasal sistemin toplum bakımından bağlayıcı karar üretme kapasitesinin kullanılmasına ilişkin faaliyetlerdir. Bu faaliyetlerin kamusal niteliği, belirli bir ihtiyacın karşılanması sonradan üstlenilmesinden kaynaklanmamakta; devletin kurucu ve anayasal örgütlenmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı nedenle hâkimiyet faaliyetlerinin yürütölmesi de hizmet faaliyetlerinde olduğu biçimde devlet ile piyasa arasında tercih edilebilecek farklı yürütme usullerine konu olmamaktadır. Yetkinin hangi organ tarafından ve kimler eliyle kullanılacağı anayasal düzeyde belirlenmektedir.

¹⁵³ Yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirilmesi (AY m. 8) ile idarenin kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenen bir bütün olması (AY m. 123/1), yürütme faaliyetinin devlete isnadının anayasal çerçevesini oluşturmaktadır. İdare işlevinin kamu gücü ve usulleri kullanılarak kamusal faaliyetlerin yürütölmesi olarak tanımlanması için Tan, *İdare Hukuku*, s. 333-334; kamu kudreti ölçütü için **Yayla**, s. 28-29.

Anayasa'nın 6. maddesinde egemenliğin, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağına belirtilmesi, hâkimiyet faaliyetlerinin yürütülmesinin genel esasını ortaya koymaktadır. Bu genel esas yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarında farklı kurumsal ilişkiler aracılığıyla somutlaşmaktadır. Yasama yetkisi, Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup devredilemez; bu faaliyet seçilmiş milletvekilleri aracılığıyla siyasal temsil esasına göre yürütülmektedir. Yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmakta ve yerine getirilmekte; yürütmenin idari örgütlenme içerisinde gerçekleştirilmesi ise yetki, görev ve organ ilişkileri aracılığıyla devlete isnat edilmektedir. Yargı yetkisi ise Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılmaktadır.¹⁵⁴

Bu üç fonksiyonun devlete isnadı aynı hukuki ilişkiye dayanmamaktadır. Yasama faaliyetinde siyasal temsil, yürütme ve idari teşkilat içerisinde anayasal yetki ile organ ve görev ilişkileri, yargıda ise mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı belirleyicidir. Özellikle yargı bakımından "Türk Milleti adına" karar verilmesi, hâkimin herhangi bir kişi veya yürütme organının temsilcisi olduğu anlamına gelmemektedir. Yargı yetkisinin devlete isnadı, mahkemelerin devletin anayasal fonksiyonlarından birini yerine getirmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁵ Yargı yetkisinin kullanılması ile bu faaliyetin yürütülmesini destekleyen idari ve yardımcı hizmetlerin örgütlenmesi de bu nedenle birbirinden ayrılmalıdır.

¹⁵⁴ AY m. 6/2, 7, 8 ve 9. Milletvekillerinin seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil bütün Milleti temsil ettikleri yönünde AY m. 80; Cumhurbaşkanının Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil ettiği yönünde AY m. 104/2.

¹⁵⁵ "Türk Milleti adına" ibaresi Anayasa'da yalnızca yargı yetkisi (m. 9) bakımından değil, yasama yetkisi (m. 7) bakımından da kullanılmaktadır. Bu nedenle ibare tek başına bir temsil ilişkisi kurmamaktadır. Yasamada temsil ilişkisi seçimden doğarken (AY m. 75, 80), yargıda hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları ve hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verememesi (AY m. 138/1-2), yetkinin kişisel bir temsil ilişkisine değil anayasal fonksiyonun ifasına dayandığını göstermektedir. Hâkim ve savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olmaları (AY m. 140/6) ise yargı yetkisinin kullanılmasına değil, bu faaliyeti destekleyen idari örgütlenmeye ilişkindir. Asli kural koyma işlevinin demokrasilerde seçimle oluşan organlara, türev düzenleme ve somut uygulamanın büyük ölçüde belli kurallara göre atanmış teknik kişilere, yargı işlevinin ise tarafsız ve güvenceli usullere bağlı bağımsız yargı organına bırakıldığı yönünde **Yayla**, s. 22; yürütmenin içinde siyasilerden ayrı ve onlara karşı güvenceli teknik ve sürekli bir cihazın oluştuğu yönünde aynı eser, s. 22-23.

Hâkimiyet faaliyetlerinin yürütülmesindeki bu farklı ilişkiler, kamusal faaliyete katılan kişilerin belirlenmesi bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Bu nedenle aşağıda yasama, yürütme ve yargı faaliyetleri ayrı ayrı ele alınarak, her bir fonksiyonun hangi kişiler eliyle ve hangi hukuki bağ üzerinden gerçekleştirildiği incelenecektir.

1.2.4.1.1. Yasama Faaliyetlerinin Yürütülmesi

Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir ve devredilemez (AY m. 7). Meclis genel oyla seçilen milletvekillerinden oluşmakta (AY m. 75) ve milletvekilleri seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil etmektedir (AY m. 80). Bu nedenle yasama faaliyetinin yürütülmesi siyasal temsil esasına dayanmaktadır: yasama faaliyetine katılan kişinin yetkisi bir istihdam veya statü ilişkisinden değil, seçimle kurulan temsil ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

Yasama faaliyetinin devlete isnadı da bu temsil ilişkisi üzerinden gerçekleşmektedir. Milletvekilinin oy kullanması, kanun teklifinde bulunması ve Meclisin diğer işlemlerine katılması, Anayasa'nın 87. maddesinde sayılan yasama işlevinin gerçek kişiler eliyle yürütülmesini ifade etmektedir. Yasama faaliyetinin yürütülmesine milletvekilleri dışında kalan kişilerin katılımı ise yasama işlevinin kendisine değil, bu işlevi destekleyen idari hizmetlere ilişkindir; Türkiye Büyük Millet Meclisinin idari teşkilatında görev yapan personel bu nedenle yasama faaliyetini yürüten değil, yürütülmesine destek veren kişiler konumundadır.¹⁵⁶ Yasama faaliyetine siyasal temsil yoluyla katılanların kamusal yetkisi aşağıda siyasal temsil yetkisi başlığı altında (1.3.4.1) ele alınmaktadır.

1.2.4.1.2. Yürütme Faaliyetlerinin Yürütülmesi

Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir (AY m. 8). Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmekte (AY m. 101) ve Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin

¹⁵⁶ AY m. 7, 75, 80 ve 87. Türkiye Büyük Millet Meclisinin idari teşkilatı ve bu teşkilatta görev yapan personel için 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu. Yasama ve yargı organlarının kendi fonksiyonlarına dâhil olmayan işlemlerinin (Türkiye Büyük Millet Meclisinin büro işleri ve personel işlemleri; mahkemelerin kalem işleri ve personel yönetimi) idari fonksiyona dâhil olduğu ve Danıştay tarafından idari işlem olarak denetlendiği yönünde **Günday**, s. 14-15 ve orada anılan Danıştay 5. D., 17.5.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911; yasama ve yargı organlarının ilke olarak idarenin dışında olduğu, ancak işlevlerini gerçekleştirebilmek için “yasama içi idare” ve “yargı içi idare” biçiminde idari örgütlenmelerinin bulunduğu yönünde **Karahanoğulları**, *İdare Hukuku*, s. 15-16.

birliğini temsil etmektedir (AY m. 104/2). Bu yönüyle yürütmenin başında yer alan makam bakımından faaliyetin devlete isnadı, yasamada olduğu gibi seçime dayanan siyasal temsil ilişkisi üzerinden kurulmaktadır.

Yürütme faaliyetinin asıl kütlesini oluşturan idari faaliyet bakımından ise isnat ilişkisi farklıdır. İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir (AY m. 123/1); idarenin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür (AY m. 128/1). İdari teşkilat içerisinde görev yapan kişinin işlemleri, kişisel bir temsil ilişkisine değil, kanunla kurulan örgüt içerisindeki görev ve yetkiye dayanılarak devlete veya ilgili kamu tüzel kişisine isnat edilmektedir.¹⁵⁷ Bu nedenle yürütme faaliyetinin yürütülmesinde siyasal temsil ile kurumsal isnat birlikte bulunmakta; ilki yürütmenin seçilmiş başı bakımından, ikincisi idari teşkilat bakımından belirleyici olmaktadır. Yürütme organının bağlayıcı karar üretmeyen ve kamusal ihtiyaçların fiilen karşılanmasına yönelik faaliyetleri ise hâkimiyet faaliyeti değil, aşağıda ele alınan hizmet faaliyeti niteliğindedir.

1.2.4.1.3. Yargı Faaliyetlerinin Yürütülmesi

Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır (AY m. 9).¹⁵⁸ Yargı faaliyetinin yürütülmesinde ne yasamadaki gibi seçime dayanan bir siyasal temsil ilişkisi ne de idari teşkilattaki gibi hiyerarşik bir kurumsal bağ belirleyicidir. Hâkimler görevlerinde bağımsızdır; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler ve hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez (AY m. 138/1-2). Bu nedenle yargı kararının devlete isnadı, hâkimin herhangi bir kişi veya organı temsil

¹⁵⁷ AY m. 8, 101, 104/2, 123/1 ve 128/1. Yürütme organının siyasal nitelikli faaliyetleri ile idari faaliyetleri arasındaki ayrım için **Günday**, s. 10-14, 23; kamu tüzel kişilerinde organik ve fonksiyonel öğelerin birlikte bulunmasının zorunlu olmadığı yönünde Duran, s. 72.

¹⁵⁸ Yargı fonksiyonunun içeriğine göre (maddi ölçüt) ve yerine getiren organa göre (organik ölçüt) tanımlanabileceği; maddi açıdan yargı fonksiyonunun hukuki uyumsuzlukları çözme faaliyeti olduğu hususunda **Kemal Gözler**, *Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı*, 10. Basıdan Tıpkı Bası, Ekin, Bursa 2020, s. 310 vd. (Duguit'nin üç aşamalı fonksiyonel tanımına atıfla).

etmesinden değil, mahkemenin devletin anayasal fonksiyonlarından birini yerine getirmesinden kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte yargı yetkisinin kullanılması ile bu faaliyetin yürütülmesini mümkün kılan örgütlenme birbirinden ayrılmalıdır. Hâkimler ve savcılar mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yapmakta (AY m. 140/2), idari görevleri yönünden ise Adalet Bakanlığına bağlı bulunmaktadır (AY m. 140/6). Adli teşkilatta görev yapan diğer personel de yargı yetkisini kullanmamakta, yargı faaliyetinin yürütülmesine idari ve yardımcı hizmetlerle katılmaktadır. Buna karşılık tanık, bilirkişi ve tercüman gibi kişiler yargı örgütüne bağlı olmaksızın, kanunun öngördüğü usul içerisinde ve belirli bir yargısal işlemle sınırlı olarak yargı faaliyetinin yürütülmesine katılmaktadır.¹⁵⁹ Yargı faaliyetine bu farklı biçimlerde katılan kişilerin kamusal yetkisi aşağıda kurumsal temsil yetkisi ve münferit işlem yetkisi başlıkları altında (1.3.4.2 ve 1.3.4.3) ele alınmaktadır.

1.2.4.2. Hizmet Faaliyetlerinin Yürütülmesi

Hizmet faaliyetlerinde faaliyetin devlet tarafından üstlenilmesi ile üstlenilen faaliyetin fiilen yürütülmesi birbirinden ayrılabilir. Devletin belirli bir toplumsal ihtiyacın karşılanmasını kendi yükümlülük alanına alması, bu ihtiyaca yönelik edimin mutlaka devletin kendi örgütü ve personeli eliyle sunulmasını gerektirmemektedir. Bu özellik, hizmet faaliyetlerinin hâkimiyet faaliyetlerinden ayrıldığı temel noktalardan birini oluşturmaktadır. Özel kişilerin hizmetin yürütülmesine katılmasının kanunda öngörülmüş olmasını arayan anayasa yargısı içtihadı, siyasal karar unsurunun yürütme usulüne de uzandığını göstermektedir.

Devlet, üstlendiği hizmet faaliyetini öncelikle kendi teşkilatı ve personeli aracılığıyla doğrudan yürütebilir. İdare hukuku öğretisinde emanet usulü olarak ifade edilen bu

¹⁵⁹ AY m. 9, 138/1-2 ve 140/2, 6. Tanık, bilirkişi ve tercümanın bu faaliyetin icrası kapsamında kamu görevlisi sayıldığı yönünde TCK m. 6 gerekçesi; bkz. aşağıda dn. 311. Yargıtay da keşifte dinlenen tanık ile mahalli bilirkişiyi “adli nitelikteki kamusal faaliyetin yürütülüşüne usulünce iştirak etmeleri nedeniyle” kamu görevlisi saymaktadır: Yarg. 18. CD, 12.04.2017, E. 2015/22093, K. 2017/4217; bkz. aşağıda dn. 193. Yargı içi idare için bkz. yukarıda dn. 156.

yöntemde üstlenme ve yürütme aynı kamusal örgütlenme içerisinde birleşmektedir.¹⁶⁰ Buna karşılık hizmetin yürütülmesi belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde özel kişilere bırakıldığında, devletin faaliyetin kamusal niteliğini kuran üstlenme iradesi devam etmekle birlikte yürütme özel hukuk kişinin katılımıyla gerçekleştirilmektedir. Yetkilendirme usulleri bu ikinci ihtimalin farklı hukuki görünümünü oluşturmaktadır. Kamu-özel iş birliği modellerinde ise kamu ve özel kesimin hizmetin finansmanı, kurulması ve işletilmesindeki rollerinin farklı biçimlerde bir araya geldiği daha karmaşık bir yürütme yapısı ortaya çıkmaktadır.

Hizmet faaliyetinin özel kişi tarafından yürütülmesi, faaliyeti kendiliğinden piyasa faaliyetine dönüştürmemektedir. Önceki başlıklarda ortaya konulduğu üzere belirleyici olan, faaliyetin devlet tarafından üstlenilmiş bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik olma niteliğini koruyup korumadığıdır. Dolayısıyla üstlenme ilişkisinin devam ettiği hâllerde yürütücünün özel hukuk kişisi olması ile faaliyetin kamusal faaliyet alanında bulunması birlikte mümkün olabilmektedir.¹⁶¹

Hizmetin özel kişi tarafından yürütülmesinin faaliyetin niteliğini nasıl etkilediği, Jèze'in kamu hizmeti anlayışındaki değişkenler üzerinden gösterilebilir. Jèze'de kamu hizmetinin varlığı iki değişkene bağlıdır: karşılanan ihtiyacın ortak nitelik taşıması ve yönetenlerin bu ihtiyacın kamu hukuku usulleriyle karşılanmasına karar vermiş olması. Karahanoğulları'nın aktardığı biçimiyle bu iki değişkenin birlikte veya ayrı ayrı bulunmasına göre dört ihtimal ortaya çıkmaktadır. Ortak ihtiyacın kamu hukuku usulleriyle ve idare eliyle karşılandığı ilk ihtimal kamu hizmetidir; bu ihtimal, çalışmanın

¹⁶⁰ Emanet usulünde hizmeti görenlerin kamu görevlisi olduğu kabul edilmektedir: Tan, *İdare Hukuku*, s. 360; imtiyaz usulünde ise imtiyaz sahibi ile çalıştırdığı kişiler arasındaki ilişki özel hukuk ilişkisidir: aynı eser, s. 379. Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu hizmet ve faaliyetlerinin “bizâtihi idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır”; kamu gücüne özgü olmayanların, sorumluluk idarede kalmak ve sürekli gözetim ve denetim altında bulunmak kaydıyla özel kişilere gördürülmesi ise kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlıdır: AYM, 7.5.2002, E. 2000/17, K. 2002/46 (aktaran Tan, *İdare Hukuku*, s. 359-360). İdari yargının özel kişilerden yararlanma uygulamaları için açık yasal dayanak aradığı yönünde aynı eser, s. 363.

¹⁶¹ Bkz. yukarıda dn. 140 ve orada anılan Anayasa Mahkemesi kararı. Özel teşebbüsçe yürütülen ulaşım, haberleşme ve öğretim gibi faaliyetlerin, organik anlamda kamu hizmeti olmamakla birlikte öğretide “virtüel” ya da “fonksiyonel kamu hizmeti” sayıldığı ve bu nitelendirmenin sonucunun, bunlar üzerindeki denetimin salt kolluk denetimi olmayıp içerik denetimi niteliği taşıması olduğu yönünde krş. Özay, s. 113; ruhsatla yürütülen faaliyetlerde denetimin niteliğinin faaliyetin virtüel kamu hizmeti sayılıp sayılmamasına göre değiştiği yönünde aynı eser, s. 134.

kavramlarıyla, emanet usulüyle yürütülen üstlenilmiş hizmet faaliyetine karşılık gelmektedir. Ortak ihtiyacın, kamu hukuku usullerinden yararlanmak üzere yetkilendirilmiş bir özel kişi eliyle karşılandığı ikinci ihtimal de Jèze'de kamu hizmetidir; çalışmada bu ihtimal, yetkilendirme usulleri ve kamu-özel iş birliği modelleriyle yürütülen üstlenilmiş hizmet faaliyetini ifade etmektedir. Ortak ihtiyacın idare tarafından münhasıran özel hukuk usulleriyle karşılandığı üçüncü ihtimali Jèze idari işletme olarak nitelendirmekte ve kamu hizmeti saymamaktadır; çalışmada bu ihtimalde üstlenme iradesinin ayrıca araştırılması gerekmekte, üstlenme varsa hizmet faaliyeti, yoksa kamu aktörü eliyle yürütülen bir piyasa faaliyeti söz konusu olmaktadır. Ortak ihtiyacın özel kişi tarafından karşılandığı ve idarenin yalnızca düzenleme ve denetimle yetindiği dördüncü ihtimal ise Jèze'de düzenlenmiş özel girişimdir ve kamu hizmeti değildir; çalışmada bu ihtimal, düzenlenmiş faaliyetin üstlenilmiş faaliyetten farklı olması nedeniyle piyasa faaliyeti olarak nitelendirilmektedir. Ortak ihtiyacın bulunmadığı hâllerde ise her iki yaklaşımda da kamu hizmetinden söz edilemez ve faaliyet piyasa faaliyetidir.¹⁶²

Bu karşılaştırma iki sonucu görünür kılmaktadır. İlk olarak ortak ihtiyacın varlığı Jèze'de de tek başına kamu hizmetini kurmamakta; faaliyetin niteliği yönetenlerin usul tercihinine göre değişmektedir. Bu tespit, çalışmada kamusal faaliyet ile piyasa faaliyeti arasındaki sınırın faaliyetin maddi içeriğine sabitlenemeyeceği yönünde ulaşılan sonuçla örtüşmektedir. İkinci olarak özel kişinin kamu hukuku usullerinden yararlanmak üzere yetkilendirilmesi ile özel kişinin düzenlenmiş bir alanda kendi hesabına faaliyet göstermesi Jèze'de de birbirinden ayrılmakta; ilki kamu hizmetinin özel kişi eliyle yürütülmesini, ikincisi düzenlenmiş özel girişimi ifade etmektedir.

Bununla birlikte çalışmanın ölçütü Jèze'inkiyle tam olarak örtüşmemektedir. Jèze kamu hukuku usullerini kamu hizmetinin kurucu unsuru olarak ele alırken, bu çalışmada belirleyici olan üstlenme iradesidir; kamu hukuku usullerinin kullanılabilir kılınması bu iradenin en güçlü göstergesi olmakla birlikte, iradenin başka biçimlerde de ortaya konulması mümkündür. Bu nedenle üçüncü ihtimalde, idarenin ortak bir ihtiyacı

¹⁶² Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 45. İhtimaller, Karahanoğulları'nın aktardığı değişkenler esas alınarak çalışmanın kavramlarıyla ilişkilendirilmiştir; Jèze'de idari işletme ve düzenlenmiş özel girişim kategorileri için bkz. yukarıda dn. 131 ve 121.

münhasıran özel hukuk usulleriyle karşıladığı hâllerde faaliyetin niteliği usul tercihinden değil, ihtiyacın karşılanması devletin yükümlülük alanına alınıp alınmadığından hareketle belirlenmelidir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetleri bu ihtimalin başlıca görünümünü oluşturmakta olup aşağıda ayrıca ele alınmaktadır (1.3.1.3).¹⁶³ Öğretide kamu örgütüncü yürütülen her üretimin kamusal nitelik taşıdığı görüşü de savunulmaktadır.

Bu ayrım TCK m. 6/1-c bakımından özel önem taşımaktadır. Hizmet faaliyetlerinin farklı usullerle yürütülebilmesi, kamusal faaliyete katılan kişi ile devlet arasındaki hukuki ilişkinin tek bir istihdam veya statü ilişkisine indirgenmesini engellemektedir. Bu nedenle kamu görevlisi kavramının kapsamının belirlenmesinde yalnızca kişinin kamu örgütü içerisindeki konumunun değil, hangi yürütme usulü kapsamında ve ne ölçüde kamusal faaliyetin gerçekleştirilmesine katıldığına da değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda bu ihtimaller emanet usulü, yetkilendirme usulleri ve kamu-özel iş birliği modelleri bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

1.2.4.2.1. Emanet Usulü

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde temel usul, hizmetin kamu tüzel kişisi tarafından kendi teşkilatı, personeli ve araçlarıyla doğrudan yerine getirildiği emanet usulüdür. Bu usulde hizmetin üstlenilmesi ile yürütülmesi aynı kamu tüzel kişisinde birleşmekte; hizmetin görülmesine özel bir kişi dâhil edilmemektedir. Dolayısıyla faaliyetin kamusal niteliği ile faaliyeti yürüten örgütsel yapının kamusal niteliği örtüşmektedir.

Bununla birlikte, kamu tüzel kişilerinin kendi teşkilatları içerisinde yürüttükleri görevlerin tamamı aynı hukuki rejime tabi değildir. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası, devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare

¹⁶³ Kamusal yönetim biçiminin artık kamu hizmetinin bir ögesi ve şartı olmadığı yönünde **Duran**, s. 306; kamulaştırma, vergileme, ceza kesme ve tekel kurma gibi kamu yetki ve usullerinin öngörülmesinin kanun koyucunun iradesini gösteren birer karine olduğu, bunların tümünün bir arada bulunmasının gerekmediği ve bu karinenin özellikle özel kişilerce yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğini saptamada etkili olduğu yönünde aynı eser, s. 309; emanet usulünü belirleyen unsurun hizmetin bir kamu tüzel kişisince üstlenilip yürütülmesi olduğu, kamusal ya da özel usullerle yürütülmesinin bu bakımdan önem taşımadığı yönünde **Özay**, s. 129. Aksi yönde **Karahanogulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 54: yazara göre devlet örgütlenmesi hiçbir zaman tamamen piyasa ilkelerine tabi olarak üretim yapamaz; bu nedenle kamu örgütüncü yürütülen her faaliyet, içeriği özel faaliyetle aynı olsa bile kamusal faaliyet ve kamu hizmetidir (belediye fırını örneği). Bu görüşte belirleyici olan faaliyetin konusu değil, üretimi gerçekleştirenin siyasal örgüt olmasıdır.

esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini öngörmektedir. Böylece Anayasa, kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından belirli bir görev alanını yalnızca hizmetin kamu tarafından üstlenilmesine değil, aynı zamanda kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesine bağlamaktadır.

Bir görevin bu kapsamda asli ve sürekli nitelik taşıyıp taşımadığı, onu yerine getiren personele verilen unvandan ziyade görevin niteliği ve içeriğine göre belirlenmektedir. Özellikle kamu gücünün kullanılmasını, tek taraflı ve icrai karar alınmasını, bu kararların uygulanmasını veya uygulanmasının denetlenmesini gerektiren görevler bu alanın çekirdeğini oluşturmaktadır. Millî savunma, adalet ve kolluk faaliyetleri ile vergi, ruhsatlandırma, idari yaptırım ve benzeri alanlarda kamu gücünün doğrudan kullanılmasını gerektiren görevler bunun belirgin örnekleridir. Bu görevlerin ortak özelliği, faaliyetin yalnızca kamu yararına yönelik olması değil, devlet adına kamusal yetki kullanılmasını gerektirmesidir.¹⁶⁴

AY m. 128'in öngördüğü bu rejim, kamu görevlisi kavramı bakımından da önem taşımaktadır. Asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesinin anayasal olarak öngörüldüğü bu alanda, faaliyetin kamusal niteliği ile kişinin kamu örgütü içerisindeki konumu kural olarak birbirinden ayrılmamaktadır. Bu nedenle TCK m. 6/1-c bakımından asıl sınır problemi, kamusal faaliyetin bu biçimde doğrudan kamu eliyle yürütüldüğü hâllerden ziyade, kamu hizmetinin yürütülmesine özel kişilerin dâhil edildiği hâllerde ortaya çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle yürütülmesine ilişkin usuller bu bakımdan ayrıca ele alınmalıdır.

1.2.4.2.2. Yetkilendirme Usulleri

Kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle yürütülmesi farklı hukuki usuller aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bu usuller, özel kişinin hizmetin yürütülmesine katılmasını sağlayan hukuki işlemin niteliği, hizmetin finansmanı, işletme riskinin kime ait olduğu ve idarenin hizmet üzerindeki yetkilerinin kapsamı bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, kolluk yetkilerinin ve kamu gücü kullanımını gerektiren icrai kararların Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği yönündeki içtihadı için bkz. Tan, *İdare Hukuku*, s. 336-338.

Klasik idare hukukunda ruhsat, imtiyaz, müşterek emanet ve iltizam biçiminde ortaya çıkan bu yöntemlere, kamu hizmetlerinin finansman ve işletme biçimlerindeki değişime bağlı olarak yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala-devret ve işletme hakkının devri gibi modeller eklenmiştir.¹⁶⁵

Müşterek emanet usulünde kamu hizmetinin yürütülmesi özel kişiye bırakılmakla birlikte, hizmet idare hesabına işletilmektedir. Hizmetin gerektirdiği sermaye ile işletmenin hasar ve zararı idareye ait olup, özel kişi hizmetin işletilmesini üstlenmektedir. İşletmeciye elde edilen hasılatın belirli bir pay verilmesi veya götürü bir işletme ücreti ödenmesi mümkündür.

Bu özellik müşterek emaneti imtiyaz usulünden ayırmaktadır. İmtiyazda işletme riski esas itibarıyla özel kişiye aitken, müşterek emanette mali risk idare üzerinde kalmaktadır. Dolayısıyla özel kişi hizmetin yürütülmesine fiilen katılmakla birlikte hizmeti kendi hesabına değil, idare hesabına yürütmektedir. Tarihsel olarak çeşitli kamu hizmetlerinde uygulanmış olan müşterek emanet, günümüzde bağımsız bir uygulama alanına büyük ölçüde sahip olmamakla birlikte, kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle yürütülmesinin klasik yöntemlerinden biri olarak önemini korumaktadır.¹⁶⁶

Ruhsat usulünde özel kişinin kamu hizmetinin yürütülmesine katılması, idarenin tek taraflı işlemiyle gerçekleşmektedir. İdare ile özel kişi arasında bir sözleşme kurulmadan, özel kişiye belirli bir kamu hizmeti alanında faaliyette bulunma izni verilmektedir. Bu yöntemin uygulanabilmesi, söz konusu faaliyetin kanunla idare lehine tekel konusu

¹⁶⁵ Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinin (imtiyaz, ruhsat, yap-işlet-devret, hizmet satın alma) hizmetin niteliğine etkisi için bkz. **Faruk Ataay**, “Neoliberal Reformlar, Devletin Yeniden Yapılandırılması ve Kamu Hizmetlerinde Dönüşüm”, *Akdeniz İİBF Dergisi*, C. 15, S. 30, 2015, s. 20-39, s. 34-36; “minimal devlet”ten “düzenleyici devlet”e geçiş ve hizmet üretiminde çok aktörlü düzen için **Ceren Kalfa/Faruk Ataay**, “Yönetişim: Devlet-Toplum İlişkilerinde Yeni Bir Aşama”, *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 17, S. 3, 2008, s. 229-240, s. 235-236.

¹⁶⁶ Emanet ile imtiyazın iki ideal tip oluşturduğu, müşterek emanetin (régie intéressée) ve devlet desteğiyle riskin zayıfladığı sınırlı riskli imtiyazın bunlar arasında karma yöntemler olduğu yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 324; imtiyazın kâr ve risk unsuruyla tanımlanması için aynı eser, s. 322-323. Müşterek emanette sermayenin idareye ait olduğu, imtiyazdan tek farkın hasarın kime ait olduğu noktasında görüldüğü ve özel kişinin idare hesabına iş gören sıfatıyla bir tür prim aldığı yönünde **Özay**, s. 130-131; müteşebbisin yalnızca bilgi, beceri ve emeğini koyup zarar görmediği ve usulün uygulamada pek az kullanıldığı yönünde **Duran**, s. 333. Usulün ülkemizdeki klasik tek örneği olarak Osmanlı dönemindeki sahil fenerlerinin kurulup işletilmesi gösterilmektedir: **Özay**, s. 130, dn. 317 (Onar’a atıfla).

yapılmamış olmasını gerektirir. Özel öğretim kurumları, özel sağlık kuruluşları ve şehir içi toplu taşıma faaliyetleri bu yöntemin başlıca örneklerini oluşturmaktadır.

Hizmetin özel kişi tarafından yürütülmesi, idarenin hizmet üzerindeki düzenleme ve denetim yetkisini ortadan kaldırmaz. Hizmetin yürütülme koşulları ve standartları idare tarafından belirlenebilmekte; bunlara aykırılık hâlinde yaptırım uygulanması ve gerektiğinde ruhsatın geri alınması mümkün olabilmektedir. Buna karşılık ruhsat sahibi özel kişinin personeli ve üçüncü kişilerle kurduğu hukuki ilişkiler kural olarak özel hukuk hükümlerine tabidir. Böylece ruhsat usulünde hizmetin kamusal niteliği ile hizmeti yürüten kişinin özel hukuk statüsü birbirinden ayrılmaktadır.¹⁶⁷ İdare hukuku öğretisinde ruhsatla yürütülen faaliyetin kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olmakla birlikte, bu tartışma faaliyetin idare hukukundaki nitelendirilmesine ilişkin olup TCK m. 6/1-c bakımından belirleyici olan üstlenme ilişkisinin devam edip etmediğidir.

Kamu hizmeti imtiyazı, bir kamu hizmetinin kurulmasının veya işletilmesinin, idare ile özel kişi arasında yapılan sözleşmeyle ve belirli bir süre için özel kişiye bırakılmasıdır. İmtiyaz usulünde hizmet için gerekli sermaye imtiyaz sahibi tarafından sağlanmakta ve

¹⁶⁷ Yasayla idare lehine tekel kurulmamışsa ortak ve genel ihtiyaçlara yönelik etkinliklerin özel kişilerce de yürütülebileceği, bu usulde idare ile özel kişi arasında sözleşme bulunmayıp ilişkinin temelini tek yanlı idari işlemin oluşturduğu, belediye sınırları içinde toplu taşımacılık ile özel eğitim ve sağlık kurumlarının başlıca örnekler olduğu, bu alanda değişmeyen tek ilkenin faaliyetin asıl sahibi ve sorumlusunun idare olması olduğu ve en hafif yaptırımın iznin geri alınması olduğu yönünde **Özay**, s. 133-134. İzin (ruhsat) usulüyle özel kişilerce yürütülen ve “virtüel kamu hizmeti” olarak anılan hizmetlerde idarenin denetiminin kolluk denetimini aşarak hizmete içten müdahaleye vardığı yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 362; Anayasa Mahkemesi’nin özel öğretim kurumlarının durumunu imtiyaza benzettiği kararı için AYM, 12.4.1990, E. 1990/4, K. 1990/6 (aktaran aynı eser, s. 362, dn. 160); toplu taşıma hizmetinin “imtiyaz veya tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle” gördürülebilmesi için 5393 sayılı Kanun m. 15/2 ve **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 371. Ruhsat usulünün örnekleri (625 sayılı Kanun: özel okul; 2219 sayılı Kanun: özel hastane; Belediye Kanunu m. 19/5: otobüs işletmeciliği) için **Bilgen**, s. 114-115. Buna karşılık ruhsatın kolluk yetkisinin aracı olduğu ve kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi sayılamayacağı, ruhsat adı verilen kimi uygulamaların (GSM lisansları) gerçekte imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 318-320; imtiyazlı şirketin geçici durumu ile vakıf üniversiteleri dışında özel kişilerin kamu hizmeti görebildiği esasının Türk idare hukukunda henüz yerleşmediği, idareden alınan izinle ve yakın bir idari kolluk denetimi altında faaliyet gösteren özel sağlık kurumları gibi özel kişilerin dahi kamu hizmeti yapıyor sayılmadığı ve kamu hizmetinin idarenin tekelinde olduğu görüşünde **Yayla**, s. 72; Azrak’ın ruhsatla kamu hizmeti görülemeyeceği yönündeki görüşü için **Bilgen**, s. 114, dn. 1. Bu görüşlerde ruhsatla yürütülen faaliyet üzerindeki denetim kolluk denetimi olarak nitelendirilmekte; Özay ise virtüel kamu hizmetlerinde denetimin salt kolluk yetkisi olmayıp içerik denetimi niteliği taşıdığını savunmaktadır (s. 113, 134).

işletmenin kâr ve zarar riski esas itibarıyla özel kişi tarafından üstlenilmektedir.¹⁶⁸ Özel kişi gelirini, hizmetten yararlananlardan tahsil edilen bedeller aracılığıyla elde eder.

Hizmetin özel kişi tarafından işletilmesine rağmen idarenin kamu hizmetinin düzenli ve sürekli biçimde yürütülmesini sağlama yükümlülüğü devam eder. Bu nedenle idare, hizmeti denetleme, hizmetin yürütülme koşullarında kamu yararının gerektirdiği değişiklikleri yapma ve yükümlülüklerin ihlali hâlinde yaptırım uygulama gibi özel hukuk sözleşmelerinde bulunmayan üstün yetkilere sahiptir. İmtiyazın belirli bir süre için verilmesi de yöntemin karakteristik özelliklerindendir; sürenin sonunda hizmetin yürütülmesinde kullanılan ve sözleşme uyarınca devri gereken tesis ve araçlar idareye geçmektedir.

1.2.4.2.3. Kamu-Özel İş Birliği Modelleri

Kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle yürütülmesinde klasik yöntemlerin yanında, özellikle yüksek maliyetli altyapı yatırımlarının finansman ihtiyacına bağlı olarak kamu-özel iş birliği modelleri geliştirilmiştir.¹⁶⁹ Bu modellerde özel sektörün sermaye, finansman ve işletme imkânlarından yararlanılmakta; kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesi farklı süre ve koşullarla özel hukuk kişilerine bırakılmaktadır. Türk hukukunda yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala-devret ve işletme hakkının devri bu kapsamda başlıca uygulama modellerini oluşturmaktadır.

¹⁶⁸ Danıştay’a göre imtiyaz, özel girişimcinin kâr ve zararı üstlendiği, hizmeti idarenin buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı yönetim biçimidir; Anayasa Mahkemesi ise imtiyazı, hizmetin idarenin gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişilerince yürütülmesi olarak tanımlamaktadır (aktaran Tan, *İdare Hukuku*, s. 366). Yöntemin liberal ekonomi düzeninde ortaya çıktığı, Cumhuriyet döneminde imtiyazlı şirketlerin kaldırılmasıyla önemini yitirdiği, neoliberalizmin etkisiyle yenilenerek canlandığı yönünde aynı eser, s. 365-366. İmtiyazın, kamu hizmeti olarak üstlenilen alanda üretimin özel girişimcinin sermayesiyle ve kâr-zararı kendisine ait olacak biçimde yürütülmesi olarak tanımlanması ve Danıştay’ın 1935 tarihli Tramvay Şirketi kararındaki tanım için **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 320-323 ve s. 323, dn. 392; imtiyaz uygulamasının Cumhuriyet döneminde gerilemesi ve 1980 sonrası canlanması için aynı eser, s. 317, 322.

¹⁶⁹ Kamu-özel ortaklığının kamu hizmetleri ile piyasa arasındaki ilişkide imtiyazdan ayrılan bir tip olarak değerlendirilmesi için bkz. **Onur Karahanoğulları**, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 66, S. 3, 2011, s. 177-215. İmtiyaz dışında özel kişilere sözleşmeyle hizmet gördürülmesi ve 3096 sayılı Kanun’daki “görevlendirme” için Tan, *İdare Hukuku*, s. 380; 4046 sayılı Kanun ve sağlık alanındaki kamu-özel ortaklığı için aynı eser, s. 365.

3996 sayılı Kanun'da düzenlenen yap-işlet-devret modeli, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren yatırım ve hizmetlerin özel hukuk kişileri tarafından finanse edilerek gerçekleştirilmesi, belirli bir süre işletilmesi ve bu sürenin sonunda tesisin idareye devredilmesi esasına dayanmaktadır. Köprü, tünel, otoyol, havalimanı, baraj ve liman gibi büyük altyapı yatırımları bu modelin başlıca uygulama alanlarını oluşturmaktadır. Modelde yatırımın finansmanı ve işletilmesi özel şirket tarafından üstlenilmekte; özel kişi yatırım maliyetini hizmetin işletilmesinden elde edilen gelir aracılığıyla karşılamaktadır. Bununla birlikte sözleşmeye göre idare tarafından belirli talep veya ödeme garantileri verilmesi de mümkündür. İşletme süresinin sonunda tesisin sözleşmede öngörülen koşullarla idareye devredilmesi, modeli yap-işlet yönteminden ayıran temel özelliktir.

Yap-işlet modelinde özel kişi tesisi kendi finansmanı ile kurmakta ve işletmekte; ancak yap-işlet-devret modelinden farklı olarak sözleşme süresinin sonunda tesisin mülkiyetinin kamuya devredilmesi gerekmemektedir.¹⁷⁰ Türk hukukunda özellikle elektrik üretim tesislerinin kurulması ve işletilmesi bakımından uygulama alanı bulan modelde özel kişi, kurduğu tesisin maliki ve işletmecisi olarak faaliyet göstermekte ve üretilen mal veya hizmeti ilgili hukuki düzenlemeler ve sözleşmeler çerçevesinde piyasaya veya idareye sunmaktadır.

Yap-kirala-devret modeli, özellikle sağlık hizmetlerinin sunulmasına yönelik tesislerin kurulmasında uygulama alanı bulmaktadır. Bu modelde özel kişi kamu taşınmazı üzerinde tesisi inşa etmekte, tesis belirli bir süre boyunca idare tarafından kullanılmakta ve özel kişiye kullanım ile sözleşme kapsamında üstlenilen hizmetler karşılığında ödeme yapılmaktadır. Sürenin sonunda tesis idareye devredilmektedir.¹⁷¹ Bu modelin kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından ayırt edici yönü, aynı tesis içerisinde yürütülen faaliyetlerin farklı kişiler tarafından üstlenilebilmesidir. Sağlık hizmetinin teşhis, tedavi ve bakım gibi doğrudan tıbbi faaliyetleri kamu personeli eliyle yürütülürken; tesisin

¹⁷⁰ 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun.

¹⁷¹ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek m. 7; 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. Sağlıkta kamu-özel ortaklığı için Tan, *İdare Hukuku*, s. 365.

bakımı, temizliği, güvenliği, yemek, görüntüleme ve benzeri destek hizmetlerinin özel şirket tarafından yerine getirilmesi mümkündür. Dolayısıyla burada kamu hizmetinin yürütülmesine özel kişinin katılması, hizmetin bütününün özel kişiye devredilmesi biçiminde değil, hizmeti oluşturan faaliyetlerin ayrıştırılması suretiyle gerçekleşmektedir.

İşletme hakkının devrinde mülkiyeti kamuya ait bulunan mevcut bir tesis veya işletmenin mülkiyeti kamuda kalmakta, buna karşılık tesisin belirli bir süre işletilmesi hakkı özel kişiye devredilmektedir. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun kapsamında da başvuru bu yöntem; otoyol, köprü, havalimanı, liman ve elektrik dağıtım altyapılarının işletilmesinde uygulama alanı bulmaktadır. Bu yöntemde özel kişiye devredilen, kamusal malın mülkiyeti değil, belirli süreyle işletilmesi ve bu işletmeden gelir elde edilmesi hakkıdır.

1.3. KAMUSAL FAALİYETİN KURUMSAL AKTÖRÜ: KAMU GÖREVLİSİ

1.3.1. Kamusal Faaliyetin Yükümlüsü: Hükmî Aktör

Kamusal faaliyetin, toplumsal bir ihtiyacın karşılanması kamu tarafından üstlenilmesi sonucunda ortaya çıkan faaliyet olarak belirlenmesi, bu faaliyetin kimin yükümlülük alanında bulunduğu sorusunu da beraberinde getirmektedir. Bir faaliyetin kamusal olarak üstlenilmiş olması, söz konusu faaliyetin yürütülmesinden hukuken sorumlu bir süjenin varlığını gerektirir. Bu çalışmada kamusal faaliyetin yürütülmesini üstlenmiş bulunan bu süje hükmî aktör olarak ifade edilmektedir.

Hükmî aktör, kamusal faaliyeti fiilen gerçekleştiren gerçek kişiden farklıdır. Kamu tüzel kişileri hukuki varlıklarını ancak organları ve bünyelerinde veya kendileri adına faaliyette bulunan gerçek kişiler aracılığıyla dış dünyaya yansıtabildiklerinden, bir kamusal faaliyetin yükümlüsü ile bu faaliyetin gerektirdiği işleri fiilen yerine getiren kişinin birbirinden ayrılması gerekir. İlkinde kamusal yükümlülüğün hukuken kendisine ait olduğu tüzel kişi, ikincisinde ise bu yükümlülüğün yerine getirilmesine fiilen katılan

gerçek kişi söz konusudur. Çalışmada bunlardan ilki hükmî, ikincisi ise beşerî aktör olarak adlandırılacaktır.¹⁷²

Bu ayrım, özellikle kamu hizmetlerinin görülüş biçimlerinin çeşitlenmesiyle önem kazanmaktadır. Kamusal faaliyetin kamu tüzel kişinin kendi teşkilatı ve personeli eliyle yürütülmesi hâlinde faaliyetin yükümlüsü ile onu fiilen yürüten kişiler aynı örgütsel yapı içerisinde yer almaktadır. Buna karşılık kamu hizmetinin özel kişilerin katılımıyla yürütülmesi, kamusal yükümlülüğün sahibi ile faaliyetin fiilî yürütücüsünün farklı hukuki yapılarda bulunmasına imkân vermektedir. Kamu hizmetinin ruhsat, imtiyaz veya diğer kamu-özel iş birliği modellerinden biriyle özel kişiye gördürülmesi, faaliyetin yürütülme biçimini değiştirmekle birlikte, faaliyetin kamusal olarak üstlenilmiş olması olgusunu kendiliğinden ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle kamusal faaliyetin yükümlüsünün belirlenmesi ile bu faaliyetin yürütülmesine kimlerin ve hangi hukuki ilişki içerisinde katıldığı belirlenmesi birbirinden ayrı meselelerdir.¹⁷³

Türk anayasal düzeninde kamusal faaliyetlerin yükümlüsü olan hükmî aktörlerin belirlenmesinde Anayasa'nın 128. maddesi önemli bir hareket noktası sağlamaktadır. Hükümde “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin” genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinden söz edilmektedir. Buradaki sayım, kamu tüzel kişilerinin teorik tasnifini ifade etmekten ziyade, asli ve sürekli görevlerin yürütülmesine ilişkin anayasal personel rejiminin kapsamını belirlemektedir.¹⁷⁴ Bununla birlikte hüküm, kamusal faaliyetin yükümlüsü ile

¹⁷² Kamu tüzel kişilerinde organik ve fonksiyonel öğelerin mutlaka birlikte bulunmasının zorunlu olmadığı ve tüzel kişilik kurumunun idarenin işleyişinin belirlenmesinde kapsamlı ve etkin bir öge olmadığı yönünde **Duran**, s. 72. Kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde başvuru ölçütleri için bkz. aşağıda dn. 181. İdare hukukunda hak sahiplerinin yalnızca tüzel kişiler olduğu, gerçek kişilerin ancak bunların organı, yetkilisi veya etkinliklerinin aracı olabildiği yönünde **Özay**, s. 94-95; idare teşkilatında birimlerin hep tüzel kişiler olduğu, özel kişilerin çeşitli sıfatlarla idari faaliyet ve hizmetleri ifa etseler de teşkilata dâhil sayılmadığı ve organ ile ajanlar değilse de tüzel kişiliğin varlığını sürdürdüğü yönünde **Duran**, s. 67-68.

¹⁷³ Kamu hizmetlerinin görülüş usulleri için bkz. yukarıda dn. 145; 1.2.3.2 (“Hizmet Faaliyetlerinin Yürütülmesi”) ve orada dn. 167 ve 147. Hizmet hangi elle ve biçimde yürütülürse yürütülsün yön verme, sürekli gözetim ve denetim yetkilerinin devlete veya ilgili kamu idaresine ait kaldığı yönünde **Duran**, s. 304; kamu hizmeti kavramının en önemli ögesinin yönetim biçimi değil, amacı ve sorumluluğunu üstlenen organın niteliği olduğu yönünde aynı eser, s. 307. Aynı yönde AYM, 26.03.1997, E. 1996/63, K. 1997/40; nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüsçe yürütülmesinin niteliğine etkili görülemeyeceği yönünde AYM, 22.12.1994, E. 1994/70, K. 1994/65-2 (aktaran **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 345).

¹⁷⁴ AY m. 128/1'deki genel idare esaslarının, kamu hizmetinin örgütlenmesinde ve işletilmesinde idarenin kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarını; asli ve sürekli görevlerin ise kamu hizmetinin bütününe değil,

bu faaliyetin gerektirdiği görevleri yerine getiren kişiler arasındaki ayrımı açık biçimde ortaya koyması bakımından önemlidir. Bu doğrultuda kamusal faaliyetin hükmi aktörleri aşağıda devlet, diğer kamu tüzel kişileri ve AY m. 128’de ayrıca zikredilmeleri nedeniyle kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından incelenecektir.

1.3.1.1. Devlet

Devlet, kamu hukuku alanındaki en geniş ve asli tüzel kişidir.¹⁷⁵ Egemenlik yetkisinin sahibi olmasının yanında merkezi idare tarafından yerine getirilen kamusal faaliyetlerin de hukuki süjesini oluşturur. Bu bakımdan devletin egemen bir siyasal örgütlenme olarak varlığı ile kamu hukuku tüzel kişisi olarak hukuki ilişkilerin tarafı olması birbirinden ayırt edilebilir olmakla birlikte, merkezi idare içerisinde yürütülen kamusal faaliyetlerin yükümlüsü devlet tüzel kişiliğidir.¹⁷⁶

Merkezi idarenin başkent ve taşra teşkilatında yer alan birimler ayrı birer tüzel kişiliğe sahip değildir. Bakanlıklar, valilikler, kaymakamlıklar ve merkezi idare içerisinde örgütlenen diğer birimler, kendilerine verilen görevleri devlet tüzel kişiliği içerisinde yerine getirir. Dolayısıyla bu birimler tarafından yürütülen kamusal faaliyetlerin yükümlüsü, ilgili bakanlık veya idari birimin kendisi değil, devlet tüzel kişiliğidir.¹⁷⁷

hizmetin üretilmesi için gerekli görevleri ifade ettiği yönünde **Onur Karahanoğulları**, *Genel İdare Hukuku: Kamu Hizmetinin İşgücü – Kamu Personeli*, Mülkiye 2021, çevrimiçi ders notu, <https://mulkiyeidarehukuku.github.io/makaleler/kamuhizmetininisgucukamupersoneli.pdf> (erişim: 28.09.2026), s. 18-20. Hükümün Anayasa Mahkemesi içtihadındaki uygulaması ve biçimsel ölçütün çözülmesi için **Çiğdem Sever**, “Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa’nın 128. Maddesinin I. Fıkrası”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, s. 247-268; hükümdeki kamu görevlisi kavramının anlam ve kapsamı için **Cihan Kanlıgöz**, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 169-197, s. 174 vd.

¹⁷⁵ Devletin belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olan bir insan topluluğunun oluşturduğu varlık olarak üç unsurlu tanımı ve Jellinek’in formülü için **Gözler**, *Devletin Genel Teorisi*, s. 4.

¹⁷⁶ Devletin, kendisini oluşturan fizikî kişilerden ayrı “bir sosyal realite, bir pozitif vakıa” ve hukuk âlemi için “hukukî mücerret bir realite” olduğu yönünde **Recai Galip Okandan**, “Devletin Mânevi Şahsiyeti Hakkında İleri Sürülen Teorilerin Tenkidi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 13, S. 3-4, 1947, s. 815-857, s. 831, 836. Devlete ayrı bir hukuki kişilik tanınmasının geç dönemde genel kabul gördüğü; mutlak monarşide devlet ile hükümdarın kişiliğinin ayrılmadığı, devlet ve hükümdarlık kavramlarının aydınlanma mutlaklığıyla birbirinden ayrılmaya başladığı ve bu ayrışmanın Büyük Friedrich’in kendisini devletin ilk hizmetkârı olarak nitelendirmesinde görüldüğü yönünde **Karl Doehring**, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku): Sistematik Bir Yaklaşım*, çev. Ahmet Mumcu, 4. Bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, s. 48, kn. 89-90. Yazara göre hizmetkâr ancak başka bir hukuki kişi için çalışabilmektedir (kn. 90).

¹⁷⁷ AY m. 123/1 ve 126. Merkezî idarenin başkent ve taşra teşkilatını oluşturan birimlerin devlet tüzel kişiliği içinde yer aldığı ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmadığı hususunda ve bakanlıkların devlet tüzel

Devletin hükmî aktör olma niteliği, özellikle egemenlik yetkisinin kullanılmasını doğrudan gerektiren faaliyetlerde belirgindir. Yasama, yargı, millî savunma, kolluk, vergilendirme ve merkezi idarenin kamu gücüne dayanan diğer faaliyetleri, devletin egemenlik yetkisiyle doğrudan bağlantılıdır.¹⁷⁸ Bunun yanında devlet, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik çeşitli kamu hizmetlerini de üstlenmektedir. Bu nedenle devletin kamusal faaliyetin yükümlüsü olması yalnızca egemenlik yetkisinin kullanılmasına ilişkin faaliyetlerle sınırlı olmayıp devlet tarafından üstlenilmiş kamu hizmetlerini de kapsamaktadır.

Devletin bir kamusal faaliyetin yükümlüsü olması ile bu faaliyetin fiilen kim tarafından yürütüldüğü ise aynı mesele değildir. Devlet tüzel kişiliği kendisine ait kamusal yükümlülükleri organları ve gerçek kişiler aracılığıyla yerine getirir. Bunun yanında hukuken mümkün bulunan kamu hizmetlerinin yürütülmesine özel kişilerin katılması da mümkündür. Bu nedenle devletin faaliyetin hükmî aktörü olarak belirlenmesi, tek başına bu faaliyete katılan bütün gerçek kişilerin hukuki statüsünü belirlemez; yalnızca söz konusu faaliyetin hangi kamusal süjenin yükümlülük alanında bulunduğunu gösterir.¹⁷⁹

1.3.1.2. Diğer Kamu Tüzel Kişileri

Kamusal faaliyetlerin yükümlüsü yalnızca devlet tüzel kişiliği değildir. Toplumsal ihtiyaçların çeşitlenmesi ve idari faaliyetlerin uzmanlaşması, devlet tüzel kişiliğinden ayrı hukuki varlığa sahip kamu tüzel kişilerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu kuruluşlar, kendilerine özgülenmiş kamusal faaliyetleri kendi tüzel kişilikleri adına

kişiliğinin hizmet birimleri olduğu ve emanet usulünde hizmetin devlet tüzel kişiliğinin faaliyeti olarak görüldüğü yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 103-104, 351, 360; merkezi idarenin devlet tüzel kişiliği içinde yer aldığına ilişkin anayasal şema için **Duran**, s. 73-75; devlet tüzel kişiliğinin organlı bir örgütlenme olmayıp idari birimler hâlinde örgütlendiği yönünde **Karahanoğulları**, *İdare Hukuku*, s. 14-15.

¹⁷⁸ Devlet şeklinde örgütlenmiş toplumun varlığını koruyan iç ve dış güvenlik ihtiyaçlarının karşılanmasının neden idare alanına girdiğinin kolayca anlaşılabilirliği, savunma ve kolluk faaliyetlerinin buradan doğduğu yönünde **Yayla**, s. 33; kolluğun kamu gücüne özgü bir faaliyet olup idarenin bunu kullanmaktan vazgeçmesinin veya özel kişilere bırakmasının olanaksız olduğu yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 335, 340; idari kolluğun ancak ve yalnız kamu gücüne dayanılarak yürütülebileceği yönünde **Duran**, s. 245. Hâkimiyet faaliyetleri için bkz. yukarıda 1.1.2.3.1. Buna karşılık kolluk etkinliğini de kamu hizmeti sayan ve idare hukukunu “şiddetin değil, işlevin hukuku” olarak niteleyen görüş için **Karahanoğulları**, *İdare Hukuku*, s. 3, 11, 13; kolluğu kamu hizmeti içinde ele alan ve ayrı ele alan görüşlerin dökümü için **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 335.

¹⁷⁹ Emanet usulünde hizmeti görenlerin kamu görevlisi olduğu, imtiyaz usulünde ise imtiyaz sahibi ile çalıştırdığı kişiler arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi olduğu hususunda bkz. yukarıda dn. 160.

yürütmekte ve bu faaliyetlerden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin doğrudan süjesi olmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesine göre kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilir. Bazı kamu tüzel kişileri ise doğrudan Anayasa'da öngörülmüştür. Mahallî idareler, üniversiteler, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları anayasal düzenlemelerde kamu tüzel kişiliği açıkça öngörülen kuruluşlar arasındadır.¹⁸⁰ Bunların dışında belirli bir kamu hizmetinin yürütülmesi veya belirli bir kamusal alanın düzenlenmesi amacıyla farklı kamu kurumlarının ve düzenleyici ve denetleyici kurumların kurulması mümkündür.

Bir kuruluşun kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunun mevzuatta açıkça belirtilmesi hâlinde hukuki niteliğinin belirlenmesinde ayrıca bir sorun bulunmamaktadır. Buna karşılık tüzel kişiliğin niteliğinin açıkça gösterilmediği hâllerde kuruluş biçimi ile kuruluşa tanınan kamu gücü ayrıcalıkları önem kazanmaktadır. Kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulma, tek taraflı ve icrai işlemler tesis edebilme, düzenleyici işlem yapabilme, zorunlu üyelik veya kamusal gelir tahsil etme gibi özel hukuk kişilerinin sahip olmadığı yetkiler, kuruluşun kamu hukuku süjesi niteliğinin belirlenmesinde başvuru olan göstergelerdir.¹⁸¹ Buna karşılık kuruluş personelinin ceza

¹⁸⁰ AY m. 123/3 (kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulması); m. 127/1 (mahallî idareler), m. 130/1 (üniversiteler), m. 133/3 (Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu) ve m. 135/1 (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları).

¹⁸¹ Kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde başvuru olan ölçütler için **Günday**, s. 77-79; kanunun niteliği açıkça belirtmediği hâllerde kuruluş şekli (AY m. 123) ve kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olma biçimindeki iki kıstasın birlikte aranması, kanunla kurulmuş olmakla birlikte bu ayrıcalıklardan yoksun tüzel kişilerin kamu tüzel kişisi sayılamayacağı ve kanunla özel hukuk tüzel kişisinin de kurulabileceği yönünde **Ramazan Çağlayan**, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, 2016, s. 373-398, s. 384-385; ayrıcalıkların dökümü için aynı makale, s. 395-396. Kuruluş biçimi, kamu yararı amacı ve kamu gücü ölçütlerinin her birinin tek başına yetersiz kaldığı, zorunlu üyelik ölçütünün daha sağlam olmakla birlikte anonim yararlanmaları bulunan kamu tüzel kişilerini açıklayamadığı ve mahkemelerin bu ölçütlerin tümünü birlikte kullandığı yönünde **Duran**, s. 69-70; kamu tüzel kişilerinde organik ve fonksiyonel öğelerin birlikte bulunmasının zorunlu olmadığı yönünde aynı eser, s. 72. Günday, yardımcı ölçütler arasında kuruluş personelinin Türk Ceza Kanunu yönünden memur sayılmasını da anmaktadır (s. 79); aynı belirti öğretide daha önce de anılmıştır: **Özay**, s. 97-98 (Özyörük'e atıfla). Bu ölçüt, ceza hukukundaki kamu görevlisi sıfatının belirlenmesi bakımından döngüsellik taşımaktadır: Sıfat kurumun kamu tüzel kişiliğinden çıkarılırken, kamu tüzel kişiliği sıfattan çıkarılmaktadır. Nitekim idare hukuku öğretisinde de bir tüzel kişinin görevlisinin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sayılmasının, ceza hukukundaki kavramın genişliği nedeniyle, o tüzel kişiyi kamu tüzel kişisi statüsüne dâhil etmeyeceği kabul edilmektedir: **Çağlayan**, "Kamu Tüzel Kişiliği", s. 394-395 (bilirkişi örneğiyle); krş. aynı makale, s. 389 (spor federasyonu yöneticilerinin Yargıtay'ca kamu görevlisi

hukuku bakımından kamu görevlisi sayılması, ceza hukukundaki kavramın faaliyete bağlı genişliği nedeniyle, kuruluşun kamu tüzel kişiliğinin göstergesi olarak kullanılamamaktadır; sıfat kuruluşun niteliğine bağlandığı bir düzende bu belirtiye başvurulması döngüsel bir akıl yürütme oluşturmaktadır.

Bu kuruluşların her biri, kendisine hukuk düzeni tarafından yüklenen kamusal faaliyetler bakımından bağımsız bir hükmî aktördür. Örneğin bir belediyenin mahallî müşterek ihtiyaçların karşılanmasına, bir üniversitenin yükseköğretim hizmetinin yürütülmesine veya belirli bir kamu kurumunun kuruluş amacı kapsamındaki hizmetlere ilişkin yükümlülüğü devlet tüzel kişiliğinin değil, ilgili kamu tüzel kişinin yükümlülük alanında bulunmaktadır. Kamu tüzel kişiliğinin bu işlevi, kamusal faaliyetin hangi örgüt içerisinde gerçekleştirildiğini göstermekten daha ileri bir anlam taşımakta; faaliyetin yürütülmesine ilişkin hukuki yükümlülüğün hangi süjeye ait olduğunu belirlemektedir.¹⁸²

Bununla birlikte kamu tüzel kişinin faaliyetin yükümlüsü olması, faaliyetin bütün unsurlarının zorunlu olarak onun kendi personeli tarafından yerine getirilmesini gerektirmez. Hukuken özel kişilere gördürülmesi mümkün olan kamu hizmetlerinde hizmetin yürütülmesine özel hukuk kişileri ve bunların personeli katılabilir. Bu durumda kamu tüzel kişinin hükmî aktör niteliği ile kamusal faaliyete fiilen katılan kişinin hukuki statüsü birbirinden ayrılır. Bu ayrım, ileride kamu görevlisi kavramının belirlenmesi bakımından önem taşıyacaktır.

1.3.1.3. Kamu İktisadi Teşebbüsleri

Anayasa'nın 128. maddesi, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin kimler eliyle yerine getirileceğini düzenlerken devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin yanında kamu iktisadi teşebbüslerini ayrıca zikretmektedir. Bu nedenle kamu iktisadi teşebbüslerinin burada ayrı bir başlık

sayılmasından federasyonun kamu tüzel kişiliğine ulaşan akıl yürütme). Duran'ın ölçüt tartışmasında bu belirtiye yer verilmemektedir.

¹⁸² Yerinden yönetim kuruluşlarının görev alanlarıyla sınırlı olarak kendi tüzel kişilikleri adına hak ve yükümlülük sahibi olması ve idarenin bütünlüğü ilkesi için AY m. 123/2 ve 127/5; yer yönünden ve hizmet yönünden yerinden yönetim ayrımı için bkz. **Günday**, s. 77; **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 93-96. Üniter devlette ülke düzeyinde kamu hizmetlerini belirleme yetkisinin yasama organına ait olmakla birlikte ortak yerel ihtiyaçları belirleyip karşılamanın yerinden yönetim ilkesi gereği yerel idarelere düştüğü yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 349-351 (AYM, 22.6.1988, E. 1987/18, K. 1988/23'e atıfla).

altında ele alınması, kamu tüzel kişiliğinin genel teorisinden bağımsız üçüncü bir hukuki kişi kategorisi oluşturdıkları anlamına gelmemekte; Anayasa'nın kamusal faaliyetin yürütülmesi ile personel arasındaki ilişkiyi kurarken KİT'lere ayrıca yer vermesinden kaynaklanmaktadır.

Kamu iktisadi teşebbüsleri, devletin ekonomik alandaki faaliyetlerini yürütmek üzere oluşturulan ve ekonomik işletme esaslarıyla kamusal amaçların bir arada bulunduğu örgütlenmelerdir. Bu özellikleri nedeniyle KİT'ler, kamusal faaliyet ile piyasa faaliyeti arasındaki sınırın belirlenmesi bakımından devlet ve klasik idari kamu tüzel kişilerinden daha karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Bir teşebbüsün kamuya ait olması veya kamu tarafından kurulmuş bulunması, onun gerçekleştirdiği bütün faaliyetlerin kendiliğinden kamusal faaliyet sayılması sonucunu doğurmaz. Teşebbüsün yürüttüğü somut faaliyetin niteliğinin ayrıca belirlenmesi gerekir.¹⁸³

Nitekim AY m. 128 de kamu iktisadi teşebbüslerinde yürütülen bütün işleri aynı hukuki rejime tabi tutmamış; yalnızca bunların genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri anayasal personel rejimi içerisinde değerlendirmiştir. Böylece anayasal düzenleme, kuruluşun kamusal niteliği ile kuruluş bünyesinde yürütülen her bir faaliyetin niteliğini özdeşleştirmemektedir. KİT'ler bakımından hükmî aktörün belirlenmesi bu nedenle, ilgili teşebbüse hukuk düzeni tarafından yüklenmiş kamusal faaliyetin tespitini de gerektirir.

Bu durum çalışmanın kamusal faaliyet anlayışı bakımından ayrıca önemlidir. Kamu iktisadi teşebbüsünün örgütsel olarak kamu kesiminde yer alması, onun bünyesindeki her faaliyeti kamusal hâle getiren yeterli bir ölçüt değildir. Buna karşılık teşebbüsün hukuk düzenince yürütmekle yükümlü kılındığı bir kamu hizmetinin bulunması hâlinde, söz konusu faaliyet bakımından KİT kamusal yükümlülüğün hükmî aktörü konumundadır.

¹⁸³ 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 2/2-3 (iktisadi devlet teşekkülü ve kamu iktisadi kuruluşu tanımları). Devletin sosyalleşmesiyle idarenin ticari, sınai ve iktisadi faaliyetler de yürütmeye başladığı, bunların günlük işleyişinin özel hukuka tabi olduğu ve bu durumun kamu hizmeti ölçütünü yetersiz duruma düşürdüğü yönünde **Yayla**, s. 30; idarenin mameleki faaliyetlerini yürüten kamu tüzel kişilerinin varlığı için **Duran**, s. 72; kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuka göre çalışması ile özelleştirme arasındaki ayrım için **Özay**, s. 111-112, dn. 269; bir kuruluşun kamu iktisadi teşebbüsü sayılmasının üstlendiği hizmetin niteliğini ve görülüş usulünü değiştirmeyeceği yönünde aynı eser, s. 129.

Bu faaliyetin yürütülmesine katılan gerçek kişilerin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı ise hükmî aktörün belirlenmesinden sonraki ve bundan ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir.¹⁸⁴

1.3.2. Kamusal Faaliyetin İşgücü: Beşerî Aktör

Kamusal faaliyetin yürütülmesi, bu faaliyeti üstlenen hükmî aktörün yanında, faaliyetin gerektirdiği işleri fiilen yerine getiren gerçek kişilerin varlığını da gerektirir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, kendilerine yüklenen kamusal faaliyetleri ancak gerçek kişilerin işgücünden yararlanarak gerçekleştirebilir. Bu nedenle kamusal faaliyetin yükümlüsü olan hükmî aktör ile faaliyetin yürütülmesine fiilen katılan gerçek kişilerin birbirinden ayrılması gerekir. Bu çalışmada kamusal faaliyetin yürütülmesine işgücünü özgülemek veya belirli bir kamusal işlevi üstlenmek suretiyle katılan gerçek kişiler beşerî aktör olarak ifade edilmektedir.

Beşerî aktörün kamusal faaliyete katılımı tek bir hukuki biçime indirgenemez. Kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli işgücü, kamu personel hukukuna tabi bir statü içerisinde sağlanabileceği gibi özel hukuk ilişkileri aracılığıyla da temin edilebilir. Bunun yanında kişinin sürekli veya ücret karşılığı kurulan bir çalışma ilişkisi bulunmaksızın, belirli bir kamusal yükümlülüğün yerine getirilmesi veya siyasal bir işlevin üstlenilmesi nedeniyle kamusal faaliyetin yürütülmesine katılması da mümkündür.

Bu doğrultuda kamusal faaliyetin beşerî aktörleri, faaliyete katılmalarını sağlayan hukuki ilişkinin niteliğine göre üç grupta ele alınabilir. Birinci grubu, kamu personel hukukuna tabi bir statü içerisinde kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kamu personeli; ikinci grubu, işgücünü özel hukuk ilişkisi çerçevesinde kamusal faaliyetin yürütülmesine özgüleyen kamu işçileri ve diğer özel hukuk çalışanları; üçüncü grubu ise bir personel

¹⁸⁴ Yargıtay uygulamasında kamu iktisadi teşebbüsü personelinin kamu görevlisi sıfatı, kuruluşun sermaye yapısı ve tabi olduğu hukuki rejim üzerinden belirlenmektedir. Sermayesinin tamamı kamuya ait teşebbüs personeli kamu görevlisi sayılırken (Yarg. 5. CD, 19.12.2013, E. 2013/9488, K. 2013/12368; Yarg. 5. CD, 21.09.2016, E. 2016/6808, K. 2016/7810), özelleştirme sonrasında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren kuruluşun TCK m. 6/1-c anlamında kamusal faaliyet yürütmediği kabul edilmektedir (Yarg. 11. CD, 30.10.2013, E. 2012/11196, K. 2013/15638; Yarg. 18. CD, 16.01.2019, E. 2018/7786, K. 2019/1433). KİT personelinin TCK m. 5 ve 6/1-c uyarınca kamu görevlisi sayılmasına rağmen 4483 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı yönünde Yarg. 4. CD, 05.12.2006, E. 2006/2081, K. 2006/17292; 399 sayılı KHK m. 11/b bakımından Yarg. 2. CD, 19.12.2012, E. 2011/38131, K. 2012/48697. İçtihadın değerlendirilmesi için bkz. aşağıda 2.4.5.2 (“Kazai Yorum”).

veya iş ilişkisine dayanmaksızın belirli bir kamusal işlevi üstlenmeleri nedeniyle faaliyetin yürütülmesine katılan kamu ajanları oluşturmaktadır. Bu ayrımın ölçütü yapılan işin kamusal niteliği değil, kişinin işgücü veya faaliyetinin kamusal faaliyetin yürütülmesine bağlanmasının hukuki biçimidir.¹⁸⁵

1.3.2.1. Kamu Personeli

Kamu personeli, kamusal faaliyetin yürütülmesine kamu personel hukukuna tabi bir statü içerisinde katılan gerçek kişileri ifade etmektedir. Burada kamu personeli kavramı, yalnızca genel idare teşkilatı içerisinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak çalışan kişilerle sınırlı dar anlamıyla kullanılmamaktadır. Kamusal faaliyetlerin farklı alanlarda ve farklı anayasal işlevler çerçevesinde yürütülmesi, bunların işgücünü sağlayan kişilerin de farklı personel rejimlerine tabi olmasını gerektirmektedir.

Bu bakımdan memurların yanında hâkim ve savcılar, askerî personel ve akademik personel gibi kendilerine özgü anayasal ve kanuni statülere tabi kişiler de geniş anlamda kamu personeli içerisinde yer almaktadır. Bu kişilerin tabi oldukları personel rejimleri görevlerinin niteliğine göre farklılaşmakla birlikte ortak özellikleri, kamusal faaliyete katılımlarının özel hukuk sözleşmesine değil, kamu hukuku tarafından düzenlenen bir statüye dayanmasıdır.¹⁸⁶ Dolayısıyla kamu personeli kavramının kapsamı belirlenirken, idare hukukundaki belirli bir personel rejimi ile anayasal düzeydeki kamu görevlisi kavramının birbirine karıştırılmaması gerekir.

¹⁸⁵ Kamu hizmetinin iş gücünün, hukuki bağın niteliğine göre kamu personeli (kamu hukuku bağıyla çalışan kamu görevlileri ve özel hukuk bağıyla çalışan kamu işçileri), kamusal ajanlar ve dolaylı çalışanlar olarak sınıflandırılması için **Karahanoğulları**, Kamu Personeli, s. 7-8, 13, 22-24. Yazar, kamu hizmetinin üretimine bir meslek olarak değil geçici, olumsal ve düzensiz biçimde katılanlar ile siyasal hak kullanımına dayanan katılımları “kamusal ajan” sınıfında toplamaktadır (s. 7, 13). Bu çalışmadaki üçlü ayrım, hizmet alımı yoluyla çalışanları özel hukuk çalışanları grubu içinde ele alması bakımından bu tasniften ayrılmaktadır.

¹⁸⁶ Türk kamu personel sisteminde idari, askerî, akademik ve adli personel ayrımı için bkz. **İpek Özkal Sayan**, “Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 64, S. 1, 2009, s. 201-245; kamu personel rejiminin genel çerçevesi için **Onur Ender Aslan**, *Devlet Bürokrasisi ve Kamu Personel Rejimi*, 3. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2019. Kamu hizmetlerinin genel devlet hizmetleri, askerî, yargı ve akademik hizmetler olmak üzere dört ana parçaya kurulduğu ve “diğer kamu görevlileri” teriminin son üç alanın çekirdek görevlilerini kapsadığı yönünde **Birgül Ayman Güler**, *Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim*, 3. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2020, s. 84-86, 94-95.

Nitekim Anayasa'nın 128. maddesi, devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini düzenlemektedir. Buradaki “memurlar ve diğer kamu görevlileri” ifadesi, tek bir kanuni personel statüsünü göstermekten ziyade, belirli kamusal görevlerin kamu hukuku bağı içerisinde bulunan kişiler eliyle yerine getirilmesine ilişkin anayasal esası ortaya koymaktadır.¹⁸⁷ Bu nedenle anayasal anlamdaki kamu görevliliği ile belirli bir personel kanununa tabi olma birbirinden ayrılmalıdır.

Kamu personelinin kamusal faaliyetin beşerî aktörü olması, işgücünün kamusal örgütlenmeye kurumsal ve hukuken düzenlenmiş bir statü içerisinde bağlanmasına dayanmaktadır. Kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesinde üstleneceği görev, yetkileri, yükümlülükleri ve sorumlulukları bu statü içerisinde belirlenmektedir. Bu yönüyle kamu personeli, kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli insan unsurunun kamu hukuku rejimi içerisinde örgütlenmiş biçimini oluşturmaktadır.¹⁸⁸

1.3.2.2. Kamu İşçileri ve Diğer Özel Hukuk Çalışanları

Kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli işgücünün tamamı kamu personel hukukuna tabi kişilerden sağlanmamaktadır. Kamu kesiminde işgücünün özel hukuk ilişkileri aracılığıyla temin edilmesi de mümkündür. Bu grupta yer alan kişilerin ortak özelliği, emeklerini kamusal faaliyetin yürütülmesine özgülemelerine rağmen bunu kamu personel rejimi kapsamında istihdam ilişkisi içerisinde değil, özel hukuk hükümlerine tabi bir çalışma ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirmeleridir.

Bunun ilk görünümünü kamu işçileri oluşturmaktadır. Kamu işçileri, kamu kesimindeki işverenle kurdukları iş sözleşmesi uyarınca emeklerini kamu tarafından yürütülen faaliyetlere özgüleyen kişilerdir. Yerine getirilen faaliyetin kamusal olması, işçi ile

¹⁸⁷ “Memurlar ve diğer kamu görevlileri” ifadesinin kapsamına ilişkin daraltıcı ve genişletici yaklaşımların haritası için **Kanlıgöz**, s. 180-186; kamu görevlisi sayılmak için idareye kamu hukuku bağıyla bağlanmanın aranması hususunda aynı makale, s. 180-182, 192; ifadenin ayrı personel rejimine tabi olan ve kamu hukuku esaslarına göre çalıştırılan personeli kapsadığı yönünde aynı makale, s. 183 vd.

¹⁸⁸ İdareye kamu hukuku biçimleriyle bağlanmanın bir statü ilişkisi olduğu yönünde **Karahanoğulları, Kamu Personeli**, s. 8; statünün kanunla düzenlenmesi için AY m. 128/2; istihdam şekilleri için 657 sayılı Kanun m. 4. Statü hukukunun esasları için bkz. aşağıda 1.4.2.2 (“Statü Hukukunun Esasları”).

işveren arasındaki ilişkinin niteliğini kendiliğinden kamu hukuku ilişkisine dönüştürmemektedir. Bu nedenle kamu işçisi kamusal faaliyetin işgücünü oluşturmakla birlikte, kamu personel hukukuna değil iş hukukuna tabi bulunmaktadır.¹⁸⁹

Özel hukuk ilişkisiyle kamusal faaliyetin yürütülmesine katılım, kamu işverenin doğrudan tarafı olduğu iş sözleşmeleriyle de sınırlı değildir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde hizmet alımı ve benzeri yöntemlere başvurulması, özel bir işverenin çalışanlarının da kamusal faaliyetin yürütülmesinde fiilen görev almasına imkân vermektedir. Taşeron veya yüklenici işçisi olarak çalışan kişinin işvereni kamu tüzel kişisi değil özel hukuk kişisi olmakla birlikte, kişinin emeğinin kamusal faaliyetin yürütülmesine yönelmiş olması mümkündür. Bu hâlde hükmî aktör ile beşerî aktör arasındaki hukuki bağ doğrudan değil, özel hukuk kişinin araya girdiği bir ilişki üzerinden kurulmaktadır.¹⁹⁰

Bu durum, kamusal faaliyetin beşerî aktörünün belirlenmesi bakımından kişinin işverenin hukuki niteliği ile fiilen katıldığı faaliyetin niteliğinin birbirinden ayrılmasını gerektirir. Kamu tüzel kişisi tarafından istihdam edilmek kamusal faaliyete katılımın güçlü ve doğrudan bir görünümünü oluşturmakla birlikte, özel hukuk kişisi tarafından istihdam edilmek tek başına böyle bir katılımın bulunmadığını göstermez. Özellikle kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ve hizmet alımı yoluyla işgücü temini, kamusal

¹⁸⁹ 657 sayılı Kanun m. 4/D; 4857 sayılı İş Kanunu m. 1 ve 8. Kamu işçilerinin iş sözleşmesiyle çalışmalarına rağmen çalışma ilişkilerini büyük ölçüde yasal statülerin belirlediği ve idare ile işçi arasındaki pazarlığın kamu düzeni kurallarıyla sınırlandığı yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Personeli*, s. 16-18; işçilerin özel hukuk kurallarına tabi olmaları nedeniyle AY m. 128 anlamında kamu görevlisi sayılmadığı yönünde **Kanlıgöz**, s. 182, 190-191.

¹⁹⁰ Hizmet alımı için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 4 ve 62/1-e; asıl işveren-alt işveren ilişkisi için 4857 sayılı İş Kanunu m. 2/7. Kamu hizmetinin üretimi için gereken mal ve hizmetlerin piyasadan satın alınması hâlinde özel girişimcilerin çalışanlarının kamu personeli olmadığı ve “kamu dolaylı çalışanları” olarak nitelendirilebileceği yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Personeli*, s. 22-24; ihalenin kamusal hizmetin özel kişilerce üstlenilmesi yöntemi olmayıp idarenin ihale yoluyla yalnızca mal veya hizmet satın aldığı yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 314-315; bkz. aşağıda dn. 431 ve 605. Buna karşılık idare hukukunda, idari teşkilatın içine “gömülü” özel girişimcilerin eylem ve işlemlerinin, hizmeti üretirken yaptıkları işlerle bağlantılı olduğu oranda ve girişimcinin planlama, emir komuta ve koordinasyon gibi temel yönetsel işlevler yönünden idarenin egemenliğinde bulunması ölçüsünde idareye bağlandığı; hizmetin tümünün özel girişimciye ürettirildiği hâllerde ise girişimcinin bütünüyle idarenin yerini aldığı yönünde **Karahanoğulları**, *İdare Hukuku*, s. 15-16.

faaliyetin işgücünün kamusal örgütün personel sınırlarının dışına taşabilmesine imkân vermektedir.¹⁹¹

1.3.2.3. Kamu Ajanları

Kamusal faaliyete katılım her durumda kişinin işgücünü belirli bir ücret karşılığında ve sürekli bir çalışma ilişkisi içerisinde faaliyete özgülemesine dayanmaz. Bazı kişiler, belirli bir kamusal görevi veya yükümlülüğü yerine getirmeleri yahut siyasal bir işlev üstlenmeleri nedeniyle, herhangi bir kamu personel statüsüne veya iş sözleşmesine tabi olmaksızın kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmaktadır. Bu çalışmada bu kişiler kamu ajanları olarak ifade edilmektedir.

Kamu ajanlarının ayırt edici özelliği, kamusal faaliyete katılımlarının bir istihdam ilişkisine dayanmamasıdır. Katılım, kişinin hukuk düzeni tarafından kendisine yüklenen belirli bir kamusal görevi yerine getirmesinden kaynaklanabileceği gibi, seçilme veya başka bir siyasal katılım mekanizması aracılığıyla üstlenilen kamusal işlevden de kaynaklanabilir. Milletvekilleri ve seçimle kamusal işlev üstlenen kişiler ikinci duruma; tanıklık, bilirkişilik veya benzeri biçimde belirli bir kamusal faaliyete geçici olarak katılan kişiler ise ilk duruma örnek gösterilebilir.¹⁹² Kamu personel statüsü taşımaksızın

¹⁹¹ Yargıtay uygulamasında hizmet alımı yoluyla çalıştırılan yüklenici personeli, TCK m. 6 gerekçesindeki ihale istisnasına dayanılarak kural olarak kamu görevlisi sayılmamaktadır: Yarg. 11. CD, 08.04.2021, E. 2019/4486, K. 2021/3505; Yarg. 5. CD, 21.03.2016, E. 2014/1533, K. 2016/2889; Yarg. 5. CD, 06.11.2014, E. 2013/7333, K. 2014/10581; Yarg. 4. CD, 22.04.2014, E. 2012/37882, K. 2014/13098. Buna karşılık aynı konumdaki kişilerin mağdur sıfatıyla kamu görevlisi sayıldığı kararlara da rastlanmaktadır: Yarg. 2. CD, 05.11.2013, E. 2011/38106, K. 2013/25375. Bkz. aşağıda 2.4.5.2 (“Kazai Yorum”). İhalenin bir gördürme yöntemi değil idarenin sözleşme iradesini oluşturma usulü olduğu; “ihale” adıyla yapılan sözleşmelerden bir kısmının mal-hizmet temini, bir kısmının ise doğrudan kamu hizmetinin gördürülmesini konu alan idari sözleşme niteliği taşıdığı ve her sözleşmenin ayrı ayrı nitelendirilmesi gerektiği yönünde **Karahanoğulları, Kamu Hizmeti**, s. 313-315.

¹⁹² Milletvekilliğinin seçimle kazanılması ve yasama faaliyetine katılma için AY m. 75, 80 ve 87; tanıklık ve bilirkişilik yükümlülüğü için 5271 sayılı CMK m. 43 vd. ve m. 62 vd.; 6100 sayılı HMK m. 240 vd. ve m. 266 vd. Tanık, bilirkişi ve tercümanın faaliyetin icrası kapsamında kamu görevlisi sayıldığı yönünde TCK m. 6 gerekçesi; bkz. aşağıda dn. 311. Kamu hizmetinin üretimine geçici, olumsal ve düzensiz biçimde katılanlar ile siyasal hak kullanımına dayanan katılımların “kamusal ajan” olarak nitelendirilmesi için Karahanoğulları, *Kamu Personeli*, s. 7. Kamu personel statüsü bulunmaksızın idari görevlendirmeye kolluk görevine katılan geçici köy korucuları da bu grupta yer almaktadır: 442 sayılı Köy Kanunu m. 74 (3175 sayılı Kanunla 1985’te eklenen fıkra) uyarınca valinin teklifi ve İçişleri Bakanlığının onayıyla temin edilen, idari bakımdan mülki idare amirine ve mesleki bakımdan jandarına komutanına bağlı çalışan bu kişilerin, personel konuları kanunla düzenlenmediği için AY m. 128 anlamında kamu görevlisi sayılmadığı, ancak geniş anlamda ve TCK m. 6/1-c’deki tanıma paralel anlamda kamu görevlisi olduğu yönünde **Veysel Erat**, “Kamu Görevlisi Kavramı Açısından Geçici Köy Korucuları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 1, 2013, s. 169-196, s. 173, 176, 178-181, 188-190. Seçilmişlerin,

idari görevlendirmeye kolluk görevine katılan geçici köy korucuları da, katılımlarının bir istihdam ilişkisine değil hukuk düzeninin öngördüğü bir görevlendirmeye dayanması bakımından bu grupta değerlendirilmektedir.

Bu kişiler bakımından kamusal faaliyete katılımın sürekliliği ve kişinin geçimini bu faaliyet aracılığıyla sağlaması belirleyici değildir. Önem taşıyan, kişinin belirli bir kamusal işlevin gerçekleştirilmesinde hukuken kendisine düşen işi yerine getirmesidir. Bu nedenle kamu ajanlarının kamusal faaliyete katılımı sürekli olabileceği gibi süreli veya yalnızca belirli bir işlemle sınırlı geçici bir nitelik de taşıyabilir.

Kamu ajanlarının beşerî aktörler arasında yer alması, kamusal faaliyetin işgücünün “kamu istihdamı” kavramıyla açıklanamayacağını göstermektedir. Kamu personeli statüsü kamusal faaliyete katılımın yalnızca bir biçimidir; özel hukuk ilişkisine dayanan çalışma ve herhangi bir istihdam ilişkisi bulunmaksızın belirli bir kamusal işlevin üstlenilmesi de aynı faaliyetin insan unsurunu oluşturabilir. Dolayısıyla kamusal faaliyetin beşerî aktörünün belirlenmesinde kişinin personel statüsünden önce, hangi kamusal faaliyete ve bu faaliyetin yürütülmesine hangi hukuki ilişki içerisinde katıldığı tespit edilmelidir.¹⁹³

1.3.3. Kamu Görevlisinin Kurumsal Ödevi: Kamu Görevi

Kamusal faaliyet, devlet veya diğer bir hükmî aktör tarafından üstlenilmiş faaliyetin bütününe ifade etmektedir. Bununla birlikte bir kamusal faaliyetin yürütülmesi, bu faaliyetin gerektirdiği çok sayıda işin gerçek kişiler tarafından yerine getirilmesini zorunlu kılar. Faaliyetin üstlenilmesi ile onun gerektirdiği işlerin fiilen yerine getirilmesi arasındaki ilişki, kamusal faaliyetin hükmî ve beşerî aktörleri arasındaki iş bölümü

kamu gücünü kullandıkları sürece kamu görevlisi ve ceza kanunu bakımından memur sayılmakla birlikte kamu personel sisteminin parçası olmadıkları yönünde **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*, s. 77.

¹⁹³ Yargıtay da yargılama faaliyetine tanık, tercüman ve bilirkişi gibi geçici olarak katılan kişileri bir istihdam ilişkisi bulunmaksızın kamu görevlisi saymaktadır: Yarg. 18. CD, 12.04.2017, E. 2015/22093, K. 2017/4217; Yarg. 5. CD, 28.05.2019, E. 2015/11200, K. 2019/5761. Mahkemece atanan vasi bakımından Yarg. 5. CD, 02.05.2013, E. 2013/5334, K. 2013/4360; buna karşılık tereke temsilcisi ve kayyım bakımından Yarg. 5. CD, 13.05.2016, E. 2014/1981, K. 2016/5102; Yarg. 5. CD, 02.10.2024, E. 2023/7648, K. 2024/9946.

aracılığıyla kurulmaktadır. Bu iş bölümü içerisinde belirli bir beşerî aktöre yerine getirilmek üzere yüklenen iş, o kişinin kamu görevini oluşturmaktadır.

Bu anlamıyla kamu görevi, kamusal faaliyetten bağımsız bir faaliyet türü değil, kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli işlerin beşerî aktörler arasında dağıtılması sonucunda ortaya çıkan kurumsal ödevdir. Kamusal faaliyet bütünü, kamu görevi ise bu bütün içerisinde belirli bir kişiye düşen iş payıdır. Dolayısıyla iki kavram farklı düzlemlerde bulunmaktadır. Kamusal faaliyet, kamu tarafından üstlenilmiş faaliyeti; kamu görevi ise bu faaliyetin yürütülmesi için gerekli işlerden belirli bir kişiye yüklenmiş olanı ifade eder.¹⁹⁴

Kamu görevinin bir iş olması, onu iş, yükümlülük ve ödev kavramlarıyla ilişkili hâle getirmektedir. Her görev bir işin yapılmasını veya belirli bir davranışta bulunulmasını gerektirmekle birlikte, yapılan her iş kamu görevi olmadığı gibi, hukuk düzeninin kişiye yüklediği her kamusal ödev de bu anlamda kamu görevi değildir. Vergi ödeme veya hukuk düzeninin kişilere vatandaşlık yahut başka bir hukuki sıfat nedeniyle yüklediği genel kamusal ödevlerde de belirli bir davranışın gerçekleştirilmesi söz konusudur.¹⁹⁵ Ancak bunlarda kişi, kamusal faaliyetin örgütlenmesi içerisinde bu faaliyetin yürütülmesi için gerekli işlerden birini üstlenmiş değildir. Kamu görevini diğer kamusal ödevlerden ayıran husus, ödevin kurumsal niteliğidir. Kişiye yüklenen iş, kamusal faaliyetin yürütülmesine ilişkin iş bölümünün bir parçasını oluşturduğu ölçüde kamu görevi niteliği kazanmaktadır.

Bu nedenle kamu görevi, yalnızca yapılacak işin maddi niteliğinden hareketle belirlenemez. Aynı maddi iş, kamusal faaliyetin örgütlenmesi içerisinde kişiye yüklenebileceği gibi tamamen özel bir faaliyet kapsamında da gerçekleştirilebilir. Kamu görevini belirleyen, işin tek başına ne olduğu değil, hangi kamusal faaliyetin yürütülmesi

¹⁹⁴ İdare hukuku öğretisinde “kamu görevi” (fonction publique) teriminin, devlet ve kamu tüzel kişileri emrinde çalışanların meslek ve meşgalesini ifade eden ödevsel anlamda kullanıldığı yönünde **Duran**, s. 301-302. Mülga 765 sayılı Kanun döneminde memur ile kamu hizmetlisini ayırmak için geliştirilen kamu görevi-kamu hizmeti ayrımı, kavrama bu çalışmada yüklenen anlamdan farklıdır; bu ayrım için bkz. aşağıda 2.1.3 (“Kamu Görevi-Kamu Hizmeti Ayrımı”).

¹⁹⁵ AY m. 72 (vatan hizmeti) ve m. 73 (vergi ödevi). Anayasa’nın bu ödevleri kamu hizmetlerine girme hakkından (m. 70) ayrı düzenlemesi, genel kamusal ödev ile kamu görevi arasındaki ayrımın anayasal düzeydeki karşılığı olarak okunabilir.

kapsamında ve hangi hukuki ilişki aracılığıyla kişiye yüklenmiş olduğudur. Bu husus, kamu görevinin konusu ile görevin tevdi meselelerinin ayrı ayrı incelenmesini gerekli kılmaktadır.

1.3.3.1. Kamu Görevinin Konusu

Kamu görevinin konusunu, kamusal faaliyetin yürütülmesi için yerine getirilmesi gereken iş oluşturur. Kamusal faaliyetin üstlenilmesi, belirli bir toplumsal ihtiyacın karşılanması veya belirli bir kamusal işlevin gerçekleştirilmesinin kamu tarafından yükümlenilmesini ifade ederken, bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi faaliyetin çeşitli işlere ayrılmasını gerektirir. Beşerî aktöre yüklenen bu işlerden her biri, ilgili kişi bakımından kamu görevinin konusunu meydana getirir.

Bu nedenle kamu görevinin konusu ile kamusal faaliyetin konusu özdeş değildir. Örneğin eğitim faaliyetinin kamusal olarak üstlenilmiş olması, eğitim faaliyetinin yürütülmesi için öğretim, yönetim, ölçme ve değerlendirme gibi farklı işlerin yerine getirilmesini gerektirir. Öğretmenin görevi kamusal eğitim faaliyetinin tamamı değil, bu faaliyetin yürütülmesi kapsamında kendisine yüklenen öğretim ve bununla bağlantılı işlerdir. Aynı şekilde adalet faaliyetinin yürütülmesi, hâkimden zabıt kâtibine kadar farklı beşerî aktörlere farklı işlerin yüklenmesini gerektirir. Her bir kişinin görevi, içinde yer aldığı kamusal faaliyetin bütünüyle değil, bu bütün içerisindeki kurumsal iş bölümüyle belirlenir.

Buradan hareketle kamu görevinin konusunun mutlaka kamu gücü kullanılmasını içermesi de gerekmez. Kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli işler, karar alma veya kamu gücü kullanma biçiminde ortaya çıkabileceği gibi teknik, mesleki veya maddi nitelikte de olabilir. Belirleyici olan işin niteliğinin soyut olarak “kamusal” sayılması değil, kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli işlerden biri olarak ilgili kişiye yüklenmiş bulunmasıdır.

Bu sonuç, aynı maddi işin farklı hukuki bağlamlarda farklı nitelik kazanabilmesini de açıklar. Bir işin kamu görevi olup olmadığı, yalnızca işin dış görünüşüne bakılarak belirlenemez. Aynı işi yapan iki kişiden biri bu işi kamusal faaliyetin yürütülmesi kapsamında kendisine yüklenmiş bir görev olarak yerine getirirken, diğeri bütünüyle özel bir faaliyet kapsamında gerçekleştirebilir. Kamu görevinin ayırt edici niteliği böylece işin

maddi içeriğinden çok, kamusal faaliyet ile kişi arasında kurulan görev ilişkisinde ortaya çıkmaktadır.

1.3.3.2. Kamu Görevinin Tevdi

Kamusal faaliyetin gerektirdiği belirli bir işin kişi bakımından kamu görevi hâline gelmesi, bu işin ona tevdi edilmesini gerektirir. Tevdi, kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli işlerden belirli bir kısmının yerine getirilmesinin bir beşerî aktöre bırakılmasını ifade etmektedir. Böylece kamusal faaliyetin hükmî aktörü ile bu faaliyetin yürütülmesine katılan gerçek kişi arasında görev ilişkisi kurulmaktadır.

Kamusal faaliyetin kamu tarafından kendi örgütü ve personeli aracılığıyla yürütüldüğü hâllerde görev ilişkisi doğrudan kurulmaktadır. Hükmî aktör, kamusal faaliyetin gerektirdiği işi kamu hukuku tarafından öngörülen usuller içerisinde kamu personeli eli ile görülmek üzere tevdi eder. Atama, görevlendirme veya ilgili kamu hukuku statüsünün kurulmasına ilişkin diğer işlemler aracılığıyla kişi belirli bir kurumsal konuma yerleştirilmekte ve bu konuma bağlı işleri yerine getirmekle yükümlü hâle gelmektedir. Bu durumda kişinin görevi ile kamusal faaliyetin hükmî aktörü arasındaki bağlantı doğrudandır.¹⁹⁶

Kamusal faaliyetin özel kişiler aracılığıyla veya özel hukuk yöntemlerinden yararlanılarak yürütülmesi hâlinde ise hükmî aktör ile işi fiilen yerine getiren beşerî aktör arasına özel bir hukuk süjesi girebilir. Bu durumda kamusal faaliyetin özel kişi tarafından yürütülmesi kamusal bir yetkilendirmeye dayanmakla birlikte, faaliyetin gerektirdiği somut iş beşerî aktöre özel hukuk ilişkisi içerisinde tevdi edilmektedir. Özel öğretim kurumunda çalışan öğretmenin görevi buna örnek gösterilebilir. Eğitim faaliyetinin özel öğretim kurumu tarafından yürütülmesi hukuk düzeninin tanıdığı yetkiye dayanırken, öğretmenin somut görevi kendisine iş sözleşmesi ve kurumun iç örgütlenmesi

¹⁹⁶ Atamanın tek yanlı bireysel idari işlem olmakla birlikte ilgilinin istemine bağlı bulunduğu yönünde Karahanoğulları, Kamu Personeli, s. 8; Devlet memurluğuna alınma ve atama için 657 sayılı Kanun m. 46 vd. Yargıtay, kamusal faaliyet niteliğindeki görevlendirmeyi kabul ederek yerine getiren kişiyi personel statüsünden bağımsız olarak kamu görevlisi saymaktadır: Yarg. 5. CD, 06.06.2011, E. 2011/6512, K. 2011/4415 (rektörlük oluruyla görevlendirilen veznedar); Yarg. 5. CD, 02.10.2015, E. 2015/7470, K. 2015/14733 (sözleşmeli personel).

çerçevesinde verilmektedir.¹⁹⁷ Öğretmenin göreve başlamasının idarenin onayına bağlı tutulması, tevdi ilişkisinin özel hukuk sözleşmesiyle sınırlı kalmadığını göstermektedir.

Ancak özel hukuk ilişkisi içerisinde yerine getirilen bir işin kamusal faaliyete maddi katkı sağlaması, o işi tek başına kamu görevi hâline getirmez. Kamusal faaliyetlerin özel kişilerden mal veya hizmet satın alınmasını, yardımcı faaliyetlerden yararlanılmasını yahut çeşitli özel hukuk ilişkilerinin kurulmasını gerektirmesi mümkündür. Bunların tamamının kamu görevi olarak kabul edilmesi, kamusal faaliyetle herhangi bir ekonomik veya maddi bağlantısı bulunan bütün işleri kavramın kapsamına dâhil eder.¹⁹⁸

Bu nedenle görevin hükmî aktör tarafından doğrudan tevdi edilmediği hâllerde, kamusal faaliyetle maddi bağlantının ötesinde bir unsur aranmalıdır. Aranan unsur, somut işin kanunla veya hükmî aktörün kararıyla kişiye kamusal faaliyetin yürütülmesinin bir parçası olarak tevdi edilmiş olmasıdır; araya giren özel hukuk süjesi bu tevdiyi kendiliğinden ortadan kaldırmamakta, buna karşılık salt hizmet alımı veya özel hukuk kişisiyle kurulan istihdam ilişkisi de tek başına böyle bir tevdiyi kurmamaktadır. Kamusal faaliyetin yürütülmesi için hukuk düzenince tanınmış belirli bir kamusal yetkinin kişinin yerine getirdiği iş kapsamında kullanılabilmesi, bu tevдинin en belirgin delilidir; kamusal faaliyetin belirli bir işlevinin kanunla, o işlev için gerekli yetkiyle birlikte kişiye bırakıldığı hâllerde ise yetki, delil olmanın ötesinde doğrudan tevдинin konusunu oluşturmaktadır. Burada kamu gücünün veya kamu gücü ayrıcalıklarının bütünüyle özel kişiye devredilmesinden söz edilmemektedir. Söz konusu olan, kamu tarafından üstlenilmiş faaliyetin özel kişiler eliyle yürütülmesine izin verilirken, bu faaliyetin

¹⁹⁷ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 8 (çalışma izni) ve m. 9 (iş sözleşmesi). Aynı Kanun'un 9. maddesine göre kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, "görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır" (m. 9/9). Kanuni eşdeğerlik düzenlemeleri için bkz. aşağıda 1.4.4.4 ("Kamu Görevlisinin Eşdeğerlik Rejimi"). Özel okul öğretmen ve yöneticilerinin kamu görevlisi olabilme koşullarını taşıyanlar arasından Bakanlığın onayıyla atandığı ve bu okullardaki sınav sonuçlarına ilişkin uyuşmazlıkların Millî Eğitim Bakanlığına karşı açılan iptal davasıyla idari yargıda görüldüğü yönünde **Özay**, s. 113-114 (tespit 625 sayılı Kanun dönemine ilişkindir; bugünkü karşılığı 5580 sayılı Kanun m. 8'deki çalışma iznidir).

¹⁹⁸ TCK m. 6 gerekçesindeki ihale istisnası için bkz. aşağıda dn. 513; ihalenin kamusal hizmetin özel kişilerce üstlenilmesi yöntemi olmayıp idarenin ihale yoluyla yalnızca mal veya hizmet satın alması olduğu yönünde aşağıda dn. 626.

gerektirdiği belirli hukuki sonuçları meydana getirebilmek için gerekli yetkinin de hukuk düzenince tanınmasıdır.¹⁹⁹

Kamusal yetki bu anlamda, özel hukuk kişilerinin olağan hukuki imkânlarından farklı olarak, kaynağını kamusal faaliyetin hukuki düzenlenmesinden alan ve bu faaliyetin yürütülmesine özgülenmiş bir yetkidir. Başkasının hukuki durumunu tek taraflı olarak etkileyebilme, kamusal bakımdan geçerli bir değerlendirmede bulunma, belgelendirme, denetleme veya belirli bir kamusal sürecin sonucunu belirleme imkânı bu yetkinin farklı görünümelerini oluşturabilir. Bunların ortak özelliği, kişinin söz konusu yetkiyi özel hukuk ilişkisinden bağımsız olarak kullanamaması; yetkinin varlığının ve hukuki sonuçlarının kamusal faaliyeti düzenleyen hukuk kurallarına dayanmasıdır.

Özel okul öğretmenin öğrencinin başarısını değerlendirerek not vermesi bu durumu açıklamaktadır. Öğretmenin iş sözleşmesi özel hukuk ilişkisi niteliğinde olmakla birlikte, öğrencinin eğitim sürecine ilişkin değerlendirmesi yalnızca işverenine sunulan özel bir hizmetten ibaret değildir. Öğretmenin yaptığı değerlendirme, hukuk düzenince tanınan eğitim ve ölçme-değerlendirme sistemi içerisinde öğrencinin eğitim durumuna ilişkin sonuç meydana getirmektedir. Öğretmenin kamusal faaliyetle ilişkisini nitelendiren husus bu nedenle yalnızca eğitim faaliyetine emeğiyle katkıda bulunması değil, görevi kapsamında kamusal düzenlemeden kaynaklanan belirli bir yetkiyi kullanmasıdır.

Buna karşılık aynı kurumun temizlik, yemek, bakım veya benzeri yardımcı işlerini yerine getiren kişinin emeği eğitim faaliyetinin sürdürülmesi bakımından gerekli olsa dahi, bu işlerin yerine getirilmesi kural olarak eğitim faaliyetinin gerçekleştirilmesine özgü kamusal bir yetkinin kullanılmasını gerektirmez. Böylece kamusal faaliyete maddi katkı ile kamusal faaliyetin yürütülmesinde görev üstlenme birbirinden ayrılabilir.

Tevdi ilişkisinin bu şekilde anlaşılması, kamu görevinin yalnızca iş yükleyen hukuki işlemi değil, iş ile birlikte kişiye tanınan yetki alanını da dikkate almayı gerektirir. Bununla birlikte kamusal yetki, kamu görevinin genel varlık koşulu değildir; hükmî aktörün kendi örgütü içinde tevdi ettiği işlerin önemli bir bölümü herhangi bir yetki

¹⁹⁹ Bkz. aşağıda dn. 208.

kullanımını gerektirmeksizin kamu görevi niteliği taşımaktadır. Yetkinin belirleyici olduğu alan, görevin hükmî aktör tarafından doğrudan tevdi edilmediği hâllerdir; bu hâllerde yetki, hukuk düzeninin kamusal faaliyetin belirli bir işlevini o kişiye bıraktığını gösteren ölçüt olarak işlev görmektedir. Kamu görevi kişiye belirli bir işi yerine getirme ödevi yüklerken, bu işin gerçekleştirilebilmesi için gerekli yetkileri de beraberinde getirebilir. Görevle bağlantılı yetkinin kaynağı, kapsamı ve sınırları ise kişinin kamusal faaliyet içerisindeki konumunun belirlenmesinde ayrıca incelenmelidir.

1.3.4. Kamu Görevlisinin Kurumsal Ayricalığı: Kamusal Yetki

Kamu görevi, kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli işlerden belirli bir kişiye tevdi edilen kısmı ifade etmektedir. Bununla birlikte görevin yerine getirilmesi, kişiye yalnızca belirli işleri yapma ödevi yüklemeyiz; işin niteliğine göre, bu işleri kamusal faaliyet bakımından sonuç doğuracak biçimde gerçekleştirebilmesi için belirli yetkilerin tanınmasını da gerektirir. Bu nedenle kamu görevinin ödev boyutunun karşısında, görevin yerine getirilmesini mümkün kılan bir yetki alanı bulunmaktadır. Bu çalışmada kişinin kamu görevi nedeniyle sahip olduğu bu hukuki imkânlar kamusal yetki olarak ifade edilmektedir.

Kamusal yetkinin açıklanmasında, idare hukukundaki kamu gücü kavramı bir hareket noktası oluşturmaktadır. Kamu gücü, idarenin kamu yararını gerçekleştirebilmesi ve üstlendiği kamusal faaliyetleri yürütebilmesi amacıyla özel hukuk kişilerinin sahip olmadığı üstün hukuki imkânlarla donatılmasını ifade eder.²⁰⁰ İdarenin muhatabın rızasına ihtiyaç duymaksızın tek taraflı ve icrai işlem tesis edebilmesi, belirli koşullarda kararlarını re'sen uygulayabilmesi ve özel hukuk kişilerinden farklı usul ve korumalardan yararlanabilmesi kamu gücünün çeşitli görünümleridir. İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarını kullanarak gerçekleştirdiği faaliyet ile özel hukuk kişileriyle eşit konumda gerçekleştirdiği faaliyet arasındaki farklılık da bu hukuki üstünlükten kaynaklanmaktadır.

²⁰⁰ İdare işlevinin, kamu gücü ve usulleri kullanılarak kamusal faaliyetlerin yürütülmesi olarak tanımlanması için **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 333-334 (Duran'a atıfla); kamu kudreti ölçütü için **Yayla**, s. 28-29. İdari fonksiyonun üstün ve ayrıcalıklı yetkiler (kamu gücü) kullanılarak yerine getirildiği ve bu yetkilerin kamu gücünden kaynaklandığı yönünde **Günday**, s. 16-17.

Kamu gücü ile kamusal yetki bununla birlikte özdeş değildir. Kamu gücü, devlet ve diğer kamusal aktörlere hukuk düzenince tanınan üstün hukuki imkânların bütününe ifade ederken; kamusal yetki, bu gücün belirli bir kamusal faaliyetin yürütülmesi sırasında gerçek kişi tarafından kullanılabilen somut görünümüdür. Kamu görevlisi kamu gücünün sahibi değildir. Ancak kamusal faaliyetin gerektirdiği belirli işleri yerine getirebilmesi için kamu gücünden kaynaklanan bazı yetkileri kullanmak üzere yetkilendirilebilir.²⁰¹ Bu nedenle kamusal yetki, kişinin görevi dolayısıyla, kaynağını kamusal hukuk düzeninden alan ve başkalarının veya kamusal kurumun hukuki alanında sonuç meydana getirebilen işlem ve tasarruflarda bulunabilme kapasitesi olarak ifade edilebilir.²⁰²

Bu kapasitenin mutlaka cebir kullanma, yaptırım uygulama veya klasik anlamıyla tek taraflı idari işlem tesis etme biçiminde ortaya çıkması gerekmez. Ceza hukuku bakımından önem taşıyan kamusal yetki alanı bundan daha geniştir. Bir kişinin kamusal faaliyet içerisindeki konumu nedeniyle başkasının hukuki durumunu etkileyebilmesi, kamusal bakımdan geçerli bir değerlendirmede bulunabilmesi, belirli bir hususu tespit veya belgelendirebilmesi, bir kamusal karar sürecine hukuken etkili biçimde katılabilmesi yahut bağlı bulunduğu kurum bakımından sonuç doğuran işlem gerçekleştirebilmesi de kamusal yetkinin görünümünü oluşturabilir. Ortak özellik, kişinin aynı hukuki etkiyi herhangi bir özel kişi sıfatıyla meydana getiremeyecek olması; bu kapasitenin kendisine kamusal faaliyet içerisindeki görevi veya işlevi nedeniyle tanınmış bulunmasıdır.

Görev ile yetki arasındaki bu ilişki ceza hukuku bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Ceza kanununda kamu görevlisinin sahip olduğu sığa bağlanan hukuki sonuçlar her durumda yalnızca kişinin kamusal faaliyete katılması olgusuna dayanmaz. Bazı suç

²⁰¹ İktidar adına gözlem yapan kişilerin bir vekâletin sahibi olduğu ve bu vekâleti onlara verenin devlet olduğu yönünde, bir okulu teftiş eden ilköğretim müfettişi örneği üzerinden krş. **Bourdieu**, s. 27. Yazar resmî edimleri, bir yetkilendirmeler zinciri yoluyla nihai olarak devlete gönderme yapan ve yetkiyle donanmış edimler olarak nitelendirmekte; aynı geri gidişin mahkeme kararlarında ve jandarma tutanaklarında da görüldüğünü belirtmektedir (aynı yer).

²⁰² İdarenin, ister organik ister işlevsel kamu hizmeti söz konusu olsun, kamu gücü (imperium) dolayısıyla özel çıkarlar karşısında üstün konumda bulunduğu yönünde **Özay**, s. 115; kamu kudreti ölçütünün toplumsal hayata giderek karışan devletin faaliyetlerini açıklamaya yetmez hâle geldiği yönünde **Yayla**, s. 28-29. Yargıtay'ın kamusal faaliyete katılmayı "kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması" ile "kamu hukuku usulüne göre görevlendirilme" ölçütlerine bağlayan içtihadı için Yarg. CGK, 12.04.2011, E. 2010/9-258, K. 2011/46; Yarg. CGK, 03.11.2020, E. 2016/1176, K. 2020/437; somut işlemde kamu gücü kullanılmamasını belirleyici sayan işlem bazlı yaklaşım için Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287. İçtihadın değerlendirilmesi için bkz. aşağıda 2.4.5.2 ("Kazai Yorum").

tiplerinde kişinin görevinin sağladığı yetki, araç veya imkânlardan yararlanması, görevin gereklerine aykırı hareket etmesi ya da kendisine tanınan kamusal etki alanını amacı dışında kullanması ayrıca önem taşımaktadır. Bu nedenle kamusal yetki, kamu görevlisinin yalnızca kamusal faaliyet içerisindeki konumunu değil, bu konumun kendisine sağladığı ve suçun işleniş biçimini etkileyebilen özel hareket imkânını da ifade etmektedir.²⁰³

Kamusal yetkinin kaynağı ve kapsamı, kişinin kamusal faaliyete katılma biçimine göre farklılaşabilir. Bu bakımdan kamusal yetkinin siyasal temsil yetkisi, kurumsal temsil yetkisi ve münferit işlem yetkisi biçiminde üç görünümü birbirinden ayrılabilir.

1.3.4.1. Siyasal Temsil Yetkisi

Kamusal yetkinin ilk görünümü, siyasal temsil yoluyla kamusal faaliyete katılan kişilerin konumunda ortaya çıkmaktadır. Egemenliğin millete ait olması ve anayasal düzen içerisinde yetkili organlar eliyle kullanılması, belirli kişilerin siyasal temsil ilişkisi aracılığıyla devletin karar oluşturma süreçlerine katılmasını mümkün kılmaktadır. Seçilme yoluyla üstlenilen kamusal görevlerde kişiye tanınan yetki, bir personel statüsünden değil, temsil edilen siyasal iradede kaynaklanmaktadır.

Milletvekilinin yasama faaliyetine katılması bunun belirgin örneğidir. Milletvekilinin oy kullanması, kanun teklifinde bulunması veya yasama faaliyetinin diğer işlemlerine katılması, herhangi bir özel kişinin gerçekleştirebileceği fiiller değildir. Bu işlemlerin kamusal sonuç meydana getirebilmesi, kişinin siyasal temsil sıfatından kaynaklanan yetkisine dayanmaktadır. Dolayısıyla siyasal temsil yetkisi, seçilme yoluyla kamusal faaliyete katılan kişinin temsil ettiği siyasal irade adına kamusal karar süreçlerine hukuken etkili biçimde katılabilme kapasitesini ifade etmektedir.²⁰⁴

²⁰³ Görevin sağladığı nüfuz, yetki, araç veya kolaylıktan yararlanmanın yahut görevin gereklerine aykırı davranmanın tipiklik unsuru veya nitelikli hâl olarak öngörüldüğü hükümler için örneğin TCK m. 86/3-d, 102/3-b, 103/3-e, 137/1-a, 250/1, 257/1 ve 266. Nüfuzun kötüye kullanılmasının, görevin sağladığı salt kolaylıktan yararlanmayı kapsamadığı yönünde Yarg. CGK, 20.12.2023, E. 2023/417, K. 2023/673; Yarg. CGK, 11.02.2026, E. 2023/449, K. 2026/87. Sıfat ile fiil arasındaki bağlantı biçimleri için bkz. aşağıda 1.5.4 ve 2.5.3 (“Kamu Görevlisi Kavramının Fonksiyonunun Belirlenmesi”).

²⁰⁴ Egemenliğin Anayasa’nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılması için AY m. 6/2; yasama yetkisi için m. 7; Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin seçilen milletvekillerinden oluşması, milletvekilinin bütün milleti temsil etmesi ve kanun teklif etme yetkisi için m. 75, 80 ve 88/1.

Bu yönüyle siyasal temsil yetkisi, kamu personel rejiminden kaynaklanan kurumsal yetkilerden ayrılır. Kişinin kamusal faaliyet içerisindeki konumunun kaynağı bir istihdam veya personel ilişkisi değil, anayasal siyasal temsil ilişkisidir. Bununla birlikte her iki durumda da kişi, kendisine tanınan sıfat nedeniyle sıradan bir özel kişinin sahip olmadığı bir kamusal etki alanına sahip bulunmaktadır.

1.3.4.2. Kurumsal Temsil Yetkisi

Kamusal yetkinin ikinci görünümü, kişinin kamusal kurum içerisindeki görevinden kaynaklanan kurumsal etki alanıdır. Kamu personeli, kendisine tevdi edilen görevi yerine getirirken yalnızca kendi adına hareket eden bir gerçek kişi değildir. Görevi kapsamında gerçekleştirdiği işlemler, hukuki ve kurumsal sonuçlarını bağlı bulunduğu kamusal örgütün faaliyet alanında meydana getirir. Bu çalışmada bu kapasite kurumsal temsil yetkisi olarak ifade edilmektedir.

Buradaki temsil, özel hukuk anlamında bir kimsenin irade açıklamasıyla başka bir kişinin doğrudan hak ve borç sahibi olmasını sağlayan teknik temsil ilişkisiyle özdeş değildir. Kurumsal temsil yetkisi, kamu personelinin görevi kapsamında gerçekleştirdiği işlem ve tasarrufların kendisinin kişisel işlemleri olarak değil, içinde bulunduğu kamusal örgütlenmenin faaliyeti olarak hukuki sonuç doğurmasını ifade etmektedir.²⁰⁵

Örneğin bir öğretim elemanının sınav değerlendirmesi sonucunda verdiği not, onun özel kişi sıfatıyla öğrenci hakkında açıkladığı kişisel bir kanaatten ibaret değildir.²⁰⁶

²⁰⁵ Doğrudan temsilde temsilcinin yaptığı hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının doğrudan temsil olunana ait olması için 6098 sayılı TBK m. 40/1. Kamu personelinin görevi kapsamındaki işlemlerinin idareye isnat edilmesi ve tazminat davasının ancak idare aleyhine açılabilmesi için AY m. 129/5; bkz. aşağıda 1.4.2.3 (“İdari Personelin Hukuki Sorumluluğu”). Organın özel hukuktaki temsilci durumunda olmadığı, organ sıfatıyla hareket eden kişilerin kişisel iradelerini değil idarenin iradesini açıkladıkları ve temsildeki gibi iki iradenin ortaya çıkmadığı yönünde **Yayla**, s. 12; organın temsilci olmayıp tüzel kişiliğin kendisi olduğu ve açıklanan iradenin gerçek kişilerin değil tüzel kişiliğin iradesi olarak sonuç doğurduğu yönünde **Özay**, s. 97; organ ve ajanların bu sıfatla yaptıkları işlem ve eylemlerin tüzel kişiye mal edildiği, üyelerin ve yararlananların tasarruflarının ise yalnız kendilerini bağladığı yönünde **Duran**, s. 65-67; devlet faaliyetlerinde gerçek kişilerin hukuk öznesi olarak değil kamu tüzel kişiliğinin temsilcisi olarak yer aldığı ve bu kişilerin iradelerinin “tanımlanmış görevlerinin dışına çıkmadıkları oranda” örgütün iradesi sayıldığı yönünde **Karahanogulları**, *İdare Hukuku*, s. 4, 15.

²⁰⁶ Bir kişinin yakını hakkındaki olumsuz yargısının tekil bir kişinin tekil bir kişi hakkındaki ve düzeltilebilir bir yargısı olarak kaldığı, buna karşılık öğretmenin aynı yargıyı resmî bir dille ifade etmesiyle yargının dikkate alınması gereken bir nitelik kazandığı ve resmî yargının toplumsal düzenin, yani devletin bütün gücünü taşıdığı yönünde krş. **Bourdieu**, s. 27. Yazar, yetki sahibi bir kişinin hakaret niteliğindeki yargısını özel bir hakareten ayırmakta; görev sınırlarını unutan öğretmenlerin karnelere yazdıkları bu

Değerlendirme, öğretim elemanının kurumsal görevi kapsamında gerçekleştirilmekte ve öğrencinin eğitim statüsü bakımından ilgili kurumun faaliyet alanında hukuki sonuç doğurmaktadır. İşlemin hukuka aykırılığına ilişkin uyumsuzluğun kişinin salt özel davranışına değil, kurumun hukuki alanında meydana gelen sonuca yönelmesi de bu niteliğin sonucudur.²⁰⁷

Kurumsal temsil yetkisi, kamu görevlilerine ilişkin ceza hukuku korumasının gerekçesi bakımından da önem taşımaktadır. Kamu görevlisinin görevi kapsamında gerçekleştirdiği fiillerin kamusal kurumun hukuka uygun, tarafsız ve güvenilir işleyişiyle ilişkilendirilebilmesi, kişinin kurum adına sonuç doğurabilme kapasitesine sahip olmasıyla bağlantılıdır. Kişinin kamusal kurumla hiçbir işlevsel bağlantısı bulunmaksızın gerçekleştirdiği tamamen kişisel davranış ile görevin sağladığı kurumsal konum içerisinde gerçekleştirdiği davranış bu nedenle aynı düzlemde değerlendirilemez.²⁰⁸

1.3.4.3. Münferit İşlem Yetkisi

Kamusal yetkinin bulunması her durumda kişinin sürekli bir kamu personel statüsüne veya kamusal kurumu genel olarak temsil edebilme kapasitesine sahip olmasını gerektirmez. Hukuk düzeni, belirli bir kamusal faaliyetin gerçekleştirilmesi için özel kişiye veya belirli bir işlemle sınırlı olarak gerçek kişiye kamusal sonuç doğurabilecek bir yetki tanıyabilir. Bu çalışmada yalnızca belirli bir görev, işlem veya süreçle sınırlı olarak tanınan bu yetki münferit işlem yetkisi olarak ifade edilmektedir.

Münferit işlem yetkisinde kişi, kamusal kurumu genel olarak temsil etmemekte; yalnızca hukuk düzeninin kendisine bıraktığı belirli işlem bakımından kamusal etki meydana getirebilmektedir. Yetkinin kaynağı kişinin genel personel statüsü değil, belirli bir

nitelikteki yargıların, yetki sahibi ellerce yazılmaları ve taşıdıkları meşruiyet nedeniyle “suç unsuru” taşıdıklarının söylenebileceğini belirtmektedir (aynı yer). Bourdieu’ya göre “devlet” edimleri olarak adlandırılacak meşru siyasal edimler, güçlerini hem meşruiyetlerinden hem de dayandıkları esasın varlığına duyulan inançtan almaktadır (s. 26).

²⁰⁷ İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması için AY m. 125/1; idari işlemlere karşı iptal davası için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2/1-a; yükseköğretimde ölçme ve değerlendirme esasları için 2547 sayılı Kanun m. 44/b.

²⁰⁸ Kamu görevlilerine karşı işlenen suçlarda nitelikli hâllerin gerekçesi olarak kamu görevlisinin devleti temsil etmesi ve fiilin kamu idaresinin işleyişine yönelmesi için bkz. aşağıda dn. 295 ve 1.4.4.3 (“Kamu Görevlisinin Yoğunlaştırılmış Koruma Rejimi”).

kamusal işlevi yerine getirmek üzere yetkilendirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla yetki, verildiği iş veya işlemle sınırlıdır ve bu sınırın dışında kişiye genel bir kamusal hareket kapasitesi sağlamaz.

Özel öğretim kurumunda çalışan öğretmenin öğrencinin başarısını değerlendirmesi bu görünüm altında ele alınabilir. Öğretmen kamu personeli olmamasına ve işlemleri genel olarak bir kamu kurumunun işlemi niteliği taşımasına rağmen, hukuk düzeninin özel öğretim faaliyetine tanıdığı yetki çerçevesinde öğrencinin eğitim statüsü bakımından sonuç meydana getiren değerlendirmelerde bulunmaktadır. Buradaki kamusal yetki, kişinin genel statüsünden değil, kendisine bırakılan belirli eğitim ve değerlendirme işlevinden kaynaklanmaktadır.²⁰⁹

Benzer şekilde tanığın yargısal faaliyet içerisindeki konumu da münferit kamusal işlev bakımından açıklayıcıdır. Tanık sürekli olarak yargı örgütüne bağlı değildir ve yargısal kurumu temsil etmez. Bununla birlikte hukuk düzeni tarafından belirlenen usul içerisinde tanıklık yapmak üzere yargısal faaliyete katıldığında, beyanı artık sıradan bir özel açıklamadan farklı hukuki sonuçlara bağlanmaktadır.²¹⁰ Burada kişinin kamusal konumu, belirli bir yargısal süreç ve kendisine yüklenen işlevle sınırlıdır.

Münferit işlem yetkisi özellikle kamusal faaliyetlerin özel kişiler aracılığıyla yürütüldüğü hâllerde önem kazanmaktadır. Özel kişinin kamusal faaliyete herhangi bir maddi katkıda bulunması, ona kendiliğinden kamusal yetki sağlamaz. Kamusal yetkiden söz edilebilmesi için hukuk düzeninin belirli bir kamusal işlevin gerçekleştirilmesini kişiye bırakmış ve bu işlev kapsamında gerçekleştirdiği işlem veya tasarrufa özel kişi sıfatıyla meydana getiremeyeceği bir hukuki etki tanımış olması gerekir. Böylece münferit işlem yetkisi, kamusal faaliyete salt maddi katkı ile bu faaliyetin yürütülmesine kamusal bir

²⁰⁹ 5580 sayılı Kanun m. 9; bkz. yukarıda dn. 197. Özel öğretim kurumlarının Bakanlığın denetim ve gözetimi altında faaliyet göstermesi için aynı Kanun m. 11/1; özel okulların, özel teşebbüsçe yürütülmesine rağmen idarenin içerik denetimine tabi “fonksiyonel kamu hizmeti” sayılması için **Özay**, s. 113-114 (ve orada anılan Danıştay 12. D., 23.10.1967, E. 1967/518, K. 1967/1679); özel öğretim kurumlarının kamunun ihtiyaçlarını karşıladıkları için bazı idare hukuku ilkeleriyle bağlı tutulması için **Yayla**, s. 30-31. Karşı görüş için bkz. yukarıda dn. 167.

²¹⁰ Yargıtay da keşifte dinlenen tanık ile mahalli bilirkişiyi, “adli nitelikteki kamusal faaliyetin yürütülüşüne usulünce iştirak etmeleri nedeniyle” kamu görevlisi saymaktadır: Yarg. 18. CD, 12.04.2017, E. 2015/22093, K. 2017/4217.

işlev üstlenerek katılma arasındaki sınırın belirlenmesine de hizmet etmektedir.²¹¹ Kamusal faaliyete katılan özel kişinin hukuki konumunu kişinin statüsüne değil, kendisine bırakılan kamusal işleve ve bu işlev için tanınan yetkiye göre belirleyen bu yaklaşım, idare hukuku öğretisinde de karşılık bulmakta; idari yargı da özel hukuk kişisine kanunla bırakılan kamusal işlev kapsamındaki işlemleri, kişinin statüsüne bakmaksızın idari işlem saymaktadır.

Siyasal temsil, kurumsal temsil ve münferit işlem yetkisi arasındaki farklılık, kamusal yetkinin kaynağı ve kapsamına ilişkindir. İlkinde yetki siyasal temsil ilişkisinden, ikincisinde kişinin kamusal örgüt içerisindeki kurumsal konumundan, üçüncüsünde ise belirli bir kamusal işlev için hukuk düzenince gerçekleştirilen yetkilendirmeden kaynaklanmaktadır. Her üç durumda ortak olan husus, kişinin özel kişi sıfatıyla sahip olmadığı bir hukuki etki alanına kamusal faaliyet içerisindeki konumu nedeniyle sahip olmasıdır.

1.4. KAMU GÖREVLİSİNİN HUKUKİ REJİMİ

1.4.1. Anayasa Hukukunda Kamu Görevlisi: Kamu Personel Rejimi

Anayasa hukukunda kamu görevlisi kavramı, devlet teşkilatının insan unsurunu oluşturan kişilerin anayasal statüsü ve kamu hizmetinin yürütülmesindeki işlevleri bakımından ele alınmaktadır. Bu nedenle anayasa hukukundaki inceleme, kamu görevlisinin kim olduğu

²¹¹ Yargıtay uygulaması, özel kişinin kamusal faaliyete katılımını, herhangi bir surette katılmayı yeterli sayan yaklaşım (Yarg. CGK, 08.10.2020, E. 2018/287, K. 2020/409) ile kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı gerekçesiyle kamu erki kullanımı ve kamu hukuku usulüyle görevlendirilme arayan yaklaşım (Yarg. CGK, 22.04.2021, E. 2020/337, K. 2021/162) arasında dalgalanmaktadır; bkz. aşağıda 2.4.5.2 (“Kazai Yorum”). İdare hukuku öğretisinde de kamu gücünü kullanma yetkisinin kimi hâllerde özel hukuk tüzel kişilerine ve hatta bireylere kanunla verildiği kabul edilmekte (**Duran**, s. 70); kamu hizmetlerinin yürütülmesine şu ya da bu ölçüde katılan özel örgütlerin, bütünüyle özel hukuk rejimine bağlı olmakla birlikte, kamusal yetkiler kullanarak yaptıkları işlem ve eylemler bakımından kamu hukuku ilke ve kurallarına tabi tutulduğu ve kamu hizmeti kavramının hukuki rejimi ancak kamusal yetki ve usullerle birlikte bulunduğu belirleyebildiği belirtilmektedir: aynı eser, s. 344-345. İmtiyaz belgelerinde imtiyazlı şirkete ücret tahsil etme, ceza kesme, zabıt tutma ve kamulaştırma isteme yetkilerini tanıyan hükümlerin, kişiyi önceden var olan imkânlarla donatan şart işlem niteliğinde olduğu yönünde aynı eser, s. 335, 338; idareye ait üstün yetkilerin imtiyaz sözleşmesiyle şirkete geçtiği yönünde **Özay**, s. 135. Kolluk yetkisinin özel kişilere ancak mevzuatın izin verdiği hâllerde devredilebileceği ve bu şekilde yetkilendirilen özel hukuk kişinin işlemlerinin idari işlem sayıldığı yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 396; Türkiye Jokey Kulübü bünyesindeki Komiserler Kurulunun idari bir kurul olduğu ve kararlarının idari nitelik taşıdığı, kulübün dernek olarak kurulmuş olmasının bu sonucu değiştirmedeği yönünde Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.2.1995, E. 1995/2, K. 1995/1 (aktaran aynı eser, s. 396-397, dn. 282).

sorusundan ziyade; kamu hizmetinin kimler tarafından yerine getirileceği, kamu hizmetine girme hakkı, kamu görevlilerinin statüsü, hak ve yükümlülükleri ile kamu personel rejiminin anayasal esasları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Bu yaklaşımın temelinde, kamu görevlisinin bireysel bir hukuki statüden önce devlet teşkilatının kurumsal işleyişini sağlayan anayasal bir unsur olarak görülmesi yatmaktadır. Dolayısıyla anayasa hukukunda kamu görevlisi kavramı, kamu hizmetinin örgütlenmesine ilişkin anayasal tercihlerin bir parçası olarak değerlendirilmekte; kamu hizmetinin sürekliliği, tarafsızlığı, liyakat ilkesi, statü hukuku ve kamu görevlilerine tanınan anayasal güvenceler çerçevesinde incelenmektedir. Bu yönüyle anayasa hukuku, kamu görevlisini esas itibarıyla kamu personel rejiminin bir unsuru olarak ele almakta; kavrama ilişkin tartışmalar da ağırlıklı olarak kamu hizmeti, kamu hukuku bağı ve personel rejiminin anayasal esasları etrafında şekillenmektedir.

Anayasa hukukundaki bu statü merkezli anlayış, 1921 Anayasası'ndan 1982 Anayasası'na uzanan bir gelişimin ürünüdür. 1982 Anayasası'nın kurduğu çok katmanlı personel rejimi ile Anayasa Mahkemesinin bu rejimi yorumlayan içtihadı, ceza hukukundaki fonksiyonel kamu görevlisi kavramının anayasal kavramla karşılaştırılabileceği zemini oluşturmaktadır.

1.4.1.1. Kamu Personel Rejiminin Genel Esasları ve Kamu Yönetimi

Kamu personel rejimi, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin üstlendikleri faaliyetleri yürütecek insan unsurunun istihdam edilmesine, hukuki konumuna ve idareyle ilişkisine dair kuralların bütünüdür. Rejimin hangi esaslar üzerine kurulacağı, hâkim kamu yönetimi anlayışına bağlı olarak değişmektedir. Kamu hizmetinin sürekliliğini, düzenliliğini ve tarafsızlığını merkeze alan geleneksel bürokrasi anlayışı, personelin idareyle ilişkisini kanunla önceden belirlenmiş nesnel bir statüye bağlamakta; verimlilik ve sonuç odaklı yönetim anlayışları ise esnek ve sözleşmeye dayalı istihdam biçimlerine yer açmaktadır.

Kamu yönetimi anlayışı, devletin üstlendiği faaliyetlerin hangi örgütsel yapı içinde ve hangi personel eliyle yerine getirileceğine ilişkin temel varsayımları da belirlemektedir. Klasik kamu yönetimi anlayışında kamu hizmetlerinin süreklilik, eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun biçimde yürütülmesi esastır. Bu nedenle kamu görevlileri, devlet

iradesinin kurumsal taşıyıcıları olarak görülmekte; personel rejimi de bireysel iradeye dayanan sözleşmesel bir ilişki olarak değil, kamu yararı düşüncesiyle oluşturulmuş genel ve objektif kurallara dayanan statüsel bir ilişki olarak yapılandırılmaktadır.

Bu sistemin teorik temelini oluşturan bürokratik modelde belirleyici olan, görevi yerine getiren kişinin şahsından çok üstlendiği kamusal fonksiyondur. Kamu personelinin hak, yetki ve yükümlülükleri bireysel pazarlıkla değil, hukuk düzeni tarafından önceden belirlenmekte; kariyer ve liyakat ilkeleri, görev güvencesi ve hiyerarşik örgütlenme bu yapının tamamlayıcı unsurlarını oluşturmaktadır. Bu nedenle kamu personel rejimi yalnızca bir istihdam sistemi değil, aynı zamanda devlet örgütlenmesinin sürekliliğini sağlayan kurumsal bir mekanizma niteliği taşımaktadır.

Türk anayasa hukukunda kamu görevlisi kavramının statü merkezli biçimde şekillenmesi, bu nedenle yalnızca anayasa metnlerinin değil, aynı zamanda her dönemde benimsenen kamu yönetimi anlayışının da ürünüdür.²¹²

1.4.1.2. Türk Anayasa Hukukunda Kamu Personel Rejimi

1.4.1.2.1. 1921 Anayasası Döneminde

1921 tarihli Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, olağanüstü savaş koşullarının etkisi altında, yeni kurulan devlet teşkilatının temel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hazırlanmış; yalnızca 23 madde ve bir madde-i münferideden oluşan kısa ve çerçeve nitelikli bir anayasal metin olarak kabul edilmektedir.²¹³ Temel hak ve özgürlükler, yargı teşkilatı, anayasa yargısı ve anayasanın değiştirilme usulü gibi klasik anayasa sistematığının asli unsurlarına yer vermemesi nedeniyle öğretide “çerçeve anayasa” olarak nitelendirilmekte; ayrıca, anayasa değişiklikleri bakımından kanunlardan farklı ve ağırlaştırılmış bir usul

²¹² Kamu personel rejiminin kavramsal çerçevesi ve tarihsel-toplumsal temelleri için bkz. **Onur Ender Aslan**, *Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri: Tarihi ve Toplumsal Temelleri*, TODAİE Yayınları, Ankara 2006; **Aslan**, *Devlet Bürokrasisi ve Kamu Personel Rejimi*; **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*. Personel rejimlerinin liberal, fordist ve post-fordist dönemler hâlinde dönemleştirilmesi ve bu dönemleştirmenin Türk kamu personel rejimine uygulanması için **Sinan Acar**, “Kamu Personel Rejimlerinin Tarihsel Gelişimi ve Türkiye’deki Yansımaları”, *Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, 2019, s. 219-248, s. 219-220, 226.

²¹³ **1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu**, Kabul Tarihi: **20.01.1921**, Ceride-i Resmiye, 07.02.1921, Sayı 1.

öngörmemesi sebebiyle Türk anayasa tarihinin tek yumuşak (esnek) anayasası olarak değerlendirilmektedir.²¹⁴

1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, kısa ve çerçeve nitelikli bir anayasa olduğundan, kamu personel rejimine ilişkin sistematik düzenlemeler içermemektedir.²¹⁵ Bu dönemde kamu görevlisi kavramı anayasal bir statü olarak değil, devlet teşkilatının fiilî işleyişi içerisinde ortaya çıkan bir görev ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Meclis hükümeti sistemi ve adem-i merkeziyetçi idari yapı anlayışı nedeniyle merkezi bir memuriyet rejimi oluşturulmamış, kamu personeline ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde kanun koyucuya ve idari uygulamaya bırakılmıştır.²¹⁶

1.4.1.2.2. 1924 Anayasası Döneminde

1924 Anayasası²¹⁷ ile kamu personel rejimi ilk kez anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasanın “Memurlar” başlığı altında yer verdiği hükümler, memuriyetin kamu hizmetinin asli yürütücüsü olduğu anlayışını benimsemiş; kamu hizmetine alınmada liyakat ilkesi ile memuriyet statüsünün kanunla düzenlenmesi esasını kabul etmiştir.²¹⁸ Bu dönemde kamu görevlisi kavramı büyük ölçüde “memur” kavramıyla özdeş görülmüş, kamu personeli bakımından tek tip statü anlayışı hâkim olmuştur.

Anayasal çerçeve, 788 sayılı Memurin Kanunu²¹⁹ ile somutlaştırılmış; memurların hak ve yükümlülükleri ilk defa kapsamlı biçimde düzenlenmiştir. Bununla birlikte memurlara

²¹⁴ 1921 Anayasası’nın çerçeve ve yumuşak anayasa niteliği için bkz. **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023; **Bülent Tanör**, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 5. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2023.

²¹⁵ Bkz. Acar, s. 233-235.

²¹⁶ 1921 Anayasası’nın meclis hükümeti sistemi ve adem-i merkeziyet anlayışı için Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*; Aslan, *Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri*.

²¹⁷ **1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu**, Kabul Tarihi: **20.04.1924**, RC, 24.05.1924, Sayı 71.

²¹⁸ 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu m. 92-94. m. 92, siyasal hakları haiz her Türk’ün ehliyet ve istihkakına göre devlet memuriyetlerinde istihdam olunmak hakkını; m. 93, memurların ahval, hukuk, vezaif, maaş ve muhassasatları ile nasp, azil, terfi ve terakkilerinin kanunu mahsus ile belirlenmesini; m. 94 ise kanuna muhalif olan umurda amire itaatin memuru mesuliyetten kurtaramayacağını düzenlemektedir. Dönemin personel rejimi ile 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında kamu personeline ilişkin terim ve ilkelerin özeti için **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*, s. 80-82.

²¹⁹ **788 sayılı Memurin Kanunu**, Kabul Tarihi: **18.03.1926**, RC, 29.03.1926, Sayı 336.

tanınan anayasal güvencelerin sınırlı olması nedeniyle kamu personel rejimi büyük ölçüde yürütmenin takdir alanı içerisinde kalmaya devam etmiştir.

1.4.1.2.3. 1961 Anayasası Döneminde

1961 Anayasası,²²⁰ sosyal hukuk devleti ilkesinin benimsenmesine paralel olarak kamu görevlisi kavramına önceki anayasalardan daha güçlü bir statü kazandırmıştır. Devletin asli ve sürekli görevlerinin memurlar eliyle yürütüleceği anayasal ilke hâline getirilmiş; böylece kamu hizmeti ile kamu görevlisi arasındaki bağ anayasal düzeyde açık biçimde kurulmuştur.²²¹ Bu anlayış doğrultusunda çıkarılan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu,²²² anayasanın öngördüğü statü hukukunu ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Aynı dönemde memurların sendikal haklarının anayasal güvenceye kavuşturulması, kamu personel rejiminin yalnızca idarenin örgütlenmesine ilişkin değil, aynı zamanda temel haklar boyutu bulunan bir anayasal kurum olarak görülmeye başlandığını göstermektedir.²²³

1.4.1.2.4. 1982 Anayasası Döneminde

1982 Anayasası,²²⁴ kamu görevlisi rejimini önceki anayasalardan farklı olarak daha kapsamlı ve çok katmanlı bir sistem içerisinde düzenlemiştir. Anayasanın 70. maddesi kamu hizmetine girme hakkını güvence altına alırken, kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceğini hükme bağlayarak liyakat ilkesini anayasal güvenceye kavuşturmuştur.

²²⁰ **1961 Anayasası**, Kabul Tarihi: **09.07.1961**, RG, 20.07.1961, Sayı 10859.

²²¹ 1961 Anayasası m. 117/1: “Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür.” İkinci fıkra memurların nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesini; m. 118 ise disiplin kovuşturmasında savunma hakkını ve disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamamasını öngörmektedir.

²²² **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu**, Kabul Tarihi: **14.07.1965**, RG, 23.07.1965, Sayı 12056.

²²³ 1961 Anayasası m. 46/1’in ilk metni sendika kurma hakkını “çalışanlar ve işverenler” bakımından tanımış; “işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin bu alandaki hakları”nın kanunla düzenlenmesini öngörmüştür. Hüküm 624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Kanunu (Kabul Tarihi: 08.06.1965, RG, 17.06.1965, Sayı 12025) ile somutlaştırılmış; 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle ibare “işçiler ve işverenler” biçimine dönüştürülerek memurların sendika hakkı anayasal dayanağını yitirmiştir.

²²⁴ **1982 Anayasası**, Kabul Tarihi: **18.10.1982**, RG, 09.11.1982, Sayı 17863 (Mükerrer).

Personel rejiminin temelini oluşturan 128. maddede ise devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli kamu hizmetlerinin yalnızca “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” eliyle görüleceği kabul edilmiştir. Böylece önceki anayasalarda hâkim olan tek tip memur anlayışı terk edilmiş; memur statüsünün yanında anayasal düzeyde “diğer kamu görevlileri” olarak ifade edilen ikincil bir kategori de kabul edilmiştir. Bu değişiklik, kamu personel rejiminin farklı istihdam modellerini kapsayacak şekilde genişlemesine imkân sağlamıştır.²²⁵

Anayasanın 129. maddesi ise kamu görevlilerinin görevlerini Anayasaya ve kanunlara sadakatle yürütme yükümlülüğünü, disiplin esaslarını ve ceza soruşturmasına ilişkin güvenceleri düzenleyerek kamu görevlisinin anayasal statüsünü tamamlamaktadır.²²⁶

Anayasa’nın kamu personel rejimine ilişkin düzenlemeleri yalnızca 128 ve 129. maddelerle sınırlı değildir. Kamu görevlilerine ilişkin diğer anayasal hükümler de personel rejiminin temel esaslarını ortaya koymakta ve kamu görevlisi kavramının yorumunda dikkate alınması gereken anayasal çerçeveyi göstermektedir. Bu bakımdan siyasal partilere üye olma hakkını düzenleyen 68. madde ile milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76. maddede hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organı mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Silahlı Kuvvetler mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile “yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri” ayrı ayrı sayılmıştır.

²²⁵ AY m. 128/1’deki “memurlar ve diğer kamu görevlileri” ibaresinin kapsamı için **Kanlıgöz**, s. 174 vd.; **Sait Güran**, “Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, *Anayasa Yargısı*, C. 1, 1984, s. 191-200; **Hayrettin Eren**, “1982 Anayasası ve Kamu Görevlileri Kavramı”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1, 1998, s. 55-87. İbarenin Danışma Meclisince Anayasa Mahkemesi’nin memur olmayan personelin memurlara özgü görevlere getirilemeyeceği yönündeki içtihadını aşmak amacıyla eklendiği, “kamu iktisadi teşebbüsleri” ibaresinin ise Millî Güvenlik Konseyince konulduğu yönünde **Sait Güran**, “Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, *Anayasa Yargısı*, C. 6, 1989, s. 39-66, s. 43. Diğer kamu görevlilerinin “memurların tamamlayıcısı, onlarla birlikte ve onlardan sonra düşünülen kamu ajanları” olduğu ve m. 128’in memursuz bir örgütlenmeyi kastetmediği yönünde **Güran**, “Personel Hukukuna Bakışı”, s. 55.

²²⁶ AY m. 129/1 (Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülüğü), m. 129/2-4 (disiplin kovuşturmasında savunma hakkı ve disiplin kararlarının yargı denetimi), m. 129/5 (yetki kullanımı sırasında işlenen kusurlardan doğan tazminat davalarının idare aleyhine açılması) ve m. 129/son (ceza kovuşturmasının idari merciin iznine bağlanması). Bu fıkraların hukuki ve cezai sorumluluk bakımından sonuçları için bkz. aşağıda 1.4.2.3 ve 1.4.2.4.

Bunun yanı sıra 140. maddede hâkimlik ve savcılık teminatına ilişkin özel hükümlere yer verilmesi de hâkim ve savcılarının genel memuriyet rejimi içerisinde değil, kendilerine özgü anayasal esaslara tabi ayrı bir personel statüsü içinde düzenlendiğini göstermektedir. Bu sistematik, anayasa koyucunun kamu personel rejimini tek tip bir memuriyet anlayışı üzerine kurmadığını; adli personel, akademik personel, askerî personel, memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu işçilerini kapsayan çok katmanlı bir personel rejimi benimsediğini ortaya koymaktadır. Aynı düzenlemelerde yer verilen “işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri” ibaresi ise, anayasa koyucunun kamu işçilerini de kamu personel rejiminin bir unsuru olarak dikkate aldığını göstermektedir.²²⁷

Bunun yanında, Cumhurbaşkanı’nın üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisini düzenleyen Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası da kamu personel rejiminin farklı bir yönüne işaret etmektedir. Anayasa koyucu bu hükümle, kamu personelini statülerine göre değil, yönetim kademelerine göre de sınıflandırmış ve “üst kademe kamu yöneticisi” kavramına anayasal düzeyde yer vermiştir.²²⁸ Böylece kamu personel rejimi yalnızca personelin hukuki statüsünü değil, kamu yönetimi içerisindeki görev ve yönetim düzeyini de dikkate alan çok boyutlu bir yapıya kavuşturulmuştur. Anayasa’nın kamu personel rejimine ilişkin bu sistematigi, ceza hukukunda kamu görevlisi kavramının yorumunda da önem taşımaktadır. Zira ceza hukuku bakımından kamu görevlisinin belirlenmesinde, kamusal faaliyetin anayasal personel rejimi içerisinde hangi kişi veya personel kategorileri eliyle yerine getirildiğini ortaya koyan bu anayasal çerçeve temel başvuru noktalarından birini oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu görevlisi kavramı, esas itibarıyla Anayasa’nın 128. maddesi çerçevesinde yorumlanmaktadır. Mahkeme, devletin asli ve sürekli kamu

²²⁷ AY m. 68/5, m. 76/2 ve m. 140. Türk kamu personel sisteminin idari, askerî, akademik ve adli personel olmak üzere birbirinden ayrı rejimler hâlinde örgütlendiği ve bu ayrımın anayasal dayanakları için **Özkal Sayan**, s. 201-245; **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*, s. 84-86.

²²⁸ AY m. 104/9, 6771 sayılı Kanun’la yapılan 2017 değişikliğiyle (Kabul Tarihi: 21.01.2017, RG, 11.02.2017, Sayı 29976) getirilmiş; üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslar 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin “üst kademe kamu yöneticisi” kavramının kapsamını belirleyen ve (II) sayılı cetveldeki bazı görevlerin bu kapsam dışında kaldığına hükmeden kararının değerlendirilmesi için **Ramazan Çağlayan**, “Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, C. 2, S. 1, 2024, s. 23-48.

hizmetlerinin ancak kamu hukuku bağı ile idareye bağlı bulunan personel eliyle yürütülebileceğini kabul etmekte; “diğer kamu görevlileri” kavramını da memurlar dışında kalan, ancak kamu hukuku statüsüne tâbi olarak kamusal faaliyet yürüten kişiler şeklinde değerlendirmektedir.²²⁹ Bu yaklaşım doğrultusunda kamu görevlisi kavramının belirlenmesinde yalnızca yapılan iş değil, kişinin idare ile kurduğu hukuki ilişkinin niteliği de önem taşımaktadır.

Mahkeme kararlarında özellikle “asli ve sürekli kamu hizmeti” ölçütü, kamu personel rejiminin sınırlarını belirleyen temel anayasal kriter olarak kullanılmaktadır. Buna göre kamu gücünün kullanılmasını gerektiren ve devletin sürekli yükümlülüğü niteliğindeki faaliyetlerin özel hukuk ilişkileri çerçevesinde yürütülmesi mümkün görülmemekte; bu faaliyetlerin kamu hukuku statüsüne sahip personel eliyle yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.²³⁰ Böylece Anayasa Mahkemesi, kamu görevlisi kavramını statü hukuku ve kamu hukuku bağı ekseninde yorumlayarak anayasal personel rejiminin temel esaslarını şekillendirmektedir.²³¹

²²⁹ Anayasa Mahkemesi’nin AY m. 128/1’e ilişkin içtihadının değerlendirilmesi için bkz. **Sever**, s. 247 vd. Mahkeme’nin “diğer kamu görevlisi” kavramının öğelerini memur ve işçi olmama, asli ve sürekli görevde çalışma, yönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olma ve haklarında özel kuralların uygulanması olarak sıraladığı karar: AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8 (RG, 23.08.1988, Sayı 19908); aktaran **Güran**, “Personel Hukukuna Bakış”, s. 51, 54; **Ergün Dilaveroğlu**, “Mevzuat ve Yüksek Yargı Organı Kararları Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 90, S. 3, 2025, s. 211-247, s. 235; aynı tanımı yineleyen AYM, 10.04.2019, E. 2017/33, K. 2019/20 (aktaran **Dilaveroğlu**, s. 240). Asli ve sürekli olmanın “personelin değil, görevin niteliği” olduğu yönünde **Güran**, “Personel Hukukuna Bakış”, s. 50.

²³⁰ AYM, 11.12.1986, E. 1985/11, K. 1986/29; AYM, 16.10.2003, E. 2001/383, K. 2003/92; AYM, 8.11.2012, E. 2012/27, K. 2012/173 (aktaran **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 336). Kamu gücü kullanılmaksızın teknik inceleme ve tespitten ibaret işlerin özel kişilere gördürülebileceği yönünde AYM, 26.6.2002, E. 2001/377, K. 2002/59; AYM, 27.12.2012, E. 2012/102, K. 2012/207 (aktaran aynı eser, s. 337-338). Ayrıca bkz. Duran, s. 244-245. Genel idare esaslarının merkezî idareyle statüye dayalı kurumsal ilişki, kamu gücü kullanımı ve emretme yetkisi ölçütleriyle belirlendiği ve kamu gücü kullanılmaksızın yerine getirilebilecek inceleme, rapor hazırlama ve görüş bildirme faaliyetlerinin asli ve sürekli kamu görevi sayılmadığı yönünde AYM, 16.02.2023, E. 2020/34, K. 2023/25, § 50-51; asli ve sürekli görevlerin hizmet veya vekâlet sözleşmesiyle gördürülmesinin m. 128’e aykırılığı için AYM, 22.03.2007, E. 2005/139, K. 2007/33; kadro ve pozisyonun belirleyiciliği için AYM, 23.01.2020, E. 2019/78, K. 2020/6 (aktaran **Dilaveroğlu**, s. 226-232). Mahkeme’nin geçici köy korucuları, il genel meclisi üyeleri ve yeminli büro elemanlarını dışlayıp yeminli mali müşavirleri kamu görevlisi sayan ilk dönem kararlarındaki ölçüt tutarsızlığının eleştirisi için **Güran**, “Personel Hukukuna Bakış”, s. 48, 50-52.

²³¹ Anayasa Mahkemesi’nin memurluğun öğelerini “İdare’nin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer alması ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, Devletten ya da belediyeden maaş alan elemanlar” biçiminde belirlemesi (AYM, 19.03.1987, E. 1985/5, K. 1987/7; AYM, 22.06.1988, E. 1988/18, K. 1988/23) ve bunun m. 128’deki örtülü memur tanımı olduğu tespiti için **Güran**, “Personel Hukukuna Bakış”, s. 53. Yapı ruhsatı vermenin “asli ve sürekli bir kamu görevi” olduğu ve ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği; yeminli mali müşavirlerin tasdik yetkisi nedeniyle kamu görevlisi

1.4.1.3. Kamu Yönetiminde Paradigma Değişikliği

Statü hukukuna dayanan geleneksel personel rejimi, özellikle 1980’li yıllardan itibaren ortaya çıkan ve genel olarak “Yeni Kamu İşletmeciliği” (New Public Management) başlığı altında değerlendirilen anlayışın etkisiyle önemli ölçüde dönüşüme uğramıştır. Özel sektör yönetim tekniklerinin kamu kesimine aktarılmasını savunan bu yaklaşım, kamu yönetiminde etkinlik, verimlilik, performans ve hesap verebilirlik ölçütlerini ön plana çıkarmış; kamu personel rejiminin de bu hedefler doğrultusunda yeniden yapılandırılmasını teşvik etmiştir.

Bu yaklaşım çerçevesinde memur statüsüne dayanan geleneksel istihdam modeli yerine sözleşmeli ve esnek istihdam biçimleri, kadro güvencesi yerine performansa dayalı değerlendirme sistemleri ve kapalı kariyer sistemi yerine üst düzey yöneticilerin dışarıdan atanabilmesi gibi uygulamalar önem kazanmıştır. Aynı dönemde kamu hizmetlerinin doğrudan idare tarafından yürütülmesi anlayışı da zayıflamış; özelleştirme, hizmet satın alma, kamu-özel iş birliği ve dış kaynak kullanımı gibi yöntemlerle kamusal faaliyetlerin yürütülmesine özel hukuk kişileri daha yoğun biçimde katılmaya başlamıştır.

Türk hukukunda bu eğilim, sözleşmeli personel istihdamının yaygınlaşmasında, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinde ve 2017 Anayasa değişikliği sonrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanma rejiminin yeniden yapılandırılmasında görünür hâle gelmiştir. Böylece kamusal faaliyeti yerine getiren kişi çevresi ile kamu hukuku statüsüne tâbi personel çevresi arasındaki ayırım giderek belirginleşmiştir.

Bu dönüşüm, kamusal faaliyeti yürüten kişiler ile AY m. 128’in statü ölçütü temelinde belirlediği kamu görevlileri arasındaki örtüşmeyi zayıflatmaktadır. Kamusal faaliyetin yürütülmesine fiilen katılan fakat kamu hukuku statüsü taşımayan kişi sayısındaki artış,

sayılmaları gerektiği yönündeki kararlar için **Tan**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, s. 239-241.

ceza hukukunda kamu görevlisi kavramının personel rejiminden bağımsız ve fonksiyonel esaslara göre tanımlanmasının toplumsal ve kurumsal arka planını oluşturmaktadır.²³²

1.4.2. İdare Hukukunda Kamu Görevlisi: İdarenin Personel Rejimi

İdare, üstlendiği faaliyetleri gerçek kişiler aracılığıyla yürütür. Bununla birlikte idarenin teşkilatı içinde veya onun hesabına çalışan bütün kişilerin aynı hukuki rejime tabi olduğu söylenemez. İdarenin insan unsurunu ifade etmek üzere kullanılan kamu personeli kavramı, kamu görevlisi kavramından daha geniştir.²³³ Kamu görevlisi, bu geniş personel topluluğu içinde, yürüttüğü görevin niteliği ve idareyle kurduğu hukuki ilişkinin özellikleri nedeniyle kamu hukukuna özgü bir statüye tabi tutulan kişileri ifade eder. Bu nedenle idare hukukunda kamu görevlisi kavramı, yalnızca kişinin kamu kesiminde çalışıp çalışmadığına göre değil; hangi görevi, hangi hukuki rejim altında ve idareyle nasıl bir hukuki ilişki içinde yürüttüğüne göre belirlenmektedir.

Kavramın anayasal çerçevesini Anayasa'nın 128. maddesi çizmektedir. Hükme göre devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Böylece Anayasa, bir taraftan belirli nitelikteki görevlerin kimler tarafından yürütüleceğini belirleyen bir tahsis

²³² Yeni kamu yönetimi anlayışının geleneksel personel rejimi üzerindeki etkileri için **Mehmet Boztepe**, “Yeni Kamu Yönetimi ve Geleneksel Kamu Personel Rejimi Üzerine Etkileri”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 20, S. 3, 2018, s. 191-210; post-fordist dönemde esnek ve güvencesiz istihdamın kamu personel rejimine yansımaları için **Acar**, s. 226, 229; kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinin AY m. 128/1'deki biçimsel ölçütte yol açtığı çözülme için **Sever**, s. 247 vd. Weberci memurluk sisteminin çözülmesi ve “memur”dan “çalışan”a dönüşüm için **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*, s. 72-75; 2005 tarihli Kamu Personeli Yasa Tasarısı Taslağı'nın memurluğu kamu gücü kullanılarak görülen görevlere daraltıp sözleşmeliliği sistemin kurucu unsuru hâline getirdiği yönünde aynı eser, s. 91-93.

²³³ Kamu personeli teriminin, iş gücü kamu hizmetine düzenli, belli oranda sürekli ve kurumsal olarak bağlanan çalışanları ifade ettiği ve memurlar, sözleşmeli personel ile kamu işçilerini kapsadığı yönünde Karahanoğulları, *Kamu Personeli*, s. 7. Kamu personel sisteminin genel çerçevesi için ayrıca bkz. **Aslan**, *Devlet Bürokrasisi ve Kamu Personel Rejimi*; **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*. Ayman Güler için özellikle *Kamu Personeli*, s. 62-64 (terimler), 76-79 (terimin kapsamı), 86-91 (yasal tanımlama); kamu personel sisteminin statü rejimine bağlı memurlar ve diğer kamu görevlileri ile sözleşme rejimine bağlı sözleşmeli, geçici personel ve işçileri kapsadığı yönünde aynı eser, s. 79, 91.

kuralı getirmekte; diğer taraftan bu görevleri yerine getiren kişilerin tabi olduğu personel rejiminin anayasal temelini oluşturmaktadır.²³⁴

Anayasal düzenleme bakımından belirleyici olan, idare bünyesinde herhangi bir işin görülmesi değil, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görevin yerine getirilmesidir. Genel idare esasları, kamu hizmetinin kamu hukukuna özgü usul ve yetkiler çerçevesinde yürütülmesini; asli ve sürekli görev ise söz konusu hizmetin geçici veya yardımcı bir unsurundan farklı olarak idarenin olağan ve devamlı işleyişinin bir parçasını oluşturmasını ifade etmektedir.²³⁵ Bu görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlilerine tahsis edilmesi, kamu görevlisi kavramını idarenin yürüttüğü faaliyet ile bu faaliyeti gerçekleştiren kişi arasında kurulan belirli bir hukuki bağ üzerinden şekillendirmektedir.

Bu bağın ayırt edici özelliği statü hukukudur. Kamu görevlisinin idareyle ilişkisi, kural olarak tarafların karşılıklı iradeleriyle içeriğini belirledikleri özel hukuk sözleşmesine değil, kanunla önceden düzenlenmiş nesnel bir hukuki statüye dayanır. Bu nedenle kamu görevlisinin kim olduğunun belirlenmesi, aynı zamanda idarenin personel rejiminin kapsamının belirlenmesi anlamına gelir. Göreve girdikten görev sırasında sahip olunan hak, yetki ve yükümlülöklere; disiplin rejiminden hukuki ve cezai sorumluluğa kadar kamu görevlisinin hukuki konumu bu statü tarafından şekillendirilir.²³⁶

²³⁴ AY m. 128/1'in kamu görevlisi kavramı bakımından anlam ve kapsamı için bkz. **Kanlıgöz**, s. 174 vd.; hükmün Anayasa Mahkemesi içtihadındaki uygulaması için **Aslan**, 1982 *Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi* (künyesi yukarıda dn. 19); ayrıca bkz. yukarıda dn. 229 ve 209.

²³⁵ Genel idare esaslarının, kamu hizmetinin örgütlenmesinde ve işletilmesinde idarenin kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarını; asli ve sürekli görevlerin ise kamu hizmetinin bütününe değil, hizmetin üretilmesi için gerekli olan görevleri ifade ettiği yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Personeli*, s. 15-16. Anayasa Mahkemesi'nin kamu gücü kullanımını gerektiren görevleri bu kapsamda değerlendiren içtihadı için **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 336-338. Asli ve sürekli olmanın "personelin değil, görevin niteliği" olduğu ve kimin diğer kamu görevlisi sayılacağına belirlenmesinde önce göreve bakılması gerektiği yönünde **Güran**, "Personel Hukukuna Bakış", s. 50 (Duran'a atıfla).

²³⁶ İdareye kamu hukuku biçimleriyle bağlanmanın bir statü ilişkisi olduğu yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Personeli*, s. 7-8; kamu görevlisi sayılmak için kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışmanın aranması hususunda **Kanlıgöz**, s. 180-182. Statü hukukunun genel esasları için bkz. **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 487 vd.; idare hukukunun sözleşmecî özel hukuktan farklı olarak kuralcı statü hukuku olduğu ve idarenin taraf olduğu statü ilişkilerinde kamu gücüne dayanan fiili üstünlüğün hukuksal üstünlük biçimini aldığı yönünde **Karahanoğulları**, *İdare Hukuku*, s. 5-6; memur statüsünün kamu personeli içindeki yeri için **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*, s. 87, 89, 91.

İdare hukukundaki kamu görevlisi kavramının bu yapısı, ceza hukukunda benimsenen kamu görevlisi kavramından önemli ölçüde farklıdır. TCK m. 6/1-c, kişinin belirli bir idari statüye sahip olmasını değil, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılmasını esas almaktadır. Dolayısıyla idare hukukunda personel rejimini belirleyen organik ve statüsel bağ, ceza hukukunda yerini kamusal faaliyete katılmaya dayanan fonksiyonel bir ölçüte bırakmaktadır.²³⁷ Bu farklılığın açıklanabilmesi için öncelikle idarenin personel istihdam biçimlerinin ve bunlar içerisinde kamu görevlilerinin konumunun ortaya konulması gerekir.

1.4.2.1. İdarenin Personel İstihdamı: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri

İdarenin faaliyetlerinin gerçek kişiler aracılığıyla yürütülmesi, bu kişilerin tamamının tek bir hukuki kategori içerisinde değerlendirilmesini gerektirmez. Kamu kesiminde farklı hukuki rejimlere dayanan çeşitli istihdam biçimleri bulunmaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi bunlar arasında, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren memurlar ve diğer kamu görevlilerini özel olarak ayırmıştır. Bu ayırım, idare hukukundaki kamu görevlisi kavramının merkezini oluşturmaktadır.

Memurlar bu kategorinin tipik görünümüdür. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (A) bendinde memur, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen kişi üzerinden tanımlanmaktadır. Böylece memur kavramı bakımından AY m. 128'deki görev ölçütü kanuni düzeyde de korunmaktadır.²³⁸

²³⁷ Anayasa'nın kamu görevlisi anlayışı ile 5237 sayılı TCK'nın kamu görevlisi anlayışının birbirinden farklı olduğu yönünde Demren Dönmez, s. 97, 101; m. 6'daki tanımın yalnız ceza hukuku bakımından geçerli olduğu, idare hukukunda istihdam ilişkisinin ve idarenin sorumluluğunun, ceza hukukunda ise daha etkin korumanın ve ağırlaştırılmış sorumluluğun kapsamının belirleyici olması nedeniyle iki dalda ortak bir kavrama ulaşılamadığı yönünde **Okuyucu Ergün**, "Kamusal Faaliyet", s. 534-535; kamusal faaliyet teriminin Anayasa'da ve idare hukukunda bulunmadığı yönünde **Aras Türay**, "Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2017, s. 355-377, s. 364, dn. 31.

²³⁸ 657 sayılı Kanun m. 4/A. Tanımın AY m. 128 ile koşutluğu için **Kanlıgöz**, s. 174 vd.; memur statüsünün kamu personeli içindeki yeri için **Karahanoğulları**, *Kamu Personeli*, s. 8-9. 657 sayılı Kanun'un "tek istihdam düzeni" yaratma iddiası ve önceki dönemde dokuz-onu bulan istihdam biçimlerinin üçe indirilmesi için **Cahit Tutum**, "Yeni Personel Rejimi Üzerine", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 3, S. 4, 1970, s. 11-29, s.

Bununla birlikte Anayasa, asli ve sürekli görevlerin yalnızca memurlar tarafından değil, “diğer kamu görevlileri” tarafından da yerine getirilebileceğini kabul etmiştir. Diğer kamu görevlileri, memur statüsünde bulunmamakla birlikte kamu hukuku statüsüne tabi olarak asli ve sürekli kamu görevlerini yerine getiren personel gruplarını kapsamaktadır. Hâkim ve savcılar, öğretim elemanları ve kendi özel personel rejimlerine tabi çeşitli kamu görevlileri bu çerçevede değerlendirilir. Bu kişilerin görevlerinin niteliği, atanma ve meslekte ilerleme koşulları, güvenceleri ve yükümlülükleri farklı kanunlarla düzenlenmiş olsa da onları birleştiren özellik, idareyle ilişkilerinin özel hukuk sözleşmesine değil kamu hukukuna dayanan bir statü ilişkisi olmasıdır.²³⁹

Buna karşılık kamu tüzel kişisi bünyesinde çalışmak, tek başına kamu görevlisi sayılmak için yeterli değildir. İdare, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kamu görevlilerinin yanı sıra özel hukuk rejimine tabi personelden de yararlanabilir. Özellikle işçiler, kamu tüzel kişisi bünyesinde çalışmalarına rağmen iş sözleşmesine ve iş hukukuna tabi olmaları nedeniyle idare hukukunun teknik anlamında kamu görevlisi değildir. Burada çalışılan kurumun kamusal niteliği ile personelin hukuki statüsünün birbirinden ayrılması gerekir. Aynı kamu tüzel kişisinin bünyesinde çalışan kişilerden bir kısmı kamu hukuku statüsüne, diğerleri özel hukuk ilişkisine tabi olabilir. Sözleşmeli personel gibi kamu hukuku statüsü ile sözleşme unsurunu bir arada taşıyan ara kategoriler ise bu ayrımın her durumda kesin bir sınır çizmediğini göstermektedir.²⁴⁰

15-16. Fransız hukukunda memurun “kamu hizmetinde daimi bir göreve asaleten atanmış kişi” olarak tanımlanması ve statü rejimi için **F. Didem Sevgili Gençay**, “Fransa’da Kamu Personel Rejimi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2016, s. 225-240, s. 226-229.

²³⁹ “Diğer kamu görevlileri” kategorisinin ayrı personel rejimine tabi olan ve kamu hukuku esaslarına göre çalıştırılan personeli kapsadığı yönünde **Kanlıgöz**, s. 183 vd.; idari, askerî, akademik ve adli personel ayrımı için **Özkal Sayan**, s. 201-245. Öğretim elemanlarının diğer kamu görevlisi sıfatı için AYM, 10.04.2019, E. 2017/33, K. 2019/20; hâkimlere memurlara ilişkin hükümlerin ancak açık kanun hükmüyle uygulanabileceği yönünde AYM, 07.11.1969, E. 1968/44, K. 1969/68 (aktaran **Dilaveroğlu**, s. 234, 240); aynı yönde **Güran**, “Personel Hukukuna Bakış”, s. 46, dn. 17.

²⁴⁰ İşçilerin özel hukuk kurallarına tabi olmaları nedeniyle AY m. 128 anlamında kamu görevlisi sayılmadığı yönünde **Kanlıgöz**, s. 182, 190-191; iş sözleşmesiyle çalışmalarına rağmen “kamu işçisi” olarak ayrı bir kategori oluşturdıkları yönünde Karahanoğulları, Kamu Personeli, s. 16-18. Kadro karşılığı sözleşmeli personelin statü ile sözleşme arasında “melez” bir konumda bulunduğu yönünde **Süha Oğuz Albayrak/İpek Özkal Sayan**, “Kamuda Melez Bir Statü: Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personel”, *Mülkiye Dergisi*, C. 35, S. 272, 2011, s. 195-216; kamu personel sözleşmelerinin hukuki niteliği için **Tarık Mavili**, “Kamu Personel Sözleşmeleri”, *Gümrük Ticaret Dergisi*, C. 5, S. 15, 2019, s. 10-31. Anayasa Mahkemesi’nin sözleşmeli personeli kamu hukuku bağlantısı bulunan idare ajanı olarak diğer kamu görevlileri arasında sayan içtihadı (AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8; AYM, 24.07.2019, E.

Bu ayrım, kamu görevlisi kavramının idare hukukundaki işlevini de göstermektedir. Kavram, kamusal bir faaliyete fiilen katkıda bulunan herkesi kapsayan genel bir adlandırma değil, idarenin personel rejimi içinde belirli bir hukuki konumu tayin eden statü kavramıdır. Bu nedenle özel hukuk kişisi bünyesinde kamu hizmetinin yürütülmesine katılan bir kişinin faaliyeti kamusal nitelik taşısa dahi bu durum onu kendiliğinden idare hukuku anlamında kamu görevlisine dönüştürmez. Buna karşılık ceza hukuku bakımından aynı kişinin TCK m. 6/1-c'deki koşullar gerçekleştiğinde kamu görevlisi sayılması mümkündür. İki hukuk dalı arasındaki kapsam farklılığının temelinde de bu ayrım bulunmaktadır.²⁴¹

1.4.2.2. Statü Hukukunun Esasları

İdare hukukunda kamu görevlisini diğer çalışanlardan ayıran temel özellik, idareyle kurduğu ilişkinin statü ilişkisi olmasıdır. Özel hukukta iş ilişkisinin içeriği, kanunun emredici hükümleri saklı kalmak üzere tarafların karşılıklı iradeleriyle belirlenirken kamu görevlisinin hakları, yükümlülükleri, yetkileri ve hukuki güvenceleri göreve başlamasından önce genel ve soyut hukuk kurallarıyla belirlenmiştir. Kişi göreve girmekle bu nesnel hukuki duruma dâhil olur.

Statü hukukunun temelinde kamu hizmetinin sürekliliği, düzenliliği ve kamu yararının değişen gereklerine uyarlanabilmesi bulunmaktadır. Kamu hizmetini yerine getiren kişilerin hukuki konumlarının bireysel pazarlıklara göre farklılaşması, hizmetin bütünlüğü kadar personel arasında eşitliğin sağlanmasını da güçleştirecektir. Bu nedenle

2018/73, K. 2019/65; aktaran **Dilaveroğlu**, s. 227, 235-236) karşısında sözleşme unsurunun “sadece isimden ibaret” kaldığı ve ortada “kesin bir statü hukuku” bulunduğu yönünde **Güran**, “Personel Hukukuna Bakışı”, s. 54, 56. Kadrolu sözleşmeli personel kavramının kamu iktisadi teşebbüslerinde kamu hukuku ile piyasa mantığı arasındaki gerilimi hafifletmek için “uydurulduğu” ve sözleşmeli atamanın bu teşebbüslerin personel rejimini esnekleştirmek amacıyla getirildiği yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 295-296 ve s. 295, dn. 341. Danıştay’ın seçilmiş meclis üyeleri ile geçici köy korucularını kapsam dışı bırakan ölçütleri için Danıştay 1. D., 19.12.1996, E. 1996/131, K. 1996/242 (aktaran **Dilaveroğlu**, s. 237-238).

²⁴¹ TCK m. 6/1-c'deki ölçütün personelin niteliğine değil faaliyetin niteliğine ilişkin olduğu yönünde **Demren Dönmez**, s. 116-117; **Hüseyin Aydın**, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, 2010/1, s. 109-128, s. 117-118.

kamu görevlisinin idareyle ilişkisi kişisel ve sözleşmesel olmaktan çıkarılarak genel ve objektif kurallara bağlanmıştır.²⁴²

Bu sistemin anayasal karşılığı kanunilik ilkesidir. AY m. 128/2 uyarınca memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Böylece personel statüsünün temel unsurlarının idarenin serbest takdirine bırakılması engellendiği gibi, kamu görevlisinin de statünün içeriğini bireysel sözleşmeyle değiştirmesi mümkün olmamaktadır.²⁴³

Statüye giriş kural olarak atama işlemiyle gerçekleşir. Atama, kişinin rızasını gerektirmekle birlikte tarafların karşılıklı irade açıklamalarıyla meydana gelen bir sözleşme değildir. İdarenin tek taraflı işlemiyle kişi, önceden genel ve objektif biçimde oluşturulmuş hukuki statünün kapsamına alınır. Bu nedenle atama, genel bir hukuki durumun belirli bir kişi hakkında uygulanmasını sağlayan şart işlem niteliğindedir.²⁴⁴

Statünün genel ve objektif niteliğinin diğer sonucu, hukuki rejimin kamu yararının gereklerine göre değiştirilebilir olmasıdır. Kamu görevlisi göreve başladığı tarihte yürürlükte bulunan personel rejiminin gelecekte hiçbir şekilde değiştirilmeyeceğini ileri süremez. Bununla birlikte kişisel ve somut biçimde doğmuş ve hukukten tamamlanmış kazanılmış hakların korunması ile hukuki güvenlik ilkesi, bu değiştirilebilirliğin sınırlarını oluşturmaktadır.²⁴⁵

²⁴² Kamu personel rejiminin tarihsel ve toplumsal temelleri ile anayasal ilkeleri için bkz. **Aslan**, *Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri*; personel rejiminin kamu hizmeti ve kamu yararı söylemiyle meşrulaştırılmasına ilişkin eleştirel bir değerlendirme için **Ali Murat Özdemir**, “Söylem ve Hukuk İlişkisi: Kamu Personel Rejimi Örneği”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 2013, s. 1-8.

²⁴³ Kanunla düzenleme ilkesinin Türk personel rejiminde “mesleki bir güvence” işlevi gördüğü ve Anayasa Mahkemesi’nin m. 128/1 kapsamındaki görevlilerin durumunu önce statüler, sonra ancak yasayla oluşturulabilir kabul ettiği yönünde **Güran**, “Personel Hukukuna Bakış”, s. 57-58; m. 128/1 dışında kalan personelin özlük işlerinin idari düzenlemeye bırakılabileceğine ilişkin kararların (il genel meclisi üyeleri, Eximbank personeli) eleştirisi için aynı eser, s. 58-59.

²⁴⁴ Atamanın tek yanlı bireysel idari işlem olmakla birlikte ilgilinin istemine bağlı bulunduğu yönünde Karahanoğulları, *Kamu Personeli*, s. 8. Şart işlem kavramı için bkz. Tan, *İdare Hukuku*, s. 496 vd.

²⁴⁵ Yasamanın kamu görevlileri statüsünü değiştirme yetkisinin kamu hizmetinin değişkenlik ilkesinden kaynaklandığı ve değişikliklerden etkilenenlerin hak ve menfaat iddiasında bulunamayacağı yönünde **Duran**, s. 310; genel ve nesnel hukuki durumların yeni kurallarla değiştirilebilmesine karşılık bireysel ve öznel hukuki durumların bunlardan kural olarak etkilenmediği, memuriyete giriş koşullarının değişmesinin eskiden atananların memur sıfatını ortadan kaldırmayacağı yönünde **Yayla**, s. 9-10. AY m. 128/2’deki

Personel statüsünün kuruluşunda 657 sayılı Kanun'un 3. maddesinde öngörülen sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkeleri de belirleyici rol oynar. Sınıflandırma, kamu hizmetlerinin ve bu hizmetleri yürüten personelin görevlerin gerektirdiği niteliklere göre gruplandırılmasını; kariyer, kamu görevlisinin mesleki ilerleme imkânının sistem içinde güvence altına alınmasını; liyakat ise göreve giriş ve ilerlemenin görevin gerektirdiği yeterlilik temelinde gerçekleştirilmesini amaçlar.²⁴⁶

Statü ilişkisi kamu görevlisine birtakım güvenceler sağlarken kamu hizmetinin niteliğinden kaynaklanan özel yükümlülükler de yüklemektedir. Sadakat ve tarafsızlık, hizmetin gerektirdiği emirlere uyma, kamu görevinin kişisel çıkar amacıyla kullanılmaması gibi yükümlülükler bu kapsamda değerlendirilir. Bununla birlikte hiyerarşik bağlılık sınırsız değildir. Anayasa'nın 137. maddesi uyarınca konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez.²⁴⁷ Böylece statü hukuku, kamu görevlisini yalnızca idari teşkilat içerisindeki bir personel olarak konumlandırmamakta; kullandığı kamusal yetkiler dolayısıyla özel hak, güvence, yetki ve sorumluluklara tabi bir hukuk öznesi hâline getirmektedir.

1.4.2.3. İdari Personelin Hukuki Sorumluluğu

Kamu görevlisinin statüsel konumunun önemli sonuçlarından biri, görevin yerine getirilmesi sırasında üçüncü kişilere verilen zararlardan doğan hukuki sorumluluğun düzenleniş biçiminde ortaya çıkar. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken gerçekleştirdikleri eylemler bakımından ise AY m. 40/3 ve m. 129/5, zarar

kanunilik ilkesine ve statünün kazanılmış haklar saklı kalmak üzere değiştirilebilirliğine ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadı için bkz. Kanlıgöz, s. 174 vd.

²⁴⁶ 657 sayılı Kanun m. 3. İlkelerin kamu personel sistemindeki işlevi için bkz. **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*, s. 82, 89.

²⁴⁷ AY m. 137/2; 657 sayılı Kanun m. 11. Hiyerarşik emrin ceza sorumluluğuna etkisi ve konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemezliği için bkz. **Neslihan Demirkol**, "Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2021, s. 419-470.

gören ile kamu görevlisi arasına idareyi yerleştiren özel bir sorumluluk rejimi öngörmektedir.²⁴⁸

Bu düzenlemeye göre kamu görevlisinin yetkisini kullanırken işlediği kusur nedeniyle meydana gelen zararın tazmini kural olarak doğrudan görevlinin kendisinden değil, idareden talep edilir. Böylece görevlinin eylemi, görevle bağlantısı devam ettiği ölçüde idari faaliyetin bir parçası olarak idareye isnat edilmektedir. Zarar gören bakımından bunun sonucu, tazminat talebinin ödeme gücü bulunan idareye yöneltilmesi; kamu görevlisi bakımından sonucu ise görevin sürekli kişisel tazminat tehdidi altında yürütülmesinin önlenmesidir. İdarenin ödediği tazminat nedeniyle kusurlu görevliye rücu edebilmesi ise kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmamakta, bu sorumluluğu idare ile görevli arasındaki iç ilişkiye taşımaktadır. 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi de bu anayasal sistem doğrultusunda düzenlenmiştir.²⁴⁹

İdarenin sorumluluğunun genel esasını hizmet kusuru oluşturur. Hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi biçiminde ortaya çıkabilen hizmet kusuru, belirli bir görevlinin kişisel kusurunun ispatını gerektirmeyen ve doğrudan doğruya hizmetin kuruluş ve işleyişindeki aksaklığa dayanan bir sorumluluk sebebidir. Bu yönüyle hizmet kusuru anonim nitelik taşır. Kamu görevlisinin davranışı somut olayda zararın meydana gelmesine neden olmuş olsa dahi, davranış görevden ayırlamadığı sürece ortaya çıkan zarar idari faaliyete isnat edilebilir.²⁵⁰

Buna karşılık kişisel kusur, görevlinin eyleminin görevle bağlantısının zayıfladığı veya tamamen ortadan kalktığı durumlarda önem kazanmaktadır. Kişisel saiklerle gerçekleştirilen ve hizmetten ayrılabilen fiiller görevlinin şahsi sorumluluğunu

²⁴⁸ AY m. 40/3, 125/son ve 129/5. İdarenin sorumluluğunun genel esasları için bkz. **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 437-441.

²⁴⁹ AY m. 129/5 uyarınca davanın ancak idare aleyhine açılabilceği ve rücunun 657 sayılı Kanun m. 13 ile somutlaştırıldığı hususunda **Türkan Yalçın Sancar**, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 57, S. 4, 2002, s. 153-169, s. 158, 168; yazar, rücunun idarenin takdirine bırakılmasını eleştirmektedir (s. 168). İngiliz hukukunda memurun, bir emri yerine getirirken dahi hukuka aykırı fiillerinden bizzat sorumlu olması ile Fransız idare hukukunda memurlara görevleri sırasında tanınan özel korunmanın Dicey tarafından hukuk önünde eşitlik ilkesi bakımından eleştirilmesi için **Yahya K. Zabunoğlu**, “İngiltere’de İdare Hukuku Anlayışı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1-4, 1961, s. 373-410, s. 380-384.

²⁵⁰ Hizmet kusuru, kişisel kusur ve kusursuz sorumluluk esasları için bkz. **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 444 (görevsel kusur–kişisel kusur), 457-459 (hizmet kusuru), 464-465 (kusursuz sorumluluk).

doğurabilir. Bununla birlikte AY m. 129/5'in “yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar” bakımından idare aleyhine dava açılmasını öngörmesi nedeniyle, kişisel kusur ile hizmet kusuru arasındaki ayırım yalnızca kusurun kime ait olduğunun tespitinden ibaret değildir; fiilin görev ve kullanılan kamusal yetkiyle bağlantısının belirlenmesini de gerektirir.

İdarenin hukuki sorumluluğu her durumda kamu görevlisinin kusuruna bağlı değildir. Risk, kamu külfetleri karşısında eşitlik ve sosyal risk gibi kusursuz sorumluluk esaslarında zarar, belirli bir kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışından bağımsız olarak idari faaliyete yüklenmektedir. Bu durum, idarenin sorumluluğu ile kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunun birbirinden ayrılması gerektiğini ayrıca göstermektedir.

İdari faaliyet nedeniyle doğan zararların giderilmesi kural olarak idari yargıda açılacak tam yargı davasıyla sağlanır. İdari işlemde doğan zararlar bakımından İYUK m. 12, idari eylemlerden doğan zararlar bakımından ise m. 13 uygulanır.²⁵¹ Buna karşılık idarenin özel hukuk hükümlerine tabi faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girebilir. Dolayısıyla kamu personelinin hukuki sorumluluğunda da belirleyici olan yalnızca zarara sebep olan kişinin kamu kesiminde çalışması değil; fiilin hangi faaliyet kapsamında, hangi yetkinin kullanılması suretiyle ve hangi hukuki rejim altında gerçekleştirildiğidir.

1.4.2.4. İdari Personelin Cezai Sorumluluğu

Kamu görevlisinin görevinden kaynaklanan özel hukuki konumu cezai sorumluluk bakımından da sonuç doğurur. Bununla birlikte hukuki sorumluluktan farklı olarak, kamu görevlisinin işlediği suç doğrudan doğruya idareye isnat edilmez; cezaların şahsiliği ilkesi gereğince cezai sorumluluk fiili gerçekleştiren kişiye aittir.²⁵² İdare hukukunun kamu görevlisinin cezai sorumluluğu üzerindeki temel etkisi ise belirli koşullarda ceza soruşturmasının başlatılmasını özel bir usule bağlamasıdır.

²⁵¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG, 20.01.1982, Sayı 17580, m. 12-13.

²⁵² AY m. 38/7; TCK m. 20/1.

Bu sistemin anayasal dayanağı Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrasında bulunmaktadır. Buna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır. Anayasal düzenlemenin genel kanuni karşılığı 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'dur.²⁵³

4483 sayılı Kanun'un kişi bakımından kapsamı, ceza hukuku ile idare hukukundaki kamu görevlisi kavramları arasındaki ayrımı açık biçimde ortaya koymaktadır. Kanunun 2. maddesi, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinden söz etmektedir. Böylece soruşturma iznine ilişkin usulün kapsamı, TCK m. 6/1-c'deki geniş ve fonksiyonel kamu görevlisi tanımına değil, AY m. 128'de temellenen idare hukuku statüsüne bağlanmıştır.²⁵⁴

Bu nedenle TCK m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi olmak ile 4483 sayılı Kanun kapsamında soruşturma iznine tabi olmak aynı hukuki sonucu ifade etmez. Ceza hukuku, kamusal faaliyetin yürütülmesine "herhangi bir surette" ve hatta geçici olarak katılan kişiyi kamu görevlisi sayabilirken 4483 sayılı Kanun, belirli bir personel statüsünü ve asli

²⁵³ 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 02.12.1999, RG, 04.12.1999, Sayı 23896. Kanun'un yürürlükten kaldırdığı 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile karşılaştırılması için **Abdurrahman Eren**, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat' ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 55, S. 3, 2000, s. 55-79; **Onur Ender Aslan**, "Memurların Yargılanması Hakkında Yeni Yasa Üzerine Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 33, S. 1, 2000, s. 59-77, s. 59 vd.; **Ramazan Çağlayan**, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1-2, 2003, s. 105-128. Eski usulün Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesi için **Çetin Özek**, "Memurin Muhakemat Kanunu ile İlgili Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 33, S. 1-2, 1967, s. 363-391. Uygulama için ayrıca bkz. **Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2008.

²⁵⁴ 4483 sayılı Kanun m. 2/1. Kapsam hükmünün, "kamu iktisadi teşebbüsleri" ibaresi dışında, AY m. 128/1'in koşutunda kurulduğu yönünde **Aslan**, s. 63-65; **Çağlayan**, s. 111-113; **Eren**, s. 66-67. Özel hukuka tabi personelin (işçilerin) kapsam dışında kaldığı yönünde **Çağlayan**, s. 116. 4483 sayılı Kanun'un memur ve diğer kamu görevlisi tanımı yapmayıp "genel idare esasları", "kamu hizmeti" ve "asli ve sürekli görev" kavramlarını ölçüt kavramlar olarak kullandığı yönünde **Mustafa Avcı**, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 273-294, s. 276-277.

ve sürekli görevin yerine getirilmesini esas almaktadır. Örneğin idare bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi, somut olayın özelliklerine göre ceza hukuku anlamında kamu görevlisi kabul edilebilse dahi sırf bu nedenle 4483 sayılı Kanun'daki soruşturma izni rejiminin kapsamına girmez. Böylece aynı kişinin ceza normunun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılması ile hakkında uygulanacak soruşturma usulü birbirinden ayrılmaktadır.²⁵⁵

4483 sayılı Kanun'un uygulanması için kişi bakımından kapsamın yanı sıra suçun görev sebebiyle işlenmiş olması gerekir. Görev sırasında işlenen her suç görev sebebiyle işlenmiş değildir. Belirleyici olan fiilin zaman ve mekân itibarıyla görev sırasında gerçekleşmesi değil, suç ile kamu görevi arasında fonksiyonel bir bağlantının bulunmasıdır. Görevlinin sahip olduğu görev veya yetkinin suçun işlenmesiyle bağlantısı bulunmadığı takdirde yalnızca fiilin mesai sırasında gerçekleşmesi izin usulünün uygulanmasını gerektirmez.²⁵⁶

İzin usulü, kamu görevlisini cezai sorumluluktan bağışlayan maddi ceza hukukuna ilişkin bir ayrıcalık değildir. Soruşturma izni, ceza muhakemesi bakımından bir muhakeme şartı niteliğindedir. İzin merciinin değerlendirmesi suçun maddi anlamda kesin olarak

²⁵⁵ Yargıtay da PTT posta dağıtıcısının TCK m. 5 ve 6/1-c uyarınca kamu görevlisi sayılmasına rağmen, bu düzenlemelerin maddi ceza hukukuna ilişkin olup soruşturma usulü bakımından 4483 sayılı Kanun'a gönderme içermediği gerekçesiyle izin usulünün uygulanmayacağına karar vermiştir: Yarg. 4. CD, 05.12.2006, E. 2006/2081, K. 2006/17292 (**Hasan Tahsin Gökcan**, "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, s. 147-160, s. 154, dn. 6'da karar tarihi 18.10.2006 olarak verilmiştir; Yarg. 4. CD, 16.06.2010, E. 2010/13771, K. 2010/11870'te de karar "5.12.2006 tarih ve 2081/17292 sayılı" olarak anılmaktadır). Buna karşılık Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 112 acil sağlık hizmetinde ambulans şoförü olarak görevlendirilen acil tıp teknisyeninin görevini genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görev sayarak izin usulünün uygulanmasını zorunlu görmüştür: Yarg. CGK, 11.03.2021, E. 2017/1197, K. 2021/102 (karararama.yargitay.gov.tr). Uzlaştırmacının TCK anlamında kamu görevlisi olmakla birlikte 4483 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı yönünde **Ezgi Aygün Eşitli**, "Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu Kapsamında Uzlaştırmacının Cezai Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 165, 2023, s. 25-54, s. 50-51, 53; aynı ayırım için **Demren Dönmez**, s. 101. Özel soruşturma usullerinin kapsamının Devletle istihdam ilişkisine değil kişinin ilgili özel kanunun kapsamına girmesine bağlı olduğu (vakıf üniversitesi akademik personeli örneği) yönünde **Burcu Dönmez**, "Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), 2017, s. 2727-2748, s. 2734-2735.

²⁵⁶ Kanun'un, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'tan farklı olarak yalnızca görev sebebiyle işlenen suçları kapsadığı ve görev sırasında işlenmekle birlikte görevle bağlantısı bulunmayan suçların kapsam dışında kaldığı yönünde **Çağlayan**, s. 117, 128; **Eren**, s. 67. Görev suçunun fiil ile görev arasında illiyet bağıını ve görev sebebiyle sahip olunan yetki veya imkânların kötüye kullanılmasını gerektirdiği, görev sırasında işlenen suçlarda ise böyle bir yetki kullanımının bulunmadığı yönünde **Dönmez**, "Görev Suçu", s. 2735, 2737; görevle ilişkili suçların üçlü tasnifi için aynı makale, s. 2737, 2745.

gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyen bir yargılama faaliyeti değil, ceza soruşturmasının yürütülmesine ilişkin ön koşulun oluşup oluşmadığını belirleyen idari nitelikte bir süreçtir. Kanunda öngörülen ön inceleme sonucunda yetkili merci soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir; bu kararlara karşı yine Kanun’da öngörülen özel itiraz yolu işletilebilir.²⁵⁷

İzin sisteminin gerekçesi, bir taraftan kamu hizmetinin sürekliliğinin ve düzenli işleyişinin korunması, diğer taraftan kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle maruz kalabilecekleri asılsız veya kötü niyetli suç isnatlarının doğrudan ceza soruşturmasına dönüşmesinin önlenmesidir. Bununla birlikte soruşturmanın başlamasının idari bir merciin kararına bağlanması, özellikle izin merciinin görevliyle hiyerarşik ilişki içinde bulunması nedeniyle tarafsızlık ve ceza soruşturmasının etkinliği bakımından eleştirilere de konu olmaktadır.²⁵⁸

Sistem mutlak değildir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri ile özel kanunlarda genel hükümlere göre soruşturulacağı belirtilen suçlar izin rejiminin dışında bırakılmıştır. Nitekim 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinde düzenlenen suçlar bakımından soruşturma doğrudan Cumhuriyet başsavcılıklarınca yürütülmektedir. Ayrıca kendi özel soruşturma usulüne tabi personel grupları hakkında ilgili özel kanun hükümleri uygulanmaktadır.²⁵⁹

²⁵⁷ Soruşturma izninin muhakeme şartı niteliği için bkz. aşağıda dn. 304 ve orada anılan kaynaklar. Ön inceleme ve izin sürecinin idari niteliği için **Ali Akyıldız**, “Memur Yargılamasında İdari Süreç”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2001; **Çağlayan**, s. 121-124; itiraz merciinin “idari” niteliğine ilişkin tartışma için **Barış Karahan**, “4483 Sayılı Kanun Uyarınca İtiraz Mercii’nin ‘İdari’ Niteliği Sorunu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2024, s. 418-455.

²⁵⁸ İzin usulünün kamu hizmetinin düzenli işleyişi ve memurların asılsız isnatlardan korunmasıyla gerekçelendirilmesi için **Çağlayan**, s. 108-109; **Eren**, s. 57-58; **İlyas Şahin**, “4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçevede İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 3, 2015, s. 249-319, s. 250, 254; Anayasa Mahkemesi’nin usulü bir ayrıcalık değil kamu hizmetinin iyi işlemesi için öngörülmüş bir teminat olarak nitelendiren kararı için bkz. aşağıda dn. 304. Usulün eşitlik ve yargı birliği ilkeleri ile soruşturmanın etkinliği bakımından eleştirisi için **Çağlayan**, s. 109-110; **Eren**, s. 58-59; **Şahin**, s. 252, 257-258; **Aslan**, s. 61-63. Özel soruşturma kurallarının amacından saparak koruma sağlar hâle geldiği, kapsamın kanun değişikliği yerine tanımlarla oynanarak daraltılmaya çalışılmasının isabetsizliği, nüfusun yaklaşık dörtte birinin bu kurallar kapsamında bulunduğu ve etkin soruşturma yükümlülüğü bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararları için **Dönmez**, “Görev Suçu”, s. 2730-2731, 2740.

²⁵⁹ 4483 sayılı Kanun m. 2/son; 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m. 17. Bkz. **Çağlayan**, s. 116; **Eren**, s. 68. Yükseköğretim personeli hakkında 2547 sayılı Kanun m. 53 uyarınca uygulanan özel usulün 4483 sayılı Kanun ile ilişkisi için **Abdullah Uz**, “Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması Öncesinde 4483 Sayılı Kanunun Ön İnceleme ve İzin Müessesesinin Uygulanabilirliği Sorunu”, *International Anatolia Academic Online Journal*, C. 2, S. 1,

Sonuç olarak idare hukukunda kamu görevlisinin cezai sorumluluğuna ilişkin özel rejim, kamu görevlisi sıfatının maddi ceza hukukundaki sonuçlarından ayrılmalıdır. TCK m. 6/1-c, ceza normunun kişi bakımından uygulanma alanını belirlemek üzere kamusal faaliyete katılımı esas alırken; AY m. 128 ve 4483 sayılı Kanun eksenindeki personel rejimi, idari teşkilat içerisinde belirli bir statü altında yürütülen asli ve sürekli görevi esas almaktadır. Bu farklılık, “kamu görevlisi” kavramının hukuk düzeninde tek ve değişmez bir anlama sahip olmadığını değil, kavramın farklı hukuk dallarında bağlandığı hukuki sonuçların ve bu sonuçları meşrulaştıran ölçütlerin birbirinden ayrıldığını göstermektedir. Ceza hukuku bakımından yapılması gereken ise idare hukukunun statüsel kavramını doğrudan devralmak değil, TCK m. 6/1-c’de benimsenen kamusal faaliyete katılma ölçütünün kendi normatif amacı ve ceza hukuku sistematigi içinde kapsamını belirlemektir.²⁶⁰

1.4.3. Uluslararası Hukukta Kamu Görevlisi: Yolsuzlukla Mücadele Rejimi

Yolsuzlukla mücadele alanında uluslararası iş birliğinin gelişmesi, kamu görevlisi kavramının uluslararası sözleşmelerde de özel olarak düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Özellikle sınır aşan yolsuzluk fiilleriyle etkin mücadele edilebilmesi amacıyla hazırlanan uluslararası belgeler, kamu görevlisi kavramına ilişkin ortak standartlar geliştirmeye yönelmiştir. Bu nedenle öncelikle uluslararası hukukta yolsuzlukla mücadele rejiminin temel esasları ortaya konulacak, ardından Türkiye’nin taraf olduğu başlıca uluslararası sözleşmeler ve bunların Türk ceza hukukuna etkileri incelenecektir.

1.4.3.1. Uluslararası Hukukta Yolsuzlukla Mücadele Rejiminin Esasları

Uluslararası hukukta kamu görevlisi kavramı, özellikle yolsuzlukla mücadele amacına matuf ceza hukuku sözleşmeleri çerçevesinde ele alınmaktadır. Türkiye’nin taraf olduğu

2014, s. 73-86; **Haydar Albayrak**, “Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması: 4483 Sayılı Kanunla Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 32, S. 4, 2024, s. 2735-2768.

²⁶⁰ Kamu görevlisine ilişkin tanımların hukuk dalına göre farklılaşmasının doğal olduğu ve bunun karmaşıklık sayılabilse de dağınıklık ve karışıklık olarak nitelenemeyeceği yönünde, kamu yönetimi öğretisinden, **Ayman Güler**, *Kamu Personeli*, s. 91.

bu sözleşmelerde kamu görevlisi kavramının, işlev temelli ve geniş kapsamlı bir anlayışla düzenlendiği görülmektedir.

Türkiye bakımından bu sözleşmelerde benimsenen kamu görevlisi anlayışı ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki tanımın örtüştüğü ve ayrıştığı noktalar, “kamusal faaliyete katılma” ölçütünün sözleşmelerdeki işlev temelli yaklaşımla ilişkisi üzerinden belirlenmektedir. Bu ilişki, kamu görevlisi kavramının ceza hukukundaki sınırlarının tespitinde belirleyici olmaktadır.

1.4.3.2. Yolsuzlukla Mücadeleye İlişkin Türkiye'nin Taraf Olduğu Sözleşmeler

1.4.3.2.1. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, uluslararası yolsuzlukla mücadele rejiminin en kapsamlı ve en genel metni niteliğindedir.²⁶¹ Sözleşme Türkiye tarafından 2003 yılında imzalanmış ve 2006 yılında yürürlüğe girmiştir.²⁶²

Sözleşmede yolsuzluk; demokratik kurumların meşruiyetini, hukukun üstünlüğünü, kamu kaynaklarının dağılımını ve ekonomik kalkınmayı etkileyen çok katmanlı bir olgu olarak ele alınmaktadır.²⁶³ Sözleşmenin 2. maddesinde kamu görevlisi kavramı, dört ayrı kategori hâlinde düzenlenmiştir.²⁶⁴ Buna göre kamu görevlisi;

- (i) Taraf devletin yasama, yürütme, idari veya yargısal görevini yerine getiren, atanmış veya seçilmiş, sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz her türlü kişiyi;

²⁶¹ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, 31.10.2003 tarihli ve 58/4 sayılı BM Genel Kurulu kararıyla kabul edilmiştir. Özgün metin için bkz. United Nations, *United Nations Convention against Corruption*, New York 2004, <https://www.unodc.org/documents/treaties/Special/2003%20United%20Nations%20Convention%20against%20Corruption.pdf> (erişim: 29.09.2026).

²⁶² Sözleşme'nin onaylanması 5506 sayılı Kanun'la uygun bulunmuştur: Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kabul Tarihi: 18.05.2006, RG, 24.05.2006, Sayı 26177. Sözleşme'nin Türkçe metni ve onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı için RG, 02.10.2006, Sayı 26307.

²⁶³ Bkz. Sözleşme'nin 'Giriş' (Preamble) bölümü.

²⁶⁴ Sözleşme m. 2/a-(i), (ii), (iii) ile m. 2/b ve 2/c. Metinde sayılan dört kategoriden ilk üçü m. 2/a'nın alt bentlerine; dördüncüsü ise yabancı kamu görevlisini ve uluslararası kamu kuruluşu görevlisini ayrı ayrı tanımlayan m. 2/b ve 2/c'ye karşılık gelmektedir.

- (ii) Kamu kurumu veya kamu teşebbüsü dâhil olmak üzere taraf devlet bakımından kamu fonksiyonu icra eden veya kamu hizmeti sunan kişileri;
- (iii) Taraf devletin iç hukukunda kamu görevlisi olarak tanımlanan diğer kişileri;
- (iv) Yabancı kamu görevlileri ile uluslararası kamu kuruluşu görevlilerini ifade etmektedir.

Böylece Sözleşme, kamu görevlisi kavramını yalnızca ulusal kamu personeliyle sınırlamamakta; kamusal işlev üstlenen kişiler ile yabancı ve uluslararası nitelikte kamu görevi yürütenleri de kapsayacak şekilde genişletmektedir.

Bu geniş tanım; Sözleşme'nin rüşvet (madde 15-16), zimmet (madde 17), nüfuz ticareti (madde 18), görevi kötüye kullanma (madde 19) ve haksız zenginleşme (madde 20) gibi cezai düzenleme alanlarının uygulama kapsamını belirlemektedir.²⁶⁵

Bu tanım tekniği, statüden ziyade fonksiyona dayalı bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bununla birlikte Sözleşme, kamusal işlev yürüten veya kamu hizmeti sunan diğer kişileri, bu kavramların “taraf Devletin iç hukukunda tanımlandığı ve o Devletin ilgili hukuk alanında uygulandığı şekliyle” anlaşılması kaydıyla kapsama almaktadır (m. 2/a-ii). Memur statüsü böylece kamu görevlisi sayılmanın zorunlu şartı olmaktan çıkarılmakla birlikte, kapsamın belirlenmesi son tahlilde iç hukuka bırakılmaktadır. Bu kapsamda özellikle kamu kurumu veya kamu teşebbüsü içinde kamu fonksiyonu icra eden kişilerin tanıma dâhil edilmesi, sözleşmenin kamusal faaliyeti devlet teşkilatının organik sınırlarıyla sınırlı görmediğini ortaya koymaktadır. Nitekim sözleşmenin hazırlanmasına ilişkin müzakere sürecinde, hükümetle sözleşme yapmış özel şirket çalışanları dâhil olmak üzere bir kamu hizmeti sunan herkes bu tanımın kapsamına girebileceği

²⁶⁵ Sözleşme m. 15-20. Sözleşme, ulusal kamu görevlilerine rüşvet (m. 15), yabancı kamu görevlilerine aktif rüşvet (m. 16/1) ve zimmet (m. 17) bakımından taraf devletlere suç hâline getirme yükümlülüğü yüklemekte; yabancı kamu görevlilerinin pasif rüşveti (m. 16/2), nüfuz ticareti (m. 18), görevi kötüye kullanma (m. 19) ve haksız zenginleşme (m. 20) bakımından ise suç hâline getirmeyi “değerlendirme” yükümlülüğüyle (“shall consider adopting”) sınırlı tutmaktadır. Zorunlu ve ihtiyari suç hâline getirme yükümlülüklerinin ayrımı için United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, United Nations, New York 2007, <https://doi.org/10.18356/a36672ed-en>.

değerlendirilmiştir.²⁶⁶ İlâveten yabancı kamu görevlisi ve uluslararası kuruluş görevlisi kavramlarının tanıma eklenmesi, yolsuzlukla mücadele rejiminin yalnızca ulusal kamu personelinin değil, sınır aşan kamusal yetki ilişkilerini de düzenleme iddiasında olduğunu göstermektedir.

Sözleşmede ayrıca kamu görevlileri bakımından etik kurallar, çıkar çatışması önlemleri, malvarlığı beyan sistemleri, raporlama yükümlülükleri ve kamu alımlarına ilişkin şeffaflık tedbirleri öngörülmesi, sözleşmenin kamu görevlisini, kamusal dürüstlük rejiminin öznesi olarak gördüğünü göstermektedir.²⁶⁷

Türk ceza hukuku bakımından Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin önemi, kamu görevlisi kavramını memur statüsünden koparan bu işlevsel yaklaşımda ortaya çıkmaktadır. TCK m. 6/1-c'de kamu görevlisinin "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmış olması, ilk bakışta bu sözleşmenin fonksiyonel yaklaşımıyla belirli bir paralellik göstermektedir. Ancak bu paralellik, iki düzenleme alanının özdeş olduğu anlamına gelmez. Zira Sözleşme, uluslararası ticaret ve yabancı kamu görevlilerini de kapsayacak daha geniş bir evrensel standart öngörmektedir.

1.4.3.2.2. OECD Yabancı Kamu Görevlilerine Karşı Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi

OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi, 17 Aralık 1997'de Türkiye tarafından imzalanmış;²⁶⁸ 1 Şubat 2000 tarihli ve 4518 sayılı Kanun ile onaylanarak iç hukukun bir parçası hâline

²⁶⁶ Sözleşme müzakereleri için bkz. UNODC, Legislative Guide.

²⁶⁷ Kamu görevlilerinin dürüstlük rejiminin öznesi olarak konumlandırılmasına ilişkin önleyici tedbirler için bkz. Sözleşme madde 7 (Kamu Sektörü), madde 8 (Kamu Görevlileri İçin Davranış İlkeleri) ve madde 52/5 (Mali Bildirim Sistemleri).

²⁶⁸ Sözleşme'nin özgün metni için bkz. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 17.12.1997, <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/205/205.en.pdf> (erişim: 29.09.2026). Sözleşme'ye ilişkin yorum notları için OECD, *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 21.11.1997, aynı adres.

gelmiştir.²⁶⁹ Sözleşme'nin uygulanması OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu tarafından yürütülen çok aşamalı (Phase 1-4) akran denetimi (peer review) sistemiyle izlenmektedir.²⁷⁰

OECD rejimi, genel bir yolsuzluk tanımı yerine sadece uluslararası ticari işlemlerdeki aktif rüşvet (arz yönü) suçuna odaklanmıştır. Bu yönüyle genel bir yolsuzluk rejimi kuran BM Sözleşmesi'nden (UNCAC) ayrılmaktadır. Dolayısıyla OECD Sözleşmesi bakımından kamu görevlisi kavramı, genel bir kamu görevlisi teorisinin parçası olarak değil; yabancı kamu görevlisine rüşvet suçunun kapsamını belirleyen özel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşme'nin 1/4-a maddesine göre *yabancı kamu görevlisi; yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış yasama, idari veya adli görev yürütenleri, yabancı bir ülke adına kamu fonksiyonu icra edenleri ve uluslararası kamu kuruluşlarının memur veya temsilcilerini* kapsamaktadır.²⁷¹

OECD Sözleşmesi'nde benimsenen tanım tekniği, açık biçimde fonksiyonel bir karakter taşımaktadır. Özellikle “yabancı bir ülke adına kamu fonksiyonu icra eden kişi” ifadesi, kavramı organik memur statüsünün dışına taşımaktadır. Yabancı devlet adına kamu fonksiyonu icra eden kişiler ile uluslararası kuruluş görevlileri de kapsama alınmak suretiyle, uluslararası ticari işlemler bakımından kamusal karar alma süreçlerine etki edebilecek kişi çevresi geniş tutulmuştur.

OECD Sözleşmesi bakımından asıl tartışma alanı, “kamu fonksiyonu” ve “kamu teşebbüsü” ölçütlerinin sınırlarının nasıl belirleneceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim yabancı bir devlete ait veya onun kontrolünde bulunan ticari teşebbüslerde

²⁶⁹ Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4518 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 01.02.2000, RG, 06.02.2000, Sayı 23956.

²⁷⁰ OECD Sözleşmesi çerçevesinde kurulan izleme ve akran denetimi mekanizması ile bu mekanizmanın taraf devletler üzerindeki etkisi hakkında bkz. **Diğdem Soyaltın**, “Uluslararası ve Bölgesel Yolsuzlukla Mücadele Rejimlerinde Yaptırım ve Sosyal Baskı: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, C. 19, S. 1, 2020, s. 61-77, <https://doi.org/10.21547/jss.524613>.

²⁷¹ Sözleşme m. 1/4-a. Yorum notlarına göre tanım, yabancı kamu görevlisinin kendi ülkesinin hukukuna göre bu sıfatı taşıdığının ispatını gerektirmeyen “otonom” bir tanımdır: OECD, *Commentaries*, par. 3; sıfatın işlevsel tanımı için *Commentaries*, par. 12-19. Kamu fonksiyonu ve kamu teşebbüsü ölçütleri için ayrıca bkz. aşağıda dn. 272.

çalışan kişilerin her durumda yabancı kamu görevlisi sayılıp sayılamayacağı, öğretide ve uygulamada önemli bir sorun alanı hâline gelmiştir.²⁷²

Türk ceza hukuku bakımından OECD Sözleşmesi'nin etkisi, TCK m. 6/1-c'deki genel kamu görevlisi tanımında değil, rüşvet suçuna ilişkin özel düzenlemelerde görülmektedir.

OECD Sözleşmesi'ne uyum çalışmaları kapsamında, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesi fiili müstakil bir suç tipi olarak Türk hukukuna dâhil edilmiştir.²⁷³ Güncel mevzuatta bu düzenleme, Sözleşme'deki tanıma paralel şekilde TCK m. 252/9'da yer almaktadır.²⁷⁴

1.4.3.2.3. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi

Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi;²⁷⁵ Türkiye tarafından 2001 yılında imzalanmış; 2004 tarihli ve 5065 sayılı Kanun ile onaylanarak iç hukukun bir parçası hâline gelmiştir.²⁷⁶

²⁷² OECD Sözleşmesi bakımından kamu fonksiyonu kavramı, kamu teşebbüsü ölçütü ve kamu teşebbüslerinde görev yapan kişilerin yabancı kamu görevlisi sayılmasına ilişkin açıklamalar için bkz. OECD, *Commentaries*, par. 12-15; doktrindeki tartışma için **Agnè Limantè/Manfredas Limantas**, "Definition of 'Foreign Public Official' in the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions", *Teisė*, C. 104, 2017, s. 128-143, <https://doi.org/10.15388/Teise.2017.104.10849>.

²⁷³ OECD Sözleşmesi'nin Türk hukuku bakımından doğurduğu uyum yükümlülükleri ile yabancı kamu görevlisine rüşvet suçuna ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin gelişimi hakkında bkz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, *Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi: OECD Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması*, Bilgilendirme Kitapçığı, Ankara 2013, https://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019165646oecd_bulten.pdf (erişim: 29.09.2026).

²⁷⁴ Yabancı kamu görevlisine rüşvet, 4782 sayılı Kanun'la (Kabul Tarihi: 02.01.2003, RG, 11.01.2003, Sayı 24990) 765 sayılı TCK m. 211'e eklenen üçüncü fıkrayla (m. 211/3) ilk kez suç hâline getirilmiş; 5237 sayılı TCK'nın ilk metninde m. 252/5'te yer alan düzenleme, 6352 sayılı Kanun m. 87 ile yapılan değişiklikle m. 252/9'a taşınmıştır. 4782 sayılı Kanun'un tarih ve numarası GRECO Değerlendirme Raporu'nda da bu şekilde anılmaktadır: Greco Eval III Rep (2009) 5E, Theme I, dn. 23 (künyesi aşağıda dn. 282).

²⁷⁵ Sözleşme'nin özgün metni için bkz. Council of Europe, *Criminal Law Convention on Corruption*, European Treaty Series No. 173, Strasbourg, 27.01.1999, <https://rm.coe.int/168007f3f5>. Sözleşme'ye ilişkin açıklayıcı rapor için Council of Europe, Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, ETS No. 173, 1999, <https://rm.coe.int/16800cce44> (erişim: 29.09.2026).

²⁷⁶ Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 5065 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 14.01.2004, RG, 20.01.2004, Sayı 25352.

Sözleşmede yolsuzluk; hukukun üstünlüğüne, demokrasiye ve insan haklarına yönelik ciddi bir tehdit olarak görülmekte; iyi yönetişimi, hakkaniyeti ve sosyal adaleti zedeleyen bir olgu olarak değerlendirilmektedir.²⁷⁷ Bu çerçevede Sözleşme, yolsuzluk eylemlerinin eşgüdümlü olarak suç hâline getirilmesini ve kovuşturmalarda etkin bir uluslararası iş birliği kurulmasını amaçlamaktadır.

Sözleşmenin 1. maddesinde düzenlenen “kamu görevlisi” kavramı, yeknesak ve otonom bir tanım kurmaktan ziyade, öncelikle taraf devletlerin iç hukukundaki statü tanımlarına atıf yapan; ancak bu statü kategorilerini yabancı ve uluslararası kamusal görevlileri de kapsayacak şekilde genişleten, iç hukuktaki statü terimlerine gönderme yapan bir yaklaşımı yansıtmaktadır.

Buna göre kamu görevlisi;

- (i) Taraf devletin ulusal hukukuna göre “memur”, “belediye başkanı”, “bakan” veya “hâkim” (savcılar dâhil) statüsünde bulunan kişileri;
- (ii) Başka bir devletin yasama, yürütme veya yargısal görevini ifa eden yabancı kamu görevlilerini;
- (iii) Uluslararası kuruluşların, parlamenter asamblelerin ve uluslararası mahkemelerin görevli ve üyelerini ifade etmektedir.²⁷⁸

Böylece Sözleşme, kamu görevlisi kavramını sadece ulusal personelle sınırlı tutmamış; yabancı ve uluslararası yetki sahiplerini de yolsuzlukla mücadele rejiminin kapsamına dâhil etmiştir. 15 Mayıs 2003 tarihli Ek Protokol²⁷⁹ ile bu kapsam daha da genişletilerek ulusal ve yabancı hakemler ile jüri üyeleri de rüşvet suçunun öznelere arasına eklenmiştir.

²⁷⁷ Council of Europe, *Criminal Law Convention on Corruption*, Preamble.

²⁷⁸ Sözleşme m. 1/a-c. Açıklayıcı Rapor’a göre m. 1/a, “memur”, “kamu görevlisi”, “belediye başkanı”, “bakan” ve “hâkim” terimlerinin özerk bir tanımını yapmamakta; bunların anlamını, ilgili kişinin görev yaptığı devletin ulusal hukukuna bırakmaktadır: Council of Europe, *Explanatory Report*, par. 27-30.

²⁷⁹ Council of Europe, *Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption*, European Treaty Series No. 191, Strasbourg, 15.05.2003, <https://rm.coe.int/168008482e>. Türkiye Ek Protokol’ü 12.04.2012 tarihinde imzalamış; Protokol’ün onaylanması 6539 sayılı Kanun’la uygun bulunmuş (Kabul Tarihi: 07.05.2014, RG, 17.05.2014, Sayı 29003); onaya ilişkin Bakanlar Kurulu kararı RG, 08.07.2014’te yayımlanmış ve Ek Protokol Türkiye bakımından 01.04.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir: GRECO, Interim Compliance Report, par. 8; imza tarihi için Second Compliance Report, par. 29 (belgelerin

Sözleşmeye taraf olmanın en önemli sonuçlarından biri, taraf devletlerin Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) tarafından izlenmesidir: Sözleşme'nin uygulanmasını GRECO izlemekte (m. 24); Sözleşme'yi onaylayan veya Sözleşme'ye katılan ve GRECO üyesi olmayan devletler, Sözleşme'nin kendileri bakımından yürürlüğe girdiği tarihte kendiliğinden GRECO üyesi olmaktadır (m. 32/4, 33/2). GRECO, taraf devletlerin yolsuzlukla mücadele standartlarına uyumunu değerlendirme turları aracılığıyla inceleyen ve bu kapsamda ülke değerlendirme raporları ile uyum raporları hazırlayan Avrupa Konseyi denetim mekanizmasıdır.²⁸⁰ Türkiye de GRECO üyesi olarak periyodik akran denetimlerine tabi tutulmaktadır.

1.4.3.3. Uluslararası Hukukta Yolsuzlukla Mücadele Rejiminin Türk Ceza Hukukuna Etkisi

Yolsuzlukla uluslararası mücadele rejiminin karakteristik özelliklerinden biri, uluslararası sözleşmelere bunların uygulanmasını denetleyen izleme mekanizmalarının eşlik etmesidir. Birleşmiş Milletler, OECD ve Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen sözleşmeler, taraf devletler bakımından asgari standartları belirlemekte; buna karşılık GRECO, OECD Rüşvet Çalışma Grubu ve benzeri mekanizmalar ise bu standartların ulusal hukukta ne ölçüde karşılandığını düzenli olarak değerlendirmektedir. Bu kapsamda hazırlanan değerlendirme ve uygunluk raporlarında, ulusal mevzuatta tespit edilen eksiklikler ortaya konulmakta, bunların giderilmesine yönelik tavsiyelerde bulunulmakta ve tavsiyelerin yerine getirilme durumu sonraki değerlendirme turlarında yeniden incelenmektedir.

Söz konusu tavsiyeler hukuken bağlayıcı nitelik taşımamakla birlikte, ulusal mevzuat üzerinde önemli bir yönlendirici etki doğurmaktadır. Öğretide bu etki, bağlayıcı hukuk kurallarından değil, uluslararası denetim, akran değerlendirmesi ve sürekli uyum beklentisinden kaynaklanan bir soft law etkisi olarak açıklanmaktadır.²⁸¹ Bu nedenle

künyeleri için bkz. aşağıda dn. 282); onay kararı: Bakanlar Kurulu'nun 16.06.2014 tarihli ve 2014/6510 sayılı Kararı, RG 08.07.2014, Sayı 29054.

²⁸⁰ GRECO'nun değerlendirme turları, ülke değerlendirme raporları ve uyum raporlarına dayanan akran denetimi usulü hakkında bkz. Council of Europe, "How does GRECO work?", <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/how-does-greco-work> (erişim: 29.09.2026).

²⁸¹ **Kenneth W. Abbott/Duncan Snidal**, "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, C. 54, S. 3, 2000, s. 421-456, <https://doi.org/10.1162/002081800551280>; **Gregory**

uluslararası yolsuzlukla mücadele rejiminde sözleşmeler ile izleme mekanizmaları birbirini tamamlayan iki unsur olarak işlemekte; sözleşmeler uluslararası yükümlülüklerinin çerçevesini belirlerken, izleme mekanizmaları bu yükümlülüklerin ulusal hukukta fiilen hayata geçirilmesini teşvik etmektedir.

Bahsi geçen izleme mekanizmalarının Türk ceza hukukuna yansıyan sonuçları bakımından GRECO'nun Üçüncü Değerlendirme Turu aşamasındaki değerlendirmeleri önem taşımaktadır. Zira bu turda, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi ve Ek Protokolü'nde öngörülen suç tiplerinin taraf devletlerin iç hukuklarına ne ölçüde aktarıldığı incelenmiştir.²⁸² Türk ceza hukuku bakımından Sözleşme'nin etkisi

Shaffer/Mark A. Pollack, "Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance", *Minnesota Law Review*, C. 94, 2010, s. 706-799.

²⁸² GRECO'nun Türkiye'ye ilişkin Üçüncü Değerlendirme Turu belgeleri, kabul tarihi sırasıyla: Group of States against Corruption (GRECO), *Third Evaluation Round: Evaluation Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) (Theme I)*, Greco Eval III Rep (2009) 5E, Strasbourg 2010 (kabul: 26.03.2010; yayım: 20.04.2010), <https://rm.coe.int/16806c9be1> (kısaca: Evaluation Report); GRECO, *Third Evaluation Round: Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, Greco RC-III (2012) 4E Rev, Strasbourg 2012 (kabul: 23.03.2012), <https://rm.coe.int/16806c9c35> (kısaca: Compliance Report); GRECO, *Third Evaluation Round: Second Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, Greco RC-III (2013) 27E, Strasbourg 2014 (kabul: 28.03.2014; yayım: 10.11.2014), <https://rm.coe.int/16806c9caf> (kısaca: Second Compliance Report); GRECO, *Third Evaluation Round: Interim Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, Greco RC-III (2014) 24E, Strasbourg 2015 (kabul: 12.12.2014), <https://rm.coe.int/16806c9cd8> (kısaca: Interim Compliance Report); GRECO, *Third Evaluation Round: Second Interim Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, Greco RC-III (2015) 17E, Strasbourg 2016 (kabul: 04.12.2015), <https://rm.coe.int/16806c9cda>; GRECO, *Third Evaluation Round: Third Interim Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, GrecoRC3(2016)15, Strasbourg 2017 (kabul: 02.12.2016), <https://rm.coe.int/third-evaluation-round-third-interim-compliance-report-on-turkey-incrim/168072247a> (kısaca: Third Interim Compliance Report); GRECO, *Third Evaluation Round: Fourth Interim Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, GrecoRC3(2017)16, Strasbourg 2018 (kabul: 08.12.2017), <https://rm.coe.int/third-evaluation-round-fourth-interim-compliance-report-on-turkey-incrim/1680792e28>; GRECO, *Third Evaluation Round: Addendum to the Second Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, GrecoRC3(2019)3, Strasbourg 2019 (kabul: 22.03.2019), <https://rm.coe.int/third-evaluation-round-addendum-to-the-second-compliance-report-on-tur/1680954181>; GRECO, *Third Evaluation Round: Second Addendum to the Second Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, GrecoRC3(2020)5, Strasbourg 2021 (kabul: 29.10.2020), <https://rm.coe.int/third-evaluation-round-second-addendum-to-the-second-compliance-report/1680a1cac1> (kısaca: Second Addendum). Değerlendirme Raporu'nun parti finansmanında şeffaflığa ilişkin Tema II bölümü ayrı bir belgedir (Greco Eval III Rep (2009) 5E, Theme II); uygunluk raporları iki temayı tek belgede ele almaktadır. Belgelerin Adalet Bakanlığı'na sağlanan Türkçe çevirileri GRECO'nun Türkiye sayfasında (<https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/turkiye>) yayımlanmakta olup GRECO çevirilerin doğruluğundan sorumluluk üstlenmemektedir. İkinci Ek'in kabulüyle Üçüncü Tur uygunluk usulü Türkiye bakımından sona ermiştir: Second Addendum, par. 35. Belgelere erişim tarihi: 29.09.2026.

de esasen bu değerlendirme süreci ve buna bağlı GRECO tavsiyeleri çerçevesinde görünür hâle gelmiş; 2012 tarihli 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucunda kamu idaresinin güvenilirliğine karşı suçlar bölümünde önemli revizyonlar gerçekleştirilmiştir.²⁸³

Bu değerlendirme sürecinde kamu görevlisi tanımı, Sözleşme'nin saydığı kişi kategorilerini kapsayıp kapsamadığı yönünden incelenmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesi kamu görevlisini özerk biçimde tanımlamayıp taraf devletin iç hukukuna gönderme yaptığından, GRECO'nun denetimi ulusal tanımın belirliliğine değil, kapsamının yeterliliğine yönelmektedir. Türk makamları bu çerçevede m. 6/1-c'deki tanımın, öğreti ve içtihadı dayanılarak, kamu adına ve kamu hukukuna göre bir hizmetin yürütülmesine katılan kişi olarak anlaşıldığını; köy muhtarları, milletvekilleri, belediye ve il meclisi üyeleri gibi seçilmiş temsilcilerin, sandık kurulu görevlilerinin, mahkeme gibi yetkili kamu makamlarınca görevlendirilen tanık, bilirkişi ve tercümanların ve memur statüsü taşımayan kamu çalışanlarının bu kapsamda bulunduğunu; rüşvet suçunun nitelikli hâlinde sayılan yargı görevi yapan kişiler, hakemler, bilirkişiler, noterler ve yeminli mali müşavirlerin ise kamu görevlisi kavramının alt kategorilerini oluşturduğunu bildirmiştir.²⁸⁴ GRECO bu açıklamaları, tanımın Sözleşme'nin 1/a maddesindeki bütün kategorileri ve 4. maddesindeki ulusal kamu meclisi üyelerini kapsayacak genişlikte ve esneklikte olduğu tespitiyle kaydetmiş; tanım, denetim sürecinin hiçbir aşamasında kanunilik veya belirlilik ilkesi yönünden ele alınmamıştır.²⁸⁵

²⁸³ Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında 6352 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 02.07.2012, RG, 05.07.2012, Sayı 28344. “Torba yasa” niteliğindeki Kanun’un tasarı metnine ilişkin değerlendirme için bkz. Türk Ceza Hukuku Derneği, “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Görüşü”, *Suç ve Ceza*, S. 3, 2012, s. 23-77.

²⁸⁴ GRECO, Evaluation Report, par. 13-14, 66; nitelikli hâlde sayılan kişilerin alt kategori niteliği için par. 13.

²⁸⁵ GRECO, Evaluation Report, par. 66 (“very wide and flexible”). Raporda m. 6/1-c, makamlarca sağlanan İngilizce çeviriyle “any person who is elected, appointed or chosen in any other way to carry out a public duty for a temporary, permanent or specifically defined time period” biçiminde yer almaktadır (par. 13). Çeviride “kamusal faaliyet” karşılığı olarak “public duty”, “yürütülmesine katılan” karşılığı olarak “carry out” kullanılmış; tanımın faaliyet ve katılma unsurları bu nedenle denetim organının değerlendirmesine konu olmamıştır. Aynı Türkçe kavram, İkinci Uygunluk Raporu’nda m. 252/9-ç bakımından “public activity” olarak çevrilmiştir: Second Compliance Report, par. 9, 24.

Denetim sürecinde tanımın kapsamına ilişkin tek eksiklik, yabancı kamu görevlilerine rüşvete ilişkin o tarihteki m. 252/5 bakımından tespit edilmiştir. GRECO, bu hükmün yalnız “seçilmiş veya atanmış” kişileri saymasını, m. 6/1-c’nin “herhangi bir surette” katılmayı da kapsayan lafzı karşısında dar bulmuş; seçilmemiş veya atanmamış olmakla birlikte yabancı bir devlet ya da uluslararası kuruluş için kamusal görev yürüten kişiler bakımından boşluk doğabileceğini belirtmiştir.²⁸⁶ 6352 sayılı Kanun’la yeniden düzenlenen m. 252/9, “seçilmiş veya atanmış” kalıbını (a) bendinde korumuş ve buna “kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişiler” bendini eklemiştir; Türk makamları bu ifadenin yabancı kamu görevlisi tanımını m. 6/1-c’deki tanımla uyumlu kılmak amacıyla seçildiğini bildirmiş, GRECO da hükmün Sözleşme’nin gerektirdiği kişi çevresini kapsadığı sonucuna vararak tavsiyeyi yerine getirilmiş saymıştır.²⁸⁷ Kanun koyucunun 2012 yılında yabancı kamu görevlisi tanımını kurarken kamusal faaliyet kavramına başvurması, bu kavramın 5237 sayılı Kanun’un ilk metnindeki tercihle sınırlı kalmayıp uluslararası yükümlülüklerin iç hukuka aktarılmasında da tanımlayıcı kavram olarak korunduğunu göstermektedir. Buna karşılık m. 252/9-ç’nin faaliyeti “yürüten” kişiyi esas alması, m. 6/1-c’deki “yürütülmesine katılan” ifadesinden ayrılmakta; yabancı kamu görevlisi bakımından katılma yerine yürütmenin aranması, ulusal tanımın katılma unsuru itibarıyla daha geniş tutulduğunu ortaya koymaktadır.

6352 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan değişiklikler kapsamında öncelikle, kamu idaresinin güvenilirliğini koruyan temel suç tipleri olan irtikâp, rüşvet ve görevi kötüye kullanma arasında daha önce kısmen örtüşebilen fiil alanları yeniden düzenlenmiştir. Özellikle görevi kötüye kullanma suçunun *görevinin gereklerine uygun davranması için*

²⁸⁶ GRECO, Evaluation Report, par. 32, 67-68 ve tavsiye iii (par. 76). Aynı eksiklik, Türkiye’nin o tarihte taraf olmadığı Ek Protokol bakımından yabancı hakem ve jüri üyeleri için de tespit edilmiş; bu kişilerin m. 252/5’teki “yargısal veya idari görevlerle görevli bir kamu kuruluşunun üyesi” ifadesi kapsamında sayılıp sayılamayacağı tartışmalı bulunmuştur (par. 69).

²⁸⁷ GRECO, Second Compliance Report, par. 22-26; tasarı aşamasında “seçilmiş veya atanmış” sınırının sürmesine yönelik eleştiri için Compliance Report, par. 23. Makamların açıklaması Second Compliance Report, par. 24’te yer almaktadır. Raporun Adalet Bakanlığı çevirisi (<https://rm.coe.int/16806c9cae>) m. 6/1-c’yi “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yolu ile ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” biçiminde vermektedir. İngilizce metinde m. 252/9’un bentleri a-f harfleriyle sıralanmakta olup Türk kanun metnindeki (ç) bendi İngilizce metindeki (d) bendine karşılık gelmektedir; İngilizce metne, anlaşılmayı kolaylaştırmak amacıyla kanun metninde bulunmayan ibarelerin eklendiği raporun kendi dipnotlarında belirtilmektedir (Second Compliance Report, dn. 2-3).

menfaat sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılmasını öngören üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla, kamu görevlisinin menfaat teminine ilişkin bazı davranışlarının bu genel ve tali nitelikteki suç tipi altında değerlendirilmesinin önü kapatılmış; menfaat eksenli fiiller rüşvet ve irtikâp hattına taşınmıştır. Böylece kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapmak konusunda iş sahibiyle anlaşma yapması hâli de rüşvet suçunun kapsamına alınmıştır. Kamu görevlisine görevinin gereklerine uygun davranması için menfaat sağlanmasının anlaşmaya değil de kamu görevlisinin icbarından kaynaklanması halinde ise irtikâp suçu oluşacaktır.²⁸⁸ Değişiklikten önce görevin gereklerine uygun bir işin yapılması için kamu görevlisine menfaat teklif veya vaat edilmesi, Yargıtay uygulamasında kamu görevlisine hakaret suçu (m. 125/3-a) kapsamında değerlendirilmekte; GRECO bu uygulamayı, hakaret ve irtikâp gibi suçların yolsuzluğun demokratik kurumların istikrarını tehdit eden özgül niteliğini yansıtmaması ve öngördükleri yaptırımların düşük kalması nedeniyle kusurlu bir ikame olarak nitelendirmiştir.²⁸⁹

Görüldüğü üzere yapılan değişiklikle kamu görevlisinin menfaat temelli davranışları bakımından suç tipleri arasındaki sınırlar yeniden çizilmiş ve unsurlar arasında fiilen bir “yer değiştirme” meydana gelmiştir.²⁹⁰

²⁸⁸ 6352 sayılı Kanun m. 86 (TCK m. 250), m. 87 (TCK m. 252), m. 88 (TCK m. 254), m. 89 (TCK m. 255) ve m. 105/5-b (TCK m. 257/3’ün yürürlükten kaldırılması). Değişikliklerin gerekçesinde GRECO tavsiyelerine ve Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ne yapılan atf için TBMM Adalet Komisyonu Raporu, 24. Dönem, S. Sayısı 278 (GRECO atfı, görevin gereklerine uygun davranması için çıkar sağlama fiilinin görevi kötüye kullanma suçu kapsamından çıkarılarak rüşvet suçuna dönüştürülmesine ilişkin madde gerekçesinde yer almaktadır). Tasarının Adalet Komisyonu’nda GRECO’nun değerlendirmesi dikkate alınarak değiştirildiği GRECO’nun kendi kayıtlarında da yer almaktadır: GRECO, Compliance Report, par. 7; Second Compliance Report, par. 6.

²⁸⁹ Yarg. 5. CD, 16.02.2009, E. 2007/12844, K. 2009/1635; aynı yönde 18.02.2008, 2007/14342–2008/963 ve 19.03.2008, 2008/1823–2008/2246 (daire belirtilmemiş). Kararlar GRECO, Evaluation Report, par. 12 ve dn. 6’da anıldığı biçimiyle verilmiştir. GRECO’nun değerlendirmesi için Evaluation Report, par. 61-63; değişiklik sonrası değerlendirme için Second Compliance Report, par. 12-13. Görevin gereklerine uygun bir iş için menfaat teklifinin, failin kamu görevlisi sıfatı üzerinden, korudukları hukuki değer birbirinden farklı iki norma (m. 125/3-a ve m. 252) bağlanabilmiş olması, sığa bağlanan sonucun her durumda korunan hukuki değerden türetilmediğini göstermektedir.

²⁹⁰ Yarg. CGK, 27.10.2015, E. 2013/412, K. 2015/347: “...5237 sayılı TCK’nun 252. maddesinde ise; “bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır” şeklinde tanımlanmak suretiyle yalnızca “nitelikli rüşvet suçu” ceza yaptırımına bağlanmış iken, 05.07.2012 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasanın 87. maddesi ile 5237 sayılı TCK’nun 252. maddesinde yapılan değişiklikle öncekinden farklı olarak “basit rüşveti” de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. [...] Bu suretle de, sağlanan menfaatin “kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı” bir işin yapılması amacına özgü olması koşulu

Rüşvet suçu ise bütünüyle yeniden düzenlenmiş; suçun tanımı, tamamlanma anı, üçüncü kişi lehine menfaat sağlama halleri ve fail kategorileri ayrıntılı biçimde sistematikleştirilmiştir. Bu yeniden yapılandırma, rüşveti daha teknik, kapsamlı ve uluslararası yükümlülüklerle uyumlu bir suç tipi hâline getirmiş; daha önce başka maddeler altında değerlendirilebilecek bazı fiillerin doğrudan rüşvet kapsamında ele alınmasına imkân tanımıştır.²⁹¹

Benzer şekilde, “yetkili olmadığı iş için yarar sağlama” suçu madde başlığıyla birlikte değiştirilmiş; içerik ve unsurları tamamen yenilenerek nüfuz ticareti suçu ihdas edilmiştir.²⁹²

Ayrıca rüşvet ve nüfuz ticareti suçlarına ilişkin olarak özel iştirak, içtima ve teşebbüs hükümlerinin öngörülmesi, bu suçların genel hükümlerden ayrılan bir yapıya kavuşturulduğunu göstermektedir. Özellikle anlaşma anında tamamlanma, teşebbüsün

kaldırılarak, görevinin gereklerine uygun davranması için kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili TCK’nın 257/3. maddesi anlamında görevi kötüye kullanmak suçu kapsamında çıkartılarak rüşvet suçuna dönüştürülmüştür...”. Aynı yönde: “...sanığın yapılması gereken bir işin yapılması amacıyla Belediye’ye menfaat temin etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan TCK’nın 257/3. maddesi delaletiyle 257/1. maddesine ve hükümden önce 19/12/2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı Yasa ile TCK’nın 257/3. maddesinde yapılan değişikliğe göre ise anılan maddeye uyan görevi kötüye kullanma suçu niteliğinde olduğu, hükümden sonra 05/07/2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 105/5-b maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 257/3. maddesinin yürürlükten kaldırılmış olması ve aynı Yasanın 87. maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 252. maddesinin yeniden düzenlenmesi karşısında ise eylemin basit rüşvet alma suçunu oluşturacağı, lehe kanun değerlendirmesinin buna göre yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi...” Yarg. 5. CD, 28.05.2014, E. 2013/1949, K. 2014/5866 (oybirliğiyle).

²⁹¹ TCK m. 252/1-2 (görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için menfaat sağlanması: basit rüşvetin suç kapsamına alınması), m. 252/3 (rüşvet anlaşmasının kurulmasıyla suçun tamamlanmış sayılması), m. 252/1-2’deki “göstereceği bir başka kişi” ibaresi (üçüncü kişi lehine menfaat) ve m. 252/8-9 (kamu görevlisi olmayan fail kategorileri). 6352 öncesi ve sonrası düzenlemenin karşılaştırılması için bkz. **Köksal Bayraktar** vd., *Özel Ceza Hukuku, C. 9: Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* (TCK m. 247-266), On İki Levha, İstanbul 2021.

²⁹² 6352 sayılı Kanun m. 89. Değişiklik öncesinde “Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama” başlığını taşıyan TCK m. 255, Avrupa Konseyi Sözleşmesi m. 12 ve BM Sözleşmesi m. 18’deki nüfuz ticareti düzenlemelerine paralel olarak yeniden kurulmuştur. Suçun unsurları ve uluslararası kaynaklarla ilişkisi için bkz. **Eylül Erdem**, *Nüfuz Ticareti Suçu*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s. 19-24 (uluslararası sözleşmeler), 52-54 (m. 255 düzenlemesi), 84 vd. (unsurlar). Değişiklik öncesi m. 255’in yalnız kamu görevlisi tarafından işlenebilmesi, yalnız pasif biçimi kapsamaması ve aldatma unsuru içermesi GRECO tarafından Sözleşme m. 12 karşısında yetersiz bulunmuş ve nüfuz ticaretinin, nüfuz sahibinin aldatması aranmaksızın, aktif ve pasif biçimleriyle suç hâline getirilmesi tavsiye edilmiştir: GRECO, Evaluation Report, par. 42-45, 71 ve tavsiye vi (par. 76); değişikliğin değerlendirmesi için Second Compliance Report, par. 38-42. Yeni düzenlemede kamu görevlisi sıfatı suçun kurucu unsuru olmaktan çıkmış ve m. 255/1 c. 2’de cezayı artıran neden hâline gelmiştir.

sınırları ve iştirak biçimlerinin kanun metninde ayrıca düzenlenmiş olması, bu suç tiplerinin normatif yapısını önceki döneme kıyasla önemli ölçüde değiştirmiştir.²⁹³

Tüm bu değişiklikler birlikte değerlendirildiğinde, yolsuzlukla uluslararası mücadele rejiminin Türk ceza hukukuna etkisinin yalnızca yeni suç tiplerinin ihdas edilmesi veya mevcut suçların kapsamının genişletilmesinden ibaret olmadığı görülmektedir. Asıl dönüşüm, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar sistematığının uluslararası standartlar doğrultusunda yeniden yapılandırılmasında ortaya çıkmıştır. Bu yeniden yapılandırma, kamu görevlisine özgü suç tipleri arasındaki sınırları yeniden belirlemiş; menfaat temelli davranışların rüşvet, irtikâp ve nüfuz ticareti suçları ekseninde sistematik biçimde düzenlenmesini sağlamış ve uluslararası yolsuzlukla mücadele rejiminin benimsediği fonksiyonel yaklaşımın Türk ceza hukukundaki görünümünü güçlendirmiştir.

1.4.4. Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi: Kamu Görevlisinin Cezalandırma Rejimi

Kamu görevlisi kavramı ceza hukukunda yalnızca bazı suç tiplerinin fail veya mağdur unsurunu belirleyen teknik bir kavram olarak işlev görmemektedir. Kanun koyucu, kamu görevlisi sıfatına çeşitli ceza hukuki sonuçlar bağlayarak bu kişilerin cezalandırılma ve korunma rejimlerini genel ceza hukuku rejiminden belirli ölçülerde farklılaştırmaktadır. Bununla birlikte bu farklılaştırmalar tek bir hukuki kurum altında toplanmamakta; kamu görevlisinin kamusal faaliyet içerisindeki konumundan kaynaklanan farklı kriminal politik gerekçelere dayanmaktadır. Bu nedenle öncelikle kamu görevlisine özgü cezalandırma rejiminin temel esaslarının ortaya konulması gerekmektedir.

1.4.4.1. Kamu Görevlisine Özgü Cezalandırma Rejiminin Esasları

Kamu görevlisine özgü cezalandırma rejimi, kamu görevlisi sıfatına bağlanan ve genel ceza hukuku rejiminden ayrılan hukuki sonuçların bütünüdür. Bu

²⁹³ TCK m. 252/3 (anlaşmanın tamamlanmış suç gibi cezalandırılması), m. 252/4 (teklif veya talebin karşı tarafça kabul edilmemesi hâlinde cezanın yarı oranında indirilmesi), m. 252/5 (rüşvet anlaşmasına aracılık edenin) ve m. 252/6 (rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak menfaat elde edenin müşterek fail olarak cezalandırılması); nüfuz ticareti bakımından paralel hükümler için m. 255/2-5. Bu hükümlerin iştirak ve teşebbüse ilişkin genel hükümlerden ayrılması hakkında bkz. Erdem, Nüfuz Ticareti Suçu; Bayraktar vd., Özel Ceza Hukuku, C. 9.

sonuçların tek bir dogmatik kurum altında toplanması mümkün olmadığı gibi, sıfatın kendisi de bağımsız bir cezalandırma gerekçesi oluşturmamaktadır; her bir sonuç, ancak işlenen fiil ile üstlenilen kamu görevi arasındaki bağlantı üzerinden meşrulaştırılabilmektedir. Bu ortak gerekçe testi, rejimin üç görünüm hâlinde ayrıştırılmasına imkân vermektedir: kamu görevlisinin fail olması durumuna bağlanan ağırlaştırılmış sorumluluk; kamu görevlisi aracılığıyla yürütülen kamusal fonksiyonun haricî müdahalelere karşı korunmasına yönelik yoğunlaştırılmış koruma; bu iki rejimin sonuçlarının kamu görevlisi olmayan kişilere teşmil edildiği eşdeğerlik rejimi. Üç görünümün her birinde kriminal politik gerekçe, sıfatın kendisinde değil sıfat ile fiil arasındaki bağlantıda bulunmaktadır.²⁹⁴

1.4.4.2. Kamu Görevlisinin Ağırlaştırılmış Sorumluluk Rejimi

Kamu görevlisine özgü ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi, kamu görevlisi sıfatının suçun fail unsuru bakımından genel ceza hukuku rejiminden farklı ve daha ağır hukuki sonuçların doğmasına esas oluşturduğu düzenlemelerin bütünüdür. Burada tek ve bağımsız bir dogmatik kurumdan değil, kamu görevlisinin fail olması durumuna bağlanan farklı ceza hukuki sonuçları ortak bir kriminal politik esas altında bir araya getiren analitik bir tasniften söz edilmektedir.

Bu rejimin ortak esasını, kamu görevlisinin sırf bu sığata sahip olması değil, işlenen fiil ile üstlenilen kamu görevi arasındaki bağlantı oluşturmaktadır. Kamu görevlisi sıfatına bağlanan ağırlaştırılmış sorumluluk, esas itibarıyla bu göreve ilişkin bağlantı nedeniyle fiilin korunan hukuki değeri bakımından kazandığı özgöl haksızlık içeriğine dayanmaktadır. Kamu görevlisi sıfatının fail bakımından doğurduğu bu farklılaşma, maddi ceza hukukunun çeşitli kurumlarında ve ceza muhakemesi alanında farklı görünümler kazanmaktadır.

²⁹⁴ Failin sıfatına bağlanan farklılaştırılmış sorumluluğun özgöl suç kuramı çerçevesinde incelenmesi için bkz. **Tülay Kitapçioğlu Yüksel**, *Özgöl Suç*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2021; kamu görevlisi sıfatına bağlanan ceza hukuku sonuçlarının özel kanunlardaki görünümlerinin tasnifi için **H. Aydın**, s. 122-125; sıfatın nitelikli hâl ve kurucu unsur olarak işlevleri için Demren Dönmez, s. 104 vd.

Kamu görevlisinin faillğine esas özel sorumluluk rejiminin gerekçeleri iki temel grupta toplanabilir. Bunlardan ilki, kamu görevinin faile suçu işlemesini sağlayan veya kolaylaştıran özel imkânlar sunması; ikincisi ise bu imkânların suçun işlenmesinde kullanılmasının kamusal faaliyetin hukuka uygun olarak yürütülmesine ve kamu kurumlarına duyulan güveni zedelemesidir.²⁹⁵

İlk gerekçe, görevin sağladığı nüfuz, yetki, araç veya kolaylığın suçun işlenmesinde kullanılmasıdır. Kamu görevi, kişiye diğer kişilerin sahip olmadığı birtakım yetkiler tanıyabilir; belirli araçlara, bilgilere veya kişilere erişim sağlayabilir yahut görevinden kaynaklı olarak sahip olduğu kamusal nüfuz nedeniyle fiilin gerçekleştirilmesini kolaylaştırabilir. Failin suçu işlerken kamu görevinin kendisine sağladığı bu imkânlardan yararlanması, kamu görevlisi sıfatı ile işlenen fiil arasında maddi bir bağlantı kurar. Bu durumda ağırlaştırmanın nedeni sıfatın kendisi değil, kamu görevinin suçun işlenişine sağladığı özgül imkânın kötüye kullanılmasıdır. TCK m. 266’da kamu görevinin sağladığı araç ve gereçlerin suçun işlenmesi sırasında kullanılmasına bağlanan ceza artırımı, bu gerekçenin açık örneklerinden birini oluşturmaktadır.²⁹⁶

İkinci gerekçe ise kamu görevinin sağladığı hak ve yetkilerin suç teşkil eden bir fiilde kullanılmasının kamusal faaliyetin hukuka uygun olarak yürütülmesine ve kamu kurumlarına duyulan güveni zedelemesidir. Kamu görevlisine belirli hak, yetki ve imkânların tanınması, bunların üstlenilen kamusal görevin gereklerine uygun biçimde kullanılacağı kabulüne dayanır. Bu yetki ve imkânların suçun işlenmesinde kullanılması, bu nedenle yalnızca somut suç tipiyle korunan hukuki değeri ihlal etmekle kalmayıp kamu görevinin hukuka uygun biçimde yerine getirileceğine ilişkin kamusal güveni de

²⁹⁵ Öğretide nitelikli hâllerin gerekçesi, kamu görevlilerinin devleti temsil etmesi ve fiille devletin itibarının, saygınlığının ve toplumun devlete olan güveninin zedelenmesi üzerinden açıklanmaktadır: **Hamide Zafer**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2, 2019, s. 1557-1587, s. 1561, dn. 12 (Baytaz ve Demren Dönmez’den aktararak). Sıfatın fail bakımından ağırlaştırıcı neden sayılmasının bireylerin kamu görevlilerinin suistimal ve keyfi hareketlerine karşı korunması ile idarenin işleyişinin tehlikeye düşmesi düşüncesine; mağdur bakımından ağırlaştırıcı neden sayılmasının ise kamu görevlilerinin saldırılara karşı korunması düşüncesine dayandığı ve kavramın geniş yorumunun bu amaçla bağdaşmadığı yönünde **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 540 (Erman’a atıfla).

²⁹⁶ TCK m. 266 gerekçesi: “Madde metninde, kamu görevlisinin görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanması, ilgili suç açısından daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, kanunda kamu görevlisi sıfatının ilgili suçun bir unsuru olarak öngörülmemiş olması gerekir.”

zedeler. Kamu görevlisinin görevinden kaynaklanan hak ve yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle işlediği suçlar bakımından TCK m. 53/5'te ayrıca güvenlik tedbiri öngörülmesi de bu gerekçenin hukuki sonuçlarından birini oluşturmaktadır.²⁹⁷

Her iki gerekçenin ortak noktası, ağırlaştırılmış sorumluluğun kamu görevlisi sıfatına soyut olarak bağlanmamasıdır. İlkinde kamu görevi, suçun işlenmesini mümkün kılan veya kolaylaştıran nüfuz, yetki ya da araçların kaynağını; ikincisinde ise bunların kötüye kullanılmasının etkilediği kolektif menfaatle bağlantıyı oluşturmaktadır. Dolayısıyla özel sorumluluk rejiminin kriminal politik gerekçesi, failin kim olduğundan ziyade kamu görevinin suçun işlenişindeki işlevi ve bu işlevin kötüye kullanılmasının kamusal değerler üzerinde meydana getirdiği ilave haksızlıkta bulunmaktadır.²⁹⁸ Ağırlaştırmanın sığara değil görev-fiil bağlantısına dayanması, iştirak bakımından da sonuç doğurmakta; görevin sağladığı imkânın kullanılmasına bağlanan nitelikli hâl fiile ilişkin bir neden olarak, kastları kapsamak kaydıyla, kamu görevlisi olmayan suç ortaklarına da sirayet etmektedir.

1.4.4.3. Kamu Görevlisinin Yoğunlaştırılmış Koruma Rejimi

Yoğunlaştırılmış koruma rejimi, kamu görevlisinin şahsının değil, onun aracılığıyla yerine getirilen kamusal fonksiyonun haricî müdahalelere karşı korunması ortak gerekçesine dayanmaktadır. Bu rejim, kamu görevlisinin ceza hukuki ilişkide bulunduğu konuma göre iki farklı görünüm kazanmaktadır. İlkinde kamu görevlisi, yürüttüğü kamu görevi nedeniyle suçun mağduru olmakta ve kamusal fonksiyonun korunması amacıyla gerek maddi ceza hukuku gerekse muhakeme hukuku bakımından daha yoğun bir korumadan yararlanmaktadır. İkincisinde ise kamu görevlisi suçun faili konumunda

²⁹⁷ TCK m. 53 gerekçesinde hak yoksunluğu, işlenen suç dolayısıyla “toplumda kişiye karşı duyulan güven”in sarsılmasıyla açıklanmaktadır.

²⁹⁸ Özgü haksızlığın yoğunluğunun, failin sahip olduğu yükümlülük veya özel kişisel unsur nedeniyle genel haksızlığa göre daha fazla olduğu yönünde **Yüksel**, s. 47, 128. m. 102/3-b bakımından artırımın sebebinin sıfat değil görevin sağladığı nüfuzun somut olayda fiilen kullanılması olduğu yönünde **M. Emre Tulay**, “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sıfatının Hukuki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 70, S. 4, 2021, s. 1223-1259, s. 1250. Sığara değil görevin sağladığı imkânın kullanılmasına bağlanan ağırlaştırmanın haksızlığın objektif yönüne ilişkin olması nedeniyle, kast kapsamında olmak kaydıyla, kamu görevlisi olmayan suç ortaklarına da sirayet edeceği yönünde **Tulay**, s. 1249-1251, 1254; nitelikli hâllerin sirayetine ilişkin görüşlerin derlemesi için aynı makale, s. 1246-1248. Alman öğretisinde § 340 StGB bakımından failin kamu görevlisi olmasını şahsi neden sayıp şeriki temel suçtan sorumlu tutan karşı görüş için aynı makale, s. 1251, dn. 130.

bulunmakla birlikte, görevin kesintisiz biçimde yürütülmesinin dış müdahalelerden korunması amacıyla ceza muhakemesinin başlatılması veya yürütülmesi belirli usulî koşullara bağlanmaktadır. Her iki görünümde de farklılaştırmanın gerekçesi kamu görevlisinin kişisel statüsü değil, yerine getirdiği kamusal faaliyetin işleyişinin korunmasıdır.²⁹⁹

Rejimin mağdur eksenindeki ilk görünümü, kamu görevlisinin yerine getirdiği görev nedeniyle bir suça maruz kalması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı gerçekleştirilen fiilin yalnızca mağdurun bireysel hukuki değerlerine değil, onun yerine getirdiği kamusal fonksiyona da yöneldiği kabulünden hareketle fiile genel rejimden farklı sonuçlar bağlamaktadır. Bu farklılaşma öncelikle maddi ceza hukuku düzeyinde görülmektedir. Suçun kamu görevlisine karşı yerine getirdiği görev nedeniyle işlenmesi, kimi suçlarda nitelikli hâl olarak düzenlenmekte, kimi düzenlemelerde ise tipikliğin kuruluşunda önem taşımaktadır. Kasten öldürme (TCK m. 82/1-g), kasten yaralama (TCK m. 86/3-c), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109/3-c), hakaret (TCK m. 125/3-a), işkence (TCK m. 94/2-b) ve mala zarar verme (TCK m. 152/1-g) suçlarında kamu görevlisine yönelik fiile bağlanan daha ağır yaptırım bu korumanın maddi ceza hukuku düzeyindeki görünümünü oluşturmaktadır.³⁰⁰

Yoğunlaştırılmış koruma, yaptırımın ağırlaştırılmasıyla sınırlı değildir. Kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle işlenen suçlarda, suçun takip ve cezalandırılma koşullarının değiştirilmesi suretiyle muhakeme hukuku düzeyinde de koruma güçlendirilebilmektedir. Temel şekli şikâyeteye bağlı bulunan bazı suçlarda kamu görevlisine karşı görevinden

²⁹⁹ İdarenin hareket hürriyetini ve memurun şeref ve prestijini ihlal eden fiillerin idari varlıklara ve menfaatlere yönelik bir tecavüzü ortaya koyduğu için ayrı suç tipleri hâlinde düzenlendiği yönünde **Nevzat Toroslu**, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 364, dn. 214 (Santoro'ya atıfla); memura karşı işlenen hakaret, müessir fiil ve cebir suçlarında ihlal edilen değerlerin devletin idari menfaati ve fonksiyonların kurala uygun görülebilmesi olduğu yönünde **Çetin Özek**, "Türk Ceza Kanununun 50. Yılında Devlete Karşı Suçlar", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, İstanbul 1977, s. 461 vd., s. 474. Özek, devleti koruyan normları organların ve "memurluk sıfat ve niteliğinin" himayesine yönelen yapı normları ile fonksiyon normları olarak ayırmaktadır (s. 473); bu ayırmada sıfatın himayesi, görevle bağlantı aranmaksızın devletin yapısının korunmasının bir parçası olarak görülmektedir.

³⁰⁰ Kamu görevlisi sıfatını mağdur ekseninde nitelikli hâl veya kurucu unsur olarak öngören hükümlere örnek olarak bkz. TCK m. 86/3-c, 125/3-a ve 265/1.

dolayı işlenme, şikâyet şartını ortadan kaldırarak suçun re'sen soruşturulması sonucunu doğurmaktadır. Hakaret suçunda TCK m. 131/1'de öngörülen düzenleme ile kasten yaralamanın ilgili hâlleri, bu yöntemin örneklerini oluşturmaktadır.³⁰¹ Böylece kamusal fonksiyona yönelik müdahalenin soruşturulması, mağdur kamu görevlisinin bireysel iradesine bırakılmamaktadır.

Benzer bir farklılaşma, fail lehine sonuç doğuran bazı alternatif çözüm veya cezalandırılabilirliği etkileyen kurumların uygulanma alanının sınırlandırılmasında ortaya çıkmaktadır. Kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle gerçekleştirilen fiiller, bazı durumlarda önödeme veya uzlaştırma gibi kurumların kapsamı dışında bırakılabilmektedir. Nitekim TCK m. 75/6-a-2 uyarınca kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret suçunun TCK m. 125/3-a kapsamındaki hâli önödeme hükümlerinin dışında tutulmuştur.³⁰² Bu düzenlemelerde de suçun soruşturulması ve yaptırıma bağlanmasına ilişkin genel rejim, kamusal fonksiyonun korunması yönündeki kriminal politik tercih doğrultusunda farklılaştırılmaktadır.

Mağdur ekseninde sağlanan bu yoğunlaştırılmış koruma, kamu görevlisinin kişiliğine tanınmış şahsi bir ayrıcalık olarak değerlendirilemez. Korumanın gerekçesi, kamu görevlisinin bireysel hukuki değerinin yanı sıra, onun yürüttüğü kamusal fonksiyonun da fiilden etkilenmesidir. Bu nedenle burada korunan hukuki değer, bireysel değer ile kamusal fonksiyonun korunmasına ilişkin kolektif değer bir araya geldiği bileşik bir nitelik kazanabilmektedir. Görev-fiil bağlantısının mağdur yönlü koruma normlarında taşıdığı önem de buradan kaynaklanmaktadır. Kamu görevlisi sıfatının yoğunlaştırılmış korumayı tek başına harekete geçirmemesi; fiilin kamu görevlisine görevi nedeniyle yönelmiş olmasının aranması, farklılaştırılmış korumanın kişinin statüsüne değil, kamusal fonksiyonla bağlantısına dayandığını göstermektedir.³⁰³

³⁰¹ TCK m. 131/1: “Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlıdır.” Kasten yaralama bakımından aynı sonuç, m. 86/3'teki “şikâyet aranmaksızın” ibaresinden doğmaktadır.

³⁰² TCK m. 75/6-a-2'de önödeme kapsamındaki suçlar arasında “Hakaret (üçüncü fıkranın (a) bendi hariç, madde 125)” sayılmıştır.

³⁰³ Sorumluluk ve koruma rejimlerinin aynı görev bağlantısından doğduğu yönünde **Aygün Eşitli**, s. 39: uzlaştırmacı “görevine ilişkin olmak kaydıyla işlediği hukuka aykırı fiillerden ötürü kamu görevlisi gibi sorumlu olur ve kendisine karşı görevini yerine getirirken işlenen hukuka aykırı fiillerden ötürü de bir kamu

Yoğunlaştırılmış koruma rejiminin fail eksenindeki ikinci görünümü ise farklı bir hukuki teknikle aynı koruma düşüncesine dayanmaktadır. Bu durumda kamu görevlisinin işlediği fiilin daha hafif değerlendirilmesi veya kamu görevlisine maddi ceza hukuku bakımından bir ayrıcalık tanınması söz konusu değildir. Koruma, ceza muhakemesinin kamu görevlisi hakkında doğrudan başlatılmasının veya yürütülmesinin belirli usulî koşullara bağlanması suretiyle gerçekleştirilmektedir. AY m. 129/6 ile 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında öngörülen soruşturma izni, ön inceleme ve benzeri filtre mekanizmaları bu görünümün başlıca örneklerini oluşturmaktadır.³⁰⁴ Bu mekanizmaların kriminal politik gerekçesi, kamu görevlisini cezai sorumluluktan bağışık tutmak değil; kamu görevinin soyut veya asılsız şikâyetler yoluyla kesintiye uğratılmasını önlemek ve kamusal hizmetin sürekliliğini korumaktır.

Böylece yoğunlaştırılmış koruma rejiminin iki görünümü farklı yönlerden aynı kolektif menfaat üzerinde birleşmektedir. Kamu görevlisinin mağdur olduğu hâllerde kamusal fonksiyon, görev nedeniyle gerçekleştirilen saldırılara karşı yaptırımın ve takip rejiminin ağırlaştırılması suretiyle; kamu görevlisinin fail olduğu hâllerde ise görev dolayısıyla yürütülecek ceza muhakemesinin belirli filtrelelere tabi tutulması suretiyle korunmaktadır. İlkinde koruma, kamu görevlisine yönelen fiilin kamusal fonksiyona da yönelmesi nedeniyle; ikincisinde ise ceza muhakemesinin kendisinin kamusal fonksiyonun yürütülmesini aksatma ihtimali nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Her iki durumda da kamu görevlisi sıfatına bağlanan özel hukuki rejimin nihai gerekçesi kişinin bireysel statüsünde

görevlisi gibi korunur.” Aynı yönde, mesai yer ve saatinin önemsizliği ile görevin hukuka uygunluğu koşulu dâhil, **Tulay**, s. 1244-1245.

³⁰⁴ Soruşturma izninin objektif cezalandırılabilme şartı değil, usule ilişkin bir kovuşturma (muhakeme) şartı olduğu yönünde **Mehmet Emin Artuk/Mehmet Emin Alşahin**, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), 2013, s. 17-44, s. 25; **Zafer**, s. 1586. İzin usulünün gerekçesi için AYM, 14.11.1967, E. 1967/14, K. 1967/36: “kanun, memurlara, bir zümre bir sınıf olarak imtiyaz tanımakta değildir. Kanunun sağladığı bir çeşit teminattır. Bu da kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş, düzenlenmiştir”; aktaran **Aslan**, s. 61. Yazara göre de bu usulde “korunan asıl olarak kamu hizmetidir” (s. 59). Buna karşılık Türkiye’de hukuk önündeki farklılaşmanın yurttaşlar lehine değil kamu makamları lehine işlediği, yasama dokunulmazlığı ile memurların yargılanmasına ilişkin kanunun kamu görevlilerini ölçülü bir bağışıklığa kavuşturduğu ve bu bağışıklığın bazı kamu makamlarını “imtiyaz makamı” hâline getirdiği yönünde **İbrahim Ö. Kaboğlu**, “Devlet, Hukuk ve Toplum”, İbrahim Ö. Kaboğlu (Der.), *Laiklik ve Demokrasi*, İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 237 vd., s. 238.

değil, bu statünün temsil ettiği kamusal fonksiyonun ve onunla bağlantılı kolektif menfaatlerin korunmasında bulunmaktadır.

1.4.4.4. Kamu Görevlisinin Eşdeğerlik Rejimi

Kamu görevlisinin normatif eşdeğerlik rejimi, kamu görevlisi sıfatını taşımayan veya TCK m. 6/1-c'deki genel tanım uyarınca kamu görevlisi kapsamında değerlendirilmeyen kişilerin, kanunda yer alan özel teşmil hükümleri aracılığıyla kamu görevlisine özgü hukuki sonuçlara kısmen veya tamamen tabi tutulmasını ifade etmektedir. Kanun koyucu bu düzenlemelerle kamu görevlisi kavramının kapsamını değiştirmeksizin, bu sığa bağlanan ağırlaştırılmış sorumluluk veya yoğunlaştırılmış koruma rejiminin belirli sonuçlarını, kriminal politik nedenlerle kamu görevlisi olmayan kişilere de teşmil etmektedir.³⁰⁵

Bu düzenleme tekniğı, kamu görevlisi olmak ile kamu görevlisine özgü hukuki rejime tabi olmak arasındaki ayrımı görünür hâle getirmektedir. Özel kanunlarda kullanılan “kamu görevlisi sayılır”, “kamu görevlisi gibi cezalandırılır” veya “Devlet memuru gibi kabul edilir” biçimindeki ifadeler, her durumda ilgili kişiye TCK m. 6/1-c anlamında

³⁰⁵ Özel kanunlardaki düzenlemelerin “işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılanlar”, “TCK’nın uygulanması açısından kamu görevlisi sayılanlar” ve “kamu görevlisi gibi cezalandırılanlar” biçimindeki tasnifi için **H. Aydın**, s. 122-125. Tekniğın 765 sayılı Kanun dönemindeki kökeni için 3038 sayılı Kanun gerekçesi (bkz. aşağıda 2.1.2.3); aktaran **Demren Dönmez**, s. 107. 765 sayılı Kanun döneminde aynı ayırım, 3460 sayılı Kanun m. 43 uyarınca iktisadi devlet teşekkülleri personelinin “devlet memurları gibi ceza görmesi”nin onları memur kılmadığı biçiminde yapılmıştır: Kıyak/**M. Muhtar Çağlayan/Cebbar Şenbil**, *Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi – Memurin Muhakemat Kanunu ve Alâkalı Bankalar ve İktisadi Devlet Teşekkülleri Mevzuatı*, Işık Matbaası, Ankara 1960, s. 253 ve Yarg. İBK, 28.3.1945, E. 1, K. 6 (aynı eser, s. 256); “memura benzetilen kimseler” için 3460 sayılı Kanun m. 43’e atıfla **Faruk Erem**, “Zimmet ve İhtilâs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1-4, 1957, s. 38-47, s. 39. Teşmilin tek yönlü olduğu (aleyhlerine işlenen suçlarda memur sayılmadıkları) yönünde Yarg. 4. CD, 21.3.1952, 2913/2913 (aktaran **Kıyak/Çağlayan/Şenbil**, s. 255); koruma yönünden sınırlı teşmil örneğı olarak 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 57 için aynı eser, s. 254. 1936 tanımı amme hizmeti görenleri zimmet, ihtilâs ve irtikâp gibi suçların faili yapmadığından kuruluş kanunlarında belirli personelin “Devlet memuru gibi” cezalandırılacağıının öngörüldüğü yönünde **Duygun Yarsuvat**, “Ceza Kanununun Uygulanmasında Memur – İktisadi Devlet Teşekkülleri – Hizmet Sebebiyle Emniyeti Suistimal ve Zimmet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 35, 1969, s. 525-542, s. 528-529 (4792 sayılı Kanun m. 7; 6145 sayılı Kanun m. 14/2; 6186 sayılı Kanun m. 26; 440 sayılı Kanun m. 28 ve 33); **Süheyl Donay**, “Türk Hukukunda Zimmet”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri, Yıl 1, S. 3, 1968, s. 23-52, s. 32 ve dn. 23; kanun değiştirilmeden 279. maddenin geniş yorumlanamayacağı için **Donay**, s. 32. Bu hükümlerin 399 sayılı KHK m. 11/b’ye uzanan soyağacı için **Önder Tozman**, *Türk Hukukunda Memurların Yargılanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2001, s. 45-46, dn. 153.

genel bir kamu görevlisi sıfatı kazandırmaz.³⁰⁶ Bu hükümlerin hukuki sonucu, kullanılan ibarenin kapsamına göre belirlenmeli; eşdeğerlik, kanunun hangi konu, fiil ve hukuki sonuç bakımından teşmil öngördüğüyle sınırlı tutulmalıdır.³⁰⁷ Dolayısıyla kamu görevlisine özgü eşdeğerlik rejimi, kavramsal bir özdeşlikten ziyade belirli hukuki sonuçlar bakımından kurulan normatif bir özdeşleştirmeyi ifade etmektedir. Tek yönlü teşmil tekniğinin kökeni 765 sayılı Kanun döneminde 3460 sayılı Kanun m. 43 uygulamasına kadar gitmektedir.

Eşdeğerliğin kapsamı, teşmil hükmünün kamu görevlisine özgü rejimin hangi yönlerini ilgili kişiye uyguladığına göre farklılaşmaktadır. İlk görünüm, tam eşdeğerliktir. Bu durumda kanun, görevle bağlantılı suçlar bakımından hem kamu görevlisine özgü ağırlaştırılmış sorumluluk rejimini hem de yoğunlaştırılmış koruma rejimini ilgili kişiye teşmil etmektedir. 5188 sayılı Kanun'un 23. maddesi, özel güvenlik görevlilerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlarda kamu görevlisi gibi sorumlu tutulmalarını ve görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlarda da kamu görevlisine karşı suç işlenmiş gibi koruma görmelerini öngörmektedir. Böylece hüküm, kamu görevlisi sıfatına bağlanan ceza hukuku sonuçlarının fail ve mağdur ekseninde karşılıklı şekilde işletildiği iki yönlü bir normatif eşdeğerlik tesis etmektedir.³⁰⁸

³⁰⁶ **Zafer**, s. 1563: “kamu görevlisi gibi cezalandırılır hükmünün anlamı, bu kişiler kamu görevlisidir anlamına gelmemektedir. Bu kişiler kamu görevlisi olmayıp cezalandırma yönünden kamu görevlisine benzetilmektedir.” Aynı yönde Yarg. 8. CD, 01.03.2018, E. 2018/203, K. 2018/2245 (aktaran **Handan Yokuş Sevik**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 39, 2018, s. 257-316, s. 262, dn. 13).

³⁰⁷ 765 sayılı Kanun döneminde de bu hükümler konu bakımından sınırlı uygulanmıştır: 440 sayılı Kanun kapsamındaki bir teşekkülün personeli ancak teşekkülün paralarına, para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işlediği suçlar bakımından Devlet memuru sayılmaktaydı: **Yarsuvat**, s. 529, 540. Karşılaştırmalı hukukta yabancı görevlilere ilişkin eşitlemenin belirli suçlarla sınırlı tutulması için **Sartori**, s. 19.

³⁰⁸ Kamu görevlisi gibi cezalandırılanların kural olarak aleyhlerine işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılmayacakları, 5188 sayılı Kanun m. 23'ün ise bunun istisnasını oluşturduğu yönünde **Zafer**, s. 1563, dn. 17. 5188 sayılı Kanun'un özel güvenlik hizmetini kamu güvenliğini tamamlayıcı, genel idari kolluğa yardımcı bir hizmet olarak düzenlediği; görevlilerin hizmet sözleşmesiyle çalıştırılmalarına karşın arama, yakalama ve zor kullanma gibi yetkilerle donatıldığı ve kamu kuruluşlarında bu hizmetin özel hukuk çalışanlarına gördürülmesinin AY m. 128 açısından tartışılabilir olduğu yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 397-398; teşmil hükümlerinin şekli kanunda yer alması zorunluluğu için aynı yönde **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Bası, Seçkin, Ankara 2021, s. 1219.

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu m. 6'da aile hekimi ve aile sağılığı çalışanlarının, görevleriyle ilgili veya görevleri başında işledikleri ya da kendilerine karşı işlenen suçlarda “Devlet memurları gibi” kabul edilecekleri düzenlenmiştir. Hüküm, görevle bağlantılı suçlar bakımından iki yönlü bir teşmil gerçekleştirmekte; aile hekimi ve aile sağılığı çalışanlarını hem fail ekseninde kamu görevlisine özgü sorumluluk rejimine hem de mağdur ekseninde kamu görevlisine özgü koruma rejimine tabi tutmaktadır.³⁰⁹ Bununla birlikte maddi ceza hukuku bakımından gerçekleştirilen bu eşdeğerliğin 4483 sayılı Kanun'daki soruşturma izni rejimini de kapsayıp kapsamadığı ayrıca değerlendirilmelidir; maddi ceza hukukuna ilişkin teşmil hükmünden usulî eşdeğerliğin kendiliğinden çıkarılması mümkün değildir.

HMK m. 284 ise farklı bir normatif teknik kullanarak “Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir” hükmüne yer vermektedir.³¹⁰ Bu düzenleme, belirli ceza hukuki sonuçları bilirkişiye teşmil etmekle yetinmeyip bilirkişinin doğrudan TCK anlamında kamu görevlisi olduğunu ifade etmektedir. Nitekim madde gerekçesinde düzenlemenin uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeyi amaçladığı; bilirkişinin kamu görevlilerine özgü suçların faili olabilmesi ve kendisine yöneltilebilecek saldırılar bakımından kamu görevlilerine sağlanan korumadan yararlanmasının hedeflendiği belirtilmektedir. Bilirkişinin TCK m. 6/1-c'nin gerekçesinde de kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişilere örnek gösterilmiş olması dikkate alındığında, HMK m. 284'ün kamu görevlisi sıfatını ilk defa kuran bir normdan ziyade, genel tanımdan çıkan sonucu açıkça teyit eden açıklayıcı bir düzenleme niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.³¹¹

Bu nedenle 5258 sayılı Kanun m. 6 ile HMK m. 284, sonuçları bakımından fail ve mağdur eksenlerini birlikte kapsamakla beraber aynı normatif yapıya sahip değildir. İlkinde kamu görevlisine özgü rejimin belirli kişilere teşmil edilmesi, ikincisinde ise kişinin TCK anlamında kamu görevlisi olduğunun açıkça teyit edilmesi söz konusudur. Bu ayrım,

³⁰⁹ “Devlet memurları gibi kabul edilirler” ifadesi.

³¹⁰ **Fahri Gökçen Taner/Yaprak Öntan**, “Uzlaştırmacının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 9, S. 1, 2021, s. 159-196, s. 166.

³¹¹ TCK m. 6 gerekçesi: “Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir.”

normatif eşdeğerlik hükümlerinin yalnızca kapsadıkları hukuki sonuçlar bakımından değil, genel kamu görevlisi tanımıyla ilişkileri ve kurucu ya da açıklayıcı nitelikleri bakımından da değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir.

İkinci görünüm, sorumluluk yönünden sınırlı eşdeğerliktir. Burada teşmil yalnızca fail ekseninde gerçekleşmekte; ilgili kişi belirli suçlar veya göreviyle bağlantılı fiiller bakımından kamu görevlisine özgü ağırlaştırılmış sorumluluk rejimine tabi tutulurken, kamu görevlilerine tanınan yoğunlaştırılmış korumadan aynı kapsamda yararlanmamaktadır. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 62/3, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 76, 399 sayılı KHK m. 11/b ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 151’de yer alan düzenlemeler bu türden tek yönlü teşmil hükümlerine örnek oluşturmaktadır.³¹² 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 62 de, avukatın görev ve yetkisini kötüye kullanmasını m. 257’ye tabi kılarak eşdeğerliği tek bir suç tipiyle sınırlandırmaktadır. Benzer biçimde TCK m. 252/8 ve 9’da rüşvet suçu bakımından belirli kişi ve kurumların düzenlemenin kapsamına alınması, eşdeğerliğin belirli bir suç tipiyle sınırlandırılabilirliğini göstermektedir. 6352 sayılı Kanun’la

³¹² Kooperatifler Kanunu m. 62’deki hükmün maddede sayılmayan kişilere uygulanamayacağı yönünde Yarg. 5. CD, 04.11.2014, E. 2013/6354, K. 2014/10420 (yönetim kurulu başkanı; aktaran **Yüksel**, s. 123, dn. 11); Yarg. 5. CD, 07.03.2016, E. 2014/833, K. 2016/2415 (denetim kurulu üyesi; aktaran **Zafer**, s. 1561, dn. 10). Avukatlık Kanunu m. 62 de, avukat sıfatıyla veya baro organlarında görevli olarak kendisine verilen görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukatın TCK m. 257 hükümlerine göre cezalandırılacağını öngörerek m. 257 ile sınırlı bir teşmil kurmaktadır (m. 62, 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun m. 333 ile değişik hâliyle); avukatların münhasıran avukatlarca yapılabilecek iş ve işlemler yönünden kamu görevlisi sayıldığı görüşü için **Nur Centel**, “Zimmet Suçu (TCK m. 247)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 2019, s. 2779-2800, s. 2787 (Yarg. 5. CD, 20.06.2013, E. 2012/11197, K. 2013/6909’a atıfla). 399 sayılı KHK m. 11/b’nin (3771 sayılı Kanun m. 3 ile kanunlaşmış hâli) kamu iktisadi teşebbüsü ve bağlı ortaklık personelini yalnız bizzat işledikleri belirli suçlar bakımından ve 765 sayılı Kanunun İkinci Kitabının üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümlerle sınırlı olarak memur saydığı, kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından ise bir teşmil öngörmediği hususunda **Tozman**, *Memurların Yargılanması*, s. 44-46 (m. 11/b: “... ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır”). Özel kanunlardaki “kamu görevlisi gibi cezalandırılır” hükümlerinin 5349 sayılı Kanunla öngörülen geçiş süresinin bitiminden sonra TCK m. 5 karşısında uygulanamayacağı yönünde **İlhan Üzülmöz**, “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu (m. 250)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2006, s. 273-298, s. 277. Geçiş hükmünün yalnız Birinci Kitaba aykırı hükümlere ilişkin olduğu ve sürenin 31.12.2008’e uzatıldığı (5252 sayılı Kanun geçici m. 1; “31 Aralık 2006” ibaresi 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun m. 15 ile “31 Aralık 2008” olarak değiştirilmiştir) dikkate alındığında bu görüşe katılmak güçtür; nitekim yazar sonraki çalışmasında Kooperatifler Kanunu m. 62’yi uygulanabilir kabul etmektedir: **İlhan Üzülmöz**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1, 2012, s. 191-216, s. 195. Uygulamada aynı yönde Yarg. 5. CD, 26.03.2018, E. 2018/529, K. 2018/2134 (aktaran **Centel**, s. 2786, dn. 9).

getirilen metnin, sayılan kuruluşlar adına hareket eden kişileri “kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın” kapsama alması, kanun koyucunun bu kişilerin genel tanım kapsamında bulunup bulunmadığına ilişkin kesin bir kabulden hareket etmediğini göstermektedir; GRECO’nun aynı hükmü Sözleşme’nin özel sektörde rüşvete ilişkin 7 ve 8. maddeleri çerçevesinde değerlendirmesi de bu kuruluşların uluslararası denetim düzleminde kamu görevlisi kategorisinin dışında konumlandırıldığını ortaya koymaktadır.³¹³ Bu hâllerde kişi genel olarak kamu görevlisi hâline gelmemekte; yalnızca kanunun belirlediği kapsam içerisinde kamu görevlisinin fail olmasına bağlanan hukuki rejime tabi tutulmaktadır.

Üçüncü görünüm, koruma yönünden sınırlı eşdeğerliktir. Bu ihtimalde kamu görevlisine özgü rejim yalnızca mağdur ekseninde teşmil edilmektedir. İlgili kişi kamu görevlisinin fail olmasına bağlanan ağırlaştırılmış sorumluluk rejimine tabi tutulmaksızın, kendisine karşı gerçekleştirilen belirli fiiller bakımından kamu görevlisine tanınan yoğunlaştırılmış korumadan yararlanmaktadır. TCK m. 342’de yabancı devlet temsilcilerine karşı görevlerinden dolayı işlenen suçlarda öngörülen düzenleme ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 57’de avukatlara karşı görevleri sırasında veya görevlerinden dolayı işlenen suçlar bakımından hâkimlere karşı işlenen suçlara ilişkin hükümlere yapılan gönderme, koruma yönünden gerçekleştirilen normatif eşdeğerliğin örnekleridir.³¹⁴

Dördüncü görünüm ise usul yönünden eşdeğerliktir. Maddi ceza hukuku bakımından kamu görevlisine özgü rejimin bir kişiye teşmil edilmiş olması, kamu görevlileri hakkında öngörülen muhakeme kurallarının da kendiliğinden uygulanacağı anlamına gelmez.

³¹³ GRECO, Evaluation Report, par. 34-37, 70 ve tavsiye v (par. 76); Second Compliance Report, par. 33-36. GRECO, hükmün kamu katılımlı veya kamu yararına çalışan kuruluşlarla sınırlı kalması nedeniyle Sözleşme’nin 7 ve 8. maddelerini tam olarak karşılamadığı görüşünü uygunluk usulünün sonuna kadar korumuş; Türk makamlarının 2016 yılında özel sektörde rüşvetin güveni kötüye kullanma suçuyla (m. 155) karşılandığı yönündeki açıklamasını tavsiyenin konusuyla ilgisiz bulmuştur: Third Interim Compliance Report, par. 11-12; Second Addendum, par. 13-15.

³¹⁴ TCK m. 342/1, Türkiye’de görevli yabancı devlet temsilcileri ile diplomasi memurları ve uluslararası kuruluş temsilcileri hakkında görevlerinden dolayı işlenen suçları, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlara ilişkin hükümlere tabi kılmakta; hüküm, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan memurları da kapsamaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 57: “Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır.” Aynı yönde ve avukatın bu bakımdan hâkim ve savcılarla aynı korumadan yararlandığı tespiti için **Rona Aybay**, “Avukatlığın ‘Kamu Hizmeti’ ve ‘Serbest Meslek’ Niteliği Üzerine”, Muhammed Erdal (Ed.), *Yıldırım Uler’e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s. 159-176, s. 165-166.

Özellikle “kamu görevlisi gibi cezalandırılır” biçimindeki bir düzenlemeden hareketle 4483 sayılı Kanun’daki soruşturma izni rejiminin ilgili kişiye uygulanması sonucuna varılamaz.³¹⁵ 765 sayılı Kanun döneminde de Yargıtay, özel kanunlardaki “memur gibi cezalandırılır” ibaresini “memur gibi yargılanır” anlamında yorumlamamış ve açık hüküm bulunmadıkça bu kişilere Memurin Muhakematı Kanunu’nu uygulamamıştır. Usulî eşdeğerliğin doğabilmesi, teşmil hükmünün ceza muhakemesine ilişkin sonuçları da kapsadığının kanundan anlaşılmasını gerektirir. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 9’da belirli kişilerin “Türk Ceza Kanunu’nun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi” sayılması, kanun koyucunun maddi ceza hukuku ile kovuşturma yönünü birlikte kapsama alabileceğini gösteren özel bir düzenleme niteliğindedir. Böylece eşdeğerlik rejiminin kapsamının kullanılan teşmil hükmünün lafzı ve amacıyla sınırlı olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Normatif eşdeğerlik hükümleri, kurucu veya açıklayıcı nitelikte olmaları bakımından da birbirinden ayrılmalıdır. Açıklayıcı nitelikteki hükümlerde kişi, esasen TCK m. 6/1-c’deki genel tanım kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilebilecek durumda olup özel düzenleme bu hukuki sonucu açıklığa kavuşturmakta veya uygulamada doğabilecek tereddütleri gidermektedir. HMK m. 284’te bilirkişiler hakkında yer verilen düzenleme bu çerçevede değerlendirilebilir. Bu tür hükümler kamu görevlisi kavramının genel kapsamının dışında yeni bir kişi grubu yaratmaktan ziyade, genel tanımın belirli bir faaliyet bakımından doğurduğu sonucu teyit etmektedir.

³¹⁵ 4483 sayılı Kanun’un kapsam hükmünün, kamu iktisadi teşebbüsleri dışında, AY m. 128’in koşutunda kurulduğu yönünde **Aslan**, s. 63-65; Anayasa’nın kamu görevlisi anlayışı ile 5237 sayılı TCK’nın kamu görevlisi anlayışının birbirinden farklı olduğu yönünde **Demren Dönmez**, s. 97, 101; 4483 sayılı Kanun’un kapsamının 5237 sayılı Kanun anlamındaki kamu görevlisi kavramına göre belirlenmesi gerektiği ve kavramın genişlemesinin anılan Kanun’u özel kanun olmaktan çıkaracağı yönünde **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 540 ve dn. 27; sıfatın muhakeme hukuku bakımından sonucu için aynı makale, s. 533. 765 sayılı Kanun döneminde de özel kanunlardaki “memur gibi cezalandırılır” hükümlerinin “memur gibi yargılanır” anlamına gelmediği ve açık hüküm bulunmadıkça bu kişilere Memurin Muhakematı Kanunu’nun uygulanmadığı kabul edilmiştir: Yarg. CGK, 8.3.1971, 46/87; 25.11.1971, 382/32; 27.3.1972, 96/158 (4792 sayılı Kanun m. 7); 4.6.1973, 174/455 (1163 sayılı Kanun m. 62/3); 25.6.1973, 262/489 (6186 sayılı Kanun m. 26); 11.5.1992, 128/150 (2762 sayılı Kanun m. 35/2); aktaran **Tozman**, *Memurların Yargılanması*, s. 44, dn. 150 ve s. 52-53, dn. 190; aynı yönde Yarg. İBK, 28.3.1945, E. 1, K. 6 (aktaran **Kıyak/Çağlayan/Şenbil**, s. 256). Öğretide, statü kanunundaki teşmile rağmen Memurin Muhakematı Kanunu’na tabi olmak için 279. maddedeki vasıfların aranması gerektiği yönünde **Selahattin Keyman**, “Memurin Muhakematı Kanunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1-4, 1962, s. 173-200, s. 185 (Dönmezer’e atıfla).

Kurucu nitelikteki eşdeğerlik hükümlerinde ise farklı bir normatif teknik söz konusudur. Burada kanun koyucu, TCK m. 6/1-c kapsamında kamu görevlisi sıfatından doğrudan çıkarılamayacak hukuki sonuçları, açık bir kriminal politik tercihle belirli kişi gruplarına teşmil etmektedir. Özel güvenlik görevlileri veya kooperatif yöneticileri hakkında öngörülen düzenlemeler, ilgili hükmün kapsamına göre bu nitelikte değerlendirilebilir. Kurucu hüküm, kişiyi genel ve bütün sonuçlarıyla kamu görevlisine dönüştürmek yerine, kamu görevlisine özgü rejimin kanunda belirtilen bölümünü ilgili kişiye uygulayan özel bir bağlantı normu işlevi görmektedir. Özel güvenlik görevlileri bakımından teşmilin gerekçesi, genel kolluğa yardımcı nitelikteki yetkilerin özel hukuk sözleşmesiyle çalışan kişilerce kullanılmasıdır.

Bu ayırım, özel teşmil hükümlerinin TCK m. 6/1-c'nin yorumundaki etkisini de gündeme getirmektedir. Bir eşdeğerlik hükmünün kurucu nitelikte olduğunun tespit edildiği durumlarda, kanun koyucunun kamu görevlisine özgü belirli sonuçları ayrıca ve açıkça ilgili kişi grubuna teşmil etmiş olması, bu kişilerin genel tanım kapsamına yorum yoluyla dâhil edilmesi bakımından önemli bir sistematik karşı veri oluşturmaktadır.³¹⁶ Zira genel tanımın zaten aynı sonucu doğurduğu kabul edildiğinde, kurucu teşmil hükmünün normatif işlevinin açıklanması güçleşmektedir. Bu nedenle kurucu eşdeğerlik hükümleri, kamu görevlisi kavramının kapsamının yorum yoluyla genişletilmesinde değil, aksine genel tanım ile özel olarak teşmil edilen rejim arasındaki sınırın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Bununla birlikte bu sonuç, her özel teşmil hükmünden otomatik olarak negatif bir tanımsal etki çıkarılabileceği anlamına gelmez. Öncelikle hükmün açıklayıcı mı yoksa kurucu mu olduğu belirlenmelidir. Açıklayıcı hüküm genel tanımın kapsamını teyit ederken, kurucu hüküm genel tanımın doğrudan doğurmadığı bir hukuki sonucu özel olarak tesis etmektedir. Ancak ikinci durumda, kanun koyucunun açık bir teşmil hükmüyle kurduğu normatif eşdeğerliğin yorum yoluyla genelleştirilmemesi gerekir.

³¹⁶ Aynı yönde, TCK m. 252'deki genişletme bakımından **Demren Dönmez**, s. 125: “Bu kapsamda yer alan kişiler, işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılacak, fakat kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi kabul edilmeyeceklerdir. Kanunkoyucu diğer anlayışı benimsemiş olsaydı, bu çeşit özgü suçlar bakımından ayrıca genişletme yapma gereği duymazdı.” Buna karşılık özel kanunla kamu görevlisi sayılacağı belirtilen kişiler bakımından özel hükmün TCK m. 6/1-c'ye açıklık getirir nitelikte olduğu yönünde **Zafer**, s. 1562-1563.

Özellikle kanunun belirli kişi grupları veya belirli hukuki sonuçlar bakımından açıkça eşdeğerlik kurduğu bir sistemde, benzer fakat düzenleme kapsamına alınmamış kişi veya sonuçların yalnızca benzerlikten hareketle kamu görevlisine özgü rejime dâhil edilmesi, kanunilik ve kıyas yasağı bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.³¹⁷ Normatif eşdeğerlik rejimi böylece yalnızca kamu görevlisine özgü sonuçların kapsamını genişleten değil, aynı zamanda bu genişlemenin kanun koyucunun açık tercihinin gerektirdiğini göstererek sınırlarını belirleyen bir işleve de sahiptir.

1.5. CEZA HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİNİN KRİMİNAL POLİTİK İŞLEVİ

Bu başlık altında ceza normunun ihdası ile uygulanması, kriminal politika ile ceza hukuku dogmatigi arasındaki bağlantı üzerinden ele alınacaktır. Kriminal politik tercihler, hangi hukuki değerlerin ceza hukuku aracılığıyla korunacağına, hangi davranışların haksızlık olarak tanımlanacağına ve tipik haksızlığın hangi koşullar altında cezalandırılacağına ilişkin normatif tercihlerin oluşumunda etkili olur. Bu tercihler doğrultusunda, belirli bir haksızlık kanunda tipik olarak tanımlanarak suç hâline getirilir. Böylece kriminal politik değerlendirmeler, suçun unsurlarının ve cezalandırılabilir alanın belirlenmesinde dogmatik bir nitelik kazanır.

1.5.1. Kriminal Politika ve Ceza Hukuku Dogmatigi İlişkisi

Kriminal politika, en genel anlamıyla, hangi değerlerin ceza hukuku aracılığıyla korunmaya layık görüleceğine ve bu korumanın hangi normatif araçlarla gerçekleştirileceğine ilişkin tercihler bütünüdür.³¹⁸ Türk ceza hukuku öğretisinde suç siyaseti, “suça karşı direnç ve mücadelede hedefleri belirlemek, araçları tespit etmek ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek üzere oluşturulan stratejiler” olarak tanımlanmaktadır. Bu çalışmada “kriminal politika” terimi, kanun koyucunun amaç ve

³¹⁷ TCK m. 2/3: “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” Kamu görevlisi tanımının belirlilik ilkesi ve kıyas yasağı karşısındaki durumu için bkz. aşağıda 2.3. Teşmil hükümlerinin şekli (organik) anlamda kanunda yer alması zorunluluğu ve yönetmelik yollamasıyla teşmilin kanunilik ilkesine aykırılığı için **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1219 ve orada anılan Yarg. 5. CD, 07.03.2019, E. 2018/11913, K. 2019/2810 (idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağından sanığın kamu görevlisi gibi cezalandırılmasının mümkün bulunmadığı).

³¹⁸ Kavramın tanımı üzerindeki uzlaşmazlık için bkz. **Sulhi Dönmezer**, “Suç Siyaseti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 1-33, s. 2-6.

tercihleri ile bu tercihlerin ceza normunun yapısına yansımaları birlikte ifade eden anlamıyla kullanılmaktadır.³¹⁹

Kriminal politika ile ceza hukuku dogmatığı arasındaki ilişkinin klasik esası Liszt tarafından kurulmuştur. Liszt için ceza kanunu yapmak kriminal politikanın işidir; buna karşılık ceza hukuku, kriminal politikanın “aşılabilir sınırı”dır ve ceza kanunu suçlunun “magna charta”ıdır.³²⁰ Kriminal politika, cezanın amacı ve suçla mücadelede başvurulacak araçlara ilişkin tercihlerin belirlenmesi bakımından kanun koyucuya; ceza hukuku dogmatığı ise ihdas edilmiş normların yorumlanması ve sistemleştirilmesi bakımından uygulayıcıya yönelmektedir.³²¹ Ceza hukukunun sınır olma niteliği, cezalandırma iktidarının hukuk devleti güvencesidir; kriminal politik amaç ne kadar meşru olursa olsun, pozitif normun çizdiği sınırı aşmamaktadır. Ceza hukukunun temel hak ve hürriyetlerin güvencesi olarak kurduğu suç teorisi suç siyasetinin alanına dâhil değildir; buna karşılık devletlerin uyguladıkları suç siyaseti “özellikle Ceza hukukunun özel kısmına yansımaktadır”.³²²

Roxin’in teleolojik-fonksiyonel yaklaşımı bu karşıtlığı aşmaktadır. Roxin’e göre suç sistemini oluşturan dogmatik kategoriler, yerine getirdikleri kriminal politik işlevler doğrultusunda anlam ve içerik kazanmaktadır. Bu yaklaşımda tipikliğe genel önleme, hukuka aykırılığa menfaat çatışmalarının toplumsal çözümü, sorumluluğa ise

³¹⁹ Türk öğretisinde “suç siyaseti” terimi daha yaygın olup “ceza siyaseti” yaptırım sistemiyle sınırlı dar anlamda kullanılmaktadır: **Mehmet Emin Artuk**, “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, 2008, s. 5 (Yüce’ye atıfla); **Dönmezer**, “Suç Siyaseti”, s. 7 (tanım), 28 (ceza siyasetinin suç siyasetinin bir kısmını oluşturduğu). “Kriminal politika”, Alman *Kriminalpolitik* teriminin karşılığı olarak, Roxin eksenli tartışmada kanun koyucunun amaç tercihlerinin dogmatik sisteme yansımaları ifade etmek için tercih edilmektedir.

³²⁰ **Franz von Liszt**, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, J. Guttentag, Berlin 1905, s. 25 (“Die Strafgesetzgebung ist unzweifelhaft Sache der staatlichen Kriminalpolitik”), s. 75 (“unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik”), s. 94 (“magna charta des Verbrechers”); aktaran **Carl Schüppel**, “Franz von Liszt’s ‘Trias der Strafzwecke’”, *Berliner Rechtszeitschrift*, 1/2021, s. 45-59. Roxin’in *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* adlı eserinin Liszt’in bu formülüyle açıldığı hususunda bkz. **Claus Roxin**, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlin 1970, s. 1.

³²¹ Alman ceza hukuku biliminde dogmatığın konumu ve Liszt’in Marburg Programı’ndaki amaç düşüncesi için **Markus Dirk Dubber**, “Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law”, *The American Journal of Comparative Law*, C. 53, S. 3, 2005, s. 679-707, s. 697-698.

³²² Dönmezer, “Suç Siyaseti”, s. 15-16.

cezalandırma gerekliliğinin bulunmadığı hâllerin ayıklanması işlevi bağlanmaktadır.³²³ Bu çerçevede kriminal politik değerlendirmeler yalnız norm ihdas edilmeden önce var olan ve norm yürürlüğe girdikten sonra ortadan kalkan dışsal tercihler değildir; ceza normunun dogmatik yapısının kuruluşunda karşılığını bulan değerlendirmelerdir.³²⁴

Bu ilişkinin çalışmanın kuramsal çerçevesi içerisinde anlamlandırılabilmesi, ceza normunun oluşum sürecinin Easton’ın siyasal sistem analizi yaklaşımı temelinde ele alınmasını ve konumlandırılmasını gerekli kılmaktadır. Easton’a göre toplumsal düzenin korunmasına yönelik talepler siyasal sisteme girdi olarak yönelmekte; bu girdiler sistem içerisinde işleme süreçlerinden geçerek bağlayıcı kararlar biçiminde çıktıya dönüşmektedir.³²⁵ Bu şemada ceza normu bir çıktıdır. Dönüştürme süreci, sistem analizinde “kara kutu” olarak anılan alandır; bu alanda gerçekleştirilen bütün değerlendirmeleri doğrudan gözlemlemek veya kanun koyucunun gerçek saiklerini kesin biçimde tespit etmek mümkün değildir. Kanun koyucunun saikleri kanunda değil, olsa olsa gerekçede ve yasama tutanaklarında görünmekte; bunlar da eksik veya çelişkili olabilmektedir.³²⁶ Kara kutu bu anlamda gözlemlenemez bir alandır; fakat denetlenemez veya hukuk dışı bir alan değildir. Zira kara kutu içindeki kriminal politik değerlendirmeler anayasal sınırlardan, hukuk devletinden, temel haklardan, ölçülülükten, kusur ilkesinden ve ceza hukukunun ultima ratio niteliğine bağlı olmak zorundadır.³²⁷ Bu durumda kriminal politik tercihlerin karar sürecinin bütün unsurları bilinemese bile ortaya

³²³ Roxin’in yaklaşımı için Türkçede bkz. **Claus Roxin**, “Yeni TCK’nın Genel Hükümleri”, *Suç Politikası*, çev. Osman İsfen, Ankara 2006, s. 277-294; İngilizcede **Dubber**, s. 683-695. Birincil kaynak: **Roxin**, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin/New York 1973.

³²⁴ Normun amacının norma yabancı bir unsur olmadığı, hukuk düzeninin mahiyeti gereği teleolojik bir yapı olduğu ve amacın ortaya çıkarılmasının yorum faaliyetinden sayılması gerektiği hususunda **Hafizoğulları**, “Ceza Hukuku Biliminin Konusu”, s. 256.

³²⁵ Easton, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, s. 384 (“inputs—political system or processes—outputs”), s. 385 (çıktılar = “authoritative decisions”). Birinci Bölümde Easton’ın betimsel iskele olarak kullanılma kararı için bkz. yukarıda 1.1.2.2.

³²⁶ “Kara kutu” ibaresi Easton’ın 1957 tarihli makalesinde geçmemekte; Easton “processes of the system” ve “conversion” terimlerini kullanmaktadır. İbare, sistem analizinin yaygın ikincil dilidir ve bu çalışmada Easton’a atfedilmeksizin kullanılmaktadır. Gerekçe ile metin arasındaki tutarsızlık için **Devrim Aydın**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanış Süreci”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 59, S. 4, 2004, s. 262-263. Suç tepkisinin kapsamını belirleyen direktiflerin kanun koyucularca her zaman açıkça belirlenmediği ve bunları ortaya çıkarmanın suç siyaseti biliminin uğraşı olduğu yönünde **Dönmezer**, “Suç Siyaseti”, s. 8.

³²⁷ Artuk, s. 5 (“Suç politikasında hedeflenen amaca ulaşabilmek için üç ilkenin varlığı gereklidir. Bunlar; hukuk devleti, kusur ve ümanizm ilkeleridir”); **İzzet Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Seçkin, Ankara 2024, s. 54.

çıkan normatif çıktı bu ilkeler bakımından denetlenebilmektedir; bu nedenle çalışma, kanun koyucunun kriminal politik mülâhazalarına ilişkin bir değerlendirmeyi esas almamakta, normun kendi beyan ettiği amaçla unsur yapısı arasındaki ilişkiyi açıklamayı konu edinmektedir.³²⁸

1.5.2. Ceza Normunun Koruma Amacının Belirlenmesi: Korunan Hukuki Değer

Ceza normunun ihdasında öncelikle belirlenmesi gereken husus, ceza hukuku aracılığıyla hangi menfaatlerin korunacağıdır. Bireysel veya kolektif nitelikteki hangi menfaatlerin ceza hukuku korumasına değer görüleceğine ilişkin tercih, suç siyasetinin temel meselelerinden birini oluşturur. Belirli davranışların ceza yaptırımına bağlanması, bu davranışların ihlal ettiği menfaatlerin yalnızca hukuken korunmaya değer görülmesini değil, aynı zamanda ceza hukukunun kendine özgü araçlarıyla korunmasının gerekli kabul edilmesini de gerektirir.³²⁹

Bununla birlikte bir menfaatin ceza hukuku korumasına konu edilmesi, birbirini izleyen bir dizi normatif değerlendirmenin yapılmasını gerektirir. Bu çerçevede ilk olarak, korunmak istenen menfaatin hukuki değer niteliği taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir. Hukuki değer, bu yönüyle ceza hukukunun koruma alanına alınabilecek menfaatleri belirleyen ve kanun koyucunun suç ihdasına ilişkin takdirini sınırlandıran ölçütlerden biridir.³³⁰ Her toplumsal beklenti veya her menfaat, sırf kanun koyucu tarafından tercih

³²⁸ TCK m. 1/1, Kanun'un amacını sayılan değerlerin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi olarak ilan etmekte; Özgenç, ceza hukukunun bütün esas ve prensiplerinin "izlenen suç ve ceza siyaseti ile belirlenmektedir" demektedir (Özgenç, s. 53). Madde 1'in amaç beyanının öğretide tartışıldığı hususunda **D. Aydın**, s. 255-256.

³²⁹ Suç siyasetinin her şeyden önce savunması yapılacak temel değerleri tespit etmesi gerektiği yönünde **Dönmezer**, "Suç Siyaseti", s. 21. Hukuki değerlerin belirli bir topluluğun yaşam koşulları olarak kavranması için Liszt'ten aktaran **Dubber**, s. 698.

³³⁰ Hukuki değer ceza hukukunun kapsamını belirleyen ve kanun koyucuya neyi cezalandırabileceğini gösteren işlevi için **Dubber**, s. 683-685 (Roxin, *Strafrecht AT I'e* atıfla). Kavramın yürürlükteki normlar karşısındaki sınırlandırıcı gücünün zayıf kaldığı yönündeki eleştiri için aynı eser, s. 689-690; yazara göre kavramın en önemli işlevi eleştirel analizi kolaylaştırması ve mahkemeler bakımından bir yorum aracı olmasıdır (s. 694-695). Türk öğretisinde bkz. **Yener Ünver**, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara 2003, s. 313-317 (Roxin'in anayasaya dayalı hukuksal değer teorisi ve eleştirisi); hukuksal değer kanun koyucuyu sınırlayan suç politikası ve meşruluk fonksiyonları için aynı eser, s. 668 vd., 736 vd. ve 761 vd.

edildiği için ceza hukuku aracılığıyla korunabilecek bir değer hâline gelmez.³³¹ Bu itibarla hukuki değerın yorum işlevi, onun kanun koyucuyu sınırlayan maddi içeriğinden bağımsızdır.

Ancak bir menfaatin hukuki değer niteliği taşıması da tek başına suç ihdası için yeterli değildir. Zira ceza yaptırımına ancak diğer hukuk dallarının sağladığı koruma araçlarının yetersiz kaldığı ve ilgili hukuki değerın etkili biçimde korunmasının ceza hukuku müdahalesini gerekli kıldığı hâllerde başvurulabilir. Ultima ratio ilkesi, ceza hukukunun bu ikincil ve son çare niteliğini ifade etmektedir.³³²

Belirtmek gerekir ki cezalandırılabilir haksızlık yönünden ayırım, belirli bir haksızlığın ceza yaptırımını haklı gösterecek ölçüde cezalandırmaya layık ve aynı zamanda ceza yaptırımına başvurulmasını gerekli kılacak ölçüde cezalandırmaya muhtaç görülmesinde ortaya çıkar.³³³ Dolayısıyla bir hukuki değerın varlığı, ceza normunun koruma amacının belirlenmesinde ilk eşiği; bu değere yönelen ihlalin cezalandırmaya layık ve cezalandırmaya muhtaç olması ise ceza hukuku müdahalesini meşrulaştıran sonraki değerlendirme aşamasını oluşturur.

1.5.3. Korunan Hukuki Değeri İhlal Eden Davranışın Belirlenmesi: Suç Hâline Getirme

Ceza hukuku aracılığıyla korunmaya değer hukuki menfaat belirlendikten sonra, hangi davranışların bu menfaatleri ihlal ettiğinin belirlenmesi gerekir. Kanunilik ilkesi gereğince bu belirleme kanun koyucu tarafından yapılır. Kanun koyucu, kriminal politik tercihleri doğrultusunda hukuki değere yönelen ihlaller arasından hangilerinin ceza yaptırımına bağlanacağını seçer ve cezalandırılabilir haksızlığın sınırlarını suç tipinin

³³¹ Hukuksal değerın ratio legis ile özdeşleştirilmesinin (teleolojik hukuksal değer kavramı) kavramı kanun koyucuyu sınırlayan maddi içeriğinden yoksun bıraktığı, buna karşılık yorum fonksiyonunu ortadan kaldırmadığı yönünde Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 83-86. Bu çalışmada korunan hukuki değer, bu başlık altında kanun koyucuyu sınırlayan ölçüt, ikinci bölümde ise yorumu yönlendiren unsur olarak ele alınmakta; iki işlev Ünver'in ayırımı doğrultusunda birbirinden ayrı tutulmaktadır.

³³² Özgenç, s. 53, dn. 105 (Ünver'e atıfla): haksızlık oluşturan fiiller, ancak diğer hukuk disiplinlerinde öngörülen yaptırımların yetersiz kalması hâlinde suç olarak tanımlanabilir. Roxin'in son çare ilkesini orantılılıktan türetmekle birlikte bağlayıcı bir gereklilikten çok suç politikasına yön veren bir ilke saydığı hususunda Dubber, s. 692.

³³³ Özgenç, s. 53, dn. 103 (Ünver'e atıfla): "Suç olarak tanımlanan haksızlıklar ile sadece özel hukuk yaptırımını gerekli kılan haksızlıklar arasında bir nitelik farkı bulunmamaktadır. Ancak 'cezalandırmaya layık' ve 'cezalandırmaya muhtaç' haksızlıklar, suç olarak tanımlanmaktadır."

unsurları aracılığıyla çizer.³³⁴ Kanun koyucunun m. 257/1’de aradığı sonuçlar, öğretide görevin gereklerine aykırı davranışın cezalandırılabilirliğini sınırlandırmak üzere önerilen ölçütlerle örtüşmektedir.

Bu tercih yalnızca belirli bir davranışın suç olarak düzenlenip düzenlenmeyeceğine ilişkin değildir. Kanun koyucu, cezalandırmak istediği haksızlığı tanımlarken onun hangi koşullar altında, kim tarafından veya kime karşı gerçekleştirildiğinde ceza hukuku bakımından önem taşıyacağını da belirler. Bu nedenle suç tipinin unsurları, korunan hukuki değere yönelen bütün ihlalleri değil, kanun koyucunun ceza yaptırımına layık gördüğü belirli ihlal biçimlerini kapsar. “soyut tip, bir fiil hakkında, olumsuz bir etik-hukuki değer yargısı ile doludur” ve fiilin hukuki değerini “dış dünyaya yansıyan bir şema aracılığı ile gösteren bir belirti”dir.³³⁵

Davranış normlarının muhatabı kural olarak herkeştir; fakat bazı davranış normlarında belli vasıfları haiz kişiler asli muhatap olarak belirlenmiştir. Bu hâllerde failin belirli bir niteliğe sahip olması tipikliğin kurucu unsuru olarak ele alınabilir ve bu yolla failin belirli nitelikler veya özelliklere sahip olmasının arandığı suç tipleri ihdas edilebilir. Kamu görevi gibi bir görevin gereklerine göre hareket edilmesi yükümlülüğü, ancak bu görevin kendilerine yüklendiği kişilerin asli muhatabı olduğu bir yükümlülüktür; haricî kişiler, özel faillik vasfını taşımasalar da davranış normunun tali muhatabıdır.³³⁶

³³⁴ Bu seçimin kanun koyucu tarafından açıkça ifade edildiği örnek için TCK m. 257 gerekçesi: “Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır.” Suçların tespitinin ve suç olmaktan çıkarmanın uygulanan suç politikasına bağlı olduğu yönünde **Dönmezer**, “Suç Siyaseti”, s. 16. Gerekçedeki ifade öğretide daha önce kullanılmıştır: **İzzet Özgenç/Cumhur Şahin**, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 1-2, 2002, s. 189-238, özet ve sonuç kısmı; yazarlar görev ihlalinin ancak kişilerin mağduriyetini, kişilerin veya kamunun ekonomik zararını ya da kişilere haksız kazancı sonuçlaması hâlinde cezalandırılmasını önermiştir. Korunacak değerlerin tespitinden sonra hangi davranışların ceza tepkisini davet edeceğinin belirlenebileceği yönünde **Dönmezer**, “Suç Siyaseti”, s. 21-22.

³³⁵ **Selahattin Keyman**, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 1, 1980, s. 77-78; tipikliğin cezai sonuçların bağlandığı ön şartların bütününe ifade ettiği hususunda aynı makale, s. 80.

³³⁶ **Özgenç**, s. 29-30 (“Davranış normlarının muhatabı, insandır. ... bazı davranış normlarında, belli vasıfları haiz kişiler (intraneus) asli muhatap olarak belirlenmişlerdir. ... Haricî kişiler, özel faillik vasfını haiz olmasalar bile, yine de ilgili davranış normunun tali muhatabıdır”). Özgü suçun özgü norm esaslı tanımı için **Yüksel**, s. 34-38.

Benzer şekilde kanun koyucu, belirli bir davranışı yalnızca belirli nitelikteki bir kişiye yöneldiğinde suç olarak tanımlayabilir veya bu niteliği daha ağır bir ceza tehdidinin uygulanmasına bağlayabilir. Böylece failin veya mağdurun sıfatı, somut suç tipinin kuruluşunda yahut haksızlığın ağırlığının normatif değerlendirilmesinde işlev üstlenebilir.³³⁷

Bu bakımdan tipiklik, kriminal politik tercihin dogmatik düzlemdeki normatif karşılığını oluşturur. Kanun koyucu, korunacak hukuki değere yönelen hangi saldırı biçimlerinin cezalandırılacağını suç tipinin unsurları vasıtasıyla somutlaştırırken, aynı zamanda cezalandırılabilir alanın sınırını da belirler. Tipiklik bu nedenle yalnızca cezalandırılacak davranışın tarifini değil, ceza hukukunun hangi haksızlıklara müdahale etmeyeceğine ilişkin sınırı da ifade eder.

1.5.4. Kriminal Politik Tercihin Dogmatik Kavrama Yüklenmesi: Kamu Görevlisi

Kamu görevlisi kavramının ceza hukukundaki kriminal politik işlevi, kavramın korunan hukuki değer ile suçun fail veya mağdur unsurları arasında kurduğu bağlantıda ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucu, belirli kolektif menfaatleri ceza hukuku aracılığıyla korumaya değer gördüğünde, bu menfaatlere yönelik haksızlığın kim tarafından veya kime karşı gerçekleştirildiğine de tipikliğin kuruluşunda özel bir nitelik atfedebilir. Böyle bir durumda kamu görevi kavramı, korunmak istenen kamusal nitelikteki kolektif hukuki değer ile tipik fiil arasında normatif bir bağlantı kurma görevi üstlenmektedir. Kamu görevlisi kavramı ise kamu görevini yerine getiren gerçek kişi olarak suçun fail veya mağdur unsuru bakımından yer tutucu işlev görür.³³⁸ Bir başka deyişle kamu görevlisi

³³⁷ Kanunda failin haksızlık değerlendirmesinin yalnız ihlal edilenin değil, ihlal edenin bakış açısından da yapıldığı yönünde (Gerl'e atıfla) **Yüksel**, s. 39-40; özgü suç ihdasının suç politikasının gereği olduğu yönünde aynı eser, s. 122.

³³⁸ Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz; suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır (TCK m. 20/2). Tüzel kişinin mağdur olabilirliği ise tartışmalıdır: Yargıtay tüzel kişilerin suçtan zarar görebileceğini, fakat mağdur olamayacağını kabul etmektedir (Yarg. CGK, 02.03.2010, E. 2009/9-259, K. 2010/47); Anayasa Mahkemesi'ne göre ise başta devlet olmak üzere kamu tüzel kişilerinin mağdur olma konumu tartışmasızdır (AYM, 05.03.2009, E. 2006/77, K. 2009/39); aynı yönde Baş, s. 569-572. Bkz. aşağıda dn. 608 ve 594.

sıfatı taşımanın suçun fail veya mağdur unsuru olarak tipik haksızlığın gerçekleştirilmesinde kurucu şart olarak öngörülmesi, soyut ve kolektif nitelikteki bir menfaatin somut bir gerçek kişi üzerinde temsilini sağlar.

Menfaatin kolektif niteliği ise cezalandırılacak fiilin kamu görevi ile bağlantısının mutlaka aranması ile ilişkilendirilir. Zira kamu görevi, bireysel olarak kamu görevlisinin ihtiyaçlarına değil, kolektif olarak birlikte yaşamın gereklerinden doğan ihtiyaçların karşılanması için tevdi edilmiş bir iştir. Bu durumda kamu görevlisinin fail veya mağdur olduğu suçlarda tipik haksızlığın esasını da mutlaka kolektif bir menfaatin ihlali oluşturacaktır. Böylece kamu görevlisi sıfatına bağlanan farklı ceza hukuku sonuçları, kişinin bireysel menfaatlerinin daha yoğun biçimde korunmasına veya sırf statüsü nedeniyle daha ağır bir sorumluluğa tabi tutulmasına değil, kamu göreviyle bağlantılı kolektif menfaatlerin korunmasına yönelir. Zira aksinin kabulü, yani kişinin sahip olduğu ayrıcalıklı bir statü nedeniyle ceza sorumluluğunun esasının ağırlaşması eşitlik ilkesinin gerekleriyle bağdaşmaz.³³⁹

Ceza hukukunda kamu görevlisine ilişkin öngörülen özel sorumluluk rejiminin gerekçesi, kamu görevlisinin üstlendiği görev nedeniyle korunmak istenen kolektif değer karşısında sahip olduğu özel konumdur. Kamu görevlisinin belirli bir fiili gerçekleştirmesi, ancak bu göreve dair konum dolayısıyla korunan hukuki değer bakımından farklı veya daha yoğun bir haksızlık içeriği taşıyorsa sıfatın cezai sorumluluk üzerinde etkili olması açıklanabilir. Böylece gerek fail gerekse mağdur yönünden kamu görevlisi sıfatının kriminal politik önemi, kişinin statüsünden değil, kamu görevi aracılığıyla korunan kolektif menfaatle kurulan bağlantıdan kaynaklanmaktadır.³⁴⁰

³³⁹ Hukuk devletinde kamu makamları ile toplum üyelerinin hukuk önünde eşitliğinin temel olduğu ve hukukun düzenleyici ve sınırlayıcı işlevi ile yaptırım gücünün resmî görevliler ile özel kişiler bakımından farklılaşmadığı; hatta resmî görevlilerin hukukça yurttaşlara göre daha sıkı biçimde çevrelendiği ve eşitliğin bu yönüyle kamusal yetkiyle donatılmamış yurttaşlar lehine bozulduğunun ileri sürülebileceği yönünde **Kaboğlu**, s. 237-238. Yazara göre yürürlükteki hukuk kurallarının müdahalesi özel, kamusal ve resmî mekân ayırımına göre farklılaşmakta; hukuk en etkili uygulama alanını resmî mekânda bulmaktadır (s. 238).

³⁴⁰ Aynı yönde **Zafer**, s. 1567: “görevi kötüye kullanma suçlarında sıfat değil, görev kötüye kullanılır.” Zimmet bakımından **Yüksel**, s. 164, dn. 183: suçun faili “sadece kamu görevlisi değildir, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetim ile yükümlü olan kimsedir.”

Görev-fiil bağlantısı tipikliğin lafzında çoğu zaman açıkça zikredilen bir husustur. Kanun koyucu kimi suç tiplerinde bu ilişkiyi açıkça tipikliğin unsurlarında yer vererek; fiilin kamu görevlisi tarafından “görevinin gereklerine aykırı”, “görevi nedeniyle”, “görevinin sağladığı nüfuz” veya benzeri bir bağlantı içerisinde gerçekleştirilmesini aramaktadır. Kamu görevlisinin mağdur olduğu bazı suçlarda da koruma, fiilin kamu görevlisine karşı “görevinden dolayı” veya görevini yerine getirmesini engellemek amacıyla gerçekleştirilmesine bağlanmaktadır. Bazı düzenlemelerde ise görev ile fiil arasındaki ilişkinin gerekçede açıklanması veya suç tipinin koruduğu hukuki değer ve sistematik konumundan çıkarılması söz konusu olabilmektedir. Bu farklı düzenleme tekniklerinin ortak noktası, kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonuçların kamu görevi ile ilişkilendirilmesidir.

Kamu görevlisi kavramı bu suretle, kolektif menfaatlerin ceza hukuku aracılığıyla korunmasına ilişkin kriminal politik tercihin haksızlığı gerçekleştiren veya haksızlığın yöneldiği gerçek kişiye aktarılmasını sağlar. Kanun koyucu, belirli bir kolektif değerın korunması bakımından failin veya mağdurun kamu görevlisi olmasına hukuki önem atfettiğinde, bu sıfatı tipikliğin maddi unsurlarına dâhil eder. Kamu görevlisi sıfatı kimi suçlarda tipik haksızlığın kurulması bakımından zorunlu bir unsur olarak işlev görürken, kimi suçlarda haksızlığın suçun temel hâline göre daha ağır değerlendirilmesinin nedenini oluşturur. İlk durumda kamu görevlisi sıfatı tipikliği kurucu; ikinci durumda ise haksızlığı ağırlaştırıcı bir işlev üstlenmektedir.³⁴¹

Bu itibarla kamu görevlisi kavramının kriminal politik işlevi, belirli kişileri sıfatları nedeniyle ayrıcalıklı biçimde korumak veya daha ağır bir sorumluluk rejimine tabi tutmak olarak açıklanamaz. Kavramın işlevi, kamu görevi üzerinden kurulan bağlantı aracılığıyla, korunması amaçlanan kolektif hukuki değerın suç tipinin fail veya mağdur unsurunda somutlaştırılmasıdır. Başka bir ifadeyle kamu görevlisi, korunmak istenen kolektif hukuki değerın kendisi değil; bu değerın korunmasına ilişkin kriminal politik tercihin tipikliğin kişi unsurlarında hukuki biçim kazanmasını sağlayan bağlantı noktasıdır. Kamu görevlisi sıfatının tipikliği kurucu veya haksızlığın normatif

³⁴¹ Sıfatın “bazen suçun unsuru” olduğu, “bazen de nitelikli hali olarak” ortaya çıktığı, ayrıca failin istisnai bir yargılama usulüne tabi tutulması bakımından önem taşıdığı yönünde (Erman’a atıfla) **Demren Dönmez**, s. 95, 103.

değerlendirilmesini etkileyen sonuçları da ancak bu bağlantının varlığı ölçüsünde gerekçelendirilebilir.

1.5.5. Kamu Görevlisi Kavramının Normatif İşlevleri

Ceza siyasetine ilişkin tercihler, korunan hukuki değer belirlenmesi ve bu değere yönelik hangi ihlallerin hangi koşullar altında cezalandırılacağına suç tipi aracılığıyla düzenlenmesiyle sona ermez. İhdas edilen ceza normunun somut olaya uygulanması da normatif tercihin hukuk düzeni içerisinde işlerlik kazandığı aşamadır. Kanun koyucunun suç tipini oluştururken korumayı amaçladığı hukuki değer ve bu amaç doğrultusunda belirlediği cezalandırılabilir alan, normun uygulanmasında bütünüyle göz ardı edilemeyeceği gibi, uygulayıcı tarafından somut olayın gereklerine göre yeniden de belirlenemez. Bu bakımdan ceza normunun uygulanması, kanunda ifadesini bulan kriminal politik tercihin somutlaştırılmasını ifade etmekle birlikte, uygulayıcıya bu tercihi yeniden oluşturma yetkisi veren bağımsız bir kriminal politik faaliyet değildir.

Nitekim ceza hukukunun uygulanması, ulaşılmak istenen kriminal politik amaçtan bağımsız olarak uyulması gereken hukuki sınırlar içerisinde gerçekleşir. Hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere kanunilik, kusur, ölçülülük ve ceza hukukunun son çare olma niteliği, devletin cezalandırma yetkisinin kullanılmasını sınırlandıran esaslardır.³⁴² Bu ilkeler, yalnızca kanun koyucunun suç ve ceza ihdas ederken gözetmesi gereken ölçütler olmayıp, ihdas edilmiş ceza normunun anlamının belirlenmesi ve somut olaya uygulanması bakımından da işlev görür. Dolayısıyla belirli bir kriminal politik amaç doğrultusunda, ceza normunun bu ilkelerin çizdiği sınırların dışına taşacak biçimde uygulanması söz konusu olamaz.

Bu durum, kriminal politika ile ceza hukuku dogmatikliği arasındaki ilişkinin normun ihdasından sonraki görünümünü de ortaya koymaktadır. Kanun koyucunun kriminal politik tercihleri ceza normunda hukuki biçim kazandıktan sonra, bu tercihlerin gerçekleştirilmesi artık hukuk düzeninin kendi sınırları içerisinde mümkündür. Normun koruma amacının gerçekleştirilmesi ile bireyin devletin cezalandırma yetkisi karşısında

³⁴² Artuk, s. 5-7, 10-11; Özgenç, s. 54: “Kişi hak ve özgürlüklerine devlet eliyle yapılan bu müdahalenin hukukla sınırlandırılması ve devletin bu sınırlamalara sadık kalması, hukuk devleti olmanın en önemli ölçütlerini oluşturmaktadır.”

sahip olduğu güvenceler arasındaki ilişki, bu nedenle uygulama aşamasında yeniden önem kazanır. Koruma amacının mümkün olan en geniş ölçüde gerçekleştirilmesi düşüncesi, tek başına normun kapsamının genişletilmesine dayanak oluşturmaz; aksi hâlde kriminal politik amaç, ceza hukukunun sınırlandırıcı ilkelerinin önüne geçirilmiş olur.

Ceza normunun somut olaya uygulanabilmesi ise kaçınılmaz olarak normun anlamının belirlenmesini gerektirir.³⁴³ Kanun metni, soyut ve genel bir düzenleme olarak bütün uygulama ihtimallerini önceden ve tüketici biçimde gösteremediğinden, norm ile somut olay arasındaki ilişkinin kurulması yorum faaliyeti aracılığıyla gerçekleşir. Bu nedenle ceza normunun uygulanmasında kriminal politik amacın hangi ölçüde dikkate alınabileceği sorusu, nihayetinde ceza hukukunda yorum faaliyetinin işlevi ve sınırları sorununa dönüşmektedir.

Yorum, hukuk normunun anlam ve kapsamının belirlenmesine yönelik zihinsel faaliyettir. Kanun metninin soyut ve genel nitelikte olması ve somut olayların bütün görünüm biçimlerinin kanun koyucu tarafından önceden tüketici biçimde düzenlenmesinin mümkün olmaması, ceza hukukunda da yorum faaliyetini kaçınılmaz kılmaktadır. Bu bakımdan kanunilik ilkesi, ceza normlarının yorumlanmasını engellemez. Aksine ceza normunun somut olaya uygulanabilmesi, kanunda kullanılan kavramların anlamının ve normun uygulama alanının belirlenmesini gerektirir.

Normun anlamının belirlenmesinde lafız, düzenlemenin hukuk sistemi içerisindeki yeri, tarihsel gelişimi ve düzenlemeyle izlenen amaç dikkate alınabilir. Bu çerçevede lafzi, sistematik, tarihsel ve teleolojik yorum yöntemleri birbirini dışlayan yöntemler olmayıp, normun anlamının belirlenmesinde birlikte işlev görebilir.³⁴⁴ Ceza normunun belirli bir

³⁴³ Hukuk normunu somut olaya uygulayan yargıcın veya hukuk bilimcinin, normun ifade edildiği hukuk metninin içeriğini, yani anlamını ortaya koymak zorunda olduğu yönünde Aulis Aarnio'nun *The Rational as Reasonable* adlı eserinde ileri sürdüğü görüş için **Eveline T. Feteris**, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gereçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma*, çev. Ertuğrul Uzun, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 221.

³⁴⁴ Yorum yöntemleri ve aralarındaki ilişki için Türk ceza hukuku öğretisinde bkz. **Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2025, s. 44-45. Hukuk teorisinde lafzi (gramatik veya lingüistik), tarihsel, sistematik ve teleolojik yorumun “klasik” yorum yöntemleri olarak ayırt edildiği hususunda **Feteris**, s. 35.

hukuki değerin korunması amacıyla ihdas edilmiş olması nedeniyle özellikle teleolojik yorum, normun düzenleme ve koruma amacının ortaya çıkarılmasına imkân verir. Böylece kanun koyucunun kriminal politik tercihinin suç tipinde kazandığı hukuki biçim, normun yorumunda bütünüyle göz ardı edilmez.

Bununla birlikte normun amacının dikkate alınması, uygulayıcıya ulaşılması arzu edilen sonuca göre normun kapsamını belirleme yetkisi vermez. Teleolojik yorum, normun koruma amacından hareket etmekle birlikte, bu amacı gerçekleştirmek üzere kanuni düzenlemeden bağımsız yeni bir cezalandırılabilir alan oluşturmanın aracı değildir. Yorum faaliyetinin işlevi, normda hukuki biçim kazanmış tercihin anlamını belirlemek ve normu somut olaya uygulamakla sınırlıdır. Bu nedenle yorumun sınırları, özellikle ceza hukukunun güvence işlevi ve kanunilik ilkesi bakımından ayrıca belirlenmelidir.

Bu noktada, çalışma bakımından ceza hukuku normları arasında bir ayrım yapılması önem taşımaktadır. Bunlardan ilki, suç ve ceza ihdas eden normlardır. Bu normlar, cezalandırılabilir haksızlığın sınırlarını belirlemekte; fail, mağdur, fiil, konu ve diğer tipiklik unsurlarını doğrudan suç tipinin yapısı içerisinde düzenlemektedir. Buna karşılık TCK m. 6/1-c’de yer alan kamu görevlisi tanımı, kendi başına bir suç veya ceza ihdas etmemekte; ceza kanununun farklı hükümlerinde yer alan “kamu görevlisi” kavramının ne anlama geldiğini açıklayan tamamlayıcı bir tanım normu niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla m. 6/1-c’nin yorumlanmasında cevap aranan soru, belirli bir kişinin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağıdır. Bu değerlendirme, kamusal faaliyetin niteliği ile kişinin bu faaliyetin yürütülmesine katılması üzerinden gerçekleştirilir.

Buna karşılık kamu görevlisi kavramının belirli bir suç tipinde fail veya mağdur unsuru olarak yer aldığı hâllerde, yorum faaliyeti tanım normu ile ceza normunun birlikte değerlendirilmesini gerektirir. Bu durumda sorun yalnızca TCK m. 6/1-c’nin soyut olarak hangi kişileri kamu görevlisi kapsamına aldığı değildir; ceza normunda fail veya mağdur unsurunu oluşturan “kamu görevlisi” kavramının, m. 6/1-c’deki tanım esas alınarak nasıl yorumlanacağıdır. Başka bir ifadeyle tanım normu, suç tipindeki unsurun anlamlandırılmasının hareket noktasını oluşturmakta; ancak bu tanımın ilgili unsur bakımından uygulanması, içinde yer aldığı ceza normunun yapısından bağımsız olarak gerçekleştirilememektedir. Bu nedenle çalışma boyunca bir yandan m. 6/1-c’deki tanımın

genel anlam alanının belirlenmesi, diğer yandan bu tanımın belirli bir ceza normunda tipiklik unsurunu oluşturan kamu görevlisi kavramı yönünden nasıl yorumlanacağı birbirinden ayrılarak ele alınacaktır.

TCK’da kamu görevlisi kavramına yer veren hükümler, hukuki nitelikleri ve ceza hukuku sisteminde yerine getirdikleri işlev bakımından birbirinden farklıdır. Kavram bir hükümde suç tipinin unsurlarından birini oluştururken başka bir hükümde cezalandırılabilirliğin kapsamını, iştirak rejimini veya mahkûmiyete bağlanan hukuki sonuçları belirleyebilmektedir. Bu nedenle TCK’daki düzenlemelerin envanteri, kamu görevlisinin fail veya mağdur olarak bulunduğu suçların sıralanması yerine, kavrama yer veren normların ceza hukuku sistemindeki işlevlerine göre yapılmalıdır.

İlk olarak TCK m. 6/1-c, tanım normu niteliğindedir. Hüküm bağımsız bir davranış normu içermemekte, herhangi bir fiili suç olarak düzenlememekte ve kamu görevlisi olma durumuna doğrudan bir yaptırım bağlamamaktadır. İşlevi, Kanunun diğer hükümlerinde kullanılan “kamu görevlisi” kavramının genel anlamını belirlemektir. Bu yönüyle m. 6/1-c, kamu görevlisi kavramına yer veren diğer normların uygulanmasında başvuru genel bir referans normudur. Bununla birlikte tanım normunun belirlediği kişi çevresi ile bu kişilere belirli bir ceza normunda bağlanan hukuki sonuç birbirinden ayrılmalıdır. Bir kişinin m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi olması, kamu görevlisi kavramına yer veren bütün normların o kişi bakımından uygulanması sonucunu tek başına doğurmaz.³⁴⁵

İkinci ve en geniş grubu, kamu görevlisi kavramına suçun kanuni tanımı içerisinde yer veren suç ve ceza normları oluşturmaktadır. Bu hükümlerde kamu görevlisi kavramı suç tipinin kişi unsurunu, fiilin görevle bağlantısını veya nitelikli hâli belirlemektedir. Zimmet (m. 247), irtikâp (m. 250), görevi kötüye kullanma (m. 257), kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (m. 279), işkence (m. 94) ve görevi yaptırmamak için direnme (m. 265) gibi suçlarda kamu görevlisi kavramı tipik haksızlığın kuruluşuna katılmaktadır. Buna karşılık kasten yaralama (m. 86), cinsel saldırı (m. 102), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m. 109), hakaret (m. 125), resmî belgede sahtecilik (m. 204), suç delillerini yok

³⁴⁵ Krş. **Meral Balcı**, “Çevrenin Kirletilmesi Suçunda Kamu Görevlisinin Ceza Sorumluluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2023, s. 260-273, s. 263 (Schall’a atıfla): “Böyle bir unsurun yer aldığı her bir suç tipinde, özgü suç tespiti ayrıca değerlendirilmelidir.”

etme, gizleme veya değiştirme (m. 281) ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282) gibi suçlarda kamu görevlisi sıfatı veya kamu göreviyle kurulan bağlantı, temel suç tipine eklenen daha ağır bir hukuki değerlendirmeye esas olmaktadır. Bu hükümlerin bir kısmında görevsel bağlantı “görevinden dolayı”, “kamu görevinin sağladığı nüfuz”, “görevin verdiği yetki” veya “göreviyle bağlantılı olarak” gibi ibarelerle açıkça kurulurken, bazı hükümlerde kanun doğrudan kamu görevlisi sıfatına hukuki sonuç bağlamaktadır.

Suç ve ceza normlarının tamamında kamu görevlisi kavramı fail veya mağdur sıfatını belirlemek amacıyla kullanılmamaktadır. Kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi (m. 262) gibi hükümlerde kamu görevi, suçla korunan düzenin ve tipik fiilin konusunu oluşturmakta; resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda (m. 206) ise kamu görevlisi, gerçeğe aykırı beyanın yöneltildiği ve belgeyi düzenlemeye yetkili kişi olarak suç tipinin yapısına dâhil olmaktadır. Dolayısıyla kamu görevlisi kavramının suç normu içerisindeki konumu, kişi unsuru ile sınırlı değildir.

nc grupta kamu görevlisi kavramı, suç tipinin kuruluşundan ziyade cezalandırılabilir alanın kapsamının belirlenmesinde işlev görmektedir. Kanun koyucu bazı suçlarda genel olarak cezalandırılmayan veya henüz tamamlanmış suç kabul edilmeyen davranışlara, kamu görevinin veya kamu görevlisinin suçla ilişkisi nedeniyle özel sonuçlar bağlamaktadır. Rüşvet suçunda teklifin kabul edilmemesi veya anlaşmaya varılamaması hllerine ilişkin hükümler ile nüfuz ticaretindeki özel tamamlanma ve teşebbüs düzenlemeleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Benzer biçimde göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunda görevin sona ermesinden sonra da sır saklama yükümlülüğünün devam etmesi, kamu görevlisi sıfatından kaynaklanan ykmllğn zamansal kapsamının kanun tarafından genişletildiğini göstermektedir. Bu hükümler, kamu görevlisi kavramının yalnızca tipikliğin statik unsurlarından biri olmadığını, cezalandırılabilir alanın sınırlarının çizilmesinde de kullanılabildiğini göstermektedir.

Dördüncü grubu, kamu görevlisi kavramının ceza hukukunun genel kurumlarının uygulanmasını farklılaştırdığı hükümler oluşturmaktadır. Bunun en belirgin görünümü iştirak alanındadır. TCK m. 40/2 özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceğini, bu niteliği taşımayan kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğini öngörmektedir. Kamu görevlisi sıfatının tipikliği kurduğu özgü

suçlarda bu hüküm, fail çevresinin belirlenmesinde doğrudan sonuç doğurmaktadır. Buna karşılık Kanunun bazı özel hükümleri genel iştirak rejiminden ayrılan sonuçlar öngörmektedir. İşkence suçuna kamu görevlisi olmayan kişinin iştiraki bakımından m. 94/4 ve rüşvet suçuna ilişkin özel iştirak hükümleri bunun örneklerini oluşturmaktadır.³⁴⁶ Kamu görevlisi kavramına bağlanan sonuç böylece suç tipinin unsurlarının ötesine geçerek suç ortaklığı rejiminin belirlenmesine de yansımaktadır.

Aynı farklılaşma zamanaşımı ve diğer cezalandırılabilirlik koşulları bakımından da görülebilmektedir. İşkence suçunda zamanaşımına ilişkin özel düzenleme ile kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret gibi bazı suçlarda şikâyet, önödeme ve benzeri kurumlara ilişkin farklılaştırılmış hükümler, kamu göreviyle kurulan bağlantının suçun kanuni tanımının dışında da sonuç doğurabildiğini göstermektedir. Burada kamu görevlisi kavramı yeni bir tipik haksızlık kurmamakta; oluşmuş suç bakımından ceza ilişkisinin kurulması, sürdürülmesi veya sona ermesi üzerinde etkili olmaktadır.

Beşinci grubu, yaptırım ve güvenlik tedbirlerine ilişkin normlar oluşturmaktadır. TCK m. 53/1-a'da mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma öngörülmüş; m. 53/5'te ise belirli hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar bakımından bunların kullanılmasına ilişkin ayrıca bir yasaklama düzenlenmiştir. Bu hükümler bakımından kamu görevi suçun unsuru olmak zorunda değildir. Kamu görevi veya görevden kaynaklanan hak ve yetki, mahkûmiyete bağlanan hukuki sonucun konusunu oluşturmaktadır.

Son olarak TCK'da, genel tanım normundan farklı bir teknik kullanan normatif eşdeğerlik ve teşmil normları bulunmaktadır. Bu hükümlerde kanun koyucu, genel kamu görevlisi tanımından bağımsız olarak belirli kişi veya durumları kamu görevlisine özgü ceza hukuki rejimin tamamına veya belirli bir bölümüne açıkça dâhil etmektedir. İşkence suçuna kamu görevlisi olmayan kişilerin iştirakine ilişkin m. 94/4, rüşvet hükümlerinin

³⁴⁶ TCK m. 94/4 gerekçesi: “kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm koyulmuştur” (aktaran **Yüksel**, s. 334, dn. 411). Hükmün özgü suçlarda bağlılık kuralının istisnası olduğu yönünde Yarg. CGK, 25.06.2019, E. 2017/753, K. 2019/497 (aktaran **Yüksel**, s. 335). Müşterek failliğin koşullarını taşıyan kamu görevlisi olmayan suç ortağının m. 40/2 gereği ancak şerik olarak sorumlu tutulması ve bu sınırlamanın özellikle dolaylı faillik bakımından eleştirisi için **Tulay**, s. 1235-1241, 1253-1254; m. 94/4'ün bu kurala istisna oluşturduğu yönünde aynı makale, s. 1237.

belirli kişiler ve faaliyet alanları bakımından uygulanmasını sağlayan m. 252'deki hükümler ile yabancı devlet temsilcilerine karşı işlenen suçlara ilişkin m. 342 bu tekniğin farklı görünümleridir. Bu düzenlemelerin ortak özelliği, kamu görevlisi kavramının kapsamını tanım normunun yorumlanması yoluyla belirlemek yerine, belirli bir ceza hukuki sonucu kanunun açık hükmüyle başka kişi veya durumlara teşmil etmeleridir.

Bu sınıflandırma, TCK m. 6/1-c'deki tanım normu ile kamu görevlisi kavramına hukuki sonuç bağlayan diğer normlar arasındaki ayrımı görünür hâle getirmektedir. Tanım normu "kamu görevlisi" kavramının genel anlamını belirlerken; suç ve ceza normları bu kavramı tipik haksızlığın kuruluşu veya derecelendirilmesinde, cezalandırılabilirliğe ilişkin normlar ceza ilişkisinin kapsamının belirlenmesinde, genel kurumlara ilişkin hükümler iştirak ve benzeri kurumların uygulanmasında, yaptırım normları mahkûmiyetin sonuçlarının belirlenmesinde, teşmil normları ise kamu görevlisine özgü sonuçların genel tanımın dışında kalan kişi veya durumlara genişletilmesinde kullanmaktadır. Dolayısıyla TCK m. 6/1-c'de tanımlanan kavramın anlamı ile bu kavrama belirli bir normda bağlanan hukuki sonuç aynı mesele değildir. Kamu görevlisi kavramının uygulanması, tanım normunun belirlenmesinin ardından kavrama yer veren normun niteliğinin ve işlevinin ayrıca değerlendirilmesini gerektirir.

2. BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMININ YORUMLANMASI

2.1. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİNDE KAMU GÖREVLİSİ

2.1.1. İtalyan (Mehaz) Ceza Kanunlarındaki Düzenlemeler

2.1.1.1. 1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Codice Zanardelli)

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (öğretide Zanardelli Kanunu olarak anılmaktadır), modern ceza hukuku kodifikasyonları içinde özel bir yere sahiptir. İtalya’da siyasal birliğin kurulmasının ardından hukuk birliğini sağlama amacıyla hazırlanan bu kanun, yalnızca suç ve ceza sistematigi bakımından değil, kamu görevlisi sıfatının ceza hukuku içindeki anlamı bakımından da kurucu bir düzenleme ortaya koymuştur.³⁴⁷ Kanun, kamu görevlisi (*pubblico ufficiale*) ile kamu hizmetiyle görevli kişi (*incaricato di un pubblico servizio*) arasında ayırım yapmış; bu ayırımı, kamu idaresine karşı suçların faili, mağduru ve yaptırım düzeyi bakımından belirleyici hale getirmiştir.³⁴⁸

İtalya’da siyasal birliğin sağlanmasından sonra farklı bölgesel ceza kanunlarının yürürlükte bulunması, ortak bir ceza hukuku sisteminin kurulmasını zorunlu hale getirmiştir. 1859 tarihli Piemonte kaynaklı kodların ilhak edilen eyaletlerin bir kısmına, özellikle Lombardiya’da itirazlarla karşılanarak teşmil edilmesi, buna karşılık Toskana’da 1853 tarihli kodun yürürlükte kalması, 1860’tan sonra üç ceza kanununun yan yana uygulanması sonucunu doğurmuştur.³⁴⁹ Toskana kodunun ölüm cezasına yer vermemesi ise birleşik bir ceza kanunu önündeki en önemli siyasal engeli oluşturmuş;

³⁴⁷ Kanunun hazırlanış süreci, kodifikasyon tartışmaları ve hukuki projesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Paul Garfinkel**, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge University Press, Cambridge 2016.

³⁴⁸ Codice penale per il Regno d’Italia (1889), m. 207-208.

³⁴⁹ **Luigi Lacchè**, “Un Code Pénal Pour l’Unité Italienne: le code Zanardelli (1889) – La Genèse, le Débat, le Projet Juridique”, *Seqüência*, C. 35, S. 68, 2014, s. 37-57, s. 40; ayrıca bkz. **Garfinkel**, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*. Ceza mevzuatının 1865 hukuk birliğinin dışında kalışı için **Lacchè**, s. 39-40.

kod birliği ancak yaklaşık otuz yıllık bir tartışma sürecinin sonunda, 1889 tarihli Kanunla sağlanabilmiştir.³⁵⁰

Kanunun hazırlanışında klasik ceza hukuku okulunun etkisi belirleyicidir.³⁵¹ Bu etkinin sonucu olarak suç, önceden tanımlanmış bir hukuki haksızlık; ceza ise kanunla belirlenmiş sınırlar içinde uygulanacak bir yaptırım olarak ele alınmıştır.

Kamu görevlisi tanımı, kanunun kamu idaresine karşı suçlara ilişkin babının ortak hükümleri arasında, 207. maddede yer almaktadır. Madde iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkraya göre, geçici dahi olsa, ücretli veya ücretsiz olarak Devletin, illerin ve komünlerin yahut kanun gereği Devletin vesayetine tabi bir kurumun hizmetinde kamusal işlevlerle donatılmış olanlar kamu görevlisidir.³⁵² İkinci fıkra bu genel tanıma sayma yöntemiyle kesinlik kazandırmakta; noterleri, kolluk görevlilerini (*agenti della forza pubblica*) ve adliye görevlilerini kamu görevlisi saymaktadır. Kanunun 208. maddesi ise kamu görevlileri hakkındaki hükümlerin kamu hizmetiyle görevli kişilere de uygulanacağını öngören bir uzatma maddesidir.³⁵³

Bu tanım tekniği üç bakımdan karakteristiktir. İlk olarak tanımın merkezinde, yürütölen işlevin içeriğinden önce, faaliyetin belirli kamu tüzelkişilerinin —Devletin, illerin, komünlerin veya Devlet vesayetindeki kurumun— hizmetinde yürütölmesi olgusu durmaktadır; kamu görevlisi sıfatı, kişiyi kamusal örgütlenmeye bağlayan bu hizmet ilişkisi üzerinden kurulmaktadır. İkinci olarak kanun koyucu, görevin geçici veya ücretsiz niteliğini sıfatın kazanılması bakımından önemsiz saymak suretiyle tanımı dar anlamda memuriyet statüsünün ötesine taşımıştır. Üçüncü olarak, genel tanımın sınırında kalabilecek meslek grupları sayma yoluyla kapsama alınmış; belirlilik, soyut ölçütün yanına somut bir liste eklenerek güvence altına alınmıştır. Bu yapı içinde işlev unsuru

³⁵⁰ **Lacchè**, s. 42, 44-45; ayrıca bkz. **Garfinkel**, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*.

³⁵¹ Klasik okulun kodifikasyon süreci üzerindeki belirleyiciliği ve liberal dönem İtalyan ceza hukukunun gelişimi için bkz. **Garfinkel**, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*. **Lacchè**, s. 47-48, 50, 53.

³⁵² Codice Zanardelli m. 207/1: “...sono pubblici ufficiali coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni, anche temporanee, stipendiate o gratuite, a servizio dello Stato, delle Provincie e dei Comuni, o di un istituto sottoposto per legge alla tutela dello Stato...”.

³⁵³ Codice Zanardelli m. 207/2 (noterler, kolluk görevlileri ve adliye görevlileri bakımından sayma bendi) ve m. 208 (kamu görevlilerine ilişkin hükümlerin kamu hizmetiyle görevli kişilere uygulanmasını öngören uzatma maddesi).

tanımda mevcut olmakla birlikte, sınırlandırıcı yükü esas itibarıyla bağıllık ölçütü taşımaktadır. İtalyan öğretisi, sıfatı devletle veya diğer bir kamu tüzelkişisiyle kurulan bağımlılık ilişkisine bağlayan bu modeli öznel anlayış (*concezione soggettiva*) olarak adlandırmaktadır.³⁵⁴

Dönem doktrini bu tanımlı, tam da bağıllık ölçütünün merkezîliği nedeniyle eleştirmiştir. Kamusal işlev yürüttüğü halde sayılan kamu tüzelkişileriyle hizmet ilişkisi içinde bulunmayan kişiler —kamu hizmeti imtiyazcıları, belirli serbest meslek mensupları, özel hukuk kişisi konumundaki işletmeciler— tanımın dışında kalmaktadır; oysa ceza korumasının konusu kamusal işlevin kendisi ise, bu korumanın işlevi yürütenin devletle kurduğu ilişkinin biçiminden bağımsız olması gerekmektedir.³⁵⁵ Uygulamada da tanım dar yorumlanmış; 207. madde uzun süre parlamenterleri dahi kamu görevlisi saymayacak biçimde okunmuştur.³⁵⁶ Bu eleştiriler, 1930 tarihli kanunun tanım tekniğinde gerçekleştireceği işlevsel genişlemenin doktriner zeminini hazırlamıştır.

Zanardelli Kanunu’nda kamu görevlisi kavramı, özellikle kamu idaresine karşı suçlar alanında merkezî bir işleve sahiptir. Bu suç tiplerinde korunan hukuki değer, kamu görevlisinin bireysel varlığından çok kamu idaresinin düzenli ve hukuka uygun işleyişidir; kavramın kamu idaresine karşı suçlar babının ortak hükümleri arasında tanımlanması da bu işlevin sistematik ifadesidir.

³⁵⁴ Öznel anlayışın dönemin hâkim yaklaşımı olduğu tespiti için bkz. **Picotti**, “Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1988, s. 278; **Rosini**, *Il pubblico ufficiale, l’incaricato di un pubblico servizio e l’esercente un servizio di pubblica necessità*, Cedam, Padova, 1998, s. 2 vd.: her ikisinden aktaran “Qualifiche soggettive nell’ambito dei reati contro la pubblica amministrazione”, *Diritto on-line*, Treccani (künyesi aşağıda dn. 371’de).

³⁵⁵ Dönem doktrininin bu eleştirisi için bkz. “Pubblico ufficiale”, *Enciclopedia Italiana*, Treccani, Roma, 1935, çevrimiçi: [https://www.treccani.it/enciclopedia/pubblico-ufficiale_\(Enciclopedia-Italiana\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/pubblico-ufficiale_(Enciclopedia-Italiana)/) (erişim: 10.07.2026).

³⁵⁶ **Brunelli**, “Immunità”, *Enciclopedia giuridica*, C. XV, Treccani, Roma, 1988, s. 5’ten aktaran **Antonello Gustapane**, *La responsabilità penale dei pubblici ufficiali tra insindacabilità legislativa, imparzialità giudiziaria e discrezionalità amministrativa*, Bologna University Press, Bologna, 2023, s. 24, dn. 1. Aynı yönde **Vincenzo Manzini**, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1982, s. 30 (senatör ve milletvekillerinin kamu görevlisi sıfatının, 1889 kanunundakinin aksine, tüm ceza hukuku sonuçları bakımından tanındığı tespiti): aktaran “Qualifiche soggettive nell’ambito dei reati contro la pubblica amministrazione”, *Diritto on-line*, Treccani (künyesi aşağıda dn. 371’de).

1889 tarihli Kanun, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun me hazıdır. Bu ilişki, kamu görevlisi tanımı bakımından metinsel düzeyde izlenebilmektedir: aşağıda gösterileceği üzere 279. maddenin 1926 tarihli ilk metni, 207. maddenin birinci fıkrasının çevirisidir.

765 sayılı Kanunun kaynağını oluşturan Zanardelli Kanunu, devlet egemenliği ile bireysel özgürlükler arasında denge kurmayı amaçlayan bir modele dayanmaktadır. Kanunun klasik okul çerçevesinde şekillenmiş olması, yüzyıl dönümünde yükselen pozitivist eleştiri ile devletin korunmasına öncelik veren siyasal talepler karşısında modeli savunmasız bırakmış; bu gerilim, daha müdahaleci ve devlet merkezli bir ceza siyaseti benimseyen Rocco Kanunu'nun ortaya çıkışını açıklayan unsurlardan biri olarak gösterilmektedir.³⁵⁷

2.1.1.2. 1930 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Codice Rocco)

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (öğretide Rocco Kanunu olarak anılmaktadır), İtalya'da liberal devlet anlayışından totaliter bir rejime geçişin hukuki düzlemdeki en sistematik ifadesini oluşturur. Kanun, yalnızca faşist ideolojinin bir ürünü olmayıp, 19. yüzyılın Klasik Okulu ile 20. yüzyıl başının Pozitivist Okulu arasında kurulan bir sentez üzerinden, otoriter devletin ihtiyaçlarını teknik bir hukuk dili içinde yeniden üretmiştir. Bu yönüyle Rocco Kanunu, açık bir kopuştan ziyade “kurumsal süreklilik” iddiası altında, liberal geleneğin araçlarını otoriter bir içerikle yeniden işlevselleştiren bir yapı arz eder.³⁵⁸

³⁵⁷ Zanardelli modelinin yüzyıl dönümündeki pozitivist eleştiri karşısındaki konumu için bkz. **Emilia Musumeci**, “Fascism and Criminal Law in Italy: An Outline”, *Forum Historiae Iuris*, Ekim 2017, çevrimiçi: <https://forhistiur.net/2017-10-musumeci/?l=en> (erişim: 10.07.2026), par. 3, 10-11; ayrıca bkz. **Garfinkel**, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*. Kodun pozitivist eleştiri karşısındaki konumu, 1889 tarihli kamu güvenliği kanununun oluşturduğu gölge alan ve 1890'ların otoriter dönüşü için **Lacchè**, s. 53-57.

³⁵⁸ Fiandaca'ya göre Rocco Kanunu, liberal dönemden radikal bir kopuş olarak değil, belirli bir kurumsal sürekliliğin ürünü olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşımda faşist dönemin, 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyıl başında şekillenen “otoriter liberal” devlet anlayışının bazı eğilimlerini devralarak dönüştürdüğü ifade edilmektedir. Nitekim Zanardelli Kanunu'nun liberal karakterine rağmen, devlet egemenliğini bireysel özgürlüklerin ön koşulu olarak konumlandıran bir çerçeveye sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bu yönüyle her iki kanun modelinin de —biri liberal monarşi döneminde (Zanardelli), diğeri faşist rejim döneminde (Rocco)— farklı siyasal bağlamlarda uzun süre uygulanabilirliğini koruyabildiği belirtilmektedir. Süreklilik tartışması için ayrıca bkz. **Stephen Skinner**, “Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy”, *International Journal of Law in Context*, C. 7, S. 4, 2011, s. 423-446; **Musumeci**, “Fascism and Criminal Law in Italy”, par. 11-15. 1930 tarihli Kanun gerekçesinin 1889 Kanunu'nu faşist devlet anlayışıyla bağdaşmaz sayması ve gerekçede devlet aleyhine suçlar ile faşist devlet

Bu dönüşümün en önemli araçlarından biri, Arturo Rocco'nun geliştirdiği *tecnicismo giuridico* yaklaşımıdır. Ceza hukukunu ideolojik ve toplumsal tartışmalardan arındırarak pozitif hukuka indirgeme iddiası taşıyan bu yaklaşım, gerçekte hukuk düzenine “bilimsel tarafsızlık” görünümü kazandırırken, otoriter müdahalelerin sorgulanmasını da sınırlandırmıştır. Hukukçunun rolünü normun uygulanmasıyla sınırlayan bu anlayış, kanunun siyasal sonuçlarını görünmez kılan bir meşruiyet zemini oluşturmuştur.³⁵⁹

Rocco Kanunu'nun değerler sistemi, organik devlet anlayışına dayanır. Devlet, bireylerin toplamı değil, ekonomik, sosyal ve etik bir bütün olarak kavranmakta; birey ise bu bütün içinde, devletin yüksek çıkarlarına hizmet ettiği ölçüde korunmaya değer kabul edilmektedir. Bu yaklaşımın somut yansıması, “soyun/ırkın korunması” (*tutela della stirpe*) gibi düzenlemelerde görülmekte; bireysel haklar, doğrudan devletin demografik ve siyasal çıkarlarına tabi kılınmaktadır.³⁶⁰

Kanunun sistemi, suçları devletten bireye doğru sıralayan “azalan ilerleme” (*progressione discendente*) modeli korunmakla birlikte, bu modelin içeriği Zanardelli Kanunu'ndan belirgin biçimde ayrılmaktadır. Zanardelli sisteminde devlet suçlarını doğrudan bireysel özgürlüklere karşı suçlar izlerken, Rocco Kanunu'nda bu alan kamu idaresi, din ve aileye ilişkin suçlarla doldurulmuş; bireye karşı suçlar sisteminin sonuna itilmiştir. Böylece değerler hiyerarşisi, açık biçimde devlet merkezli bir yapıya dönüşmüştür.

anlayışı arasında kurulan ilgi için Türk öğretisinde **Özek**, “Devlete Karşı Suçlar”, s. 464. Kanunun okullar ve ideoloji karşısındaki konumu çağdaş yazarlarca farklı değerlendirilmiştir: Rende'ye göre kanun Zanardelli Kanunu'ndan esas itibarıyla farklı değildir ve hiçbir okulun etkisinde kalınsızın, memleketin ihtiyaçları ile faşizmin prensip ve gayeleri gözetilerek her okuldan seçilen prensiplerle vücuda getirilmiştir (**Domenico Rende**, “Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi”, çev. Burhanettin Köni, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 2, 1936, s. 68-101, s. 71, 89); pozitivist Grispigni'ye göre kanun pozitivist doktrinlerin “hiç değilse % 80'ini” gerçekleştirmiştir (**Filippo Grispigni**, “İtalya'da Ceza Hukuku Islahatı”, çev. **Sahir Erman**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 18, S. 1-2, 1952, s. 520-532, s. 523); Özek ise kanunun gerekçesinde bizzat “tüm olarak faşist ideolojiye bağlı” olduğunu ifade edildiğini vurgulamaktadır (**Çetin Özek**, “İtalyan Ceza Kanununu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 34, S. 1-4, 1968, s. 72-107, s. 72-73).

³⁵⁹ Bkz. **Skinner**, “Tainted Law?”, s. 423-446; **Musumeci**, “Fascism and Criminal Law in Italy”, par. 3-8, 14.

³⁶⁰ Bkz. **Musumeci**, “Fascism and Criminal Law in Italy”, par. 19-22.

Bu dönüşüm, kamu görevlisi kavramında da kendini gösterir. Rocco Kanunu’nda kamu görevlisi, bir hizmet ifa eden kişi olmaktan ziyade, devlet otoritesinin somut temsilcisi olarak konumlandırılmıştır. Rejim bu konumu iki yönlü bir düzenleme siyasetiyle işlemiştir: bir yandan kamu görevlisine karşı işlenen hakaret, cebir ve tehdit fiillerinin cezaları ağırlaştırılmış, görevli aleyhine işlenen fiiller bakımından genel bir ağırlaştırıcı neden kabul edilmiş ve görevlinin keyfi fiiline karşı meşru tepkiyi cezasız sayan hukuka uygunluk nedeni kaldırılmış; öte yandan görevlinin kendi ihlalleri, bireyin uğradığı zarardan önce, devletin birincil saydığı değerlere sadakatsizlik olarak nitelenmiş ve karşılığı olan genel suç tiplerine göre daha ağır yaptırıma bağlanmıştır.³⁶¹

Kamu görevlisi tanımı, 357. maddede yeniden kurulmuştur. Maddenin ilk metnine göre, ceza kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılanlar iki bent halinde belirlenmiştir: birinci bentte, sürekli veya geçici olarak teşrii, idari veya adli bir kamusal işlev yürüten Devlet yahut diğer bir kamu kurumu memurları (*impiegati*); ikinci bentte, aynı işlevleri sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak yürüten diğer herkes.³⁶² 358. madde, aynı iki bentli yapıyı kamu hizmeti (*pubblico servizio*) bakımından tekrarlamakta ve kamu hizmetiyle görevli kişi kategorisini kurmaktadır. Tasnif bu iki kategoriyle tamamlanmaz: 359. madde, kamusal gereklilik hizmeti icra edenler (*esercenti un servizio di pubblica necessità*) biçiminde üçüncü bir kategori kurmaktadır. Kapsama, icrası kanunen Devletin özel yetkilendirmesine bağlı olan ve kamunun hizmetinden yararlanmak zorunda bulunduğu meslekleri —avukatlık

³⁶¹ **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 3-4. Yazar, faşist düzende kamu görevlisine tanınan bu özel konumun iki yüzünü birlikte vurgulamaktadır: bir yanda görevliye karşı işlenen hakaret (oltraggio), cebir ve tehdit fiillerinde cezaların ağırlaştırılması, görevli aleyhine işlenen fiiller bakımından genel ağırlaştırıcı nedenin kabulü ve görevlinin keyfi fiiline karşı meşru tepkiyi cezasız sayan nedenin kaldırılması; öte yanda görevlinin kendi ihlallerinin —zimmetin emniyeti suistimale, irtikâbın yağmaya göre daha ağır cezalandırılması örneklerinde olduğu gibi— bireyin zararından önce devletin birincil saydığı değerlere sadakatsizlik olarak nitelenmesi. Görevlinin keyfi işlemine karşı özel direnişi cezasız bırakan hükmün Zanardelli Kanunu ile getirildiği hususunda **Lacchè**, s. 52. Memura haklı sebepler bulunsa dahi karşı gelmeme prensibinin faşist anlayışın ürünü sayıldığı ve faşizmin çöküşünden sonra 14.9.1944 tarihli ve 288 sayılı yasama kararnamesiyle memura hakarete ispat hakkının ve haklı sebeplerle karşı koymanın cezasızlığının kabul edildiği hususunda **Özek**, “Tadil Çalışmaları”, s. 75, 87.

³⁶² 357 ve 358. maddelerin 1930 tarihli ilk metinlerinin Türkçe çevirisi için bkz. **Soyaslan**, s. 41-42. İtalyanca metin için **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 6, dn. 10-11; m. 357 (ilk metin): “Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali: 1) gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria; 2) ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria”.

ve hekimlik gibi— yürüten kişiler ile idarenin işlemiyle kamusal gereklilik hizmeti ilan edilmiş bir hizmeti yerine getiren özel kişiler girmektedir. Rocco sisteminde kişi tasnifi, bu itibarla ikili değil üçlüdür; ceza koruması ve sorumluluk, kategoriler arasında kademelenmektedir.³⁶³

Bu tanım tekniği, Zanardelli modelinden iki yönde ayrılır. Birinci bent, sıfatı kamu kurumuyla kurulan istihdam ilişkisine bağlayan öznel ölçütü korumakta; ikinci bent ise sıfatı, hiçbir hizmet ilişkisi aramaksızın işlevin fiilen yürütülmesine bağlamaktadır. Böylece tanım, öznel ve nesnel ölçütleri yan yana getiren karma bir yapı kazanmış; Zanardelli sisteminde sınırlandırıcı yükü taşıyan bağlılık ölçütü, iki ölçütten yalnızca biri konumuna gerilemiştir. Bu, doktrinin 207. maddeye yönelttiği eleştiriye verilen yanıttır: kamusal işlev, artık yürütenin devletle ilişkisinin biçiminden bağımsız olarak korunmaktadır.³⁶⁴ Nitekim Rocco kodunun resmî şerhçisi olarak anılan Manzini, memur niteliğinin kamu görevlisi kavramının zorunlu unsuru olmadığını vurgulayarak tanımlı nesnel anlayış doğrultusunda okumuştur.³⁶⁵ Ne var ki genişlemenin amacı bireyin güvencesi olmayıp devletin korunmasıdır; kanunun sisteminde kamu görevlisine ilişkin suç tipleri, hukuka uygun kamusal işleymen önce görevlinin devlete sadakat yükümlülüğünü korumaktadır.³⁶⁶ Uygulamada iki ölçütün yan yanallığı tek yönlü işlemiştir: öznel ölçütle sıfat kazanan kişinin, yürüttüğü faaliyetin özel hukuk kurallarına

³⁶³ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu m. 357-359. Üç kategorinin çevirisi ve kapsam örnekleri için bkz. **Soyaslan**, s. 41-42; kategoriler arasındaki yaptırım kademelenmesi için s. 49.

³⁶⁴ “Pubblico ufficiale”, *Enciclopedia Italiana*, 1935. Giriş, 357. maddenin kapsamı memur olmayan kamusal işlev yürütücülerine genişletmesini, 207. maddeye yönelttilen eleştirilerin karşılanması olarak sunmaktadır.

³⁶⁵ **Vincenzo Manzini**, *Trattato di diritto penale italiano*, C. V: *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, 3. Bası, UTET, Torino, 1950, s. 4 vd.'den aktaran “Qualifiche soggettive nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione”, *Diritto on-line*, Treccani. Manzini'ye göre memur niteliği kamu görevlisi kavramının zorunlu unsuru değildir (“la qualità di impiegato non è essenziale per la nozione di pubblico ufficiale”).

³⁶⁶ Kamu görevlilerinin suçlarında korunan değerin geleneksel öğretilde görevlinin dürüstlük, sadakat ve doğruluk yükümlülüğü olarak belirlendiği hususunda **Federico C. La Vattiana**, “The Prevention and Punishment of Corruption in the Italian Legislation”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, S. 119, 2019, s. 117-147, s. 121, 124; krş. **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 12. Rocco dönemindeki tanımların faşist etkiyi yansıttığı ve somut menfaatlerden çok görevli ile Devlet arasındaki “sadakat” ilişkisini koruduğu hususunda **Sartori**, s. 9 (Manna'ya atıfla).

tabi olduğu gerekçesiyle sıfattan kurtulması kabul edilmemiş; nesnel ölçüt yalnızca kapsamı genişletme yönünde kullanılmıştır.³⁶⁷

Tanımın her iki maddede tekrarlanan üçlü işlev ayrımı —teşrii, idari, adli— kuvvetler ayrılığının liberal içeriğinden koparılmıştır. 1930 kanun koyucusu bu ayrımı, kuvvetlerin birbirini sınırlandırdığı bir düzenin ifadesi olarak değil, totaliter devlet bütünlüğü içinde bir yetki paylaşımı olarak yeniden işlemiştir.³⁶⁸

Öte yandan kanunun otoriter karakteri yalnızca normatif içerikte değil, aynı zamanda sistematik düzeyde kurulan “ikili yapı”da da kendini gösterir. Bir yandan kanunilik ilkesi ve geriye yürümezlik gibi liberal güvenceler korunurken, diğer yandan “sosyal tehlikelilik” esasına dayanan güvenlik tedbirleri ve özel kanunlar aracılığıyla geniş bir müdahale alanı yaratılmıştır. Nitekim kanun, kanunilik ilkesini emniyet tedbirlerine de teşmil etmekle birlikte geçmişe yürümezlik kuralını bu tedbirler bakımından uygulamamış ve tedbirleri, müsadere dışında, süresi önceden belirlenmemiş yaptırımlar olarak düzenlemiştir. Bu durum, kanunun teknik görünüm ile siyasal işlev arasında bir “ikili oyun” mekanizması kurduğunu göstermektedir.³⁶⁹

Sonuç olarak Rocco Kanunu, teknik açıdan son derece sistematik bir mimariye sahip olmakla birlikte, bu yapının otoriter bir içerikle doldurulduğu bir ceza hukuku modelini temsil eder. Nitekim bu teknik yapı, kanunun faşist rejim sonrasında da belirli değişikliklerle varlığını sürdürebilmesini mümkün kılmış; böylece hukuk düzeninde “kurumsal süreklilik” tartışmalarının merkezinde yer almıştır.

³⁶⁷ Öznel anlayışın içtihatla yalnızca genişletici yönde işlediği, daraltıcı işlevinin ise reddedildiği tespiti için bkz. **Plantamura**, “Le qualifiche soggettive pubblicistiche”, Cadoppi/Canestrari/Manna/Papa (Ed.), *Trattato di diritto penale, Parte Speciale II: I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Utet, Torino, 2008, s. 894’ten aktaran “Qualifiche soggettive nell’ambito dei reati contro la pubblica amministrazione”, *Diritto on-line*, Treccani.

³⁶⁸ **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 7.

³⁶⁹ Bkz. **Skinner**, “Tainted Law?”, s. 423-446; **Musumeci**, “Fascism and Criminal Law in Italy”, par. 11-18, 24. Ceza ve emniyet tedbirinden oluşan ikili yaptırım sisteminde kanunilik ilkesinin tedbirlere de teşmil edildiği, buna karşılık tedbirlerin uygulandıkları zamanda yürürlükte olan kanuna tabi tutularak m. 2’deki geçmişe yürümezlik kuralının dışında bırakıldığı ve müsadere dışında belirsiz süreli olduğu hususunda **Rende**, s. 82-83, 85, 89; iki ayrı müeyyide sisteminin 1950 tasarısında da korunduğu hususunda **Özek**, “Tadil Çalışmaları”, s. 78.

2.1.1.3. Mehaz Hukukta 1990 Reformu

1948 tarihli İtalyan Anayasası'nın yürürlüğe girmesi, 357 ve 358. maddelerin karma yapısını iki yönden sorunlu hale getirmiştir. İlk olarak, tanımların hizmet ettiği sadakat eksenli değer anlayışı, kamu yönetimini yasallık, tarafsızlık ve iyi işleyiş ilkelerine bağlayan anayasal çerçeveye (İtalyan Anayasası m. 97) bağdaşmamaktadır.³⁷⁰ İkinci olarak tanımların totolojik yapısı —kamusal işlevi yürüten kamu görevlisi sayarken kamusal işlevin kendisini tanımlamaması— sıfatların belirlenmesini bütünüyle yorumcuya bırakmıştır. Bunun sonucu, İtalyan öğretisinin ifadesiyle, kamusal sıfatların içtihatla kontrolsüz biçimde uygulanması olmuştur.³⁷¹

Kanun koyucu bu duruma 26 Nisan 1990 tarihli ve 86 sayılı Kanunla (m. 17-18) yanıt vermiş; her iki tanım maddesi yeniden yazılmıştır.³⁷² Yeni 357. maddenin birinci fıkrasına göre, ceza kanununun uygulanmasında teşrii, adli veya idari bir kamusal işlevi yürütenler kamu görevlisidir. İkinci fıkra, idari işlevin hangi hallerde kamusal sayılacağını bizzat normun içinde tanımlamaktadır: kamu hukuku normları ve otoriter işlemlerle düzenlenen ve kamu idaresinin iradesinin oluşumu ve açıklanmasıyla yahut otoriter ya da belgeleyici yetkiler aracılığıyla yürütülmesiyle nitelenen idari işlev kamusaldır. Yeni 358. madde ise, her ne sıfatla olursa olsun kamu hizmeti sunanları kamu hizmetiyle görevli kişi saymakta; kamu hizmetini, kamusal işlevle aynı biçimlerde düzenlenmekle birlikte ona özgü tipik yetkilerden yoksun faaliyet olarak tanımlamakta

³⁷⁰ Güncel öğretide korunan değer, İtalyan Anayasası m. 97 ışığında idarenin etkin ve tarafsız işleyişi olarak belirlendiği hususunda **La Vattiata**, s. 121, 125. Aynı yönde **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 12: yazar, Rocco sisteminde kamu görevlilerinin suçlarının esas itibarıyla sadakat yükümlülüğünü korumak üzere öngörülmüşken, Anayasa'nın yürürlüğe girmesiyle aynı suç tiplerinin m. 97'de ifade edilen yasallık, tarafsızlık ve iyi işleyiş ilkelerinin korunması olarak yeniden okunması gerektiğini vurgulamaktadır.

³⁷¹ “Qualifiche soggettive nell’ambito dei reati contro la pubblica amministrazione”, *Diritto on-line*, Treccani, çevrimiçi: [https://www.treccani.it/enciclopedia/qualifiche-soggettive-nell-ambito-dei-reati-contro-la-pubblica-amministrazione_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/qualifiche-soggettive-nell-ambito-dei-reati-contro-la-pubblica-amministrazione_(Diritto-on-line)/) (erişim: 10.07.2026). Girişte, karma anlayışın sonucu kamusal sıfatların içtihatla kontrolsüz biçimde uygulanması olarak nitelenmekte ve 1990 reformunun gerekçesi buna bağlanmaktadır. Aynı yönde **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 8-9. Metinsel tanımı olmayan kamu hukuku kategorilerine yapılan göndermenin yorumcuya geniş bir takdir alanı bıraktığı ve aynı meslek grupları bakımından çelişik nitelendirmelere yol açtığı hususunda **Sartori**, s. 8-9 ve dn. 10; yazar, Malinverni'ye atıfla, ilkökul öğretmenlerini kamu hizmetiyle görevli sayan Cass., 26.3.1933 (Venturelli) ile kamu görevlisi sayan Cass., 21.1.1937 (Frumura) kararlarını anmaktadır.

³⁷² **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 5.

ve basit büro işleri ile salt maddi edimleri kapsam dışında bırakmaktadır.³⁷³ 7 Şubat 1992 tarihli ve 181 sayılı Kanun, ikinci fıkrada otoriter ve belgeleyici yetkilerin birlikte aranması izlenimini veren bağlacı “veya” ile değiştirerek tanıma bugünkü biçimini vermiştir.³⁷⁴

Reform üç bakımdan paradigma değeri taşımaktadır. İlk olarak istihdam ilişkisine yapılan her türlü gönderme terk edilmiş; sıfat, yürütülen faaliyetin nesnel niteliğine bağlanmıştır. İtalyan öğretisi bu anlayışı nesnel-işlevsel ölçüt (*criterio funzionale-oggettivo*) olarak adlandırmaktadır.³⁷⁵ İkinci olarak işlevselleşme, tanımın belirsizleşmesi pahasına gerçekleştirilmemiştir: kanun koyucu, kamusal işlevi ve kamu hizmetini normun içine yerleştirdiği ölçütlerle bizzat tanımlamış; sıfatın sınırını içtihadı bırakmak yerine kamu hukuku rejimi, otoriter işlemler, irade oluşumuna katılma, otoriter veya belgeleyici yetkiler ve dışlama kuralları üzerinden bizzat çizmiştir. Üçüncü olarak üçlü tasnif korunmuş; kamu görevlisi ile kamu hizmetiyle görevli kişi, kamusal işleve özgü tipik yetkilerin varlığı ve yokluğu ölçütüyle birbirinden ayrılmış, 359. maddedeki üçüncü kategori ise varlığını sürdürmüştür.

Temyiz mahkemesi reformu, önceki totolojik tanımlarda nüve halinde bulunan ölçütlerin netleştirilmesi olarak okumuştur.³⁷⁶ Öğretide ise 1930 döneminde gelişen genişletici yorum eğilimlerinin reformdan sonra dahi bütünüyle kırılmadığı eleştirisi dile getirilmektedir.³⁷⁷ Bununla birlikte güncel uygulamada sıfatın, kuruluşun kamusal niteliğinden hareketle otomatik olarak tanınmadığı, somut faaliyetin norm-içi ölçütleri karşılayıp karşılamadığına göre belirlendiği yerleşiktir; kamu payı çoğunluklu anonim

³⁷³ Yürürlükteki 357 ve 358. maddelerin İngilizce çevirisi için bkz. **La Vattiata**, s. 120; İtalyanca metinler için **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 5-6.

³⁷⁴ L. 7 febbraio 1992, n. 181, m. 4; bkz. **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 5. 1992 değişikliğiyle “giurisdizionale” yerine “giudiziaria” ibaresi kullanılarak Cumhuriyet savcısının da kapsama alındığı yönünde, Santoriello’ya atıfla **Sartori**, s. 13, dn. 20; yetkilerin ayrı ayrı kullanılabileceğine ilişkin Cass. pen., S.U., n. 7958/1992 için aynı yer, dn. 21.

³⁷⁵ **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 8; orada anılan **Severino di Benedetto**, “Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio”, *Digesto delle discipline penali*, Utet, Torino, 1995, s. 508 vd. Reformla benimsenen “concezione funzionale-oggettiva”nın istihdam ilişkisinden bağımsız olduğu ve tanımın kaynak ve içerik ölçütleriyle “dış” ve “iç” sınırlar çizdiği hususunda **Sartori**, s. 9-10, 13, 17-18.

³⁷⁶ Cass. pen., 6.6.1991 (Toso): aktaran **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 8, dn. 16.

³⁷⁷ **Gustapane**, *La responsabilità penale*, s. 8-9. Reformun işlevsel-nesnel anlayışı benimsemesine rağmen Yargıtay’ın uzun süre kuruluşun niteliği, denetim, kamu parası ve kamu yararı gibi “indici rivelatori”ye dayanarak genişletici yorum yaptığı hususunda **Sartori**, s. 33 (Massi’ye atıfla).

şirket yöneticisinin durumu dahi yürütülen faaliyetin 357 ve 358. maddelerdeki ölçütlere göre değerlendirilmesi yoluyla çözülmektedir.³⁷⁸

1990 tarihli tanımın 5237 sayılı Kanunun 6/1-c maddesindeki tanımla ayrıntılı karşılaştırması, 5237 dönemine ilişkin açıklamalar sırasında yapılacaktır. Bu aşamada şu tespit yeterlidir: her iki kanun koyucu da bağlılık esaslı tanımdan işlevsel tanıma geçmiştir; ancak İtalyan kanun koyucusu işlevsel ölçütü norm-içi sınırlayıcı ölçütlerle donatırken, Türk kanun koyucusu tanımı bu tür ölçütlerden yoksun bırakmıştır.

2.1.1.4. Mehaz Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Mehaz hukukun yüz yıllık gelişimi, kamu görevlisi tanımının üç uğrağını art arda sergilemektedir. Zanardelli Kanunu sıfatı, kamusal örgütlenmeyle kurulan hizmet ilişkisine bağlamış ve sayma yöntemiyle netleştirmiştir; tanım dar, ancak öngörülebilirdir. Rocco Kanunu, bu darlığa yöneltilen eleştiriyi devletin korunması amacına eklemleyerek karma bir tanım kurmuş; öznel ve nesnel ölçütlerin yan yanılığı, sıfatların uygulanmasını yorumcunun elinde genişleyen bir alana dönüştürmüştür. 1990 reformu ise işlevsel ölçütü korumuş, fakat onu normun içine yerleştirilen sınırlayıcı ölçütlerle disipline etmiştir.

Bu gelişim çizgisinden, bu çalışmanın sorunsalı bakımından iki sonuç çıkmaktadır. İlk sonuç, işlevsel tanım tekniğinin ideolojik bakımdan nötr olduğudur. Tanımı işlevselleştiren adım liberal kanun koyucuya değil, devlete sadakati korumak isteyen 1930 kanun koyucusuna aittir; aynı teknik 1990'da kanunilik ilkesinin ve anayasal ilkelerin hizmetine koşulmuştur. Tanım tekniğine karakterini veren, tekniğin kendisi olmayıp tanımın hizmet ettirildiği korunan hukuki değerdir. İkinci sonuç, karma tanımın belirlilik maliyetinin tarihsel olarak sınanmış olmasıdır: sıfatların kontrolsüz uygulanması, İtalyan deneyiminde karma tanımın arazi bir aksaklığı olarak değil yapısal ürünü olarak ortaya çıkmış ve ancak tanımın norm-içi ölçütlerle yeniden yazılmasıyla

³⁷⁸ Cass. pen., 3.11.2021 (dep. 2022), n. 21624. Kuruluşun hukuki biçiminin ve çalışma ilişkisinin türünün önemsiz sayıldığı güncel çizgi için **Sartori**, s. 33-34, 64; il meclisi üyesinin çoğunluk hissedarı sıfatıyla şirket genel kuruluna katılmasında kamu görevlisi sıfatının reddedildiği Cass., sez. VI, 25.1.2013, n. 20414 için aynı eser, s. 66-67.

dizginlenebilmiştir.³⁷⁹ Bununla birlikte İtalyan öğretisinde, norm-içi ölçütlerin de özelleştirilen kamu kuruluşlarında sıfatların sınırını kesin biçimde belirlemeye yetmediği ve kalan belirsizliğin içtihat yoluyla giderildiği ileri sürülmektedir.

İtalyan hukuk tarihi yazınında, liberal temelli Zanardelli Kanunu’nun ve otoriter karakterli Rocco Kanunu’nun uzun süre yürürlükte kalabilmesi, yalnızca tarihsel bir tesadüf olarak değil, belirli teknik ve ideolojik dinamiklerin sonucu olarak açıklanmaktadır.³⁸⁰ Bu bağlamda özellikle Rocco Kanunu’nun, faşist bir rejim altında kabul edilmiş olmasına rağmen demokratik dönemde de varlığını sürdürebilmesi, kanunun *tecnicismo giuridico* yaklaşımıyla inşa edilmiş olmasıyla yakından ilişkilidir. Bu yaklaşım, ceza hukukunu ideolojik ve toplumsal tartışmalardan arındırılmış, “saf” ve “tarafsız” bir teknik disiplin olarak sunmakta; böylece kanunun ideolojik içeriği, teknik bir mükemmeliyet görünümü altında adeta bir “ekran” işlevi görerek görünmez kılınmaktadır. Arturo Rocco’nun programatik biçimde ortaya koyduğu bu yönelimin *trattato* düzeyindeki en etkili sistemleştiricisi Vincenzo Manzini olmuş; 1930 tarihli usul kanununu tek başına kaleme alan yazarın külliyatı, teknik özerklik ile rejime hizmet arasındaki gerilimin simge örneği olarak tartışılmalıdır.³⁸¹

Bu teknik yapı, kanunun farklı siyasal rejimler altında da uygulanabilirliğini mümkün kılmıştır. Nitekim öğretilerde bu durum “budama ve aşılama” (*potatura e innesto*) yöntemiyle açıklanmakta; kanunun açıkça otoriter unsurlarının zaman içinde ayıklanması

³⁷⁹ Bkz. yukarıda dn. 371. Buna karşılık İtalyan öğretisinde, reformun norm-içi tanımlarının da özelleştirilen kamu kuruluşları bakımından 357 ve 358. maddelerin uygulama alanını kesin biçimde belirlemeye yetmediği ve hâkimleri bir “supplenza giurisprudenziale”ye zorladığı ileri sürülmektedir: **Sartori**, s. 123, 125; kamu hukuku ile özel hukuk normu ayrımının tartışmalı olduğu hususunda aynı eser, s. 13. Mehzadan aynen alınan hükümlerin İtalyan ve Türk uygulamasında farklı anlaşıldığı ve Türk uygulamasının cezalandırılabilir alanı daha geniş tuttuğu gözlemi için **Özek**, “Devlete Karşı Suçlar”, s. 470-471.

³⁸⁰ Bu tartışma için bkz. **Skinner**, “Tainted Law?”, s. 423-446; **Musumeci**, “Fascism and Criminal Law in Italy”, par. 13-14, 25; **Garfinkel**, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*; kurumsal süreklilik yaklaşımı için ayrıca bkz. yukarıda dn. 358’de aktarılan Fiandaca’nın değerlendirmesi. 1949 tarihli tam değişiklik tasarısının, kanunun kriminolojik bakımdan modern hükümlerini kaldırdığı gerekçesiyle Yargıtay’ın da katılmadığı eleştirilerle karşılaşarak terk edildiği ve Ayan Meclisinin kısmi tadille yetinilmesini istediği yönünde **Grispigni**, s. 522-523; 1950 komisyonunun 1930 sorumluluk sistemini “politik eğilimlerden bağımsız” sayarak koruduğu hususunda **Özek**, “Tadil Çalışmaları”, s. 78.

³⁸¹ “Manzini, Vincenzo”, *Dizionario Biografico degli Italiani*, Treccani, çevrimiçi: [https://www.treccani.it/enciclopedia/vincenzo-manzini_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/vincenzo-manzini_(Dizionario-Biografico)/) (erişim: 10.07.2026). Madde, Manzini’yi *indirizzo tecnico-giuridico*’nun baş temsilcisi olarak sunmakta; 1930 tarihli usul kanununun hazırlanmasında kendisine hiçbir komisyonun eşlik etmediğini ve “rejim hukukçusu” nitelenmesine karşın teknik-bilimsel özerkliğinin ağır bastığı değerlendirilmesini aktarmaktadır.

ve yerine anayasal düzene uygun düzenlemelerin eklenmesi sayesinde normatif sürekliliğin sağlandığı ifade edilmektedir.³⁸² Benzer şekilde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da çok sayıda değişikliğe rağmen uzun süre yürürlükte kalması, aynı esneklik ve uyarlanabilirlik kapasitesiyle açıklanabilir.

Rocco Kanunu'nun uzun ömürlülüğünün bir diğer nedeni, onun yalnızca ideolojik bir metin olmayıp Klasik Okul ile Pozitivist Okul arasında kurulan eklektik bir senteze dayanmasıdır. Bu çerçevede kanunun genel hükümlerinde kanunilik ilkesi ve geriye yürümezlik gibi liberal güvenceler korunurken, özel hükümlerinde devletin korunmasına öncelik veren otoriter bir sistematik benimsenmiştir. Bu tercih, ideolojik bir bağlılıktan çok stratejik ve kurumsal gerekçelere dayandırılmaktadır: liberal ilkelerin korunması hukuk düzenine meşruiyet ve süreklilik görüntüsü kazandırarak liberal gelenekten gelen hâkimlerin ve hukuk bürokrasisinin sisteme entegrasyonunu kolaylaştırmış; monarşi ve kilise gibi geleneksel kurumlarla çatışmamak adına hukuk düzeninde belirli bir devamlılık izlenimi korunmuştur. Bu yapı, öğretide “ikili oyun” (*doppio gioco*) olarak adlandırılan mekanizmaya işaret etmektedir: bir yandan kanunilik ve hukuki güvenlik ilkeleri aracılığıyla bir hukuk devleti görüntüsü korunmakta, diğer yandan bu çerçevenin dışında kalan özel düzenlemeler ve geniş müdahale alanları aracılığıyla otoriter bir uygulama zemini yaratılmaktadır.³⁸³

Bu tarihsel arka plan, 279. maddenin iki evresinin çözümlenmesinde kullanılacak ölçütleri sağlamaktadır: tanımın hangi mehz normdan alındığı, hangi ölçütü merkeze koyduğu ve hangi hukuki değerin korunmasına hizmet ettirildiği.

³⁸² Faşist rejimin sona ermesinden sonra Rocco Kanunu yürürlükte bırakılmış, faşist rejimle yakından ilgili siyasal hükümler ise yeni rejime uygun değişiklikler içeren özel kanunlarla ilga edilmiştir: **Grispigni**, s. 521-522. 27.6.1944 tarihli ve 159 sayılı ile 14.9.1944 tarihli ve 288 sayılı yasama kararnamele faşist düzene özgü hükümleri kaldırmakla birlikte kanunun temel anlayış ve sistemini değiştirmemiş, 1968'e kadar da radikal bir değişiklik gerçekleşmemiştir: **Özek**, “Tadil Çalışmaları”, s. 74-75, 107.

³⁸³ Bkz. Skinner, “Tainted Law?”, s. 423-446; Musumeci, “Fascism and Criminal Law in Italy”.

2.1.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler

2.1.2.1. Mülga 765 Sayılı TCK’nin 279. Maddesindeki Tanım

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, yürürlük süresinin büyük bölümünde memur ve amme hizmetiyle muvazzaf kimseler biçiminde ikili bir ayrımı esas almıştır. Ne var ki bu ikili yapı kanunun ilk metnine değil, 1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe aittir; 1926 tarihli ilk metin, aşağıda gösterileceği üzere, tek kategorili ve bağlılık esaslı bir tanım içermektedir. Bu tespit, iktibas ilişkilerinin doğru kurulması bakımından belirleyicidir; izleyen başlıklarda iki evre bu nedenle ayrı ayrı ele alınmaktadır.

Tanımın —mehaz kanunlardaki düzenlemelere paralel olarak— kanunun genel hükümlerinde değil özel hükümlerinde yer alması, ilk bakışta teknik bir tercih olarak değerlendirilebilirse de kavramın sistematik konumu mehaz düzenlemeler dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kamu görevlisi kavramının hem Zanardelli hem de Rocco Kanunu’nda özel hükümler içinde tanımlanmış olması, ilk bakışta teknik bir benzerlik olarak görünmekle birlikte, bu tercihin her iki kanundaki işlevi aynı değildir. Öğretide her iki kanunun da suçları devletten bireye doğru sıralayan “azalan ilerleme” (*progressione discendente*) modelini benimsediği kabul edilmekle birlikte, bu modelin içerdiği anlam farklılaşmaktadır.³⁸⁴

Zanardelli Kanunu’nda kamu görevlisi kavramının özel hükümler içinde yer alması, esasen kamu idaresine karşı suçların sistematığıyla bağlantılıdır ve kamu görevlisinin bu suç tipleri bakımından fail veya mağdur sıfatını belirlemeye yönelik işlevsel bir tercihi yansıtır.³⁸⁵ Bu çerçevede kamu görevlisi, kamusal işlevin icrasına katılan ve hukuki sınırlar içinde hareket eden bir özne olarak ele alınmakta; kavram, kamu otoritesinin kullanımına ilişkin teknik bir ayrımın parçası olarak kurgulanmaktadır.

³⁸⁴ Her iki kanunun suçları devletten bireye doğru sıralayan sistematığı için bkz. **Musumeci**, “Fascism and Criminal Law in Italy”, par. 19-20.

³⁸⁵ Codice Zanardelli’de tanım, kamu idaresine karşı suçlara ilişkin babın ortak hükümleri arasında yer almaktadır (m. 207-208); Codice Rocco’da ise kamu idaresine karşı suçlara ilişkin İkinci Kitap İkinci Bap’ın sonunda düzenlenmiştir (m. 357 vd.).

Buna karşılık Rocco Kanunu’nda aynı yerleşim, yalnızca teknik bir tercih olmanın ötesinde, kamu idaresine karşı suçların sistematığı içinde devlet otoritesinin korunmasına verilen ağırlıkla bağlantılıdır. Bu yaklaşımda kamu görevlisi kavramı, kamusal faaliyetin icrasına katılan bir özneyi tanımlamanın ötesinde, kamu idaresinin ve devlet otoritesinin temsilcisi olarak konumlandırılmakta; bu durum, kamu görevlisine karşı işlenen fiillerin değerlendirilmesinde de etkisini göstermektedir.

Bu nedenle, her iki kanunda da kamu görevlisi tanımının özel hükümler içinde yer alması biçimsel bir sürekliliğe işaret etmekle birlikte, Zanardelli modelinde bu tercih daha çok işlevsel ve sistematik bir rol üstlenirken, Rocco modelinde kavramın devlet otoritesiyle kurduğu ilişkinin daha belirgin hale geldiği bir bağlam içinde anlam kazanmaktadır.

2.1.2.2. 1926 Tarihli İlk Düzenleme

1 Mart 1926 tarihli ve 765 sayılı Kanunun 279. maddesinin ilk metni şu şekildedir:³⁸⁶

“Kanunun tatbikatında devletin veya vilayet ve nahiye ve karyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette maaşlı veya maaşsız daimi veya muvakkat vazife görenler memur sayılır.”

Bu metin, Zanardelli Kanunu’nun 207. maddesinin birinci fıkrasının çevirisidir. Tanım tek fıkradan ve tek kategoriden oluşmakta; memur sıfatı, hizmetin devletin veya yerel yönetimlerin “nezareti altında” yürütülmesine, yani bağlılık ölçütüne dayanmaktadır. Sürenin ve karşılığın önemsizliğine ilişkin kayıtlar mehzaz metinden aynen alınmıştır. Buna karşılık mehzaz maddenin sayma bendi ile 208. maddedeki kamu hizmetiyle görevli kişi kategorisi iktibas edilmemiştir. Türk kanun koyucusu böylece mehzazın genel tanımını almış, onu netleştiren listeden ve ikinci kategoriye kuran uzatma maddesinden vazgeçmiştir. Bunun sonucu, mehzazdakinden daha da yalın ve sınırları yalnızca nezaret ölçütüyle çizilen bir tanımdır.

³⁸⁶ 1/3/1926 tarihli ilk metin için bkz. **Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü**, 765 Sayılı *Türk Ceza Kanunu* (madde tarihçeli derleme), m. 279, çevrimiçi: <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1982019151032765%20Say%C4%B1%C4%B1%20T%C3%BCrk%20Ceza%20Kanunu.pdf> (erişim: 10.07.2026).

Bu darlığın uygulamada sorun ürettiği, bizzat kanun koyucunun ağzından tespit edilebilmektedir. 3038 sayılı Kanunun gerekçesi, 279. maddedeki tarifi maksadı ifadeye kâfi gelmediğini ve tam bu eksiklik nedeniyle 211. maddede, tarifi dışında kalan bazı kimselerin rüşvet suçu bakımından memur gibi sorumlu tutulmasının kabul edildiğini açıkça belirtmektedir.³⁸⁷ Tek kategorili dar tanım, daha ilk uygulama yıllarında suç tipleri düzeyinde istisnalarla delinmek zorunda kalmıştır.

1926 yılında kabul edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, büyük ölçüde 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Bu iktibas, yalnızca teknik bir metin aktarımından ibaret olmayıp, aynı zamanda belirli bir ceza hukuku anlayışının ve devlet tasavvurunun benimsenmesi anlamına gelmektedir. Nitekim Zanardelli Kanunu'nun etkisi, hem kanunun felsefi temellerinde hem de suç ve fail kavramsallaştırmalarında açık biçimde gözlemlenmektedir.

Öncelikle, 1926 tarihli düzenleme, Aydınlanma düşüncesi ve Klasik Ceza Hukuku Okulu'nun (*Scuola Classica*) etkisi altında şekillenmiştir. Bu yaklaşımda birey, devlet karşısında korunması gereken temel bir değer olarak kabul edilmekte; devlet ise hukuki sınırlar içerisinde faaliyet gösteren bir organizasyon olarak tasavvur edilmektedir. Bu çerçevede ceza hukuku, bireysel özgürlükleri sınırlayan bir araç olmaktan ziyade, bu özgürlükleri güvence altına alan bir mekanizma olarak kurgulanmıştır. Suç ve ceza teorisinde insanın serbest iradeye sahip olduğu kabul edilmiş; cezalandırma, bu irade ve kusur temeline dayandırılmıştır.

Bu yaklaşım, memur kavramının tanımlanmasında da kendini göstermektedir. İlk metindeki tanımda belirleyici olan, yürütülen faaliyetin türü olmayıp bu faaliyetin devlet örgütlenmesinin nezareti altındaki bir hizmet içinde yer almasıdır. Tanım, işlev türlerini saymamakta, kategoriler arasında derecelendirme yapmamakta ve kamu otoritesinin

³⁸⁷ 3038 sayılı Kanun gerekçesi: “*Ceza Kanununun kimlerin memur sayılacağını gösteren 279. maddesi, özellikle bu layiha ile teklif olunan değişikliklerden sonra, maksadı ifadeye kâfi gelmemektedir. Esasen bu eksiklik nedeniyle mer’i kanunun 211. maddesinde 279. maddedeki tarifi dışında kalan bazı kimselerin de, memur gibi rüşvet suçu işleyebilecekleri kabul olunmuştur. Devletin emniyeti aleyhine cürümler bahsinde yapılması teklif olunan değişiklikler sebebi ile de, memur hakkındaki tarifi daha geniş tutulması lüzumuna kani olan ve değişikliği teklif olunan maddelerin bazılarında, memurdan başka, kamu hizmeti görmekle muvazaf kimselerden bahsedilmekte ve bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte olduğunu göz önünde tutan encümenimiz 279. maddenin de tadilini teklif etmeğe karar vermiştir.*” (aktaran Demren Dönmez, s. 107).

kullanımına ilişkin herhangi bir ölçüt içermemektedir; ceza hukuku bakımından memur, devletle kurduğu bağ üzerinden tanımlanan yalın bir hizmet öznesidir.

Devlet ve kamu idaresi aleyhine suçlar bakımından da benzer bir yaklaşım söz konusudur. Zanardelli etkisi altındaki sistemde bu suçlar, devletin yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinin hukuka uygun şekilde işlemlerini korumayı amaçlamaktadır. Devlet, bu anlamda kutsal veya mutlak bir varlık olarak değil, işlevsel bir yapı olarak ele alınmakta; ceza hukuku koruması da devletin varlığından ziyade işleyişine yönelmektedir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, failin cezalandırılabilmesi için hazırlık hareketlerinin ötesine geçilmesi ve somut icra hareketlerinin gerçekleşmesi aranmaktadır. Böylece ceza hukuku müdahalesinin sınırları dar tutulmakta ve birey lehine bir koruma alanı oluşturulmaktadır.

Cezalandırma siyaseti bakımından da Zanardelli etkisi açıkça hissedilmektedir. Cezaların insancıl bir nitelik taşıdığı, suçlunun ıslahı ve yeniden topluma kazandırılmasının ön plana çıktığı görülmektedir. Ayrıca, şüpheli ve sanık haklarını koruyan, savunma hakkına önem veren ve ceza yargılamasında güvenceleri esas alan garantist bir yaklaşım benimsenmiştir.

Sonuç olarak 765 sayılı Kanunun ilk hâli, bireyi merkeze alan, devletin yetkilerini hukukla sınırlayan ve ceza hukukunu özgürlükleri güvence altına alan bir araç olarak kurgulayan liberal bir anlayışın ürünüdür; memur tanımı bakımından da bu anlayışın dar, yalın ve bağlılık esaslı tekniğini yansıtmaktadır.

2.1.2.3. 3038 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik

11 Haziran 1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanunla 279. madde bütünüyle yeniden yazılmıştır.³⁸⁸ Yeni metin şu şekildedir:

“Ceza Kanununun tatbikatında:

³⁸⁸ Erman, s. 240: “Ancak 1936 tâdilâtiyle sözü geçen madde değiştirilmiş ve bu sefer 1930 İtalyan kanununun 357 ve 358 inci maddeleri mehzaz ittihaz edilerek” yeni metin kaleme alınmıştır. Değiştirilmiş metnin tam hâli için ayrıca bkz. Soyaslan, s. 45. 765 sayılı Kanunun kamu hizmetlilerini geniş anlamda memur kavramı içine alıp ikinci fıkrada düzenlediği yönünde bkz. **Özen/Tozman**, s. 25 vd.

1 - Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

1 - Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”

Bu metin, Rocco Kanunu’nun 357 ve 358. maddelerinin ilk halinin neredeyse kelimesi kelimesine çevirisidir. Birinci fıkra 357. maddeyi izlemektedir: birinci bent, kamusal işlev yürüten Devlet veya diğer kamu kurumu memur ve müstahdemlerini (mehazdaki *impiegati* karşılığı); ikinci bent, aynı işlevi ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak yürüten diğer kimseleri kapsamaktadır. İkinci fıkra ise 358. maddenin yapısını amme hizmeti bakımından tekrarlamaktadır. Üçlü işlev ayrımı, iki bentli karma ölçüt ve memur ile amme hizmetiyle muvazzaf kimse ikiliği, 1930 tarihli mehzadan alınmıştır. Ne var ki iktibas, mehzazın kişi tasnifini tam olarak izlememiştir: Rocco sisteminin 359. maddedeki üçüncü kategorisi, kamusal gereklilik hizmeti icra edenler, 279. maddeye taşınmamıştır.³⁸⁹ Eksiklik kategori düzeyiyle sınırlı da kalmamıştır: mehzazda memur ile kamu hizmetlisi ikiliğine özel hükümler düzeyinde farklılaştırılmış bir yaptırım sistemi eşlik ederken, 1936 değişikliği ikiliği tanım maddesine aktarmış, buna bağlanan sonuçları özel hükümlere —birkaç istisna dışında— yansıtmamıştır; ayırım, kanunun sisteminde böylece büyük ölçüde işlevsiz kalmış; sonucu, amme hizmeti görenlerin yalnız memurdan söz eden görev suçlarının faili olamamasından ibaret kalmıştır.³⁹⁰

³⁸⁹ İktibasın kapsamı için bkz. Soyaslan, s. 44: 357 ve 358. maddelerdeki iki kategori “hemen aynı ifadelerle” 279. maddeye aktarılmış, amme için zorunlu hizmet yapanlar (m. 359) madde kapsamı dışında tutulmuştur.

³⁹⁰ Soyaslan, s. 44 ve 50. Yazara göre ikili ayırım 279. maddede mevcut olduğu hâlde özel hükümlere yansıtılmadığından, memur ile kamu hizmetlisi arasında ayırıcı ölçüt aramak sonuçsuz bir çabadır; Yargıtay uygulamasında da odacı, hizmetli, şoför, bekçi, muhtar ve imamlar memur sayılmamıştır (s. 50).

Paradigma değişimi bu noktadadır: Türk hukukunda memur tanımının mehazı, 1936'dan itibaren Zanardelli Kanunu olmaktan çıkmış, Rocco Kanunu olmuştur. Değişiklik, tanım tekniğinin üç kurucu unsurunu birden dönüştürmüştür. Bağlılık (nezaret) ölçütü, yerini istihdam bendi ile işlev bendinin yan yanallığından oluşan karma ölçüte bırakmış; tek kategori, memur ve amme hizmetiyle muvazzaf kimse ikiliğine dönüşmüş; işlev unsuru, teşrii-idari-adli üçlemesiyle tanımın merkezine yerleşmiştir. 765 sayılı Kanun, 1936'dan yürürlükten kalktığı 2005 yılına kadar bu Rocco kaynaklı tanımla uygulanmıştır.

Değişikliğin gerekçesi, genişlemenin amacını açıkça ortaya koymaktadır: encümen, memur hakkındaki tarifi daha geniş tutulması lüzumuna, Devletin emniyeti aleyhine cürümler bahsinde teklif olunan değişiklikler sebebiyle kani olmuştur.³⁹¹ Tanımın işlevselleştirilmesi ve genişletilmesi, mehazında olduğu gibi, devletin korunmasına ilişkin suç siyasetinin bir türevi olarak gerçekleştirilmiştir. Bu tespit, mehaz değerlendirmesinde ulaşılan sonucu Türk hukuku bakımından doğrulamaktadır: tanımın karakterini belirleyen, tekniğin kendisi olmayıp tanımın hizmet ettirildiği korunan hukuki değerdir.

1936 değişiklikleri, tanım maddesiyle sınırlı kalmamış; Türk Ceza Kanunu'nun 1889 tarihli mehazından devraldığı liberal karakterden uzaklaşarak Rocco Kanunu'nun etkisi altında daha otoriter ve devlet merkezli bir yapıya yönelmesine yol açmıştır. Bu dönüşüm, ceza hukukunun koruma eksenini bireyden devlete kaydıran ve kamu otoritesinin korunmasını önceliklendiren bir anlayışın benimsenmesiyle kendini göstermektedir.³⁹²

Yargıtay'ın 279. maddeyi önce geniş, sonra "Devlet hizmeti gören memur" anlamında dar yorumlayışı ve kimlerin memur sayılıp sayılmadığına ilişkin 1945-1959 tarihli kararların künyeleri için **Kıyak/Çağlayan/Şenbil**, s. 252-256; bilirkişinin 279. maddenin ikinci fıkrası anlamında amme hizmeti gören kimse sayılmakla birlikte memur sayılmadığı yönünde Yarg. 4. CD, 11.5.1951, 3561/3561 ve 18.6.1952, 7256/6630 (aktaran aynı eser, s. 254-256). Mehaz normların iktibas ilişkisi için bkz. **Erman**, s. 240; **Soyaslan**, s. 44: Rocco Kanunu'nun 357 ve 358. maddelerinde tarif edilen iki kategori "hemen aynı ifadelerle" 279. maddede düzenlenmiş, buna karşılık amme için zorunlu hizmet yapanlara ilişkin 359. madde kapsam dışında bırakılmıştır. Amme vazifesi–amme hizmeti ayrımının kamu görevi–kamu hizmeti ayrımına indirgenerek tartışıldığı yönünde bkz. **Özen/Tozman**, s. 36-37.

³⁹¹ Gerekçenin tam metni için bkz. yukarıda dn. 387. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve dairelerinin her somut olayda memur olup olmama belirlemesi yaptığı yönünde bkz. **Özen/Tozman**, s. 37.

³⁹² 3038 sayılı Kanun değişikliğinin tek parti döneminin otoriter tutumunun ürünü olduğu, devlete karşı suçları faşist devlet anlayışından esinlenen 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'na dayanarak baştan başa yeniden düzenlediği ve liberal temelli kanun içinde "çelişik bir yapı" yarattığı yönünde **Özek**, "Devlete Karşı Suçlar", s. 468-469.

Bu yönelim, öncelikle “Devletin şahsiyetine karşı cürümler” başlığı altında yapılan değişikliklerde belirginleşmektedir. 1926 tarihli metinde “vatanın emniyeti” kavramı etrafında şekillenen düzenleme, 1936 değişikliğiyle birlikte devletin ideolojik ve kurumsal bütünlüğünü esas alan bir çerçeveye dönüştürülmüştür. Bu kapsamda, devletin temel nizamlarını değiştirmeye yönelik faaliyetler ile bu doğrultuda örgütlenme girişimleri ağır yaptırımlara bağlanmış; henüz icra aşamasına ulaşmamış hazırlık hareketleri ve soyut tehlike halleri dahi cezalandırılabilir kabul edilmiştir. Böylece ceza sorumluluğunun sınırları genişletilerek birey aleyhine, devlet lehine bir koruma alanı tesis edilmiştir.

Kamu görevlisi kavramına ilişkin düzenlemede de belirgin bir genişleme söz konusudur. 279. maddede yapılan değişiklikle, yalnızca devlet kadrosunda yer alan memurlar değil, amme müesseseleri bünyesinde görev yapan memur ve müstahdemler ile amme vazifesi veya hizmeti gören diğer kimseler de kapsama alınmıştır. Bu genişletme, daha fazla kişinin memur suçları bakımından sorumluluk alanına dâhil edilmesine ve dolayısıyla kamu otoritesinin daha yoğun biçimde korunmasına hizmet etmiştir.

Devlet idaresine karşı işlenen suçlar bakımından da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Kamu görevlisine yönelen fiiller, yalnızca bireye karşı işlenmiş suçlar olarak değil, doğrudan devlet otoritesine yönelmiş saldırılar olarak değerlendirilmiştir. Bu çerçevede kamu görevlisine karşı direnme veya hakaret gibi fiiller ağır yaptırımlara bağlanmış; kamu görevlisinin haksız fiiline karşı koyma imkânı sınırlandırılmış; kamu görevlisine yönelik suçlamalarda ispat hakkının daraltılması suretiyle devlet otoritesinin sorgulanamazlığı güçlendirilmiştir.³⁹³ Mehaz hukukta bu yaklaşım faşist anlayışın ürünü sayılmış ve faşizmin çöküşünden sonra 1944 tarihli değişiklikle memura hakarete ispat hakkı ile haklı sebeplerle karşı koymanın cezasızlığı yeniden kabul edilmiştir.

Ekonomik ve toplumsal düzen bakımından da Rocco Kanunu’nun korporatist yaklaşımının etkileri görülmektedir. Grev ve lokavt gibi kolektif haklar, toplum ekonomisine zarar verdiği gerekçesiyle suç olarak düzenlenmiş; bu suretle ekonomik faaliyetlerin devlet kontrolü altında tutulması amaçlanmıştır. Son olarak, adliye karşı

³⁹³ Mehazdaki karşılığı ve bunun faşist anlayışın ürünü sayılması için bkz. yukarıda dn. 361.

suçlar kapsamında getirilen ihbar yükümlülüğü de bu dönemin karakteristik özelliklerinden biridir: vatandaşlara suçları bildirme yükümlülüğü yüklenmiş ve bu yükümlülüğün ihlali cezai yaptırıma bağlanmıştır.³⁹⁴

Sonuç olarak 1936 değişiklikleri, devletin şahsiyetini merkeze alan, bireysel özgürlükleri kamu yararı gerekçesiyle sınırlayan ve kamu otoritesini geniş bir koruma alanı içine alan bir ceza hukuku sisteminin inşasına hizmet etmiştir. Memur tanımının işlevselleştirilerek genişletilmesi, bu inşanın kurucu parçalarından biridir.

2.1.2.4. Memur-Kamu Hizmetlisi Ayrımı

3038 sayılı Kanunla kurulan yapı, 279. maddenin birinci fıkrasında memuru, ikinci fıkrasında ise amme hizmetiyle muvazzaf kimseyi düzenlemektedir. İki kategori, mehzadaki *pubblico ufficiale-incaricato di un pubblico servizio* ayrımının karşılığıdır; Türk kanun koyucusunun amme hizmetlilerini de memur kavramı içinde toplayıp toplamadığı ise öğretilerde tartışmalıdır: bir görüş 3038 sayılı Kanunun gerekçesine dayanarak ikinci fıkradakileri de memur sayarken, diğer görüş maddenin iki ayrı kategori tanımladığını ve amme hizmeti görenlerin memur sayılmadığını kabul etmektedir.³⁹⁵ Bu

³⁹⁴ Bu düzenlemelerin mehzadaki karşılıklarının faşizm sonrasında otoriter nitelikleri nedeniyle kaldırılmak istendiği hususunda **Özek**, “Tadil Çalışmaları”, s. 87-88 (1950 projesi: ihbar mükellefiyetinin ve grev ile lokavt suçlarının kaldırılması), s. 94 (1960 tasarısı: m. 364’ün “demokratik ve hürriyetçi bir rejimle” bağdaşmadığı).

³⁹⁵ 765 sayılı Kanun m. 279’un 3038 sayılı Kanunla değişik metni için bkz. **Volkan Aslan**, “Zimmet Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S. 1, 2013, s. 43-66, s. 50, dn. 50. İkinci fıkradaki amme hizmetiyle muvazzaf kimselerin de memur sayılması gerektiği, 3038 sayılı Kanunun Adliye Encümeni gerekçesindeki “bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte” ifadesine dayanılarak savunulmuştur: **Keyman**, “Memurin Muhakematı”, s. 183, 186-187 (Onar’a atıfla; gerekçe için bkz. yukarıda dn. 387). Karşı görüşe göre ise madde iki ayrı kategori tanımlamaktadır; amme hizmeti görenler memur sayılmadığı gibi, kanun yalnız “memur”dan söz ettiği için zimmet, ihtilas ve irtikâp gibi suçların faili de olamamaktadır: **Yarsuvat**, s. 528; **Donay**, s. 31-32; **Tozman**, *Memurların Yargılanması*, s. 28-29 ve dn. 58 (Erman, Kunter ve Çağlayan’a atıfla). Aynı yönde Yarg. 4. CD, 3.7.1995, E. 1995/853, K. 1995/5042 (aktaran **Tozman**, s. 37, dn. 97). Ayrımın biri ceza hukukuna diğeri idare hukukuna ait iki memur kavramı ürettiği ve ceza hukukundaki memur kavramının idare hukukundakiyle benzerlik ve bağlantısı bulunmadığı yönündeki görüş ile bunun Ceza Genel Kurulu kararlarındaki karşılığı için **İzzet Özgenç**, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 329-348, s. 332 (Yarg. CGK, 20.01.1969, 693/17 ve Yarg. CGK, 25.11.1985, E. 1985/410, K. 1985/595’e atıfla; 1969 kararı aktaran Özgenç); ceza kanununda “memur” yerine “kamu görevlisi” kavramının ikame edilmesi hâlinde 279. madde türü bir hükme ve “kavram anarşisi”ne yer kalmayacağı önerisi için aynı makale, s. 336-337.

yönüyle Türk düzenlemesi, mehzadaki iki ayrı kategoriye tek bir üst kavram altında birleştirmekle mehzadan ayrılmaktadır.

İki kategori arasındaki ayrımın hangi ölçüte dayandığı, maddenin lafzından doğrudan çıkarılamamaktadır. Birinci fıkra memuru teşrii, idari veya adli bir amme *vazifesi* gören kişi olarak; ikinci fıkra amme hizmetlisini bir amme *hizmeti* gören kişi olarak tanımlamakta, fakat amme vazifesi ile amme hizmetini birbirinden ayıran ölçütü göstermemektedir.³⁹⁶ Böylece ayrımın içeriği, doktrine ve içtihadı bırakılmıştır. Öğretide bu ayrım, doğrudan kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki ayrıma indirgenerek tartışılmış; memurun yürüttüğü faaliyet kamu görevi, amme hizmetlisinin yürüttüğü faaliyet ise kamu hizmeti olarak nitelenmiştir.³⁹⁷

Ayrımın ceza hukuku bakımından sonucu, iki kategorinin farklı suç tiplerinin faili veya mağduru olabilmesidir. Bazı görev suçlarının yalnızca dar anlamda memur tarafından işlenebilmesi, buna karşılık kimi hükümlerin amme hizmetlilerini de kapsamı, memur ile amme hizmetlisi arasındaki sınırın somut olayda belirlenmesini zorunlu kılmıştır.³⁹⁸

³⁹⁶ Maddenin ayırıcı ölçütü göstermeyip idare hukukuna zımnen atıfta bulunduğu yönünde bkz. **Erman**, s. 243. Aynı yönde **Soyaslan**, s. 46: kanunda açıklık bulunmadığından “problemin çözümünü ceza hukuku alanında değil, idare hukuku alanında aramak gerekir”. Uygulamacı literatüründe aynı yönde **Kıyak/Çağlayan/Şenbil**, s. 251 (maddenin iki ajan tipini faaliyetin mahiyetiyle ayırdığı, ancak kavramları tarif etmediği); Temyiz Mahkemesinin geniş anlayıştan istisnalara yönelen içtihat seyri ve karar listesi için aynı eser, s. 252-256.

³⁹⁷ İki kategoriye birbirinden ayıran yegâne kıstasın ifa edilen faaliyetin mahiyetinde bulunduğu yönünde bkz. **Erman**, s. 242; **Soyaslan**, s. 45; ceza hukuku bakımından kamu hizmetinin kamu görevi niteliği taşımayan faaliyet olarak belirlendiği, yasama ve yargı faaliyetlerinin esasen kamu görevi oluşturduğu, idari faaliyetin ise her iki nitelikteki faaliyetleri içerdiği yönünde **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 536-537. İdare-işletme ayrımı ve idarenin kamu gücüne dayanan tek yanlı işlemleriyle işletme faaliyeti arasındaki fark için bkz. **Özen/Tozman**, s. 38; kamu hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi ölçütü için ayrıca bkz. **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 308-309 (özel yürütüm-kamusal yürütüm ayrımı), 311 (idari kamu hizmetlerinde kamusal yürütümün kural olduğu).

³⁹⁸ 1936 tadilinden sonra da amme hizmeti görenlerin memur kavramına girmediği ve bu nedenle yalnız “memur”dan söz eden görev suçlarının faili olamadığı yönünde **Yarsuvat**, s. 528; kanunun bazı maddelerinde yalnız “memur”dan (m. 202, 206, 208, 209, 216), bazılarında “memur veya amme hizmetini ifa ile mükellef kimse”den (m. 183) söz edildiği ve bu nedenle ayrımın zorunlu olduğu hususunda **Donay**, s. 31-32 ve dn. 20; 765 sayılı Kanun döneminde amme hizmetlilerinin zimmet faili sayılmadığı yönünde Yarg. 4. CD, 1995 ve Yarg. 5. CD, 1998 kararları için **V. Aslan**, s. 50-51. Sınır vakası olarak iflâs idaresi memurunun “muvakkat, ücretli ve ihtiyarî olarak adli bir amme vazifesi gören” kişi sayılması için **Sahir Erman**, “İflâs İdaresi Memurları, Ceza Kanununun Tatbikinde Memurdurlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 31-40, s. 39-40; aksi görüş (Postacıoğlu: amme kudreti kullanılmadığı) ve bu görüşün Şekercioğlu tarafından benimsenmesi için aynı makale, s. 36 (Şekercioğlu, Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, İstanbul 1974, s. 24, aktaran Erman).

Bu belirleme ihtiyacı, kamu görevi ile kamu hizmetini ayırt eden bir ölçüt arayışını doğurmuş; izleyen başlıkta ele alınan teoriler bu arayışın ürünüdür.

2.1.3. Kamu Görevi-Kamu Hizmeti Ayrımı

Memur ile amme hizmetlisini ayıran ölçüt, esasen bu kişilerin yürüttüğü faaliyetin kamu görevi mi yoksa kamu hizmeti mi olduğunun belirlenmesine dayanır. 765 sayılı Kanun döneminde öğreti ve içtihat, bu iki kavramı birbirinden ayırmak için farklı ölçütler geliştirmiştir.³⁹⁹ Aşağıda bu ölçütler, dayandıkları esas bakımından ayrı başlıklar altında ele alınmaktadır. Bu ölçütlerin çokluğu ve hiçbirinin tek başına genel kabul görmemiş olması, karma tanımın yorumcuya bıraktığı belirleme yükünün somut görünümüdür.

2.1.3.1. Gaye Teorisi

Gaye teorisi, ayrımı faaliyetin devlet bakımından taşıdığı zorunluluk ölçütüne dayandırır. Bu teoriye göre amme vazifesi, devletin devlet olarak gerçekleştirmek zorunda olduğu, ifası zaruri görülen faaliyettir; amme hizmeti ise devletin kendi faaliyet alanına ihtiyari olarak aldığı işlerden ibarettir. Ölçüt, Yargıtay içtihadında da benimsenmiştir. Yargıtay bir kararında amme vazifesini “devlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetler” olarak tanımlamış; devletin zorunlu olarak yerine getirmek ödevinde olduğu işlere ilişkin olmayan ve bunlara fer’î olarak da bağlı bulunmayan faaliyetleri amme hizmeti saymıştır.⁴⁰⁰ Teorinin ayırt edici yönü, ölçütü

³⁹⁹ İdare hukuku öğretisinde de 765 sayılı Kanun’un 279. maddesindeki “amme vazifesi gören” ve “amme hizmeti gören” deyimlerinin, kamu hizmeti kavramının faaliyeti ifade eden maddi anlamında değil, kamu kesiminde çalışanların meslek ve meşgalesini ifade eden ödevsel anlamında kullanıldığı belirtilmiştir: **Duran**, s. 301-302. 765 sayılı Kanun’un 20. maddesindeki “amme hizmeti” kavramının idare hukukundaki kamu hizmeti kavramıyla aynı anlamı ve hukuki rejimi içermediği yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 361. Aynı yönde **Duran**, s. 302, dn. 2 (765 sayılı Kanun m. 20, 31 ve 34’teki “hidematı âmmeden men” deyimini bakımından).

⁴⁰⁰ Gaye teorisinin öğretideki ifadesi için bkz. **Erman**, s. 243-244. Ölçütün içtihatındaki karşılığı için bkz. **Yargıtay Hususi Dairesi**, 4.3.1947, E. 173/K. 116; karar metni için bkz. **Erman**, s. 244, dn. 30 (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XIII, S. 2, s. 755’ten naklen). Teorinin tenkidi için bkz. **Erman**, s. 245-246; **Soyaslan**, s. 47. Kararın **Demren Dönmez**, s. 109-110’daki aktarımı için ayrıca bkz. oraya. Takdir yetkisi ve kamusal iradenin oluşumuna katılma ölçütü için bkz. **Özen/Tozman**, s. 38. Mevaz hukukta poteri tipici ölçütüyle karşılaştırma için bkz. yukarıda 2.1.1.3 (“Mevaz Hukukta 1990 Reformu”) başlığı altında anılan 1990 tarihli m. 358 metni (kamu hizmetinin “tipik yetkilerden yoksun” faaliyet olarak tanımlanması).

faaliyetin niteliğinde değil, devletin o faaliyeti üstlenmesindeki zorunluluk derecesinde araması ve böylece ayrımı devletin ödevleri kuramına bağlamasıdır.

2.1.3.2. İdare İşletme Teorisi

İdare-işletme teorisi, ayrımı faaliyetin yürütülüş biçimine dayandırır. Bu teoriye göre belirleyici olan, faaliyetin kamu gücüne dayanan tek yanlı işlemlerle mi yoksa özel hukuk kişilerinininkine benzer işletme faaliyeti biçiminde mi yürütüldüğüdür. İdarenin, kamu hukukundan doğan üstünlük ve ayrıcalıklarını kullanarak, tek yanlı ve icrai işlemlerle yürüttüğü faaliyetler amme vazifesi; buna karşılık idarenin bir teşebbüs gibi, özel hukuk usulleriyle ve kamu gücüne başvurmaksızın yürüttüğü ekonomik ve ticari nitelikteki faaliyetler amme hizmeti sayılır.⁴⁰¹ Teorinin ayırt edici yönü, ölçütü faaliyetin amacıyla değil, yürütülüş usulünde —kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığında— araması; böylece ayrımı, mehzadaki nesnel-işlevsel ölçütün otoriter yetki unsuruna yaklaştırmasıdır.

2.1.3.3. Takdir Hakkı Teorisi

Takdir hakkı teorisi, ayrımı faaliyeti yürüten kişinin karar alma yetkisine dayandırır. Bu teoriye göre memur, gördüğü işte belirli bir takdir yetkisi kullanan, kamu adına karar alan ve irade açıklayan kişidir; amme hizmetlisi ise verilen işi takdir yetkisi kullanmaksızın, bağlı yetkiyle icra eden kişidir. Belirleyici ölçüt, faaliyetin kamusal iradenin oluşumuna ve açıklanmasına katılım içerip içermediğidir.⁴⁰² Teorinin ayırt edici yönü, ölçütü faaliyetin türünde değil, faili donatan yetkinin niteliğinde araması ve böylece dar anlamda

⁴⁰¹ Ayrımın mehzadaki kökeni için bkz. **Erman**, s. 245: Barthélemy, hâkimiyet fonksiyonları ile temsilîyet fonksiyonlarını tefrik etmekte; birinciler amme kudretinin müdahalesini icabettirdiği için amme fonksiyonuna, hususi şahıslar tarafından da ifa edilebilen ikinciler ise amme hizmetine tekabül etmektedir. Teorinin tenkidi için bkz. **Erman**, s. 246 (amme kudretinin idarenin her safhasında müdahale ettiği, bu nedenle tefrikin amme fonksiyonunu amme hizmetinden ayırmaya elverişli olmadığı). Fikrî-maddi faaliyet ayrımı için bkz. Özen/Tozman, s. 38. Mehaz hukukta “salt maddi edim”in (opera meramente materiale) kamu hizmeti tanımı dışında bırakılması için bkz. yukarıda 2.1.1.3 (“Mehaz Hukukta 1990 Reformu”) başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁰² Ölçütün kaynağı için bkz. **Erman**, s. 247-248: Saltelli-Romano-Di Falco ve Gallo’ya göre kendi ferdî iradesiyle üstün Devlet iradesinin teşekkülüne herhangi bir surette iştirak eden kimse amme vazifesi, bu teşekkülde faal rol oynamayan kimse ise amme hizmeti görür. Ölçütün emir verme ve kumanda etme yetkisi biçimindeki formülasyonu için bkz. Soyaslan, s. 47. Teorinin tenkidi için bkz. **Erman**, s. 249. Mehaz hukukta poteri tipici ölçütüyle karşılaştırma için bkz. yukarıda 2.1.1.3 (“Mehaz Hukukta 1990 Reformu”) başlığı altında anılan 1990 tarihli m. 358 metni (kamu hizmetinin “tipik yetkilerden yoksun” faaliyet olarak tanımlanması). Ölçütlerin bir arada değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Özen/Tozman, s. 38.

memuru, kamusal karar yetkisini kullanan kişiyle özdeşleştirmesidir. Bu ölçüt, mehzaz hukukun 1990 reformunda kamu görevlisini kamu hizmetiyle görevli kişiden ayıran “tipik yetkiler” (*poteri tipici*) ölçütüyle işlevsel bakımdan örtüşmektedir.

2.1.3.4. Fikri-Maddi Faaliyet Teorisi

Fikri-maddi faaliyet teorisi, ayrımı yürütülen işin fikrî veya maddi niteliğine dayandırır. Bu teoriye göre amme vazifesi, muhakeme, değerlendirme ve karar gerektiren fikrî bir faaliyettir; buna karşılık salt bedensel ya da mekanik nitelikteki, muhakeme içermeyen maddi işler amme hizmeti sayılır. Ölçüt, kamusal işlevin özünü fikrî katkıda gördüğü için, yalnızca maddi edim sunan kişileri memur kavramının dışında tutar.⁴⁰³ Teorinin ayırt edici yönü, ölçütü faaliyetin amacıyla ya da usulünde değil, işin muhteva olarak fikrî mi maddi mi olduğunda araması; böylece mehzaz hukukun 1990 reformunda kamu hizmeti tanımının dışında bırakılan “salt maddi edim” kategorisiyle aynı sınırlandırıcı işlevi görmesidir.

2.1.3.5. Karma Teori

Karma teori, tek bir ölçütün ayrımı tüketici biçimde açıklamaya yetmediğinden hareketle, yukarıdaki ölçütleri bir arada kullanır. Bu teoriye göre bir faaliyetin amme vazifesi mi yoksa amme hizmeti mi olduğu; devletin o faaliyeti üstlenmesindeki zorunluluk, faaliyetin kamu gücüne dayanan usullerle yürütülüp yürütülmediği, faili donatan takdir yetkisinin varlığı ve işin fikrî niteliği ölçütlerinin birlikte değerlendirilmesiyle belirlenir.⁴⁰⁴ Teorinin ayırt edici yönü, tek bir ayırıcı esas benimsememesi; ayrımı,

⁴⁰³ Bkz. Erman, s. 247: Manzini’ye göre amme vazifesi çok fikrî bir faaliyet icabettirdiği hâlde, amme hizmeti mekanik ve bedenî bir çalışmayı istilzam eyler; aynı yönde Longhi’nin fikrî faaliyet-bedenî faaliyet tefriki. Ölçütün “müphem ve gayri vazih” olduğu yönündeki tenkit için bkz. Erman, s. 249. Mehzaz hukukta “salt maddi edim”in (opera meramente materiale) kamu hizmeti tanımı dışında bırakılması için bkz. yukarıda 2.1.1.3 (“Mezhaz Hukukta 1990 Reformu”) başlığı altındaki açıklamalar. Ölçüt çokluğunun kavramın kanun metninde yeterince belirlenmemiş olmasından kaynaklandığı yönündeki değerlendirme için bkz. Özen/Tozman, s. 43-44.

⁴⁰⁴ Ölçütlerin tek başına yetersiz kalmasının karma teorileri doğurduğu yönünde bkz. Soyaslan, s. 47. Antolisei’nin, ayırıcı hattın çizilemeyeceğini kabul etmekle birlikte tereddütleri azaltmak amacıyla önerdiği yardımcı ölçütler (kurumun iradesinin oluşumuna fikrî katkı, kurum adına direktif verme, kurumu dışa karşı temsil, otorite yetkileriyle donatılma, delil niteliğinde belge düzenleme yetkisi) için bkz. Soyaslan, s. 48-49. Türk öğretisinde hukukî tasarruf veya fiilde bulunma ya da bunlara amme hukuku usulüne uygun surette iştirak etme ölçütü için bkz. Erman, s. 251-252. Ölçütün 765 sayılı Kanun döneminde en açık formülasyonu için Özgenc, *Kamu Görevi*, s. 333-334: kamu otoritesi adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre, AY m. 128’deki ifadeyle genel idare esaslarına göre iştirak eden herkes kamu görevlisidir; bu hâlde az veya çok, mutlaka kamu otoritesine ait iktidar ve yetki kullanılmaktadır. Öğreti ve

birbirini tamamlayan ölçütlerin somut olaydaki ağırlığına göre yapılan bir değerlendirmeye bağlamasıdır.

Bu teori çokluğunun kendisi, çalışmanın merkezî tezi bakımından belirleyici bir olgudur. Memur ile amme hizmetlisi arasındaki sınırı çizmek üzere birbirinden farklı esaslara dayanan dört ayrı ölçütün geliştirilmiş olması ve nihayet bunların hiçbirinin tek başına yeterli görülmeyip karma bir değerlendirmeye başvurulması, ayrımın kanun metninde yeterince belirlenmemiş olmasının doğrudan sonucudur. Karma tanım, kategoriyi kurmuş fakat kategoriler arasındaki sınırı çizecek ölçütü göstermemiş; bu boşluk, öğretide bir ölçüt çoğulluğuna, uygulamada ise her somut olayda yeniden yapılan bir niteleme faaliyetine yol açmıştır.⁴⁰⁵ Aynı yapısal belirsizliğin mehzaz hukukta da kamusal sıfatların kontrolsüz uygulanmasıyla sonuçlandığı yukarıda gösterilmişti; Türk hukukundaki teori çokluğu, bu ortak belirsizliğin Türk doktrinindeki görünümüdür.

2.2. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA KAMU GÖREVLİSİ TANIMI

2.2.1. 5237 Sayılı Kanun'un 6/1-c Maddesindeki Tanım

2.2.1.1. Tanım Normunun Esası

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan tanımlar maddesi, ceza hukukunda belirlilik ilkesinin (lex certa) somutlaşmasını sağlayan temel normatif dayanaklardan biridir. Belirlilik ilkesi, kanunilik ilkesinin (nullum crimen, nulla poena sine lege) zorunlu bir

İçtihatla kabul edilen ayrımın özeti (devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevi, böyle bir yetki gerektirmeyen faaliyetler kamu hizmeti) için aynı makale, s. 333. Erman'ın 1947 tarihli ölçütünü 1975'te üç şartlı bir test (kanunun cevazı; devlet ile fert arasında kamu hukuku bağı; faaliyetin kamu görevi olması) olarak yeniden formüle etmesi için **Erman**, *İflâs İdaresi*, s. 32; kamu hukuku bağının tek başına memur sıfatı vermediği, ayrıca faaliyetin amme vazifesi olması gerektiği hususunda aynı makale, s. 35. Karma değerlendirmenin idare hukukundaki karşılığı için bkz. yukarıda 1.1.2.3.2 ve 1.2.1.3 başlıkları altındaki açıklamalar ve orada anılan kaynaklar.

⁴⁰⁵ Öğretide hâkim bir fikrin dahi bulunmadığı yönünde bkz. **Soyaslan**, s. 46. Ayrımın idare hukuku bakımından savunulabilir olsa dahi ceza kanunu bakımından mahzurlu neticeler doğurduğu ve kanun koyucunun maksadına muhalif düştüğü yönünde bkz. **Erman**, s. 252-253. Mehzaz hukukta aynı belirsizliğin içtihatla "sayısız çelişki" ve "ölçüsüz" bir genişleme ürettiği, bu nedenle Antolisei'nin tek kavrama, yani Zanardelli formülüne dönülmesini savunduğu yönünde bkz. **Soyaslan**, s. 43, 49. Ayrımın Türk hukukunda özel hükümlere yansımaması sebebiyle ayırıcı ölçüt aramanın sonuçsuz kaldığı yönünde bkz. **Soyaslan**, s. 49-50. Aynı dairenin dört ay arayla, aynı nitelikteki iki iktisadi devlet teşekkülünün personeli hakkında birbirine aykırı gerekçelerle verdiği kararlar için **Yarsuvat**, s. 541-542; Yarg. 6. CD, 7.6.1968, E. 3314, K. 3512 ve Yarg. 6. CD, 16.10.1968, E. 5355, K. 5470.

tamamlayıcısı olarak, ceza normlarının kapsam, içerik ve sınırlarının önceden öngörülebilir, açık ve herkes tarafından aynı şekilde anlaşılabilir nitelikte düzenlenmesini gerektirir. Bu çerçevede, tanımlar maddesi kanunda yer alan kavramların kapsam ve içeriklerini netleştirerek uygulamada yorum birliğini temin etmekte; bireylerin suç teşkil eden fiilleri önceden bilmesini sağlayarak ceza hukukunun temel ilkelerinden olan öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik gereklerinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir.⁴⁰⁶

Hukuk normları, dil aracılığıyla kurulmuş soyut düzenlemelerdir. Dilin doğası gereği anlam çoğulluğu dikkate alındığında soyut normu oluşturan ifadelerin ne anlama geldiğinin belirlenmesi, bir anlamlandırma faaliyetini, yani yorumu gerektirir. Bir başka deyişle kanunlarda soyut olarak tasvir edilen hukuk normları somut olaya uygulanırken zorunlu bir yorum faaliyetine tabi tutulur. Buradaki yorum, normun anlamı, kapsamı ve sonucunu tespit etmeye yöneliktir. Bir başka deyişle soyut normdaki tasvirin, somut olaya tatbik imkânı olup olmadığını anlaşılması için öncelikle soyut normun neyi tarif ettiğinin anlaşılması gerekmektedir. Belirlilik ilkesi gereğince ceza hukukunda soyut normun neyi tarif ettiği; hangi fiili yasakladığı, suçun konusunun ne olduğu, failin ve mağdurun kim olabileceği, suçun yaptırımının ne olduğu gibi hususların hiçbir yorum faaliyeti gerektirmeksizin açık, net ve anlaşılabilir olması gerekmektedir. Bir başka deyişle ceza normu herkes tarafından aynı şekilde anlaşılmaya elverişli biçimde ihdas edilmelidir. Zira ceza hukukundaki yorum, özel hukuk alanındaki yorumdan farklı olarak, doğrudan bireyin özgürlük alanına müdahale eden yaptırımlar doğurduğu için sıkı sınırlandırmalara tabidir. Bu sınırlar, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden kaynaklanır. Bu nedenle kanun koyucu kanunda hukuki sonuç bağlanan kavramların anlamını önceden belirleyerek yorum alanını daraltmayı, uygulamada yeknesaklık sağlamayı ve ceza normlarının öngörülebilirliğini artırmayı amaçlar.

⁴⁰⁶ Kanunilik ilkesinin belirlilik boyutu için bkz. **Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 131-134; **Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin, Ankara 2025, s. 60; kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu için aynı eser, s. 54-57; ayrıca bkz. aşağıda 2.3.1.

Öğretide bir görüş, TCK m. 6'daki düzenlemeyi “kanunla birlikte yapılan yasama yorumu” olarak nitelendirmektedir.⁴⁰⁷ Diğer taraftan bir başka görüşe göre ise Kanun metni içinde bir terimin anlamını açıklayan ya da bir hükmün nasıl anlaşılması gerektiğini belirleyen düzenlemeler, yasama yorumu olarak nitelendirilemez. Zira bunlar, yürürlüğe girmiş bir kanunun sonradan açıklanması değil; bizzat kanunun kendi sistematigi içinde anlam çerçevesini baştan kuran hükümlerdir.⁴⁰⁸

İlgili maddede sırasıyla; vatandaş, çocuk, kamu görevlisi, yargı görevi yapan, gece vakti, silah, basın ve yayın yolu ile, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi ve örgüt mensubu suçlu kavramları tanımlanmıştır.⁴⁰⁹

Tanımlar maddesinin sistematik konumu, yalnızca TCK içindeki suç tipleri bakımından değil, ceza hukukunun bütünü bakımından da belirleyici bir işlev üstlendiğini göstermektedir. Zira TCK'nin 5. maddesi uyarınca, Kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ile ceza içeren diğer kanunlar hakkında da uygulanır.⁴¹⁰ Bu hüküm, genel hükümlerde yer alan kavramların yalnızca TCK'deki suç tipleri bakımından değil, özel ceza kanunları bakımından da normatif referans oluşturduğunu ifade etmektedir.

Bu çerçevede 6. maddede yapılan tanımlar, kanun koyucunun kavramsal birliği sağlama ve ceza hukukunda ortak bir terminoloji tesis etme iradesinin ürünüdür. Nitekim maddede yer alan bazı kavramlar —örneğin “gece vakti” ya da “itiyadi suçlu”— TCK içinde sınırlı

⁴⁰⁷ Yasama yorumu klasik olarak ikiye ayrılmaktadır: Kanunla birlikte yapılan yasama yorumu ve kanundan sonra yapılan yasama yorumu. Gerçek anlamda yasama yorumu, kanun yürürlüğe girdikten sonra yasama organının yeni bir kanunla önceki kanunun anlamını açıklamasıdır. Bu tür yorum, 1961 Anayasası ile terk edilmiş; 1982 Anayasası'nda da yasama organına böyle bir yetki tanınmamıştır. Bunun temelinde, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargı yetkisinin bağımsızlığı yer almaktadır. Yasama yorumunun bizzat normu koyma yetkisine sahip organ tarafından yapılan yorum olduğu ve 1961 Anayasasından sonra mümkün olmadığı yönünde **Toroslu/Toroslu**, s. 45.

⁴⁰⁸ Bkz. **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016, kanunların yorumuna ilişkin bölüm (yasama yorumu).

⁴⁰⁹ Belirtmek gerekir ki madde metninde tüm kavramların “...deyiminden...anlaşılır” şeklinde tanımlanması tenkit edilmelidir. Zira “deyim” ifadesi TDK'de “*Genellikle gerçek anlamından az çok ayrı, kendine özgü bir anlam taşıyan kalıplaşmış söz öbeği; tabir*” şeklinde tanımlanmıştır. Madde metninde tanımlı yapılan hususlar ise hukuk bilimine özgü somut kavramları karşılayan ifadeler olduğundan “deyim” yerine “terim” sözcüğünün kullanılmasının yerinde olduğu belirtilmektedir.

⁴¹⁰ Hükmün kapsamı ve etkisi için bkz. **Aras Türay**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, 2013, s. 1727-1748; tanımın genel hükümlerde yer alması ve m. 5 ile bütün ceza kanunları bakımından geçerli kılınması hususunda **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 534.

sayıda suç tipinde hukuki sonuç doğurduğundan; teknik olarak ilgili suç maddelerinde de tanımlanabilecek niteliktedir. Buna rağmen ilgili kavramların genel hükümlerde tanımlanması, TCK m. 5 çerçevesinde özel ceza kanunları ile ceza içeren özel kanunlar bakımından da bir teşmil etkisi yaratması iradesinin bir tezahürüdür. Öyle ki TCK'nin özel hükümlerinde de tanım normlarına rastlanmaktadır. Nitekim “icbar” kavramı TCK m. 250/1’de, “sağlık mesleği mensubu” kavramı ise TCK m. 280/2’de tanımlanmıştır. Bu tercih, söz konusu kavramların belirli bir suç tipine içkin olarak açıklayıcı işlev üstlendiğini göstermektedir.

Bu durumda genel hükümlerde yer alan tanımlar ile özel hükümlerde yer alan tanımlar arasında işlevsel bir ayrım bulunduğu söylenebilir. Genel hükümlerde tanımlanan kavramlar, ceza hukukunun bütününe yayılan ve farklı suç tiplerinde ortak şekilde uygulanabilen kavramsal bir çerçeve sunarken; özel hükümlerde tanımlanan kavramlar, ilgili suç tipinin sınırlarını çizmek üzere bağlamsal ve normatif bir işlev üstlenmektedir. Dolayısıyla bir kavramın genel hükümlerde mi yoksa özel hükümlerde mi tanımlandığı, o kavramın ceza hukuku içindeki normatif ağırlığı ve işlevine ilişkin önemli bir gösterge niteliği taşımaktadır.

2.2.1.2. Maddede Tanımlanan Kavramlar

Tanımlar maddesinde yer alan kavramlar birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun aynı madde içinde farklı belirleme tekniklerine başvurduğu görülmektedir. Öncelikle maddedeki bazı kavramlar, nesnel ve ölçülebilir kriterlere dayalı olarak tanımlanmıştır. “Vatandaş” kavramı fiilin işlendiği andaki hukuki statü; “çocuk” kavramı ise kişinin yaşının tespiti ile belirlenmektedir. “Gece vakti” kavramı da günün belirli bir zaman dilimi esas alınarak tanımlanmıştır. Bu kavramların kapsamı, dış dünyada tespit edilebilir ölçütlerle sınırlandırıldığından, hâkim bu ölçütlerin belirlenmesine yönelik bir araştırma faaliyeti yürütür. Bu itibarla, ilgili olgusal tespit yapıldıktan sonra hâkimin bu kavramların kapsamına ilişkin ayrıca bir yorum faaliyetine girişmesine gerek bulunmamaktadır. Bu kavramlar, yoruma açık normatif alanın dışında kalan ve bütünüyle tespite dayalı olgusal alan içinde konumlanan kavramlardır.

Buna karşılık bazı kavramlar, belirli bir fiil yoğunluğuna veya davranış örüntüsüne dayanmaktadır. “İtiyadi suçlu”, “suçu meslek edinen kişi” ve “örgüt mensubu suçlu”

tanımları, süreklilik ve organizasyon unsurları üzerinden kurulmuştur. Bu kavramların tespiti nesnel olgulara dayanmakla birlikte, yalnızca dış dünyada kolaylıkla saptanabilen ölçütlere indirgenemez; somut olayın bütünlüğü içinde bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Bu nedenle söz konusu kavramlar, her ne kadar olgusal verilerden hareketle belirleniyor olsa da nihai olarak maddi vakıaların nitelendirilmesini içeren bir yorum faaliyetini zorunlu kılar. Bu yönüyle, bu kavramlar tespiti dayalı olgusal alan ile yoruma açık normatif alanın kesişim noktasında yer almaktadır.

“Yargı görevi yapan” kavramında ise kanun koyucu farklı bir yöntem benimsemiş; belirli görev ve meslek gruplarını saymak suretiyle kavramın kapsamını belirlemiştir. Bu bentte kavramın sınırları, faaliyet tanımı üzerinden değil, kişi kategorileri üzerinden çizilmiştir. Böylece kapsam, yorum ihtiyacını asgariye indiren listeleme (tahdidi sayım) tekniği ile belirlenmiş; kavram büyük ölçüde tespitle sınırlı bir olgusal alan içinde tutulmuştur.

“Silah” tanımında ise sayma yöntemi ile fonksiyonel ölçütü bir araya getiren karma bir yöntem kullanılmıştır. Tanımda silah olarak kabul edilen belirli araçlar tek tek sayılmış; bunun yanında “fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” ibaresiyle açık uçlu bir değerlendirme ölçütü getirilmiştir. Ancak bu açıklık sınırsız değildir; elverişlilik kriteri saldırı ve savunma fonksiyonuna bağlanarak normatif değerlendirme alanı sınırlandırılmıştır. Bu nedenle “silah” kavramı, kısmen tespiti mümkün olgusal bir çekirdek ile yorum gerektiren normatif bir çevre alanının birlikte bulunduğu bir yapıya sahiptir.

2.2.1.3. Kamu Görevlisi Tanımı

Bu yapısal ayrım içinde “kamu görevlisi” tanımı ayrı bir konumda bulunmaktadır. Kamu görevlisi, TCK m. 6/1-c’de “...kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi...” şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere kavram, belirli bir meslek grubuna, kadroya ya da tahdidi bir listeye bağlanmamış; bunun yerine “kamusal faaliyete katılma” ölçütü üzerinden kurgulanmıştır. Ancak “kamusal faaliyet” kavramının ayrıca tanımlanmamış olması ve katılmanın atama, seçilme veya “herhangi bir surette” gerçekleşebileceğinin belirtilmesi, kamu görevlisi

sıfatının kapsamını diğer kavramlara kıyasla daha geniş ve yoruma açık hâle getirmektedir.⁴¹¹

Tanımın yapısı incelendiğinde, tanımlanan kavram ile tanımlayan ifade birbirinden ayrılmaktadır. Tanımlanan kavram “kamu görevlisi”dir. Tanımlayan ifade ise üç unsur ile nitelendirilmektedir. Birinci unsur, kişinin “kamusal faaliyetin yürütülmesine” katılmasıdır. İkinci unsur katılmanın hukuki biçimine (atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette katılım); üçüncü unsur ise katılmanın sürekliliğine ilişkindir (sürekli, süreli veya geçici katılım). Belirtmek gerekir ki bu üç unsur tanım içinde aynı işlevi görmemektedir. Tanımın kapsadığı kişi çevresini içerik yönünden tayin eden tek ölçüt, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmaya ilişkin birinci unsurdur. Katılmanın biçimine ve sürekliliğine ilişkin unsurlar ise birinci unsuru niteleyici özellik taşımaktadır.

Tanım hükmünün hukuki niteliği, bu yapının ceza hukuku bakımından doğurduğu sonuçları belirlemektedir. Bir kavramın anlamını kanun metninde tespit eden hüküm, bağlayıcı bir hukuk normudur; uygulayıcı, kanunun tanımladığı bir kavramı kanunun verdiği anlamdan farklı bir anlamda kullanamamaktadır. Bununla birlikte tanım normu kendi başına bir hukuki sonuç öngörmemektedir. Hüküm, hangi fiilin suç oluşturduğunu veya hangi yaptırımın uygulanacağını düzenlememekte; kamu görevlisi kavramına yer veren suç normlarının unsurlarından birinin içeriğini belirleyerek bu normları tamamlamaktadır. Hukuk kurallarının emredici, tamamlayıcı, yorumlayıcı ve tanımlayıcı kurallar biçimindeki tasnifinde tanımlar maddesi tanımlayıcı kurallar arasında yer almakta; bu kurallar, bir kavramın anlamını veya kapsamını belirlemek suretiyle uygulamada birliği sağlama işlevi görmektedir.⁴¹² Tanım normunun bu tamamlayıcı niteliği, TCK m. 5 ile birlikte değerlendirildiğinde önemli bir sonuç doğurmaktadır.

⁴¹¹ Tanımın genişliği karşısında “Cumhurbaşkanından kamu işçisine kadar herkes”in kamu görevlisi sayılabileceği yönünde **H. Aydın**, s. 118.

⁴¹² Hukuk kurallarının emredici, tamamlayıcı, yorumlayıcı ve tanımlayıcı kurallar biçimindeki tasnifi ve tanımlayıcı kuralların uygulamada birliği sağlama işlevi ile tanım ve yorum normlarının bağımlı (tamamlayıcı) ceza normu niteliği için **Zeki Hafizoğulları**, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, 2. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s. 283-284; tanımlayıcı hükümlerin bildirmeli önerme biçiminde olsalar da yaptırımlı (normatif) dile ait olduğu ve uygulayıcıya yönelik bir emir içerdiği yönünde aynı eser, s. 306-307.

Kamu görevlisi kavramının kapsamına ilişkin her belirleme, yalnızca bir hükmü değil, bu kavrama yer veren bütün suç normlarının uygulanma alanını aynı anda etkilemektedir.

Tanım normunun ceza normunu tamamlayan bu niteliği, hükmü kanunilik ilkesinin denetimine tabi kılmaktadır.⁴¹³ Kanun koyucu bu sonucu kendisi kabul etmiştir. Madde gerekçesinde, Tasarı’da yer alan “kadın” ve “örgüt” tanımlarının “suçta ve cezada kanunilik ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmaması dolayısıyla” metinden çıkarıldığı belirtilmektedir.⁴¹⁴ Bir kavramın anlamına ilişkin salt semantik bir açıklamanın kanunilik ilkesini ihlal etmesi düşünülemez. Kanun koyucunun bir tanımı kanunilik ilkesine aykırı bulabilmesi, tanımı ceza sorumluluğunun kapsamını belirleyen bir norm olarak gördüğünü göstermektedir. Bu kabulden çıkan sonuç, tanım normunun, suç normunun kapsamını belirlediği ölçüde, suç normuyla aynı belirlilik standardına tabi olmasıdır. Kamu görevlisi tanımının belirlilik ilkesi yönünden aşağıda yapılacak değerlendirme de bu zemine dayanmaktadır.

Kanuni bir tanımın varlığı, tanımlanan kavramın yorumunu ortadan kaldırmamakta; yorumun nesnesini değiştirmektedir. Kanun bir kavramı tanımladığında uygulayıcı, tanımlanan kavramın olağan dildeki veya başka bir hukuk dalındaki anlamına dönememektedir. Kamu görevlisi kavramı bakımından bu sonuç, idare hukukunun memur ve kamu görevlisi anlayışının ceza hukukunda doğrudan ölçüt olarak kullanılamayacağı anlamına gelmektedir. Yorum faaliyeti bu hâlde tanımlayan ifadenin unsurlarına yönelmektedir. Kamu görevlisinin kim olduğu sorusu, kamusal faaliyetin ne olduğu, bu faaliyete katılmanın hangi ilişkileri kapsadığı ve “herhangi bir surette” ibaresinin hangi katılma biçimlerini içine aldığı sorularına indirgenmektedir. Tanım bu unsurları ayrıca tanımlamadığından belirsizlik giderilmiş değil, tanımlanan kavramdan tanımlayan ifadeye taşınmış olmaktadır. Öğretide kanun koyucunun bilinmeyen bir

⁴¹³ Kıyas yasağının genel hükümler ve dolayısıyla tanım normları bakımından da geçerli olduğu yönünde **Koca/Üzülmüş**, *Genel Hükümler*, s. 62-63.

⁴¹⁴ TCK m. 6 gerekçesi: “Suçta ve cezada kanunilik ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmaması dolayısıyla, ‘kadın’ ve ‘örgüt’ tanımları Tasarı metninden çıkarılmıştır.” Gerekçede ayrıca “cebir ve şiddet” tanımının “tanımlanmasına gerek görülmemesi nedeniyle” metinden çıkarıldığı belirtilmektedir; kanun koyucu böylece hangi kavramların tanımlanacağını belirlilik ihtiyacına göre seçtiğini ortaya koymaktadır.

kavramı bilinmeyen başka bir kavramla tanımladığı yönündeki eleştiri, bu taşınmayı ifade etmektedir.⁴¹⁵

2.2.1.4. Silah ve Kamu Görevlisi Kavramlarının Fonksiyonel Tanımları ve Araçsal Niteliği

Tanım normu ile ceza normu arasındaki bu ilişki, aynı maddede yer alan silah tanımı bakımından öğreti ve Yargıtay tarafından iki ayrı düzey biçiminde ele alınmıştır. Tanımın kapsamına giren her nesne, ceza kanunlarının uygulanmasında silahtır. Bununla birlikte silahın bir suçun unsuru veya nitelikli hâli olduğu durumlarda, nesnenin işlenmesi kastedilen suç bakımından elverişli olup olmadığı o suç tipinde ayrıca değerlendirilmektedir; bir nesne, bir suçun işlenmesi bakımından elverişli silah niteliği taşımakla birlikte başka bir suç bakımından bu niteliği taşımayabilmektedir.⁴¹⁶ Bu yapı kamu görevlisi tanımı bakımından da geçerlidir. TCK m. 6/1-c, bir kişinin ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi olup olmadığını belirlemektedir. Bu sıfatın belirli bir suç normunda hangi koşulla hukuki sonuç doğuracağı ise tanım normunun değil, ilgili suç normunun konusudur. Kanun koyucunun birçok hükümde sıfatın yanında “görevi nedeniyle” veya “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle” gibi bir bağlantı unsuru aramış olması, bu iki düzeyin kanunun kendi sistematığında ayrıldığını göstermektedir. Tanım düzeyi ile suç tipi düzeyi arasındaki bu ayrım, aşağıda belirlilik ilkesine ilişkin değerlendirmenin ve 2.5’te geliştirilen teleolojik-fonksiyonel yorum önerisinin dayanağını oluşturmaktadır.

⁴¹⁵ **Özen/Tozman**, s. 53 (“5237 sayılı TCK, bilinmeyeni bilinmeyen başka bir kavramla tanımlamaya çalışmıştır”); “kamusal faaliyet” tabirinin “kamu görevi” tabirinden daha tartışmalı ve müphem olduğu yönünde **H. Aydın**, s. 126; aynı yönde **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 535. Kanuni tanımın varlığı hâlinde tanımlanan terimin olağan anlamına ancak tanımın kendi içindeki belirsizliği gidermek için başvurulabileceği, aksi hâlde tanım yapmanın anlamının kalmayacağı yönündeki görüş için karşılaştırmalı hukuktan krş. *Bond v. United States*, 572 U.S. 844 (2014), Scalia’nın sonuca katılan görüşü. Eleştirinin kaynağı için **Zeki Hafızoğulları/Ezgi Aygün Eşitli**, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2014, s. 4 (“Kanun, bilinmeyenle, bilinmeyeni tanımlamıştır”); yazarlara göre tanımın bu biçiminin bir emsali yoktur.

⁴¹⁶ **İzzet Özgenç**, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 3. Bası, Ankara 2006, s. 107. Yargıtay Ceza Genel Kurulu aynı görüşü benimsemiştir: “Kullanılan aletin silah sayılıp sayılmayacağı hususunda işlenmesi kastedilen suçun niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu itibarla, bir nesne, bir suçun işlenmesi için elverişli silah niteliğini taşımakla birlikte başka bir suç açısından bu niteliği haiz olmayabilecektir.” Yarg. CGK, 19.02.2019, E. 2017/3-311, K. 2019/112.

Kamu görevlisi kavramına ilişkin düzenlemenin gerçek anlamda bir tanım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ayrıca ele alınmalıdır. Tanımlamak, doğası gereği sınırlamak anlamına gelmektedir. Bir kavramı tanım altına almak, onun kapsamını belirlemek, dış sınırlarını çizmek ve diğer kavramlardan ayırmak demektir. Bu nedenle hukuki tanımlar yalnızca açıklayıcı değil, aynı zamanda dışlayıcı niteliktedir. Tanımın değiştirilmesinin güç olması da bu nitelikten kaynaklanmaktadır; her değişiklik, kavramsal bir güncelleme olmanın ötesinde, yetki, sorumluluk ve yaptırım alanlarının yeniden dağıtılması sonucunu doğurmaktadır.

Buna karşılık kanun koyucunun, silah ve kamu görevlisi örneklerinde kavramı tanımlama ihtiyacı duyduğu hâlde tanımın sınırlayıcı işlevini bilinçli olarak zayıflattığı görülmektedir. Silah ve kamu görevlisi kavramları bakımından yapılan tanımlar incelendiğinde, iki kavram arasında belirlilik ilkesini sağlama kapasitesi bakımından bir paralellik bulunduğu anlaşılmaktadır.

Silah kavramı bakımından, kanun koyucu klasik, kapalı ve tipolojik bir tanım yapmak yerine; silah sayılan nesneleri sayarken “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler”i de kapsayan (m. 6/1-f, 4) açık uçlu ve fonksiyonel bir ölçüt benimsemiştir. Bu tercih, tanıma katı bir sınırlama aracı olmaktan çıkarak, uygulayıcının somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmasına imkân tanımakta; böylece tanım, sınır çizen değil, alanı genişleten ve esnekletiren bir işleve bürünmektedir.

Kamu görevlisi bakımından da benzer bir yöntem söz konusudur. “Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi” biçimindeki tanım ilk bakışta bir belirleme gibi görünmekle birlikte, tanımda kullanılan “katılma” ve “kamusal faaliyet” kavramlarının kendileri de geniş bir anlam alanına sahiptir. Bu açıklık tanımın sınır koyma işlevini zayıflatmakta; buna karşılık tanıma, kamu yönetiminde özelleştirme, yetki devri ve yönetim modelleri gibi değişen yürütme biçimlerine uyum sağlayabilecek bir esneklik kazandırmaktadır.

Dolayısıyla her iki kavramda da tanım, klasik anlamda sınır çizen bir araç olmaktan ziyade, değişken ve genişleyen bir alanı kontrol altında tutarak uygulamaya açan fonksiyonel bir araç niteliği taşımaktadır. Bu durumda kamu görevlisi kavramına ilişkin tartışma, statü veya kişi kategorileri üzerinden değil; tanımın merkezine yerleştirilen

“kamusal faaliyete katılma” ölçütünün normatif anlamı üzerinden yürütülmelidir. Zira kamu görevlisi sıfatının belirlenmesi, ancak kamusal faaliyetin ne olduğu ve bu faaliyete katılmanın ceza hukuku bakımından hangi sonuçları doğurduğunun açıklığa kavuşturulmasıyla mümkün hâle gelmektedir.⁴¹⁷

2.2.2. Kamusal Faaliyet Kavramı

Kanun, kamu görevlisi tanımının merkezinde yer alan “kamusal faaliyet” kavramını tanımlamamıştır. Kavramın içeriğine ilişkin tek açıklama madde gerekçesinde bulunmaktadır. Gerekçeye göre kamusal faaliyet, “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir”.⁴¹⁸ Gerekçe bağlayıcı bir metin değildir; bununla birlikte öğretide ve Yargıtay kararlarında kamusal faaliyetin belirlenmesi için kullanılan ölçütlerin tamamı bu tanımdan hareket etmektedir.⁴¹⁹ Gerekçedeki tanım iki unsurdan oluşmaktadır. Birinci unsur, faaliyetin Anayasa ve kanunlarda belirlenen usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayanmasıdır. İkinci unsur, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.

Bu iki unsur, Birinci Bölümde geliştirilen üstlenme ve yürütme ayrımının pozitif hukuktaki karşılığıdır. Siyasal karar, bir faaliyetin siyasal sistem tarafından üstlenilmesine ilişkin iradeyi ifade etmekte; kamu adına yürütme ise üstlenilen faaliyete ilişkin yükümlülüğün kime isnat edildiğini göstermektedir. Bu çerçevede devletin bir faaliyeti yalnızca düzenlemesi veya denetlemesi üstlenme niteliği taşımadığı gibi, üstlenilen bir faaliyetin özel hukuk kişileri eliyle yürütülmesi de faaliyetin kamusal niteliğini tek başına ortadan kaldırmamaktadır.⁴²⁰ Gerekçedeki iki unsur aşağıda bu ayrım esas alınarak incelenmektedir. Öğretide de kamusal faaliyetin, onu yerine getirenler

⁴¹⁷ Tanımın genişliği ve muğlaklığı yönündeki eleştiri için bkz. **Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2018, s. 1050; yazarlara göre kamusal faaliyet kavramının genişliği karşısında bu faaliyete “öyle ya da böyle katılmış herkesin” kamu görevlisi sayılması mümkün hâle gelmektedir.

⁴¹⁸ TCK m. 6 gerekçesi. Gerekçenin, ne Anayasa’da ne idare hukukunda bulunan bir terimin açıklanmasına “bilindiği üzere” ibaresiyle başlamasına yönelik eleştiri için **Türay**, s. 364, dn. 31.

⁴¹⁹ Gerekçedeki tanımla hareket noktası alan görüşler için **Özen/Tozman**, s. 40; **H. Aydın**, s. 118-119; **Demren Dönmez**, s. 116-117; **Gökcan**, s. 150, dn. 2. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da gerekçedeki tanımla kamusal faaliyetin ölçütü olarak benimsemiştir: Yarg. CGK, 12.04.2011, E. 2010/9-258, K. 2011/46; Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287 (Özbek/Meraklı’ya atıfla dört unsur: bir hizmetin varlığı, hizmetin kamu adına yürütülmesi, siyasal karar ve Anayasa ile kanunlara uygun usul).

⁴²⁰ Üstlenme ve yürütme ayrımı için bkz. yukarıda 1.2 ve 1.2.3.

bakımından kamu görevi, muhatapları bakımından ise kamu hizmeti niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.⁴²¹

2.2.2.1. Anayasa ve Kanunlara Uygun Olarak Verilmiş Siyasal Bir Karar

Gerekçedeki birinci unsur, faaliyetin kamu adına yürütülmesine ilişkin kararın Anayasa ve kanunlarda belirlenen usullere göre verilmiş olmasıdır. Bu unsur, faaliyetin kamusal niteliğini bir üstlenme iradesine bağlamaktadır. Bir faaliyet, toplumsal bakımdan taşıdığı önemden bağımsız olarak, yetkili organların bu faaliyeti kamu adına yürütülecek bir faaliyet olarak belirlemesi hâlinde kamusal nitelik kazanmaktadır. Kararın hangi biçimde alınması gerektiği gerekçede belirtilmemiştir. Öğretide siyasal kararın mutlaka kanun biçiminde ortaya çıkmasının şart olmadığı; kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin ve yerel yönetim organlarının kararlarının da bu unsuru karşılayabileceği kabul edilmektedir.⁴²²

İdare hukuku öğretisinde ise siyasal kararın biçimi, kurulan hizmetin temel hak ve özgürlükleri sınırlayıp sınırlamadığına göre değişmekte; özel teşebbüs hürriyetini sınırlayan bir hizmetin ancak kanunla kurulabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay uygulamasında ise unsurun karşılanması için faaliyeti yürüten kurumun kanunla kurulmuş olması yeterli görülmüştür. Türk Standartları Enstitüsünün yönetim kurulu başkanına ilişkin kararda kanun koyucunun, kuruma yüklediği hizmetin kamu adına

⁴²¹ **Recep Kahraman**, “Kamu Hizmetlerinden Yararlanılmasının Engellenmesi Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, s. 21-53, s. 26: “Kamusal faaliyet, faaliyeti yerine getirenler için kamu görevi iken faaliyetin muhatapları için kamu hizmeti niteliğindedir.”

⁴²² **H. Aydın**, s. 121: “Kanaatimizce siyasal kararın veya siyasi iradenin mutlaka TBMM iradesi olarak kanun şeklinde tezahür etmesi şart değildir.” İdare hukukunda kamu hizmetinin kurulmasının kural olarak yasama organının yetkisinde olduğu, buna karşılık yerel idarelerin AY m. 127 çerçevesinde —tekel oluşturmamak kaydıyla— yasal düzenlemeye gerek olmaksızın kamu hizmeti oluşturabildiği ve kimi hâllerde bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme yetkisinin idareye verildiği yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 347, 349-351; Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu hizmetinin kurulması “görev ve yetkinin yasayla belirlenmesi ile olur”: AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2 (aktaran aynı eser, s. 351). 2017 Anayasa değişikliğinden sonra kamu tüzel kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilmesi karşısında, temel hak ve özgürlükleri sınırlamayan bir kamu hizmetinin kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği, özel teşebbüs hürriyetini sınırlayan bir kamu hizmetinin ise ancak kanunla kurulabileceği yönünde **Zeybek Cebeci**, s. 92; mahallî idarelerin kamu hizmeti kurma yetkisini AY m. 127/2 gereği kanunla belirlenmiş alanla sınırlı gören aynı yazar için s. 93 ve orada anılan AYM, 24.01.2007, E. 2005/95, K. 2007/5. Kanunun faaliyetin niteliğini açıkça belirtmediği hâllerde yasa koyucunun iradesinin, faaliyetin kamusal usul ve kurallara tabi tutulup tutulmadığından çıkarılacağı yönünde **Günday**, s. 332-333 (aktaran **Zeybek Cebeci**, s. 91); bu hâlde nitelemenin yargı organına düştüğü yönünde aynı makale, s. 95.

yürütülmesinde yarar görerek kuruluş kanununu çıkardığı belirtilmiş; Türk Hava Kurumu bakımından tüzüğün Bakanlar Kurulunca onaylanması, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları bakımından ise kuruluş kanunundaki amaçlar ve genel bütçeden ayrılan ödenek yeterli sayılmıştır.⁴²³

Bununla birlikte kanunla kurulmuş olmak, Yargıtay tarafından her durumda yeterli görülmemiştir. Kanunla kurulan ve AY m. 135 uyarınca kamu tüzel kişiliği haiz olan bazı meslek kuruluşları bakımından Yargıtay, bu kuruluşların TCK m. 6/1-c anlamında kamusal faaliyet yürütmediği sonucuna varmıştır.⁴²⁴ Buna karşılık Kızılay’a ilişkin bir kararın karşı oyunda, derneğe özel kanunlarla verilen yetkiler nedeniyle faaliyetin bütünüyle kamusal nitelik taşıdığı savunulmuştur.⁴²⁵ Kanunla “özel hukuk hükümlerine tabi” olarak kurulan Türkiye Futbol Federasyonu bakımından ise Yargıtay, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak faaliyeti kamusal saymış ve bir kamu hizmetinin özel hukuka tabi tüzel kişiler eliyle de yaptırılabilceğini belirtmiştir.⁴²⁶ Bu kararlar, siyasal karar

⁴²³ Yarg. 4. CD, 24.10.2007, E. 2007/6317, K. 2007/8374 (Türk Standartları Enstitüsü); Yarg. 5. CD, 20.11.2013, E. 2012/11414, K. 2013/10992 (Türk Hava Kurumu); Yarg. 5. CD, 14.10.2016, E. 2014/6789, K. 2016/8345 (sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı). Son kararda Daire, vakfın faaliyetini kamusal saymakla birlikte 3294 sayılı Kanun m. 7/2’de sayılan mütevellî heyeti üyeleri dışındaki çalışanları kamu görevlisi kabul etmemiştir; faaliyetin kamusal niteliği ile faaliyete katılan kişinin sıfatı bu kararda birbirinden ayrılmıştır.

⁴²⁴ Yarg. 4. CD, 22.05.2012, E. 2011/3256, K. 2012/12391; Yarg. 8. CD, 01.03.2018, E. 2018/203, K. 2018/2245 (Ziraat Odaları Birliği: “5237 sayılı TCK’nun 6/1-c maddesinde tanımlandığı anlamda kamusal faaliyet yürütmediğinden personelinin de kamu görevlisi olarak kabul edilmesi olanaklı bulunmamaktadır”); TMMOB’ye bağlı odalar için Yarg. 5. CD, 23.02.2021, E. 2017/6142, K. 2021/724. Öğretimde meslek kuruluşlarının organ üyeleri ve personelinin kamu görevlisi sayılması gerektiği, ancak 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra kanun koyucunun bu kişiler bakımından “kamu görevlisi gibi cezalandırma” tekniğini benimsediği yönünde **Gökcan**, s. 155.

⁴²⁵ Yarg. 5. CD, 27.03.2023, E. 2020/3757, K. 2023/3452, karşı oy; aynı yönde Yarg. 5. CD, 15.03.2012, E. 2009/14306, K. 2012/2105, karşı oy (“kişinin kamu ile olan subjektif ilişkisine değil, yaptığı görevin objektif olarak kamusal faaliyete ilişkin bir görev olup olmamasına ... bakılmalıdır”). Ceza Genel Kurulu ise Kızılay çalışanlarını genel idare esaslarına göre atanıp yönetilmedikleri gerekçesiyle kamu görevlisi saymamıştır: Yarg. CGK, 22.10.2013, E. 2012/1275, K. 2013/419.

⁴²⁶ Yargıtay, 5894 sayılı Kanun’la “özel hukuk hükümlerine tabi” ve özerk bir tüzel kişi olarak kurulan Türkiye Futbol Federasyonu bakımından, kanunla kurulma, kamu gücü ayrıcalıkları ve muafiyetler, zorunlu bağlılık ile tek taraflı ve icrai işlem yapabilme gibi unsurları bir bütün olarak değerlendirerek faaliyetin kamusal olduğu ve yasa koyucunun bir kamu hizmetinin yerine getirilmesini özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler eliyle de yaptırabileceği sonucuna varmıştır: Yarg. 5. CD, 17.01.2014, E. 2013/16791, K. 2014/516; diğer spor federasyonları için Yarg. 5. CD, 22.10.2014, E. 2014/5744, K. 2014/9994; Yarg. 5. CD, 01.07.2013, E. 2013/5656, K. 2013/7335; Yarg. 5. CD, 10.05.2012, E. 2008/8954, K. 2012/5054; Yarg. 5. CD, 16.11.2011, E. 2007/5443, K. 2011/23747 (aktaran **Çağlayan**, “Kamu Tüzel Kişiliği”, s. 388-389). İdari yargının Federasyonu özel hukuk tüzel kişisi sayması için aynı makale, s. 386-387. Kanunla kurulan özel hukuk tüzel kişisinde faaliyetin kamusal sayılması ile Kızılay bakımından özel hukuk tüzel kişiliğinin belirleyici görülmesi (yukarıda dn. 425) arasındaki farkın gerekçelendirilmemesi için bkz. aşağıda 2.4.5.2.

unsurunun uygulamada faaliyetin kendisine değil, faaliyeti yürüten kurumun hukuki statüsüne göre değerlendirildiğini göstermektedir. Unsur bu biçimde anlaşıldığında ölçüt, faaliyetin niteliğinden kurumun örgütlenme rejimine yönelmektedir. Bu yönelimin sonuçları aşağıda Yargıtay uygulamasına ilişkin başlıkta ele alınmaktadır.⁴²⁷

Siyasal karar unsurunun başlıca işlevi, kamusal faaliyet kavramının kapsamını negatif yönden belirlemektir. Nitekim unsur, devletin yalnızca düzenleme veya denetleme yetkisini kullandığı faaliyetleri kamusal faaliyet alanının dışında bırakmaktadır. Piyasa koşullarında yürütülen ve kamuya yararlı olmakla birlikte kamu adına üstlenilmemiş faaliyetler bu unsuru karşılamamaktadır. Öğretide taksi ve dolmuş şoförlüğü ile özel hastanede hemşirelik gibi faaliyetlerin, kamuya yararlı olmalarına rağmen kamusal faaliyet sayılamayacağı ve kanun koyucunun amacının bu kişileri kamu görevlisi saymak olmadığı belirtilmektedir.⁴²⁸ Bu tespit, Birinci Bölümde kamusal faaliyet ile piyasa faaliyeti arasında yapılan ayırımla örtüşmektedir.

2.2.2.2. Bir Hizmetin Kamu Adına Yürütülmesi

Gerekçedeki ikinci unsur, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. “Kamu adına” ibaresi, faaliyetin kime isnat edildiğini belirlemektedir. Faaliyeti fiilen yürüten kişi, bu faaliyeti kendi adına değil, faaliyeti üstlenen hükmi aktör adına yürütmektedir. Unsurun bu anlamı, faaliyetin kamusal niteliğini yürüten kişinin hukuki konumundan bağımsız kılmaktadır. Gerekçenin, faaliyete katılan kişilerin maddi karşılık alıp almamasını ve katılmanın sürekliliğini önemsiz saymasının; avukat ve noteri mesleklerinin icrası bağlamında, bilirkişi, tercüman ve tanığı bu faaliyetlerin icrası kapsamında, askerlik görevini yapan kişileri de bu görev dolayısıyla kamu görevlisi olarak anmasının dayanağı bu unsurdur.⁴²⁹ Öğretide de Türk Ceza Kanunu bakımından kamu görevlisi sayılmak için kişi ile devlet

⁴²⁷ Bkz. aşağıda 2.4.5.2.

⁴²⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1215; aynı yönde **Özen/Tozman**, s. 45 (taksici, dolmuş şoförü ve özel hastane hemşiresi örnekleri); 5237 sayılı Kanun’un “kamuya yararlı iş görenleri” kapsamadığı biçiminde anlaşılmasının sınırların çizilmesi bakımından yararlı olacağı yönünde **Demren Dönmez**, s. 126.

⁴²⁹ TCK m. 6 gerekçesi: “Bu bakımdan, örneğin 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 görevlisidirler.” Gerekçedeki örnekler, Türk makamlarının GRECO’ya sunduğu açıklamada da yinelenmiş; mahkeme gibi yetkili kamu makamlarınca görevlendirilen tanık, bilirkişi ve tercümanlar ile sandık kurulu görevlileri kamu görevlisi kategorisinde sayılmıştır: GRECO, Evaluation Report, par. 14.

arasında bir istihdam ilişkisinin veya organik bağın bulunmasının gerekmediği kabul edilmektedir.⁴³⁰

Gerekçenin, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi hâlinde bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağını belirtmesi de aynı unsurdan kaynaklanmaktadır. İhale yüklenicisi, üstlendiği işi kamu adına değil, özel hukuk sözleşmesi çerçevesinde kendi adına yürütmektedir; idare, ihale yoluyla bir faaliyeti özel kişiye üstlendirmemekte, yalnızca ihtiyaç duyduğu mal veya hizmeti satın almaktadır.⁴³¹ Bu nedenle ihale istisnası, katılmanın biçimine ilişkin “herhangi bir surette” ibaresinin daraltılması değil, faaliyet unsurunun somutlaştırılmasıdır; yüklenicinin yürüttüğü iş, kamu adına yürütülen bir hizmet olma niteliğini taşımamaktadır. Öğretide istisnanın kanuni dayanaktan yoksun ve hatalı olduğu da savunulmuştur; bu görüşe göre hizmetin hangi usulle gördürüldüğüne bakılmaksızın, faaliyete kamusal bir yetki kullanarak veya kamu güvenine dayalı olarak doğrudan katılan kişi kamu görevlisi sayılmalıdır.⁴³² Yargıtay ise gerekçedeki istisnayı yerleşik biçimde uygulamaktadır. Kamu kurumu için ihaleyle hizmet sunan şirketin çalışanı, aynı işi kadrolu personelle birlikte yapsa dahi kamu görevlisi sayılmamaktadır; özelleştirme programındaki dağıtım şirketinin personelinin kanun gereği memur sayıldığı hâlde, aynı açma-kesme işini yapan yüklenici personelinin kamu görevlisi sayılmadığı karar bu uygulamanın en belirgin örneğidir.⁴³³

⁴³⁰ **H. Aydın**, s. 116 (“5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için görevliyle devlet arasında bir istihdam ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur”); **Demren Dönmez**, s. 118; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1215; aynı yönde **Özen/Tozman**, s. 46.

⁴³¹ İhale yönteminin kamusal hizmetin özel kişilerce üstlenilmesi yöntemi olmadığı, idarenin ihale yoluyla yalnızca gerekli mal ve hizmeti satın aldığı ve kamu hizmetlerinin özel kişilere ruhsat ve sözleşme yöntemleriyle gördürüldüğü yönünde **Karahanogulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 311-315, özellikle s. 314. İtalyan hukukunda da imtiyaz sahibinin, işlemlerini ve sonuçlarını imtiyazı veren idareye isnat etmediği ve ancak idarenin “sostituto” veya “organo indiretto”su olarak hareket ettiği faaliyetler bakımından kamusal sıfat taşıyabileceği kabul edilmektedir: **Sartori**, s. 68, 72 (Mangione’ye atıfla); Cass., sez. VI, 22.4.2004, n. 26057. İtalyan hukukunda imtiyaz (concessione) ile ihale (appalto) ayrı kurumlar olduğundan bu paralellik yalnız isnat ölçütü bakımından kurulmaktadır.

⁴³² **Türay**, s. 372 (“gerekçede bulunan bu sınırlama hem kanuni dayanaktan yoksun hem de hatalıdır”); istisnanın kanuni dayanaktan yoksun olduğu yönünde Önok’tan aktaran **Türay**, s. 372, dn. 56.

⁴³³ Yarg. 5. CD, 06.11.2014, E. 2013/7333, K. 2014/10581 (PTT tebligat hizmetinin yüklenicisi); Yarg. 11. CD, 08.04.2021, E. 2019/4486, K. 2021/3505 (“hizmet satın alınması suretiyle kurulan hukuki ilişkiye dayalı olarak iş gördürülen yüklenici firma çalışanları ... kamu görevlisi sıfatını haiz olmadığından”); Yarg. 5. CD, 14.01.2015, E. 2013/13650, K. 2015/943 (4046 sayılı Kanun m. 7/3 uyarınca memur sayılan şirket

Kamu adına yürütme unsurunun uygulanmasında ortaya çıkan asıl güçlük, faaliyetin kamusal niteliğinin yürüten kişinin hukuki rejimine bağlanmasıdır. Yargıtay, elektrik dağıtım faaliyetini özelleştirme öncesinde kamu sermayeli şirket eliyle yürütüldüğü dönemde kamusal faaliyet saymış; özelleştirmenin tamamlanmasından sonra aynı faaliyeti yürüten şirketin TCK m. 6/1-c anlamında kamusal faaliyetinin bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁴³⁴ Faaliyetin içeriği değişmediği hâlde sonucun yürüten kişiye göre değişmesi, ölçütün faaliyete değil yürütene ilişkin olduğunu göstermektedir. Birinci Bölümdeki üstlenme ve yürütme ayrımı bu sorunun çözümünde ayırıcı işlev görmektedir. Özelleştirme, devletin faaliyeti üstlenmekten vazgeçmesi anlamına geliyorsa faaliyet kamusal niteliğini yitirmektedir; buna karşılık yalnızca yürütme usulünün değişmesi ve üstlenilen faaliyetin özel kişiye gördürülmesi söz konusuysa faaliyetin kamusal niteliği devam etmekte ve sorun, yürüten kişinin bu faaliyete katılan kişi sayılıp sayılmayacağı sorusuna indirgenmektedir. Yargıtay kararlarında bu iki durum birbirinden ayrılmamaktadır.⁴³⁵ Nitekim Yargıtay, özel hukuk tüzel kişisi olan yapı denetim kuruluşlarının denetçilerini Bakanlık kontrolü altında iş gördükleri gerekçesiyle kamu görevlisi saymakta; aynı denetim bağlantısı kayyım eliyle yönetilen şirket bakımından yeterli görülmemektedir.⁴³⁶

Gerekçedeki iki unsur faaliyeti nitelendirmekte; faaliyete katılan kişiyi nitelendirmemektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.04.2011 tarihli kararıyla bu iki

personeli ile aynı işi yapan yüklenici personeli). Öğretide hizmet satın alma yoluyla çalıştırılan şirket personelinin kamu görevlisi sayılmayacağı yönünde **Gökcan**, s. 158.

⁴³⁴ Özelleştirme öncesi dönem için Yarg. 5. CD, 21.09.2016, E. 2016/6808, K. 2016/7810 (“sermayesinin tamamı iktisadi devlet kuruluşuna ait” şirket personelinin “bir kamusal faaliyet olan elektrik dağıtım işini” icra ettiği); özelleştirme sonrası dönem için Yarg. 18. CD, 16.01.2019, E. 2018/7786, K. 2019/1433; Yarg. 4. CD, 04.02.2014, E. 2012/34397, K. 2014/3181 (“özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ticari şirket olup TCK’nın 6/1-c maddesi anlamında kamusal faaliyette bulunmaması nedeniyle”).

⁴³⁵ Bkz. yukarıda 1.2.3. Özelleştirmenin kamu hizmeti kavramı üzerindeki etkisinin gerekçede dikkate alınmadığı yönünde **Türay**, s. 365-366.

⁴³⁶ Özel hukuk tüzel kişisi statüsündeki yapı denetim kuruluşlarının kamusal faaliyete katıldığı ve Yargıtay’ın denetçi mimar ve mühendisleri Bakanlık kontrolü altında iş görmeleri nedeniyle kamu görevlisi saydığı hususunda **Abdulkadir Çadık**, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Sayılma Ölçütleri – YCGK 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, C. 1, S. 1-2, 2022, s. 101-129, s. 116-117 ve orada anılan Yarg. 11. CD, 10.11.2021, E. 2018/3684, K. 2021/10086. Aksi yönde, kamusal faaliyete özel hukuk hükümleri uyarınca katılanların kamu güvenini sarsmayacağından kamu görevlisi sayılamayacağı görüşünde **Osman Gazi Ünal**, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun E. 2021/43, K. 2021/287 Sayılı ve 17.06.2021 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi: Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Görülmesi Meselesi Üzerine Bir İnceleme”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, C. 1, S. 1-2, 2022, s. 63-99, s. 72-73 ve dn. 12. Kayyım eliyle yönetilen şirkete atanan genel müdür için bkz. aşağıda dn. 641.

unsura eklediği, faaliyetin “kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle” gerçekleştirilmesi ve kişinin faaliyete “genel idare esaslarına göre” katılması unsurları ise gerekçede yer almamaktadır.⁴³⁷ Bu ek unsurlardan ilki faaliyetin niteliğine, ikincisi katılan kişinin hukuki konumuna ilişkindir. Katılımın şekli ve süresi ise gerekçeden değil, kanun metninde yer alan diğer unsurlardan anlaşılmaktadır.

2.2.3. Kamusal Faaliyete Katılma Usulü ve Süresi

2.2.3.1. Kamusal Faaliyete Katılma Usulü

2.2.3.1.1. Atama Yoluyla Katılma

Kamusal faaliyete katılımın temel usullerinden biri atamadır. Atama, kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesine, idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla dâhil edilmesini ifade eder.⁴³⁸ Bu yönüyle atama, bireyin önceden belirlenmiş bir statüye dâhil olduğu ve kamusal faaliyetin icrasına kurumsal olarak eklemelendiği bir katılım biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.

Atama yoluyla kamusal faaliyete katılanların en tipik örneğini memurlar oluşturmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na göre memurlar, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmek üzere atanırlar.⁴³⁹ Memuriyet, tek yanlı bir idari işlemle tesis edilmekte olup, kişinin önceden belirlenmiş nesnel bir statüye dâhil olmasını ifade eden bir “şart-işlem” niteliği taşımaktadır.⁴⁴⁰ Bu statü, kadroya bağlılık ve süreklilik unsurlarıyla

⁴³⁷ Yarg. CGK, 12.04.2011, E. 2010/9-258, K. 2011/46: “yapılan faaliyetin ‘kamusal faaliyet’ sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.” Kararın kendi önerdiği üç ölçütü benimsediği yönünde **Gökcan**, s. 150, dn. 2. Bu unsurların kaynağı ve uygulanışı için bkz. aşağıda 2.4.5.2. Bu unsurların uygulamada Ceza Genel Kurulu kararından önce de yerleşik sayıldığı, Türk makamlarının 2009 yılındaki yerinde ziyaret sırasında GRECO’ya sunduğu açıklamada görülmektedir; makamlar, kamu görevlisi kavramının öğretisi ve içtihadı dayanılarak “kamu adına ve kamu hukukuna göre bir hizmetin yürütülmesine katılan kişi” olarak anlaşıldığını bildirmiştir: GRECO, Evaluation Report, par. 14, 66. Kanun metninde bulunmayan “kamu hukukuna göre” ölçütünün denetim organına yerleşik anlayış olarak sunulması, gerekçedeki “kamu adına yürütme” unsurunun uygulamada katılma biçimine ilişkin bir ölçüte dönüştürüldüğünü göstermektedir.

⁴³⁸ Bkz. Tan, İdare Hukuku, s. 487 vd.; Karahanoğulları, Kamu Personeli, s. 8.

⁴³⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4/A.

⁴⁴⁰ Memuriyetin şart işlemle kurulan nesnel bir statü olduğu hususunda bkz. Tan, İdare Hukuku, s. 496 vd.; Kanlıgöz, s. 174 vd.; ayrıca bkz. yukarıda dn. 244.

birlikte değerlendirildiğinde, kamusal faaliyete en yoğun ve kurumsal katılım biçimini temsil etmektedir.⁴⁴¹

Bununla birlikte, kamusal faaliyete atama yoluyla katılım yalnızca memurlarla sınırlı değildir. Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, memurlar dışında kalan “diğer kamu görevlileri” de asli ve sürekli kamu hizmetlerinin yürütülmesinde görev alabilmekte olup, hâkim ve savcılar, subay ve astsubaylar ile üniversite öğretim elemanları gibi farklı statü grupları kendi özel kanunlarında öngörülen atama usullerine tabi bulunmaktadır. Bu kişiler de, farklı hukuki rejimlere tabi olmakla birlikte, atama yoluyla kamusal faaliyetin yürütülmesine dâhil olmaları bakımından ortak bir nitelik taşımaktadır.⁴⁴²

Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi ile birlikte üst kademe kamu yöneticilerinin atanması ise özel bir düzenlemeye tabi kılınmıştır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar doğrudan Anayasa uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta (AY m. 106/1, 4); üst kademe kamu yöneticileri ise atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir rejim içinde atanmaktadır (AY m. 104/9). Her iki grup, klasik memur statüsünden ayrılmakla birlikte atama yoluyla kamusal faaliyete dâhil olmaktadır.⁴⁴³

Sonuç olarak, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, memurlar, üst kademe kamu yöneticileri ve diğer kamu görevlileri, farklı hukuki rejimlere tabi olmakla birlikte, ortak olarak atama yoluyla kamusal faaliyetin yürütülmesine dâhil olan kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, atama usulünün, kamusal faaliyete katılımın kurumsal ve yoğun biçimlerinden birini oluşturduğunu göstermektedir.

Kamusal faaliyete atama yoluyla katılım, kamu görevlisi sıfatının kaynağını idari bir yetkilendirme işleminden alan ve bu yönüyle devletin örgütsel yapısı içinde kurumsallaşmış bir temsil ilişkisini ifade eden katılım biçimidir. Bu tür katılımıda kişi,

⁴⁴¹ Atamanın tek yanlı bireysel idari işlem ve şart işlem niteliği için bkz. yukarıda 1.4.2.2 ve orada anılan kaynaklar.

⁴⁴² AY m. 128/1. “Diğer kamu görevlileri” ibaresinin memurlar ve işçiler dışında, genel idare esaslarına göre kamu hukuku ilişkisi içinde çalışan personeli kapsadığı yönünde Kanlıgöz'den aktaran **H. Aydın**, s. 111-114.

⁴⁴³ AY m. 104/9; 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG, 10.07.2018, S. 30474, m. 2-3.

devlet veya bir kamu tüzel kişiliği tarafından ilgili kurum adına hareket etme yetkisiyle donatılmakta ve bu çerçevede kamusal faaliyetin yürütülmesine iştirak etmektedir.

Atama yoluyla göreve gelen kişiler, yürüttükleri görev bulundukları kurumu dış dünyaya karşı temsil eden ve onun iradesini somutlaştıran aktörler olarak konumlanmaktadır. Bu nedenle atama yoluyla katılım, yalnızca bir istihdam biçimi değil; aynı zamanda kurumsal temsil ilişkisinin bir görünümüdür.

Bu temsil ilişkisi, kamu personel rejimi içinde farklı yoğunluklarda ortaya çıkmaktadır. Nitekim Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve üst kademe kamu yöneticileri, devletin merkezî idari yapısı içinde geniş yetkilerle donatılmış yüksek düzeyli kurumsal temsilciler olarak faaliyet göstermektedir. Benzer şekilde rektör, üniversite tüzel kişiliğini temsil eden ve bu kurumsal yapının idari ve akademik işleyişini yönlendiren bir aktör olarak, atama yoluyla kurumsal temsil yetkisi kullanan kişilere örnek teşkil eder.

Bununla birlikte memurlar ve diğer kamu görevlileri de görevlerinin kapsamı ölçüsünde, kamu hizmetinin yürütülmesine katılarak daha sınırlı bir temsil işlevi icra etmektedir. Bu durum, kurumsal temsilin yeknesak bir karakter göstermediğini; aksine yetki, görev ve sorumluluk düzeyine göre değişen bir yoğunlukta ortaya çıktığını göstermektedir.

Ceza hukuku bakımından ise atama yoluyla kurulan bu kurumsal temsil olgusu özellikle gerçek özgü suçlar bakımından önem taşımaktadır. Zira rüşvet, zimmet, irtikâp gibi gerçek özgü suçlar söz konusu olduğunda; kurumsal temsil yetkisine sahip olmayan kişilerin fiillerinin korunan hukuki değeri ihlal etme yönünden elverişli olamayacağı söylenebilir.⁴⁴⁴

2.2.3.1.2. Seçilme Yoluyla Katılma

Kamusal faaliyete seçilme yoluyla katılım, kamu görevlisi sıfatının kaynağını idari bir statüden değil, doğrudan demokratik meşruiyetten alan bir katılım biçimidir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı, milletvekilleri, belediye başkanları ve diğer yerel temsilciler, kamu personel rejimine tabi olmaksızın kamusal faaliyetin yürütülmesine seçilme yoluyla

⁴⁴⁴ Kavramın gerçek özgü suçlar (TCK m. 247, 250, 252, 257, 259) ve nitelikli hâller (TCK m. 109, 132, 134, 135) üzerindeki işlevine ilişkin bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1041.

katılmaktadır.⁴⁴⁵ Kamusal faaliyete seçilme yoluyla katılan kişiler, kamusal alanın merkezinde yer alan siyasi kamu görevlileridir. Bu kişilerin kurumsal temsil yetkisini haiz oldukları kabul edilmekle birlikte, bu yetkinin kaynağı demokratik seçimlerdir.

Seçilmiş aktörlerin kamusal faaliyete katılımı, yalnızca bir icra fonksiyonunu değil; aynı zamanda kamusal iradenin oluşumuna katılmayı ifade eder. Bu yönüyle demokratik temsil, kurumsal temsilden farklı olarak, mevcut idari yapının işleyişine katılmaktan ziyade, bu yapının yönünü ve sınırlarını belirleyen bir işlev görür.

Bu çerçevede özellikle Cumhurbaşkanı, devlet tüzel kişiliğini temsil eden en üst makam olarak, demokratik ve kurumsal temsilin en çok yoğunlaştığı bir noktada yer almaktadır. Cumhurbaşkanı'nın temsil yetkisi, hem demokratik meşruiyete dayanmakta hem de devletin kurumsal yapısının bütününe kapsayan bir temsil fonksiyonu içermektedir. Açıklanan nedenle TCK'de cumhurbaşkanına yönelik suç teşkil eden fiiller, ekseriyetle ayrı birer suç tipi olarak düzenlenmiştir (Cumhurbaşkanına suikast, Cumhurbaşkanına hakaret, Cumhurbaşkanına fiili saldırı)⁴⁴⁶

Belirtmek gerekir ki demokratik temsil yetkisine sahip olan siyasi kamu görevlileri arasında yalnızca devlet başkanı sıfatıyla Cumhurbaşkanına karşı işlenen suçlar bakımından özel bir düzenleme mevcuttur. Seçimle iş başına gelen ve yasama erkinin kişi unsurunu oluşturan milletvekilleri bakımından ise ceza sorumluluğunu yalnızca milletvekili olma sıfatına bağlı olarak etkileyen bir unsur öngörülmemiştir. Yasama organının işleyişine ilişkin suçlarda kurumsal temsil, Türkiye Büyük Millet Meclisi üzerinde odaklanmıştır. Bu nedenle milletvekillerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sıfatına bağlanan genel sonuçlar uygulanmakta; bu genel hükmü bertaraf eden ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu “yargı görevi yapan” kavramına benzer bir “yasama görevi yapan” kavramı da benimsememiştir. Milletvekilleri bakımından Anayasa’da düzenlenen yasama sorumsuzluğu (AY m. 83/1) ceza

⁴⁴⁵ AY m. 75-77 (milletvekilleri), m. 101 (Cumhurbaşkanı) ve m. 127 (mahallî idare organları). Seçimle iş başına gelen muhtarın sıfatı bakımından Yarg. 11. CD, 20.11.2017, E. 2017/4888, K. 2017/7964 (442 sayılı Köy Kanunu uyarınca “görevi sırasında veya görevi sebebiyle işlediği suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı”); mağdur olarak muhtarın sıfatının her olayda tanım çerçevesinde ve fiil ile görev arasındaki nedensellik bağına göre belirleneceği yönünde Yarg. 4. CD, K. 2020/18908.

⁴⁴⁶ TCK m. 299 (Cumhurbaşkanına hakaret) ve m. 310 (Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı). Fiili saldırı, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

sorumluluğunu kaldıran maddi nitelikte bir şahsi cezasızlık sebebi, yasama dokunulmazlığı (AY m. 83/2) ise kovuşturulabilirliğe ilişkin bir muafiyettir; her ikisi de milletvekilinin kendi fiillerine ilişkin olup milletvekiline karşı işlenen suçlarda kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonuçları etkilememektedir.⁴⁴⁷ Demokratik temsil yetkisini haiz diğer kişiler arasında seçimle iş başına gelen belediye başkanları, belediye meclisi üyeleri, muhtarlar ve il genel meclisi üyeleri sayılabilir.⁴⁴⁸

Anayasa'nın 6. maddesi, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğunu ve Türk milletinin egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanacağını hüküm altına almaktadır. Egemenlik kayıtsız şartsız millete ait olduğuna göre, bu kişilerin millettten aldıkları yetkiyle millet adına ve yalnızca kendilerini yetkilendiren milletin çıkarlarına uygun olarak hareket etmesi esastır. Bu nedenle demokratik temsil yetkisini haiz siyasi kamu görevlilerinin fiillerinin, korunan hukuki değeri ihlal edici niteliğinin çoğu zaman daha ağır olabileceği düşünülebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki kamusal faaliyete seçilme yoluyla katılan siyasi kamu görevlilerinin katılımı sürelidir. Bu kişilerin kamusal faaliyete sürekli katılımı, Anayasa'nın "Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz" hükmüne aykırı düşecektir. Demokratik temsil yetkisini haiz kişiler belirli bir süre için seçimle iş başına gelmekte; sürenin dolması hâlinde yeniden seçilmedikçe görevle ilişkileri kesilmektedir.⁴⁴⁹

2.2.3.1.3. Herhangi Bir Surette Katılma

Türk Ceza Kanunu'nda kamu görevlisi tanımında yer alan "herhangi bir surette kamusal faaliyete katılma" ibaresi, kavramın kapsamını belirleyen en geniş ve aynı zamanda en

⁴⁴⁷ AY m. 83/1-2. Sorumsuzluğun hukuki niteliğine ilişkin öğretideki tartışma bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

⁴⁴⁸ Seçilmiş temsilcilerin — köy muhtarları, milletvekilleri, belediye ve il meclisi üyeleri — kamu görevlisi kapsamında bulunduğu Türk makamlarınca GRECO'ya bildirilmiş; belediye meclisi ve belediye encümeni üyelerinin rüşvet suçuna ilişkin Yargıtay kararları ile raporda "court of appeal" olarak anılan bir mahkeme kararı bu kapsamın uygulamadaki karşılığı olarak sunulmuştur: GRECO, Evaluation Report, par. 14, 31, 66 (kararların künyeleri raporda yer almamaktadır). GRECO sonraki raporlarında milletvekillerinin "kamu görevlisi" terimi kapsamında bulunmasını bu değerlendirmeye dayandırmaktadır: Second Compliance Report, par. 41 ve dn. 6.

⁴⁴⁹ AY m. 6/3. Görev süreleri için AY m. 77/1 ve m. 101/1 (beş yıl) ile mahalli idare seçimleri için AY m. 127/3 (beş yıl).

tartışmalı unsuru oluşturmaktadır.⁴⁵⁰ Bu ifade, kamusal faaliyete katılımın yalnızca atama veya seçilme gibi klasik kamu hukuku usulleri ile sınırlı olmadığını; bunların dışında kalan çeşitli hukuki yollarla da gerçekleştirilebileceğini ortaya koymaktadır.

Bu katılım biçimi bakımından da katılmanın bir tevdi ilişkisine dayanması gerekmektedir; belirleyici olan hukuki yolun türü değil, tevдинin varlığıdır. Kişinin kamusal faaliyetle kurduğu fiilî bir ilişki, tek başına kamu görevlisi sıfatını doğurmamaktadır.

Bu kapsamda sözleşmeli personel, işçiler, vasi, kayyım, tereke temsilcisi, konkordato komiseri ve benzeri kişiler, kamusal faaliyetin yürütülmesine, atama veya seçilme yoluyla kurulan temsil ilişkilerinden farklı bir hukuki bağla katılmaktadır. Yargıtay bu kişilerin durumunu aynı biçimde değerlendirmemektedir; mahkemece atanan vasi, kamu vesayetinin yürütülmesine katıldığı gerekçesiyle kamu görevlisi sayılırken, aynı yolla atanan tereke temsilcisi ve kayyımın atanma şekli ve görevi nedeniyle kamusal faaliyet yürütmediği kabul edilmiştir.⁴⁵¹ Tanık ve bilirkişi ise Devletle bir istihdam ilişkisi bulunmaksızın, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kendilerine yüklediği ödevlerin ifası kapsamında bu katılım biçimi içinde kamu görevlisi sayılmaktadır.⁴⁵² Tanığın sıfatı bir görevlendirme işlemiyle kazanmaması, ödevin kanun tarafından doğrudan yargılama faaliyetinin yürütülmesine bağlanmış olmasını değiştirmemektedir.

⁴⁵⁰ İbareye ilişkin öğretideki görüşler için **Özen/Tozman**, s. 43-46; **Demren Dönmez**, s. 126-127; ibarenin “kamu hukuku usulüne uygun bir surette” biçiminde anlaşılması gerektiği yönünde **Gökcan**, s. 150-151; ayrıca bkz. aşağıda 2.4.5.1.

⁴⁵¹ Vasi bakımından Yarg. 5. CD, 02.05.2013, E. 2013/5334, K. 2013/4360 (“kamu vesayeti”); tereke temsilcisi ve kayyım bakımından Yarg. 5. CD, 13.05.2016, E. 2014/1981, K. 2016/5102; Yarg. 5. CD, 02.10.2024, E. 2023/7648, K. 2024/9946 (“atanma şekli ve görevi nazara alındığında kamusal bir faaliyet yerine getirmediği”). Aynı hukuki konumdaki bu kişiler arasındaki fark kararlarda açık bir ölçütle gerekçelendirilmemiştir. Kısıtlı babasına atanan vasinin “özel vesayet” görevinin kamusal nitelik taşımadığı yönündeki aksi karar için Yarg. 4. CD, 05.12.2007, E. 2006/6881, K. 2007/10375 (**Demren Dönmez**, s. 121’den aktaran **Çadık**, s. 112). Yargıtay 5. Ceza Dairesi ise bu karara dayanan kanun yararına bozma istemini, kısıtlı babasına yöntemince vasi atanan sanığın kamu vesayetinden kaynaklanan görevinin TMK m. 398 vd. anlamında özel vesayet niteliğinde olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir: Yarg. 5. CD, 02.05.2013, E. 2013/5334, K. 2013/4360 (oybirliğiyle).

⁴⁵² **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 1048; TCK m. 6 gerekçesi (“kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir”); keşifte dinlenen mahalli bilirkişi ve tanık bakımından Yarg. 18. CD, 12.04.2017, E. 2015/22093, K. 2017/4217.

Nitekim bu kişiler, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmakla birlikte devletin veya belirli bir kamu tüzel kişinin kurumsal temsilcisi olarak hareket etmemekte; aynı şekilde demokratik temsil yetkisine de sahip bulunmamaktadır.

Bu nedenle söz konusu katılım biçimi, temsil ilişkisine dayanmayan, daha çok belirli bir işlevin yerine getirilmesine indirgenmiş bir katılım türü olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu durum, “herhangi bir surette katılma” ibaresi kapsamında yer alan kişilerin, kamusal faaliyetle kurdukları ilişkinin niteliğinin diğer katılım biçimlerinden ayrıldığını göstermektedir. Bu kişiler, kamu gücünü temsil eden bir iradenin taşıyıcısı olmaktan ziyade, belirli bir kamusal sürecin işleyişine katkı sağlayan fonksiyonel aktörler olarak değerlendirilebilir.

Ancak söz konusu ibarenin bu denli geniş bir kapsama sahip olması, ibarenin lafzının tek başına esas alınması hâlinde kamusal faaliyetin herhangi bir aşamasına dâhil olan herkesin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurabilir. Sorun ibarenin belirsizliğinden değil, katılmanın hangi ölçütle tespit edileceğinin ibarede gösterilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu ise kamu görevlisi kavramının sınırlarının aşırı genişlemesine ve suç tiplerinin uygulanmasında öngörülebilirliğin zayıflamasına yol açar.⁴⁵³

Bu nedenle ceza hukuku bakımından yapılması gereken, “herhangi bir surette katılma” ibaresini lafzî anlamıyla sınırsız şekilde yorumlamak değil; katılmayı tevдинin varlığına, yani kişinin katkısının hükmî aktöre isnat edilebilmesine bağlamaktır. Kamusal bir sürece dâhil olan herkesin katkısı hükmî aktöre isnat edilmemekte; kamu gücü kullanımı ise tanım düzeyinde değil, ilgili suç normu düzeyinde önem taşımaktadır.⁴⁵⁴

⁴⁵³ İbarenin lafzına dayanılarak özel şirket çalışanının kamu görevlisi sayılması ile bu sonucun kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı gerekçesiyle reddedilmesi arasındaki içtihat değişikliği için Yarg. CGK, 08.10.2020, E. 2018/287, K. 2020/409; Yarg. CGK, 22.04.2021, E. 2020/337, K. 2021/162. Genişletici okumanın dayanağı olan “devlet ile ... özel bir bağ” kavramı için Yarg. 5. CD, 28.05.2019, E. 2015/11200, K. 2019/5761; kavramın 765 sayılı Kanun dönemindeki kökeni için Yarg. CGK, 25.11.1985, E. 1985/410, K. 1985/595 (“Devletle ... hususi bir amme hukuku münasebeti ve rabıtası”).

⁴⁵⁴ Aynı yönde, ibareyi “hukuka uygun başka bir suretle” biçiminde daraltarak okuyan yaklaşım için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1048.

Sonuç olarak temsil ilişkisine dayanmayan bu katılım biçimi, kamu görevlisi kavramının sınırlarını genişleten bir unsur olmakla birlikte, bu kavramın belirlenmesinde otomatik ve tek başına yeterli bir ölçüt olarak kabul edilemez. Aksine bu kategori, kamu görevlisi kavramının fonksiyonel olarak sınırlandırılmasını gerekli kılan en önemli alanı oluşturmaktadır.

2.2.3.2. Kamusal Faaliyete Katılma Süresi

2.2.3.2.1. Sürekli Katılma

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirilir. Bu anayasal çerçeve, kamusal faaliyete sürekli katılımın, özellikle memurlar bakımından yapısal bir nitelik taşıdığını göstermektedir.

Gerçekten de memuriyet, bir kariyer mesleği olarak kurgulanmış olup, sağladığı statü güvenceleriyle birlikte değerlendirildiğinde, memurların kamusal faaliyete süreklilik arz eden bir biçimde katıldıkları kabul edilmelidir.

Sürekli katılım, kurumsal temsil yetkisiyle de yakından ilişkilidir. Kamusal faaliyete atama yoluyla iştirak eden kişiler, kural olarak idarenin tüzel kişiliği adına hareket etme ve onu temsil etme yetkisine sahiptir. Bu nedenle, söz konusu kişilerin kamusal faaliyete katılımı süreklilik arz eder. Benzer şekilde, kamu hizmeti niteliğindeki meslekleri icra eden kişilerin de, faaliyetlerinin sürekliliği ve mesleki örgütlenme biçimleri dikkate alındığında, kamusal faaliyete sürekli katıldıkları söylenmelidir.⁴⁵⁵

Sürekli katılımın anlamı, kişinin ifa ettiği görevi belirli bir süre veya somut bir süreçle sınırlı olarak değil, bir meslek ve statü çerçevesinde, önceden belirlenmiş bir bitiş şartına bağlı olmaksızın sürdürebilmesidir. Bu çerçevede, süreklilik ölçütü yalnızca fiili çalışma süresine değil, faaliyetin kurumsal ve statüsel niteliğine dayanmaktadır.

⁴⁵⁵ TCK m. 6 gerekçesi (avukat ve noter); 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 1 (avukatlığın kamu hizmeti niteliği); 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 1. Avukatın kamu görevlisi sıfatının somut işlemde kamu gücü kullanılıp kullanılmadığına göre belirlenmesi için bkz. aşağıda 2.4.5.2.

Bu bakımdan, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanların durumu ayrıca değerlendirilmelidir. Her ne kadar bu kişiler bakımından da önceden belirlenmiş bir süre sınırı bulunmasa da, faaliyetlerinin bir statüye değil sözleşmesel bir ilişkiye dayanması, kamusal faaliyete katılımlarının “sürekli” nitelikte olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaz. Zira burada süreklilik, mesleğin yapısal bir özelliği olarak değil, sözleşmenin devamına bağlı fiilî bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanların kamusal faaliyete katılımı, süreklilikten ziyade, somut ilişkinin devamına bağlı olarak değişkenlik gösterebilen bir nitelik taşımaktadır.⁴⁵⁶

2.2.3.2.2. Süreli Katılma

Süreli katılma, kamusal faaliyete kanunen önceden belirlenmiş bir süre boyunca katılmayı ifade eder. Bu katılım biçimi, öncelikle seçilme yoluyla kamusal faaliyete iştirak edenler bakımından söz konusudur. Zira demokratik seçimler, kişilere belirli bir süreyle sınırlı olmak üzere temsil yetkisi tanımaktadır. Temsil yetkisinin süreyle sınırlandırılması, egemenliğin belirli bir kişi ya da zümreye sürekli biçimde devrini engelleyen anayasal bir gerekliliktir.

Süreli katılım, atama yoluyla iştirak bakımından da ortaya çıkabilir. Nitekim HSK ve YSK gibi kurullarda üyelikler belirli bir süreyle sınırlandırılmıştır.⁴⁵⁷ Bu tür durumlarda, kamusal faaliyete katılım süreyle sınırlı olmakla birlikte, kişinin idareyi temsil etme ve kamusal yetki kullanma konumu devam etmektedir.

Buna karşılık, atama veya seçilme yolu dışında gerçekleşen katılımlarda, kişi belirli bir süre için faaliyete dâhil olsa dahi, bu durum “süreli katılım” değil, “geçici katılım” olarak nitelendirilmelidir. Örneğin mahkeme tarafından belirli bir süre için atanan vasi, kamusal faaliyete süreyle sınırlı biçimde katılmakta ise de, bu katılım kurumsal temsil ilişkisine

⁴⁵⁶ Sözleşmeli personelin ve kamu iktisadi teşebbüsü çalışanlarının (399 sayılı KHK m. 11/b) durumu için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1049.

⁴⁵⁷ Sözleşmeli personelin ve kamu iktisadi teşebbüsü çalışanlarının (399 sayılı KHK m. 11/b) durumu için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 1049. Yargıtay işçi statüsünü kamu görevlisi sıfatına engel saymamaktadır: Yarg. 5. CD, 17.10.2012, E. 2012/10395, K. 2012/10444 (Tekel A.Ş. daimi işçisi); Yarg. 11. CD, 18.02.2013, E. 2010/14128, K. 2013/2565 (belediyede geçici işçi); buna karşılık hizmet satın alınması yoluyla veya geçici ihtiyaçlar nedeniyle tümüyle özel hukuka tabi biçimde çalıştırılan kişileri kamu görevlisi saymayan karar için Yarg. 4. CD, 07.05.2013, E. 2011/1864, K. 2013/14243.

değil, somut bir görevin ifasına dayanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu katılım geçici niteliktedir.⁴⁵⁸

Bu çerçevede belirleyici ölçüt, katılımın süresinden ziyade, katılıma eşlik eden kurumsal temsil yetkisinin varlığıdır. Süreli katılımı kişi, belirli bir süreyle sınırlı olsa da, kamusal otoriteyi temsil etme konumundadır. Buna karşılık, bu tür bir temsil yetkisine sahip olmayan kişilerin kamusal faaliyete katılımı, süresi ne olursa olsun, geçici katılım olarak değerlendirilmelidir.

2.2.3.2.3. Geçici Katılma

Geçici katılım, kamusal faaliyete arızî nitelikte katılımın tipik görünümünü oluşturur. Bu kapsamda, belirli bir süre için dahi olsa, kamusal faaliyete kurumsal temsil yetkisini haiz olmaksızın katılan kişilerin durumu geçici katılım olarak nitelendirilmelidir. Tanık, bilirkişi, vasi, kayyım ve sözleşmeli personel gibi örneklerde görüldüğü üzere, bu kişiler kamusal faaliyete dâhil olmakla birlikte, bu katılım statüsel ve sürekli bir ilişkiye değil, belirli bir görevin ifasına bağlıdır.⁴⁵⁹

Geçici katılımın ayırt edici özellikleri birkaç başlık altında toplanabilir:

İlk olarak, katılım belirli ve somut bir işin yerine getirilmesine yöneliktir. Kişi, kamusal faaliyete genel ve sürekli bir bağlılık içinde değil, belirli bir görev veya ihtiyaç dolayısıyla dâhil olmaktadır. Bu nedenle katılım, görevin tamamlanmasıyla kendiliğinden sona erer.

İkinci olarak, katılımın kaynağı bir statü ilişkisi değil, somut bir görevlendirme veya ihtiyaçtır. Bu kişiler, idareyle kurdukları ilişki bakımından bir meslek veya kariyer çerçevesinde değil, belirli bir işin ifası amacıyla ve sınırlı bir bağ içerisinde faaliyet göstermektedir.

⁴⁵⁸ TMK m. 456/1 (“Vasi, kural olarak iki yıl için atanır”). Vasinin kamu görevlisi sıfatı için Yarg. 5. CD, 02.05.2013, E. 2013/5334, K. 2013/4360.

⁴⁵⁹ Tanık ve mahalli bilirkişi bakımından Yarg. 18. CD, 12.04.2017, E. 2015/22093, K. 2017/4217.

Üçüncü olarak, bu katılım biçiminde kurumsal temsil yetkisi bulunmamaktadır. Kişi, kamusal faaliyete katkı sağlamakla birlikte, idarenin tüzel kişiliğini temsil etme veya kamusal otoriteyi genel ve soyut biçimde kullanma konumunda değildir.

Son olarak, geçici katılım, süre unsuruna indirgenemez. Zira katılım belirli bir zaman dilimine yayılmış olsa dahi, eğer bu katılım statüsel bir süreklilik ve temsil ilişkisi doğurmuyorsa, geçici nitelik devam eder. Bu nedenle, örneğin bir yıl süreyle görevlendirilen vasi ya da uzun süre çalışan sözleşmeli personel bakımından dahi, katılımın niteliği süreli değil, geçici olarak değerlendirilmelidir.

Bu anlamda geçicilik, süreden ziyade katılımın hukuki niteliğine ilişkin bir ölçüttür.

2.2.4. Kamusal Faaliyete Katılan Aktörler

Kamusal faaliyet, niteliği gereği farklı kişilerin çeşitli biçimlerde dâhil olduğu bir ilişkiler alanı meydana getirir. Faaliyetin yürütülmesini üstlenen veya buna katkı sağlayan kişiler yanında, faaliyetten yararlananlar, faaliyetin gerçekleştirilmesine gönüllülük esasıyla yardımcı olanlar yahut belirli bir kamusal ödevin yerine getirilmesi nedeniyle faaliyetle ilişki kuran kişiler de bu alan içerisinde yer alabilir. Bu nedenle bir kişinin kamusal faaliyetle ilişki içerisinde bulunması, tek başına onun söz konusu faaliyetin yürütülmesine katıldığını göstermez.

Bu ayrım, TCK m. 6/1-c’de kamu görevlisinin “kamusal faaliyetin yürütülmesine” katılan kişi olarak tanımlanması bakımından özel önem taşımaktadır. Kanun, herhangi bir biçimde kamusal faaliyete katılmayı değil, faaliyetin yürütülmesine katılmayı esas almaktadır. Bu bakımdan “yürütülmesine” ibaresi, katılımın yönünü belirleyen bir işlev görür. Kamusal faaliyetle kurulan ilişkinin niteliği incelenirken kişinin faaliyet içerisinde bulunup bulunmadığından önce, faaliyetin hangi tarafında ve hangi sıfatla yer aldığı belirlenmelidir.

Kamusal faaliyete katılan aktörler bu nedenle iki temel grupta ele alınabilir. İlk grubu, faaliyetin yürütülmesine kurumsal bir bağlantı içerisinde katılan kamusal aktörler oluşturur. İkinci grupta ise kamusal faaliyetle yararlanma, yardım etme veya bir kamusal ödevi yerine getirme nedeniyle ilişki kuran, ancak faaliyetin yürütülmesini sağlayan kurumsal yapı içerisinde yer almayan kamusal olmayan (sivil) aktörler bulunmaktadır.

Ayrımın belirleyici ölçütü, kişinin kamu hukuku tüzel kişisi bünyesinde bulunması veya özel hukuk kişisi olması değil; kamusal faaliyetin yürütülmesiyle kurduğu ilişkinin niteliğidir.

2.2.4.1. Kamusal Aktörler

Kamusal aktörler, kamusal faaliyetin yalnızca muhatabı veya yararlanıcısı olarak değil, faaliyetin yürütülmesi yönünde yer alan kişilerdir. Bu kişilerin ortak özelliği, kamusal faaliyeti üstlenen, düzenleyen veya yürüten kurumsal yapı ile faaliyet arasında hukuken tanınabilir bir görev, yetki veya görevlendirme bağlantısına sahip olmalarıdır. Bu anlamda kurumsallık, kişinin mutlaka kamu tüzel kişisinin personeli olmasını gerektirmez. Belirleyici olan, kişinin faaliyete kendi bireysel iradesiyle dışarıdan katkı sunması değil, faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurumsal organizasyon içerisinde kendisine verilen bir işlevi yerine getirmesidir.⁴⁶⁰

Kamusal aktörlerin kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma biçimleri aynı değildir. Faaliyetin niteliğine ve kurumsal örgütlenmesine bağlı olarak bu aktörler siyasi, idari veya arızı nitelikte olabilir.

Siyasi aktörler, devletin siyasi karar alma ve yönlendirme faaliyetlerinin yürütülmesine anayasal veya kanuni bir görev ve yetki çerçevesinde katılan kişilerdir. Bu kişilerin kamusal faaliyetle bağlantıları, hizmetten yararlanma veya dışarıdan katkı sunma biçiminde değil, siyasi faaliyetin kurumsal olarak gerçekleştirilmesinde üstlendikleri görevden kaynaklanır. Yasama faaliyetinin gerçekleştirilmesine katılan kişiler ile anayasal siyasi karar alma mekanizmalarında görev üstlenen kişiler bu kapsamda değerlendirilir.

İdari aktörler, kamusal faaliyetlerin idari örgütlenme içerisinde yürütülmesine görev ve yetkileri çerçevesinde katılan kişilerdir. İdarenin üstlendiği faaliyetlerin sürekliliği, bunların belirli bir örgütlenme ve iş bölümü içerisinde gerçekleştirilmesini gerektirir. Bu örgütlenme içerisinde faaliyetin yürütülmesine katılan kişiler, kamusal faaliyetin idari aktörlerini oluşturur.

⁴⁶⁰ Bkz. yukarıda 2.2.2.2 ve orada anılan kaynaklar.

Burada da belirleyici ölçüt kişinin tabi olduğu personel rejimi değildir. İstihdam biçimi, görevin sürekli veya süreli olması ya da kişinin kamu hukuku veya özel hukuk ilişkisi içerisinde çalışması, tek başına aktörün niteliğini belirlemez. Esas olan, kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesi amacıyla kurumsal organizasyona dâhil edilmiş ve bu faaliyet içerisinde belirli bir görev üstlenmiş olmasıdır.⁴⁶¹

Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılım her durumda sürekli bir kurumsal görevin üstlenilmesini gerektirmez. Belirli bir faaliyetin veya somut bir kamusal işin gerçekleştirilmesi amacıyla geçici olarak görevlendirilen ya da yetkilendirilen kişiler de faaliyetin yürütülmesine katılabilir. Bu kişileri siyasi ve idari aktörlerden ayıran husus, kamusal faaliyetle kurdukları bağlantının süreklilik gösteren kurumsal bir görevden değil, belirli bir iş veya dönemle sınırlı görevlendirmeden kaynaklanmasıdır.

Arızilik, buna karşılık katılımın kurumsal niteliğini ortadan kaldırmaz. Kişinin belirli bir kamusal faaliyetin yürütülmesi amacıyla yetkili aktör tarafından görevlendirilmesi veya faaliyetin kurumsal organizasyonuna dâhil edilmesi hâlinde, görevin kısa süreli olması onu sivil aktör hâline getirmez. Böylece kamusal aktör bakımından belirleyici olan süreklilik değil, faaliyetin yürütülmesiyle kurulan kurumsal bağlantıdır.⁴⁶²

2.2.4.2. Kamusal Olmayan (Sivil) Aktörler

Kamusal faaliyete katılan herkes faaliyetin yürütülmesine görev almaz. Kamusal faaliyetin özellikle kamu hizmeti biçimindeki görünümü, faaliyeti yürütenlerle bundan yararlananlar arasında karşılıklı bir ilişki meydana getirdiğinden, faaliyetin muhatapları da zorunlu olarak bu ilişkinin içerisinde bulunmaktadır. Benzer biçimde kişiler kamusal

⁴⁶¹ Yarg. 5. CD, 02.10.2015, E. 2015/7470, K. 2015/14733 (657 sayılı Kanun m. 4/B kapsamında sözleşmeli maaş mutemedi); işçi statüsündeki personel bakımından bkz. yukarıda 2.2.3.2.1. Yargıtay uygulamasında sonucun kural olarak kişinin bağlı olduğu kurumun hukuki rejimine göre belirlendiği hususunda bkz. aşağıda 2.4.5.2.

⁴⁶² Yarg. 5. CD, 06.06.2011, E. 2011/6512, K. 2011/4415 (üniversite hastanesinin özel muayene biriminde rektörlük oluruyla görevlendirilen veznedarın “kamusal faaliyet vasfındaki görevlendirmeyi kabul ederek uzun süre yerine getirdiği”). Yargı merciince görevlendirilen zorunlu müdafî ve adli yardım avukatı bakımından **Ünal**, s. 80-81; stajyer avukatın kamu görevlisi sayılmasının hacze katılma yetki belgesine bağlandığı kararlar için Yarg. 4. CD, 23.11.2020, E. 2020/8902, K. 2020/17568 ve Yarg. 4. CD, 19.10.2020, E. 2020/9820, K. 2020/12545 (suç tarihinde henüz mahkemeler nezdinde staj yapan ve icra müdürlüğündeki haciz işlemlerini resmî görevli olarak yürütemeyecek olan stajyerin kamu görevlisi sayılmaması; aktaran **Ünal**, s. 82).

faaliyete kurumsal bir görevlendirme olmaksızın gönüllülük esasına göre katkı sağlayabilir veya hukuk düzeninin kendilerine yüklediği bir ödev nedeniyle faaliyetle katılabilir. Bu durumların ortak özelliği, kişinin kamusal faaliyet alanı içerisinde bulunmasına rağmen faaliyetin yürütülmesini sağlayan kurumsal organizasyona bu sıfatla dâhil olmamasıdır.

Bu kişilerin sivil aktör olarak nitelendirilmesi, faaliyetlerinin kamusal amaç bakımından önemsiz olduğu anlamına gelmez. Ayrım, yapılan işin maddi niteliğinden çok, kişinin o işi hangi hukuki ve kurumsal bağlantı içerisinde gerçekleştirdiğine ilişkindir. Nitekim aynı maddi davranış, kurumsal görevlendirme çerçevesinde gerçekleştirildiğinde kamusal faaliyetin yürütülmesine katılım oluşturabilirken, kişinin kendiliğinden ve dışarıdan katkısı olarak gerçekleştirildiğinde sivil katılım niteliğinde kalabilir. İdare hukuku öğretisinde avukatın, faaliyetinde kamu yararı bulunmasına rağmen bu faaliyet idareye bir görev olarak verilmediği ve kendi nam ve hesabına yürütüldüğü için kamu görevlisi sayılmaması, benzer bir esasa dayanmaktadır.⁴⁶³

Yararlanıcı aktörler, kamusal faaliyetle bu faaliyetin sunduğu hizmet veya imkândan yararlanmak amacıyla ilişki kuran kişilerdir. Kamu hizmetlerinin önemli bir bölümünde hizmetin yürütülmesi, hizmeti sunanlarla bundan yararlananların karşılıklı ilişkisini gerektirdiğinden, yararlanıcı da kamusal faaliyetin gerçekleştiği ilişkinin içerisinde yer alır. Bununla birlikte yararlanıcının faaliyete katılımı, faaliyetin yürütülmesi yönünde değil, faaliyetin kendisine yöneldiği tarafında gerçekleşmektedir.

Örneğin devlet okulunda eğitim gören öğrenci eğitim faaliyetinin dışında değildir; eğitim faaliyetinin gerçekleşmesi öğrencinin katılımını da gerektirir. Ancak öğrenci bu nedenle eğitim faaliyetinin yürütülmesine katılan kurumsal aktör hâline gelmez. Onun katılımının

⁴⁶³ Avukatın, mesleki faaliyetinde kamu yararı bulunmasına rağmen faaliyet idareye görev olarak verilmediğinden idare hukuku anlamında kamu görevlisi sayılamayacağı yönünde **Sırrı Düğer**, “İdare Hukuku Açısından Avukatlık”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 2019, s. 55-77, s. 65-68, 73. Danıştay da avukatlığı sunulan hizmet bakımından kamu hizmeti, mesleki faaliyet bakımından serbest meslek saymakta ve Anayasa’daki kamu görevlisi tanımının dışında tutmaktadır: Danıştay 8. D., 05.11.2012, E. 2012/5257 (yürütmenin durdurulması kararı; aktaran **Aybay**, s. 169-170). Avukatlık Kanunu m. 1’deki “kamu hizmeti” nitelemesinin ne organik ne de maddi anlamda teknik bir kamu hizmeti nitelendirmesi olamayacağının idare hukuku öğretisinde genel kabul gördüğü hususunda **Gülen**, s. 102; yasa koyucunun kamu hizmeti saydığı avukatlığın idareyle organik bağı bulunmadığından kamu hizmeti sayılmadığı için aynı makale, s. 104.

hukuki esası, kamusal faaliyetin yürütülmesine ilişkin bir görev üstlenmesi değil, faaliyetten yararlanmasıdır.

Yardımcı aktörler, kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir kurumsal görev veya yetkilendirmeye dayanmaksızın, gönüllülük esasına göre fiilen katkı sağlayan kişilerdir.

Bu katkı, yürütülen kamusal faaliyet bakımından gerekli veya son derece önemli olsa dahi, tek başına kişiyi faaliyetin yürütülmesine katılan kurumsal aktör hâline getirmez. Yardımcı aktörün ayırt edici özelliği, katkısının faaliyeti yürüten kurumsal yapı tarafından kendisine verilmiş bir görev veya yetkiye değil, gönüllülük esasına dayanan bir katılım iradesinden kaynaklanmasıdır.

Bu ayrım özellikle aynı maddi faaliyetin farklı hukuki bağlantılar içerisinde gerçekleştirildiği durumlarda görünür hâle gelir. Örneğin afet müdahalesinde yetkili kurum tarafından belirli bir organizasyon içerisinde görevlendirilmiş veya yetkilendirilmiş kişinin faaliyeti ile olay yerinde kendi iradesiyle yardım çalışmalarına katılan kişinin faaliyeti maddi bakımdan benzer olabilir. Bununla birlikte ilk durumda kişi kamusal faaliyetin kurumsal yürütülüşüne dâhil edilmişken, ikinci durumda kamusal faaliyete dışarıdan destek sunmaktadır. Bu nedenle aktörün niteliği yalnızca yaptığı işe bakılarak değil, bu işi hangi kurumsal bağlantı içerisinde yaptığı belirlenerek saptanmalıdır.

Yükümlü aktörler, kamusal faaliyetin yürütülmesinde görev veya yetki üstlenmeksizin, hukuk düzeni tarafından öngörülen kamusal ödevleri yerine getirmek suretiyle faaliyete katılan kişilerdir.

Vergi ödeme, oy kullanma gibi belirli bir kamusal süreç içerisinde kişiye kanunen yüklenen ödevlerin ifası bu tür katılıma örnek oluşturabilir. Yükümlülüğün kamusal nitelikte olması, yükümlüyü kendiliğinden kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan aktör hâline getirmez. Aksi kabul, kamusal faaliyetin muhatabı sıfatıyla bir ödevi yerine getiren kişi ile bu faaliyetin yürütülmesinden sorumlu kişi arasındaki ayrımı ortadan kaldırır.

Bu noktada asker kişilerin durumu ise ayrıca değerlendirilmelidir.

Bu nedenle kamusal faaliyete katılım ile kamusal faaliyetin yürütülmesine katılım birbirinden ayrılmalıdır. Yararlanıcı, yardımcı ve yükümlü aktörler kamusal faaliyetle çeşitli yoğunluklarda ilişki kurabilir; hatta bazı hâllerde faaliyetin maddi olarak gerçekleşmesine doğrudan katkıda bulunabilirler. Buna karşılık TCK m. 6/1-c bakımından belirleyici olan, kişinin kamusal faaliyet alanında bulunması veya faaliyete nedensel katkı sağlaması değil, faaliyetin yürütülmesine kurumsal bir görev veya yetkilendirme bağlantısı içerisinde katılmasıdır. Böylece “yürütülmesine katılma” ibaresi, kamusal faaliyetle kurulan çok sayıdaki ilişki arasından ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sıfatının belirlenmesine elverişli olan katılım biçimini ayıran ölçüt hâline gelmektedir.

2.3. KAMU GÖREVLİSİ TANIMININ KANUNİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamu görevlisi tanımının kapsamının geniş olduğu öğretide yaygın biçimde kabul edilmekle birlikte, kanun koyucunun neden bu kadar geniş bir tanım benimseme ihtiyacı duyduğu ve bu tercihin kanunilik ilkesi bakımından ne ifade ettiği yeterince sorgulanmamaktadır.

Nitekim tanımın müphem yahut yoruma açık olduğu yönündeki değerlendirmeler, hükmün hangi koşullar altında belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini ortaya koyan somut bir değerlendirme de sunmamaktadır. Bu nedenle bu başlık altındaki inceleme iki sorunun birbirinden ayrılmasıyla yürütülecektir. Birinci soru, belirsizliğin yerine dairdir ve aykırılığın tanım normunun kendisinde mi yoksa bu tanıma sonuç bağlayan suç normlarında mı bulunduğu tespitini gerektirmektedir. İkinci soru ise belirsizliğin kaynağına dairdir ve bunun dilin kaçınılmaz belirsizliğinden kaynaklanan bir zorunluluk mu, yoksa kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi olduğunu araştırmaktadır.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ **Luís Greco**, “Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen – Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2018, s. 475-483, s. 476-477. Yazar, kanun koyucunun azami belirliliği sağlamakla yükümlü olduğu, belirsizliğin somut olay adaleti menfaatiyle tartılabileceği, sınırlandırıcı unsurların payının yüzde elliye aşması gerektiği ve hükümden açık bir koruma amacının çıkarılabildiği ölçüde lafzın yoruma sınır çizceği biçimindeki dört yaklaşımı, belirlilik için gerekli ve yeterli koşulları formüle etmeye çalıştıkları için yetersiz bulmakta; ilkenin dayanaklarından argüman

2.3.1. Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, Yorum Faaliyetinin Sınırı ve Kıyas Yasağı

Kanunilik ilkesi, AY m. 38/1 ile TCK m. 2’de düzenlenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7 ile de güvence altına alınmış olup, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilememesini ve kanunda yazılı olandan başka bir ceza veya güvenlik tedbirine hükmolunamamasını ifade etmektedir.⁴⁶⁵ İlke öğretide dört alt başlık altında incelenmektedir: suç ve cezanın ancak kanunla konulabilmesi ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi, suçun unsurlarının ve cezanın kanunda açık ve anlaşılır biçimde gösterilmesi, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyas yoluyla uygulanamaması ve aleyhe kanunun geçmişe yürütülememesi.⁴⁶⁶ Bu alt ilkelerin ortak işlevi, devletin cezalandırma yetkisinin kullanılmasını yasama organının önceden verdiği kararlarla sınırlamak ve bireyin hangi davranışın hangi koşullar altında cezai sonuç doğuracağını kanundan hareketle öngörebilmesini sağlamaktır; ilke bu yönüyle hukuk devleti ilkesinin ve kuvvetler ayrılığının ceza hukukundaki görünümüdür. Belirlilik ilkesi ile kıyas yasağı, kanunilik ilkesinin normun uygulanmasına doğrudan etki eden iki alt ilkesidir. İlki kanun koyucunun normu nasıl formüle etmesi gerektiğine, ikincisi ise uygulayıcının bu normu hangi sınırlar içinde uygulayabileceğine ilişkindir. Bu nedenle, kamu görevlisi tanımına yöneltilen bir belirlilik itirazı ile aynı tanımın yorum yoluyla genişletilmesine yönelik bir itirazın birbirinden ayrılması gerekir. Zira iki alt ilkenin muhatapları farklıdır ve tanımın değerlendirilmesi de ancak bu ayrım gözetilerek yapılabilir.

Kanunilik ilkesi ile yorum arasındaki ilişki, ilkenin tarihsel gelişimi boyunca farklı biçimlerde kurulmuştur. Aydınlanma dönemi ceza hukuku düşüncesinde ilke, hâkimin

türetmeyi de bu dayanakların soyutluğu nedeniyle reddetmektedir (s. 477). Ölçütün yalnızca asgari ve yasaklayıcı bir gereklilik formüle ettiği hususunda s. 477, 483; ayrıca bkz. aşağıda dn. 493.

⁴⁶⁵ AY m. 38/1: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” TCK m. 2/1: “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.”; m. 2/2: “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.” AİHS m. 7 için bkz. aşağıda dn. 473.

⁴⁶⁶ Alt ilkelerin tasnifi ve kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu için bkz. **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 54-57; belirlilik boyutu için **Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 131-134; ayrıca **Toroslu/Toroslu**, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (künyesi için yukarıda dn. 344); hukuk devleti ile bağlantısı için yukarıda dn. 342.

kanunu yorumlamasının dahi yasaklanması biçiminde anlaşılmış; hâkime kanunun sözünü somut olaya uygulamaktan başka bir görev tanınmamıştır.⁴⁶⁷ Bu anlayış, kanun metninin bütün uygulama ihtimallerini tüketici biçimde düzenleyebileceği varsayımına dayandığından sürdürülememiştir. Günümüz öğretisinde kanunilik ilkesi yorumu yasaklamamakta, yorumun sınırını çizmektedir: ceza normunun anlamı, lafzın mümkün anlam alanı içinde kalmak kaydıyla sistematik, tarihsel ve amaçsal ölçütlerle belirlenebilmekte; lafzın mümkün anlamının aşılması ise yorum değil, kanunda düzenlenmemiş bir alana cezalandırılabilirliğin taşınması niteliğindedir.⁴⁶⁸ Lafzın mümkün anlamı bu nedenle yorumun sınırı olduğu kadar, kıyas yasağı ile belirlilik ilkesinin de ortak ölçüsüdür: kıyas yasağı uygulayıcının bu sınırı aşmasını, belirlilik ilkesi ise kanun koyucunun bu sınırı belirlenemez bırakmasını yasaklamaktadır.

Kanunilik ilkesi ile yorum arasında birbirini dışlayan değil, sınırlayıcı bir ilişki bulunmaktadır. Ceza normlarının yorumlanması kaçınılmaz olmakla birlikte, yorum sonucunda ulaşılan anlamın cezalandırılabilir alanı kanunda öngörülme-yen biçimde genişletmemesi gerekir. Kanunilik ilkesinin belirlilik ve öngörülebilirlik gerekleri, bireyin hangi davranışların hangi koşullar altında cezai sorumluluk doğuracağını kanundan hareketle öngörebilmesini gerektirir. Bu nedenle ceza normunun anlamı, yalnızca somut olayda ulaşılmak istenen sonuçtan hareketle belirlenemez.

Bu sınırın belirlenmesinde kıyas yasağı özel önem taşımaktadır. Ceza hukukunda yorum ile kıyas arasındaki ayrım, yorum sonucunda kanunun mümkün anlam alanı içerisinde kalınıp kalınmadığı noktasında ortaya çıkar. Yorum, kanuni düzenlemenin anlamının belirlenmesine yönelikken; kıyas, kanunda düzenlenmemiş bir durumun benzerlikten hareketle kanuni düzenlemenin kapsamına dâhil edilmesini ifade eder.⁴⁶⁹ Failin aleyhine

⁴⁶⁷ Yorum yasağı anlayışı için bkz. **Beccaria**, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara 2004, § IV (Yasaların Yorumu); hâkimin kanunun sözünü söyleyen ağızdan ibaret olduğu yönündeki Montesquieu formülü için Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. Fehmi Baldaş, Hipertek Yayınları, İstanbul 2014, Kitap XI, Bölüm 6.

⁴⁶⁸ Yorumun kaçınılmazlığı ve lafzın mümkün anlamının sınır işlevi için bkz. yukarıda dn. 344 ve aşağıda dn. 469 ile orada anılan kaynaklar; genişletici yorum ile kıyasın ayrılmasındaki güçlük için **Öztekin Tosun**, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 28, S. 1, 1962, s. 20-59, s. 46.

⁴⁶⁹ TCK m. 2/3: “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” Yorum-kıyas ayrımı ve lafzın mümkün anlamının sınır işlevi için bkz. **Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*; **Koca/Üzülmüş**,

kıyas yasağı bu nedenle, kanunun düzenleme ve koruma amacından hareket edilerek kanuni anlam alanının dışında kalan olayların cezalandırılabilir alana dâhil edilmesini engeller. Normun amacı yorum bakımından önem taşımakla birlikte, kanunilik ilkesinin çizdiği sınırın aşılmasının gerekçesi olamaz.⁴⁷⁰

TCK m. 2/3, kıyas yasağını iki cümleyle düzenlemektedir: suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında kıyas yapılamamakta ve bu hükümler kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamamaktadır. İkinci cümle, yasağın yalnızca kıyas adı altında yapılan işlemi değil, sonucu itibarıyla kıyasla aynı etkiyi doğuran genişletici yorumu da kapsadığını göstermekte; böylece yorum ile kıyas arasındaki sınırın adlandırmaya göre değil, lafzın mümkün anlamının aşılp aşılmadığına göre çizilmesini gerektirmektedir. Yasağın failin lehine kıyası da kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışmalıdır; bir görüş yasağı yurttaş aleyhine örnekseme ile sınırlı tutmakta, karşı görüş kıyasın lehe veya aleyhe olmasına bakılmaksızın kurum olarak yasaklandığını kabul etmektedir.⁴⁷¹ Bu tartışmanın belirlilik değerlendirmesi bakımından önemi sınırlıdır; zira kıyas yasağı her iki görüşte de uygulayıcıya yönelen bir yasaktır ve normun formüle edilmesindeki eksikliği gidermemektedir. Uygulayıcının lafzın sınırı içinde kalması, kanun koyucunun bu sınırı belirlemiş olmasını gerektirmekte; sınırın kanun metninden belirlenemediği hâllerde kıyas yasağı, ihlal edilmese dahi, cezalandırılabilir alanın güvencesini sağlayamamaktadır. Belirlilik ilkesinin kıyas yasağından bağımsız bir alt ilke olarak düzenlenmesinin nedeni de budur.

Genel Hükümler. Tefsirde kaidenin anlamının belirlendiği, kıyasta ise kanun koyucunun bıraktığı boşluğun doldurulduğu hususunda **Tosun**, s. 22; yazar kıyası bir tefsir türü saymakta ve asıl güçlüğü kıyasın genişletici tefsirden ayrılmasında olduğunu belirtmektedir (aynı makale, s. 46).

⁴⁷⁰ Kanunilik ilkesinin kanun koyucu bakımından en önemli sonucunun, suç hâline getirilen fiilin açıkça tarif ve tasvir edilmesi olduğu yönünde **Feyyaz Gölcüklü**, “Ceza Hukuku Açısından 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 17, 1962, s. 281-304, s. 283-285. Kanundaki “gibi” ibaresine dayanılarak sınırsız bir genişletici yoruma gidilmesinin kanunilik ilkesini zedeleyeceği eleştirisi için **Faruk Erem**, “‘Yüz Kızartıcı Suç’ Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1976, S. 2, s. 172-173, s. 172.

⁴⁷¹ TCK m. 2/3’ün metni için bkz. yukarıda dn. 469. Lehe kıyasa ilişkin görüşler için bkz. aşağıda dn. 588 ve orada anılan kaynaklar.

2.3.2. Belirlilik İlkesi ve Tanım Normları

Belirlilik ilkesi, suçun unsurlarının ve yaptırımın kanunda, norm muhatabının davranışının cezai sonucunu önceden bilebileceği açıklıkta gösterilmesini gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi ilkeyi, kanuni düzenlemenin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması ile kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi olarak anlamaktadır.⁴⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise Sözleşme m. 7 kapsamında kanunun erişilebilir ve öngörülebilir olmasını aramakta; kanunların kaçınılmaz olarak belirli ölçüde genel ve soyut ifadeler içerdiğini, muhatabın gerektiğinde hukuki yardım alarak davranışının sonuçlarını makul ölçüde öngörebilmesinin yeterli olduğunu ve suçun özüyle bağdaşan, makul biçimde öngörülebilir aşamalı yargısal somutlaştırmanın ilkeyle çelişmediğini kabul etmektedir.⁴⁷³ Bu içtihatla öngörülebilirlik, kanun metni ile bu metne ilişkin yargısal yorumun birlikte değerlendirilmesiyle ölçülmektedir. Öngörülebilirliğin bu biçimde ölçülmesi, belirlilik ilkesinin muhatabı sorusunu açık bırakmaktadır: normun anlamı içtihatla öngörülebilir hâle geldiğinde kanun koyucunun belirleme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağı, ilkenin kime yöneldiğine göre değişmektedir. Belirlilik gereği ayrıca yalnızca suç ve ceza ihdas eden normlara değil, suç tipinin bir unsurunu tamamlayan tanım normlarına da yönelmektedir; tanım normu, gönderme yapan suç tipiyle birlikte cezalandırılabilir alanın çevresini belirlediğinden, tanımdaki belirsizlik bu kişi çevresini belirleyen her suç normuna yansımaktadır.⁴⁷⁴

TCK m. 6/1-c’de yer alan kamu görevlisi tanımına yöneltilebilecek belirlilik eleştirisi, yalnızca “kamusal faaliyet” kavramının soyut veya geniş olması üzerinden kurulamaz.⁴⁷⁵

⁴⁷² Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesine ilişkin yerleşik formülü için AYM, 17.06.2015, E. 2014/194, K. 2015/55. Formülün kamu hizmeti kavramına uygulanması için bkz. aşağıda dn. 477.

⁴⁷³ Erişilebilirlik ve öngörülebilirlik ölçütü ile aşamalı yargısal somutlaştırmanın ilkeyle bağdaştığı hususunda AİHM, *Kokkinakis/Yunanistan*, 25.05.1993, B. No. 14307/88, § 52; *Cantoni/Fransa*, 15.11.1996, B. No. 17862/91, §§ 29-32; *Del Río Prada/İspanya* [BD], 21.10.2013, B. No. 42750/09, §§ 91-93.

⁴⁷⁴ Tanım normunun Kanun sistematisindeki konumu için bkz. yukarıda 2.2.1 ve bu Bölümün girişindeki tasnif; tanım normu ile suç normunun birlikte oluşturduğu bileşik norm için bkz. aşağıda 2.3.4.

⁴⁷⁵ Tanımın belirsizliğine yönelik eleştiriler için örneğin **Zeki Hafızogulları/Muharrem Özen**, “Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 219)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/3, s. 249-268, s. 268 (din görevlileri bakımından m. 6/1-c’nin “sadece karmaşa yarattığı”); tasarı aşamasında

Ceza kanunlarının zorunlu olarak belirli ölçüde soyut kavramlara başvurulması, tek başına kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz.⁴⁷⁶ Asıl sorun, normun anlamının yorum yoluyla somutlaştırılması ile kanunda öngörülmeleyen bir sınırlandırmanın uygulayıcı tarafından oluşturulması arasındaki sınırdaki sınırdaki ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan TCK m. 6/1-c'nin belirlilik ilkesi yönünden değerlendirilmesi, normun genişliğinden çok, kapsamının hangi ölçütlerle ve hangi normatif işlem aracılığıyla sınırlandırılabilirliğinin araştırılmasını gerektirir. Anayasa Mahkemesi de kamu hizmeti kavramına gönderme yapan bir kanun hükmünü, kavramın hangi hizmetleri içerdiğinin açık ve belirgin olmaması nedeniyle iptal etmiştir.⁴⁷⁷

Belirlilik ilkesinin muhatabı bu değerlendirmede belirleyici önem taşımaktadır. Greco'ya göre kıyas yasağı uygulayıcıya yönelirken, belirlilik ilkesi yalnızca ceza kanunu çıkaran organa, kanun koyucuya yönelmektedir; ilke, ceza normunun uygulayıcının tamamlayıcı değerlendirmesine ihtiyaç göstermeyecek biçimde formüle edilmesini kanun koyucudan talep etmektedir.⁴⁷⁸ Bu yaklaşımın sonucu, bir normun içeriğinin zaman içinde yargı kararlarıyla istikrar kazanmış olmasının kanun koyucunun yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmemesidir. Kanun koyucunun normu belirli kılma görevini mahkemelere bırakabilmesi hâlinde ona yönelen bir buyruktan söz edilememektedir.⁴⁷⁹ İçtihat yoluyla giderilen belirsizlik bu nedenle ihlali ortadan kaldırmamakta, yalnızca ihlalin norm metninden izlenebilmesini güçleştirmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesinden mahkemelere yönelik bir somutlaştırma buyruğu çıkarmasına Greco'nun itiraz etmemesi de bu çerçevede anlaşılmalıdır; mahkemelerin

“kamusal faaliyetin yürütümü” ölçütünün uygulamadaki sorunlara çözüm olmayacağı yönündeki eleştiriler (Mahmutoğlu; Tezcan/Erdem) için **Üzülmüş**, “İrtikap”, s. 276, dn. 11. Aksi yönde, 5237 sayılı Kanun'un faaliyetin niteliğine bakan ölçütünün “daha nesnel bir kriter” getirdiği görüşü için **V. Aslan**, s. 65.

⁴⁷⁶ Kanun koyucunun davranışı betimleyerek tipleştirdiği; ölçütün kavramın soyutluk derecesi değil, sezilen haksızlık içeriği ile sayılan unsurlar arasındaki karşılıklılık olduğu yönünde **Greco**, s. 478.

⁴⁷⁷ AYM, 17.06.2015, E. 2014/194, K. 2015/55, RG, 26.06.2015, Sayı 29398 (5393 sayılı Kanun m. 15'e 6552 sayılı Kanun m. 121 ile eklenen fıkradaki “veya kamu hizmetlerini aksatacak” ibaresinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle oyçokluğuyla iptali; ayrıca **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 343). Kavramın idare hukukunda dahi “tek ve geçerli tanımını bulmanın zor” olduğu hususunda bkz. aşağıda dn. 572.

⁴⁷⁸ **Greco**, s. 477-478: belirlilik ilkesi yalnızca ceza kanunu çıkarana, kanun koyucuya yönelmektedir. Türk öğretisinde, belirlilik ilkesinin kanun koyucunun diliyle ilgili olup ona vatandaşın anlayabileceği bir düzenleme yapma yükümlülüğü yüklediği yönünde (Gardocki'ye atıfla) **Ünver**, s. 734.

⁴⁷⁹ **Greco**, s. 479: kanun koyucunun normu belirli kılma görevini mahkemelere bırakabilmesi hâlinde ona yönelen bir buyruktan söz edilemeyeceği yönünde.

somutlaştırma görevi, kanun koyucunun belirleme yükümlülüğünün yerine geçmemektedir.⁴⁸⁰

Ölçütün bu biçimde kurulması, değerlendirmenin yönünü de belirlemektedir. Greco, belirlilik için gerekli ve yeterli koşulları formüle etmeyi açıkça reddetmekte; amacını, ilkenin koyduğu ve aşılması hâlinde ihlal sonucuna güvenle varılabilecek asgari bir gerekliliğin belirlenmesiyle sınırlamaktadır.⁴⁸¹ Ölçüt bu nedenle tek yönlü işlemektedir. Ölçütün karşılanması hâlinde belirlilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmakta; ölçütün karşılanmaması ise hükmün belirli olduğu anlamına gelmemekte, hüküm başka gerekçelerle belirsiz olabilmektedir. TCK m. 6/1-c bakımından bu kayıt, “kamusal faaliyet” kavramının soyutluk derecesinin ölçülmesini gereksiz kılmaktadır; gösterilmesi gereken husus belirsizliğin miktarı değil, kanun koyucunun tasarrufuna bağlanabilen yapısal niteliğidir.

2.3.3. Daraltıcı Yorum ve Teleolojik Redüksiyon Ayrımı

Belirlilik değerlendirmesi, daraltıcı yorum ile teleolojik redüksiyonun birbirinden ayrılmasını gerektirmektedir. Bir kavramın mümkün anlam alanı içinde hangi olayları kapsadığının belirlenmesi yorum faaliyetidir. “Kamusal faaliyet” veya “faaliyetin yürütülmesine katılma” kavramlarının anlam alanı içinde yapılan ve bazı olayları kavramın dışında bırakan değerlendirme, sonucu itibarıyla kapsamı daraltsa dahi teleolojik redüksiyon değildir. Buna karşılık somut olay lafzın mümkün anlam alanına açıkça girdiği hâlde, normun amacı veya korunan hukuki değer gerekçe gösterilerek normun uygulanmaması söz konusuysa artık yorum yoluyla anlam belirlemeden değil, teleolojik redüksiyondan söz edilmektedir.⁴⁸² Hukuk metodolojisinde daraltıcı yorum, lafzın sınırları içinde kaldığı için kanuna uygun bir işlem sayılmakta; teleolojik redüksiyon ise lafzın tereddütsüz kapsadığı bir olayın norm dışında bırakılması olduğundan örtülü bir boşluğun doldurulması ve kanunun ötesinde hukuk yaratma

⁴⁸⁰ Greco, s. 478.

⁴⁸¹ Greco, s. 477, 480, 483. Yazar, ilkenin olumlu boyutunun ödevler dilinden çok erdemler diliyle kavranabileceğini ve bu boyutun bugüne kadar yargısal denetime elverişli kılınamamasının da buradan kaynaklandığını belirtmektedir (s. 483).

⁴⁸² Greco, s. 478, 483: daraltıcı yorum, tipin muhtemelen kapsadığı, yani kavram avlusuna (*Begriffshof*) ait olayların; teleolojik redüksiyon ise tipin kesin olarak kapsadığı, yani kavram çekirdeğine (*Begriffskern*) ait olayların elenmesidir.

faaliyeti olarak nitelendirilmektedir. Fail lehine sonuç doğurduğu ölçüde kıyas yasağıyla çatışmayan teleolojik redüksiyon, uygulayıcı bakımından hukuka uygun bir yöntemdir. Greco'nun eleştirisi de redüksiyonun kendisine değil, kanun koyucunun normu redüksiyonun yapılacağı varsayımıyla formüle etmesine yönelmektedir.⁴⁸³ Belirlilik bakımından önem taşıyan ayrım burada ortaya çıkmaktadır.

Bu ayrım, belirlilik incelemesinde birbirinden ayrılması gereken üç farklı soruna işaret etmektedir. İlk sorun, soyutluk meselesidir. Kavramın anlam sınırlarının geniş olması, kanun koyucunun davranışları genel ve soyut ifadelerle düzenlemesinin kaçınılmaz sonucu olup tek başına bir hukuki sakınca teşkil etmez; aksine, mahkemeye yönelen somutlaştırma görevinin ön koşulunu oluşturur. İkinci sorun, yorum gereksinimidir. Kavramın kapsama alanında kalan olayların normun amacı doğrultusunda ayrıştırılması, kıyas yasağını kabul eden ve hukuk uygulamasını salt mantıksal bir altlama işlemine indirgemeyen bir sistemde öğreti ve yargı pratiğinin olağan fonksiyonudur. Kanun koyucu da normların anlam ve sınırlarının uygulama ile öğreti tarafından zaman içinde açıklığa kavuşturulacağını varsaymaktadır.⁴⁸⁴

Üçüncü mesele, teleolojik redüksiyon gereksinimidir. Normun kabul edilebilir bir sonuca ancak kavramın çekirdek anlam alanının daraltılması suretiyle ulaşabilmesi, cezalandırılabilir alanın belirlenmesine ilişkin yetkinin fiilen uygulayıcıya bırakıldığını göstermektedir. Belirlilik ilkesinin ihlali de ancak bu noktada söz konusu olmaktadır.

Bu ayrımın iki önemli sonucu vardır. İlk olarak, öngörülebilirlik ile yargısal takdir arasındaki ilişki niceliksel değil yapısalıdır. Sorun, norm muhatabının normdan çıkacak sonucu öngörememesinde değil, normun bu sonucu belirleme işlevini yerine getirmemesinde yatmaktadır. Nitekim muhatap normun lafzını ve muhtemel anlamlarını bütünüyle kavrasa dahi sonuca ulaşamamaktadır; çünkü belirleyici olan normun kendisi

⁴⁸³ **Greco**, s. 478-479. Daraltıcı yorum ile teleolojik redüksiyonun kıyas yasağı karşısında eşdeğer, belirlilik ilkesi karşısında ise eşdeğer olmadığı yönünde aynı yer.

⁴⁸⁴ Soyutluğun ve yorum ihtiyacının tek başına kusur oluşturmadığı, belirleyici olanın daraltmanın yöntemi ve muhatabı olduğu yönünde **Greco**, s. 478; ayrım için bkz. yukarıda dn. 482. Üç düzeyli tasnif, Greco'nun ayrımının bu çalışmadaki sistematizasyonudur.

değil, uygulama sırasında norma eklenen ölçüttür. Bu bakımdan öngörülemezlik, belirsizliğin doğrudan sonucu değil, teleolojik redüksiyon ihtiyacının bir sonucudur.

İkinci olarak, keyfilik sorunu ulaşılan sonuçların fiilî farklılığından değil, bu sonuçları belirleyen ölçütün kaynağından doğmaktadır. Greco'nun yaklaşımı, maddi olarak isabetli bir sonuca ulaşıp ulaşılmadığıyla değil, norm koyma ve norm uygulama yetkilerinin dağılımıyla ilgilidir. Bu nedenle, uygulamanın kavramı makul sınırlar içerisinde tuttuğu yönündeki savunma, bu çerçevede bir karşı argüman teşkil etmemekte; aksine, belirleme yetkisinin uygulayıcıya geçtiğini örtük biçimde kabul etmektedir. Türk öğretisinde kamu görevlisi tanımının dar yorumlanmasını öneren yaklaşımlar da, dayandıkları ölçütler norm metninden çıkarılamadığı ölçüde aynı kabulü paylaşmaktadır.

2.3.4. Kamu Görevlisi Tanımının İstenen Belirsizlik Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi

2.3.4.1. İstenen Belirsizlik

Greco'nun belirlilik ilkesine ilişkin yaklaşımı bu ayrımın sınanması bakımından özel bir önem taşımaktadır.⁴⁸⁵ Greco bakımından kanunun soyut veya değerlendirmeye açık kavramlara yer vermesi ile kanun koyucunun gerekli sınırlandırmayı bilinçli biçimde norm metninin dışında bırakarak uygulayıcıdan teleolojik redüksiyon yapmasını beklemesi aynı sorun değildir. İkinci durumda belirsizlik, dilin kaçınılmaz açıklığından kaynaklanmamakta; cezalandırılabilir alanın sınırının belirlenmesi kanun koyucudan uygulayıcıya aktarılmaktadır. “İstenen belirsizlik” (gewollte Unbestimmtheit) olarak ifade edilen sorun da bu noktada ortaya çıkmaktadır.

İstenen belirsizliğin tenkidi Greco tarafından beş koşula bağlanmaktadır. Birinci koşul, bir ceza normunun çıkarılmış olmasıdır. İkinci koşul, normun uygulanmasının teleolojik redüksiyon gerektirmesidir; lafzın kesin olarak kapsadığı, yani kavram çekirdeğine ait bir olay grubu norm dışında bırakılmaktadır. Üçüncü koşul redüksiyonun gerekliliğidir; normun lafzı, amacının gerektirmediği olayları kavram çekirdeği düzeyinde kapsamalı ve bu kapsam redüksiyonu nesnel olarak zorunlu kılmalıdır. Dördüncü koşul kaçınılabilirliktir; sınırlayıcı ölçütü doğrudan lafza yerleştiren alternatif bir

⁴⁸⁵ Greco, s. 479-480.

formülasyonun kanun koyucu bakımından büyük bir güçlük olmaksızın mümkün olması gerekmektedir. Beşinci koşul ise kanun koyucunun redüksiyon ihtiyacını öngörmüş ve kabullenmiş olmasıdır.⁴⁸⁶ Son koşulun en güçlü dayanağı, kanun gerekçesinin lafzın kapsadığı bir olay grubunu kapsam dışında ilan etmesidir. Bu durumda kanun koyucu lafzı daraltmak yerine, daraltmanın uygulamada gerçekleştirileceğini kabul etmiş sayılmaktadır. Norm metni bu hâlde dil bakımından anlaşılır olabilmektedir; belirsizlik metnin müphemliğinden değil, lafzın bütün kapsamıyla uygulanmayacağını norm konulurken öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Norm muhatabı, cezalandırılabilir davranışların kapsamını lafızdan tespit edebilmekle birlikte, fiilen cezalandırılacak davranışların sınırını ancak sonraki içtihattan öğrenebilmektedir.

Beşinci koşulun kuruluşu, ölçütün uygulanabilirliğini belirlemektedir. Greco bu koşulun olası kast ile bilinçli taksir ayrımından ödünç alınarak kurulmasını reddetmektedir; kast dogmatığının konusu bireysel failin zihinsel hâlleri olup kanun koyucu, zihinsel hâllere sahip olmayan kolektif bir organdır. Öngörü ve kabullenme bu nedenle sübjektif bir olgunun ispatı olarak değil, kanun koyucuya bilgi isnadını haklı kılan kurallar üzerinden belirlenmektedir.⁴⁸⁷ Birinci kural, redüksiyon ihtiyacının kanun gerekçesinde açıkça kabul edilmiş olmasıdır. İkinci kural, ihtiyacın yasama sürecinde, gerekçede hiç değinilmemesini uygunsuz kılacak biçimde dile getirilmiş olmasıdır; yalnızca açık itirafla geçerli olan bir yasak gerçekte yasak niteliği taşımayacağından, bilgi yasama sürecine ilişkin karinelere de çıkarılabilmektedir. Üçüncü kural, kanunun çıkarılmasından önce yayımlanan bilimsel tartışmada düzeltme ihtiyacının ortaya konulmuş olmasıdır; tek bir aykırı görüş yeterli sayılmamakta, görüşlerin kayda değer bir akım oluşturması ve nesnel olarak da isabetli bulunması aranmaktadır. Kanun koyucuya isnat edilen bilgi, yapılan işlemin bilgisidir; kanun koyucunun bu işlemi teleolojik redüksiyon olarak nitelendirmiş olması aranmamaktadır. Buna karşılık redüksiyon ihtiyacı kanunun çıkarılmasından

⁴⁸⁶ **Greco**, s. 480-481. Ölçütün formülü s. 480’de yer almaktadır: belirlilik ilkesi, gerekli ve kaçınılmaz bir teleolojik redüksiyonu öngörerek veya kabullenerek ceza kanunu çıkarılmasını yasaklamaktadır. “İstenen belirsizlik” (*gewollte Unbestimmtheit*) adlandırmasını Greco, Prittwitz’ten almaktadır (s. 480, dn. 31).

⁴⁸⁷ **Greco**, s. 480. Yazar, olası kast ile bilinçli taksir ayrımının Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 1980’den bu yana verdiği yüzü aşkın karara rağmen uygulanabilir bir ölçüt üretmemesini de bu reddin gerekçeleri arasında anmaktadır (aynı yer).

sonra kazanılan bilgilere dayanıyorsa, kanun koyucuya normun ihdası bakımından bir ihlal atfedilememektedir.⁴⁸⁸

Greco istenen belirsizlik olgusunu, 2015 yılında Alman Ceza Kanunu'na eklenen ve intihara iş edinerek (*geschäftsmäßig*) yardım etmeyi cezalandıran § 217 üzerinden açıklamaktadır. “Geschäftsmäßig” kavramı tekrarlanan veya tekrarlanması amaçlanan faaliyeti ifade etmekte olup ticari amaç veya meslek icrası şartına bağlı değildir. Bu anlam uyarınca, uzun süredir tedavi ettiği hastasının intiharına, benzer durumdaki başka hastalarla da karşılaşabileceğini bilerek yardım eden hekim, lafzın çekirdeğinde yer almaktadır. Kanun gerekçesi ise bu kişilerin somut olayda gerçekleştirdiği yardımın tipik olarak iş edinerek yapılmış sayılmayacağını belirtmektedir. Greco'ya göre kanun koyucunun burada yorum olarak sunduğu husus, kavram çekirdeğine giren bir olay grubunun gerekçe yoluyla kapsam dışında bırakılmasıdır; norm metni değiştirilmemiş, redüksiyon norm konulurken öngörülerek yargıya bırakılmıştır.⁴⁸⁹ Belirtmek gerekir ki Alman Federal Anayasa Mahkemesi 26.02.2020 tarihli kararıyla § 217'yi iptal etmiştir; ancak iptal kararı belirlilik ilkesine değil, kişinin kendi ölümüne ilişkin öz-belirleme hakkına dayanmaktadır. Greco'nun tespiti bu nedenle mahkeme kararından bağımsız bir metodolojik değerlendirme niteliği taşımaktadır.

2.3.4.2. İstenen Belirsizliğe İlişkin Ölçütlerin Kamu Görevlisi Tanımına Uygulanması

Kamu görevlisi tanımının belirsiz niteliğini açıklamaya çalışırken Greco'nun yukarıda açıklanan beş koşulu bakımından değerlendirmek yerinde olacaktır. Böylece tanımın kapsamı belirlenirken yapılacak yorum faaliyetinin niteliği (daraltıcı yorum mu yoksa teleolojik redüksiyon mu) isabetli biçimde tespit edilebilecektir.

Yukarıda açıklandığı üzere TCK'de yer verilen kamu görevlisi tanımında kişi çevresini içerik bakımından sınırlandırabilecek tek unsur “kamusal faaliyet”tir; katılmanın biçimine ilişkin “atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette” ibaresi ile

⁴⁸⁸ Kurallar için Greco, s. 480-481; nitelendirme kaydı için s. 481; sonradan kazanılan bilgi için s. 479. Üçüncü kural bakımından TCK m. 6/1-c'ye ilişkin tasarı dönemi eleştirileri için bkz. Mahmutoglu 2004 ve Tezcan/Erdem, DEÜ Hukuk Fakültesi TCK Tasarısı Raporu 2004 (Üzülmez, “İrtikap”, s. 276, dn. 11'den naklen).

⁴⁸⁹ Greco, s. 481-482. Kanun gerekçesi için BT-Drs. 18/5373, s. 18 (Greco, s. 482'den naklen).

katılmanın süresine ilişkin “sürekli, süreli veya geçici olarak” ibaresi ise genişletici işlev görmektedir. Bu yapı, tanımın unsurları arasında bir asimetri doğurmaktadır. Tanımın sınırlandırma işlevinin tamamı, kavram çekirdeği en dar ve belirsizlik alanı en geniş unsur olan “kamusal faaliyet” ifadesine yüklenmiştir. Kavram çekirdeği en belirgin olan normatif unsurlar ise her türlü şekli sınırlamayı lafzen dışlayacak biçimde düzenlenmiştir; katılmanın hangi hukuki yolla ve ne süreyle gerçekleştiği, kişinin kamu görevlisi olup olmadığının tespitinde önemsizdir; belirleyici olan hukuki yolun türü değil, tevdimin varlığıdır. Bu asimetri, uygulamada başvuru daraltıcı ölçütlerin hukuki niteliğini de belirlemektedir. Faaliyet unsuruna yönelen daraltıcı ölçütler, belirsizlik alanı geniş bir kavramın somutlaştırılması niteliği taşıdığından kural olarak daraltıcı yorumdur. Katılmanın normatif unsurlarına yönelen daraltıcı ölçütler ise belirgin bir kavram çekirdeğine müdahale ettiğinden zorunlu olarak teleolojik redüksiyon niteliğindedir.

Madde gerekçesinin hukuki anlamı bu çerçevede yeniden değerlendirilmelidir. Gerekçe, kanun metninde tanımlanmayan “kamusal faaliyet” kavramının içeriğini belirlemekte; faaliyete katılan kişinin devletle arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine önem atfetmemekte ve ihale yoluyla bir hizmeti üstlenen kişilerin kamu görevlisi olmadığını ayrıca belirtmektedir. Öğretide ve Yargıtay uygulamasında siyasal karar, kamu adına yürütme ve kamu hukuku usulü biçiminde ifade edilen sınırlayıcı ölçütler, uygulama tarafından geliştirilmiş olmayıp gerekçeden alınmıştır.⁴⁹⁰ Kanun koyucu sınırlayıcı tespit etmiş ve formüle etmiş; ancak bu ölçüte norm metninde değil, bağlayıcılığı bulunmayan madde gerekçesinde yer vermiştir. Greco’nun modelinde kanun koyucunun redüksiyon ihtiyacını öngördüğüne ve kabullendiğine delil olarak aranan unsur, TCK m. 6/1-c bakımından gerekçenin kendisinde bulunmaktadır.

Kamu görevlisi kavramını daraltmak amacıyla öğretide ve uygulamada başvuru ve yukarıda tanımın unsurları incelenirken görülen ölçütler, yöneldikleri unsura göre iki grupta toplanmaktadır. Birinci grupta faaliyetin niteliğine ilişkin ölçütler yer almaktadır: siyasal kararlar verilmiş olma, kamu adına yürütülme ve kamu erkinin kullanılması. Bu ölçütler “kamusal faaliyet” kavramının belirsizlik alanında uygulanmakta ve büyük

⁴⁹⁰ Gerekçedeki tanımları aynen aktaran kararlar için Yarg. CGK, 12.04.2011, E. 2010/9-258, K. 2011/46; Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287; öğretide **Özen/Tozman**, s. 40; **Gökcan**, s. 150, dn. 2. Bkz. yukarıda 2.2.2.

ölçüde madde gerekçesiyle örtüşmektedir; bu nedenle bu ölçütler Greco'nun ayırımında daraltıcı yorum niteliği taşımaktadır. Bu ölçütlere duyulan ihtiyaç tanımın belirsizliğini göstermekle birlikte, belirsizliğin istenen nitelikte olduğunu tek başına ortaya koymamaktadır; soyut bir kavramın uygulama yoluyla somutlaştırılması, kanun koyucudan beklenebilecek olağan bir durumdur. İkinci grupta katılmanın biçimine ilişkin ölçütler yer almaktadır: kamu hukuku usulüne göre görevlendirilme, kamu kurumuyla organik bağ, kamu personel rejimine tabi olma ve AY m. 128 anlamında asli ve sürekli görev ifası. “Herhangi bir surette” ve “geçici olarak” ibarelerinin kavram çekirdeğine müdahale eden bu ölçütler, teleolojik redüksiyon niteliğindedir.⁴⁹¹ Öğretide de kamusal faaliyet kavramının, 765 sayılı Kanun döneminde geliştirilen kamu görevi anlamında dar yorumlanması ve kamu hizmetinin kapsam dışında bırakılması önerilmekte; bu öneri, sınırlayıcı ölçütü norm metninden değil önceki dönemin ayırımından türettiği ölçüde aynı kabulü paylaşmaktadır.⁴⁹²

Faaliyet unsuru bakımından Greco'nun ölçütünün esası uygulanabilir olmakla birlikte, ölçütün dayandığı yorum ve redüksiyon ayırımı burada işlev görmemektedir. Zira bu halde istenen belirsizlik redüksiyona bırakma yoluyla değil, unsurun tanımsız bırakılması yoluyla gerçekleşmektedir. Uygulayıcıya devredilen görev, normun merkezî unsurunun içeriğinin belirlenmesidir; bu içeriğe ilişkin ölçüt ise bağlayıcılığı bulunmayan bir metinde yer almaktadır. Greco'nun modeli ise kanun koyucunun lafzı amacından geniş kaleme aldığı hâli esas almaktadır. TCK m. 6/1-c'de ise kanun koyucu merkezî unsurun içeriğini belirlememiştir. Her iki hâlde de norm muhatabı kamu görevlisi sıfatının sınırını kanundan değil içtihattan öğrenmektedir; ancak iki hâl metodolojik bakımdan ayrı

⁴⁹¹ Kamu hukuku usulüne ve AY m. 128'deki genel idare esaslarına göre iştirak ölçütünün birincil kaynağı için **Özgenç/Şahin**, s. 191; yazarlara göre bu hâlde “az veya çok, mutlaka kamu otoritesine (Devlete) ait iktidar ve yetki” kullanılmaktadır. 5237 sayılı Kanun döneminde aynı ölçüt için **Üzülmüş**, “Görevi Kötüye Kullanma”, s. 194-195; **Centel**, s. 2785-2786; **Gökcan**, s. 150-151; Özgenç'in bu yöndeki görüşünü aktaran **Özen/Tozman**, s. 41-42. Kamu personel rejimine tabi olmayı birinci basamak yapan iki basamaklı test için **Türay**, s. 368; organik bağ ölçütü için Yarg. 4. CD, 22.04.2014, E. 2012/37882, K. 2014/13098. Ölçütlerin bütünü ve Yargıtay uygulaması için bkz. aşağıda 2.4.5.

⁴⁹² **Özen/Köksal**, s. 205: kamusal faaliyet kavramı, “istisnai ve kısıtlayıcı hükümlerin dar yorumlanması ilkesinden yola çıkılarak, mülga 765 sayılı TCK döneminde uygulama ve öğreti tarafından geliştirilen ‘kamu görevi’ şeklinde anlaşılacak dar yorumlanmalı ve kamu görevi niteliğinde olmayan kamu hizmeti kavramı içine dahil edilmemelidir.” Aynı yönde, istisnai ve kısıtlayıcı hükümlerin dar yorumu ilkesinin m. 2/3 ile birlikte değerlendirilmesinin, doğrudan suç ve ceza içermemekle birlikte daha ağır cezalandırmaya yol açan m. 6/1-c'nin dar yorumlanmasını gerektirdiği yönünde **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 540.

nitelendirilmelidir. TCK m. 6/1-c'deki belirsizlik, geniş kaleme alınmış lafzın öngörülen redüksiyonundan değil, içeriği belirlenmemiş bir unsurun öngörülen tamamlanmasından kaynaklanmaktadır.⁴⁹³ Bu tamamlamanın kanun koyucu bakımından kaçınılabilir olduğu, ölçütün gerekçede formüle edilmiş bulunmasından anlaşılmaktadır. Greco'nun, kaçınılabilirliğin garantörlük gibi kanuni bir formülle tüketilmesi kavramsal olarak mümkün olmayan unsurlarda söz konusu olmadığı yönündeki kaydı,⁴⁹⁴ içeriği kanun koyucu tarafından gerekçede verilmiş bir unsur bakımından geçerli değildir; formülasyon eksikliği kavramsal bir imkânsızlıktan değil, tercihten kaynaklanmaktadır.

Katılma unsurları bakımından Greco'nun ölçütünün koşulları ilk değerlendirmede gerçekleşmiş görünmektedir. Lafız azami genişlikte, kavram çekirdeği belirgindir ve sınırlayıcı bir ölçütün metne yerleştirilmesi mümkün görünmektedir. Ancak kaçınılabilirlik koşulu ayrıca değerlendirilmelidir; bu koşul, kanun koyucunun amacını gerçekleştiren ve istenmeyen olayları dışlayan alternatif bir formülün mümkün olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda ileri sürülebilecek formüllerden AY m. 128'deki asli ve sürekli görev ölçütü, gerekçenin kapsama dâhil ettiği bilirkişi ve tanık gibi kişileri kapsam dışında bırakmaktadır; kanun koyucu bu ölçütü, amacı bakımından dar kaldığı için tercih etmemiştir. 765 sayılı Kanun m. 279'daki memur ile kamu hizmeti ifa eden kişi ayrımı ise “muvakkat surette” ibaresini zaten içermekte olup belirsizliği nedeniyle öğretide eleştirilmiştir; 5237 sayılı Kanun bu ayrımı terk etmek amacıyla hazırlanmıştır.⁴⁹⁵ Katılmanın biçimine ilişkin ibarenin genişliğinin kapsam güvencesi olarak işlev gördüğü, uluslararası denetim düzleminde de kabul edilmiştir. GRECO, yabancı kamu görevlilerine rüşvete ilişkin o tarihteki m. 252/5'in “seçilmiş veya atanmış” lafzını, m. 6/1-c'deki “herhangi bir surette” ibaresi karşısında dar bulmuş ve boşluk doğurabilecek

⁴⁹³ Greco, belirlilik için gerekli ve yeterli koşulları değil, ilkenin koyduğu asgari bir gerekliliği formüle ettiğini belirtmektedir (**Greco**, s. 477, 483). Greco incelemesini suç tipleriyle sınırlı tutmaktadır (s. 475-476, dn. 7); ölçütün bir tanım normuna uygulanması ve unsurun tanımsız bırakılması hâline genişletilmesi bu çalışmanın kendi aktarımıdır. Yargıtay'ın yeknesak bir içtihat ve ölçüt ortaya koyamadığı ve kamusal faaliyet tanımının bağlayıcılığı bulunmayan gerekçede bırakıldığı yönünde **Barkın Özyurt**, “Çeşitli Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Buna Yönelik Bazı Tartışmalar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 19, S. 54, 2024, s. 147-185, s. 165, 181; sınırlayıcı hususların gerekçede değil hükümde yer alması gerektiği yönünde aynı makale, s. 182.

⁴⁹⁴ **Greco**, s. 480, dn. 36 (§ 13 StGB'deki ihmal ile §§ 242, 185 ve 240 gibi klasik hükümler bakımından).

⁴⁹⁵ 765 sayılı Kanun m. 279'daki ayrımın belirsizliğine yönelik eleştiriler için bkz. yukarıda 2.1.2 ve 2.1.3 ile orada anılan kaynaklar (**Erman**, s. 242-243; **Soyaslan**, s. 45-46; **Özen/Tozman**, s. 36-37).

unsur olarak nitelendirmiş; kanun koyucu da 2012 yılında yabancı kamu görevlisi tanımını yeniden kurarken “seçilmiş veya atanmış” kalıbını koruyup buna “kamusal bir faaliyet yürüten kişiler” bendini eklemek suretiyle aynı açık formülü yeniden tercih etmiştir.⁴⁹⁶ Kanun koyucunun amacını gerçekleştiren daha elverişli bir formülün varlığı gösterilmedikçe, katılma unsurlarındaki genişlik istenen belirsizlik olarak değil, şekli ölçütlerin bilinçli ve savunulabilir bir kanun koyucu tercihiyle terk edilmesi olarak değerlendirilmelidir. Greco’nun genişlik ile belirsizlik arasında yaptığı ayırım da bu sonucu desteklemektedir.⁴⁹⁷ Katılma unsurları bakımından sorun belirsizlik değil, uygulamanın kanun koyucunun tercihini dış ölçütlerle daraltarak tanımı fiilen yeniden yazmasıdır.

Ölçütün bir tanım normuna uygulanması, Greco’nun modelinde bulunmayan üç kabule dayanmaktadır.⁴⁹⁸ Birinci kabul referans birimine ilişkindir: Greco’nun testinde ölçü tek bir suç normunun haksızlık içeriği iken, TCK m. 6/1-c kendisine gönderme yapan her suç tipiyle birlikte bileşik bir norm oluşturmakta ve test bu bileşik norm üzerinde işletilmektedir. İkinci kabul yayılmaya ilişkindir: suç tipine özgü bir redüksiyon o tiple sınırlı kalırken, tanım normundaki redüksiyon tanımın bağladığı bütün tiplere ve TCK m. 5 aracılığıyla özel ceza kanunlarına aynı anda yayılmaktadır; Greco’nun § 263 ile § 253 StGB arasındaki ilişkide arızı bir etki olarak tespit ettiği yayılma, burada tanımın kendi normatif gücüyle gerçekleşen yapısal bir sonuçtur. Üçüncü kabul gereklilik koşuluna ilişkindir: redüksiyonun gerekliliği Greco’da normun haksızlık içeriği ile erişim alanının karşılaştırılmasından çıkarılmakta iken, tanım normunun tek bir haksızlık içeriği bulunmamaktadır; bu güçlük, belirsizliğin tanım normuna özgü ağırlaşmasının kaynağını oluşturmaktadır.

⁴⁹⁶ GRECO, Evaluation Report, par. 68; Second Compliance Report, par. 24-25. Tanımın genişliğine ilişkin aynı yaklaşım, Türk makamlarının m. 6/1-c’nin Türk yargı sisteminde bulunmayan jüri üyeliğini dahi kapsayacak genişlikte olduğunu bildirmesinde görülmektedir: Evaluation Report, par. 48, 69. Tanımın pozitif hukukta karşılığı bulunmayan bir katılım biçimini de kapsayabilmesi, katılma unsurlarının içerik bakımından sınırlandırıcı bir işlev taşımadığını doğrulamaktadır.

⁴⁹⁷ Normun geniş kaleme alınması ile belirsiz olması arasındaki ayırım için **Greco**, s. 477-478.

⁴⁹⁸ Greco’nun incelemesini suç tipleriyle sınırlı tuttuğu ve aktarımın bu çalışmaya ait olduğu hususunda bkz. yukarıda dn. 493. § 263 ile § 253 StGB arasındaki yayılma etkisi için **Greco**, s. 479; gerekliliğin ancak normun kendisinin, yani haksızlık içeriği ile erişim alanının incelenmesiyle belirlenebileceği hususunda s. 480.

2.3.5. Tanım Normunun Çok İşlevli Yapısı ve İki Norm Düzeyinin Ayrılması

TCK m. 6/1-c'yi § 217 örneğinden ayıran ve Greco'nun ölçütünün genişletilmesini gerektiren asıl özellik, hükmün bir tanım normu olmasıdır. § 217'de kanun koyucu tek bir suç tipine ilişkin tek bir redüksiyonu uygulayıcıya bırakmış; redüksiyonun ölçüsü, bu suç tipinin koruduğu hukuki değerden çıkarılabilmektedir. TCK m. 6/1-c ise özgü suçlarda failliği, birçok suç tipinde nitelikli hâli ve birçok suç tipinde mağdur sıfatını belirlemektedir. Tanım; zimmet suçunda malvarlığını ve kamu idaresine duyulan güveni, işkence suçunda insan onurunu, görevi yaptırmamak için direnme suçunda ise kamu görevinin ifasını koruyan normlara aynı anda uygulanmaktadır. Tanımın tek bir koruma amacı bulunmadığından, tanımı tamamlayacak ölçütün hangi korunan hukuki değere göre belirleneceği de kanunda düzenlenmemiştir. Kanun koyucu bu suretle uygulayıcıya, tanımın tamamlanması görevinin yanı sıra tamamlamanın ölçüsünü seçme yetkisini de bırakmıştır. Bir suç tipinde uygulayıcıya bırakılan, daraltmanın kapsamıdır; tanım normunda ise daraltmanın hangi ölçüte göre yapılacağı da uygulayıcının takdirine terk edilmiştir. Belirsizlik bu hâlde nicel değil, nitel bakımdan ağırlaşmaktadır.

Bu ağırlaşma, tanımın işlevleri arasındaki gerilimde somutlaşmaktadır. Kamu görevlisi sıfatı bazı suçlarda fail bakımından tipikliği kurmakta veya haksızlığı ağırlaştırmakta; başka suçlarda aynı sıfat mağdur bakımından tipikliği kurmakta veya daha yoğun bir cezai korumanın uygulanmasına yol açmaktadır. Faaliyet unsuruna yönelik her daraltma, faillik ve nitelikli hâl bakımından sanık lehine sonuç doğururken, mağdur sıfatı bakımından kamu görevlisine tanınan ceza hukuku korumasını ortadan kaldırmaktadır. Bu sonuç kanunilik ilkesinin ihlalden değil, suç politikası tercihlerinden kaynaklanmaktadır. Kanunilik bakımından önem taşıyan husus, tanım normunun bütün işlevleri için tek bir içerik belirlenmesinin zorunlu olmasıdır. Uygulayıcının bu içeriği bir suç tipinin koruma amacına göre belirlemesi, diğer suç tiplerinde amaca aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Kişinin fail olduğu durumda cezalandırılabilir alanın sınırlandırılması amacıyla “kamusal faaliyete katılma” dar, mağdur olduğu durumda kamusal faaliyetin korunması amacıyla geniş yorumlanabilmektedir. Her iki durumda da sorun, ulaşılan sonucun genişletici veya daraltıcı olmasından değil, genel tanım normunun kapsamının uygulanacağı suç normunun sonucuna bağımlı hâle gelmesinden kaynaklanmaktadır. Ölçünün uygulayıcıya bırakılması, bu nedenle uygulayıcı tarafından da giderilemeyecek

bir sorun ortaya çıkarmaktadır.⁴⁹⁹ Öğretide failin kamu görevlisi sayılması için kamu güveni unsurunun ayrıca aranması yönündeki öneri de aynı değerlendirmenin tanım düzeyine taşınmasından ibarettir.⁵⁰⁰

Tanımın belirlilik sorunu bu nedenle iki bileşenden oluşmaktadır. Birinci bileşen, kişi çevresini belirleyen tek unsurun içeriğinin norm metninde belirlenmemiş olması; ikinci bileşen, bu içeriğin tamamlanmasında esas alınacak ölçünün seçiminin de tanım normunun çok işlevli yapısı nedeniyle uygulayıcıya bırakılmış olmasıdır. Sorun, öğretide yaygın olarak kabul gören kapsam genişliği tespitiyle açıklanamayacak olup, norm içeriğinin belirlenmemiş olması ile bu içeriğin tamamlanmasında esas alınacak ölçütün, tanım normunun çok işlevli yapısı nedeniyle uygulayıcının takdirine bırakılmış bulunmasından kaynaklanmaktadır.

Teşhisin ceza hukuku sistemindeki ağırlığı, sıfata sonuç bağlayan normların yapısına göre farklılaşmaktadır. TCK incelendiğinde, kamu görevlisi sıfatına yer veren kırk dört hükmün otuz sekizi, sıfatın yanında bir görev-fiil bağlantısı aramaktadır; bu hükümlerde tanımın genişliğinin doğurabileceği sonuçlar, bağlantı unsuru aracılığıyla suç normu düzeyinde sınırlandırılmaktadır. Sıfata herhangi bir görev-fiil bağlantısı aranmaksızın doğrudan sonuç bağlayan altı hükümde (m. 94/1, 120, 205/1 c. 2, 255/1 c. 2, 261 ve 282/3) ise bu sınırlama bulunmamakta; tanımın tamamlanması işi ve tamamlamanın ölçüsü bütünüyle uygulayıcıya kalmaktadır. Belirlilik ihlali iddiası tam ağırlığıyla bu hükümler bakımından ileri sürülebilmektedir.⁵⁰¹

Sonuç olarak TCK m. 6/1-c'nin belirlilik ilkesi karşısındaki durumu, öğretide yaygın olan kapsamın genişliği tespitiyle açıklanamamaktadır. Greco'nun ölçütü, genişlik ile

⁴⁹⁹ Belirsiz hükümlerde geniş uygulamanın belirlilik ve kanunilik ilkelerini ihlal ettiği, dar uygulamanın ise “kanuna uygun ancak amaca aykırı” olduğu; suç tipinin koruma alanı belirli olsa dahi tipin belirsiz olması hâlinde belirlilik ilkesinin ihlal edildiği (Frisch’e atıfla) yönünde Ünver, s. 734.

⁵⁰⁰ Fail ve mağdur konumlarını sıfatın kendisi bakımından farklılaştırarak, failin kamu görevlisi sayılması için kamu güveni unsurunun ayrıca aranmasını, mağdur bakımından ise daha geniş yorumu savunan görüş için Çadık, s. 118-119, 125. Bu öneri, suç normunun koruma amacına ilişkin değerlendirmeyi tanım düzeyine taşınması bakımından burada savunulan yaklaşımdan ayrılmaktadır.

⁵⁰¹ Kamu görevlisi sıfatına yer veren hükümler arasında “görevli kişiler” ifadesine yer veren m. 235/4 ve 236/3, terminolojik farklılık kaydıyla, bu değerlendirmeye dâhil edilmiştir. Altı hükmün kendi içinde türdeş olmadığı — m. 120 ve 261’de bağlantının tipik fiilin yapısında örtük olarak bulunduğu, m. 255/1 c. 2’de sıfat ile korunan değer arasındaki ilişkinin tipik olarak kurulabildiği, m. 205/1 c. 2 ile m. 282/3’te ise bu ilişkinin gösterilemediği — hususunda bkz. aşağıda 2.5.4.3.

belirsizliği birbirinden ayırmayı ve belirsizliğin kanun koyucuya atfedilebilirliğini incelemeyi mümkün kılmaktadır. Bu inceleme sonucunda tanımın katılma unsurlarının geniş olmakla birlikte belirsiz olmadığı tespit edilmektedir; kanun koyucu şekli ölçütleri bilinçli olarak terk etmiştir ve daha elverişli bir formül gösterilmedikçe bu tercih belirlilik ilkesinin ihlali olarak nitelendirilemez. Faaliyet unsuru ise belirsizdir ve bu belirsizlik istenen niteliktedir. Kanun koyucu sınırlayıcı ölçütü tespit etmiş ve bu tespiti bağlayıcılığı bulunmayan gerekçeye yerleştirerek unsurun içeriğini norm metninde belirlememiştir. Tanım normunun çok işlevli yapısı nedeniyle bu tamamlamanın ölçüsünü seçme yetkisi de uygulayıcıya bırakılmıştır. Belirlilik ilkesinin muhatabının kanun koyucu olduğu kabul edildiğinde, Yargıtay'ın bu unsuru görece istikrarlı bir içtihatla somutlaştırmış olması belirlilik sorununu gidermemektedir; içtihadın istikrarı, kanun koyucuya ait belirleme yükümlülüğünün yargı tarafından üstlenildiğini göstermektedir. Hukukun seçici uygulanması tehlikesinin önlenmesi ise kriminal politik değerlendirmeden vazgeçilmesini değil, bu değerlendirmenin ait olduğu norm düzeyinde yapılmasını gerektirmektedir.

Bu sonuç üç kayıtlı ileri sürülmektedir. Birinci kayıt ölçütün hukuki zeminine ilişkindir. Greco'nun ölçütü, Alman anayasa hukukunda belirlilik ilkesinin (Art. 103 II GG) asgari eşiğini formüle etmektedir; Türk hukukunda ilkenin dayanağı AY m. 38/1 ile m. 2 olup Anayasa Mahkemesinin belirlilik içtihadı, öngörülerek kabullenilen redüksiyon kategorisini tanınamaktadır. Ölçütün bu içtihadı eklemlenmesi, ihlal iddiasının anayasa yargısında sonuç doğurabilmesinin ayrı bir koşuludur.⁵⁰² İkinci kayıt ölçütün kapsamına ilişkindir: Greco incelemesini suç tipleriyle sınırlı tutmakta olup tanım normuna aktarım, yukarıda açıklanan üç kabule dayanan ve bu çalışmaya ait bir inşadır. Üçüncü kayıt beşinci koşulun niteliğine ilişkindir: öngörü ve kabullenme bir olgu tespiti değil bilgi isnadıdır; kanun koyucuya bilgi isnadının bir iptal gerekçesi olarak kabulü, Türk anayasa yargısında ayrıca gerekçelendirilmesi gereken bir adımdır. Ölçüt nihayet tanımın nasıl olması gerektiğini göstermemektedir; ölçüt bir yasak formüle etmekte olup öğretide

⁵⁰² Ölçütün Art. 103 II GG'nin içeriğine ilişkin olduğu hususunda **Greco**, s. 475-476; Anayasa Mahkemesinin kamu hizmeti kavramı bakımından uyguladığı belirlilik ölçütü için bkz. yukarıda dn. 477.

önerilen sınırlayıcı formüllerden hangisinin isabetli olduğu, ancak tanımın suç normları içindeki fonksiyonundan hareket eden bir yorumla belirlenebilmektedir.

Bu tespit, tanımın yorumuna ilişkin incelemenin konumunu belirlemektedir. Belirlilik sorununun yorum yoluyla giderilip giderilemeyeceği, tanımın ibarelerinin lafzi, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleriyle ulaştığı sonuçlara bağlıdır: yorum, faaliyet unsurunun içeriğini norm metninden çıkarılabilir bir ölçütle belirleyebildiği ölçüde sorunu sınırlandırmakta; ulaştığı ölçüt lafzın çekirdeğini kestiği ölçüde ise sorunun varlığını teyit etmektedir. Bunun için ilk hareket noktası kanun metni olup önce TCK m. 6/1-c'nin kendi normatif düzeyinde hangi kişi çevresini kapsadığının belirlenmesi gerekmektedir.

2.4. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMININ YORUMLANMASINDA YÖNTEMLER VE KAYNAKLARI BAKIMINDAN YORUM TÜRLERİ

Kamu görevlisi kavramına ilişkin görüş ayrılıkları son aşamada izlenen yorum yöntemindeki farklılıklara dayandığından, öğreti ve uygulama değerlendirilmeden önce her yorum yönteminin tanım normu bakımından ulaştığı sonuç ayrı ayrı ortaya konulmaktadır. Aşağıda lafzi, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri bu sırayla ele alınmakta; her yöntemin sağladığı veri, bir sonraki yöntemin sınıadığı hipotez olarak kullanılmaktadır.⁵⁰³ Devamında Türk ceza hukukunda kamu görevlisi kavramının nasıl yorumlandığı kaynakları bakımından ayırım yapılarak açıklanacaktır.

2.4.1. Lafzi Yorum

Lafzi yorum, normun anlamının öncelikle kanun metninde kullanılan sözcük ve ifadelerin olağan ve hukuki anlamlarından hareketle belirlenmesini ifade eder.⁵⁰⁴ Ceza hukukunda lafız, yorum faaliyetinin yalnızca başlangıç noktasını değil, suçta ve cezada kanunilik ilkesi nedeniyle aynı zamanda sınırını oluşturur. Bu nedenle lafzi yorum bakımından cevaplandırılması gereken ilk soru, kanunda kullanılan ifadelerin mümkün anlam alanının

⁵⁰³ Görüş ayrılıklarının son aşamada izlenen yöntemdeki farklılığa dayandığı hususunda **Rona Serozan**, “Hukukta Yöntem”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 2423-2440, s. 2424.

⁵⁰⁴ Yorum yöntemleri için bkz. yukarıda dn. 344.

ne olduğu; ikinci soru ise normun uygulanmasında başvuru alan ölçütlerin bu anlam alanından çıkarılıp çıkarılamayacağıdır.

TCK m. 6/1-c’de kamu görevlisi, “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımın lafzi yapısı, kamu görevlisi sıfatının üç ayrı yönden incelenmesine imkân vermektedir. Bunlardan ilki katılımın konusuna, ikincisi katılımın biçimine, üçüncüsü ise sürekliliğine ilişkindir. Buna göre öncelikle “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma” ifadesinin hangi ilişkiyi gerektirdiği; ardından bu katılımın “atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette” gerçekleşmesine ve son olarak “sürekli, süreli veya geçici” olmasına bağlanan anlam belirlenmelidir.

2.4.1.1. Kamusal Faaliyetin Yürütülmesine Katılma İfadesi

TCK m. 6/1-c’de tanımlanan “kamu görevlisi” ibaresi, kendi başına kişi çevresini belirleyen bağımsız bir ölçüt sağlamamaktadır. Kamu görevlisi, tanımlanan kavramdır; bu kavramın içeriği tanımın devamında yer alan unsurlar aracılığıyla belirlenmektedir. Bu nedenle lafzi incelemenin ağırlık noktasını “kamusal faaliyet” ile bu faaliyetin “yürütülmesine katılma” ifadeleri oluşturmaktadır.

“Kamusal faaliyet” ibaresi, kamu görevlisi sıfatının belirlenmesinde kişinin hukuki statüsünden önce katıldığı faaliyetin niteliğini merkeze almaktadır. Kanun, kamu görevlisini belirli bir kurumda istihdam edilme, belirli bir personel statüsüne sahip olma veya idari teşkilat içerisinde belirli bir konumda bulunma üzerinden tanımlamamış; kişi ile kamusal faaliyet arasında kurulan ilişkiyi esas almıştır. Bu yönüyle 5237 sayılı TCK’nın lafzı, kamu görevlisi kavramının belirlenmesinde statüden faaliyete yönelen bir tercih ortaya koymaktadır.⁵⁰⁵

Bununla birlikte “kamusal faaliyet” ifadesi, hangi faaliyetlerin kamusal sayılacağını gösteren müstakil bir ölçüt içermemektedir. “Kamusal” sıfatı, faaliyetin kamuya ait veya kamuya ilişkin niteliğine işaret etmekle birlikte bu niteliğin hangi ölçütlere göre belirleneceğini tek başına açıklamamaktadır. Öğretide “kamusal faaliyet”in sınırları

⁵⁰⁵ Ölçütün personelin niteliğine değil faaliyetin niteliğine ilişkin olduğu yönünde **Demren Dönmez**, s. 116-117; **H. Aydın**, s. 117-118.

önceden belirlenmiş yerleşik bir ceza hukuku kavramı olmadığı yönünde yapılan eleştirilerin kaynağını da bu durum oluşturmaktadır.⁵⁰⁶ Dolayısıyla lafız, kamu görevlisi sıfatının belirlenmesinde değerlendirilmesi gereken nesneyi, yani faaliyetin niteliğini göstermekte; ancak bu niteliğin pozitif içeriğini tek başına belirlememektedir.

Bu özellik, kamusal faaliyetlerin yürütülme biçimlerinde meydana gelen dönüşüm karşısında ayrıca önem taşımaktadır. Bir faaliyetin kamusal niteliği, o faaliyeti yürüten kişi veya örgütlenme biçiminden her durumda çıkarılamaz.

Nitekim çalışmanın önceki bölümünde kamusal faaliyet kavramının içeriği, faaliyeti yürüten kişinin hukuki statüsünden hareketle değil; kamusal ihtiyacın belirlenmesi ile faaliyetin üstlenilmesi, düzenlenmesi ve yürütülmesi arasındaki ilişki esas alınarak incelenmiştir. Bu nedenle m. 6/1-c'nin lafzının faaliyet merkezli yapısı, kamusal faaliyetin onu yürüten kişinin statüsünden bağımsız olarak belirlenmesini gerektiren önceki tespitlerle de uyumludur.

Bununla birlikte kişinin kamusal nitelikteki bir faaliyetle herhangi bir ilişki içerisinde bulunması kamu görevlisi sıfatının kazanılması için yeterli değildir. Kanun, kişinin “kamusal faaliyete katılmasını” değil, “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmasını” aramaktadır. “Katılma” sözcüğü bu nedenle tek başına değil, “yürütülmesine” sözcüğüyle oluşturduğu bütünlük içerisinde değerlendirilmelidir. Yürütülme, katılmanın yöneldiği faaliyeti belirlemekte ve salt “katılma” sözcüğünün taşıyabileceği geniş anlam alanını sınırlandırmaktadır.

Bu lafzi sınır, kamusal faaliyetle kurulabilecek farklı ilişkilerin birbirinden ayrılmasını mümkün kılar. Kamusal faaliyetten yararlanan, faaliyetin muhatabı olan veya faaliyetle dışsal bir ilişki kuran kişi ile faaliyetin yürütülmesine katılan kişinin konumu aynı değildir. TCK m. 6/1-c bakımından belirleyici olan, kişinin kamusal faaliyetin icrası içerisinde yer almasıdır. Bu nedenle “yürütülmesine katılma” ibaresi, kişi ile kamusal

⁵⁰⁶ **Özen/Tozman**, s. 53; **H. Aydın**, s. 126; **Demren Dönmez**, s. 125-126; terimin anayasada ve idare hukukunda bulunmadığı yönünde **Türay**, s. 364, dn. 31.

faaliyet arasında kamu görevlisi sıfatını doğurabilecek nitelikteki bağlantının kanuni dayanağını oluşturmaktadır.

Bununla birlikte bu ifade de katılımın alt sınırını bütün açıklığıyla belirlememektedir. Özellikle kamusal faaliyetin yürütülmesine doğrudan katılım ile faaliyetin yürütülmesini mümkün kılan yardımcı, teknik veya destek faaliyetleri arasındaki sınır, yalnızca “yürütülmesine katılma” ifadesinden hareketle her durumda kesin olarak çizilemez.⁵⁰⁷ Dolayısıyla lafız bir taraftan salt temas, yararlanma veya muhatap olmayı dışarıda bırakabilecek bir sınır sağlarken, diğer taraftan katılımın hangi nitelikleri haiz olması hâlinde ceza hukuku korumasına konu olacağını açıklığa kavuşturmamaktadır.

Bu noktada öğretide ve uygulamada kamu hukuku usulüne göre görevlendirilme, kamu kurumuyla organik bağ veya kamu gücü kullanımı gibi ek ölçütlere başvurulmaktadır.⁵⁰⁸ Ancak bu ölçütlerin hiçbiri “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma” ifadesinde açıkça yer almamaktadır. Bunların tarihsel, sistematik veya amaçsal yorum aracılığıyla ne ölçüde temellendirilebileceği ayrıca incelenebilir; fakat lafzi yorum bakımından yapılabilecek tespit, kanunun kamu görevlisi sıfatını doğrudan bu ölçütlerden herhangi birine bağlamamış olduğudur.

Böylece “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma” ifadesi iki yönlü bir lafzi sonuç ortaya koymaktadır. Bir taraftan kamu görevlisi sıfatının merkezine kişinin statüsü değil, kamusal nitelikteki faaliyetin yürütülmesine katılımı yerleştirilmiştir. Diğer taraftan ne “kamusal faaliyet”in pozitif içeriği ne de “yürütülmeye katılma”nın alt sınırı lafız tarafından bütünüyle belirlenmiştir. Tanımın bu iki unsur bakımından bıraktığı alanın diğer yorum yöntemleri aracılığıyla somutlaştırılması gerekmektedir.

⁵⁰⁷ Öğretide bu nedenle, faaliyetin öngörülen asıl amacının doğrudan yerine getirilmesini arayan “doğrudan katılım” ölçütü önerilmiştir: **Türay**, s. 373-374.

⁵⁰⁸ Kamu hukuku usulüne göre görevlendirilme ölçütü için Yarg. CGK, 12.04.2011, E. 2010/9-258, K. 2011/46; Yarg. 4. CD, 07.05.2013, E. 2011/1864, K. 2013/14243; organik bağ ölçütü için Yarg. 4. CD, 22.04.2014, E. 2012/37882, K. 2014/13098; öğretide Gökcan, s. 150-151. Ölçütlerin incelenmesi için bkz. aşağıda 2.4.5.2 (“Kazai Yorum”) ve 2.4.5.3 (“Ölçütlerin Değerlendirilmesi”).

2.4.1.2. Atama, Seçilme veya Herhangi Bir Surette Katılım İfadesi

TCK m. 6/1-c'nin lafzı, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılımın hangi hukuki biçimde gerçekleşebileceği konusunda daha belirgin bir tercih ortaya koymaktadır. Kanun, “atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette” ifadesine yer vermiştir. Atama ve seçilme, katılımın tüketici biçimleri olarak değil, iki muhtemel görünümü olarak sayılmış; bunların ardından kullanılan “herhangi bir surette” ibaresiyle katılımın hukuki biçimi açık bırakılmıştır.

Bu nedenle kamu görevlisi sıfatının kazanılması, lafzen yalnızca atama veya seçilme işlemine dayandırılmaz. Kanun koyucu, bu iki yöntemi belirttikten sonra “herhangi bir surette” ifadesini kullanmak suretiyle bunların dışında kalan katılım biçimlerini de tanımın kapsamına almıştır. Dolayısıyla belirli bir personel rejimine tabi olma, idari bir atama işleminin varlığı veya seçimle göreve gelme, tanımın zorunlu unsurları değildir; belirleyici olan hukuki yolun türü değil, tevdimin varlığıdır.

Bununla birlikte “herhangi bir surette” ibaresinin cümlelerin geri kalanından bağımsız biçimde yorumlanması mümkün değildir. İfade, herhangi bir hukuki veya fiili ilişkinin kamu görevlisi sıfatını doğuracağını değil, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmanın herhangi bir surette gerçekleşebileceğini göstermektedir. Başka bir ifadeyle bu ibare, katılımın konusunu değil biçimini genişletmektedir. Kişinin öncelikle kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldığı belirlenmeli; ancak bundan sonra bu katılımın atama, seçilme veya başka bir yolla gerçekleşmiş olmasının tanım bakımından taşıdığı önem değerlendirilmelidir.

Bu yapı karşısında, öğretide ileri sürülen “kamu hukuku usulüne göre görevlendirilme” koşulunun doğrudan lafızdan çıkarılması güçtür.⁵⁰⁹ “Herhangi bir surette” ifadesinin “kamu hukuku usulüne uygun herhangi bir surette” biçiminde anlaşılması, kanunda bulunmayan bir nitelemenin ifadeye eklenmesini gerektirmektedir. Böyle bir sınırlandırmanın sistematik veya amaçsal başka gerekçelerle savunulup

⁵⁰⁹ İbarenin “kamu hukuku usulüne uygun bir surette” biçiminde anlaşılması önerisi için **Gökcan**, s. 150-151.

savunulamayacağı ayrı olmakla birlikte, lafzi düzeyde kanun koyucunun katılım biçimini kamu hukuku usullerinden biriyle sınırlandırdığı söylenemez.

Aynı nedenle kamu kurumuyla organik bağın kamu görevlisi sıfatının zorunlu koşulu olarak kabul edilmesi de lafzın doğrudan sonucu değildir. Kanun, kamu görevlisini belirli bir kamu tüzel kişinin personeli veya organı olarak değil, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi olarak tanımlamıştır. “Herhangi bir surette” ibaresi de bu tercihi tamamlamakta ve katılımın belirli bir kurumsal veya statüsel ilişki biçimine indirgenmesine lafzi olarak engel oluşturmaktadır.

Bununla birlikte söz konusu ibare sınırsız bir genişletme hükmü değildir. “Herhangi bir surette” ifadesinin genişletici etkisi yalnızca katılımın biçimine ilişkindir. Kişinin hangi faaliyet içerisinde bulunduğu ve bu faaliyetle kurduğu ilişkinin “yürütülmeye katılma” niteliği taşıyıp taşımadığı soruları, tanımın diğer unsurları tarafından cevaplandırılmaya devam eder. Dolayısıyla bu ibare, “kamusal faaliyet” ve “yürütülmesine katılma” unsurlarının yerine geçmemekte; bu unsurlar gerçekleştikten sonra katılımın hukuki biçiminin ayrıca sınırlandırıcı bir ölçüt hâline gelmesini önlemektedir.

2.4.1.3. Sürekli, Süreli veya Geçici Katılım İfadesi

TCK m. 6/1-c’nin son belirleyici ibaresi, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılımın “sürekli, süreli veya geçici” olabileceğini açıkça ifade etmektedir. Bu düzenleme, katılımın zamansal niteliğinin kamu görevlisi sıfatının kazanılması bakımından kural olarak ayırt edici bir ölçüt olmadığını göstermektedir.

“Sürekli”, “süreli” ve “geçici” katılım biçimlerinin birlikte sayılması, tanımın yalnızca kamusal faaliyeti devamlı biçimde yürüten kişileri kapsamadığını ortaya koymaktadır. Kişinin belirli bir süre için veya yalnızca geçici olarak faaliyetin yürütülmesine katılması da diğer unsurların gerçekleşmesi koşuluyla kamu görevlisi sıfatının kazanılmasına engel değildir. Böylece kanun, katılımın devamlılığı ile kamu görevlisi sıfatı arasında zorunlu bir bağlantı kurmamıştır.

Bu lafzi tercih özellikle AY m. 128’de kullanılan “asli ve sürekli görevler” ölçütü bakımından önemlidir. TCK m. 6/1-c, sürekliliği tanımın zorunlu koşulu olarak benimsemek bir yana, geçici katılımı açıkça tanım kapsamına dâhil etmiştir. Bu nedenle

“asli ve sürekli görev” ölçütünün kamu görevlisi tanımının genel bir koşulu olarak doğrudan m. 6/1-c’nin lafzından çıkarılması mümkün değildir.⁵¹⁰ Aynı şekilde kadrolu çalışma, sürekli istihdam veya mesleki olarak kamu hizmetine bağlanmış olma da hükmün lafzının zorunlu kıldığı şartlar arasında bulunmamaktadır.

Burada da süreye ilişkin ibarenin tanımın diğer unsurlarından bağımsızlaştırılmaması gerekir. “Geçici” sözcüğü, kamusal faaliyetle kurulan her geçici ilişkinin kamu görevlisi sıfatını doğuracağı anlamına gelmez. Genişletici etki yalnızca kamusal faaliyetin yürütülmesine katılımın süresi bakımındandır. Dolayısıyla geçici ilişkinin tanım kapsamında değerlendirilebilmesi için yine kamusal bir faaliyetin bulunması ve kişinin bu faaliyetin yürütülmesine katılması gerekir.

TCK m. 6/1-c’nin lafzi yapısı bütün olarak değerlendirildiğinde, tanımın unsurları arasında farklı bir normatif iş bölümü bulunduğu görülmektedir. “Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma” kişi çevresini belirleyen pozitif ölçütü oluştururken; “atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette” katılımın biçimi, “sürekli, süreli veya geçici olarak” ibaresi ise katılımın süresi üzerinden getirilebilecek sınırlamaları bertaraf etmektedir. Başka bir ifadeyle kanun, tanımın kapsamını hangi katılım biçimi veya süresinin yeterli olduğuna göre değil, esas olarak kişinin hangi faaliyetin yürütülmesine katıldığına göre belirlemiştir.

Bunun sonucu olarak lafzi yorum, TCK m. 6/1-c’nin sınırlarını bütünüyle belirlemese de sonraki yorum aşamaları bakımından önemli bir çerçeve çizmektedir. “Kamusal faaliyet”in içeriği ile “yürütülmesine katılma”nın alt sınırı diğer yorum yöntemleri aracılığıyla somutlaştırılmaya ihtiyaç gösterirken; bu somutlaştırma, kanunun katılımın biçimi ve süresi bakımından yaptığı açık tercihleri etkisiz hâle getirecek biçimde gerçekleştirilemez. Dolayısıyla tarihsel ve sistematik yorumun cevaplandırması gereken soru yalnızca kamu görevlisi kavramının kapsamının ne olduğu değil, bu kapsam

⁵¹⁰ Karşı yönde, katılmanın AY m. 128/1 gereği genel idare esaslarına uygun olmasını arayan **Bilgehan Savaşçı Temiz**, “Denetim Görevini İhmal Suçu (TCK m. 251)”, *Adalet Dergisi*, S. 72, 2024, s. 179-208, s. 185; geçici işçileri aynı hükümden hareketle kapsam dışında tutan ve Yargıtay dairelerinin bazı kararlarının aksi yönde olduğunu belirten **Gökcan**, s. 152 ve dn. 3.

belirlenirken lafzın açıkça bertaraf ettiği statüsel ve zamansal sınırlamaların başka adlar altında yeniden tanıma dâhil edilip edilemeyeceğidir.

2.4.2. Tarihsel Yorum

Tarihsel yorum, kanuni düzenlemenin ortaya çıktığı koşulların, kendisinden önce yürürlükte bulunan hukuki rejimin ve kanunun hazırlık çalışmalarının incelenmesi suretiyle normun anlamının belirlenmesini amaçlar. Bu kapsamda madde gerekçesi, kanun tasarıları, komisyon raporları ve yasama görüşmeleri, kanun koyucunun hangi düzenlemeyi neden değiştirdiğinin ve yeni düzenlemeyle hangi sorunu çözmeyi amaçladığının belirlenmesinde başvurulacak araçlardır. Bununla birlikte tarihsel materyal kanun metninin yerine geçmez. Özellikle ceza hukukunda hazırlık çalışmalarından elde edilen sonuçların, kanunun mümkün anlamını genişleten veya kanun metninde bulunmayan yeni bir cezai sorumluluk koşulu yaratan bağımsız bir kaynak olarak kullanılması mümkün değildir.⁵¹¹

TCK m. 6/1-c bakımından tarihsel yorum özel bir önem taşımaktadır. Zira 5237 sayılı Kanun'daki kamu görevlisi tanımı, 765 sayılı Kanun döneminde benimsenen kişi merkezli ve kategorik sistemden belirgin biçimde ayrılmaktadır. Bu nedenle hazırlık çalışmaları yalnızca yeni tanımın ne anlama geldiğinin değil, önceki düzenlemenin hangi unsurlarının bilinçli olarak terk edildiğinin belirlenmesine de imkân vermektedir.

2.4.2.1. Madde Gerekçesi

TCK m. 6/1-c'nin gerekçesi, 5237 sayılı Kanun'da benimsenen kamu görevlisi kavramını doğrudan 765 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeyle karşılaştırarak açıklamaktadır. Gerekçede, 765 sayılı Kanun'daki “memur” tanımının uygulamada doğurduğu

⁵¹¹ Hazırlık çalışmalarına dayanılarak kanunda gösterilmeyen bir fiilin suç sayılamayacağı hususunda **Tosun**, s. 37. Madde gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı ve metne aykırı gerekçenin maddenin uygulama alanını genişletemeyeceği yönünde Yarg. CGK, 12.05.2009, E. 2009/6-80, K. 2009/123 (karar metnine ulaşılamamıştır; künye, karara atıf yapan Yarg. 6. CD, 02.11.2012, E. 2008/21094, K. 2012/18980 ve Yarg. 13. CD, 15.09.2011, E. 2011/2995, K. 2011/940 kararlarından teyit edilmiştir; aktaran Cengiz Otacı, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89, 2010, s. 439-492, s. 468); kanunun yürürlüğe girdikten sonra kanun koyucunun değil kanunun iradesini taşıdığı ve metnin yorumun çerçevesi ve sınırı olduğu hususunda **Otaç**, s. 460-461. Gerekçenin kanun metnine dâhil olmadığı ve bağlayıcı olmamakla birlikte yol gösterici olabileceği, m. 6 gerekçesinin ise bu işlevi de göremediği yönünde **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 538.

sakıncaları devam ettirecek nitelikte olduğu değerlendirilen Tasarı hükmünün metninden çıkarıldığı ve bunun yerine memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” kavramının benimsendiği belirtilmektedir.⁵¹² Dolayısıyla yeni tanım, eski sistemdeki kişi kategorilerinin terminolojik olarak yeniden adlandırılmasından ibaret değildir; kamu görevlisi sıfatının belirlenmesinde kullanılan ölçütün değiştirilmesine yönelik bilinçli bir tercihin ürünüdür.

Bu tercih gerekçede, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak “yegâne ölçütün, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olması” biçiminde ifade edilmiştir. Bu açıklama, kanun metninin lafzi incelemesinde ulaşılan faaliyet merkezli yapıyı tarihsel bakımdan doğrulamaktadır. Kamu görevlisi sıfatının belirlenmesinde kişinin kadrosu, istihdam biçimi veya belirli bir personel kategorisine dâhil olması değil, yürütülmesine katıldığı faaliyetin niteliği esas alınmıştır. Böylece 765 sayılı Kanun döneminde kamu görevi ile kamu hizmeti ve bunları yerine getiren kişi kategorileri arasında kurulan ayrımın yeni Kanun bakımından belirleyici olmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Bununla birlikte gerekçe, “kamusal faaliyet”i yalnızca bir üst kavram olarak kullanmakla kalmamış, kavramın içeriğine ilişkin ayrıca bir açıklamaya yer vermiştir. Buna göre kamusal faaliyet, “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi” olarak anlaşılmaktadır. Böylece gerekçe, kanun metninde yer almayan iki belirleyici unsuru öne çıkarmaktadır. Bunlardan ilki faaliyetin kamusal alana alınmasının Anayasa ve kanunlarda öngörülen usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayanması; ikincisi ise bu faaliyetin kamu adına yürütülmesidir.

Gerekçedeki bu açıklama, “kamusal faaliyet” kavramının salt toplumsal ihtiyaç veya kamu yararı ölçütleriyle özdeşleştirilmesini engellemesi bakımından önemlidir. Bir faaliyetin toplumsal bir ihtiyacı karşılaması veya kamu yararına hizmet etmesi tek başına onun TCK m. 6/1-c anlamında kamusal faaliyet sayılması için yeterli görülmemiş;

⁵¹² TCK m. 6 gerekçesi: “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki ‘memur’ tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan ‘kamu görevlisi’ tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.” Gerekçe için bkz. TBMM, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*, Dönem 22, Yasama Yılı 2, S. Sayı 664.

faaliyetin kamusal alana alınmasına ilişkin hukuki-siyasal bir karar ile kamu adına yürütülmesi birlikte vurgulanmıştır. Bu bakımdan gerekçe, lafızda açık bırakılan “kamusal” niteliğin belirlenmesi için pozitif bir açıklama sunmaktadır.

Ancak gerekçenin devamında verilen ihale örneği, bu açıklamanın sınırlarının belirlenmesi bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Gerekçede, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihale yoluyla özel hukuk kişilerine gördürülmesi hâlinde, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı belirtilmektedir.⁵¹³ Böylece bir taraftan kişinin kamu görevlisi sayılmasında yegâne ölçütün gördüğü işin kamusal faaliyet olduğu ifade edilirken, diğer taraftan kamusal bir faaliyetin görülmesine fiilen katılan belirli bir kişi grubu tanımın dışında bırakılmaktadır.

Bu durum gerekçenin kendi içerisinde cevaplandırılması gereken bir ayrım ortaya çıkarmaktadır. İhale yoluyla faaliyetin yürütülmesine katılan kişinin kapsam dışında bırakılmasının nedeni, yürüttüğü faaliyetin artık kamusal olmaması değildir. Gerekçe zaten söz konusu örneği kamusal faaliyetin özel hukuk kişileri aracılığıyla gördürülmesi bağlamında vermektedir. O hâlde dışlamanın dayanağı, kişinin kamusal faaliyetin “kamu adına yürütülmesine” katılmaması olmalıdır. Başka bir ifadeyle gerekçe bakımından kamusal bir faaliyetin yürütülmesine maddi olarak katkıda bulunmak ile bu faaliyeti kamu adına yürütmek aynı şey değildir.

Bu ayrım, gerekçedeki “kamu adına yürütme” unsuruna özel bir önem kazandırmaktadır. Eğer ihale örneği gerekçenin kamusal faaliyet açıklamasıyla birlikte okunursa, gerekçenin kamu görevlisi sıfatı bakımından yalnızca faaliyetin objektif niteliğini değil, kişinin bu faaliyetin yürütülmesindeki hukuki konumunu da dikkate aldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Böylece gerekçede ifade edilen “yegâne ölçüt” formülü, ilk bakışta düşündürdüğü biçimde yalnızca “yapılan iş kamusal mıdır?” sorusuna indirgenemez; kişinin bu faaliyetin kamu adına yürütülmesine katılıp katılmadığının da belirlenmesini gerektirir.

⁵¹³ TCK m. 6 gerekçesi: “Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.”

Bununla birlikte bu sonuç, gerekçede kullanılan ölçütün doğrudan kanun metninin bir unsuru olduğu anlamına gelmez. TCK m. 6/1-c’de “kamu adına” ibaresine yer verilmemiştir. Kanun metni “kamusal faaliyetin yürütülmesine” katılmayı aramaktadır. Dolayısıyla gerekçenin “kamu adına yürütme” açıklamasının kanuni unsurun anlamını somutlaştıran bir tarihsel veri mi, yoksa lafızda bulunmayan ilave bir sınırlandırma mı oluşturduğu ayrıca değerlendirilmelidir. Aynı sorun ihale dışlaması bakımından daha belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır. Tarihsel yorum, kanun koyucunun ihale yoluyla faaliyete katılanları kamu görevlisi saymak istemediğini göstermekte; ancak bu iradenin kanun metnindeki “kamusal faaliyetin yürütülmesine ... herhangi bir surette ... katılma” ifadesi içerisinde nasıl karşılık bulduğu sorusunu tek başına çözmemektedir.

Bu nedenle madde gerekçesinden iki farklı düzeyde sonuç çıkarılabilir. İlk ve daha güçlü sonuç negatif niteliktedir: 5237 sayılı Kanun, 765 sayılı Kanun dönemindeki memur-kamu hizmetlisi ayrımını ve kamu görevlisi sıfatını belirli personel kategorilerine bağlayan yaklaşımı bilinçli biçimde terk etmiştir. İkinci sonuç ise yeni tanımın pozitif sınırına ilişkindir: gerekçe bu sınırı siyasal kararlar kamusal alana alınmış bir hizmetin “kamu adına yürütülmesi” üzerinden açıklamaya çalışmaktadır. Ancak ikinci sonucun kanun metnindeki karşılığının ve özellikle ihale yoluyla yürütme örneğinin lafızla bağdaşp bağdaşmadığının diğer yorum yöntemleriyle ayrıca sınanması gerekir.⁵¹⁴

2.4.2.2. Genel Kurul ve Komisyon Tutanakları

TCK’nın hazırlık çalışmalarına ilişkin komisyon raporları ve yasama görüşmeleri, kamu görevlisi kavramına geçişin münferit bir terminoloji değişikliğinden ibaret olmadığını göstermektedir. Düzenlemenin arka planında, 765 sayılı Kanun döneminde “memur” ve “amme hizmeti gören” kişiler arasında yapılan ayrımın uygulamada ortaya çıkardığı sınıflandırma sorunlarını ortadan kaldırma düşüncesi bulunmaktadır.

⁵¹⁴ Gerekçenin cezalandırılabilir alanı daraltmak için kullanılıp kullanılamayacağı ise tartışmalıdır. Tosun, Carrara’yı izleyerek hâkimin kanun koyucunun suç saymak istemediği fiili cezalandırmaması gerektiğini savunmaktadır (Tosun, s. 37). Selçuk’a göre ise yorumcu, gerekçe ve hazırlık çalışmalarının izdüşümünü yansıtmayan bir metni bunlara dayanarak “ne daraltabilir, ne genişletebilir” (30.06.1995 tarihli ve E. 1995/1, K. 1995/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına karşı oy; aktaran Otacı, s. 469).

765 sayılı Kanun döneminde kamu görevi-kamu hizmeti ayrımına bağlı olarak geliştirilen ölçütler, kamu faaliyetinin yürütülmesine katılan kişilerin farklı ceza hukuki rejimlere tabi tutulmasına yol açmıştır. Bir kişinin “memur” veya “kamu hizmetlisi” sayılması, yürüttüğü faaliyetin yanı sıra görev içerisindeki konumu ve faaliyetin niteliğine ilişkin çeşitli teoriler aracılığıyla belirlenmeye çalışılmış; bunun sonucunda benzer kurumsal yapılarda ve hatta aynı faaliyet örgütlenmesi içerisinde görev yapan kişiler arasında farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Önceki bölümde incelenen gaye teorisi, idare-işletme teorisi, fikrî-maddi faaliyet teorisi, takdir hakkı teorisi ve karma teori, esasen bu kategorik ayrımın uygulanabilir sınırlarını belirleme çabasının ürünüdür.

5237 sayılı Kanun’un hazırlık çalışmalarında ise bu ayrımın sürdürülmemesi yönünde bilinçli bir tercih ortaya çıkmaktadır. Adalet Komisyonu Raporunda kamu görevlisi kavramının benimsenmesiyle, kimlerin ceza kanununun uygulanmasında memur sayılacağına ilişkin tartışmalara ve çeşitli kanunlarda yer alan kazuistik düzenlemelere son verilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.⁵¹⁵ Bu açıklama, yeni tanımın temel yöneliminin belirli meslek, kurum veya personel kategorilerini tek tek belirlemek değil, bunların yerine genel bir ölçüt oluşturmak olduğunu göstermektedir.

Hazırlık çalışmalarındaki açıklamalar aynı zamanda kamu görevi ile kamu hizmeti arasında önceki dönemde kurulan kategorik ayrımın terk edilmesine ilişkin gerekçeyi de ortaya koymaktadır. Kanun’un yürürlüğe girişi sürecinde yapılan resmî açıklamalarda, kamu görevi ve kamu hizmetinin birbirinden bütünüyle farklı faaliyet türleri olarak değerlendirilmesine karşı çıkılmış; aynı kamusal faaliyetin, onu yerine getiren kişi bakımından görev, bu faaliyetten yararlanan kişi bakımından ise hizmet olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir.⁵¹⁶ Böylece önceki Kanun döneminde kişinin ceza

⁵¹⁵ TBMM, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), Dönem 22, Yasama Yılı 2, S. Sayısı 664, Adalet Komisyonu Raporu, IV numaralı paragraf, s. 227-228: “Tasarının ‘Tanımlar’ maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. ... Keza, kamu görevlisi kavramının benimsenmesiyle, kimlerin ‘ceza kanunu uygulamasında memur’ sayılacağı konusundaki yersiz ve anlamsız tartışmalara, çeşitli kanunlarda yer verilen kazüistik hükümlere son verilmesi amaçlanmıştır.”

⁵¹⁶ Bu açıklama, 5237 sayılı Kanun’un yürürlüğe girişinden önce Adalet Bakanlığınca düzenlenen eğitim seminerlerine ilişkin notlarda yer almaktadır; notların ilgili bölümünü aktaran haber için “Eski TCK’daki ‘Devlet Memuru’ İbaresinin Yerini ‘Kamu Görevlisi’ Alıyor”, memurlar.net, 02.03.2005, <https://www.memurlar.net/haber/17158/> (erişim: 28.09.2026).

hukuki statüsünü belirleyen kamu görevi-kamu hizmeti ayrımının yerine, kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesine katılması esas alınmıştır.

Bu tarihsel arka plan, TCK m. 6/1-c'nin lafzi yorumunda ulaşılan bazı sonuçları güçlendirmektedir. Kanun metninde atama ve seçilmenin ardından “herhangi bir surette”, sürekli katılımın yanında ise “sürelili veya geçici” ifadelerine yer verilmesi tesadüfi değildir. Hazırlık çalışmalarının ortaya koyduğu düzenleme amacıyla birlikte değerlendirildiğinde bu ibareler, kamu görevlisi sıfatının belirli bir personel statüsüne, kadroya veya 765 sayılı Kanun dönemindeki kişi kategorilerine yeniden bağlanmasını önlemeye yönelik tercihin kanun metnindeki karşılığıdır.

Bu nedenle tarihsel yorumun TCK m. 6/1-c bakımından en güçlü sonucu, yeni tanımın kapsamına hangi kişilerin girdiğini tek tek göstermesinden ziyade, hangi ölçütlerin belirleyici olmaktan çıkarıldığını göstermesidir. Memur-kamu hizmetlisi ayrımı, kamu görevi-kamu hizmeti ayrımına dayanan kişi kategorileri, belirli bir kadro veya sürekli istihdam ilişkisi ve salt kurumsal statü, 5237 sayılı Kanun'un kamu görevlisi tanımının yeniden inşasında hareket noktası olarak kullanılamaz. Bunların farklı adlandırmalar altında yeni tanıma geri taşınması, yalnızca m. 6/1-c'nin lafzi yapısıyla değil, düzenlemenin tarihsel amacıyla da bağdaşmaz.

Buna karşılık tarihsel materyal, yeni kavramın pozitif sınırlarının tamamını belirlememektedir. Madde gerekçesindeki “siyasal karar” ve “kamu adına yürütme” açıklamaları ile ihale yoluyla faaliyete katılanların kapsam dışında bırakılması bu yönde önemli veriler sağlamakla birlikte, “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma”nın bütün sınırlarını ortaya koymamaktadır. Bu nedenle tarihsel yorumdan elde edilen sonuç, 765 sayılı Kanun'un terk edilen statü ve kategori ölçütlerinin yeniden kullanılmasını engelleyen güçlü bir negatif sınırlandırma sağlamakta; buna karşılık kamu görevlisi kavramının pozitif kapsamının belirlenmesini tek başına tamamlamamaktadır. Bu kapsamın, TCK m. 6/1-c'nin Kanun içerisindeki konumu ve diğer hukuk normlarıyla ilişkisi dikkate alınarak sistematik yorum çerçevesinde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.4.3. Sistemantik Yorum

Sistemantik yorum, bir hükmün anlamının yalnızca kendi lafzından değil, içerisinde bulunduğu düzenlemenin bütünü, diğer hükümlerle ilişkisi ve kanunun sistemantik yapısı dikkate alınarak belirlenmesini ifade eder. Bu yöntem TCK m. 6/1-c bakımından iki ayrı düzeyde önem taşımaktadır. İlk düzey, kamu görevlisi kavramını tanımlayan hükmün Kanun içerisindeki sistemantik konumudur. İkinci düzey ise bu kavrama unsur olarak yer veren münferit ceza normunun sistemantik konumudur. Bu iki düzeyin birbirinden ayrılması, daha önce ortaya konulan tanım normu ile ceza normu ayırımının sistemantik yorum bakımından da sürdürülmesini gerektirir.

2.4.3.1. Tanım Normunun Sistemantik Yorumu

Kamu görevlisi tanımı, TCK'nın İkinci Kitabında belirli bir suç grubu içerisinde değil, Birinci Kitabın “Temel İlkeler, Tanımlar ve Uygulama Alanı” başlıklı Birinci Kısımında ve “Tanımlar” başlıklı İkinci Bölümünde düzenlenmiştir.⁵¹⁷ Bu sistemantik konum, m. 6/1-c'nin belirli bir suç tipinin koruma amacına göre oluşturulmuş özel bir fail veya mağdur tanımı olmadığını göstermektedir. Hüküm, TCK'nın farklı kısım ve bölümlerinde kamu görevlisi kavramına yer veren normlar bakımından ortak bir kavramsal çerçeve sağlamaktadır.

Tanım normunun Genel Hükümler içerisinde yer alması, kavramın anlamının belirli bir suç tipinde doğuracağı sonuca göre değiştirilmesine karşı önemli bir sistemantik dayanak oluşturmaktadır. Kamu görevlisi kavramı zimmet suçunda failin özel niteliğini, görevi yaptırmamak için direnme suçunda suçun yöneldiği kişiyi, başka suçlarda ise nitelikli hâli belirleyen bir unsur olarak kullanılabilir. Bununla birlikte m. 6/1-c, bu farklı normatif işlevlerin her biri için ayrı bir kamu görevlisi tanımı öngörmemiştir. Kanunun sistematiği, öncelikle ortak kavramı tanımlamakta, ardından bu kavrama farklı ceza normlarında farklı hukuki sonuçlar bağlamaktadır. Bu nedenle tanım normunun kapsamı,

⁵¹⁷ 5237 sayılı Kanun'un, 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak, kamu idaresine karşı suçlar arasında ortak hüküm niteliğinde bir kamu görevlisi tanımına yer vermeyip tanımı Genel Hükümlere taşıdığı tespiti için **Hafızoğulları/Aygün Eşitli**, s. 3. Tanımların genel kısımda toplanmasının sistemantik açıdan isabetsiz olduğu, bu tür hükümlerin “özel kısmın genel kısmı” olarak özel kısımda yer alması gerektiği yönündeki karşı görüş için (1987 Öntasarısı bakımından) **Nevzat Toroslu**, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, V Yayınları, Ankara 1987, s. 14.

kavramın kullanılacağı münferit ceza normunun kriminal politik amacına göre yeniden oluşturulmamalıdır.

Bu sonuç, TCK m. 5 ile birlikte değerlendirildiğinde daha geniş bir önem kazanmaktadır. TCK'nın genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanması, m. 6/1-c'deki kamu görevlisi tanımının işlevini TCK'nın İkinci Kitabındaki suçlarla sınırlı olmaktan çıkarmaktadır.⁵¹⁸ Özel bir düzenlemenin farklı bir kavramsal tercih ortaya koymadığı durumlarda kamu görevlisi kavramı, ceza içeren diğer kanunlarda da genel bir referans normu niteliği taşımaktadır. Böylece m. 6/1-c'nin sistematik konumu, tanımın belirli bir suç grubunun ihtiyaçlarından bağımsız ve ceza hukuku sistemi içerisinde genel uygulanabilirliğe sahip olacak biçimde kurulmasını gerektirmektedir.

Bu sistematik özellik, tanım normunun yorumunda belirli suç tiplerinin koruduğu hukuki değerlerden doğrudan hareket edilmesini de sınırlandırmaktadır. Örneğin kamu idaresinin güvenilirliğinin korunması amacıyla kamu görevlisi kavramının genişletilmesi veya kişilere karşı bir suçta cezai sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla aynı kavramın daraltılması, ortak tanım normuna münferit ceza normlarının amaçlarının yüklenmesi anlamına gelir. Oysa m. 6/1-c'nin sistematik konumu, “kamusal faaliyet” ve “yürütülmesine katılma” unsurlarının öncelikle tanım normunun kendi düzeyinde belirlenmesini gerektirir.

Bununla birlikte tanım normunun genel niteliği, kavramın bütün ceza normlarında aynı hukuki sonucu doğuracağı anlamına gelmez. Genel olan, kamu görevlisi kavramının tanımıdır; bu sığa bağlanan sonuç ise kavrama yer veren normun yapısına göre değişmektedir. Dolayısıyla sistematik yorum bakımından tanım normunun genel niteliği ile ceza normlarının özel işlevlerinin birlikte korunması gerekir. Kişinin m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi olup olmadığı genel tanım normuna göre belirlenirken, bu

⁵¹⁸ TCK m. 5'in etkisinin, özel kanunlarda yer alan ve genel hükümlere istisna getiren normlar üzerinde görüldüğü yönünde **Türay**, “5. Maddeye İlişkin Bir İnceleme”, s. 1733-1734. Özel kanunlardaki “memur sayılma” hükümlerinin m. 5 karşısındaki durumuna ilişkin görüşler için **Demren Dönmez**, s. 123-127. TCK m. 5 karşısında özel kanunlardaki yollamaların geçersiz hâle geldiği yönünde **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1219; m. 5'in aynı düzeydeki bir kanunu ilga edemeyeceği ve “temenni normu” niteliğinde kaldığı yönündeki karşı görüş için **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 1050.

sıfatın belirli bir suç bakımından hangi hukuki sonucu doğuracağı ilgili ceza normunun kendi sistematik bağlamında ayrıca değerlendirilmelidir.

2.4.3.2. Özel Kanunlardaki Kamu Görevlisi Hükümleri

TCK m. 5'in kurduğu ilişki, özel kanunlarda kamu görevlisi kavramına ilişkin ayrıca hüküm bulunan hâllerde sistematik yorumun ikinci bir sorusunu ortaya çıkarmaktadır. 765 sayılı Kanun döneminde memur tanımının kimleri kapsayacağı belirsiz kaldığından, kanun koyucu bu belirsizliği özel kanunlara eklenen “memur sayılırlar” ibareleriyle gidermeye çalışmıştır.⁵¹⁹ 359 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kanunu’nun 22. maddesinde Kurumun yönetim kurulu üyeleri ile görevlilerinin ceza hükümlerinin uygulanmasında memur sayılacağına öngörülmesi, kamu iktisadi teşebbüsleri personelinin görevleriyle ilgili suçlar bakımından memur sayılması ve kooperatif yöneticilerinin kooperatife ait mal ve paralar üzerinde işledikleri suçlardan dolayı Devlet memurları gibi cezalandırılması bu tekniğin başlıca örneklerini oluşturmaktadır.⁵²⁰ Bu hükümler 279. maddedeki tanıma tamamlamamakta; tanımın kapsamına girip girmediği tartışmalı olan personel gruplarını, genel tanıma dönülmeksizin, doğrudan memurlara ilişkin ceza rejimine bağlamaktadır. Böylece 765 sayılı Kanun döneminde kamu görevlisi kavramının kapsamı, genel tanım ile özel kanunlardaki sayma hükümlerinin toplamından oluşan iki katmanlı bir yapı içinde belirlenmiştir.

5237 sayılı Kanun bu yapıyı iki yönden değiştirmiştir. Bir yandan m. 6/1-c, faaliyet merkezli tanımıyla özel kanunlardaki sayma hükümlerinin gördüğü tamamlayıcı işlevi büyük ölçüde gereksiz kılmıştır; zira kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılan kişi, özel kanunda ayrıca sayılmasına gerek kalmaksızın tanımın kapsamına girmektedir. Diğer yandan 5728 sayılı Kanun ile çok sayıda özel kanundaki “memur sayılır” ibaresi, “kamu görevlisi sayılır” veya “kamu görevlisi gibi

⁵¹⁹ Adem Sözüer, “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 2019, s. 3031-3050, s. 3041.

⁵²⁰ İsmet Giritli/Öztekin Tosun, “Amme Hukuku – Ceza Hukuku – Ceza Muhakemesi Hukuku” (Mevzuat Kroniği), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 30, S. 1-2, 1964, s. 361-376, s. 373. 359 sayılı Kanun m. 22: “Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Yönetim Kurulu üyeleri ile görevlileri, ceza hükümlerinin uygulanmasında memur sayılırlar.”

cezalandırılır” biçiminde yeni Kanun’un terminolojisine uyarlanmıştır.⁵²¹ Bu uyarlama, özel kanunlardaki hükümlerin niteliğini de görünür hâle getirmektedir. Kişinin m. 6/1-c anlamında zaten kamu görevlisi olduğu hâllerde özel kanundaki hüküm açıklayıcı niteliktedir ve tanımın uygulanmasını değiştirmemektedir. Buna karşılık özel kanun, tanımın kapsamına girmeyen bir kişiyi kamu görevlisine ilişkin ceza rejiminin belirli bir bölümüne bağlıyorsa, hüküm kurucu niteliktedir; bu hâlde kişi kamu görevlisi sıfatını kazanmamakta, yalnızca hükmün konu ve koşul sınırı içinde kamu görevlisi gibi cezalandırılmaktadır.⁵²²

Sistematik yorum bakımından bundan çıkan sonuç, özel kanundaki hükmün genel tanımdan önce incelenmesi gerektiğidir. Özel kanunun kurucu bir eşdeğerlik hükmü içerdiği hâllerde m. 6/1-c’ye başvurulmasına gerek bulunmamakta; sorumluluk, özel hükmün çizdiği sınırlar içinde kalmaktadır. Özel hükmün bulunmadığı yahut yalnızca açıklayıcı nitelik taşıdığı hâllerde ise kişinin kamu görevlisi olup olmadığı genel tanıma göre belirlenmektedir. Bu sıra, TCK m. 5’in özel kanunlardaki genel hükümlere aykırı düzenlemeleri yürürlükten kaldırmasıyla çelişmemektedir; zira eşdeğerlik hükümleri genel hükümlere aykırı bir tanım getirmemekte, belirli kişilere belirli suçlar bakımından uygulanacak yaptırım rejimini belirlemektedir.⁵²³ Bu nedenle özel kanunlardaki kamu görevlisi hükümleri, tanım normunun yorumunda ona rakip bir tanım kaynağı olarak değil, kamu görevlisine özgü cezalandırma rejiminin tanım dışındaki kişilere teşmilini düzenleyen ve dar yorumlanması gereken istisna hükümleri olarak dikkate alınmaktadır.

2.4.3.3. Ceza Normunun Sistematik Yorumu

Kamu görevlisi kavramına yer veren ceza normunun sistematik konumu, tanım normundan farklı bir işlev görmektedir. Burada sistematik yorumun konusu artık “kim kamu görevlisidir?” sorusu değil, kamu görevlisi sıfatının ilgili suç tipinde neden ve hangi

⁵²¹ 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 08.02.2008, S. 26781. Kanunun genel gerekçesinde özel kanunlardaki “memur” ibarelerinin 5237 sayılı Kanun’un kamu görevlisi kavramıyla uyumlaştırılması amacı ifade edilmektedir.

⁵²² **Zafer**, s. 1563; aynı yönde **Demren Dönmez**, s. 125. Kooperatif yöneticilerinin “Devlet memurları gibi” cezalandırılmasına ilişkin 1163 sayılı Kanun m. 62/3 uygulaması için aşağıda dn. 557 (Yarg. 5. CD, 12.06.2014, E. 2013/2571, K. 2014/6571).

⁵²³ Türey, s. 371-374; TCK m. 5’in özel kanunlardaki kamu görevlisi hükümleri üzerindeki etkisi bakımından ayrıca bkz. yukarıda dn. 518.

işlevle kullanıldığıdır. Bir suç normunun bulunduğu kısım ve bölüm, özellikle korunan hukuki değer ve kamu görevlisi unsuruyla bu değer arasında kurulan ilişkinin belirlenmesinde önemli bir yorum verisi oluşturmaktadır.

Bu ilişki en açık biçimde TCK'nın İkinci Kitabının “Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı Dördüncü Kısımında görülmektedir. Özellikle “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı Birinci Bölümde kamu görevlisi sıfatı veya kamu görevinden kaynaklanan özel yetki, yükümlülük, nüfuz ve tasarruf alanı çok sayıda suç tipinin yapısına dâhil edilmiştir. Zimmet, irtikâp, denetim görevinin ihmali, rüşvet, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması, görevi kötüye kullanma, göreve ilişkin sırrın açıklanması, kamu görevlisinin ticareti, kamu görevinin terki veya yapılmaması ve kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf suçlarının aynı bölüm içerisinde toplanması, kamu görevlisi unsurunun bu suçlardaki varlığı ile korunan hukuki değer arasındaki bağlantıyı görünür hâle getirmektedir.

Bu suçlar bakımından kamu görevlisi sıfatının önemi, kişinin soyut statüsünden değil, kamu idaresinin güvenilir ve hukuka uygun işleyişi yönünden sonuç doğuran bir kamu göreviyle kurduğu işlevsel ilişkiden doğmaktadır.

Zimmette görevi nedeniyle zilyetliğin devredilmiş olması, irtikâpta görevin sağladığı nüfuzun kullanılması, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasında kamu görevlisine tanınmış yetkinin varlığı ve görevi kötüye kullanmada görevin gereklerine aykırılık, kamu görevlisi sıfatının korunan hukuki değerle doğrudan doğruya görevsel ilişki içerisinde bulunduğunu göstermektedir. Kanunun sistematik tercihi de bu suçları, kamu görevlisinin kişisel statüsünü koruyan hükümler olarak değil, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine yönelen haksızlıklar olarak bir araya getirmiştir.

Aynı sistematik ilişki, kamu görevlisinin mağdur konumunda tipikliğin kuruluşuna katıldığı görevi yaptırmamak için direnme suçunda da görülmektedir. TCK m. 265'in aynı bölüm içerisinde düzenlenmiş olması, kamu görevlisinin burada bireysel varlığı nedeniyle daha yoğun korunan bir kişi olarak kabul edilmediğini göstermektedir. Cebir veya tehdidin kamu görevlisine “görevini yapmasını engellemek amacıyla” yöneltilmesi, kişi ile korunan kamusal faaliyet arasındaki bağlantıyı doğrudan suç tipinin içerisine

taşımaktadır. Kamu görevlisinin mağdur sıfatı, böylece kamu idaresinin işleyişinin dışarıdan gerçekleştirilen müdahalelere karşı korunmasının aracı hâline gelmektedir.

Kamu görevlisi sıfatına yer veren bütün hükümler ise kamu idaresine karşı suçlar arasında düzenlenmemiştir. Kavram, TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımında da çeşitli biçimlerde kullanılmaktadır. İşkence suçunda kamu görevlisi sıfatı fail bakımından tipik haksızlığın kuruluşuna katılmakta; kişilere karşı düzenlenen diğer bazı suçlarda ise kamu görevlisi sıfatı fail veya mağdur yönünden nitelikli hâlin unsurunu oluşturmaktadır. Bu hükümlerin sistematik konumu, kamu görevlisi unsurunun kamu idaresine karşı suçlardaki kadar doğrudan bir açıklama sağlamamaktadır. Zira ilgili bölümün başlığından hareketle kamu görevlisi sıfatı ile kamu idaresinin güvenilirliği veya işleyişi arasında doğrudan bir bağ kurulması mümkün değildir.

Kanun koyucu bu suçlarda kamu görevlisi sıfatının haksızlık içeriği bakımından taşıdığı önemi çoğu kez ilave görevsel bağlantılar aracılığıyla görünür hâle getirmektedir. Fiilin kamu görevlisi tarafından "görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle" işlenmesi, görevin sağladığı nüfuz veya kolaylıktan yararlanılması yahut kamu görevlisine karşı "görevinden dolayı" gerçekleştirilmesi biçimindeki unsurlar, kamu görevlisi sıfatını somut fiille ilişkilendirmektedir. Böylece suçun sistematik yerinden doğrudan çıkarılamayan kamusal bağlantı, kanuni tip içerisinde ayrıca kurulmaktadır.

Bu durum, kamu görevlisi unsurunun ceza normundaki işlevinin belirlenmesinde sistematik konum ile görevsel bağlantının birbirini tamamlayan iki veri olduğunu göstermektedir. Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlarda kamusal görevle ilişki çoğu kez suçun sistematik konumu ve tipik hareketin yapısı içerisinde zaten görünür durumdadır. Kişilere karşı suçlarda ise korunan bireysel hukuki değer ile kamu görevlisi sıfatı arasındaki bağlantının açıklanması için kanun koyucunun göreve, yetkiye, nüfuza veya görev nedeniyle mağduriyete ilişkin ek unsurlara başvurduğu görülmektedir. Bu bağlantılar, kamu görevlisi sıfatının kişiye ait soyut bir statü olarak değil, somut suçun haksızlık içeriğini etkileyen görevsel bir unsur olarak kullanıldığını göstermektedir.

Bu açıdan Kanunun sistemiği, kamu görevlisi kavramının ceza normlarındaki kullanımında iki farklı düzeyi görünür hâle getirmektedir. İlkinde kamu görevlisi sıfatı ile korunmak istenen kamusal hukuki değer arasındaki ilişki, suçun yer aldığı bölüm ve

tipik hareketin yapısı içerisinde doğrudan kurulmaktadır. İkincisinde ise suçun temel koruma konusu kişisel bir hukuki değer olduğundan, kamu görevlisi sıfatının ilave haksızlığı açıklayabilmesi için görev, yetki, nüfuz veya benzeri bir bağlantının suç tipinde ayrıca kurulması gerekmektedir. Bu nedenle kamu görevlisi sıfatının belirli bir ceza normundaki anlamı, yalnızca m. 6/1-c'deki genel tanımdan hareketle değil, o normun Kanun içerisindeki yeri ve kamu görevlisi unsurunu diğer tipiklik unsurlarıyla ilişkilendirme biçimi dikkate alınarak belirlenmelidir.

Bununla birlikte sistematik yorumun bu işlevi, tanım normunun kapsamını suç tipinden suç tipine değiştirme yetkisi vermez. Suçun sistematik konumu ve koruduğu hukuki değer, kişinin m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi olup olmadığını yeniden belirlemek için değil, kamu görevlisi olduğu belirlenen kişinin bu sıfatına ilgili ceza normunda hangi hukuki işlevin yüklendiğini açıklamak için kullanılmalıdır. Böylece tanım normunun genel ve yeknesak uygulanması korunurken, kamu görevlisi kavramının farklı suç tiplerinde üstlendiği kriminal politik işlev de ilgili normun sistematik bağlamı içerisinde değerlendirilebilir.

2.4.3.4. Bir Yapılandırma Hatası

Ceza normunun sistematik yorumunun bu sonucu, 765 sayılı Kanun ile karşılaştırıldığında yürürlükteki Kanun'un bir yapılandırma tercihini de görünür hâle getirmektedir. 765 sayılı Kanun, memurun görevi dolayısıyla işlediği fiilleri bağımsız suç tipleri olarak düzenlemekteydi. Bunların bir bölümü "Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler" babında yer almaktaydı: memurun keyfi muamelesi (m. 228), görevi kötüye kullanması (m. 240) ve kuvvei cebriye imaline memur olanların efrada kötü muamelesi (m. 245). Bir bölümü ise bireysel hukuki değer korunduğu babda, fakat memura özgü ayrı bir madde olarak düzenlenmişti: memurun bir kimseyi hürriyetinden yoksun kılması (m. 181) ve haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi (m. 195) "Hürriyet Aleyhinde Cürümler" babında, memurun resmî evrakta sahteciliği (m. 339) "Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler" babında yer almaktaydı. Her iki hâlde de memurun fiili, kendi madde başlığı ve yaptırımıyla bağımsız bir suç tipi oluşturmakta; ilk grupta ayrıca suçun sistematik yeri, haksızlığın devlet idaresine yönelik niteliğini doğrudan göstermekteydi.

5237 sayılı Kanun bu suçların önemli bir bölümünü bağımsız suç tipi olmaktan çıkarmış ve kişilere karşı suçların nitelikli hâlleri olarak düzenlemiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m. 109/3-d), haberleşmenin gizliliğini ihlalin kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m. 137/1-a), resmî belgede sahteciliğin belgeyi düzenlemeye yetkili kamu görevlisi tarafından işlenmesi (m. 204/2) ve kasten yaralamanın kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m. 86/3-d) bunun örnekleridir. Bu tercihin sistematik sonucu, memurun fiilinin bağımsız bir suç tipi olmaktan çıkmasıdır. Nitelikli hâl, temel suç tipinin bulunduğu bölümde ve onun maddesi içinde yer aldığından, suçun sistematik konumu yalnızca bireysel hukuki değeri göstermekte; kamu görevlisi unsurunun haksızlığa kattığı kamusal boyut, ne suçun Kanun içindeki yerinden ne de ayrı bir madde başlığından okunabilmektedir.

Kanun koyucu bu işlevi, düzenleme yeri yerine tipik hareketin yapısıyla yerine getirmektedir. Nitelikli hâllerin tamamına yakınında kamu görevlisi sıfatı tek başına değil, görevin sağladığı yetkinin, nüfuzun veya kolaylığın kötüye kullanılması biçiminde bağlı hareketli bir tipiklikle birlikte öngörülmüştür. Bağlantı unsuru, 765 sayılı Kanun'da babın başlığının taşıdığı bilgiyi suç tipinin içine taşımakta ve kamu görevlisi unsurunun hangi kamusal değer bakımından haksızlığı ağırlaştırdığını normun kendisinde göstermektedir. Bu yapılandırma, sistematik yorumun kamu görevlisi unsuru bakımından sağlayabileceği veriyi daraltmakla birlikte, bağlantı unsurunu normun zorunlu bir parçası hâline getirerek yorum faaliyetine daha belirli bir dayanak sunmaktadır. Buna karşılık bağlantı unsuru taşımayan az sayıdaki nitelikli hâlde, yitirilen sistematik işlevin yerini dolduracak bir veri normun lafzında bulunmamakta ve kamu görevlisi sıfatının haksızlıkla ilişkisi yalnızca amaçsal yorumla kurulabilmektedir. Bu hükümlerin değerlendirilmesi, kamu görevlisi kavramının fonksiyonunun belirlenmesinde yeniden ele alınmaktadır.

2.4.4. Amaçsal Yorum

Amaçsal yorum, normun anlamının düzenlemenin amacı ve korumayı hedeflediği hukuki değer dikkate alınarak belirlenmesini ifade eder. Bu yöntemde yorum faaliyeti, kanun hükmünün yalnızca ne söylediğine değil, belirli bir düzenlemenin neden öngörüldüğüne

ve bu amaç bakımından hükme hangi anlamın verilmesi gerektiğine yönelmektedir. Ceza hukukunda amaçsal yorum özel bir önem taşır. Zira suç tipinin unsurlarının kapsamının belirlenmesi aynı zamanda ceza hukukunun koruma alanının ve buna bağlı olarak cezalandırılabilir alanın belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle korunan hukuki değer, suç tipinin unsurlarının anlamlandırılmasında temel yorum verilerinden birini oluşturmaktadır.⁵²⁴

2.4.4.1. Tanım Normunun Amacı

TCK m. 6/1-c bakımından amaçsal yorumun uygulanması ise öncelikle hangi normun amacının araştırıldığı sorusunun cevaplandırılmasını gerektirir. Bunun nedeni, m. 6/1-c'nin bir ceza normu değil, tanım normu olmasıdır. Hüküm belirli bir davranışı suç hâline getirmemekte ve belirli bir hukuki değeri doğrudan koruma altına almamakta; ceza hukuku bakımından “kamu görevlisi” kavramının genel anlamını belirlemektedir. Buna karşılık bu tanıma başvuran ceza normları belirli hukuki değerlerin korunmasına yönelmekte ve kamu görevlisi sıfatına bu koruma amacı içerisinde farklı işlevler yüklemektedir. Dolayısıyla tanım normunun amacı ile kamu görevlisi kavramına yer veren ceza normunun amacı aynı değildir.

TCK m. 6/1-c'nin kendisine ait düzenleme amacı, tarihsel yorumda ortaya konulan dönüşüm üzerinden belirlenebilir. Hükümle 765 sayılı Kanun dönemindeki memur tanımının doğurduğu sakıncaların giderilmesi, kamu görevlisi sıfatının statü ve istihdam kategorilerinden bağımsızlaştırılması ve kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmasının ortak ölçüt hâline getirilmesi amaçlanmıştır.⁵²⁵ Bu anlamda tanım normunun telosu, belirli bir hukuki değer doğrudan korunması değil, ceza hukukunda kamu görevlisi sıfatına sonuç bağlayan normların başvurabileceği genel ve ortak bir kişi kavramının oluşturulmasıdır.

⁵²⁴ Yargıtay da tarihsel yorum yerine amaca yönelik yorumu esas almış ve bir kanun hükmünün “konuluş amacına uygun bir biçimde” yorumlanması gerektiğini, amaç ile açık söz arasında bağdaşmazlık bulunduğu ise söze itibar edileceğini belirtmiştir: Yarg. İBK, 08.12.1982, E. 1982/4, K. 1982/4 (aktaran **Otaç**, s. 470).

⁵²⁵ Tanımın, aynı kurumda çalışan farklı statüdeki kişilerin farklı suçlardan sorumlu tutulması sonucunu doğuran memur-kamu hizmetlisi ayrımını kaldırmaya yöneldiği hususunda **Gökcan**, s. 149; ayrımın terk edilerek istihdam ilişkisine bakılmaksızın faaliyetin niteliğini esas alan tek bir kategorinin kabul edildiği yönünde **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 535.

Bu amaç, tanım normunun yorumunda iki yönlü bir sonuç doğurmaktadır. Bir taraftan 765 sayılı Kanun döneminde belirleyici olan memur-kamu hizmetlisi, kamu görevi-kamu hizmeti, kadro, istihdam biçimi veya benzeri statüsel ayrımların yeni kavramın belirleyici ölçütleri hâline getirilmesine engel olmaktadır. Diğer taraftan m. 6/1-c'nin genel bir tanım normu olması, kavramın kişi çevresinin uygulanacağı her suç tipinin özel koruma amacına göre yeniden kurulmasını da dışlamaktadır. Tanım normunun amacı, kamu görevlisi kavramının farklı suç tiplerinde farklı kişi çevrelerine sahip olmasını değil, farklı normların başvurabileceği ortak kavramsal zeminin oluşturulmasını gerektirmektedir.

2.4.4.2. Ceza Normunun Amacı

Ancak kamu görevlisi kavramının ceza hukukundaki işlevi bu genel tanımın yapılmasıyla tamamlanmamaktadır. Kanun koyucu kamu görevlisi sıfatına belirli suçlarda hukuki sonuç bağlamak suretiyle bu kavramı kriminal politik tercihlerin suç tipine aktarılmasında kullanmaktadır. Kamu görevlisi sıfatı bazı suçlarda fail çevresini belirlemekte, bazı suçlarda oluşmuş bir haksızlığın daha ağır değerlendirilmesine neden olmakta, bazı suçlarda ise kamu görevinin dışarıdan gerçekleştirilen müdahalelere karşı korunmasına hizmet etmektedir. Böylece kamu görevlisi sıfatı, kişinin kamusal faaliyetle ilişkisini ceza normunun koruduğu hukuki değer bakımından normatif olarak anlamlı hâle getiren bir bağlantı noktası oluşturmaktadır.

Bu bağlantının içeriği ise m. 6/1-c'deki tanımdan değil, kamu görevlisi kavramına yer veren ceza normunun kendi koruma amacından ve haksızlık yapısından kaynaklanmaktadır. Nitekim 5237 sayılı Kanun'un özel hükümleri incelendiğinde kamu görevlisi unsurunun her suç tipinde aynı amaçla kullanılmadığı görülmektedir. Zimmet, irtikâp, rüşvet ve görevi kötüye kullanma gibi suçlarda kamu görevlisi sıfatı, kamusal görevden kaynaklanan özel yetki, yükümlülük, nüfuz veya güven ilişkisiyle bağlantılıdır. Bazı suçlarda belge düzenleme, arama veya zor kullanma gibi belirli kamusal yetkiler tipik haksızlığın yapısında ayrıca önem kazanmaktadır. Kişilere karşı suçlarda kamu görevlisi sıfatının nitelikli hâlin unsurunu oluşturduğu düzenlemelerde ise temel koruma konusu vücut bütünlüğü, özgürlük, cinsel dokunulmazlık veya özel hayat gibi bireysel hukuki değerler olmaya devam etmekte; kamu görevi veya görevden kaynaklanan yetki, nüfuz ya da kolaylık, bu değerlere yönelik saldırının haksızlık içeriğini değiştirmektedir.

Kamu görevlisinin suçun yöneldiği kişi olduğu düzenlemelerde ise sığata bağılanan özel sonuç, kişinin şahsından ziyade yerine getirdiğı kamusal görevin korunmasıyla ilişkilendirilebilmektedir.

Dolayısıyla kamu görevlisi kavramından hareketle bu kavrama yer veren bütün ceza normları bakımından geçerli tek bir korunan hukuki değeri belirlenemez. Kamu idaresinin güvenilirliğı ve işleyişı bazı suçlarda doğrudan koruma konusu olmakla birlikte, kamu görevlisi unsurunun kullanıldığı bütün hükümlerin aynı hukuki değeri koruduğı söylenemez.⁵²⁶ Bunun metodolojik sonucu önemlidir: m. 6/1-c'nin genel tanımının kapsamı, kamu idaresinin güvenilirliğı ve işleyişinin korunması biçiminde belirlenen tek bir telostan hareketle kurulamaz. Böyle bir yaklaşım, belirli suç gruplarının koruma amacını Genel Hükümlerde yer alan ve çok farklı suç tiplerinde kullanılan bir tanım normuna taşımak anlamına gelir.

Sistematik yorumda ulaşılan sonuç da bu ayrımı desteklemektedir. Kanun koyucu kamu görevlisi sıfatını bazı suçlarda tek başına kullanırken, başka suçlarda görevin sağladığı yetki, nüfuz, zilyetlik, güven veya kolaylık gibi görevsel özellikleri ayrıca suç tipine dâhil etmiştir. Bu düzenleme tekniğı, belirli bir suçun haksızlık içeriğı bakımından gerekli olan görevsel bağlantının, kamu görevlisi kavramının genel tanımından farklı bir normatif düzeyde bulunduğunu göstermektedir. Belirli bir suçun koruma amacı bakımından kamu gücünün kullanılması, özel bir yetkinin bulunması veya görevden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması önem taşıyabilir; ancak bundan kamu görevlisi sıfatının genel olarak bu özelliklerden birinin varlığına bağılı olduğu sonucu çıkarılamaz.

Aksi yaklaşım, özel ceza normunun telosunun genel tanıma geri taşınmasına yol açar. Örneğin kamu idaresinin güvenilirliğini koruyan bir suç bakımından kamu görevlisinin sahip olduğu özel güven veya yükümlölük ilişkisi esas alınarak m. 6/1-c daraltılırsa, aynı ölçüt kamu görevlisi kavramının kullanıldığı ve farklı bir hukuki değeri koruyan diğer normlar bakımından da genel tanımın unsuru hâline gelecektir. Böylece özel normun ihtiyaçlarından hareketle genel tanım değıştirilmiş olur. Oysa tanım normunun genel

⁵²⁶ Örneğin kamu görevlisinin suçı bildirmemesi suçunda (m. 279) korunan değerin kamu idaresi değil, suçların takibine yönelik kamusal yarar olduğu yönünde (Hafizoğulları/Özen ve Özek'e atıfla) **Aygün Eşitli**, s. 40.

niteliği, kamu görevlisi sıfatının öncelikle uygulanacak suç tipinden bağımsız biçimde belirlenmesini gerektirir.

Yargıtay uygulamasında bu iki düzlemin zaman zaman birbirine yaklaştığı görülmektedir. Kamu görevlisi sıfatının belirlenmesinde kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin zarar görüp görmediği, kişinin belirli bir kamusal yetki kullanıp kullanmadığı veya görevinden kaynaklanan özel bir imkâna sahip olup olmadığı gibi değerlendirmelere başvurulması, esasen belirli suç normunun haksızlık yapısına ilişkin olabilecek ölçütlerin genel tanımın kapsamını belirleyen ölçütlere dönüşmesi sonucunu doğurabilmektedir. Avukatın ahzu kabz yetkisi bağlamında kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi yerine vekâlet ilişkisinin zarar gördüğünden hareketle yapılan değerlendirmeler de genel sıfatın belirlenmesi ile somut suç normunun koruma amacının birbirine karışabilmesinin örneklerinden birini oluşturmaktadır.⁵²⁷

Bu noktada amaçsal yorumun imkânı kadar sınırı da ortaya çıkmaktadır. Tanım normunun telosu, m. 6/1-c'nin neden statüsel değil faaliyet merkezli bir kamu görevlisi kavramı benimsediğini açıklamakta ve kavramın genel kişi çevresinin belirlenmesine yön vermektedir. Buna karşılık bu telos, kamu görevlisi sıfatının belirli bir suç tipinde neden tipikliği kurduğu, neden haksızlığı ağırlaştırdığı veya neden daha yoğun bir korumanın koşulu hâline getirildiği sorularını cevaplandırmaz. Bu sorular, tanım normuna değil, kamu görevlisi kavramına yer veren ceza normuna aittir.

Aynı şekilde özel ceza normunun telosu da m. 6/1-c'nin genel kapsamını yeniden belirlemek için kullanılamaz. Özel normun koruma amacı, kamu görevlisi olduğu genel tanım uyarınca belirlenmiş kişinin bu sıfatının o norm içerisinde neden hukuken önem taşıdığını açıklayabilir. Ancak burada yalnızca normun amacının tespit edilmesi de yeterli değildir. Bundan sonraki sorun, kamu görevlisi unsurunun söz konusu amacı gerçekleştirmek üzere suç tipinin yapısı içerisinde hangi işlevi yerine getirdiğidir. Başka bir ifadeyle artık cevaplandırılması gereken soru “bu norm hangi hukuki değeri

⁵²⁷ Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287; Yarg. CGK, 08.12.2022, E. 2021/44, K. 2022/790. Öğretide vekâlet ilişkisi uyarınca hareket eden avukatın zimmet suçundan cezalandırılmasının isabetsiz olduğu yönünde **Neslihan Can**, “Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu (TCK m. 247-249)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 43, 2020, s. 272.

korumaktadır?” sorusundan ibaret değildir; “kamu görevlisi unsuru bu hukuki değerin korunması bakımından suç tipinin diğer unsurlarıyla nasıl bir ilişki içerisinde bulunmaktadır?” sorusudur.

Bu soru, amaçsal yorumdan fonksiyonel değerlendirmeye geçişi gerekli kılmaktadır. Amaçsal yorum normun yöneldiği koruma amacını ortaya koyarken, fonksiyonel yorum kamu görevlisi unsurunun bu amacı gerçekleştiren normatif yapı içerisindeki görevini belirlemeye yönelir. Kamu görevlisi sıfatının tipikliği kurucu bir fail veya mağdur unsuru olması, haksızlığı derecelendirmesi yahut görev, yetki, nüfuz, zilyetlik veya başka bir görevsel bağlantıyla birlikte sonuç doğurması, kavramın ilgili norm içerisindeki fonksiyonunu farklılaştırmaktadır. Dolayısıyla aynı genel tanım kapsamındaki kamu görevlisi sıfatı, farklı suç normlarında farklı hukuki değerlerle farklı yapısal ilişkiler kurabilmektedir.

Burada yapılacak fonksiyonel değerlendirme, m. 6/1-c’nin kişi bakımından kapsamını suç tipine göre yeniden belirlemek anlamına gelmemektedir. Tanım düzeyinde soru kişinin kamu görevlisi olup olmadığı; fonksiyonel düzeyde soru ise kamu görevlisi olduğu belirlenen kişinin bu sıfatının ilgili ceza normunda hangi işlevi yerine getirdiğidir. Bu nedenle fonksiyonel yorum, tanım normunun yerine geçen veya onu somut suçun amacına göre daraltan bir yöntem değil; genel tanım ile özel ceza normu arasında kurulması gereken ikinci yorum aşamasıdır.

Lafzi, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum yöntemlerinin birlikte ortaya koyduğu sonuç böylece iki aşamalı bir yapıya ulaşmaktadır. İlk aşamada m. 6/1-c, kendi lafzı, tarihsel düzenleme amacı ve sistematik konumu çerçevesinde yorumlanarak kamu görevlisi kavramının genel kişi çevresi belirlenir. İkinci aşamada ise bu kavrama yer veren ceza normunun koruduğu hukuki değer tespit edilir. Ancak bu iki tespit, kamu görevlisi unsurunun somut suç normunda uygulanmasını tek başına açıklamaya yetmez. Bunun için üçüncü bir aşamada, genel tanımla belirlenen kamu görevlisi sıfatının özel normun koruma amacı içerisinde hangi normatif fonksiyonu yerine getirdiğinin belirlenmesi gerekir.

Bu nedenle izleyen incelemede mesele artık m. 6/1-c’deki kamu görevlisi kavramının yeniden tanımlanması değildir. İncelemenin konusu, genel tanım uyarınca belirlenen

kamu görevlisi sıfatının farklı ceza normlarının yapısı içerisinde üstlendiği fonksiyonun tespit edilmesi ve bu fonksiyonun ilgili normun uygulanmasına ilişkin sonuçlarının ortaya konulmasıdır. Böylece amaçsal yorumla belirlenen koruma amacı, fonksiyonel yorum aracılığıyla kamu görevlisi unsurunun suç tipindeki normatif işlevine bağlanacaktır.

2.4.5. Bilimsel ve Kazai Yorum

2.4.5.1. Bilimsel Yorum

Kamu görevlisi tanımına ilişkin bilimsel görüşlerin incelenmesinde, tanımın kapsamını açıklayan tespitler ile bu kapsamın nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin yorum önerilerinin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Öğretide 5237 sayılı Kanun'un önceki düzenlemeden daha geniş bir kamu görevlisi kavramı benimsediğinin belirtilmesi, tek başına genişletici yorumun savunulduğu anlamına gelmemektedir. Benzer şekilde, kişinin devletle istihdam ilişkisi içinde bulunmasının zorunlu olmadığı kabul edilmesi de sıfatın belirlenmesinde kurumsal bağlantının bütünüyle önemsiz sayıldığını göstermemektedir. Bu nedenle bilimsel yorumdan yararlanılabilmesi için görüşlerin yalnızca ulaştıkları kapsam bakımından değil, çözmeye yöneldikleri sorun, dayandıkları gerekçe ve önerdikleri ölçüt bağlamında değerlendirilmesi gerekir.⁵²⁸

Öğretideki tartışmaların ağırlık noktasını, kamu görevlisi sıfatının kişinin hükmi aktörle kurduğu istihdam ilişkisi yerine katıldığı faaliyetin niteliğine bağlanması oluşturmaktadır. **Aydın**, tanımın kamusal faaliyetin varlığı ve kişinin bu faaliyete katılması üzerinden kurulduğunu belirtmekte; devletle istihdam ilişkisi bulunmasını zorunlu görmemektedir. Yazar, yeni düzenlemenin kamu işçilerini de kapsayan genişliğini önceki döneme göre olumlu değerlendirmekle birlikte, “kamusal faaliyet” teriminin açıklığına ilişkin eleştirilerini korumaktadır.⁵²⁹ **Demren Dönmez** de istihdam ilişkisinin aranmadığını ve faaliyetin niteliğinin belirleyici hâle geldiğini tespit etmekte, ancak bu yapının kamu görevlisi sıfatının ayırt edici işlevini zayıflatacak ölçüde geniş sonuçlar doğurmasını eleştirmektedir.⁵³⁰

⁵²⁸ Görüş ayrılıklarının son aşamada izlenen yöntemdeki farklılığa dayandığı hususunda **Serozan**, s. 2424.

⁵²⁹ **H. Aydın**, s. 115, 117-118, 126.

⁵³⁰ **Demren Dönmez**, s. 116-118.

Tanımın yorumuna yöneltilen eleştiriler yoğun olarak “kamusal faaliyet” kavramı üzerinde yoğunlaşmaktadır. **Özen ve Tozman**, kamu görevlisinin yerleşik anlamı bulunmayan başka bir kavram aracılığıyla tanımlanmasını eleştirmektedir. Aydın, kamusal faaliyet teriminin kamu görevi terimine göre daha fazla tartışmaya açık olduğunu belirtirken Demren Dönmez, hem yeni kavramın kullanılmasını hem de gerekçenin yeterli açıklık sağlamamasını sorun olarak görmektedir.⁵³¹ **Türay**’ın eleştirisi ise kavramın açıklanmamış olmasının ötesine geçmektedir. Yazara göre gerekçenin dayandığı kamu hizmeti anlayışı, idare hukukunda ve hizmetlerin yürütülme biçimlerinde meydana gelen dönüşümler dikkate alınmadan kullanılmıştır.⁵³² Bu eleştiriler, tanımın uygulanabilmesi için açıklayıcı bir ölçüte ihtiyaç bulunduğu noktasında birleşmekte; ölçütün hangi kavram veya ilişki üzerinden kurulacağı konusunda ayrılmaktadır.

Bir yaklaşım, yorumun hareket noktasını mülga Kanun döneminde geliştirilen kamu görevi anlayışında bulmaktadır. **Okuyucu Ergün**, kamusal faaliyetin önceki dönemdeki kamu görevi kavramı doğrultusunda anlaşılması ve kamu hizmetiyle görevli kişilerin kapsam dışında bırakılması gerektiğini savunmaktadır.⁵³³ Özen ve Tozman ise kamu görevini tanımın kapsamına almakla birlikte kamu hizmetlerini bütünüyle dışlamamaktadır. Bu hizmetlerden devlet ve diğer kamu kuruluşlarınca doğrudan yürütülenlerin veya devletin aslî faaliyetleri çerçevesinde yakın gözetim ve denetim altında yerine getirilenlerin esas alınmasını önermektedir.⁵³⁴ Demren Dönmez’in önerisi de bu iki görüşle bütünüyle örtüşmemektedir. Yazar, önceki düzenlemedeki kamu görevi gören memurlar ile kamu hizmeti gören kamu hizmetlilerini kapsayan, buna karşılık

⁵³¹ **Özen/Tozman**, s. 53; **H. Aydın**, s. 126; **Demren Dönmez**, s. 125-126.

⁵³² **Türay**, s. 364-366.

⁵³³ **Güneş Okuyucu Ergün**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 82, 2009, s. 3. Görüşün gerekçesi için **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 538-539, 542: kamusal faaliyet kamu hizmetini de kapsayacak biçimde anlaşıldığında gerekçenin imtiyaz sahibini kapsam dışında tutması açıklanamamakta; özel hastanede çalışan sağlık mesleği mensubunun, belediye otobüsü şoförünün ve yapı-ışlet-devret projelerini yürütenlerin de kamu görevlisi sayılması gerekmektedir (özel sağlık kuruluşu personeline ilişkin sonraki kanuni düzenleme için bkz. aşağıda dn. 666). Yazara göre kavramların anlamının belirlenmesi “terimsel bir sorunun ötesinde, kişi hak ve özgürlükleriyle yakından ilişkilidir” (s. 539). Aynı yönde, kamusal faaliyet tanımlanmaya kadar 765 sayılı Kanun dönemindeki kamu görevi anlayışının benimsenmesinin uygun olacağı görüşünde **Nevzat Toroslu**, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 279-280; bu görüşe, kanun koyucunun ayrımı terk etmek amacıyla “kamusal faaliyet” ibaresini bilinçli olarak seçtiği gerekçesiyle karşı çıkan **Özyurt**, s. 167-168, 171.

⁵³⁴ **Özen/Tozman**, s. 43-45.

kamuya yararlı iş görenleri dışarıda bırakan bir okuma geliştirmektedir.⁵³⁵ Böylece geçmiş dönemin kavramlarına başvurulması ortak bir yorum aracı olmakla birlikte, bu kavramlardan hangilerinin yeni tanıma taşınacağı farklılaşmaktadır.

Diğer bir yaklaşım, sınırı faaliyetin konusundan ziyade yürütülme usulü ve kullanılan yetkiler üzerinden kurmaktadır. Özen ve Tozman'ın Tezcan, Erdem ve Önok'tan aktararak benimsedikleri açıklamada, kamu otoritesi adına yürütülen faaliyete kamu hukuku usulünce katılma ve kamu otoritesine ait iktidar veya yetkinin kullanılması belirleyicidir.⁵³⁶ **Tezcan, Erdem ve Önok** ise bu ölçütü tek başına yeterli görmemekte, kamuya yararlı faaliyetleri dışarıda bırakmak kaydıyla kamu hizmeti ifa edenleri de kapsama almaktadır. **Gökcan** da kamu adına yürütülen faaliyet, hizmetin kuruluşunun kanuna ve siyasi iradeye dayanması ve yürütülmesinde kamu erkinin kullanılması ölçütlerini birlikte ele almaktadır. Buna bağlı olarak tanımdaki "herhangi bir surette" ibaresinin kamu hukuku usulüne uygun katılmayı ifade edecek biçimde anlaşılmasını önermektedir.⁵³⁷ **Savaşçı Temiz'in** genel idare esaslarına uygun katılmayı arayan yaklaşımı da sınırlandırmayı kişinin faaliyetle kurduğu ilişkinin hukuki niteliğine dayandırmaktadır.⁵³⁸ İdare hukuku öğretisinde ise tanımın, bağlanmanın hukuksal biçimine ve süresine bakmaksızın kamusal faaliyeti ölçü aldığı ve bu genişliğiyle idare hukukunun kullanamayacağı bir kavram olduğu tespit edilmektedir.⁵³⁹ **Özyurt** ise katılımın kamu hukuku rejim ve usullerine göre gerçekleşmesini aramakla birlikte bu rejimi AY m. 128'deki genel idare esaslarından daha geniş anlamaktadır; ölçütün AY m. 128'den bağımsız, daha geniş bir kamu hukuku rejimi kavramına dayandırılması da

⁵³⁵ **Demren Dönmez**, s. 126-127.

⁵³⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1213; görüşü benimseyen **Özen/Tozman**, s. 43-44, 46. Yazarlar bu ölçütü 765 sayılı Kanun döneminden devralınan ölçüt olarak sunmakla birlikte tek başına yeterli görmemekte; m. 6/1-c kapsamındaki kamu görevlisinin, kamu görevi ifa edenler yanında yalnızca kamu hizmeti ifa edenleri kapsadığını, kamuya yararlı faaliyete katılanların ise kapsam dışında kaldığını kabul etmektedir (aynı eser, s. 1213, 1215).

⁵³⁷ **Gökcan**, s. 150-151, özellikle s. 150, dn. 2.

⁵³⁸ **Savaşçı Temiz**, s. 185.

⁵³⁹ İdare hukuku öğretisinde de TCK m. 6/1-c'nin kamu hizmetini de kapsayacak biçimde "kamusal faaliyet"i ölçü aldığı, meslek olup olmamasına, bağlanmanın hukuksal biçimine, süresine ve bağlanılan örgüte bakmadığı ve "iradesi devletin kurduğu yetki düzenine bağlanabilen herkes"i kamu görevlisi saydığı; tanımın "idare hukukçularının kullanamayacağı kadar geniş" olduğu ve kamusal ajanları da kapsadığı tespiti için **Karahanoğulları**, *Kamu Personeli*, s. 12-13; ceza muhakemesinde (izin usulü) ise idare hukukunun kamu görevlisi tanımının geçerli olduğu hususunda aynı eser, s. 13.

katılmanın biçimine ilişkin ibarenin çekirdeğine müdahale niteliğini değiştirmemektedir.⁵⁴⁰

Bu görüşlerde kamu hizmetinin varlığı, kamu görevlisi sıfatının kurulması için tek başına yeterli görülmemektedir. Nitekim Gökcan her kamu hizmetinin kamusal faaliyet sayılamayacağını belirtmekte; Aydın da yeni tanımın genişliğini olumlu karşılmasına rağmen özel kişilerce veya özel hukuk hükümlerine göre yürütülen kamu hizmetlerini kamusal faaliyet kapsamında kabul etmemektedir.⁵⁴¹ Bu nedenle öğretildeki farklılıkları yalnızca geniş ve dar yorum karşıtlığı üzerinden açıklamak yeterli değildir. Yeni tanımın önceki düzenlemeden geniş olduğunu kabul eden bir yazar, bu genişliği belirli personel grupları bakımından benimserken özel hukuk ilişkileri bakımından sınırlandırıcı bir ölçüt kullanabilmektedir.

Türey'in önerisi, kamu personel rejimine tabi olma ile bu rejimin dışında kamu görevlisi sıfatının kazanılmasını ayrı yollar olarak ele alması bakımından farklılaşmaktadır. Yazar, kamu personel rejimine tabi olmayan kişiler yönünden kamusal yetki veya araç kullanılması yahut kamu güvenine dayanılması ve kamuya yönelik faaliyetin yürütülmesine doğrudan katılınması üzerinde durmaktadır. Doğrudan katılma ölçütü, faaliyetin gerçekleştirilmesine herhangi bir katkı sunulmasıyla onun asıl amacının yerine getirilmesini ayırmaya yönelmektedir.⁵⁴² Bu yaklaşım istihdam ilişkisinin herkes için zorunlu sayılması anlamına gelmez. İstihdam bağlantısına bağımsız bir belirleme işlevi tanımakta ve bu bağlantının bulunmadığı hâller için başka ölçütler geliştirmektedir. Bununla birlikte yazarın mevcut hükmün dar yorumlanması önerisi ile “kamusal kişi” terimi altında yeni bir kanuni tanım yapılması önerisi de ayrılmalıdır. İlki yürürlükteki hükmün anlamlandırılmasına, ikincisi kanuni düzenlemenin değiştirilmesine yöneliktir.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Katılımın kamu hukuku rejim ve usullerine göre olmasını aramakla birlikte bu rejimi AY m. 128'deki genel idare esaslarından daha geniş anlayan ve Türey'in doğrudan katılım ölçütünü benimseyen görüş için **Özyurt**, s. 170, 182.

⁵⁴¹ **Gökcan**, s. 149; **H. Aydın**, s. 119-120.

⁵⁴² **Türey**, s. 368, 373-374.

⁵⁴³ **Türey**, s. 372, 375.

Önerilen ölçütlerin kapsam üzerindeki etkisi, somut kişi gruplarına ilişkin değerlendirmelerde daha açık görülmektedir. Belediye şirketleri bakımından Gökcan, şirketin özel hukuk tüzel kişisi niteliğine ağırlık vererek kamusal faaliyet yürütülmediği sonucuna ulaşmaktadır. **İtişgen** ise kamusal faaliyet yürüten yerel yönetim şirketlerinde özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş olmayı dışlayıcı saymamakta ve çalışanların kamu görevlisi kabul edilmesini savunmaktadır.⁵⁴⁴ Gerekçedeki ihale açıklaması bakımından da benzer bir ayrışma vardır. Özen ve Tozman bu açıklama doğrultusunda kapsam dışında bırakılan faaliyetleri ele alırken Türay, ihale yoluna başvurulmasının tek başına dışlama gerekçesi oluşturmasını hem kanuni dayanak hem de içerik bakımından eleştirmektedir.⁵⁴⁵ Dolayısıyla görüş ayrılığı yalnızca tanımın ne kadar geniş tutulacağına ilişkin değildir; faaliyetin niteliği, yürütücünün hukuki yapısı ve katılma usulü arasında hangisinin belirleyici olacağına ilişkindir.

Tanımın sınırlandırılması yönündeki önerilerin bir bölümünde ise yorumun gerekçesi, kamu görevlisi sıfatına bağlanan cezai sonuçlardan çıkarılmaktadır. **Şare**, kamu görevlisi olmanın daha ağır cezalandırmaya yol açmasından hareketle tanımın dar yorumlanmasını savunmakta; sınırlandırmayı kamuya ait güç ve otorite kullanma yetkisi ile kamu hizmeti ve kamuya yararlı hizmet ayrımı üzerinden kurmaktadır.⁵⁴⁶ Burada özel cezalandırma rejiminin ağırlığı, genel tanımın kapsamını belirleyen bir yorum gerekçesine dönüşmektedir. Bu örnekler, cezai sorumluluğun kapsamına ilişkin kaygıların tanımın yorumunda etkili olduğunu göstermektedir. Ancak bundan, bütün yazarların tanımın genel işlevi ile suç tipine özgü işlevini aynı biçimde ayırdığı sonucu çıkarılamaz.

Bu çalışma bakımından bilimsel görüşlerden yararlanılmasında belirleyici olan husus da söz konusu ayrımdır. Kamu görevlisi tanımı, ceza hukukunda bu sıfatın genel kapsamını belirlemektedir. Buna karşılık sığa bağlanan özel sorumluluk veya koruma rejiminin belirli bir olayda uygulanması, ilgili normun amacı ve diğer unsurlarıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bir kişinin belirli bir özgü suçun faili olamaması, her durumda kamu

⁵⁴⁴ **Gökcan**, s. 157; **Rezzan İtişgen**, “Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S. 1, 2013, s. 643-644.

⁵⁴⁵ **Özen/Tozman**, s. 45-46; **Türay**, s. 371-372.

⁵⁴⁶ **Ersin Şare**, “Zimmet Suçunda Fail”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 2, 2023, s. 313-365, Öz ve s. 362.

görevlisi sayılmamasını gerektirmez. Öğretide önerilen bir sınırlama da bazen sıfatın kurulmasına, bazen bu sifata sahip kişinin belirli bir suç bakımından sorumluluğuna ilişkin olabilir. Bu iki işlev ayrılmadığında, bir suçun uygulanmasını sınırlandırmak amacıyla geliştirilen ölçütün genel tanımın bütün uygulama alanına taşınması tehlikesi doğmaktadır.

Sonuç olarak incelenen bilimsel görüşler, kamu görevlisi tanımının yorumunda kullanılabilecek farklı ölçütler sunmaktadır. Bununla birlikte bu ölçütler aynı soruya verilmiş birbirini dışlayan cevaplardan oluşmamaktadır. Bir kısmı kamusal faaliyetin kapsamını, bir kısmı kişinin bu faaliyetle bağlantısını, bir kısmı ise kamu görevlisine özgü cezai sonuçların uygulanabileceği alanı açıklamaktadır. İleride bu görüşlerden yararlanılırken, her ölçütün hangi sorunu çözmek üzere geliştirildiği ve hangi normatif düzeyde işlev görebileceği belirlenmelidir. Böylece öğretideki sınırlandırma önerileri, genel tanımın kapsamına ilişkin oldukları ölçüde sıfatın belirlenmesinde; belirli bir cezai sonucun gerekçesine ilişkin oldukları ölçüde ise ilgili suç normunun amaçsal değerlendirilmesinde kullanılabilecektir.

2.4.5.2. Kazai Yorum

Yargıtay'ın kamu görevlisi tanımına ilişkin yorumunun değerlendirilmesinde, belirli bir kişinin kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı kadar, bu sonuca hangi ölçütle ulaşıldığı da önem taşımaktadır. Nitekim incelenen kararlarda aynı sonuca farklı gerekçelerle ulaşılabildiği gibi, aynı gerekçeler aktararak farklı sonuçlara da varılabildiği görülmüştür. Bu nedenle kararların yalnızca kamu görevlisi sayılan ve sayılmayan kişiler biçiminde sınıflandırılması, tanımın uygulamada nasıl yorumlandığını açıklamak için yeterli değildir. Kararlarda tekrarlanan genel açıklamalar ile somut uyumsuzluğun sonucunu belirleyen gerekçelerin ayrılması gerekir.

Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde görülen husus, Yargıtay'ın kamusal faaliyete katılmayı genel ölçüt olarak kabul etmekle birlikte, bu ölçütün uygulanmasında kurumun hukuki rejimine, kişinin kurumla kurduğu ilişkinin niteliğine, özel kanunlardaki düzenlemelere ve kullanılan yetkiye farklı ağırlıklar vererek düzensiz ölçütler geliştirdiğidir. Burada düzensizlik olarak nitelendirilen husus, farklı olaylarda farklı sonuçlara ulaşılması değildir. Sorun, kullanılan ölçütlerin birbirleriyle ilişkisinin ve hangi

koşullarda belirleyici olacaklarının yeterince açıklanmamasıdır. Kazai yorumun sonraki yorum faaliyetinde kullanılabilecek bir kaynak oluşturabilmesi için, öncelikle bu ölçütlerin hangi sorunu çözmek üzere işletildiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Ceza Genel Kurulunun 12.04.2011 tarihli kararında kamu görevlisi sıfatının belirlenmesi, kişinin gördüğü işin kamusal faaliyet niteliği taşımasına bağlanmıştır. Kurul, 765 sayılı Kanun dönemindeki kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımının terk edildiğini belirtmekle birlikte, kamusal faaliyetin belirlenmesinde kamu adına yürütülen hizmetin anayasal ve yasal usullere uygun bir siyasal karara dayanmasını ve kamuya ait güç ve yetkiler kullanılarak gerçekleştirilmesini aramıştır. Kişinin bu faaliyete katılması ise genel idare esaslarıyla ilişkilendirilmiştir.⁵⁴⁷

Bu açıklamada birbirinden ayrılması gereken iki değerlendirme bulunmaktadır. Kamu adına yürütülme ve kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması, faaliyetin niteliğini belirlemeye yöneliktir. Genel idare esaslarına göre katılma ise kişinin faaliyetle kurduğu ilişkinin hukuki biçimine ilişkindir. Dolayısıyla Yargıtay, tanımın faaliyet esaslı yapısını benimserken katılma unsurunu belirli bir hukuki rejim üzerinden sınırlandırmaktadır. Kamu görevlisinin belirlenmesinde statünün değil faaliyetin esas alındığının açıklanması, kişinin idareyle bağlantısının uygulamada önemsiz hâle geldiği anlamına gelmemektedir.

Ceza Genel Kurulunun 03.11.2020 tarihli kararında bu bağlantı daha açık biçimde kurulmuştur. Kamu görevlisi, bireyler adına kamu erkini kullanarak kamu görevini yerine getiren ve kamu hukuku usulüne uygun biçimde, genel idare esaslarına göre atanan, seçilen veya başka şekilde görevlendirilen kişi olarak açıklanmıştır.⁵⁴⁸ Böylece kanundaki “herhangi bir surette” katılma ibaresi, kamu hukuku usulüne uygun görevlendirilme üzerinden anlamlandırılmıştır. Bu yorum, katılmanın biçimine ilişkin geniş ifadenin, katılma ilişkisinin hukuki niteliği bakımından sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

⁵⁴⁷ Yarg. CGK, 12.04.2011, E. 2010/9-258, K. 2011/46.

⁵⁴⁸ Yarg. CGK, 03.11.2020, E. 2016/1176, K. 2020/437. Aynı tanım için Yarg. CGK, 22.04.2021, E. 2020/337, K. 2021/162; Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287; Yarg. CGK, 08.12.2022, E. 2021/44, K. 2022/790. Kamu adına yürütülen hizmet, siyasal karar ve kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması unsurlarının genel idare esaslarına göre katılma ölçütüyle birlikte tekrarı için ayrıca Yarg. CGK, 08.12.2022, E. 2021/70, K. 2022/785 (ambulans şoförü; 4483 sayılı Kanun uyarınca izin; aktaran Özyurt, s. 167, dn. 74).

Bu gerekçeler, Yargıtay'ın tanımı yalnızca lafzi yorumla uygulamadığını göstermektedir. Kamu gücü kullanımı bakımından önceki kanun döneminin içtihadından, genel idare esasları bakımından ise AY m. 128'den yararlanılmaktadır. Nitekim 765 sayılı Kanun döneminde kamu görevinin belirlenmesinde kullanılan devlete ait iktidar ve yetkinin kullanılması ile kamu hukuku usulünce katılma ölçütleri, yeni dönemin kararlarında da karşılık bulmaktadır.⁵⁴⁹ Bununla birlikte tarihsel ve sistematik yorum araçlarından yararlanılması tek başına bir düzensizlik oluşturmaz. Belirlenmesi gereken husus, başka düzenlemelerden alınan ölçütlerin TCK m. 6/1-c'nin kapsamı ve işleviyle nasıl bağdaştırıldığıdır. Kamu hukuku usulüne göre katılma ölçütünün, 5237 sayılı Kanun'un hazırlanmasında belirleyici rol oynayan Özgenç tarafından 765 sayılı Kanun döneminde savunulmuş ve AY m. 128'deki genel idare esaslarına bağlanmış olması dikkat çekicidir. Ölçüt m. 6/1-c'nin metnine alınmamıştır; içtihat, kanun koyucunun metne almadığı bir ölçütü tanıma geri taşımaktadır.

İncelenen kararların önemli bir bölümünde sonuç, faaliyetin içeriğinden önce onu yürüten kurumun hukuki niteliğine göre belirlenmektedir. Sözleşmeli maaş mutemedine ilişkin kararda çalışılan kurumun kamusal faaliyet yürütmesi, kişinin kamu görevlisi kabul edilmesine dayanak yapılmıştır. Devlete ait sermayeyle kurulmuş şirketler ve özelleştirme öncesindeki elektrik dağıtım şirketleri bakımından da kuruluşun hukuki yapısı ile sermaye ilişkisi belirleyici olmuştur.⁵⁵⁰ Bu kararlarda kişinin yürüttüğü faaliyet, kurumun kamusal niteliğinden hareketle anlamlandırılmaktadır.

Aynı yaklaşımın kapsamı daraltan görünümü, özel hukuk tüzel kişilerinin çalışanlarına ilişkin kararlarda ortaya çıkmaktadır. Kızılay kararında çalışanların genel idare esaslarına göre atanıp yönetilmemeleri ve kamu hukuku yükümlülüğü altında bulunmamaları

⁵⁴⁹ Yarg. CGK, 25.11.1985, E. 1985/410, K. 1985/595; Yarg. CGK, 25.04.1988, E. 1988/171, K. 1988/187. Yeni dönem uygulaması için Yarg. 4. CD, 16.06.2010, E. 2010/13771, K. 2010/11870. Kamu hukuku usulüne göre iştirak ölçütünün, 5237 sayılı Kanun'un hazırlanmasında belirleyici rol oynayan Özgenç tarafından 765 sayılı Kanun döneminde savunulduğu ve AY m. 128'e bağlandığı hususunda **Özgenç**, *Kamu Görevi*, s. 333-334; ölçütün 1947'ye uzanan kökeni için **Erman**, s. 251-252 ve **Erman**, *İflâs İdaresi*, s. 32. Kamu görevinin devlete ait iktidar ve yetkinin kullanılmasıyla gerçekleştirilen faaliyet olduğu ve asıl devlet organlarının faaliyetine yalnızca kamu hukuku usulleri uyarınca yardım ve iştirak edenlerin faaliyetinin kamu görevi sayılacağı yönünde **Okuyucu Ergün**, "Kamusal Faaliyet", s. 535-536 ve dn. 11.

⁵⁵⁰ Yarg. 5. CD, 02.10.2015, E. 2015/7470, K. 2015/14733; Yarg. 5. CD, 19.12.2013, E. 2013/9488, K. 2013/12368; Yarg. 5. CD, 21.09.2016, E. 2016/6808, K. 2016/7810.

üzerinde durulmuştur. TMSF tarafından kayyım olarak yönetilen özel şirkete atanan genel müdür bakımından ise atama sürecindeki kamusal bağlantı, yürütülen faaliyetin kamusal sayılması için yeterli görülmemiştir.⁵⁵¹ Bu örneklerde kamusal bir kuruluşun denetimi veya görevlendirmeye katılması ile kişinin kamusal faaliyete katılması birbirine eşit kabul edilmemektedir.

Kurumun hukuki niteliğinin yanında kişinin kuruma bağlanma biçimi de sonucu değiştirmektedir. Devlet hastanesindeki taşeron personeline ilişkin bir kararda idare ile çalışan arasında kamu gücünün temsilini sağlayan organik bağın bulunmaması esas alınmıştır. Başka bir kararda ise hizmet satın alınması yoluyla çalıştırılan şirket personeli ile tamamen özel hukuka tabi geçici işçilerin kamu görevlisi sayılamayacağı belirtilmiştir.⁵⁵² Bu yaklaşımda kurumun kamusal olması yeterli değildir; kişinin o kurumun faaliyetine hangi hukuki ilişkiyle katıldığı ayrıca araştırılmaktadır.

Buna karşılık doğrudan kamu kurumu tarafından yapılan görevlendirmeler, farklı istihdam statülerindeki kişiler bakımından kamu görevlisi sıfatının kabul edilmesini sağlayabilmektedir. Üniversite hastanesinde rektörlük oluru ile veznedarlık yapan kişinin ve denetim işiyle görevlendirilen daimî işçinin kamu görevlisi kabul edilmesi bu yöndedir.⁵⁵³ Bu kararlar, işçi veya sözleşmeli personel olmanın tek başına dışlayıcı bir ölçüt olarak kullanılmadığını göstermektedir. Belirleyici ağırlık, istihdam statüsünün adından ziyade kişinin doğrudan idare tarafından görevlendirilmesine verilmektedir.

Tebliğat ve elektrik dağıtım kararları, bu yorumun sonuçlarını somutlaştırmaktadır. PTT personelinin yürüttüğü tebligat faaliyeti ile yüklenici çalışanın yerine getirdiği tebligat işi farklı değerlendirilmektedir. Elektrik dağıtımında da özelleştirme öncesi ve sonrası hukuki rejim, kamu görevlisi sıfatının belirlenmesinde etkili olmaktadır.⁵⁵⁴ Ancak işin

⁵⁵¹ Yarg. CGK, 22.10.2013, E. 2012/1275, K. 2013/419; Yarg. CGK, 03.11.2020, E. 2016/1176, K. 2020/437. Kararın çalışanların sıfatı hakkında açık bir tespit içermediği, sonucun zimmet ve güveni kötüye kullanma ayırımına ilişkin gerekçeden çıkarıldığı yönünde **Çadık**, s. 115-116.

⁵⁵² Yarg. 4. CD, 22.04.2014, E. 2012/37882, K. 2014/13098; Yarg. 4. CD, 07.05.2013, E. 2011/1864, K. 2013/14243.

⁵⁵³ Yarg. 5. CD, 06.06.2011, E. 2011/6512, K. 2011/4415; Yarg. 5. CD, 17.10.2012, E. 2012/10395, K. 2012/10444.

⁵⁵⁴ Tebligat bakımından Yarg. 4. CD, 05.12.2006, E. 2006/2081, K. 2006/17292; Yarg. 5. CD, 06.11.2014, E. 2013/7333, K. 2014/10581. Elektrik dağıtım bakımından Yarg. 5. CD, 21.09.2016, E. 2016/6808, K. 2016/7810; Yarg. 18. CD, 16.01.2019, E. 2018/7786, K. 2019/1433.

maddi içeriğinin aynı kalması, hukuki niteliğinin de zorunlu olarak aynı kaldığını göstermeyeceği gibi, kuruluşun özel hukuk rejimine geçmesi de faaliyetin kamusal niteliğini kendiliğinden ortadan kaldıran bir gerekçe sayılamaz. İçtihadta açıklanması gereken bağlantı tam olarak budur: Kurumun veya istihdam ilişkisinin hukuki rejimindeki değişiklik, kamusal faaliyete katılmanın hangi unsurunu değiştirmektedir?⁵⁵⁵

Yargıtay'ın başvurduğu diğer bir ölçüt, özel kanunlarda yer alan kamu görevlisi sayılmaya veya kamu görevlisi gibi cezalandırılmaya ilişkin hükümlerdir. Nitekim 4. Ceza Dairesi, kişinin TCK m. 6'da tanımlanan kamu görevlisi niteliğini taşıması ile özel kanunu gereğince kamu görevlisi gibi cezalandırılabilmesini ayrı ihtimaller olarak ele almıştır.⁵⁵⁶ Bu ayırım, genel tanımdan kaynaklanan sıfat ile belirli bir cezai sonucun özel hüküm yoluyla uygulanması arasındaki farkı göstermesi bakımından önemlidir.

Kooperatif yöneticilerine ilişkin kararlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılma, kooperatife ait para, mal ve belgeler üzerinde işlenen suçlarla sınırlı kabul edilmektedir. Bu kapsam dışında kalan fiiller bakımından aynı sonuca ulaşılmamakta; ayrıca kamu görevlisi gibi cezalandırılma hükmünün, düzenlenen bütün belgelere resmî belge niteliği kazandırmadığı belirtilmektedir.⁵⁵⁷ Burada kişinin ceza hukukunun bütün hükümleri bakımından kamu görevlisi olduğu kabul edilmemekte, belirli fiillere özgü bir hukuki sonuç uygulanmaktadır.

Özel güvenlik görevlileri bakımından özel kanunda öngörülen koşulların, meslek kuruluşu çalışanları bakımından ise ilgili kuruluş kanununda özel bir cezalandırma hükmü bulunup bulunmadığının araştırılması da bu yaklaşımın örnekleridir.⁵⁵⁸ Bununla birlikte özel hükmün bulunmaması ile genel tanımın kapsamına girilmemesi aynı şey değildir. Özel bir düzenlemenin yokluğu, kişinin o düzenleme üzerinden kamu görevlisi

⁵⁵⁵ İtalyan içtihadında da özelleştirilen kuruluşlar bakımından belirleyici olan, anonim şirket biçimine geçilmesinin faaliyetin tabi olduğu düzenlemeyi değiştirip değiştirmediğidir: **Sartori**, s. 68. Kuruluşun niteliğine dayanan önceki dönem kararları (Ferrovie dello Stato: Cass., 10.7.1995, n. 9927; Eni-Sai: Cass., 12.11.1996, n. 2827) ile elektrik faturası tahsilatına ilişkin Enel kararları (Cass., 2.3.1989, n. 3347; Cass., 21.2.2003, n. 11417) için aynı eser, s. 35-38.

⁵⁵⁶ Yarg. 4. CD, 13.04.2015, E. 2015/8121, K. 2015/26853.

⁵⁵⁷ Yarg. 5. CD, 12.06.2014, E. 2013/2571, K. 2014/6571; Yarg. 5. CD, 17.04.2024, E. 2021/9504, K. 2024/4276; Yarg. 11. CD, 20.10.2025, E. 2021/38530, K. 2025/13269.

⁵⁵⁸ Yarg. 4. CD, 31.10.2011, E. 2009/18122, K. 2011/19820; Yarg. 5. CD, 23.02.2021, E. 2017/6142, K. 2021/724; Yarg. 8. CD, 01.03.2018, E. 2018/203, K. 2018/2245.

gibi cezalandırılmasına engel olabilir; ancak TCK m. 6/1-c bakımından yapılması gereken incelemenin yerine geçmez.

Bu nedenle özel kanunların uygulanması başlı başına bir yorum düzensizliği olarak görülemez. Sorun, özel hükmün yokluğundan doğrudan kamu görevlisi sıfatının bulunmadığı sonucuna geçildiği veya özel hükümle belirli fiillere bağlanan sonuç genel bir sıfat tespiti biçiminde ifade edildiği ölçüde ortaya çıkmaktadır. “Kamu görevlisi olmak” ile “kamu görevlisi gibi cezalandırılmak” ayrımının korunması, hem genel tanımın hem de özel düzenlemenin uygulama alanının belirlenmesi bakımından gereklidir.

Kurumun hukuki rejimini ve özel düzenlemeleri esas alan kararların yanında, faaliyetin içeriğini veya somut işlemde kullanılan yetkiyi değerlendiren kararlar da bulunmaktadır. Ambulans şoförüne ilişkin 2021 tarihli kararda hizmetin sürekliliği, vazgeçilmezliği, ikame edilemezliği, eğitim şartı, ücretsiz yürütülmesi ve idari denetim altında bulunması birlikte ele alınmıştır.⁵⁵⁹ Bu yaklaşım, faaliyetin kamusal niteliğinin kuruluşun adından veya personelin statüsünden hareketle varsayılması yerine, hizmetin özellikleri üzerinden açıklanması bakımından farklılaşmaktadır.

Ancak bu kararın 4483 sayılı Kanun bağlamında verildiği gözden uzak tutulmamalıdır. TCK anlamında kamu görevlisi olmak ile soruşturma iznine tabi bulunmak farklı hukuki sorulara cevap vermektedir. Soruşturma usulü bakımından asli ve sürekli görevlerin veya görev sebebiyle işlenme bağlantısının araştırılması, bu koşulların genel kamu görevlisi tanımının unsurları olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla bu kararlardaki faaliyet analizi yorum bakımından kullanılabilir olsa da, ulaşılan sonuç doğrudan TCK m. 6/1-c’nin kapsamına taşınmamalıdır.

Somut işlemde kullanılan yetkiyi esas alan yaklaşımın belirgin örneği, avukatın ahzu kabz yetkisiyle tahsil ettiği parayı müvekkiline vermemesine ilişkin kararlardır. Ceza Genel Kurulu, somut ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmaması ile kamu

⁵⁵⁹ Yarg. CGK, 11.03.2021, E. 2017/1197, K. 2021/102. Önceki karar için Yarg. CGK, 27.05.2014, E. 2014/120, K. 2014/291. 2014 tarihli karardaki ayrıntılı hizmet analizi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz gerekçesine ait olup Kurul gerekçesiyle karıştırılmamalıdır.

idaresinin güvenilirliğinin zarar görmemesi üzerinde durarak zimmet suçunun oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁵⁶⁰ Bu gerekçelendirmede kişinin mesleki sıfatı yeterli görülmemekte; gerçekleştirilen işlemin niteliği ve zimmet suçuyla korunan hukuki değerle bağlantısı incelenmektedir. Nitekim Beşinci Ceza Dairesi, 2013 tarihli bir kararında avukatın kamu görevlisi sıfatını mesleğin kendisine değil, münhasıran avukatlarca yapılabilecek işlemler, uzlaştırma ve baro organlarındaki görevler gibi belirli işlem türlerine bağlamıştır.⁵⁶¹

Bekçinin kanuni yetkisi dışında kimlik sormasına ilişkin karar da kişinin kamu görevlisi olmasının, somut olayda hakaretin “görevinden dolayı” işlenmiş sayılmasına tek başına yetmediğini göstermektedir.⁵⁶² Bununla birlikte burada kamu görevlisi sıfatının reddi ile suçun diğer koşullarının bulunmaması birbirinden ayrılmalıdır. Yetkinin bulunmaması nedeniyle belirli bir nitelikli hâlin uygulanmaması, kişinin genel olarak kamu görevlisi sıfatını kaybettiği anlamına gelmez.

Bu kararların ortak önemi, değerlendirmeyi kişinin soyut sıfatından somut faaliyete ve fiil ile görev arasındaki ilişkiye yöneltmeleridir. Bununla birlikte aynı yönde sonuç vermeleri, hepsinin aynı yorum ölçütünü kullandığını göstermez. Avukat kararında işlemin niteliği ve korunan hukuki değer; bekçi kararında somut yetkinin sınırı; ambulans kararında ise hizmetin özellikleri ve soruşturma rejimi belirleyicidir. Kazai yorumdan yararlanılırken bu gerekçelerin ait oldukları normatif bağlam korunmalıdır.

⁵⁶⁰ Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287; Yarg. CGK, 08.12.2022, E. 2021/44, K. 2022/790. Kararın incelemesi için **Ünal**, s. 63 vd.; karardan önce 5., 9. ve 23. Ceza Dairelerinin zimmet, 15. Ceza Dairesinin ise güveni kötüye kullanma yönünde karar verdiği ve 5. Ceza Dairesinin Kurul kararına atıfla görüş değiştirmesine rağmen karşı oyların sürdüğü hususunda **Ünal**, s. 86-90 ve orada anılan kararlar; ayırımın 2023 yılına kadar daire kararlarında sürdürüldüğü hususunda **Özyurt**, s. 177-178 (bkz. örneğin Yarg. 5. CD, 27.03.2023, E. 2020/3757, K. 2023/3452: Kızılay çalışanı, oyçokluğuyla hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma).

⁵⁶¹ Yarg. 5. CD, 20.06.2013, E. 2012/11197, K. 2013/6909 (aktaran **Aybay**, s. 166). Karar metninde avukatların “1136 sayılı Kanunun 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler” yönünden kamu görevlisi sayıldıkları belirtilmektedir; Aybay’daki “39/4” ibaresi kararla örtüşmemektedir.

⁵⁶² Yarg. 4. CD, 15.01.2026, E. 2023/16774, K. 2026/1581. Daire çoğunluğu, 7245 sayılı Kanun öncesinde bekçilerin kimlik sorma yetkisi bulunmadığından hakaretin kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmiş sayılamayacağı sonucuna varmış; karşı oy, yetki aşımının kamu görevlisi sıfatını ortadan kaldırmayacağını Ceza Genel Kurulunun 2011 tarihli formülüne dayanarak savunmuştur.

İçtihatla kullanılan ölçütlerin birbiriyle ilişkisi, özellikle benzer olaylarda farklı sonuçlara ulaşıldığında önem kazanmaktadır. Devlet hastanesinde çalışan taşeron personelinin hakaret suçunun mağduru olduğu olaylarda, 2. Ceza Dairesi kamusal faaliyete katılmayı esas alarak kamu görevlisi sıfatını kabul ederken 4. Ceza Dairesi organik bağın bulunmamasını belirleyici görmüştür.⁵⁶³ Bu kararlar arasındaki farklılık, yalnızca kapsamın geniş veya dar yorumlanmasına ilişkin değildir. Faaliyete katılma ile kurumsal bağlantı ölçütlerinden hangisine öncelik verileceği değişmektedir.

CMK m. 332 uyarınca bilgi vermekle yükümlü kişinin durumuna ilişkin Ceza Genel Kurulu kararları da yorum yönteminin sonuç üzerindeki etkisini göstermektedir. Kurul, 08.10.2020 tarihli kararında yargılama faaliyetine geçici katılma üzerinden değerlendirme yapmış; 22.04.2021 tarihli kararında ise kanunilik ilkesi ve kıyas yasağına dayanarak kooperatif yöneticisinin bu yolla görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacağı sonucuna ulaşmıştır.⁵⁶⁴ Bu kararlar, geçici katılmanın kapsamı ile cezai sorumluluğun kanuni sınırı arasında farklı bağlantılar kurulduğunu ortaya koymaktadır.

Yargıtay'ın kamu görevlisi kavramının yorumu yönünden farklı nitelikte sonuçlara ulaştığı her karar düzensizlik iddiasına temel alınamaz. Özelleştirme, özel kanun değişikliği veya yetki düzenlemesinin değişmesi nedeniyle farklı sonuçlara ulaşılması, tek başına içtihat tutarsızlığı oluşturmaz. Benzer şekilde 4483 sayılı Kanun bakımından verilen bir karar ile maddi ceza hukuku bakımından verilen kararın farklı sonuçlanması da farklı normların uygulanmasından kaynaklanabilir. Düzensizlik iddiası, ancak ilgili hukuki ve maddi farklılıklar ayrıştırıldıktan sonra, aynı soruya farklı ölçütlerle cevap verildiği veya ölçüt değişikliğinin gerekçelendirilmediği ölçüde kurulabilir.

⁵⁶³ Yarg. 2. CD, 05.11.2013, E. 2011/38106, K. 2013/25375; Yarg. 4. CD, 22.04.2014, E. 2012/37882, K. 2014/13098.

⁵⁶⁴ Yarg. CGK, 08.10.2020, E. 2018/287, K. 2020/409; Yarg. CGK, 22.04.2021, E. 2020/337, K. 2021/162. Öğretideki görüş ayrılığının özeti ve kararın incelemesi için **Çadık**, s. 106-108, 124-125; yazar, Yarg. CGK, 25.02.2021, E. 2019/595, K. 2021/58 kararını da anmaktadır (s. 107, dn. 1). Kurul bu kararda, bilgi istenen kişinin tanık, tercüman ve bilirkişi gibi yargılama faaliyetine geçici olarak katılan ve kamu görevlisi sayılan bir kişi konumunda bulunduğunu 08.10.2020 tarihli kararla aynı yönde kabul etmekle birlikte, bilginin bir kabahat soruşturması için istendiği somut olayda eylemin CMK m. 332 kapsamına girmediğini ve kanunilik ilkesi gereği yalnız Kabahatler Kanunu m. 32'deki emre aykırı davranış kabahatini oluşturduğunu kabul etmiştir (üç karşı oyla). Bilgi isteme yükümlüsünü "o işle sınırlı olarak" geçici kamu görevlisi sayan görüş için Yokuş Sevük'ten aktaran **Çadık**, s. 107, dn. 2.

Kanunilik ilkesine başvurulması da kendi başına tanımın belirsizliğinin veya içtihadın yetersizliğinin kabulü olarak değerlendirilemez. Kanunilik, yorumun olağan sınırıdır. Bununla birlikte hangi yorumun neden kıyas niteliği taşıdığı açıklanmadan yalnızca bu ilkeye dayanılması, kamusal faaliyete katılmanın sınırlarını sonraki olaylar bakımından belirlemeye yetmez. Öngörülebilirliğin sağlanması için dışlanan kişinin neden kapsam dışında kaldığı kadar, aynı gerekçenin hangi benzer durumlara uygulanacağını da anlaşılabilir olması gerekir.

Bu çerçevede Yargıtay içtihadının sorunu ölçütsüzlükten çok, ölçütler arasında açık bir ilişki kurulamamasıdır. Kurumsal bağ bazı kararlarda yeterli, bazı kararlarda gerekli koşul gibi kullanılmakta; özel hükmün varlığı kimi zaman belirli bir cezai sonucun, kimi zaman genel sıfatın kaynağı olarak ele alınmaktadır. Kamu gücü kullanımı ise genel tanımda tekrarlanmasına rağmen her uyuşmazlıkta aynı yoğunlukla araştırılmamaktadır. Bu değişkenlik, kararların sonraki yorum faaliyetinde hangi kapsamda kullanılabileceğini belirsizleştirmektedir.⁵⁶⁵

İncelenen kararlar, kamu görevlisine özgü cezai sonuçların uygulanmasında kurumsal bağlılık, yetki ve görev bağlantısının önemsendiğini göstermektedir. Ancak bu verilerin tamamı aynı soruya cevap vermemektedir. Bir kısmı kişinin kamusal faaliyete katılıp katılmadığını, bir kısmı belirli bir işlemin görev kapsamına girip girmediğini, bir kısmı ise kamu görevlisi sıfatına bağlanan özel cezai sonucun somut olayda uygulanabilirliğini açıklamaktadır. Bu farklı değerlendirme düzeylerinin kamu görevlisi sıfatı altında birleştirilmesi, belirli bir suçun uygulanmamasına ilişkin gerekçenin genel tanımın kapsamını daraltan bir ölçüte dönüşmesine yol açabilmektedir.

Avukatın ahzu kabz işlemine ilişkin karar, bu ayrım bakımından özellikle önemlidir. Kamu idaresinin güvenilirliği ile somut işlem arasında bağlantı kurulması, değerlendirmenin yalnızca kişinin kamu görevlisi olup olmadığıyla sınırlı tutulmadığını göstermektedir. Bununla birlikte bu gerekçeden, Yargıtay'ın genel tanım ile suç tipine özgü işlevi bütün kararlarında sistematik biçimde ayırdığı sonucu çıkarılamaz. Karar, bu

⁵⁶⁵ Yargıtay'ın yeknesak bir ölçüt ortaya koyamadığı tespiti için **Özyurt**, s. 165, 181 (bkz. yukarıda dn. 493). Burada savunulan görüş, sorunu ölçütsüzlükte değil ölçütler arasındaki ilişkinin açıklanmamasında görmesi bakımından bu tespitten ayrılmaktadır.

yönde kullanılabilecek bir yorum verisi sunmakta; fakat tek başına yerleşik bir yöntemin varlığını ortaya koymamaktadır.⁵⁶⁶

Benzer şekilde kişinin suçun faili veya mağduru olmasına göre farklı sonuçlara ulaşılması, normun koruma amacının dikkate alındığına işaret edebilir. Ancak yalnızca sonuç farklılığından hareketle amaçsal bir yorum yapıldığını kabul etmek mümkün değildir. Bunun için ilgili normun hangi hukuki değeri koruduğunun, kamu görevlisi sıfatının bu korumada hangi işlevi üstlendiğinin ve somut olayın bu işlevle nasıl ilişkilendirildiğinin gerekçede gösterilmesi gerekir. Aksi hâlde koruma ve sorumluluk alanları arasındaki farklılık, açıklanmış bir yorum ilkesi değil, uygulamadan çıkarılan bir gözlem olarak kalır.

Kanaatimizce kazai yorumdan yararlanılmasında esas alınması gereken ayırım, kamu görevlisi sıfatının genel olarak belirlenmesi ile bu sığata bağlanan belirli hukuki sonucun uygulanması arasındadır. TCK m. 6/1-c bakımından kişinin kamusal faaliyete katılıp katılmadığı araştırılmalıdır. İlgili suç normu bakımından ise bu katılımın, normun aradığı görev bağlantısını veya özel yükümlülüğü kurup kurmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Kamu görevlisi sıfatının kabulü, suçun diğer unsurlarının ve sığata yüklenen özel işlevin araştırılmasını gereksiz kılmaz.

Bu nedenle Yargıtay'ın geliştirdiği ölçütler bütünüyle reddedilmemeli, fakat tutarlı biçimde tasnif edilmelidir. Kurumun hukuki rejimi ve görevlendirme biçimi, tanımın unsuru olmamakla birlikte tevdinin varlığına ilişkin birer delil olarak kamusal faaliyete katılmanın tespitinde; kullanılan yetki ve fiil ile görev arasındaki bağlantı belirli cezai sonucun uygulanmasında; korunan hukuki değer ise kamu görevlisi unsurunun ilgili normdaki işlevinin açıklanmasında kullanılabilir.

⁵⁶⁶ Sıfatın “her suç tipi açısından genel olarak” tespit edilmemesi gerektiği yönündeki karşı oy için Yarg. 5. CD, 17.09.2020, E. 2018/9173, K. 2020/12292 (karşı oy; aktaran **Ünal**, s. 66). Avukatın sıfatını somut olayda ağır basan ilişkiye göre belirleyen görüş için **Ünal**, s. 93-95, 97; aynı yaklaşımı benimseyen **Özyurt**, s. 178.

2.4.5.3. Ölçütlerin Değerlendirilmesi

Öğretide ve uygulamada kamu görevlisi kavramını sınırlandırmak için başvuru olan ölçütler, aynı soruya verilmiş birbirini dışlayan cevaplar değil, farklı sorulara verilmiş cevaplardır. Bu nedenle ölçütler, isabetli olup olmadıklarına göre değil, hangi sorunu çözmek üzere geliştirildiklerine ve hangi norm düzeyinde işlev görebileceklerine göre değerlendirilmektedir. Yorum yöntemlerinin incelenmesi bu değerlendirme için üç ölçü sağlamaktadır: tanım düzeyinde kullanılacak bir ölçütün kanunun lafzıyla bağdaşması ve kanun koyucunun katılmanın biçimi ile süresi bakımından açıkça terk ettiği sınırlamaları tanıma geri taşıması; faaliyetin kamusal niteliğini, faaliyeti yürüten kişinin hukuki statüsünden bağımsız olarak belirleyebilmesi; belirli bir suç tipinin haksızlık yapısına ait özellikleri genel tanımın koşuluna dönüştürmemesi.⁵⁶⁷

Katılmanın biçimine ilişkin ölçütler bu ölçüler karşısında tanım düzeyinde varlığını sürdürememektedir. Öğretide kamu hukuku usulüne göre görevlendirilme, genel idare esaslarına uygun katılma ve kamu personel rejimine tabi olma; uygulamada organik bağ ve asli ve sürekli görev biçiminde ifade edilen bu ölçütlerin ortak kaynağı AY m. 128 ile 4483 sayılı Kanun m. 2'dir.⁵⁶⁸ Ölçütler “herhangi bir surette” ve “geçici olarak” ibarelerinin kavram çekirdeğine müdahale ettiğinden, belirlilik incelemesinde gösterildiği üzere teleolojik redüksiyon niteliği taşımakta ve kanun koyucunun gerekçede açıkça ifade ettiği tercihi karşı işlemektedir.⁵⁶⁹ Bu daraltmayı TCK m. 262'den türetme girişimi de sonucu değiştirmemektedir; kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu görevlendirmenin yokluğunu cezalandırmakta, görevlendirmenin kamu hukuku usulüyle

⁵⁶⁷ Bkz. yukarıda 2.4.1 (“Lafzi Yorum”), 2.4.3 (“Sistematik Yorum”) ve 2.4.4 (“Amaçsal Yorum”) başlıkları altındaki açıklamalar.

⁵⁶⁸ Öğretide Gökcan, s. 150-151; Savaşçı Temiz, s. 185; Türey, s. 368. Uygulamada Yarg. 4. CD, 07.05.2013, E. 2011/1864, K. 2013/14243 (“herhangi bir surette” ibaresinin AY m. 128/1 gereği “kamu hukuku usulüne göre iştirak” olarak anlaşılması); Yarg. 4. CD, 22.04.2014, E. 2012/37882, K. 2014/13098 (organik bağ); Yarg. CGK, 22.10.2013, E. 2012/1275, K. 2013/419 (genel idare esaslarına göre atanıp yönetilmeme); sentez tanım için Yarg. CGK, 03.11.2020, E. 2016/1176, K. 2020/437. Aynı ölçütü AY m. 128'in yanı sıra TCK m. 262'ye dayandıran ve kanun metninin katılım şeklini sınırlamadığını kabul etmekle birlikte “mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde” kamu hukuku usulüne uygun katılımın arandığı görüşünde Çadık, s. 110-111, 125; ölçütü AY m. 128'deki genel idare esaslarından daha geniş bir kamu hukuku rejimi kavramına bağlayan ve Türey'in doğrudan katılım ölçütünü benimseyen görüş için Özyurt, s. 170, 182.

⁵⁶⁹ Bkz. yukarıda 2.3.4.2 (“İstenen Belirsizliğe İlişkin Ölçütlerin Kamu Görevlisi Tanımına Uygulanması”) başlığı altındaki açıklamalar.

yapılmasını tanımın koşulu hâline getirmemektedir. Yargıtay uygulaması bu ölçütleri iki farklı biçimde kullanmaktadır. Asli ve sürekli görev ölçütü, Ceza Genel Kurulu tarafından Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi sıfatı için değil 4483 sayılı Kanun kapsamında soruşturma izni için işletilmekte ve Kurul, Kanun bakımından kamu görevlisi sayılan her kişinin 4483 sayılı Kanun anlamında memur sayılamayacağını açıkça kabul etmektedir.⁵⁷⁰ Buna karşılık kamu hukuku usulüne göre katılma ve genel idare esasları ölçütleri, Dördüncü Ceza Dairesinin “herhangi bir surette” ibaresini AY m. 128’e dayanarak “kamu hukuku usulüne göre iştirak” biçiminde okumasıyla ve Ceza Genel Kurulunun Kızılay çalışanlarını genel idare esaslarına göre atanıp yönetilmedikleri gerekçesiyle dışlayıp 2020 yılından itibaren kullandığı sentez tanıma taşımasıyla doğrudan katılma unsurunun içine yerleştirilmiştir.⁵⁷¹ Bu ikinci kullanım, kanun koyucunun katılmanın biçimine ilişkin genişliği gerekçede bilinçli olarak istediği bir alanda gerçekleştirildiğinden, § 217 örneğinden farklı olarak kanun koyucunun öngörüp kabullendiği bir redüksiyon değil, bilinçli bir tercihin uygulama tarafından geri alınmasıdır. Ölçütlerin hukuki değeri ise yadsınmamaktadır: genel idare esasları ile asli ve sürekli görev, ait oldukları düzenlemenin, yani soruşturma usulünün uygulama alanını belirlemekte geçerliliklerini korumaktadır. Bu ölçütlerin tanım düzeyinden usul düzeyine taşınması hem kanunun lafzını hem de ölçütlerin kendi işlevini korumaktadır.

Faaliyetin niteliğine ilişkin ölçütler doğru norm düzeyinde bulunmakla birlikte kavrama bağımsız bir içerik kazandırmamaktadır. Öğretide kamusal faaliyetin kamu hizmeti kavramı üzerinden belirlenmesi önerilmekte; ancak kavramın dar veya geniş anlaşılması yazarlar arasında farklılaşmakta ve kamu hizmeti kavramının idare hukukundaki dönüşümler karşısında güvenilir bir ölçüt olmaktan çıktığı eleştirisi aynı öğretinin içinden

⁵⁷⁰ Yarg. 4. CD, 05.12.2006, E. 2006/2081, K. 2006/17292 (posta dağıtıcısının TCK m. 5 ve 6/1-c uyarınca kamu görevlisi olmakla birlikte 4483 sayılı Kanun kapsamı dışında kalması); Yarg. CGK, 27.05.2014, E. 2014/120, K. 2014/291; Yarg. CGK, 11.03.2021, E. 2017/1197, K. 2021/102. Yarg. CGK, 27.05.2014, E. 2014/120, K. 2014/291 (“Ceza Kanunu bakımından kamu görevlisi sayılan her kişinin 4483 ... kapsamında ... memur sayılmasına imkân yoktur”); aynı yönde Yarg. CGK, 11.03.2021, E. 2017/1197, K. 2021/102; Yarg. 4. CD, 05.12.2006, E. 2006/2081, K. 2006/17292.

⁵⁷¹ Yarg. 4. CD, 07.05.2013, E. 2011/1864, K. 2013/14243 (“anılan 6/1. maddedeki ‘herhangi bir surette’ ibaresinin doktrinde de belirtildiği üzere, ‘kamu hukuku usulüne göre iştirak’ şeklinde anlaşılmasının gerekli bulunması karşısında”); Yarg. CGK, 22.10.2013, E. 2012/1275, K. 2013/419; sentez tanım için Yarg. CGK, 03.11.2020, E. 2016/1176, K. 2020/437; Yarg. CGK, 22.04.2021, E. 2020/337, K. 2021/162; Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287. Bu kararların incelenmesi için bkz. yukarıda 2.4.5.2.

gelmektedir.⁵⁷² Uygulamada ise faaliyetin kamusalılığı, gerekçedeki tanımın tekrarlanması ardından kuruluş kanununun varlığı, tüzüğün onaylanması yahut sermaye yapısı gibi örgütsel göstergelerle belirlenmektedir.⁵⁷³ Bu yaklaşımın sonucu, faaliyetin içeriği değişmediği hâlde yürüten kişinin hukuki rejimi değiştiğinde faaliyetin kamusal niteliğini yitirmesidir; elektrik dağıtımının özelleştirmeden önce kamusal faaliyet sayılıp sonra sayılmaması ile tebligatın PTT personeline yapıldığında kamusal faaliyete katılma sayılıp yüklenici personeline yapıldığında sayılmaması bu sonucun örnekleridir.⁵⁷⁴ Faaliyetin kamusalılığının yürütenin statüsüne bağlanması, Birinci Bölümde kurulan üstlenme ile yürütme ayrımıyla bağdaşmamaktadır; faaliyetin kamusal niteliği hükmi aktörün toplumsal ihtiyacı üstlenmesinden doğmakta, faaliyetin özel kişiler eliyle yürütülmesi bu niteliği ortadan kaldırmamaktadır. Yargıtay’ın Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı bakımından faaliyeti kamusal sayarken çalışanı kamu görevlisi saymaması, faaliyetin niteliğine ilişkin soru ile kişinin katılmasına ilişkin sorunun birbirinden ayrılabilmesini uygulamanın kendi içinden göstermektedir.⁵⁷⁵ Faaliyet unsurunun içeriği bu nedenle kamu hizmeti tartışmasından veya örgütsel göstergelerden

⁵⁷² Kamusal faaliyeti kamu hizmetinden dar tutan yaklaşım için Özen/Tozman, s. 43-45; Demren Dönmez, s. 126-127; geniş yaklaşım için H. Aydın, s. 119-120; kamu hizmeti kavramına dayanılmasının eleştirisi için Türay, s. 364-366. İdare hukuku öğretisinde de kavramın “tek ve geçerli tanımını bulmanın zor” olduğu, yasa koyucunun ve yargının tanımlamaktan kaçındığı ve kavramın hukuki bir kategori olmaktan çıkıp siyasal bir araca dönüştüğünün ileri sürüldüğü yönünde **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 342-343, 345-346, 348; kavramın idare hukukunda kamu görevlisinin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanıldığı yönünde aynı eser, s. 343. Anayasa Mahkemesi de 5393 sayılı Kanun m. 15’teki “kamu hizmetlerini aksatacak şekilde” ibaresini, hangi hizmetleri içerdiğinin açık ve belirgin olmaması nedeniyle iptal etmiştir: AYM, 17.06.2015, E. 2014/194, K. 2015/55, RG, 26.06.2015, Sayı 29398 (ayrıca **Tan**, *İdare Hukuku*, s. 343); bkz. yukarıda dn. 477.

⁵⁷³ Kuruluş kanununun siyasal karar sayılması için Yarg. 4. CD, 24.10.2007, E. 2007/6317, K. 2007/8374 (Türk Standartları Enstitüsü); tüzüğün Bakanlar Kurulunca onaylanması için Yarg. 5. CD, 20.11.2013, E. 2012/11414, K. 2013/10992 (Türk Hava Kurumu); sermaye yapısı için Yarg. 5. CD, 19.12.2013, E. 2013/9488, K. 2013/12368 ve Yarg. 5. CD, 21.09.2016, E. 2016/6808, K. 2016/7810. Kamu payı, kamu parası kullanımı ve kamu yararı amacı gibi örgütsel veya amaçsal göstergelerin sıfatı belirlemeye yetmediği ve bunların sürekli kullanılmasının belirlilik ilkesiyle çeliştiği yönünde İtalyan öğretisinde **Sartori**, s. 40-41, 43, 70; hava taşımacılığı alanında araçsal faaliyetler üzerinden sıfat tanıyan Alitalia kararları (Cass., 27.6.1996, Ceramonica; Cass., 2.2.1996, n. 4383) için aynı eser, s. 43, dn. 96 ve s. 69, dn. 196.

⁵⁷⁴ Elektrik dağıtımı bakımından Yarg. 5. CD, 21.09.2016, E. 2016/6808, K. 2016/7810 (özelleştirme öncesi) ile Yarg. 18. CD, 16.01.2019, E. 2018/7786, K. 2019/1433 (özelleştirme sonrası); tebligat bakımından Yarg. 4. CD, 16.06.2010, E. 2010/13771, K. 2010/11870 (PTT personeli) ile Yarg. 5. CD, 06.11.2014, E. 2013/7333, K. 2014/10581 (yüklenici personeli).

⁵⁷⁵ Yarg. 5. CD, 14.10.2016, E. 2014/6789, K. 2016/8345; aynı yönde Yarg. 5. CD, 10.07.2018, E. 2016/3813, K. 2018/5232 ve Yarg. 5. CD, 18.06.2020, E. 2020/396, K. 2020/11550. Aksi yönde, aynı öncüllerden çalışanı da kamu görevlisi sayan Yarg. 11. CD, 21.03.2022, E. 2021/35464, K. 2022/4699. Yayı denetim kuruluşlarının denetçileri bakımından bkz. yukarıda dn. 436.

değil, kamusal faaliyetin Birinci Bölümde ortaya konulan belirlenme esaslarından hareketle doldurulmaktadır.

Kişinin faaliyetle bağlantısına ilişkin ölçütler tanım düzeyinde kullanılabilir niteliktedir; ancak dayandırıldıkları esas yeniden belirlenmelidir. Öğretide faaliyetin asıl amacının yerine getirilmesine doğrudan katılmayı arayan görüş ile uygulamada kamu kurumunun kendi personelini görevlendirmesini yeterli sayan kararlar, “yürütülmesine katılma” unsurunun anlam alanı içinde kalan somutlaştırmalardır; gerekçedeki ihale istisnası da aynı unsurun bir somutlaştırmasıdır.⁵⁷⁶ Hizmet alımı yüklenicisinin personelini kamu görevlisi saymayan yerleşik uygulama sonuç bakımından bu somutlaştırmayla uyumludur; aynı işi kadrolu personelle yan yana yapan yüklenici personelinin kapsam dışında bırakılması, sıfatın işin maddi içeriğinden değil kişinin faaliyete katılma ilişkisinden doğduğunu göstermektedir.⁵⁷⁷ Kararların gerekçesi ise sonuçları kadar isabetli değildir. Uygulama yüklenici personelini ihale istisnasına ve AY m. 128 kökenli organik bağ kavramına dayanarak dışlamakta, kişinin katkısının kime isnat edildiğini araştırmamaktadır. Yüklenici personelini kadrolu personelden ayıran husus işverenlerinin hukuki niteliği değil, katkılarının hükmî aktöre değil aracı konumundaki özel hukuk süjesine isnat edilmesidir. Katılma ölçütü bu esasa bağlandığında ihale istisnası bir istisna olmaktan çıkmakta ve genel ölçütün uygulanma biçimlerinden biri hâline gelmektedir.

Kamu gücünün veya kamusal yetkinin kullanılması ölçütü ise tanım düzeyine değil suç normu düzeyine aittir. Öğretide bu ölçüt ya tek başına ya da istihdam ilişkisinin bulunmadığı hâller için ikinci bir basamak olarak önerilmekte; uygulamada 2011 tarihli formülün üçüncü unsuru ve 2020 tarihli sentez tanımın çekirdeği olarak sürekli anılmakla birlikte sonucu yalnızca avukatın ahzu kabz işlemine ilişkin kararda belirlemektedir.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Türay, s. 373-374; Yarg. 5. CD, 06.06.2011, E. 2011/6512, K. 2011/4415 (rektörlük oluruyla görevlendirilen veznedar); Yarg. 5. CD, 17.10.2012, E. 2012/10395, K. 2012/10444 (Genel Müdürlük talimatıyla denetimle görevlendirilen daimi işçi); Yarg. 11. CD, 18.02.2013, E. 2010/14128, K. 2013/2565 (menşe şahadetnamesi düzenlemekle görevli geçici işçi).

⁵⁷⁷ Yarg. 5. CD, 14.01.2015, E. 2013/13650, K. 2015/943 (4046 sayılı Kanun m. 7/3 uyarınca memur sayılan şirket personeli ile aynı açma-kesme işini yapan yüklenici personeli); Yarg. 5. CD, 06.11.2014, E. 2013/7333, K. 2014/10581; Yarg. 11. CD, 08.04.2021, E. 2019/4486, K. 2021/3505; Yarg. 5. CD, 07.05.2025, E. 2022/9801, K. 2025/6156.

⁵⁷⁸ Öğretide Özen/Tozman, s. 43-44; Türay, s. 368; Gökcan, s. 150, dn. 2. Uygulamada Yarg. CGK, 12.04.2011, E. 2010/9-258, K. 2011/46; sonucu belirleyen tek uygulama için Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287.

Ölçütün tanımın genel koşulu hâline getirilmesi, karar yetkisine sahip olmaksızın kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişileri ve kamu görevlisinin suçun yöneldiği kişi olduğu düzenlemelerin büyük bölümünü tanımın dışında bırakmaktadır. Aynı ölçüt belirli suç tiplerinde ise tipikliğin kurucu unsurudur: resmî belgede sahtecilikte görevi gereği düzenlemeye yetkili olma, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasında zor kullanma yetkisine sahip olma ve kamu görevinin usulsüz üstlenilmesinde kamu görevinin verdiği yetkileri kullanmaya teşebbüs, yetkinin norm düzeyindeki görünümleridir.⁵⁷⁹ Ceza Genel Kurulunun avukat bakımından kamu gücü ölçütünü kişi düzeyinde değil işlem düzeyinde uygulaması, ölçütün ait olduğu düzeyin suç normu olduğunu uygulamanın kendi içinden doğrulamaktadır. Kamu görevlisi sıfatına bağlanan cezai sonuçların ağırlığından hareket eden sınırlama önerileri de aynı düzeye aittir; zimmet suçunun ağırlığından hareketle tanımın dar yorumlanması önerisi ile avukatın ahzu kabz işleminde kamu idaresinin güvenilirliğinin değil vekâlet ilişkisinin zarar gördüğü tespiti, belirli bir suç normunun koruma amacına ilişkin değerlendirmelerdir ve genel tanıma taşınmamaktadır.⁵⁸⁰ Kamusal yetkinin Birinci Bölümde, işlevin yetkiyle birlikte bırakıldığı hâllerde doğrudan tevдинin konusu, diğer hâllerde tevдинin delili olarak ele alınması bu tespitle çelişmemektedir. Orada yetki, görevin hükmî aktör tarafından doğrudan tevdi edilmediği hâllerde hukuk düzeninin kamusal faaliyetin belirli bir işlevini kişiye bıraktığını gösteren bir belirti olarak tanım düzeyindeki isnadın kurulmasına hizmet etmekte; burada ise belirli suç tiplerinin tipiklik unsuru olarak suç normu düzeyinde işlev görmektedir. İlkinde yetki, doğrudan tevдинin bulunmadığı hâllerde katılmanın koşulu değil delilidir; ikincisinde ise yetki, kamu görevlisi sıfatına ek olarak aranan bağımsız bir unsurdur.

Özel kanunlardaki eşdeğerlik hükümleri ile kanunilik ilkesine başvuru, tanımın uygulanmasında birbirine bağlı iki görünüm oluşturmaktadır. Uygulama, kişinin m. 6/1-c'deki tanıma girmesi ile özel kanun gereğince kamu görevlisi gibi cezalandırılabilmesini

⁵⁷⁹ TCK m. 204/2, 256 ve 262.

⁵⁸⁰ Şare, Öz ve s. 362; Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287; Can, s. 272. Aynı sonucu, suçun konusundan hareketle, teslim yükümlülüğünün devlete değil müvekkile yönelik olması ve zilyetliğin görev dolayısıyla değil vekâlet ilişkisiyle kurulmasıyla gerekçelendiren Ünal, s. 91-92; önceki daire kararlarında suçun konusu yerine failin sıfatından hareket edildiği eleştirisi için aynı makale, s. 88. Failin kamu görevlisi sayılması için kamu güveni unsurunun ayrıca aranmasını öneren görüş için bkz. yukarıda dn. 500.

iki ayrı ihtimal olarak ele almakta ve özel hükmün bulunduğu alanlarda genel tanıma dönmeksizin hükmün konu ve koşul sınırı içinde sonuca varmaktadır.⁵⁸¹ Bu uygulama, eşdeğerlik hükümlerinin sıfat vermeyip kamu görevlisine özgü rejimin belirli bir bölümünü teşmil ettiği yönünde Birinci Bölümde ulaşılan sonuçla uyumludur. Sorun özel hükmün bulunmadığı hâllerde ortaya çıkmaktadır. Uygulama bu hâllerde genel tanıma işletmek yerine, kanunda açık bir sayılma hükmü bulunmadığı gerekçesiyle sıfatı reddetmektedir; Ceza Genel Kurulunun bilgi verme yükümlüsüne ilişkin kararı ile uzlaştırmacı ve sayısal loto bayii hakkındaki karşı oylar bu yöndedir.⁵⁸² Bu gerekçeyle ulaşılan sonuç bilgi verme yükümlüsü ve bayi bakımından isabetli olmakla birlikte, görevlendirme yoluyla kamusal faaliyete katılan uzlaştırmacı bakımından isabetli değildir; her üç hâlde de gerekçe, “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi” tanımının kendi başına bir sayılma hükmü olmadığına kabulü anlamına gelmektedir. Kanunilik ilkesi burada genişletici yorumu sınırlayan bir ilke olarak değil, tanımın belirleyemediği sınırı kapatan bir gerekçe olarak işlemektedir. Tanım düzeyinde eksik olan ölçüt, yani katkının kime isnat edildiğine ilişkin ölçüt konulduğunda, bilgi verme yükümlüsü ve bayi bakımından aynı sonuçlar kanunilik ilkesine başvurulmaksızın gerekçelendirilebilmekte; uzlaştırmacı bakımından ise görevlendirme yoluyla kurulan isnat ilişkisi sıfatın tanım düzeyinde kabulünü gerektirmektedir.

Değerlendirmenin ortaya koyduğu tablo, ölçütlerin büyük bölümünün meşru bir sorunu çözmeye yöneldiğini, fakat ait olmadıkları norm düzeyinde uygulandığını göstermektedir. Katılmanın biçimine ilişkin ölçütler soruşturma usulü düzeyine; yetki, nüfuz, zilyetlik ve koruma amacına ilişkin ölçütler suç normu düzeyine; faaliyetin niteliği ile katılmanın isnadına ilişkin ölçütler tanım düzeyine aittir. Bu tasnif, izleyen başlık altında geliştirilen yorumun karşılaması gereken üç koşulu belirlemektedir. Yorum,

⁵⁸¹ Yarg. 4. CD, 13.04.2015, E. 2015/8121, K. 2015/26853; Yarg. 5. CD, 12.06.2014, E. 2013/2571, K. 2014/6571 (kooperatif yöneticilerinin yalnızca kooperatife ait para, mal ve belgeler üzerinde işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılması); Yarg. 11. CD, 20.10.2025, E. 2021/38530, K. 2025/13269 (sayılma hükmünün düzenlenen belgeye resmî belge niteliği kazandırmaması). “Kamu görevlisi gibi cezalandırılma” hükmünün bu kişilere karşı işlenen suçlarda mağdur sıfatı doğurmayacağı ve özel hüküm bulunan hâllerde genel tanım incelemesine gerek kalmadığı yönünde **Özyurt**, s. 173-175; geçerli bir sayılma hükmünün sıfatı “kanunen verdiği” görüşünde **Çadık**, s. 125-126.

⁵⁸² Yarg. CGK, 22.04.2021, E. 2020/337, K. 2021/162; Yarg. 5. CD, 27.05.2019, E. 2015/10115, K. 2019/5723 (karşı oy); Yarg. 5. CD, 24.09.2020, E. 2016/6729, K. 2020/12393 ve devamındaki kararların karşı oyları (Millî Piyango İdaresi bayii).

Yargıtay’ın fiilen kullandığı iki unsuru, yani kamu gücü kullanımı ile kamu hukuku ilişkisine bağlılığı, kanun metnindeki “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma” formülüyle bağdaşan norm düzeyine yerleştirebilmelidir; faaliyetin niteliğini yürüten kişinin statüsünden bağımsız olarak belirleyebilmelidir; fail ve mağdur konumları arasındaki farklılaşmayı ve eşdeğerlik hükümlerinin konu sınırını genel tanımı değiştirmeksizin açıklayabilmelidir. Bu üç koşul, kamu görevlisi sıfatının belirlenmesi ile bu sığata bağlanan sonuçların uygulanmasının ayrı norm düzeylerinde ve ayrı bir yöntemle ele alınmasını gerektirmekte; teleolojik-fonksiyonel yöntem bu gereklilikten doğmaktadır.

2.5. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMININ TELEOLOJİK-FONKSİYONEL YÖNTEMLE YORUMLANMASI

2.5.1. Teleolojik-Fonksiyonel Yöntemin Esasları

2.5.1.1. Teleolojik ve Fonksiyonel Yöntem ile Teleolojik Redüksiyon Ayrımı

Ceza normunun anlam ve kapsamının belirlenmesi, kanun metninin soyut ifadesinin somut olay bakımından değerlendirilmesini gerektiren bir yorum faaliyetidir. Bununla birlikte yorum, yalnızca norm metninde kullanılan sözcüklerin dilbilgisel anlamının tespitinden ibaret değildir. Kanuni düzenlemenin sistem içerisindeki yeri, düzenlemeyle korunmak istenen hukuki değer ve norm içerisinde kullanılan kavramların bu koruma amacı bakımından üstlendikleri işlev de normun anlam alanının belirlenmesinde önem taşımaktadır. Özellikle ceza hukukunda kanuni kavramların kapsamının, yalnızca kavramın ontolojik veya gündelik anlamından hareketle belirlenmesi, normun koruma amacıyla bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir.

Teleolojik-fonksiyonel yöntem, normun amacı ile norm içerisinde yer alan dogmatik kavramların işlevini birbirinden koparmaksızın değerlendiren bir yorum yaklaşımını ifade etmektedir. Bu yaklaşımda bir kavramın kapsamı, yalnızca sözlük anlamı veya kavramsal soy kütüğü üzerinden değil, içerisinde yer aldığı normatif düzenleme ve bu düzenlemenin gerçekleştirmeye yöneldiği amaç dikkate alınarak belirlenmektedir.

Bununla birlikte teleolojik yorum ve fonksiyonel yaklaşımın iki ayrı metodolojik hareket noktası bulunduğunun belirtilmesi gerekir. Teleolojik yorum normdan amaca doğru hareket ederken, fonksiyonel yaklaşım belirli bir dogmatik unsurun bu amaç içerisindeki

görevini açıklamaktadır. Bu nedenle teleolojik-fonksiyonel yöntem, amaç ile işlev arasında kurulan bir ilişki üzerinden işlemektedir: normun amacı, kavramın hangi fonksiyonu yerine getirmesi gerektiğini belirlemekte; kavramın fonksiyonu ise onun norm içerisindeki anlam ve kapsamının tayin edilmesine katkı sağlamaktadır.

Teleolojik yorum, bir hukuk normunun anlamının belirlenmesinde düzenlemenin amacını, başka bir ifadeyle telos veya ratio legis'ini esas alan yorum yöntemidir. Bu yöntemde normun hangi toplumsal veya hukuki ihtiyaca cevap verdiği, hangi menfaati koruduğu ve düzenleme ile hangi sonucun gerçekleştirilmek istendiği araştırılmaktadır.

Ceza hukuku bakımından normun amacı, özellikle korunan hukuki değerle yakın bir ilişki içerisinde. Suç tipinin koruduğu hukuki değerin belirlenmesi, yalnızca suçun sistematik konumunu açıklayan teorik bir faaliyet değildir; aynı zamanda suç tipinde kullanılan kavramların anlamının belirlenmesinde de yol gösterici olabilir. Bir kavramın lafzen mümkün görünen bütün durumlara uygulanması, normun koruduğu hukuki değerle herhangi bir bağlantı kurulmadığı hâllerde düzenlemenin amacını aşan bir sonuç doğurabilir. Bu nedenle teleolojik yorum, kanun metninin anlam alanını normun gerçekleştirmeyi amaçladığı koruma doğrultusunda belirlemeye yönelmektedir.⁵⁸³

Teleolojik yorumun bu işlevi özellikle lafzın normun amacına nazaran daha geniş bir alanı kapsadığı durumlarda önem taşımaktadır. Lafzın muhtemelen kapsadığı, yani kavram avlusuna ait olayların normun amacı doğrultusunda kapsam dışında bırakılması daraltıcı yorum; lafzın açıkça kapsadığı, yani kavram çekirdeğine ait olayların hükmün dışında bırakılması ise teleolojik redüksiyon olarak adlandırılmaktadır.⁵⁸⁴ Bu çalışmada teleolojik sınırlandırma terimi, her iki işlemten farklı olarak, tanım normunun kapsamına

⁵⁸³ Her hukuk kaidesinin kabulüyle izlenen gayeyi gerçekleştirecek şekilde yorumlanması ve kanunun gayesini aşan bir anlama götüren açıklamanın terk edilmesi gerektiği hususunda **Tosun**, s. 45; cezalandırma sebebine göre daraltma örneği olarak vergi ziyana yol açmayan hileli fiillerin vergi suçu sayılmaması için aynı makale, s. 35.

⁵⁸⁴ Greco, s. 478, 483: lafzın muhtemelen kapsadığı, yani kavram avlusuna ait olayların elenmesi daraltıcı yorum; lafzın açıkça kapsadığı, yani kavram çekirdeğine ait olayların hükmün dışında bırakılması ise teleolojik redüksiyondur. Bkz. yukarıda dn. 482 ve 2.3.3 ("Daraltıcı Yorum ve Teleolojik Redüksiyon Ayırımı") başlığı altındaki açıklamalar.

dokunulmaksızın kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonucun suç normundaki bağlantı unsuru üzerinden sınırlandırılmasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Bunun karşısında normun amacından hareketle lafzın mümkün anlam sınırının ötesine geçilmesi farklı bir sorun oluşturmaktadır. Ceza hukukunda yorum faaliyetinin fail aleyhine kanuni düzenlemenin anlam alanını aşacak biçimde genişletilmesi, teleolojik yorum olarak nitelendirilemez. Böyle bir durumda artık yorumdan değil, kanunilik ilkesiyle bağdaşmayan kıyastan söz edilmesi gerekir. Dolayısıyla ceza hukukunda amaç, normun anlamını belirleyen önemli bir unsur olmakla birlikte kanuni metinden bağımsız biçimde yeni bir cezalandırma alanı oluşturabilecek bir kaynak değildir.

Fonksiyonel yaklaşımın hareket noktası, hukuki kavramların anlamının onların hukuk düzeni içerisinde yerine getirdikleri görevden bağımsız biçimde belirlenemeyeceğidir. Bu yaklaşıma göre dogmatik kavramlar, önceden verilmiş ve değişmez ontolojik kategoriler değildir. Bunların anlamı ve sistematik konumu, hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirmeleri beklenen normatif işlev göz önünde bulundurularak açıklanmalıdır.

Ceza hukuku dogmatğinde fonksiyonel düşüncenin belirgin örneklerinden biri, suç teorisinin kategorilerinin kriminal politik amaçlarla ilişkilendirilmesidir. Roxin'in teleolojik veya amaçsal-rasyonel sistem anlayışında suç teorisinin kategorileri yalnızca mantıksal bir sınıflandırmanın parçaları olarak görülmemekte; her bir kategoriye ceza hukukunun amaçları içerisinde belirli bir işlev atfedilmektedir. Bu yaklaşım, suç teorisinin kavramlarını kriminal politika ile dogmatik arasında bağlantı kuran normatif araçlar olarak değerlendirmektedir.

Bu çerçevede tipiklik, kanunilik ilkesinin (nullum crimen sine lege) gerçekleştirilmesi ve kanuni belirlilik; hukuka aykırılık, çatışan bireysel menfaatler ile toplumsal gerekler arasındaki uyumsuzlukların toplumsal düzenleyici bir menfaat tartımıyla çözümü; kusur ise kusur ilkesinin ceza sınırlayıcı işlevi ile önleme amaçlarına ilişkin değerlendirmeler, yani cezanın amaçları öğretisi ile ilişkilendirilmektedir.⁵⁸⁵ Burada önemli olan, bu

⁵⁸⁵ **Roxin**, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., s. 15-16. Roxin'e göre tipiklik "Gesetzesbestimmtheit" ilkesinin egemenliği altındadır ve suç tipleri gerçekte nullum crimen ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir ("Der Tatbestand steht unter dem Leitmotiv der Gesetzesbestimmtheit ...; die Tatbestände dienen wirklich der Erfüllung des nullum-crimen-Satzes", s. 15);

kategorilerin anlamının yalnızca kavramsal özelliklerinden değil, ceza hukuku sistemi içerisinde yerine getirmeleri gereken görevden hareketle açıklanmasıdır.

Fonksiyonel yöntemin bu yaklaşımı yalnızca suç teorisinin üst kategorileri bakımından değil, kanuni suç tiplerinde kullanılan daha dar kavramlar bakımından da önem taşıyabilir. Bir fail sıfatının, özel yükümlülüğün veya nitelikli hâl unsurunun hangi olayları kapsadığının belirlenmesinde, söz konusu unsurun suç tipinin haksızlık yapısı içerisindeki görevinin ortaya konulması gerekir. Bu anlamda fonksiyonel yaklaşım, “kavram nedir?” sorusunun yanında “bu kavram bu norm içerisinde ne işe yaramaktadır?” sorusunu da yorum faaliyetinin konusu hâline getirmektedir.

2.5.1.2. Teleolojik-Fonksiyonel Yaklaşım

Teleolojik ve fonksiyonel yaklaşımın birlikte değerlendirilmesi, normun amacı ile norm içerisinde kullanılan kavramın işlevi arasında metodolojik bir bağlantı kurulmasını sağlar. Teleolojik yaklaşım, normun hangi hukuki değeri hangi nedenle koruduğunu ortaya koyarken; fonksiyonel yaklaşım, yorumlanan kavramın bu koruma amacının gerçekleştirilmesinde hangi rolü üstlendiğini belirlemektedir.

Bu nedenle teleolojik-fonksiyonel yaklaşımda yorum faaliyeti doğrudan normun genel amacından somut sonuca sıçramamaktadır.⁵⁸⁶ Arada kavramın normatif işlevinin belirlenmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, bir suç tipinin koruduğu hukuki değerin tespit edilmesi tek başına o suç tipindeki bütün kavramların kapsamını belirlemeye yeterli değildir. Ayrıca yorumlanan unsurun söz konusu hukuki değerin korunması bakımından neden ve hangi ölçüde önem taşıdığının açıklanması gerekir.

hukuka aykırılık ise toplumsal uyumsuzluk çözümlerinin alanıdır (“Die Rechtswidrigkeit dagegen ist der Bereich sozialer Konfliktlösungen”, s. 15); kusur kategorisi, cezalandırmaya ihtiyaç bulunup bulunmadığına ilişkin normatif bir soru olup cevabında kusur ilkesinin ceza sınırlayıcı işlevi ile özel ve genel önleme mülahazaları birlikte yer almaktadır (s. 15). Özet formül s. 16: “das Postulat des nullum-crimen-Satzes, die sozialregulierende Interessenabwägung in Konfliktsituationen und die Forderungen der Strafzwecklehre, die den uns geläufigen Deliktstypologien kriminalpolitisch zugrunde liegen”. Türkçe ve İngilizce aktarımlar için bkz. yukarıda dn. 323.

⁵⁸⁶ Genel önermeden somut sonuca ara öncül kurulmaksızın geçilmesinin hukuki akıl yürütmede “öncül atlama” (saltus in concludendo) olarak nitelendirilen bir mantık yanlışı olduğu hususunda **Serozan**, s. 2436-2437.

Bu yönüyle teleolojik-fonksiyonel yaklaşım iki aşamalı bir bağlantı kurmaktadır. İlk olarak normun telos'u, yani koruma amacı belirlenmekte; ikinci olarak yorumlanan kavramın bu amaç bakımından üstlendiği fonksiyon tespit edilmektedir. Kavramın kapsamının belirlenmesi ise bu iki tespitin sonucu olarak gerçekleştirilmektedir.

Dolayısıyla yöntem, korunan hukuki değeri doğrudan cezalandırmanın bağımsız kaynağı hâline getirmemektedir. Hukuki değer, kanuni kavramın norm içerisindeki işlevinin anlaşılmasını sağlayan yorum unsurudur. Fonksiyonel değerlendirme de aynı şekilde kanuni kavramın yerine yeni bir ölçüt koymaz; kanuni kavramın hangi olayları neden kapsamaya gerektiğini açıklamaya hizmet eder. Teleolojik-fonksiyonel yaklaşımın ceza hukuku bakımından meşruiyeti de ancak bu iki unsurun kanuni düzenlemenin sınırları içerisinde kullanılması hâlinde söz konusu olabilir.

2.5.1.3. Teleolojik-Fonksiyonel Yöntemin Aşamaları

Teleolojik-fonksiyonel yorum faaliyeti birbirini izleyen ve her biri bir sonraki aşamanın dayanağını oluşturan bir dizi değerlendirmeyi gerektirir. Yöntemin başlangıç noktasını yorumlanacak normun ve bu norm içerisindeki kavramın belirlenmesi oluşturmaktadır. Bu aşamada öncelikle yorum sorununa konu olan ifadenin lafzi anlam alanı, sistematik konumu ve norm içerisindeki yeri ortaya konulmalıdır. Böylece teleolojik ve fonksiyonel değerlendirmenin konusu belirlenmiş olur.

İkinci aşamada normun koruduğu hukuki değer ve gerçekleştirmeye yöneldiği amaç tespit edilir. Bu tespit yapılırken yalnızca düzenlemenin subjektif tarihsel amacı değil; kanun metni, düzenlemenin sistematik konumu, kanunun genel amaçları ve korunan hukuki değer birlikte dikkate alınmalıdır. Böylece yorum faaliyetinin yöneldiği telos ortaya konulur.

Üçüncü aşama, yorumlanan kavramın veya unsurun bu amaç bakımından üstlendiği fonksiyonun belirlenmesidir. Burada normun amacı ile kavram arasında doğrudan bir özdeşlik kurulmamalıdır. Aynı suç tipi içerisinde yer alan farklı unsurlar, aynı hukuki değer korunmasına farklı biçimlerde katkı sağlayabilir. Bu nedenle belirli bir unsurun neden suç tipine dâhil edildiği ve suçun haksızlık yapısında hangi rolü üstlendiği ayrıca araştırılmalıdır.

Dördüncü aşamada kavramın kapsamı, tespit edilen fonksiyon doğrultusunda belirlenir. Kavramın lafzen kapsadığı bütün durumların normun amacı ve kavramın fonksiyonuyla uyumlu olup olmadığı incelenir. Lafzi kapsam ile normatif işlev arasında uyumsuzluk bulunduğu, kanunun mümkün anlam alanı içerisinde kalmak kaydıyla kavramın teleolojik olarak sınırlandırılması söz konusu olabilir. Aynı şekilde farklı lafzi anlam ihtimalleri arasında normun amacı ve kavramın fonksiyonu ile en uyumlu olan anlam tercih edilebilir.

Son aşamada ulaşılan yorum sonucu ceza hukukunun kanunilik güvenceleri bakımından denetlenir. Teleolojik veya fonksiyonel bakımdan isabetli görünen bir sonucun, kanun metninin mümkün anlam sınırını aşması hâlinde kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yöntem doğrusal biçimde yalnızca amaçtan sonuca ilerleyen bir muhakeme değildir. Ulaşılan sonuç, yeniden lafız, sistematik bağlam, kanunilik, belirlilik ve kıyas yasağı bakımından kontrol edilmelidir.

Bu aşamalar şu şekilde özetlenebilir: Norm veya kavramın belirlenmesi → normun koruduğu hukuki değer ve amacın tespiti → kavramın bu amaç bakımından üstlendiği fonksiyonun belirlenmesi → kavramın kapsamının fonksiyona göre tayini → ulaşılan sonucun lafız ve kanunilik ilkesi bakımından denetlenmesi.

Bu sıralamanın önemi, yorum faaliyetinde korunan hukuki değerden doğrudan somut sonuca geçilmesini önlemesidir. Normun amacı, ancak kanuni kavramın norm içerisindeki işlevi üzerinden yorum sonucuna etki etmektedir. Böylece teleolojik değerlendirme, kanuni düzenlemenin yerine geçen bağımsız bir norm yaratma aracına dönüşmeden normun anlamının belirlenmesinde kullanılabilir.

2.5.1.4. Teleolojik-Fonksiyonel Yöntemin Sınırları

Teleolojik-fonksiyonel yöntemin ceza hukukunda kullanılması, yorum faaliyetinin tabi olduğu özel güvenceler nedeniyle diğer hukuk alanlarına kıyasla daha sıkı sınırlar içerisinde gerçekleşmektedir. Bunun temel nedeni, ceza normunun devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını belirlemesi ve suç tipinin kapsamındaki her genişlemenin bireyin özgürlük alanına doğrudan müdahale sonucunu doğurabilmesidir.

Bu sınırların başında suçta ve cezada kanunilik ilkesi gelmektedir. Kanunilik ilkesi yalnızca suç ve cezanın kanunla öngörülmesini değil, kanuni düzenlemenin yorum yoluyla öngörülebilir sınırlarının dışına çıkarılmamasını da gerektirir. TCK m. 2/3'te suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağının öngörülmesi de yorum faaliyetinin bu niteliğini ortaya koymaktadır.

Bu bağlamda teleolojik-fonksiyonel yorumun en önemli sınırı kanuni lafzın mümkün anlam alanıdır. Normun koruma amacı veya kriminal politik gerekçeler, metnin dilsel olarak taşıyamayacağı bir anlamın norm içerisine yerleştirilmesine imkân vermez. Kanuni kavramın mümkün anlam alanı içerisinde yapılan amaçsal seçim yorum faaliyetinin kapsamındayken, bu alanın aşılması hâlinde yorum sona ermekte ve kıyas başlamaktadır.⁵⁸⁷

Bununla birlikte ceza hukukunda lafzın sınır teşkil etmesi, teleolojik redüksiyonun mümkün olmadığı anlamına gelmez. Kıyas yasağı esas itibarıyla fail aleyhine kanuni suç alanının genişletilmesine karşı bir güvence oluşturmaktadır. Kanun metninin lafzen kapsadığı bir durumun normun koruma amacı ve haksızlık yapısı içinde yer almadığının tespit edilerek kapsam dışında bırakılması ise cezalandırılabilir alanın genişletilmesi değil, daraltılması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle teleolojik redüksiyon, kanunilik ilkesi bakımından genişletici kıyasla aynı şekilde değerlendirilemez.⁵⁸⁸ Bununla birlikte daraltıcı yorumun da keyfi biçimde gerçekleştirilemeyeceği; normun amacı, sistematik yapısı ve yorumlanan kavramın fonksiyonuyla gerekçelendirilmesi gerektiği açıktır.

Belirlilik ilkesi de yöntemin diğer sınırını oluşturmaktadır. Kavramların fonksiyonlarından hareketle yorumlanması, kanuni kavramların içeriklerinin tamamen somut olayın özelliklerine göre yeniden kurulmasına yol açmamalıdır. Aksi hâlde

⁵⁸⁷ Lafzın mümkün anlamının yorumun sınırı olduğu ve bu sınırın aşılmasının kıyas oluşturduğu hususunda **Otaç**, s. 474, 481.

⁵⁸⁸ Daraltıcı yorum ile teleolojik redüksiyonun kıyas yasağı karşısında eşdeğer olduğu, belirlilik ilkesi karşısında ise eşdeğer olmadığı yönünde **Greco**, s. 478-479. Kıyas yasağının yurttaş aleyhine örneksemeyi yasakladığı yönünde **Serozan**, s. 2427. Buna karşılık kıyasın lehe veya aleyhe olmasına bakılmaksızın kurum olarak yasaklandığı ve lehe kıyasın da kabul edilemeyeceği yönünde **Otaç**, s. 481 (Önder, Centel/Zafer/Çakmut ve Tosun'a atıfla; lehe kıyas taraftarı olarak İçel/Donay ve Soyaslan gösterilmektedir); 765 sayılı Kanun m. 20'den hareketle aynı yönde **Tosun**, s. 47-48. Teleolojik redüksiyon, kıyastan farklı olarak kanuni kavramın uygulama alanını daralttığından bu tartışma metindeki sonucu değiştirmemekte, ancak "esas itibarıyla" kaydının gerekçesini oluşturmaktadır.

fonksiyonel yaklaşım, kanuni tipiklik sınırlarının öngörülebilirliğini zedeleyen açık uçlu bir değerlendirmeye dönüşebilir. Bu nedenle fonksiyonel değerlendirme, kanuni kavramın yerine hâkimin uygun gördüğü kriminal politik ölçütün geçirilmesi anlamına gelemmez.

Benzer biçimde normun amacı da yargıcın cezalandırılması gerektiğini düşündüğü fiilleri kanuni düzenleme kapsamına dâhil edebilmesini sağlayan bağımsız bir meşruiyet kaynağı değildir. Kriminalpolitik amacın dogmatik yorum üzerindeki etkisi, pozitif hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak zorundadır. Ceza kanununun suç siyaseti karşısında sınır işlevi görmesi de bu nedenle önem taşımaktadır. Kriminalpolitik⁵⁸⁹ bakımdan arzu edilir görülen sonuç ile kanuni düzenlemenin izin verdiği sonuç arasında çatışma bulunduğu, yorum yoluyla bu çatışmanın kanun aleyhine giderilmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak teleolojik-fonksiyonel yöntem, ceza normlarının yorumunda amaca ve normatif işleve dayalı bir değerlendirmeye imkân vermekle birlikte sınırsız bir amaçsal yorum yetkisi sağlamamaktadır. Yöntemin işlevi, kanuni normu kriminal politik amaçlar doğrultusunda yeniden oluşturmak değil; mevcut kanuni düzenlemenin anlamını, koruduğu hukuki değer ile düzenlemede kullanılan kavramların bu değer bakımından üstlendikleri fonksiyon arasındaki ilişkiyi ortaya koyarak belirlemektir. Bu nedenle teleolojik-fonksiyonel yorumun geçerliliği, bir taraftan normun amacı ve kavramın işleviyle kurduğu bağlantının gerekçelendirilebilir olmasına, diğer taraftan ise kanunilik, belirlilik ve kıyas yasağının çizdiği sınırlar içerisinde kalmasına bağlıdır.

2.5.2. Ceza Normunun Koruduğu Hukuki Değer ve Amacın Belirlenmesi (Telos / Ratio Legis)

Teleolojik-fonksiyonel yöntemin ilk aşaması, kamu görevlisi unsuruna yer veren normların koruduğu hukuki değerlerin belirlenmesidir. Kamu görevlisi sıfatının farklı koruma amaçlarına yönelen suç tiplerinde kullanılması nedeniyle, korunan hukuki değerın kamu görevlisi kavramından hareketle genel olarak belirlenmesi mümkün

⁵⁸⁹ **Liszt**, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, s. 75; aktaran **Schüppel**, s. 45-59. Türk öğretisinde aynı yönde **Ünver**, s. 733.

değildir. Hukuki değer, kavramın içerisinde yer aldığı suç tipi bakımından ayrıca tespit edilmelidir.

Korunan hukuki değer tipikliğin bir unsuru değil, suç normunun koruma yönünü ve suçlaştırmının nedenini açıklayan normatif temeldir. Bu nedenle hukuki değerın tespiti, tipik hareketin yalnızca maddi özelliklerinden değil, kanun koyucunun bu hareketi hangi menfaatin korunması amacıyla cezalandırdığı sorusundan hareketle yapılmalıdır. Bu belirlemede ilk başvuru noktalarından biri suç tipinin Kanun içerisindeki sistematik konumudur. Bununla birlikte sistematik yer, korunan hukuki değerin kesin ölçütü değil, tespitine yardımcı olan bir göstergedir. Suç tipinin Kanun içerisinde yerleştirildiği bölüm ile gerçekte koruduğu hukuki değer her durumda örtüşmeyebilir.⁵⁹⁰

Bu kayıtle, kamu görevlisi unsuruna yer veren normların koruduğu hukuki değerin belirlenmesinde Kanun'un sistematığı başlangıç noktası olarak alınabilir. Kişilere karşı suçlarda kamu görevlisi sıfatı; yaşam, vücut bütünlüğü, şeref veya özgürlük gibi kişiye ait hukuki değerin korunması bağlamında ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık millete ve devlete karşı suçlarda koruma, kamu görevlisinin kişisel hukuki değeriinden ayrılarak kamu idaresinin işleyişine, kamusal faaliyetin yürütülmesine ve bunlarla bağlantılı kamusal menfaatlere yönelmektedir. Bu farklılık, kamu görevlisi unsurunun her suç tipinde aynı nedenle yer almadığını göstermekte ve unsurun korunan hukuki değer bakımından üstlendiği fonksiyonun ayrıca belirlenmesini gerekli kılmaktadır.

2.5.2.1. Kişilere Karşı Suçlar Yönünden

Kişilere karşı suçlar arasında kamu görevlisi sıfatına sonuç bağlayan hükümler, kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçların nitelikli hâllerini oluşturmaktadır. Bunun istisnası, faili yalnızca kamu görevlisi olabilen işkence suçudur. Bu suçlarda korunan hukuki değer öncelikle suçun temel şekline göre belirlenmektedir. Buna göre kasten

⁵⁹⁰ Bap ve fasıl başlıklarının normatif değeri tartışmalı olmakla birlikte gruplandırmanın teknik araçları olarak hükmün yorumunda kullanılabileceği yönünde **Ünver**, s. 800; suç tipinin korunması amaçlanan hukuksal değere göre yorumlanmasının kapsamı belirlediğine ilişkin mühür bozma örneği için aynı eser, s. 813. 765 sayılı Kanun döneminde bazı suçların hukuksal konuya göre değil failin konumuna göre sınıflandırıldığı ve işkencenin “suç failini göz önünde bulundurarak” devlet idaresi aleyhine suçlar arasında düzenlendiği yönündeki eleştiri için **Çetin Özek**, “Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LV, S. 3, 1997, s. 13 vd., s. 21.

öldürmede hayat (m. 82), kasten yaralamada vücut bütünlüğü (m. 86), işkencede insan onuru (m. 94), cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarında cinsel dokunulmazlık (m. 102, 103), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve hürriyete karşı diğer suçlarda kişi hürriyeti (m. 109, 119), hakarete şeref (m. 125), kişisel verilere ilişkin suçlarda özel hayatın gizliliği ve kişisel veriler (m. 137), mala zarar vermede ise malvarlığı (m. 152) korunmaktadır. Kamu görevlisi sıfatına bağlanan düzenlemelerin bu suçların bünyesinde yer alması, söz konusu kişisel hukuki değerlerin yanı sıra fiilin kamu göreviyle olan ilişkisinin de haksızlığın değerlendirilmesinde önem taşıdığını göstermektedir.

Kamu görevlisinin mağdur olduğu nitelikli hâllerde bu ilişki, suçun kamu görevinin yerine getirilmesi nedeniyle işlenmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim kasten öldürmede “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” (m. 82/1-g), kasten yaralama ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmada benzer biçimde kamu görevi nedeniyle (m. 86/3-c, 109/3-c), hakarete “görevinden dolayı” (m. 125/3-a), mala zarar vermede ise “görevinden ötürü öç almak amacıyla” (m. 152/1-g) hareket edilmesi aranmaktadır. Dolayısıyla bu hükümlerde mağdurun kamu görevlisi olması tek başına nitelikli hâlin uygulanması için yeterli değildir; fiilin aynı zamanda onun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmiş olması gerekir. Kasten öldürme suçunun gerekçesinde de suçun salt kamu görevlisine karşı işlenmesinin yeterli olmadığı, öldürmenin mağdurun görevinin gereklerine uygun davranması nedeniyle gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁵⁹¹ Mala zarar verme suçunda görevin sona ermesinden sonra da görev nedeniyle gerçekleştirilen fiillerin nitelikli hâl kapsamında tutulması aynı esası göstermektedir. Burada daha ağır korumanın nedeni kişinin hâlen kamu görevlisi sıfatını taşıması değil, suçun yerine getirilen kamu göreviyle olan ilişkisidir. Yargıtayın hakaret suçunda mağdurun kamu görevlisi olup olmadığının yanı sıra hakaretin görev nedeniyle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ayrıca araştırması da bu ayrımla uyumludur.⁵⁹²

Kamu görevlisi sıfatının faile ilişkin olduğu nitelikli hâllerde ise farklı bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Kanun, kamu görevlisi tarafından işlenen her fiili daha ağır

⁵⁹¹ TCK m. 82 gerekçesi: “Suçun salt kamu görevlisine karşı işlenmesi yeterli değildir; mağdurun, görevinin gereklerine uygun davranılması dolayısıyla öldürülmesi gerekir.”

⁵⁹² Örneğin Yarg. 4. CD, 15.01.2026, E. 2023/16774, K. 2026/1581 (bekçinin kanuni yetkisi bulunmayan işlemi sırasında gerçekleşen hakaretin “görevinden dolayı” işlenmiş sayılmaması).

cezalandırmamakta; nitelikli hâli kamu görevinin faile sağladığı nüfuz veya yetkinin suçun işlenmesinde kullanılmasına bağlamaktadır. Kasten yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve hürriyete karşı diğer suçlarda “kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” (m. 86/3-d, 109/3-d, 119/1-e), cinsel saldırıda “kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” (m. 102/3-b), çocuğun cinsel istismarında “kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” (m. 103/3-e), kişisel verilere ilişkin suçlarda ise “görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” (m. 137/1-a) hareket edilmesi aranmaktadır. Bu düzenlemelerde haksızlığı ağırlaştıran husus kamu görevlisi sıfatının kendisi değil, kamu görevinin sağladığı imkânın suçun işlenmesinde kullanılmasıdır. Kasten yaralama suçunun gerekçesinde nitelikli hâlin uygulanması için kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olmasının aranmaması ve görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının yeterli görülmesi de bu sonucu desteklemektedir.⁵⁹³

İşkence suçu bu yapıdan ayrılmaktadır. TCK m. 94’te kamu görevlisi sıfatı bir nitelikli hâl değil, fail bakımından tipikliğin kurucu unsurudur. Suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesi ve insan onurunun korunmasına yönelmesi, kamu görevlisi sıfatının suç tipindeki önemini ortadan kaldırmamaktadır. İşkenceyi diğer kötü muamele biçimlerinden ayıran özelliklerden biri, failin kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle burada kamu görevlisi sıfatı, kişiye yönelik kötü muamelenin kamu görevinin icrasıyla ortaya çıkan güç ve yetki ilişkisi içerisinde gerçekleştirilmesini suçun haksızlık yapısına dâhil etmektedir. Öğretide işkencenin her kamu görevlisi tarafından işlenebileceği görüşü yanında, failin kişiler üzerinde güç kullanabilecek konumdaki kamu görevlileriyle sınırlı olduğu görüşü de savunulmaktadır.⁵⁹⁴

⁵⁹³ TCK m. 86 gerekçesi: “Kasten yaralama suçu, kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle de işlenebilir. Fıkranın (d) bendinde, bu durum, söz konusu suçun bir nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir. Bunun için kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip bulunması gerekmemektedir.”

⁵⁹⁴ İşkencenin faili bakımından her kamu görevlisini kapsayan görüş (Koca/Üzülmez; Artuk/Gökçen/Yenidünya; Özbek/Doğan/Bacaksız; Önok) ile faili başkaları üzerinde kuvvet kullanma yetkisi olan kamu görevlileriyle sınırlayan görüş (Hafizoğulları/Özen) için **Özlem Çelik Başbozkurt**, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu (TCK m. 256)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 2025, s. 649-696, s. 686, dn. 162. İşkencede zor kullanma yetkisinin

Kişilere karşı suçlar bakımından bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kamu görevlisi sıfatının kişiye ait hukuki değerlerden bağımsız bir koruma konusu oluşturmadığı görülmektedir. Sıfatın önemi, suç teşkil eden fiil ile kamu görevi arasında kurulan ilişkiden kaynaklanmaktadır. Mağdurun kamu görevlisi olduğu hâllerde suçun onun yerine getirdiği görev nedeniyle işlenmesi; failin kamu görevlisi olduğu hâllerde ise görevin sağladığı nüfuz veya yetkinin suçun işlenmesinde kullanılması aranmaktadır. Dolayısıyla kişilere karşı suçlarda kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonuçların kapsamını belirleyen husus, kişinin statüsünden ziyade somut fiilin kamu göreviyle olan bağlantısıdır.

2.5.2.2. Topluma Karşı Suçlar Yönünden

Kanun'un Üçüncü Kısımında kamu görevlisi kavramına yer veren hükümler üç bölümde toplanmaktadır: kamu güvenine karşı suçlar arasında resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (m. 205/1, c. 2) ve resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (m. 206); genel ahlaka karşı suçlar arasında fuhuş (m. 227/5); ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar arasında ihaleye fesat karıştırma (m. 235/4) ve edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236/3).⁵⁹⁵ Bu hükümlerde korunan hukuki değer, kişilere karşı suçlardaki gibi kişiye ait bir değer olmadığı gibi, millete ve devlete karşı suçlardaki gibi doğrudan devletin faaliyeti de değildir; belgelere duyulan güven, genel ahlak ve ekonomik düzen biçimindeki kolektif değerlerdir. Kamu görevlisi unsuru bu değerlerle her bölümde farklı bir esasa göre bağlanmaktadır.

Kamu güvenine karşı suçlarda kamu görevlisi kavramı, fail unsurundan önce suçun konusunu belirlemektedir. Madde gerekçesine göre resmî belge, “bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenen yazıyı” ifade etmekte ve “düzenlenen belge ile, kamu görevlisinin ifa ettiği görev arasında bir irtibatın bulunması” gerekmektedir.⁵⁹⁶

aranmadığı ve korunan öncelikli değerın insan onuru olduğu yönünde Yarg. CGK, 28.02.2017, E. 2014/269, K. 2017/108 (aktaran aynı makale, s. 688-689).

⁵⁹⁵ Bkz. yukarıda dn. 501’de anılan envanter; envanterde “görevli kişiler” ifadesine yer veren m. 235/4 ve 236/3 terminolojik farklılık kaydıyla dâhil edilmiştir.

⁵⁹⁶ TCK m. 204 gerekçesi: “Resmî belge, bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenen yazıyı ifade etmektedir. Bu itibarla, düzenlenen belge ile, kamu görevlisinin ifa ettiği görev arasında bir irtibatın bulunması gerekir.” Gerekçe metni için TBMM, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), Dönem 22, Yasama Yılı 2, S. Sayısı 664.

Resmî belgeye tanınan güven, belgeyi düzenleyen kişinin şahsi güvenilirliğinden değil, düzenleme yetkisinin kamusal kaynağından doğmaktadır. Bu nedenle kamu görevlisi kavramı, sıfatın fail unsuru olmadığı m. 204/1’de belgenin resmî niteliği üzerinden, m. 206’da ise “resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisi” biçiminde beyanın muhatabı üzerinden tipikliğe girmektedir. Gerekçe, m. 206 bakımından suçun yalnızca belgenin kişinin beyanına dayanılarak düzenlendiği hâllerde oluşacağını, beyanı alan görevlinin beyanın doğruluğunu inceleyerek belgeyi düzenlemesi hâlinde ise oluşmayacağını belirtmektedir.⁵⁹⁷ Bu açıklama, korunan değer belgenin beyana dayalı ispat gücü olduğunu ve kamu görevlisinin bu gücün kaynağı olan yetkiyi taşıyan kişi olarak norma dâhil edildiğini göstermektedir.

Kamu görevlisinin fail olduğu iki hükümde bağlantı farklı biçimde kurulmuştur. Resmî belgede sahteciliğin kamu görevlisi tarafından işlenmesi, gerekçenin ifadesiyle ayrı bir suç olarak tanımlanmış ve sıfatın yanında “suçun konusunu oluşturan belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belge olması” aranmıştır; düzenlenen sahte belgenin kamu görevlisinin düzenlemeye yetkili olduğu bir belge olmaması hâlinde ikinci fıkra uygulanmamaktadır.⁵⁹⁸ Haksızlığın ağırlığı burada sıfattan değil, belgeye resmî güvenilirliğini kazandıran yetkinin kötüye kullanılmasından doğmaktadır; Birinci Bölümde kamusal yetkinin görünümlerinden biri olarak belirlenen belgelendirme yetkisi bu hükümde tipikliğin unsuru hâline gelmiştir. Resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçunda ise kanun yalnızca sıfata sonuç bağlamış; gerekçe, düzenleme yetkisinin aranmadığını belirtmekle birlikte fiili “gerçek bir resmî belgenin kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak” bozulması, yırtılması, yok edilmesi veya gizlenmesi üzerinden açıklamıştır.⁵⁹⁹ Kanun koyucu böylece görev ile

⁵⁹⁷ TCK m. 206 gerekçesi: “Beyanın doğruluğu düzenlenen resmî belgeyle ispat edilecek ise, madde uygulanacaktır; buna karşılık beyanı alan memur, beyanın doğruluğunu tahkik edip, buna kanaat getirdikten sonra resmî belgeyi düzenlemek durumunda ise ... bu maddedeki suç oluşmaz.”

⁵⁹⁸ TCK m. 204 gerekçesi: “Maddenin ikinci fıkrasında, resmî belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmaktadır. Birinci fıkrada tanımlanan suçtan farklı olarak, bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesinin yanı sıra, suçun konusunu oluşturan belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belge olması gerekir. Bu bakımdan, resmî belgede sahteciliğin kamu görevlisi tarafından yapılmasına rağmen, düzenlenen sahte resmî belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir belge olmaması hâlinde, bu fıkra hükmü uygulanamaz.”

⁵⁹⁹ TCK m. 205 gerekçesi: “Bu suç, herhangi bir kişi tarafından işlenebilir. Resmî belgenin kamu görevlisi tarafından bozulması, yok edilmesi veya gizlenmesi, bu suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Bu suç

fiil arasındaki bağlantıyı kanun metnine yazmamış, gerekçede kurmuştur. İki hüküm arasındaki fark, aynı korunan değer bakımından sıfatın kimi zaman yetkiyle birlikte tipikliği kurduğunu, kimi zaman ise bağlantısı metinde belirtilmeksizin ağırlaştırıcı neden olarak öngörüldüğünü göstermektedir.

Bilirkişiye ilişkin uygulama da bu noktada önemlidir. Bilirkişi, madde gerekçesinde ve HMK m. 284'te kamu görevlisi sayıldığından düzenlediği rapor resmî belge niteliğindedir; bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi esasen kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen fikrî sahtecilik niteliği taşımakla birlikte, bu fiil m. 276'da ayrıca düzenlendiğinden özel normun önceliği ilkesi gereği m. 276 uygulanmaktadır.⁶⁰⁰ Sıfatın belge suçlarında tipikliği kurması, aynı fiili düzenleyen özel normun uygulanmasına engel oluşturmamaktadır.

Genel ahlaka karşı suçlar arasında fuhuş suçunun nitelikli hâli, ağırlaştırmayı “kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” işlenmeye bağlamaktadır.⁶⁰¹ Hükümde kamu görevi ile özel hukuk hizmet ilişkisi aynı bentte ve aynı sonuçla yan yana sayılmıştır. Kanun koyucu bu tercihle ağırlaştırmanın dayanağının nüfuzun kaynağı değil nüfuzun kendisi olduğunu göstermiş; kamu görevini, nüfuz doğurabilecek ilişkilerden yalnızca biri olarak anmıştır. Kamu görevlisi kavramının bu hükümdeki işlevi, kişilere karşı suçlardaki nüfuz hükümlerinden de dar biçimde, mağdur üzerindeki fiilî etki imkânının kaynaklarından birini göstermekten ibarettir; sıfatın haksızlığa kamusal bir boyut eklediği bu hükümden çıkarılamamaktadır.

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarında ise kanun kamu görevlisi kavramına değil “görevli kişiler” ifadesine yer vermekte ve fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevlilerin “ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre”

açısından özellik arzeden husus, suçun konusunu oluşturan belgenin, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu belge olması gerekmez. Gerçek bir resmî belgenin kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bozulması, yırtılması, yok edilmesi veya gizlenmesi hâlinde, bu suç oluşur.”

⁶⁰⁰ **Güneş Okuyucu Ergün**, “Bilirkişi Raporu Üzerinde Gerçekleştirilen Sahtecilik Fiillerinin Niteliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, 2013, s. 265-274, s. 267-268 (bilirkişinin kamu görevlisi olması ve raporun resmî belge niteliği), s. 270-271 (özel normun önceliği ilkesi gereği m. 276'nın uygulanması). HMK m. 284 için bkz. yukarıda 1.4.4.4 (“Kamu Görevlisinin Eşdeğerlik Rejimi”) başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁰¹ TCK m. 227/5. Madde gerekçesi beşinci fıkra bakımından hükmün içeriğini tekrarlamakla yetinmekte, artırımın gerekçesine ilişkin ayrıca bir açıklama içermemektedir.

cezalandırılacağını öngörmektedir.⁶⁰² Bu fıkralar sifata bağımsız bir sonuç bağlamamakta, kamu görevlisine özgü rejimi rüşvet ve irtikâp gibi suçlara yollama yoluyla saklı tutmaktadır. Suçun uygulama alanının kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler adına yapılan işlemleri de kapsamı karşısında “görevli kişi” ifadesi, kamu görevlisinden daha geniş bir kişi çevresini ifade etmektedir.⁶⁰³ Korunan hukuki değer bakımından ise gerekçe, ihaleye fesat karıştırma suçuyla “kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvenin” korunduğunu belirtmektedir.⁶⁰⁴ Ekonomik düzene ilişkin bölümde düzenlenen bir suçun koruma yönünün kamu idaresine karşı suçlarınkiyle örtüşmesi, suçun sistematik konumunun korunan hukuki değerın kesin göstergesi olmadığı yönündeki kaydı doğrulamaktadır.

Topluma karşı suçlar bakımından ulaşılan sonuç, kamu görevlisi sıfatının bu Kısımdaki hiçbir hükümde kişinin statüsü olarak sonuç doğurmadığıdır. Sıfat, kamu güvenine karşı suçlarda belgeye resmî niteliğini veren yetki üzerinden, genel ahlaka karşı suçlarda nüfuz üzerinden, ekonomik düzene ilişkin suçlarda ise yollama üzerinden korunan değere bağlanmaktadır. Kamu güvenine karşı suçlarda ortaya çıkan yetki bağlantısı, sıfatın belirli suç tiplerinde ancak kişinin somut bir kamusal yetkiyle donatılmış olması hâlinde işlev gördüğünü göstermekte ve kamu görevlisi kavramının fonksiyonunun belirlenmesinde yetkinin ayrı bir bağlantı esası olarak ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

2.5.2.3. Millete ve Devlete Karşı Suçlar Yönünden

Kamu görevlisi kavramına yer veren hükümlerin önemli bir bölümü Kanun’un Dördüncü Kısımında, millete ve devlete karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Kamu idaresinin

⁶⁰² TCK m. 235/4 ve 236/3. Gerekçe her iki madde bakımından aynı açıklamayı içermektedir: “... menfaat temin edilmiş olması hâlinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir.” (TCK m. 235 ve 236 gerekçeleri).

⁶⁰³ TCK m. 235/5 ve m. 236/1. “Görevli kişi” ifadesinin bu geniş özne çevresi nedeniyle kamu görevlisi kavramıyla örtüşmediği tespiti, kararlardan değil hükümlerin lafzından hareket eden bu çalışmaya ait bir değerlendirmedir.

⁶⁰⁴ TCK m. 235 gerekçesi: “Bu hükümle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir.”

güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar (m. 247-266), adliyeye karşı suçlar (m. 267-298) ve millî savunmaya karşı suçlar (m. 317-325) bu kapsamdadır. Kişilere karşı suçlardan farklı olarak burada koruma, kişiye ait bir hukuki değere değil, doğrudan devletin belirli faaliyet ve menfaatlerine yönelmektedir. Bu nedenle öncelikle hangi devlet menfaatinin ceza hukuku tarafından korunduğunun belirlenmesi gerekir.

Her suçun hukuk düzenini ihlal etmesi nedeniyle dolaylı olarak devletin menfaatlerine dokunduğu söylenebilirse de bu durum, suçun doğrudan devlete karşı işlendiği anlamına gelmez. Devlete karşı suçlarda korunan hukuki değer, devletin kendi varlığı, örgütlenmesi ve faaliyetlerinin yürütülmesiyle bağlantılı menfaatlerdir. Öğretide bu menfaatler siyasal, idari ve adli menfaatler şeklinde ayrılmakta; bu ayrım devletin siyasal, idari ve yargısal fonksiyonlarına dayanmaktadır.⁶⁰⁵ Siyasal menfaatler devletin anayasal düzeni ve siyasal varlığıyla, idari menfaatler kamu idaresinin faaliyetleriyle, adli menfaatler ise yargı faaliyetinin gereği gibi yürütülmesiyle bağlantılıdır. Bu ayrım öğretide, bireyin “iyi idare” düzeninde yaşama menfaatini esas alan çağdaş anlayış karşısında geçerliliğini yitirmiş klasik görüş olarak da eleştirilmektedir.⁶⁰⁶

Kamu görevlisi kavramının özellikle kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlarda kullanılması, korunan hukuki değerın daha yakından belirlenmesini gerektirmektedir.⁶⁰⁷ Öğretide görevi kötüye kullanma suçu bakımından korunan hukuki

⁶⁰⁵ Ayrımın Türk öğretisindeki klasik ifadesi için **Özek**, “Devlete Karşı Suçlar”, s. 471-473; yazara göre her suç dolaylı olarak devlete karşı işlenmekte, buna karşılık devletin yapısına, varlığına ve fonksiyonlarına yönelik fiiller doğrudan devlete karşı suç sayılmakta ve devletin menfaatleri siyasal, idari ve adli menfaatler olarak üçe ayrılmaktadır. Rocco ve Santoro’ya atıfla aynı ayrım için **Toroslu**, *Suçun Hukuki Konusu*, s. 362; ayrımın mehzaz hukuktaki kökeni için **Çetin Özek**, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967, s. 33 ve 37.

⁶⁰⁶ Ayrımın “çağımızda geçerliliğini yitiren klasik görüş” olduğu yönündeki eleştiri için **Özek**, “Adliyeye Karşı Suçlar”, s. 16; yazara göre çağdaş anlayışta kamu idaresine karşı suçlar, bireyin dürüstlük, tarafsızlık, disiplin, sadakat, süreklilik ve itibarın korunması ilkelerine dayanan “iyi idare” düzeninde yaşamasını sağlamaya yöneliktir (aynı yer). Yazarın 1977 tarihli tebliğinde bu ayrımı benimsediği hususunda bkz. yukarıda dn. 605.

⁶⁰⁷ İdari varlıkların, objektif olarak ele alınan idari görevin normal işleyişi ile bu görevi yürüten süljelerin hürriyet, prestij ve tarafsızlığına ilişkin menfaatler olarak somutlaştırılması için **Toroslu**, *Suçun Hukuki Konusu*, s. 363-364 (Santoro’ya atıfla). Ceza hukuku bakımından kamu idaresinin, devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları kapsamında yürüttüğü tüm faaliyetleri ifade ettiğı ve yargı organları ile milletvekillerinin de bu “süjesel örgüte” dâhil olduğı hususunda **Toroslu**, *Özel Kısım*, s. 277-278 (aktaran Eylem Baş, Fail ve Mağdur, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020, s. 571, dn. 4435); Kanun’un Dördüncü Kısımında devletin erkleri ile işlevlerinin karıştırıldığı eleştirisi için **Zeki Hafızogulları/Devrim Güngör**, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 21 vd., s. 32 (aktaran **Baş**, s. 571-572, dn. 4453).

değer, kamu idaresinin hukuka uygun, düzenli, etkin, dürüst ve tarafsız biçimde işlemesi üzerinden açıklanmaktadır.⁶⁰⁸ Kanunun gerekçelerinde ise bunun yanında kamu idaresine ve kamu görevlilerine duyulan güvene de yer verilmektedir. Nitekim rüşvet suçunun gerekçesinde kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmeyeceğine ve “satın alınamaz” olduğuna ilişkin toplumsal güvenin korunmasından; görevi kötüye kullanma suçunun gerekçesinde ise kamu faaliyetlerinin eşitlik ve liyakat ilkelerine uygun yürütüldüğüne ilişkin güvenin korunmasından söz edilmektedir.⁶⁰⁹

Ancak kamu idaresine duyulan güven ile kamu faaliyetinin hukuka uygun ve düzenli biçimde yürütülmesini birbirinden bağımsız iki koruma konusu olarak değerlendirmek isabetli değildir. Gerekçelerde sözü edilen güven, soyut olarak kamu görevlilerine veya kamu kurumlarına duyulan güven değil; kamu görevlilerinin satın alınamayacağına, kamu faaliyetlerinin eşitlik ve liyakat ilkelerine uygun yürütüleceğine ve kamu yetkisinin hukuka uygun kullanılacağına ilişkin güvendir. Dolayısıyla güvenilirlik, kamu

⁶⁰⁸ **Zafer**, s. 1560 (“idarenin düzenli, etkin, dürüst ve tarafsız bir şekilde işleyişi güvence altına alınmaktadır”); **Yokuş Sevük**, s. 261-262. Yokuş Sevük’e göre suç esas olarak kamu yararını korumakta, kişiler ikincil olarak korunmaktadır (s. 262); mağduriyet ve zararın suçla korunan hukuki menfaatin koruma alanı dışında kaldığı yönünde **Zafer**, s. 1575. Devletin bu suçlarda “ilk ve zorunlu mağdur” olduğu ve kamu idaresine karşı suçların yalnız devletin gerçek anlamda mağduru olduğu suçlar arasında sayılması için **Baş**, s. 569-571; Anayasa Mahkemesinin kamu tüzel kişilerinin mağdur olabileceğine ilişkin tespiti için AYM, 05.03.2009, E. 2006/77, K. 2009/39 (RG 27.03.2010, Sayı 27534: “Kamu tüzel kişilerinin bir suçun faili olup olamayacakları konusunda öğretide tartışmalar olsa da, başta devlet olmak üzere diğer kamu tüzel kişilerinin bir suçun mağduru olma konuları tartışmasızdır”; ayrıca aktaran **Baş**, s. 572). Kamu idaresine ve adliye karşı suçlarda korunanın devlet değil bireyin düzgün yönetim ve adil yargılanma hakkı olduğu yönündeki birey merkezli karşı görüş için **Özek**, “Devlete Karşı Suçlar Üzerine Düşünceler”, s. 663-668 ve **Ünver**, s. 482-483 (her ikisi aktaran **Baş**, s. 578-581); liberal devlet anlayışı kabul edilse dahi devletin kendine özgü korunması gereken varlık ve menfaatleri bulunduğu yönündeki cevap için **Baş**, s. 578-582.

⁶⁰⁹ TCK m. 252 gerekçesi: “Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlılık açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve ‘satın alınamaz’ oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır.” TCK m. 257 gerekçesi: “... kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlılık açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir.” TCK m. 252 gerekçesindeki bu cümle, tasarı yazarının 1994 tarihli karar incelemesindeki formülüyle neredeyse aynıdır: **Özgenç**, *Kamu Görevi*, s. 334-335 (kamu faaliyetlerinin eşitlik [iustitia commutativa] ve liyakat [iustitia distributiva] açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğüne, kamu görevlilerinin satın alınamayacaklarına [Unbestechlichkeit von Amtsträgern] ilişkin güvenin sarsılmaması gereği).

faaliyetinin belirli esaslara uygun biçimde yürütülmesinden bağımsız değil, bu işleyişe ilişkin toplumsal beklentinin bir ifadesidir.⁶¹⁰

Aksi bir kabul, kamu görevlisinin işlediği ve kamu idaresine duyulan güveni olumsuz etkileyebilecek her suçun daha ağır cezalandırılmasını haklı gösterebilecek ölçüde geniş bir gerekçeye dönüşebilir. Oysa Kanun, kamu görevlisi sıfatını tek başına ağırlaştırma nedeni olarak kabul etmemektedir. Nitekim TCK m. 266’da kamu görevlisinin suçun işlenmesinde görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri kullanması aranmış; yalnızca kamu görevlisi olmasına daha ağır bir sonuç bağlanmamıştır. Bu tercih, kamu idaresinin güvenilirliğinin kamu görevlisinin kişisel statüsünden bağımsız ve sınırsız bir ağırlaştırma gerekçesi olarak kullanılamayacağını göstermektedir.

Bu çerçevede, kamu görevlisi sıfatına sonuç bağlamakla birlikte fiil ile kamu görevi arasında açık bir bağlantı aramayan TCK m. 205/1’in ikinci cümlesi, m. 255/1’in ikinci cümlesi ve m. 282/3 ayrıca değerlendirilmelidir. Bu hükümlerde kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonucun, kamu faaliyetinin yürütülmesiyle hangi ilişkiye dayandığı diğer düzenlemelerde olduğu kadar açık değildir. Bu nedenle söz konusu hükümler, kamu idaresinin güvenilirliğinin ne ölçüde bağımsız bir koruma gerekçesi oluşturabileceğinin ve kamu görevlisi sıfatına bağlanan hukuki sonuçların görevle bağlantısının nerede aranması gerektiğinin belirlenmesi bakımından özellikle önem taşımaktadır.

Millete ve devlete karşı suçların diğer bölümlerinde ise korunan hukuki değer, kamu idaresinin işleyişinden farklı olarak devletin belirli bir fonksiyonu veya organı üzerinden belirlenmektedir. Adliye karşı suçlarda (m. 267-298) koruma, yargı fonksiyonunun bağlayıcı karar üretme sürecine ve bu sürecin adli faaliyet olarak yürütülmesine yönelmektedir. Bu bölümde kamu görevlisi kavramı, kamu idaresine karşı suçlardakinden farklı bir konumda bulunmaktadır. Suç delillerini yok etme (m. 281/2), suçluyu kayırma (m. 283/2) ve kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (m. 279) gibi hükümlerde kamu görevlisi sıfatı, faaliyetin yürütülmesine katılan kişinin adli fonksiyona karşı taşıdığı özel yükümlülüğü ifade etmekte; yargı görevi yapanı etkilemeye teşebbüs

⁶¹⁰ Korunan değer, kamu görevlilerinin yetkilerini “hukuken belirlenmiş sınırlar içinde” kullandıklarına ilişkin toplumsal güven olarak tanımlanması için **Özgenç/Şahin**, s. 195-196; aynı yönde **Üzülmez**, “Görevi Kötüye Kullanma”, s. 194.

(m. 277) ve yargı görevi yapan ile bilirkişi ve tanığa ilişkin hükümlerde ise koruma kamu görevlisi sıfatına değil, m. 6/1-d'de ayrıca tanımlanan yargı görevi yapan sıfatına bağlanmaktadır. Kanun koyucunun yargı fonksiyonunu icra edenler için kamu görevlisi kavramından ayrı bir tanım öngörmesi, bu bölümde korunan değer kamusal faaliyetin bütünü değil, fonksiyonun kendisi olduğunu göstermektedir.⁶¹¹

Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar (m. 299-301) ile anayasal düzene karşı suçlarda (m. 309 vd.) ise koruma, kamu görevlisi sıfatı taşıyan kişilerden bütünüyle bağımsızlaşmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisini aşağılama suçunda korunan, Meclisin organ olarak saygınlığıdır; milletvekillerinin kamu görevlisi sıfatı suçun yapısına girmemektedir. Cumhurbaşkanı hakaret suçu (m. 299) da aynı yapıyı taşımaktadır. Hükmün hakaret suçunun kamu görevlisine görevinden dolayı işlenen nitelikli hâlden (m. 125/3-a) ayrı ve daha ağır bir yaptırımla düzenlenmesi, korumanın konusunun kamu görevlisinin yürüttüğü faaliyet değil, devletin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanlığı makamının temsil ettiği egemenlik olduğunu göstermektedir. Bu hükümlerde kişinin kamu görevlisi olup olmadığı, tipikliğin kuruluşunda hiçbir işlev görmemektedir.

Bu tablo, millete ve devlete karşı suçlarda üç ayrı koruma düzeyinin bulunduğunu ortaya koymaktadır. Devletin organı veya erki, organın saygınlığına ve anayasal düzene karşı suçlarda; devletin fonksiyonu, adliye karşı suçlarda; kamusal faaliyetin kendisi ise kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlarda korunmaktadır. Kamu görevlisi kavramı bu üç düzeyden başlıca üçüncüsünde tipikliği belirleyen genel bir unsur olarak işlev görmektedir; fonksiyonun korunduğu düzeyde kural olarak yerini yargı görevi yapan gibi daha dar tanımlara bırakmakla birlikte kimi hükümlerde (m. 279, 281/2, 282/3, 283/2, 285/4) fail bakımından sonuç doğurmaya devam etmekte, erkin korunduğu düzeyde ise hiç görünmemektedir. Dolayısıyla kamu görevlisi kavramının işlevi, devlete karşı suçlar için tek bir telostan hareketle değil, ilgili bölümün koruduğu düzey

⁶¹¹ Devlete karşı suçlarda korunan hukuki değer devletin fonksiyonları üzerinden belirlenmesi için bkz. **Özek**, *Devlete Karşı Suçlar*, s. 464 vd.

belirlenerek tespit edilmektedir; bu belirleme aynı zamanda kamu görevlisi sıfatının bir hükümde neden yer aldığını, başka bir hükümde neden yer almadığını da açıklamaktadır.

2.5.3. Kamu Görevlisi Kavramının Fonksiyonunun Belirlenmesi

Ceza normunun koruduğu hukuki değerin belirlenmesi, kamu görevlisi unsurunun bu değerin korunmasında hangi işlevi gördüğü sorusunu cevaplandırmamaktadır. Aynı hukuki değeri koruyan iki normda kamu görevlisi sıfatı farklı işlevler üstlenebilmekte; kamu idaresinin işleyişini koruyan zimmet suçunda sıfat fail bakımından tipikliği kurarken, aynı değeri koruyan görevi yaptırmamak için direnme suçunda mağdur bakımından tipikliğe katılmaktadır. Bu nedenle üçüncü aşamada kamu görevlisi unsurunun suç tipindeki fonksiyonu, tipik haksızlığın kuruluşuna katılıp katılmadığı ve haksızlığın ağırlığını hangi bağlantı üzerinden etkilediği esas alınarak belirlenmektedir. Kanun'daki hükümlerin incelenmesi, bu fonksiyonun iki temel görünümde toplandığını göstermektedir: kamu görevlisi sıfatı ya tipikliği kuran bir unsur olarak ya da oluşmuş bir haksızlığın normatif değerlendirilmesini etkileyen bir unsur olarak kullanılmaktadır. Her iki görünümde de sıfat, fail veya mağdur ekseninde ortaya çıkabilmekte ve çoğu kez görev ile fiil arasında kurulan bir bağlantıyla birlikte sonuç doğurmaktadır.

2.5.3.1. Kamu Görevlisi Kavramının Tipikliği Kurucu İşlevi

Kamu görevlisi kavramının ceza hukukundaki işlevlerinden ilki, belirli suçlarda tipiklığın kuruluşuna katılmasıdır. Bu durumda kamu görevlisi sıfatı, oluşmuş bir tipik haksızlığın yalnızca daha ağır değerlendirilmesine yol açan bir unsur değil, tipik haksızlığın varlık koşullarından biridir.⁶¹² Kamu görevlisi unsurunun bulunmaması hâlinde, ilgili suç tipinde tanımlanan tipik haksızlık oluşmaz. Gerçekleştirilen fiilin koşullarına göre başka bir suç tipini oluşturabilmesi ise bu sonucu değiştirmez. Belirleyici olan, kamu görevlisi

⁶¹² Faile ilişkin özelliğin tipiklığın objektif unsurları içerisinde yer aldığı ve yokluğunun tipik bir eylemin bulunmaması sonucunu doğurduğu yönünde **Yüksel**, s. 79-80. Kamu görevlisi sıfatını suçun ön şartı sayan görüş için **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 15. Tıpkı Bası, Der Yayınları, İstanbul 2021, s. 724, n. 835 (aynı yönde **Demren Dönmez**, s. 118); eleştirisi için **Yüksel**, s. 72-73. Ön şart kavramının reddi ve ön şart sayılan niteliklerin suçun unsuru olduğu görüşü için **Baş**, s. 66, 76-77 (Kunter'in "rüşvet bakımından kamu görevlisi olma özel şarttır" formülüne karşı); failin veya mağdurun niteliklerinin suçun özel kurucu unsuru ya da tali unsuru olabileceği hususunda aynı tez, s. 58-60.

sıfatının çıkarılmasıyla aynı tipik haksızlığın daha hafif bir görünümünün kalıp kalmadığı değil, kanunda tanımlanan haksızlığın kurucu unsurlarından birinin ortadan kalkmasıdır.

Bu işlev esas olarak kamu görevlisinin fail olduğu suçlarda ortaya çıkmaktadır. Kamu görevlisi sıfatının fail bakımından tipikliği kurduğu bu suçlar, dogmatik bakımdan gerçek özgü suçların (echte Sonderdelikte) başlıca görünümünü oluşturmaktadır.⁶¹³ Zimmet, irtikâp, rüşvet, görevi kötüye kullanma ve kamu görevlisinin suçu bildirmemesi gibi suçlarda kamu görevlisi sıfatı veya bu sıfatın işaret ettiği özel göreve ilişkin konum bulunmaksızın ilgili tipik haksızlık kurulamaz. Örneğin zimmet suçunda kamu görevlisi sıfatının ve görevi nedeniyle doğan zilyetlik ilişkisinin bulunmaması hâlinde zimmet tipikliği oluşmaz. Fiilin şartları varsa güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilmesi, zimmet bakımından kamu görevlisi sıfatının kurucu niteliğini ortadan kaldırmaz.⁶¹⁴

Bununla birlikte tipikliği kurucu işlev, kamu görevlisinin fail olduğu suçlarla sınırlı değildir. TCK m. 265’te düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu, kamu görevlisi sıfatının mağdur ekseninde tipikliği kurduğu özgün görünümü oluşturmaktadır. Maddede cebir veya tehdidin “kamu görevlisine karşı, görevini yapmasını engellemek amacıyla” kullanılması arandığından, kamu görevlisi yalnızca daha yoğun biçimde korunan bir mağdur değildir; kamu görevlisine yönelen ve onun görevini yapmasını engelleme amacı taşıyan fiil, suçun tipik haksızlığının kuruluşuna katılmaktadır. Bu nedenle mağdurun kamu görevlisi olmaması hâlinde m. 265’te tanımlanan tipik haksızlık oluşmaz. Cebir veya tehdidin başka bir suç tipini oluşturması mümkün olmakla birlikte, bu durum kamu görevlisi sıfatının m. 265 bakımından tipikliği kurucu işlevini

⁶¹³ Özgü suçun, kanuni tanımında fail için özel, belirli ve objektif niteliklerin arandığı suç olarak tanımı için **Yüksel**, s. 22, 25, 61. İlgili tiplerin özel faillik sıfatının kurucu unsur olması sebebiyle gerçek özgü suç sayıldığı yönünde Yarg. CGK, 27.03.2018, E. 2015/19-625, K. 2018/118; aktaran **Taner/Öntan**, s. 170, dn. 30. Buna karşılık görünüşte özgü suçu “failin kamu görevlisi olmaması hâlinde yine de cezalandırılabilir bir haksızlığın doğması ihtimali” ile tanımlayıp zimmeti güveni kötüye kullanma karşısında görünüşte özgü suç sayan görüş için **Tulay**, s. 1235. Bu ölçüt, sıfatın çıkarılmasıyla başka bir tipik haksızlığın kalmasını kurucu niteliğin yokluğuyla özdeşleştirdiğinden burada benimsenmemektedir.

⁶¹⁴ Kamu görevlisi sıfatını taşımayan kişinin devraldığı mal üzerindeki tasarrufunun zimmet değil güveni kötüye kullanma oluşturduğu yönünde **Centel**, s. 2785; görevi kötüye kullanma bakımından aynı yönde **Pınar Memiş Kartal**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), 2013, s. 1373-1395, s. 1381; irtikâpta görev bağlantısının bulunmaması hâlinde dolandırıcılığın oluşacağı yönünde krş. **Üzülmüş**, “İrtikâp”, s. 289. 765 sayılı Kanun döneminde, görev dolayısıyla zilyetlik bulunmaksızın alınan malın “mevsuf hırsızlık” veya başka bir suç oluşturabileceği yönünde **Erem**, s. 40.

değiştirmez. Kamu görevlisinin bu suçta mağdur mu yoksa suçtan zarar gören mi olduğu öğretide tartışmalıdır; ancak bu tartışma sıfatın tipikliği kurucu işlevini değiştirmemektedir, zira her iki görüşte de kamu görevlisi sıfatı tipik haksızlığın varlık koşuludur.⁶¹⁵

Fail veya mağdur ekseninde ortaya çıkmasına bakılmaksızın kurucu işlevin ortak özelliği, kamu görevlisi sıfatının korunan hukuki değerle bağlantısının doğrudan suç tipinin kuruluşuna dâhil edilmiş olmasıdır. Bu nedenle tipikliği kuran yapı kural olarak soyut kamu görevlisi sıfatından ibaret değildir. Sıfat, suç tipinde öngörülen göreve ilişkin bağlantıyla birlikte tipik haksızlığı meydana getirir.⁶¹⁶ Zimmette “görevi nedeniyle” doğan zilyetlik veya koruma ve gözetim yükümlülüğü, irtikâpta görevin sağladığı nüfuz veya güvenin kötüye kullanılması, rüşvette görevin ifasıyla ilgili iş, görevi kötüye kullanmada görevin gereklerine aykırılık bu bağlantının fail eksenindeki görünümleridir. Görevi yaptırmamak için direnme suçunda ise aynı bağlantı mağdur ekseninde, fiilin kamu görevlisine görevini yaptırmamak amacıyla yöneltilmesi suretiyle kurulmaktadır.

Bu yapı, kamu görevlisi sıfatının tipikliği kurucu işlevinin kriminal politik temelini de ortaya koymaktadır. Kamu görevlisinin suç tipine dâhil edilmesinin nedeni, belirli kişilerin soyut statülerinin suçun konusu hâline getirilmesi değildir. Sıfat, fail veya mağdurun yürüttüğü kamu görevi aracılığıyla korunan kolektif hukuki değerle bağlantı kurulmasını sağlamaktadır. Fail ekseninde kamu görevlisinin kolektif hukuki değer karşısındaki özel yetki, yükümlülük veya tasarruf alanının ihlali; mağdur ekseninde ise kamu görevlisine yönelen fiil aracılığıyla kamusal faaliyetin yürütülmesinin engellenmesi tipik haksızlığın kuruluşuna dâhil edilmektedir. Bu nedenle kamu görevlisi

⁶¹⁵ Aksi yönde, m. 265’te mağdurun kamu görevlisi değil devlet olduğu ve kamu görevlisinin suçtan zarar gören sayılması gerektiği hususunda **Baş**, s. 61, dn. 542 ve s. 569; kamu görevlisi olmanın bazı suçlarda failin, bazılarında mağdurun, bazılarında ise maddi konunun niteliği olduğu yönünde **Okuyucu Ergün**, *Zimmet*, s. 205 (aktaran **Baş**, s. 61, dn. 545); yazarın sıfatı failin niteliği (m. 247, 250, 252, 257, 258), davranışın maddi konusunun niteliği (m. 265) ve ağırlaştırıcı neden (m. 102, 125) olarak ayırması için **Okuyucu Ergün**, “Kamusal Faaliyet”, s. 533. Yargıtay ise tüzel kişilerin suçtan zarar görebileceklerini fakat mağdur olamayacaklarını belirterek polis memurlarını mağdur, kamu idaresini zarar gören saymakta ve m. 43/2’yi uygulamaktadır: Yarg. CGK, 02.03.2010, E. 2009/9-259, K. 2010/47 (oyçokluğuyla). Kamu idaresine karşı suçların “mağduru belli olmayan suç” sayılamayacağı ve devletin m. 43/1 anlamında “bir kişi” olduğu görüşü için ayrıca **Baş**, s. 623-628.

⁶¹⁶ TCK m. 247 gerekçesi: “Kamu görevlisi, bu görevi dolayısıyla zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mallar üzerinde ancak görevinin gerektirdiği şekilde tasarrufta bulunabilir.”

sıfatının tipikliği kurucu işlevinde ortak olan husus, sıfatın fail veya mağdurun kişisel niteliğini göstermekten öte, korunan kolektif hukuki değer ile tipik fiil arasındaki görevsel bağlantıyı kurmasıdır.

Kamu görevlisi sıfatının tipikliği kurucu işlevinin belirlenmesinde, özgü suç (Sonderdelikt) ile yükümlülük suçu (Pflichtdelikt) kavramlarının birbirinden ayrılması gerekir. Her iki kavram kamu görevlisinin fail olduğu suçların açıklanmasında sıklıkla birlikte kullanılmakla birlikte, aynı dogmatik soruya cevap vermemektedir. Özgü suç kavramı suç tipinin fail çevresinin kimlerden oluştuğuna, yükümlülük suçu öğretisi ise fail olmanın hangi esasa dayandığına ilişkindir.

Özgü suçlarda kanun, suçun faili olabilecek kişileri belirli bir kişisel özellik veya sıfat aracılığıyla sınırlandırmaktadır. Herkes tarafından işlenebilen genel suçlardan farklı olarak, ilgili suçun faili olabilmek için kanunda aranan özel faillik niteliğinin bulunması gerekir. Kamu görevlisi sıfatının tipikliği kurduğu suçlar bu bakımdan özgü suç niteliğindedir. Kamu görevlisi sıfatının bulunmaması hâlinde ilgili kişinin o özgü suçun faili olması mümkün değildir. TCK m. 40/2’de özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceğinin, bu niteliği taşımayan kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğinin öngörülmesi de özgü suç niteliğinin iştirak alanındaki sonucunu oluşturmaktadır.

Roxin tarafından geliştirilen yükümlülük suçları öğretisi ise farklı bir sorundan hareket etmektedir.⁶¹⁷ Pflichtdelikte öğretilinde belirleyici olan, failin yalnızca belirli bir sığata sahip olması değil, bu sıfatın temelinde bulunan özel yükümlölüğün ihlalidir. Bu suçlarda faillik, fiil üzerinde hâkimiyet kurulmasına değil, failin hukuki konumundan kaynaklanan ve kendisine özgü olarak yüklenmiş bulunan yükümlölüğün ihlaline dayanır. Böylece fiil hâkimiyeti suçun gerçekleştirilmesine kimin egemen olduğu sorusunu esas alırken, yükümlölük suçu öğretisi belirli bir hukuki değerin korunması bakımından kimin özel bir yükümlölük altında bulunduğunu esas almaktadır.

⁶¹⁷ Yükümlölük suçları öğretisi ve öğretilere yöneltilen eleştiriler için **Yüksel**, s. 84-97; ayrıca **Fahrettin Kıldıl**, “Yükümlölük Suçlarının Kasıtlı Extraneus Aracılığıyla İşlenmesi”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2024, s. 513-541, s. 521-523.

Bu nedenle özgü suç ile yükümlülük suçu arasında bir özdeşlik kurulamaz.⁶¹⁸ Özgü suç niteliği, kanuni tipin fail çevresinin sınırlandırılmasına ilişkin pozitif hukuki bir tespittir; yükümlülük suçu niteliği ise bu özel failin neden fail sayıldığını ve failliğin hangi ölçüte göre belirleneceğini açıklayan dogmatik bir yapıdır. Kamu görevlisinin fail olarak gösterildiği bir suçun özgü suç olduğunun belirlenmesi, bu nedenle tek başına söz konusu suçun Roxin'in yükümlülük suçları öğretisi anlamında bir Pflichtdelikt olduğu sonucunu doğurmaz. Bunun ayrıca suç tipinin haksızlık yapısı ve kamu görevlisine yüklenen özel yükümlülük dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Bu ayrım, kamu görevlisinin tipikliği kurucu işlevinin farklı biçimlerini açıklamak bakımından da önem taşımaktadır. Kamu görevlisine özgü suçların bir bölümünde haksızlığın kuruluşunda failin kamu görevi nedeniyle sahip olduğu belirli bir yetki, nüfuz, tasarruf veya güç konumu ön plana çıkmaktadır. Zimmette görevi nedeniyle mal üzerinde kazanılan zilyetlik ve tasarruf imkânı, irtikâpta görevin sağladığı nüfuz veya güven, rüşvette görevin ifasına ilişkin karar ve işlem alanı, işkencede ise kamu gücünün kullanımından kaynaklanan özel konum bu yapının farklı görünümünü oluşturmaktadır. Bu suçlarda kamu görevlisi sıfatının kurucu işlevini yalnızca soyut bir statüye indirgemek mümkün olmadığı gibi, her birini herhangi bir ayrım yapmaksızın salt yükümlülük ihlali üzerinden açıklamak da suç tiplerinin özgül yapısını görünmez hâle getirebilir.

Buna karşılık bazı suç tiplerinde kamu görevlisinin özel görevsel yükümlülüğünün ihlali tipik haksızlığın merkezinde yer almaktadır. Görevi kötüye kullanmada görevin gereklerine uygun davranma, göreve ilişkin sırrın açıklanmasında görev nedeniyle öğrenilen bilgiyi koruma, kamu görevinin terki veya yapılmamasında üstlenilen görevi sürdürme ve kamu görevlisinin suçu bildirmemesinde görev sırasında öğrenilen suçu bildirme yükümlülüğü bu yapıya örnek gösterilebilir. Bu suçlarda failin kamu görevlisi olması, onun belirli bir statüye sahip bulunmasından öte, yalnızca bu görevsel konum nedeniyle üzerinde bulunan özel yükümlülüğün muhatabı olmasını ifade etmektedir.

⁶¹⁸ **Yüksel**, s. 96-97: “her yükümlülük suçu özgü suç iken, her özgü suç, yükümlülük suçu değildir”; yükümlülük suçu sayılmakla birlikte özgü suç olmayan tipler bulunduğu yönündeki görüş (Gerl, Martin) için aynı eser, s. 92.

Bu çerçevede kamu görevlisine özgü kurucu suçların konumun kullanılması veya kötüye kullanılmasının öne çıktığı tipler ile özel görevsel yükümlülüğün ihlalinin öne çıktığı tipler şeklinde ayrılması, çalışmada analitik bir araç olarak kullanılabilir.⁶¹⁹ Ancak bu ayrım, özgü suç ve yükümlülük suçu kavramlarının birbirini dışlayan iki kanuni kategori olduğu anlamına gelmez. Aynı suç tipinde özel görevsel yükümlülük ile bu görevin sağladığı yetki veya hâkimiyet alanının birlikte önem taşıması mümkündür. Ayrımın işlevi, kamu görevlisi sıfatının her suç tipinde aynı nedenle kurucu unsur hâline gelmediğini ortaya koymaktır.

Sonuç olarak özgü suç kavramı “bu suçun faili kim olabilir?”, yükümlülük suçu öğretisi ise “bu kişinin faillik konumunu ve tipik haksızlığın özgüllüğünü hangi özel yükümlülük temellendirmektedir?” sorularına cevap vermektedir. Kamu görevlisi sıfatının tipikliği kurucu işlevinin incelenmesinde ilk soru fail çevresini, ikinci soru ise bu fail sınırlamasının altında yatan dogmatik yapıyı açıklamaktadır. Bu ayrım, kamu görevlisi sıfatının salt kişisel bir statü olarak değil, suç tipine göre değişen görevsel yetki, konum ve yükümlülüklerle birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir.

2.5.3.2. Haksızlığın Normatif Değerlendirilmesi İşlevi

Kamu görevlisi sıfatı, TCK’da her durumda tipik haksızlığın kuruluşuna katılmamaktadır. Kanun koyucu bazı suçlarda herkes tarafından gerçekleştirilebilen bir temel suç tipi öngörmekte, failin veya mağdurun kamu görevlisi olması yahut fiilin kamu göreviyle belirli bir bağlantı içerisinde gerçekleştirilmesini ise suçun nitelikli hâli olarak düzenlemektedir. Bu durumda kamu görevlisi sıfatının işlevi tipikliği kurmak değil, temel suç tipinde ifade edilen haksızlığı normatif olarak derecelendirmektir. Kamu görevlisine ilişkin unsur çıkarıldığında ilgili suç tipi ortadan kalkmaz; kamu görevlisi sıfatına veya görevsel bağlantıya bağlı nitelikli hâl uygulanmaksızın temel suç tipi varlığını sürdürür.

⁶¹⁹ Türk öğretisinde Özgenç’in “sırf yükümlülük suçları” (örnek: m. 257) ile “hâkimiyet ve yükümlülük suçları” (örnek: m. 204) ayrımı ve İçel/Evik’in rüşvet, zimmet ve irtikâbı ikinci gruba dâhil etmesi için **Yüksel**, s. 80-82. Yükümlülük suçu (Pflichtdelikt) kavramının Türk öğretisindeki ilk sistematik kullanımı için **Özgenç**, *Kamu Görevi*, s. 344-345: kamu görevlisinin yükümlülüğü ceza hukuku normlarına takaddüm eden ve idare hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüktür; rüşvet, irtikâp ve zimmet yükümlülük suçlarıdır; fail olmak için intraneus olmak gerekir, extraneus ancak şerik olabilir. Yazar bu kavramla “mahsus suç” ve “özgü suç” kavramlarına gerek kalmayacağı görüşündedir (s. 345, dn. 41).

Bu yönüyle söz konusu düzenlemeler, kamu görevlisinin fail olduğu gerçek özgü suçlardan ayrılmaktadır.

Failin kamu görevlisi olmasının nitelikli hâl olarak düzenlendiği suçlar, görünüşte özgü suçların (unechte Sonderdelikte) kamu görevlisi bakımından görünümünü oluşturmaktadır.⁶²⁰ Burada kamu görevlisi sıfatı fail çevresini temel suç bakımından sınırlandırmamakta; herkes tarafından işlenebilen suçun kamu görevlisi tarafından belirli koşullar altında işlenmesi daha ağır bir haksızlık olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla gerçek özgü suçlarda kamu görevlisi sıfatı “bu suçun faili kim olabilir?” sorusunun cevabına dâhil olurken, görünüşte özgü suçlarda “failin kamu görevlisi olması veya kamu görevinden kaynaklanan imkânları kullanması temel tipe göre haksızlığı neden ve ne ölçüde ağırlaştırmaktadır?” sorusu önem kazanmaktadır.

TCK’daki düzenlemeler incelendiğinde, fail eksenindeki bu işlevin büyük ölçüde kamu görevinin sağladığı nüfuz, yetki, araç veya kolaylığın suçun işlenmesinde kullanılmasına bağlandığı görülmektedir. Kasten yaralamanın kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m. 86/3-d); cinsel saldırının kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi (m. 102/3-b); çocuğun cinsel istismarında kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzdan yararlanılması (m. 103/3-e); kişiyi hürriyetinden yoksun kılmada kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması (m. 109/3-d); hürriyete karşı bazı suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m. 119); özel hayata ve kişisel verilere ilişkin suçların kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi (m. 137/1-a) ile fuhuş suçunda kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzdan yararlanılması (m. 227/5) bu düzenleme biçiminin örneklerini oluşturmaktadır. Üç hükümde hizmet ilişkisinin kamu göreviyle birlikte sayılması, ağırlaştırmanın nüfuzun kaynağına değil nüfuzun kendisine bağlandığı yönündeki tespiti doğrulamaktadır. Görevi gereği elinde

⁶²⁰ Gerçek olmayan görev suçlarının başkalarınca da işlenebildiği, ancak kamu görevlisi tarafından işlenmesi hâlinde haksızlığın içeriğinin değişmesi nedeniyle daha ağır cezalandırıldığı yönünde (Wagner’e atıfla) **Yüksel**, s. 145. Nitelikli şeklin yalnız cezalandırılabilirliği değiştirdiği yönündeki görüş ile özgü yükümlülüğün ihlali nedeniyle hareketin değersizliğinin arttığı yönündeki görüş için aynı eser, s. 150; yazarın görüşü için s. 146.

bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında ayrıca cezayı artıran TCK m. 266 da aynı kriminal politik tercihin genel nitelikteki görünümüdür.

Bu hükümlerde ağırlaştırmanın dayanağı soyut kamu görevlisi sıfatı değildir. Kanun koyucu, kamu görevinin sağladığı özel imkânın suçun gerçekleştirilmesine dâhil edilmesini temel tipe göre daha ağır bir haksızlık olarak değerlendirmektedir.⁶²¹ Kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuz, yetki, araç veya kolaylık, bir yandan suçun işlenmesini kolaylaştırmakta veya mağdurun karşı koyma imkânını azaltmakta, diğer yandan kamu görevinin sağladığı imkânın suç amacıyla kullanılması nedeniyle kamusal faaliyete ilişkin ayrıca olumsuz bir değerlendirmeyi gündeme getirmektedir. Böylece kamu görevlisi sıfatı, ancak görevden kaynaklanan imkân ile somut fiil arasında kurulan bağlantı aracılığıyla haksızlığın derecelendirilmesine katılmaktadır.

Fail eksenindeki ikinci düzenleme biçiminde ise kanun, nüfuz veya aracın somut olarak kullanılmasından ziyade, suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı biçimde işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmektedir. Resmî belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu belge üzerinde gerçekleştirilmesi (m. 204/2), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (m. 281/2), suçluyu kayırma (m. 283/2) ve bildirmeme suçlarının kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesine ilişkin düzenlemeler bu grupta değerlendirilebilir. Bu suçlarda da kamu görevlisi sıfatı tek başına değil, failin yürüttüğü görev ile somut fiil arasındaki bağlantı içerisinde hukuki önem kazanmaktadır.

Buna karşılık TCK’da bazı nitelikli hâller, görevle bağlantıyı ayrıca ifade etmeksizin doğrudan failin kamu görevlisi olmasına bağlanmıştır. Resmî belgeyi bozma, yok etme

⁶²¹ Yargıtay da bu hükümlerde sıfatı yeterli görmemektedir. m. 86/3-d bakımından “failin kamu görevi yapması, bu görevin faile bir nüfuz, güç sağlaması ve bu görevin kötüye kullanılması şartlarının birlikte gerçekleşmesi” aranmakta; nüfuz kullanılmadan gerçekleştirilen yaralamada artırım uygulanmamaktadır: Yarg. CGK, 25.06.2019, E. 2017/753, K. 2019/497. m. 102/3-b bakımından görevin sağladığı kolaylıktan yararlanılması yeterli görülmemekte, nüfuzun mağdurun iradesini etkilemesi ve direncini kırması aranmaktadır: Yarg. CGK, 20.12.2023, E. 2023/417, K. 2023/673; Yarg. CGK, 11.02.2026, E. 2023/449, K. 2026/87 (“kolaylıktan istifade edilen her hâlde nüfuzun suistimali gerçekleşmemiş olabilir”). m. 119/1-e bakımından nüfuzun ne şekilde kötüye kullanıldığının gösterilmesi gerektiği, görevle ilgisi bulunmayan fiilde kamu görevlisi hakkında m. 137/1-b’nin uygulanamayacağı yönünde Yarg. 12. CD, 26.09.2018, E. 2018/2226, K. 2018/8746.

veya gizleme suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesine ilişkin m. 205; nüfuz ticaretinde failin kamu görevlisi olmasına bağlanan artırım ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesine ilişkin düzenleme bu yapının örneklerini oluşturmaktadır.⁶²² Bu hükümler, görevsel bağlantının açıkça arandığı düzenlemelerden ayrılmaktadır. Ancak kanunda bağlantının ayrıca ifade edilmemiş olması, kamu görevlisi sıfatının her durumda ve kişinin göreviyle hiçbir ilişki aranmaksızın ağırlaştırıcı neden oluşturup oluşturmayacağı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bu sorun, kamu görevlisi kavramının suç normu içerisindeki işlevine göre yorumlanması bakımından ileride ayrıca ele alınacaktır.

Bu üç hükümde kamu görevlisi sıfatının haksızlıkla ilişkisi, normun lafzından değil, ilgili suç tipinin yapısından çıkarılabilmektedir. Nüfuz ticareti suçunda (m. 255) failin kamu görevlisi olmasına bağlanan artırım, suçun temel yapısıyla birlikte okunduğunda salt sifata bağlı görünmemektedir. Suçun oluşabilmesi için işi görecektir kamu görevlisinin belli veya belirlenebilir olması ve failin bu kamu görevlisi üzerinde gerçek bir nüfuza sahip bulunması yahut en azından buna inanması gerekmektedir; failin iş sahibini aldatma kastıyla hareket ettiği hâllerde ise nüfuz ticareti değil, kamu görevlileriyle ilişkisi olduğundan bahisle işlenen nitelikli dolandırıcılık suçu (m. 158/2) oluşmaktadır.⁶²³ Dolayısıyla nitelikli hâldeki kamu görevlisi, üzerinde nüfuz kullanılan kamu görevlisi ile gerçek bir ilişki içinde bulunan bir kamu görevlisidir. Artırımın dayanağı, bir kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisi üzerindeki gücünü kullanmasının, kamu görevlisi olmayan bir kimsenin bu güçten yararlanmak istemesine kıyasla kamu idaresinin işleyişi bakımından

⁶²² TCK m. 205/1, c. 2; m. 255/1, c. 2; m. 282/3. Bununla birlikte m. 205 gerekçesi, belgenin failin düzenlemeye yetkili olduğu belge olmasını aramamakla beraber fiili görevin gereklerine aykırılık üzerinden açıklamaktadır: “Bu suç açısından özellik arzeden husus, suçun konusunu oluşturan belgenin, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu belge olması gerekmez. ... Gerçek bir resmi belgenin kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bozulması, yırtılması, yok edilmesi veya gizlenmesi hâlinde, bu suç oluşur.”

⁶²³ **Eylül Erdem**, *Nüfuz Ticareti Suçu*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s. 102 ve 112. Yazara göre işi görecektir kamu görevlisinin belli veya belirlenebilir olması, failin bu kamu görevlisi üzerinde gerçek bir nüfuza sahip bulunması yahut en azından buna inanması gerekmektedir; failin iş sahibini aldatma kastıyla hareket ettiği hâllerde m. 255 değil, m. 158/2’deki nitelikli dolandırıcılık suçu oluşmaktadır.

daha ağır bir haksızlık oluşturmaktadır.⁶²⁴ Görev ile fiil arasındaki bağlantı burada lafızda değil, suçun konusunu oluşturan nüfuz ilişkisinin kendisinde bulunmaktadır.

Resmî belgeyi bozma, yok etme veya gizleme suçunda (m. 205) artırımın dayanağı, kamu görevlisinin resmî belgeler bakımından taşıdığı koruma yükümlülüğüdür. Suçun konusu gerçek bir resmî belge olduğundan, belgenin kamusal güvenilirliğini korumakla yükümlü kişinin bu belgeyi ortadan kaldırması, belgeyle hiçbir görevsel ilişkisi bulunmayan kişinin aynı fiiline kıyasla korunan değere daha yakından yönelmektedir. Ancak hükmün, m. 204/2’den farklı olarak, failin belgeyi düzenlemeye veya muhafazaya yetkili olmasını aramaması, artırımın belgeyle görevsel ilişkisi bulunmayan kamu görevlilerine de uygulanmasına yol açmaktadır. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunda (m. 282/3) ise kanun koyucu belli bir meslek sahibi bakımından fiilin “mesleğin icrası sırasında” işlenmesini ararken, kamu görevlisi bakımından böyle bir bağlantı öngörmemiştir. Bu asimetri, aynı fıkra da iki fail grubu için farklı esasların benimsendiğini göstermektedir. Bu iki hükümde kamu görevlisi sıfatı, bağlantı unsurunun bulunmaması nedeniyle görevle ilişkisi kurulmaksızın ağırlaştırıcı sonuç doğurmakta ve bu yönüyle, kamu görevlisi sıfatının her hükümde görevsel bir bağlantıyla birlikte sonuç doğurduğu yönündeki genel tespitin istisnasını oluşturmaktadır. Bu hükümlerde kamu görevlisi sıfatı ile haksızlık arasındaki ilişkinin kurulması yorumun konusudur; ancak bu yorum, lafızda bulunmayan bir bağlantı unsurunun fail aleyhine sonuç doğuracak biçimde norma eklenmesi biçiminde gerçekleşemez. Normun koruma amacı karşısında kamu görevlisi unsurunun uygulama alanının fail lehine daraltılması, teleolojik redüksiyon niteliğinde bir işlem olarak kanunilik ilkesiyle çatışmamakta; buna karşılık bağlantı unsurunun norm metninde gösterilmesi, belirlilik gereğinin muhatabı olan kanun koyucuya ait bir görev olarak kalmaktadır.

Kamu görevlisi sıfatının haksızlığı derecelendirici işlevi yalnızca fail ekseninde ortaya çıkmamaktadır. Kanun koyucu bazı suçlarda mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle fiilin ona yöneltilmesini de temel tipe göre daha ağır bir haksızlık olarak değerlendirmiştir. Kasten öldürmenin kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle

⁶²⁴ **Erdem**, *Nüfuz Ticareti*, s. 150: nitelikli hâlin dayanağı, “bir kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisi üzerindeki gücünü kullanması”nın, kamu görevlisi olmayan bir kimsenin bu güçten yararlanmak istemesine kıyasla daha ağır bir haksızlık oluşturmaktadır.

işlenmesi (m. 82), kasten yaralamanın kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle gerçekleştirilmesi (m. 86), işkencenin avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi (m. 94), kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle gerçekleştirilmesi (m. 109), kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret edilmesi (m. 125) ve kamu görevlisinin zararına görevinden ötürü öç almak amacıyla mala zarar verilmesi (m. 152) bu yapının başlıca örnekleridir.

Bu düzenlemelerde kamu görevlisi sıfatı, mağdurun kişisel hukuki değerinin diğer kişilerden daha değerli kabul edildiğini ifade etmemektedir. Temel suç tipi kişinin yaşamını, vücut bütünlüğünü, özgürlüğünü, şerefini veya malvarlığını korumaya devam etmekte; fiilin kişinin yürüttüğü kamu görevi nedeniyle ona yöneltilmesi ise saldırıya kamusal fonksiyonla ilgili ek bir haksızlık boyutu kazandırmaktadır. Bu nedenle mağdur eksenindeki ağırlaştırmanın temelinde de soyut kamu görevlisi sıfatı değil, fiil ile kamu görevi arasındaki bağlantı bulunmaktadır.⁶²⁵ Kanunun “yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle”, “görevinden dolayı” veya benzeri ifadeler kullanması bu bağlantıyı tipik olarak açıkça ortaya koymaktadır.

Mağdur eksenindeki bu nitelikli hâller, daha önce belirtilen yoğunlaştırılmış koruma rejiminin maddi ceza hukukundaki görünümünü oluşturmaktadır. Bu koruma bazı suçlarda yalnızca cezanın ağırlaştırılmasıyla da sınırlı kalmamaktadır. Kamu görevlisine görevinden dolayı yönelen fiiller bakımından şikâyet koşulunun kaldırılması veya önödeme gibi fail lehine kurumların uygulanmasının sınırlandırılması, kamu göreviyle bağlantılı saldırıya kanun koyucunun farklı hukuki sonuçlar bağladığını göstermektedir. Hakaret suçunda şikâyet koşulunun kamu görevlisine görevinden dolayı işlenen hâlde aranmaması (m. 131/1) ve kasten yaralamanın basit hâli şikâyete bağlı iken kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenen hâlinin şikâyete bağlı olmaksızın kovuşturulması (m. 86/2-3) bunun örnekleridir. Böylece kamu görevlisinin mağdur olduğu

⁶²⁵ m. 125/3-a bakımından “yapılan kamu görevi ile hakaret eylemi arasında nedensellik bağının bulunması” arandığı yönünde Yarg. CGK, 02.11.2022, E. 2020/210, K. 2022/686. m. 152/1-g bakımından kamu görevlisine duyulan genel veya kişisel düşmanlığın yahut ani öfkenin öç alma saikini oluşturmadığı yönünde Yarg. CGK, 27.10.2015, E. 2015/54, K. 2015/346. m. 82/1-g gerekçesindeki “salt kamu görevlisine karşı işlenmesi yeterli değildir” açıklamasını aktaran karar için Yarg. CGK, 06.10.2022, E. 2021/355, K. 2022/621. Aynı yönde, mesai yer ve saatinin önemsizliği ile görevin hukuka uygunluğu koşulu dâhil, **Tulay**, s. 1244-1245; mağdurun sıfatına bağlı nitelikli hâlin, fiile ilişkin neden olarak, kastı kapsayan suç ortaklarına uygulanacağı yönünde aynı makale, s. 1251.

düzenlemelerde aynı kriminal politik tercih, tipiklik ve yaptırım düzeyinin yanı sıra cezalandırılabilirlik ve muhakeme koşullarına da yansıyabilmektedir.

Fail ve mağdur eksenindeki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kamu görevlisi sıfatının haksızlığı derecelendirici işlevinin ortak bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Tipikliği kurucu işlevde kamu görevlisi unsurunun yokluğu ilgili tipik haksızlığın oluşmasını engellerken, haksızlığı derecelendirici işlevde kamu görevlisi unsuru çıkarıldığında temel tipik haksızlık varlığını sürdürmekte, yalnızca ona bağlanan daha ağır normatif değerlendirme ortadan kalkmaktadır. Fail ekseninde bu değerlendirme ağırlıklı olarak kamu görevinin sağladığı nüfuz, yetki, araç veya kolaylığın suçta kullanılması yahut suçun görevle bağlantılı olarak işlenmesine; mağdur ekseninde ise fiilin kamu görevlisine yürüttüğü görev nedeniyle yöneltilmesine dayanmaktadır. Her iki durumda da farklılaştırmanın esasını kişinin soyut kamu görevlisi statüsü değil, bu sıfat aracılığıyla somut fiil ile korunan hukuki değer arasında kurulan göreve ilişkin bağlantı oluşturmaktadır.

2.5.4. Sıfata Bağlanan Sonuçların Fonksiyona Göre Sınırlandırılması: Daraltıcı Ölçütlerin Belirlenmesi

Yöntemin son aşamasında, önceki aşamalarda belirlenen koruma amacı ile kamu görevlisi unsurunun bu amaç bakımından üstlendiği fonksiyonun, ilgili ceza normunun uygulanmasına nasıl yansıtacağı belirlenmelidir. Bu aşamada hareket noktası, TCK m. 6/1-c'deki tanım normu ile kamu görevlisi sıfatına hukuki sonuç bağlayan ceza normunun birbirinden ayrılmasıdır. Tanım normu, kişinin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olup olmadığını belirlemektedir. Buna karşılık bu kişinin belirli bir suçun faili veya mağduru olabilmesi yahut kamu görevlisi sıfatına bağlı bir nitelikli hâlin uygulanabilmesi, ilgili suç normunun aradığı koşulların ayrıca gerçekleşmesine bağlıdır. Dolayısıyla kişinin TCK m. 6/1-c kapsamında kamu görevlisi olması, bu sıfata bağlanan bütün ceza hukuki sonuçların kendiliğinden doğmasına yol açmaz.

Bu ayırım, kamu görevlisi kavramının suç tiplerine göre farklı anlamlara geldiği biçiminde anlaşılmalıdır. TCK m. 6/1-c genel bir tanım normudur ve burada belirlenen kavramın anlamı, birlikte uygulandığı suç tipine göre değişmemektedir. Değişen, ilgili ceza normunun kamu görevlisi sıfatına hangi koşullarda ve hangi hukuki sonucu bağladığıdır.

Bu nedenle değerlendirme iki norm düzeyinde gerçekleştirilmelidir. İlk olarak kişinin TCK m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi olup olmadığı belirlenmeli; bundan sonra kamu görevlisi sıfatına sonuç bağlayan ceza normunun unsurları ve bu sıfatın norm içerisindeki fonksiyonu incelenmelidir.

2.5.4.1. Tanım Normu Düzeyinde Kapsamın Belirlenmesi

Tanım normu düzeyindeki değerlendirme, kişinin “kamusal faaliyetin yürütülmesine” katılıp katılmadığının belirlenmesine yöneliktir. Önceki yorum aşamalarında görüldüğü üzere hükmün lafzı, kamu görevlisi sıfatını kişinin statüsüne değil, kamusal faaliyetle kurduğu ilişkiye bağlamaktadır. Bununla birlikte kamusal nitelikte bir faaliyetin bulunması, bu faaliyetle herhangi bir ilişki kuran herkesin kamu görevlisi olduğu anlamına gelmez. Kanunun aradığı ilişki, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmadır. Bu nedenle kamusal faaliyetten yararlanan, faaliyetin muhatabı olan veya faaliyetle yalnızca dışsal bir ilişki içerisinde bulunan kişiler ile faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin birbirinden ayrılması gerekir.

Madde gerekçesindeki “bir hizmetin kamu adına yürütülmesi” açıklaması ve ihale yoluyla kamu hizmetinin görülmesine katılanların kapsam dışında tutulması da bu ayrımın belirlenmesinde tarihsel bir yorum verisi sunmaktadır.⁶²⁶ Ancak “kamu adına” ibaresi kanun metninde bağımsız bir unsur olarak yer almadığından, bunun m. 6/1-c’ye ilave bir koşul olarak eklenmesi değil, “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma” unsurunun anlamının belirlenmesinde ne ölçüde kullanılabileceği araştırılmalıdır. Başka bir ifadeyle gerekçenin ortaya koyduğu ayrım, lafızda bulunmayan yeni bir statü koşulunun kaynağı değil, kanuni unsurun anlamının somutlaştırılmasında dikkate alınabilecek tarihsel bir veridir.

Bunun ötesinde m. 6/1-c’ye genel nitelikte yeni koşullar eklenmesi mümkün değildir. Öğretide ve uygulamada başvuru kamu hukuku usulüne göre görevlendirilme, kamu kurumuyla organik bağ veya AY m. 128’de yer alan genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görev ölçütleri, TCK m. 6/1-c’nin lafzında yer almamaktadır. Üstelik

⁶²⁶ İhalenin kamusal hizmetin özel kişilerce üstlenilmesi yöntemi olmadığı, idarenin ihale yoluyla yalnızca mal veya hizmet satın aldığı yönünde **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti*, s. 311-315, özellikle s. 314; bkz. yukarıda dn. 431.

hüküm, kamusal faaliyetin yürütülmesine “herhangi bir surette” katılmayı kabul etmiş; katılımın “sürekli, süreli veya geçici” olabileceğini açıkça düzenlemiştir. Bu nedenle belirli bir istihdam biçiminin, organik bağın veya sürekliliğin genel tanımın zorunlu unsuruna dönüştürülmesi, kanunun lafzi ve tarihsel tercihiyle bağdaşmaz. Bilirkişi, seçim işlerinde görev alan kişiler, muhtar veya noter gibi farklı hukuki konumlarda bulunan kişilerin kamu görevlisi kavramıyla ilişkilendirilebilmesi de kavramın tek bir personel veya istihdam statüsüne indirgenemeyeceğini göstermektedir. Aynı şekilde 4483 sayılı Kanun’un uygulama alanını belirlemek üzere geliştirilen ölçütlerin maddi ceza hukukundaki kamu görevlisi tanımına doğrudan aktarılması, farklı amaç ve işlevlere sahip düzenlemelerin uygulama alanlarının birbirine karıştırılması sonucunu doğurur.⁶²⁷

Tanım düzeyindeki değerlendirme, faaliyetin kamusal niteliği ile kişinin bu faaliyetin yürütülmesine katılması olmak üzere iki unsuru içermektedir. Faaliyetin kamusal niteliği, çalışmanın Birinci Bölümünde gösterildiği üzere, hükmî aktörün bir toplumsal ihtiyacın karşılanmasını üstlenmesinden doğmaktadır; faaliyetin hukuk düzenince düzenlenmesi üstlenme anlamına gelmediği gibi, üstlenilmiş faaliyetin özel kişiler eliyle yürütülmesi de onun kamusal niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle faaliyetin kamusal niteliğini yürüten tüzel kişinin hukuki rejimine bağlayan uygulama tanım düzeyinde kabul edilememektedir. Özelleştirilen elektrik dağıtım şirketinin faaliyetinin kamusal olmaktan çıktığı sonucu, üstlenmenin normatif kaynağı değişmediği sürece faaliyetin niteliğinin de değişmediği esasıyla bağdaşmamakta; buna karşılık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının faaliyetini kamusal sayan tespit faaliyet unsuru bakımından isabetlidir.⁶²⁸ Özelleştirmenin farklı hukuki biçimlerinin üstlenme iradesi üzerindeki etkisi ise bu esasın uygulanmasında her biçim bakımından ayrıca değerlendirilmeyi gerektirmektedir. Faaliyetin niteliği bu şekilde belirlendiğinde tanımın sınırlandırıcı ağırlığını katılma unsuru taşımaktadır.

⁶²⁷ Uzlaştırmacının TCK anlamında kamu görevlisi olmakla birlikte 4483 sayılı Kanun’un kapsamı dışında kaldığı yönünde **Aygün Eşitli**, s. 50-51, 53.

⁶²⁸ Özelleştirme sonrası elektrik dağıtımı için Yarg. 18. CD, 16.01.2019, E. 2018/7786, K. 2019/1433 (aynı yönde yirmiyi aşkın karar); Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının faaliyetinin kamusal niteliği için Yarg. 5. CD, 14.10.2016, E. 2014/6789, K. 2016/8345.

Katılma unsuru, kişinin katkısının hükmî aktöre isnat edilebilmesini ifade etmektedir.⁶²⁹ Kamu görevi, Birinci Bölümde belirlendiği üzere hükmî aktörün üstlendiği faaliyetin yürütülmesi için beşerî aktöre tevdi edilen iştir; bu iş kişiye hükmî aktör tarafından tevdi edilmişse kişi, yerine getirdiği iş bakımından kamu görevlisidir. Tevdinin varlığı belirlenirken yürütülen faaliyetin niteliği esas alınmakta, işin maddi özellikleri esas alınmamaktadır; hizmetli, şoför veya temizlik işçisinin yaptığı işin maddi içeriği, 765 sayılı Kanun dönemi uygulamasından farklı olarak, tanım düzeyinde bir dışlama sebebi oluşturmamaktadır. Tevdi iki yolla kurulmaktadır. İlk yol, kişinin hükmî aktörle kamu hukuku veya özel hukuk rejimine tabi bir istihdam ilişkisi içinde bulunmasıdır; rejimin türü tevdinin varlığını etkilememektedir.⁶³⁰ Uygulamanın sözleşmeli maaş mutemedini, belediyenin geçici işçisini ve iktisadi devlet teşekkülünün daimi işçisini kamu görevlisi kabul etmesi bu kabulün karşılığıdır.⁶³¹ İkinci yol, istihdam ilişkisi bulunmaksızın görevin kanunla veya hükmî aktörün seçim, atama ya da görevlendirme biçimindeki kararıyla doğrudan kişiye verilmesidir; seçilmişler, tanık, bilirkişi ve tercüman, vasi, uzlaştırmacı ve askerlik yükümlüsü bu yolla kamusal faaliyete katılan kamu ajanlarıdır.⁶³² Hukuk düzeninin kamusal faaliyetin belirli bir işlevini, o işlev için gerekli yetkiyle birlikte özel bir kişiye bırakması da bu ikinci yolun bir görünümüdür; kamusal yetki bu hâlde tevdinin delili değil, doğrudan tevdinin konusudur. İsnat ölçütü, uygulamanın AY m. 128'den devraldığı organik bağ ölçütünü başka bir ad altında sürdürmemektedir. Organik bağ kişinin statüsünü veya istihdam biçimini sorgularken isnat, yerine getirilen işin hukuken kime ait sayıldığını sorgulamaktadır: hükmî aktörün kendi örgütü içinde ve onun adına yerine getirilen iş, istihdam rejimi ne olursa olsun ona isnat edilmekte; hukuk

⁶²⁹ Sıfatın, özgül görevin niteliği yanında faaliyetin kamu idaresine “diretta riferibilità”sına bağlanması gerektiği yönünde İtalyan öğretisinde **Sartori**, s. 124.

⁶³⁰ Aksi yönde, Diyanet İşleri Başkanlığı kadrosundaki imam, hatip ve vaizlerin, Başkanlığın diğer memurlarından farklı olarak “kamusal faaliyet” yürütmedikleri gerekçesiyle kamu görevlisi olmadığını savunan **Hafizoğulları/Özen**, “Din Hizmetleri”, s. 253 ve dn. 10; yazarlar, 765 sayılı Kanun döneminde bu kişilerin memur sayılmadığına ilişkin Yarg. CGK, 05.11.1990, 245/259 kararının m. 6/1-c bakımından da geçerli olduğu görüşündedir. Burada benimsenen ölçüte göre ise istihdam ilişkisi tevdiyi kurmakta, faaliyetin niteliği ayrıca değerlendirilmektedir.

⁶³¹ Yarg. 5. CD, 02.10.2015, E. 2015/7470, K. 2015/14733 (657 sayılı Kanun m. 4/B kapsamındaki sözleşmeli maaş mutemedi; “sözleşmeli statü önemsiz”); Yarg. 11. CD, 18.02.2013, E. 2010/14128, K. 2013/2565 (belediyenin geçici işçisi); Yarg. 5. CD, 17.10.2012, E. 2012/10395, K. 2012/10444 (daimi işçi).

⁶³² TCK m. 6 gerekçesi (bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası ile askerlik görevi örnekleri); Yarg. 18. CD, 12.04.2017, E. 2015/22093, K. 2017/4217 (keşifte dinlenen mahalli bilirkişi ve tanık); Yarg. 12. CD, 18.12.2024, E. 2023/2314, K. 2024/7762 (askerlik yükümlüsü); Yarg. 5. CD, 27.05.2019, E. 2015/10115, K. 2019/5723 (uzlaştırmacı; karşı oy kanunilik ilkesine dayanmaktadır).

düzeninin özel kişiye bıraktığı kamusal işlev, araya giren özel hukuk süjesine rağmen hükmi aktöre isnat edilmekte; buna karşılık yüklenicinin kendi sözleşme borcunu ifa ederken çalıştırdığı kişinin işi yükleniciye isnat edilmektedir. Bu nedenle salt hizmet alımı veya özel hukuk kişisiyle kurulan istihdam ilişkisi, tek başına isnat için yeterli olmadığı gibi isnadı kendiliğinden kesen bir sebep de değildir.

Katılma ölçütü, kamusal faaliyetle ilişki kuran iki kişi grubunu tanımın dışında bırakmaktadır. İlk grup, katkısı hükmi aktöre değil aracı konumundaki bir özel hukuk süjesine isnat edilen kişilerdir: ihale yüklenicisinin, hizmet alımı personelinin, bayinin veya kamu sermayeli özel hukuk tüzel kişisinin çalışanları, kendilerine hukuk düzenince ayrıca bir kamusal işlev bırakılmadıkça bu gruptadır ve madde gerekçesindeki ihale istisnası bu grubun özel bir görünümüdür. Aynı işi kadrolu personelle yan yana yapmak sonucu değiştirmemektedir; özelleştirme programındaki şirketin kanunla memur sayılan personeli ile aynı açma-kesme işini yapan yüklenici personelinin farklı nitelendirilmesi, sıfatın işin maddi içeriğinden değil isnat ilişkisinden doğduğunu göstermektedir.⁶³³ Bu sonuca ulaşan kararların AY m. 128 kökenli organik bağ gerekçesi ise tanım düzeyinde kabul edilmemekte; sonucu taşıyan gerekçe isnat ölçütüdür.⁶³⁴ İkinci grup, katkısı özel bir tarafa isnat edilen kişilerdir: müvekkili adına hareket eden avukat o işlem bakımından, mirasçılar adına atanan tereke temsilcisi, taraflar adına hareket eden arabulucu ve kendi kurumu adına bilgi veren CMK m. 332 yükümlüsü bu gruptadır.⁶³⁵ Tanık ile bilgi verme

⁶³³ Yarg. 5. CD, 14.01.2015, E. 2013/13650, K. 2015/943; Yarg. 5. CD, 06.11.2014, E. 2013/7333, K. 2014/10581; Yarg. 11. CD, 08.04.2021, E. 2019/4486, K. 2021/3505. Buna karşılık İtalyan Yargıtayı, belediye otoparkını ihale veya imtiyazla işleten şirketin ücret tahsil eden çalışanını, faaliyetin belediyenin “iradesinin doğrudan yansıması” olduğu gerekçesiyle kamu hizmetiyle görevli saymıştır: Cass., sez. VI, 19.11.2013, n. 36176 (aksi yönde Cass., sez. VI, 27.5.1998, n. 9880); aktaran **Sartori**, s. 73. Enel ile sözleşmeli banka veznedarının zimmetten sorumlu tutulduğu Cass., sez. VI, 2.3.1989, n. 3347 için aynı eser, s. 38.

⁶³⁴ Yarg. 4. CD, 22.04.2014, E. 2012/37882, K. 2014/13098 (“idare ile işçi arasında var olması gereken kamu gücünün temsilini sağlayan organik bağın bulunmaması”).

⁶³⁵ Türk makamlarının GRECO’ya sunduğu açıklamada ise rüşvet suçunun nitelikli hâlinde sayılan “yargı görevi yapan” kişiler — m. 6/1-d uyarınca avukatlar dâhil —, hakem, bilirkişi, noter ve yeminli mali müşavirler kamu görevlisi kavramının alt kategorileri olarak nitelendirilmiştir: GRECO, Evaluation Report, par. 13, 66. Bu nitelendirme, avukatın rüşvet suçu bakımından kamu görevlisi sayıldığı kabulünü içermektedir; ancak rapor avukatı ayrıca ele almadığından, açıklamanın m. 6/1-d’nin nitelikli hâle ilişkin işleviyle sınırlı tutulup tutulmadığı belirlenmemektedir. Nitelikli hâl sıfatı kurmayıp var olan sığa bağli cezayı ağırlaştırdığından, avukatın m. 252/7 kapsamına girebilmesi, öncelikle somut işlem bakımından m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi sayılmasına bağli kalmaktadır; makamların açıklaması bu ön koşulu sorgulamamaktadır.

yükümlüsü arasındaki fark bu ölçütle görünür hâle gelmektedir: tanığın beyanı muhakemenin kendi işlemidir ve mahkemeye isnat edilmekte; bilgi verme yükümlüsünün cevabı ise kurumu adına yerine getirilen bir üçüncü kişi yükümlülüğüdür ve kurumuna isnat edilmektedir. İlki kamusal faaliyete kamu adına katılma, ikincisi kamusal faaliyetle ilişkiye girmez. Ceza Genel Kurulunun bilgi verme yükümlüsünü kamu görevlisi saymayan sonucu bu ölçütle, kanunilik ilkesine başvurulmaksızın elde edilmektedir; Dairenin aynı kişi için yeterli saydığı “devlet ile kendisinden bilgi istenen kişi arasında özel bir bağ” ölçütü ise, 765 sayılı Kanun dönemi içtihadının özel kişiler bakımından “kanun hükmünün açıkça uygun bulması” koşuluyla birlikte aradığı ilişkiyi tek başına yeterli saydığından isabetli görünmemektedir.⁶³⁶

Tevdinin varlığı her durumda yeterli değildir; tevdi edilen işin hükmî aktörün üstlendiği kamusal faaliyetin parçası olup olmadığı ayrıca belirlenmelidir.⁶³⁷ Mahkeme, Devlet tüzel kişiliğinin yargı organı olarak hükmî aktördür; ancak mahkemece atanan her kişiye kamusal faaliyetin bir parçası tevdi edilmiş olmamaktadır. Vesayet, Devletin üstlendiği koruma fonksiyonudur ve Türk Medeni Kanunu vasi ile kayyımı vesayet organları arasında saymaktadır; vasiye ve kayyım tevdi edilen iş bu nedenle kamusal faaliyetin parçasıdır.⁶³⁸ Tereke temsilcisi ise mirasçıların menfaati için atanmakta ve katkısı mirasçılara isnat edilmektedir.⁶³⁹ Uygulama vasiyi kamu vesayetinden kaynaklanan görevi nedeniyle kamu görevlisi sayarken, kayyımı ve tereke temsilcisini atanma şekli ve görevi nedeniyle dışarıda bırakmakta, fakat vasi ile kayyım arasındaki farkı

⁶³⁶ Yarg. CGK, 08.10.2020, E. 2018/287, K. 2020/409 (özel şirketin adli yazışma sorumlusunun “herhangi bir surette” katılma yoluyla kamu görevlisi sayılması); Yarg. CGK, 22.04.2021, E. 2020/337, K. 2021/162 (kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı gerekçesiyle aksi sonuç); Yarg. 5. CD, 28.05.2019, E. 2015/11200, K. 2019/5761 (“devlet ile kendisinden bilgi istenen kişi arasında özel bir bağ”). 765 sayılı Kanun döneminde özel kişilerin memur sayılması için “bir kanun hükmünün açıkça uygun bulması veya müsaade etmiş olması” ile “Devletle ... hususi bir amme hukuku münasebeti ve rabitasının bulunması” koşullarının birlikte arandığı hususunda Yarg. CGK, 25.11.1985, E. 1985/410, K. 1985/595.

⁶³⁷ Karşılaştırmalı hukukta, kamu tüzel kişisi niteliğindeki bir kredi kuruluşunda dahi olağan bankacılık faaliyetinin, kuruluşun niteliğinden bağımsız olarak özel alanda kaldığı kabul edilmiş; buna karşılık kamu tüzel kişileri adına yürütülen vergi tahsili ve teşvikli kredi işlemleri kamusal sayılmıştır: Cass., S.U., 23.5.1987 (Tuzet); Cass., 10.10.2007 (Tardiola); aktaran **Sartori**, s. 55-58. Bu çizginin de kanunilik ilkesiyle çatışan bir “supplenza giurisprudenziale” olarak eleştirildiği hususunda aynı eser, s. 56-57. Faaliyetin kamusal niteliğinin yürüten organdan bağımsız olduğu ilkesinin 765 sayılı Kanun dönemindeki formülü (“bir faaliyet, objektif olarak, ya âmme vazifesidir, ya da değildir”) için **Erman**, *İflâs İdaresi*, s. 37-39 (Manzini/Nuvolone’ye atıfla).

⁶³⁸ TMK m. 396: vesayet organları, vesayet daireleri ile vasi ve kayyımlardır.

⁶³⁹ TMK m. 640.

gerekçelendirmemektedir.⁶⁴⁰ Tevdinin içeriğine ilişkin ölçüt, vasi ile kayyımı birleştirmekte ve tereke temsilcisini ayırmaktadır. Aynı ölçüt, kamusal bir makam tarafından atanan özel şirket yöneticisinin kamu görevlisi sayılmamasını da açıklamaktadır: atayan makamın kamusal niteliği katkının isnadını değiştirmemekte, genel müdürün katkısı yönettiği özel şirkete isnat edilmektedir.⁶⁴¹ Tahkim yargılamasında görev alan hakem bakımından tevdinin kaynağı ayrıca değerlendirilmelidir. Hakem taraflarca seçilmekte; verdiği karar ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkime ilişkin hükümleri uyarınca iptal davası yoluyla devlet mahkemesinin denetimine açık bulunmakta ve bu denetimden geçmekle mahkeme kararı gibi icra edilebilmektedir. Türk makamları 2009 yılında GRECO’ya, ulusal hakemlerin usul hükümlerine bağlılık ve kararlarının mahkeme denetimine tabi olması gerekçesiyle m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi olduğunu bildirmiş; kanun koyucu ise 2012 yılında m. 252/9-e’de “vatandaş veya yabancı hakemleri” ayrıca saymıştır.⁶⁴² Genel tanımın hakemi kapsadığı kabul edildiğinde vatandaş hakemin özel hükümde ayrıca anılmasının normatif işlevi açıklanamamakta; bu düzenleme, kurucu eşdeğerlik hükümleri bakımından gösterilen sistematik karşı veri niteliğini taşımaktadır. Hakemin katkısının taraflara mı yoksa hukuk düzeninin tahkim kararına bağladığı yargısal sonuç dolayısıyla hükmî aktöre mi isnat edileceği, isnat ölçütünün tahkim bakımından ayrıca sınanmasını gerektirmektedir.

Tanım düzeyindeki değerlendirmeye, somut suç normu bakımından sıfatı Kanun’un 6. maddesi dışında belirleyen bir hükmün bulunup bulunmadığının tespitiyle başlanmalıdır. Kanun içindeki özel tanımlar ile özel kanunlardaki eşdeğerlik hükümleri sıfat

⁶⁴⁰ Vasi için Yarg. 5. CD, 02.05.2013, E. 2013/5334, K. 2013/4360 (“kamu vesayetinden kaynaklanan bu vesayet görevinin ... özel vesayet niteliğinde olmadığı”); tereke temsilcisi ve kayyım için Yarg. 5. CD, 13.05.2016, E. 2014/1981, K. 2016/5102 ve Yarg. 5. CD, 02.10.2024, E. 2023/7648, K. 2024/9946 (“kayyımlığın atanma şekli ve görevi nazara alındığında, kamusal bir faaliyet yerine getirmediği”; vasiye ilişkin uygulamanın kıyasen genişletilmesi reddedilmiştir).

⁶⁴¹ Yarg. CGK, 03.11.2020, E. 2016/1176, K. 2020/437 (Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından kayyım olarak yönetilen özel şirkete kayyımlarca atanan genel müdür).

⁶⁴² GRECO, Evaluation Report, par. 46, 69: makamlar, hakemlerin yargılamasına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun delil hükümlerinin uygulanmasını ve hakem kararının mahkemeye sunulup itiraz ve temyize konu olabilmesini (HUMK m. 516-536) gerekçe göstermiş; GRECO bu açıklamayı ikna edici bulmuştur. Yabancı hakemler bakımından ise m. 252/5’in (2010 metni) yalnız uluslararası ticari faaliyet bağlamındaki aktif rüşveti kapsamı nedeniyle eksiklik tespit edilmiş ve Ek Protokol’ün onaylanması tavsiye edilmiştir (par. 69; tavsiye iv). 2012 değişikliğinin değerlendirmesi için Second Compliance Report, par. 27-31; Ek Protokol’ün onaylanmasıyla tavsiyenin yerine getirilmiş sayılması için Interim Compliance Report, par. 6-9. Yürürlükteki tahkim düzenlemesi için HMK m. 407 vd.

vermemekte, kamu görevlisine özgü rejimin belirli bir bölümünü kendi konu ve koşul sınırı içinde teşmil etmektedir; bu sınırın dışına genel tanım yoluyla taşımamaktadır.⁶⁴³ Bu esas, kamu sermayeli özel hukuk tüzel kişilerinin personeli bakımından belirleyici sonuç doğurmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüsü kamu tüzel kişisi olarak hükmî aktördür ve personeli tevdi yoluyla kapsamdadır; bağlı ortaklık özel hukuk tüzel kişisidir ve personeli ancak 399 sayılı KHK m. 11/b uyarınca kamu görevlisine özgü rejime tabidir. Belediye şirketi ise ne kamu iktisadi teşebbüsüdür ne de anılan KHK'ya tabi bir bağlı ortaklıktır; 4046 sayılı Kanun m. 7/3 de yalnızca özelleştirme programına alınan kuruluşları kapsamaktadır. Belediye şirketi personeli bu nedenle, özel bir eşdeğerlik hükmü bulunmadıkça tanımın dışındadır. Beşinci Ceza Dairesinin belediye şirketi personeli hakkında zimmet hükümlerini uygulayan çizgisi, bağlı ortaklık personeline ilişkin sermaye gerekçesinin şirkete taşınmasına, yani tanım düzeyinde reddedilen organik ölçüte dayanmaktadır; Onsekizinci Ceza Dairesinin aynı personeli mağdur olarak kamu görevlisi saymayan kararı ise isnat ölçütüyle uyumludur.⁶⁴⁴ Belediye şirketlerinin personeli bakımından ortaya çıkan boşluk, hizmet alımı personelinin 696 sayılı KHK ile bu şirketlere geçirilmesi nedeniyle genişlemiştir;⁶⁴⁵ boşluğun kapatılması, tanımın yorum yoluyla genişletilmesiyle değil, kanun koyucunun 399 sayılı KHK m. 11/b türünde bir eşdeğerlik hükmü öngörmesiyle mümkündür. Kanun koyucunun sessiz kaldığı hâllerde

⁶⁴³ Kanun içi özel tanımlar için TCK m. 6/1-d ve 252/8-9; eşdeğerlik hükümlerine örnek olarak 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 151, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 62, 5188 sayılı Kanun m. 23/2, 4046 sayılı Kanun m. 7/3 ve 399 sayılı KHK m. 11/b. 399 sayılı KHK m. 11/b'nin (3771 sayılı Kanun m. 3 ile kanunlaşmış hâliyle) kapsamı ve 3460 sayılı Kanun m. 43'ten başlayan soyağacı için bkz. yukarıda dn. 315 ve orada anılan **Tozman**, *Memurların Yargılanması*, s. 44-46. Konu sınırı için Yarg. 5. CD, 12.06.2014, E. 2013/2571, K. 2014/6571; Yarg. 11. CD, 20.10.2025, E. 2021/38530, K. 2025/13269. Eşdeğerlik rejiminin yapısı için bkz. yukarıda 1.4.4.4 ("Kamu Görevlisinin Eşdeğerlik Rejimi"). 3202 sayılı Kanun m. 54'ten 3771 sayılı Kanuna uzanan zincirin ve 399 sayılı KHK m. 11/b'nin AYM, 04.04.1991, E. 1990/12, K. 1991/7 sayılı kararıyla iptalinin (kanun hükmünde kararnameyle ceza hükmü konulamaması, AY m. 38, 91) toplu anlatımı için Özgenç, *Kamu Görevi*, s. 337-342.

⁶⁴⁴ Bağlı ortaklık için Yarg. 5. CD, 21.09.2016, E. 2016/6808, K. 2016/7810 ("sermayesinin tamamı iktisadi devlet kuruluşuna ait" şirket personeli). Belediye şirketi personeli hakkında zimmet uygulaması için Yarg. 5. CD, 28.05.2007, E. 2007/3692, K. 2007/4007 (aktaran Yarg. 5. CD, K. 2015/17539 ve K. 2018/9559); aksi yönde, belediye şirketi personelini mağdur olarak kamu görevlisi saymayan Yarg. 18. CD, 25.11.2015, E. 2015/7507, K. 2015/11963.

⁶⁴⁵ 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (RG 24.12.2017, S. 30280) m. 127 ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ve 01.02.2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun m. 118 ile aynen kabul edilen geçici m. 24 uyarınca il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları ile bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde hizmet alımı yoluyla çalıştırılan işçiler, bu idarelerin şirketlerinde işçi statüsüne geçirilmiştir.

bu sessizlik, piyasa faaliyeti ile kamusal faaliyetin kesiştiği alandaki gruplar bakımından dışlama yönünde yorumlanmalıdır.⁶⁴⁶

2.5.4.2. Suç Normu Düzeyinde Kapsamın Belirlenmesi

Kişinin TCK m. 6/1-c kapsamında kamu görevlisi olduğunun belirlenmesinden sonra ise ikinci norm düzeyine, yani kamu görevlisi sıfatına hukuki sonuç bağlayan ceza normuna geçilmelidir. Kanun, kamu görevlisi sıfatına birçok durumda tek başına sonuç bağlamamakta; sıfat ile suç teşkil eden fiil arasında ayrıca göreve dair bir ilişki kurmaktadır. Bu ilişkinin niteliği suç tipine göre değişmektedir. Zimmet suçunda malın görev nedeniyle faile bırakılmış olması veya failin malı koruma ve gözetme yükümlülüğünün bulunması; rüşvette işin kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili olması; irtikâpta görevin sağladığı nüfuz veya güvenden yararlanılması; görevi kötüye kullanmada görevin gereklerine aykırı davranılması; zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasında ise failin görevi gereği zor kullanma yetkisine sahip olması aranmaktadır. Kamu görevlisinin suçun yöneldiği kişi olduğu bazı düzenlemelerde de kamu görevlisi sıfatına bağlanan özel sonuç, fiilin görev nedeniyle gerçekleştirilmesi veya görevin yerine getirilmesinin engellenmesi amacı gibi ilave bağlantılarla sınırlandırılmaktadır.

Bu bağlantılar, kamu görevlisi tanımının unsurları değildir. Her biri, ilgili ceza normunun koruma amacı ile kamu görevlisi sıfatı arasında kurduğu suç tipine özgü görevsel ilişkiyi ifade etmektedir. Örneğin zimmet suçunda kamu görevlisi olan herkes değil, suçun konusu olan mal üzerinde görevi nedeniyle zilyetlik, koruma veya gözetim ilişkisi bulunan kamu görevlisi fail olabilir.⁶⁴⁷ Rüşvette kişinin kamu görevlisi olması yanında

⁶⁴⁶ Karşılaştırmalı hukukta da kamusal sıfatın uygulanmasında belirsizlik kaldığında sıfatın dışlanması ve boşluğun şirket suçları, iflas suçları ve tüzel kişilerin sorumluluğu gibi başka araçlarla doldurulması önerilmektedir: **Sartori**, s. 125. Kanun koyucunun belirli bir sektörde işletenden bağımsız bir kurucu hükümle boşluğu kapatmasına örnek olarak, posta hizmetlerinde çalışanları hizmeti kim işletirse işletsin kamu hizmetiyle görevli sayan D.lgs. 22.7.1999, n. 261, m. 18 için aynı eser, s. 59, 74.

⁶⁴⁷ Zimmette özel faillik niteliğinin görevi nedeniyle zilyetlik veya koruma ve gözetim yükümlülüğüyle birlikte belirlendiği ve bu bağlantıdan yoksun kamu görevlisinin ancak azmettiren veya yardım eden olabileceği yönünde **Centel**, s. 2798; görevi kötüye kullanma bakımından fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan kamu görevlisinin fail olamayacağı hususunda **Üzülmez**, “Görevi Kötüye Kullanma”, s. 212. 765 sayılı Kanun döneminde de zimmetin zilyetlik ile memuriyet görevi arasında doğrudan illiyet bağı gerektirdiği ve tahsile yetkili olmayan memurun tahsil ettiği para bakımından zimmetin oluşmadığı kabul edilmiştir: **Erem**, s. 40; **Donay**, s. 37, 39 ve dn. 49’da anılan Yarg. 5. CD, 17.5.1949, 3047/2663 ile Yarg. 5. CD, 11.11.1967, 2787/3431. İtalyan hukukunda da görevle bağlantısı olmayan el koyma zimmet sayılmamaktadır: Cass. pen., 7.5.2015, n. 34869 (aktaran **Sartori**, s. 74, dn. 210).

menfaatin görevinin ifasıyla ilgili bir iş karşılığında sağlanması gerekir. Kamu görevlisine yönelik hakarete ise mağdurun kamu görevlisi olması tek başına nitelikli hâlin uygulanmasına yetmemekte, hakaretin görevinden dolayı gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Bu sonuçlar, kamu görevlisi kavramının suç tiplerine göre farklı tanımlanmasından değil, aynı genel tanımla belirlenen sığata farklı suç normlarının farklı koşullarla hukuki sonuç bağlamasından kaynaklanmaktadır.

Bu ayrım, kamu gücü kullanma, kurumsal temsil, karar verme yetkisi, nüfuz, zilyetlik veya özel yükümlölük gibi ölçütlerin de kamu görevlisi kavramının genel koşulları hâline getirilmesini engellemektedir. Bu özelliklerin her biri belirli bir suç tipinin haksızlık yapısında önem taşıyabilir. Ancak belirli bir suç bakımından kamu görevlisi unsurunun fonksiyonunu açıklayan özelliğın m. 6/1-c'nin genel tanımına taşınması, özel normun koşulunun genel tanımın koşuluna dönüştürölmesi anlamına gelir. Kamu adına karar verme veya hukuki sonuç doğurma yetkisinin genel ölçüt olarak benimsenmesi, karar yetkisine sahip olmamasına rağmen kamusal faaliyetin yürütölmesine katılan ve belirli kamu görevlisi suçlarının faili olabilen kişileri açıklamakta yetersiz kalacağı gibi, kamu görevlisinin suçun yöneldiğı kişi olduğı düzenlemelerin önemli bir bölümünü de tanımın dışında bırakacaktır. Dolayısıyla görevden kaynaklanan yetki, nüfuz, zilyetlik, güven veya özel yükümlölükler kamu görevlisi olmanın genel koşulları değil, ilgili suç normunun yapısına göre hukuki önem kazanan görevsel özelliklerdir.⁶⁴⁸

Kamu görevlisi sıfatına sonuç bağlayan normlar, sıfat ile fiil arasındaki bağlantıyı dört farklı esasa göre kurmaktadır. İlk esasta norm sıfatı değil görevi anmaktadır: kasten öldürme, kasten yaralama ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmada “kişinin yerine getirdiğı kamu görevi nedeniyle” işleme (m. 82/1-g, 86/3-c, 109/3-c) bu esasa dayanmaktadır. Burada sorulan, mağdurun kamu görevlisi olup olmadığından çok fiilin bir kamu görevinin icrası nedeniyle işlenip işlenmediğidir; salt görev bağlantısı, hükmî aktörce tevdi edilmiş her görev bakımından uygulanmaktadır. İkinci esasta norm sıfatı anmakta ve fiili görevle ilişkilendirmektedir: “kamu görevlisine karşı görevinden dolayı” (m. 125/3-a), “görevinden ötürü” (m. 152/1-g), görevi nedeniyle zilyetlik (m. 247),

⁶⁴⁸ Özel hukuk kişileri bakımından ayırıcı ölçütün “kamusal faaliyetin kamusal güç ve yetki kullanılarak yürütölmesi” olduğı yönündeki karşı görüş için **Tulay**, s. 1227-1228, 1252.

“görevinin ifasıyla ilgili bir iş” (m. 252), “görevinin gereklerine aykırı” (m. 257), görevin sağladığı nüfuz (m. 86/3-d, 102/3-b, 103/3, 109/3-d, 119/1-e, 250), “görevinin verdiği yetki” (m. 137/1-a), “göreviyle bağlantılı olarak” (m. 281/2, 283/2, 284/3) ve “görevinin sağladığı kolaylık” (m. 285/4) ifadeleri görev-fiil bağlantısının görünümleridir. Bu bağlantı, tevdi edilmiş bütün görevler bakımından geçerlidir; kamusal faaliyetin belirli bir işlevi kişiye özel kanunla, bu işlev için gerekli araç veya ayrıcalık kullanma yetkisiyle birlikte bırakılmışsa, bağlantı yalnızca bu işlev bakımından kurulabilmektedir. Üçüncü esasta kamusal araç ve ayrıcalıklar tipikliğinin unsuru hâline getirilmiştir: görevi gereği düzenlemeye yetkili olunan belge (m. 204/2), resmî belgeyi düzenleme yetkisi (m. 206), zor kullanma yetkisi (m. 256) ve görevi gereği elde bulundurulanan araç ve gereçler (m. 266) bu esasa dayanmaktadır. Göreve ilişkin nitelikli bağlantıda sıfat ve görevsel bağlantı yeterli değildir; kişinin somut olarak bu yetki veya araçla donatılmış olması gerekmekte ve bu koşul hükmî aktörce tevdi edilen işlerde de aranmaktadır. Yetkiye sahip olmayan kamu görevlisi bu suçların faili olamamaktadır. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesinde (m. 262) ise yetki, failin sahip olması gereken bir unsur değil fiilin konusudur; bu suçu, üstlendiği görevi yapmaya yetkili olmayan herkes işleyebilmektedir.⁶⁴⁹ Mehaз hukukun 1990 reformunda tanımın içine yerleştirdiği otoriter veya belgeleyici yetki ölçütü, bu çalışmada tanım düzeyinden bu norm grubuna taşınmış olmaktadır.⁶⁵⁰ Dördüncü esasta ise norm yalnızca sıfata sonuç bağlamaktadır (m. 205/1, c. 2; m. 255/1, c. 2; m. 282/3); işkence, haksız arama ve kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarrufta (m. 94/1, 120, 261) bağlantı tipik fiilin yapısında örtük olarak bulunmaktadır. TCK incelendiğinde kamu görevlisi sıfatına yer veren kırk dört hükmün otuz sekizinde bağlantı unsuru bulunmakta; sınırlandırma sorunu bu nedenle esas olarak yalnızca sıfata sonuç bağlayan hükümlerde ortaya çıkmaktadır.

⁶⁴⁹ Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunda failin kamu görevlisi olmaması veya üstlenmek istediği görevi yapmaya yetkili ve görevli bulunmaması gerektiği yönünde Yarg. 14. CD, 02.04.2018, E. 2015/2478, K. 2018/2399 (aktaran **M. Buhari Çetinkaya**, “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi Suçu (TCK m. 262)”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2025, s. 597-618, s. 605, dn. 60). Kendi konu yetkisini aşan kamu görevlisinin bu suçu değil, koşulları varsa görevi kötüye kullanmayı işleyeceği yönünde aynı makale, s. 605, 609.

⁶⁵⁰ Mehaз 357. maddenin otoriter veya belgeleyici yetki ölçütü için bkz. yukarıda 2.1.1.3 (“Mehaз Hukukta 1990 Reformu”).

Görev-fiil bağlantısı, fail bakımından dört işlevsel kategori altında toplanabilmektedir: görevi nedeniyle zilyetlik veya gözetim (m. 247, 251), iş üzerinde yetki, nüfuz veya güven ilişkisi (m. 250, 252, 259; m. 86/3-d, 102/3-b, 103/3, 109/3-d, 119/1-e, 137/1-a, 227/5), görevden kaynaklanan yükümlülükler (m. 257, 258, 260, 279, 324; m. 281/2, 283/2, 284/3, 285/4) ve kamusal güç kullanma imkânı (m. 256; m. 94/1, 120 ve 261’de örtük olarak). Bu kategoriler içinde görev yükümlülüğü, diğerlerinden farklı olarak haricî bir normatif dayanağı zorunlu kılmaktadır. Zira “görevin gerekleri” ceza normunun kendisinden değil; kanun, düzenleyici işlem veya görev tanımı gibi normatif kaynaklardan belirlenebilmektedir. Bu yükümlülüklerin norm muhatabı bakımından önceden belirlenebilir ve erişilebilir nitelikte olmaması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunun uygulama alanı ceza normu tarafından değil, sonradan yapılacak değerlendirmelerle şekillendirilmektedir. Böyle bir durumda belirsizlik, yalnızca kamu görevlisi tanımına değil, bu tanıma sonuç bağlayan suç normuna da sirayet etmektedir.⁶⁵¹ Milletvekilinin yasama işlemleri, gerekleri dış bir normla belirlenemeyen siyasal takdire dayandığından ve ayrıca yasama sorumsuzluğu kapsamında bulunduğu; salt maddi işin aksatılması ise kamu faaliyetinin eşitlik ve liyakat ilkelerine uygun yürütüldüğüne ilişkin güvene temas etmediğinden bu koşulun dışında kalmaktadır. Mağdur ekseninde ise tek ölçüt, fiilin görevin icrası nedeniyle işlenmesi, yani görev ile fiil arasında nedensellik bağının bulunmasıdır; uygulama bu bağı muhtar gibi konumu kanunla belirli bir kişi için dahi her olayda ayrıca aramaktadır.⁶⁵² Kanun’un kasten öldürme, kasten

⁶⁵¹ Bu tehlike, Türk makamlarının GRECO’ya sunduğu açıklamada somut olarak görülmektedir: makamlar, m. 252 anlamında görevin içeriğinin, görevlinin bağlı bulunduğu kurumu düzenleyen kanunlar, tüzük ve yönetmelikler, emirler veya idari teamüllerden çıkarıldığını bildirmiştir (GRECO, Evaluation Report, par. 23). Görevin gereklerinin idari teamülle belirlenebilmesi, metinde aranan dışa dönük norm koşulunu karşılamamaktadır. Görevin gereklerinin faile resmen verilmiş görev tanımından çıkarılması gerektiği ve 765 sayılı Kanun m. 240’daki ifadenin keyfiliğe yol açabileceği yönünde **Memiş Kartal**, s. 1378-1379, 1384; ilgili işlemde icrai görevi bulunmayan müsteşar hakkında Yarg. CGK, 26.06.2012, E. 2012/4-265, K. 2012/246 (aynı makale, s. 1385). Buna karşılık görevin gereklerinin yazılı bir hukuk kuralıyla belirlenmiş olmasının şart olmadığı ve görevle ilgili amir emrine aykırılığın da yeterli olduğu yönünde **Üzülmüş**, “Görevi Kötüye Kullanma”, s. 197; uygulamada hâkim ve savcıların görevinin gereklerinin Bangalor Yargı Etiği İlkeleri gibi bağlayıcılığı tartışmalı metinlerle de belirlenebildiğinin kabulü için Yarg. CGK, 20.11.2007, E. 2007/5-83, K. 2007/244 (aktaran **Memiş Kartal**, s. 1383, dn. 42). Amir emrinin görevin gereklerini belirleyebileceği görüşü, ancak emrin kendisinin kanun veya düzenleyici işleme dayanması koşuluyla metindeki dış norm koşuluyla bağdaşmaktadır.

⁶⁵² Yarg. 4. CD, 08.12.2020, E. 2020/11253, K. 2020/18908 (“her olayda, mağdurun kamu görevlisi olup olmadığının TCK’nın 6/1-c maddesindeki tanım çerçevesinde belirlenmesi gerektiği, ayrıca hakaretin yerine getirilen kamu görevi nedeniyle yapılması, kamu görevi ile hakaret eylemi arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği”); Yarg. CGK, 02.11.2022, E. 2020/210, K. 2022/686.

yaralama ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmada “kamu görevlisi” yerine “kamu görevi” ifadesini kullanması, mağdur ekseninde sorunun bir sıfat sorusu olmadığını, icra edilen fiilin kamu görevi olup olmadığı sorusu olduğunu göstermektedir.

Görev-fiil bağlantısının işlev görebilmesi için failin görevinin ait olduğu faaliyet alanı ile normun koruduğu hukuki değer alanının örtüşmesi de gerekmektedir. Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar kamusal faaliyetin idari işleyişine duyulan güveni, adliye karşı suçlar ise yargı fonksiyonunun işleyişini korumaktadır.⁶⁵³ Tanık, adli faaliyete kamu adına katıldığından tanım düzeyinde kamu görevlisidir ve görevi nedeniyle hakarete veya yaralamaya uğradığında mağdur ekseninde bu sıfatla korunmaktadır.⁶⁵⁴ Buna karşılık tanığın ifadesi lafzen “görevinin ifasıyla ilgili bir iş” olsa dahi, rüşvet suçunun koruduğu güven kamu idaresine ilişkindir; kanun koyucu tanığın dürüstlüğü adliye alanının kendi normlarıyla (m. 272, 277) korumuş, m. 252/7’de bilirkişiyi sayarken tanığı saymamış ve yeminli yalan tanıklığa rüşvetten çok daha hafif bir ceza öngörmüştür. Bu üç düzenleme, kanun koyucunun tanığın satın alınmasını rüşvet normunun değil yalan tanıklık normunun içinde değerlendirdiğini göstermektedir.⁶⁵⁵ Usul düzeyi ise sıfattan bütünüyle ayrıdır: 4483 sayılı Kanun, AY m. 83 ve 105 ile 3628 sayılı Kanun m. 17 ve CMK m. 161/5 gibi düzenlemelerin uygulama alanı, kişinin Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi olmasından bağımsız olarak kendi ölçütleriyle belirlenmektedir.⁶⁵⁶

⁶⁵³ Adli idarenin kamu idaresi kapsamında olmadığı ve yargılama görevlilerinin eylemlerinin hukuksal konusunun “adli fonksiyon” olduğu yönünde **Özek**, “Adliye Karşı Suçlar”, s. 24, 26; yazara göre bu kişilerin kamu görevlisi olması da üstün hukuksal konunun “adliye” olduğunu değiştirmemektedir (aynı makale, s. 34). Adli görev bakımından belirleyici olanın “memur statüsü değil, görevin içeriği” olduğu hususunda aynı makale, s. 44, dn. 97.

⁶⁵⁴ Yarg. 18. CD, 12.04.2017, E. 2015/22093, K. 2017/4217 (keşifte dinlenen tanık ve mahalli bilirkişinin “adli nitelikteki kamusal faaliyetin yürütülüşüne usulünce iştirak etmeleri” nedeniyle kamu görevlisi sayılması).

⁶⁵⁵ TCK m. 252/1 ve 7, m. 272/2 ve m. 277. Bu sonuç, tanığın rüşvet suçunun faili olup olamayacağına ilişkin bir Yargıtay kararına dayanmamakta; yapılan aramada bu konuda karar tespit edilememiştir. Değerlendirme, hükümlerin sistematik yapısından çıkarılan bu çalışmaya ait bir çıkarımdır.

⁶⁵⁶ Yarg. 4. CD, 05.12.2006, E. 2006/2081, K. 2006/17292; Yarg. CGK, 27.05.2014, E. 2014/120, K. 2014/291; Yarg. CGK, 11.03.2021, E. 2017/1197, K. 2021/102. Uzlaştırmacının Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi olmakla birlikte 4483 sayılı Kanun kapsamı dışında kalması için Aygün Eşitli, s. 50-51, 53. CGK’nın 27.05.2014 tarihli kararının, taksirli suçlarda izin usulünü uygulayan önceki içtihattan (Yarg. CGK, 12.04.2011, E. 2010/9-258, K. 2011/46) dönüş niteliğinde olduğu ve öğretildeki baskın görüşü desteklediği yönünde **Dönmez**, “Görev Suçu”, s. 2741-2743.

2.5.4.3. Görev-Fiil Bağlantısı ve Tip-Spesifik Daraltıcı Ölçütler

Bu noktada fonksiyonel değerlendirme sonucunda ortaya çıkan sınırlandırmanın hangi norm düzeyinde ve hangi hukuki işlemle gerçekleştirildiğinin ayrıca belirlenmesi gerekir. Ceza normunun “görevi nedeniyle”, “görevinden dolayı”, “görevinin gereklerine aykırı olarak”, “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle” veya benzeri bir bağlantıyı açıkça aradığı hâllerde sorun, kanunda mevcut bir unsurun anlam ve kapsamının belirlenmesidir. Aynı durum, haksız arama veya zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması gibi suçlarda tipik hareketin belirli bir kamusal yetkinin varlığını gerektirdiği hâller bakımından da geçerlidir. Bu durumlarda cezalandırılabilir alanın sınırı, m. 6/1-c’deki kamu görevlisi tanımının daraltılmasından değil, tanım normu ile ceza normunun birlikte uygulanmasından doğmaktadır.

Buna karşılık kanunun kamu görevlisi sıfatına hukuki sonuç bağladığı hâlde fiil ile görev arasında ayrıca bir bağlantı öngörmediği düzenlemeler aynı biçimde değerlendirilemez. Bu hükümlerde başka suç tiplerinde bulunan görevsel bağlantının yorum yoluyla ilgili norma taşınması, kanunda mevcut bir unsurun anlamının belirlenmesi olmaktan çıkarak kanunun lafzen kapsadığı bazı hâllerin normun amacı gerekçe gösterilerek uygulama alanı dışında bırakılması sonucunu doğurabilir. Bu durumda sorun artık daraltıcı yorumun değil, teleolojik redüksiyonun sınırlarına ilişkindir.

İki işlem arasındaki ayrım özellikle kanunilik ilkesi bakımından önemlidir. Daraltıcı yorumda uygulayıcı, kanunda bulunan unsurun mümkün anlam alanı içerisinde hareket etmekte ve unsurun somut olaya uygulanabilir kapsamını belirlemektedir. Teleolojik redüksiyonda ise olay kanuni ifadenin anlam alanına girmesine rağmen, normun amacı dikkate alınarak hükmün uygulanmasından vazgeçilmektedir.⁶⁵⁷ Bu nedenle görevsel bağlantının kanun metninde açıkça veya suçun tipik yapısı içerisinde yer aldığı hâller ile böyle bir bağlantının bulunmadığı hâller aynı yöntemle sınırlandırılmaz. Özellikle kanun koyucunun aynı veya benzer düzenlemelerde görevsel bağlantıyı açıkça ifade ettiği hâlde

⁶⁵⁷ **Greco**, s. 478-479: hukuk yaratma yoluyla uygulayıcı, tipi sonuna kadar yazma görevini kanun koyucunun metnine geri bağlanmaksızın kendi sorumluluğu altında üstlenmektedir.

incelenen normda böyle bir bağlantıya yer vermemiş olması, yorum yoluyla eksik olduğu düşünülen koşulun eklenmesi konusunda ayrıca ihtiyatlı olmayı gerektirir.

Teleolojik-fonksiyonel yaklaşımın kanunilik ilkesi bakımından sınırı da burada ortaya çıkmaktadır. Yöntem, kamu görevlisi kavramını suç normunun koruma amacına göre yeniden tanımlama yetkisi vermediği gibi, “fonksiyon” kavramını kanunda bulunmayan unsurlar yaratmanın genel bir aracına da dönüştüremez. Fonksiyonel değerlendirme, kanunun kullandığı unsurların ilgili suç tipinin haksızlık yapısı içerisindeki yerini belirlemeye hizmet eder. Kanunda bulunmayan bir görev, yetki veya statü koşulunun cezalandırılabilir alanı genişletecek biçimde yaratılması mümkün değildir.⁶⁵⁸ Kanunun anlam alanına giren hâllerin koruma amacı gerekçe gösterilerek dışarıda bırakılması gerekli görülüyorsa da yapılan işlemin yorum olarak görünmez kılınmaması; bunun teleolojik redüksiyon niteliğinin ve ceza hukukunda böyle bir redüksiyonun sınırlarının ayrıca ortaya konulması gerekir. Yorumla giderilemeyecek normatif uyumsuzlukların nihai çözümü ise kanun koyucuya aittir.

Sıfata görev-fiil bağlantısı aranmaksızın sonuç bağlayan hükümler de kendi içinde türdeş değildir. Nüfuz ticaretinde failin kamu görevlisi olmasına bağlanan artırım (m. 255/1, c. 2) bakımından sıfat ile korunan hukuki değer arasındaki ilişki suçun tipik yapısından çıkarılabilmektedir. Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğu iddiasının inandırıcılığı failin sıfatından beslenmekte; 765 sayılı Kanun m. 278’in milletvekilleri bakımından öngördüğü artırım da aynı kriminal politik gerekçeye dayanmaktadır.⁶⁵⁹ Bu hükümde bağlantı norm metninde yazılı olmamakla birlikte suçun konusunda örtük olarak mevcut olduğundan, artırımın uygulanması bir teleolojik redüksiyonu gerektirmemektedir. Resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (m. 205/1, c. 2) ile suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282/3) bakımından ise sıfat ile korunan değer arasında böyle bir tipik ilişki gösterilememektedir. Her iki hükümde de kanun koyucu bağlantıyı

⁶⁵⁸ Aksi yönde, suçun hukuki konusundan hareketle fail çevresinin “genişletici yorumla” kurumsal sıfatı bulunmayan kişilere teşmil edilebileceğini savunan **Hafızoğulları/Özen**, “Din Hizmetleri”, s. 258; benzer biçimde soyut güven anlayışından hareketle m. 262’nin kapsamını genişleten **Çetinkaya**, s. 606.

⁶⁵⁹ 765 sayılı TCK m. 278/2: memur nezdinde nüfuz iddiasıyla menfaat teminin milletvekilleri ve siyasal parti kademelerinde fiilen görev alanlar bakımından ağırlaştırılmış hâli. Fıkra, 05.01.1961 tarihli ve 235 sayılı Kanun m. 2 ile değişik hâliyle, “fail milletvekili veya siyasi parti kademelerinde fiili vazife almış olduğu takdirde” cezanın üçte birden yarıya kadar artırılmasını öngörmektedir.

gerekçede kurmuş, ilkinde görevin gereklerine aykırılık, ikincisinde görevin sağladığı kolaylıktan yararlanma olarak formüle etmiş, fakat norm metnine yazmamıştır.⁶⁶⁰ Bu iki hükümde kamu görevlisi unsurunun uygulama alanı, normun koruma amacı esas alınarak, sıfat ile failin görevi arasında somut olayda bir ilişkinin kurulabildiği hâllerle sınırlandırılmalıdır. Bu işlem, norm metnine yorum yoluyla yeni bir bağlantı unsuru eklenmesi değil, lafzın açıkça kapsadığı bazı olayların normun amacı gerekçesiyle uygulama alanı dışında bırakılmasıdır; teleolojik redüksiyon niteliğindeki bu sınırlandırma fail lehine sonuç doğurduğundan kıyas yasağıyla çatışmamakta ve uygulayıcı bakımından kanunilik ilkesiyle bağdaşan bir çözüm oluşturmaktadır. Bununla birlikte redüksiyon, artırımın sınırının norm metninde değil içtihatla belirlenmesi durumunu sürdürdüğünden, kanun koyucuya yönelen belirlilik gereğini karşılamamaktadır. Bu nedenle uygulayıcı bakımından fail lehine redüksiyonun kabulü ile kanun koyucunun bağlantı unsurunu norm metnine yazma yükümlülüğü birlikte savunulmakta; bu iki hükme görev-fiil bağlantısını açıkça öngören bir unsurun eklenmesi de lege ferenda önerilmektedir.

Yargıtay’ın işlem bazlı belirleme olarak nitelendirilebilecek çizgisi, iki norm düzeyinin ayrılmasıyla daha sağlam bir gerekçeye kavuşmaktadır. Ceza Genel Kurulunun, avukatın ahzu kabz yetkisiyle tahsil ettiği parayı müvekkiline vermemesini zimmet suçunun dışında tutan sonucu isabetlidir; ancak kararın dayandığı “kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı” gerekçesi, göreve ilişkin nitelikli bir bağlantı gerektirmeyen zimmet suçuna yetki ölçütünü uygulamaktadır. Sonucu taşıyan gerekçe, m. 247’de aranan malın görevi nedeniyle zilyetliğinin devredilmiş olması unsurunda bulunmaktadır: tahsil edilen para avukata kamu görevi nedeniyle değil, müvekkili tarafından tevdi edilmiştir.⁶⁶¹

⁶⁶⁰ TCK m. 205 gerekçesi için bkz. yukarıda dn. 622; m. 282 gerekçesi ise (26.06.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla yapılan fıkra kaydırmasından önce ikinci fıkrada yer alan) artırımı, suçun “kamu görevlisi tarafından görevini yaparken ve görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak ya da belli bir meslek sahibi kişi tarafından mesleğinin icrası sırasında ve sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi” hâline bağlamaktadır: görev bağlantısı gerekçede kurulmuş, kamu görevlisi bakımından metne yazılmamıştır.

⁶⁶¹ Yarg. CGK, 17.06.2021, E. 2021/43, K. 2021/287; Yarg. CGK, 08.12.2022, E. 2021/44, K. 2022/790. Vekâlet ilişkisi uyarınca hareket eden avukatın zimmet suçundan cezalandırılmasının isabetsizliği yönünde Can, s. 272. Kamu görevi dolayısıyla değil kişisel güvene dayanan tevdide zimmetin oluşmayacağı yönünde Erem, s. 41; yazara göre bu hâlde ihlal edilen “Devlet idaresine olan itimat” değil, memurun şahsına duyulan itimattır. 5237 sayılı Kanun bakımından aynı yönde Centel, s. 2789; V. Aslan, s. 53. Görevli olmadığı işle ilgili olarak kendisine verilen parayı yatırmayan kamu görevlisinin fiilini güveni kötüye kullanma sayan Yarg. 4. CD, 04.07.2007, 2431/6402 (aktaran Üzülmüş, “Görevi Kötüye Kullanma”, s. 197, dn. 20). Avukatın kamu görevlisi sayılmasının “kanuni tipten bağımsız bir değerlendirmeye, her suç

Görev dolayısıyla olmayan tevdide ihlal edilen, kamu idaresine duyulan güven değil kişinin şahsına duyulan güven olduğundan, zimmet normunun koruduğu hukuki değer bu hâlde etkilenmemektedir. Yetkisi bulunmaksızın kimlik sorması sırasında hakarete uğrayan bekçiye ilişkin kararda çoğunluk yetki yokluğundan hareketle sıfatı reddetmiş, karşı oy ise 2011 tarihli formülle sıfatı korumuştur. İki norm düzeyi ayrımında sıfat tanım düzeyinde mevcuttur; buna karşılık hakaretin “görevinden dolayı” işlenmesi bağı yetki dışında kalan işlem bakımından kurulamamakta, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu ise yetkinin yokluğu nedeniyle uygulanamamaktadır.⁶⁶² Kanunilik ilkesine dayanılarak sıfatı reddeden gerekçeler de aynı çerçevede değerlendirilmelidir. Bilgi verme yükümlüsü ve sayısal loto bayii bakımından ulaşılan ret sonucu isabetli olmakla birlikte, gerekçe bu sonucu taşıyan ölçütü, yani tanım düzeyindeki isnat ilişkisini içermemekte; kanunilik ilkesi bu ölçütün yokluğunu perdelemektedir. Görevlendirme yoluyla kamusal faaliyete katılan uzlaştırmacı bakımından ise aynı gerekçeye dayanan karşı oy, isnat ölçütü uygulandığında sonuç bakımından da isabetli görünmemektedir; uzlaştırmacının katkısı kendisini görevlendiren hükmi aktöre isnat edildiğinden sıfat tanım düzeyinde mevcuttur.⁶⁶³

İki norm düzeyi yaklaşımının sonucu, mehzaz hukukla ve 765 sayılı Kanun dönemiyle karşılaştırıldığında belirginleşmektedir. Mehzaz 358. maddenin basit büro işleri ile salt maddi edimleri kapsam dışında bırakması ile 765 sayılı Kanun m. 279 uygulamasında odacı, hizmetli ve şoförün memur sayılmaması, aynı daraltmayı tanım düzeyinde gerçekleştirmektedir; bunun bedeli, fail çevresiyle birlikte mağdur korumasının da

açısından genel bir geçerliliğe sahip” olamayacağı ve zimmet bakımından kamu idaresinin güvenilirliğiyle bağlantılı bir zarar bulunmadığından failliğin reddedilmesi gerektiği yönünde **Tulay**, s. 1230-1231, 1252. 765 sayılı Kanun döneminde de sıfatın kişiye göre değil faaliyete göre belirlenebildiği, aynı kişinin suç sırasında yaptığı faaliyetin niteliğine göre bazen memur, bazen kamu hizmeti gören kişi sayılabildiği kabul edilmiştir: **Tozman**, *Memurların Yargılanması*, s. 43 (Erman/Özek’e atıfla); avukatın memurluk sıfatının yalnız duruşma sırasında söz konusu olduğu yönünde **Donay**, s. 36 ve **Tozman**, *Memurların Yargılanması*, s. 48; avukatın zimmetten değil emniyeti suistimalden sorumlu olduğu yönünde CUH, 17.2.1936, K. 16 (aktaran **Donay**, s. 36, dn. 37).

⁶⁶² Yarg. 4. CD, 15.01.2026, E. 2023/16774, K. 2026/1581 (çoğunluk görüşü ve karşı oy). Zor kullanma yetkisinin genel olarak tanınmış olmasının yetmeyip somut olayda doğmuş olması gerektiği, aksi hâlde doğrudan kasten yaralama hükümlerinin uygulanacağı yönünde **Çelik Başbozkurt**, s. 659, 665-666, 674; yetkinin verildiği bir olayda gerekmediği hâlde zor kullanılmasını da m. 256 kapsamında gören görüş (Koca/Üzülmöz) için aynı makale, s. 674.

⁶⁶³ Yarg. CGK, 22.04.2021, E. 2020/337, K. 2021/162; Yarg. 5. CD, 27.05.2019, E. 2015/10115, K. 2019/5723 (karşı oy); Yarg. 5. CD, 24.09.2020, E. 2016/6729, K. 2020/12393 ve devamındaki kararların karşı oyları.

boşalmasıdır.⁶⁶⁴ İki norm düzeyi yaklaşımı ise aynı daraltmayı fail ekseninde ve suç normunun kendi unsurları üzerinden sağlamaktadır. Hükâmî aktörün kendi personeli olan temizlik işçisi tanım düzeyinde kamu görevlisidir; bu kişinin belirli bir suçun faili olup olamayacağı ise somut görev ilişkisinin ilgili suç normunun aradığı unsuru karşılayıp karşılamadığına bağlıdır. Zimmet, ancak suçun konusu olan malın görevi nedeniyle kendisine tevdi edilmiş yahut koruma ve gözetimine bırakılmış olması hâlinde; rüşvet, ancak menfaatin görevinin ifasıyla ilgili bir iş karşılığında sağlanması hâlinde; irtikâp, ancak görevinin sağladığı nüfuz veya güvenin bulunması hâlinde; görevi kötüye kullanma ise ancak dışa dönük bir görev yükümlülüğünün varlığı hâlinde söz konusu olabilmektedir. Temizlik işinin olağan içeriği bu unsurları kural olarak taşımadığından fail sıfatı çoğu olayda reddedilmekte; ancak ret, işin adından veya meslek grubundan değil, somut görev ilişkisinin kanuni unsuru karşılamamasından doğmaktadır. Buna karşılık aynı yaklaşım, mağdur ekseninde belediye şoförüne görevinden dolayı hakareti nitelikli hâl kapsamında tutmaktadır. İki yaklaşım arasındaki fark ulaşılan sonuçta değil, sonucu belirleyen ölçütün bulunduğu norm düzeyindedir. Bu yaklaşımın bedeli, tanım düzeyinde dışlanan hizmet alımı personelinin mağdur olarak da korumasız kalmasıdır; devlet hastanesindeki taşeron veznedarına ilişkin birbirine aykırı iki karar bu bedelin görünümüdür.⁶⁶⁵ Boşluk, tanımın mağdur ekseninde genişletilmesiyle kapatılamamaktadır; zira tek tanım normu bütün işlevler için aynı içeriği taşıdığından, mağdur ekseninde genişleyen tanım fail ekseninde de genişlemektedir. Kanun koyucunun sağlık alanında 3359 sayılı Kanun ek m. 12 ile kamu ve özel ayrımı yapmaksızın sağlık personeline karşı işlenen suçlar için ayrı bir koruma öngörmesi ve 696 sayılı KHK ile hizmet alımı personelinin büyük bölümünü işçi kadrolarına geçirmesi, boşluğun tanımın

⁶⁶⁴ Mehaz 358. maddenin son cümlesi için bkz. yukarıda 2.1.1.3 (“Mehaz Hukukta 1990 Reformu”); 765 sayılı Kanun m. 279 uygulamasında odacı, hizmetli ve şoförün memur sayılmaması için Soyaslan, s. 50 ve bkz. yukarıda dn. 390. 765 sayılı Kanun döneminde belediye park memuru, hastabakıcı, telefon hat bakıcısı ve şoförü memur saymayan kararlar ile aksi yönde belediye odacısını memur sayan Yarg. 4. CD, 29.5.1956, 1945/7254 için **Donay**, s. 34, dn. 27.

⁶⁶⁵ Yarg. 2. CD, 05.11.2013, E. 2011/38106, K. 2013/25375 (Devlet hastanesinin hasta kayıt veznesinde çalışan taşeron personelinin hakaret mağduru olarak kamu görevlisi sayılması); aksi yönde Yarg. 4. CD, 22.04.2014, E. 2012/37882, K. 2014/13098.

genişletilmesiyle değil sektörel kurucu hükümlerle kapatılması yönündeki yasama tercihini göstermektedir.⁶⁶⁶

Tanım normunun sonuç doğurmayan bir bağlantı noktası olduğu, siyasal temsil yoluyla kamusal faaliyete katılan kişiler bakımından en açık biçimde görülmektedir. Milletvekili, yasama faaliyetine seçilme yoluyla katıldığından tanım düzeyinde kamu görevlisidir; Kanun'un 53/1-a maddesi de Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğini bir kamu görevi olarak konumlandırmaktadır.⁶⁶⁷ Bu sığa bağlanan sonuçlar ise bağlantı esasına göre değişmektedir: oy veya kanun teklifi karşılığında menfaat sağlanması “görevinin ifasıyla ilgili bir iş” bağlantısını kurmakta; buna karşılık görevi nedeniyle zilyetlik bulunmadığından zimmet, görevin gerekleri dış bir normla belirlenemediğinden görevi kötüye kullanma söz konusu olmamaktadır. Yasama sorumsuzluğunun oyun karşılığında yapılan anlaşmayı kapsayıp kapsamadığı ise sıfattan değil AY m. 83'ten kaynaklanan ayrı bir sorundur.⁶⁶⁸ Cumhurbaşkanı bakımından ise sığa bağlanan sonuçların büyük bölümü özel normlarla (m. 299, 310; AY m. 105) ikame edilmiş olup genel tanım yalnızca özel normun kapsamadığı tiplerde işlemektedir. Siyasal temsil sınıfında tanım normunun bu artık işlevi, sıfatın kendi başına sonuç doğurmayıp bağlantı noktası oluşturduğu önermesinin en açık doğrulamasıdır.

Bu çerçevede teleolojik-fonksiyonel yöntemin ortaya koyduğu sonuç iki norm düzeyi ve üç değerlendirme aşaması üzerinden ifade edilebilir. İlk aşamada TCK m. 6/1-c yorumlanarak kişinin kamu görevlisi olup olmadığı belirlenir. İkinci aşamada kamu

⁶⁶⁶ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek m. 12 (6514 sayılı Kanun m. 47 ile eklenmiş; 7243 sayılı Kanun m. 28 ile eklenen ikinci fıkrasıyla kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen kasten yaralama, tehdit, hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarında cezanın yarı oranında artırılması ve erteleminin uygulanmaması); 696 sayılı KHK m. 127 ile 375 sayılı KHK'ya eklenen geçici m. 23-24. Ek m. 12'nin üçüncü fıkrası ayrıca, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personelin “bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından” TCK'nın uygulanmasında kamu görevlisi sayılacağını öngörmektedir (6514 sayılı Kanun m. 47 ile eklenen hâliyle). Ek m. 12/2-3'ün 7243 sayılı Kanun sonrası lafzı için **Tulay**, s. 1231-1232 (resmî metin de “görevleri sebebiyle” demektir); hükmün m. 86/3-c ile birlikte uygulanmasının non bis in idem ve eşitlik ilkeleri bakımından eleştirisi için aynı makale, s. 1232-1234.

⁶⁶⁷ TCK m. 53/1-a: “Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden ...”. Milletvekilinin kamu görevlisi sıfatı için öğretide **Yokuş Sevük**, s. 264. Milletvekilinin veya Cumhurbaşkanı'nın TCK m. 6/1-c anlamındaki sıfatına ilişkin bir Yargıtay kararı yapılan aramada tespit edilememiştir.

⁶⁶⁸ AY m. 83/1.

görevlisi kavramına yer veren ceza normunun koruduğu hukuki değer ve bu kavrama yer verilmesinin kriminal politik amacı tespit edilir. Üçüncü aşamada ise kamu görevlisi unsurunun söz konusu koruma amacı bakımından suç tipinin yapısı içerisinde üstlendiği fonksiyon belirlenerek, tanım normu ile ceza normunun birlikte uygulanmasının sonuçları ortaya konulur.

Üçüncü aşama ilk aşamaya geri dönülmesi anlamına gelmez. Ceza normunun amacı ve kamu görevlisi unsurunun bu norm içerisindeki fonksiyonu, kişinin m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi olup olmadığını yeniden belirlemek için kullanılamaz. Bunların işlevi, kamu görevlisi olduğu önceden belirlenen kişinin bu sıfatına ilgili ceza normunda hangi koşullarda ve hangi hukuki sonucun bağlandığını açıklamaktır. Böylece teleolojik-fonksiyonel yöntem, bir taraftan genel tanımın suç tipinden suç tipine değişmesini önlemekte, diğer taraftan kamu görevlisi sıfatına bağlanan bütün sonuçların salt m. 6/1-c'den hareketle otomatik biçimde uygulanmasını engellemektedir.

Bu yaklaşımın nihai sınırı ise kanunilik ilkesidir. Kamu görevlisi unsurunun fonksiyonu, kanunun lafzı ve sistematigi içerisinde karşılık bulduğu ölçüde yorum yoluyla somutlaştırılabilir. Buna karşılık kanunun düzenleme biçimi ile normun koruma amacı arasında yorum yoluyla giderilemeyecek bir uyumsuzluk bulunması hâlinde, bu uyumsuzluğun tanım normunu sonuç odaklı biçimde genişletip daraltarak giderilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda sorun, kamu görevlisi kavramının yorumundan çıkarak kanuni düzenlemenin kriminal politik tercihi ve gerektiğinde de lege ferenda değiştirilmesi meselesine dönüşmektedir.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi, kamu görevlisini içeriği ayrıca tanımlanmamış olan kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma ölçütü üzerinden belirlemekte; bu tanıma başvuran çok sayıdaki suç normu ise kamu görevlisi sıfatına farklı hukuki sonuçlar bağlamaktadır. Bu nedenle kavramın kapsamına ilişkin sorun yalnızca bir tanım sorunu değil, tanım normu ile bu tanıma başvuran suç normları arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağına ilişkin bir sorundur. Giriş bölümünde ortaya konulan hipotez, kamu görevlisi kavramına ilişkin tartışmaların önemli ölçüde suç normu düzeyine ait ölçütlerin tanım normu düzeyinde uygulanmasından kaynaklandığı varsayımına dayanmakta ve bu varsayım dört araştırma sorusu üzerinden sınanmaktadır.

İlk araştırma sorusuna, kamusal faaliyet kavramının idare hukukunun kamu hizmeti tanımlarına bağlanmaksızın, ancak üstlenme düşüncesinden yararlanılarak ceza hukukuna özgü ölçütlerle açıklanıp açıklanamayacağı sorusuna, olumlu cevap verilmiştir. Kanun metni ve gerekçesinde yer alan tanımın dayandığı kavramlar geriye doğru izlendiğinde, birlikte yaşamın ürettiği ortak ihtiyaç olgusuna ulaşılmaktadır. Ceza hukuku bakımından daha ileri bir açıklama gerektirmeyen bu olgu, kamusal faaliyetin kavramsallaştırılmasında hareket noktasını oluşturmaktadır. Ortak ihtiyaç, topluluğun devlet karşısında talep öznesi hâline gelmesiyle kamusal ihtiyaç niteliği kazanmakta; kamusal faaliyetin içeriği de bu temelde belirlenmektedir.

Çalışmada kamusal faaliyetin iki görünümünün devlete aidiyetini aynı esastan almadığı sonucuna ulaşılmıştır. Toplum bakımından bağlayıcı kararların üretilmesine yönelik hâkimiyet faaliyetlerinin devlete aidiyeti kurucu irade ve anayasal yetki düzeninden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık kamusal ihtiyaçların bir edim sunulması suretiyle karşılanmasına yönelik hizmet faaliyetlerinin kamusal niteliği, söz konusu ihtiyacın siyasal bir kararla devlet tarafından üstlenilmesine dayanmaktadır. Üstlenme, faaliyetin düzenlenmesi veya denetlenmesiyle özdeş değildir. Hukuk düzeninin bir faaliyeti düzenlemesi ya da denetlemesi, tek başına o faaliyetin devlet tarafından üstlenildiğini göstermemektedir. Aynı şekilde, üstlenilmiş bir faaliyetin özel hukuk kişileri eliyle yürütülmesi de faaliyetinin kamusal niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle bir

faaliyetin kamusal niteliği, onu yürüten kişinin hukuki statüsünden bağımsız olarak belirlenmektedir.

Kamusal faaliyetin yürütülmesine yapılan her fiilî katkı, TCK m. 6/1-c anlamında katılma niteliği taşımamaktadır. Çalışmada kamu görevi, kamusal faaliyetin yürütülmesi için gerekli işlerden hükmî aktör tarafından beşerî aktöre tevdi edilen kurumsal ödev olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede kamu görevi, hukuk düzeninin herkese yüklediği genel kamusal yükümlülüklerden tevdi ilişkisiyle ayrılmakta; işin maddi niteliği belirleyici olmamaktadır. Tevdi, hükmî aktörle kurulan bir istihdam ilişkisi aracılığıyla gerçekleşebileceği gibi, böyle bir ilişki bulunmaksızın görevin kanunla veya hükmî aktörün seçim, atama ya da görevlendirme kararıyla doğrudan kişiye verilmesi suretiyle de kurulabilmektedir. Seçilmişler, tanıklar, bilirkişiler, tercümanlar, vasiler, uzlaştırmacılar ve askerlik yükümlüleri kamusal faaliyete bu ikinci yolla katılmaktadır. Aynı şekilde, kamusal faaliyetin belirli bir işlevinin bu işlev için gerekli yetkiyle birlikte özel bir kişiye bırakılması da doğrudan tevdi ilişkisinin bir görünümünü oluşturmaktadır. Buna karşılık, hükmî aktör ile işi fiilen yerine getiren kişi arasına bir özel hukuk kişisinin girmesi tevdiyi kendiliğinden ortadan kaldırmadığı gibi, salt hizmet alımı veya özel hukuk kişisiyle kurulan istihdam ilişkisi de tek başına tevdi ilişkisini kurmamaktadır. Kamusal yetki ise kamu görevinin zorunlu unsuru değildir; işlevin yetkiyle birlikte bırakıldığı hâllerde doğrudan tevдинin konusunu oluşturmakta, görevin doğrudan tevdi edilmediği diğer hâllerde ise tevдинin delili ve bazı kamu görevlerinin ayırt edici niteliği olarak işlev görmektedir.

Kamu görevlisinin anayasa, idare ve uluslararası hukuktaki rejimlerinin, kavramı kendi normatif amaçları doğrultusunda sınırlandırdığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan genel idare esasları ile asli ve sürekli görev ölçütleri personel rejiminin; 4483 sayılı Kanun'daki ölçütler soruşturma usulünün; yolsuzlukla mücadele sözleşmelerindeki kişi tanımları ise suç hâline getirme yükümlülüğünün kapsamını belirlemektedir. Bu nedenle söz konusu ölçütler, ait oldukları düzenleme alanlarında geçerli olmakla birlikte, TCK m. 6/1-c'deki kamu görevlisi tanımının genel kapsamını belirlemek için kullanılamaz. Uluslararası düzenlemelerin tanım üzerindeki etkisi de aynı sınırlar içinde kalmaktadır. Avrupa Konseyi sözleşmeleri tanımın belirlenmesini iç hukuka bırakmakta, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi özerk bir

tanım benimsemekte, GRECO denetimi ise ulusal tanımı belirlilik bakımından değil, kapsayıcılığı bakımından değerlendirmektedir.

İkinci araştırma sorusu bakımından ulaşılan sonuç, tanımın genişliğinin tek başına belirsizlik anlamına gelmediği ve belirlilik sorununun tanımın merkezinde yer alan kamusal faaliyet kavramında ortaya çıktığıdır. 5237 sayılı Kanun, 765 sayılı Kanun'daki memur-kamu hizmetlisi ayrımını uygulanabilir bir ölçüt sağlamadığı gerekçesiyle terk etmiş ve kişinin hukuki statüsü yerine yürütülen faaliyeti esas alan bir tanım benimsemiştir. Bu doğrultuda, “atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette” ve “sürekli, süreli veya geçici olarak” ibareleri, katılmanın biçimi ve süresine ilişkin her türlü şekli sınırlamayı dışlayacak biçimde kaleme alınmıştır. Bu genişlik bilinçli bir yasama tercihinin sonucudur. Nitekim madde gerekçesi, faaliyete katılan kişi ile devlet arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine önem atfetmemekte; kanun koyucu aynı yaklaşımı 2012 yılında TCK m. 252/9'da yabancı kamu görevlisi tanımını oluştururken de sürdürmektedir. Bu nedenle kamu görevlisi sıfatının kazanılmasında katılmanın biçimi ve süresi bakımından kavramın çekirdek anlam alanı belirli olup, belirsizlik bu noktada ortaya çıkmamaktadır.

Buna karşılık kamusal faaliyet kavramının içeriği norm metninde belirlenmemiştir. Belirlilik ilkesi, cezalandırılabilir alanın sınırlarının kanun tarafından gösterilmesini gerektirmektedir. Kanun koyucu bu sınırı belirleyebilecek ölçütü, madde gerekçesinde siyasal kararlar üstlenilmiş bir hizmetin kamu adına yürütülmesi şeklinde ifade etmiş, ancak norm metnine aktarmamıştır. Ölçütün gerekçede yer alması, karşılaşılan belirsizliğin kavramsal bir zorunluluktan değil, yasama tercihindan kaynaklandığını göstermektedir. Yargıtay'ın kamusal faaliyet kavramını görece istikrarlı bir içtihatla somutlaştırmış olması da bu sonucu değiştirmemektedir. Bu durumda normun muhatabı, kamu görevlisi sıfatının kapsamını kanundan değil, büyük ölçüde içtihattan öğrenmektedir.

Bu değerlendirmede Greco'nun “istenen belirsizlik” ölçütünden yararlanılmıştır. Ancak söz konusu ölçüt, esasen kanun koyucunun normu bilinçli olarak amacından daha geniş kaleme aldığı ve gerekli daraltmayı uygulayıcıya bıraktığı suç tipleri bakımından geliştirilmiştir. TCK m. 6/1-c bakımından ise sorun, geniş kaleme alınmış bir normdan değil, içeriği norm metninde belirlenmemiş bir kavramın uygulama yoluyla

doldurulmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle ölçütün bir tanım normuna uygulanması, çalışmada yapılan metodolojik bir uyarılma niteliği taşımaktadır. Ulaşılan sonuç, Greco'nun ölçütünün dayandığı Alman anayasa hukuku yaklaşımı ile Anayasa Mahkemesinin belirlilik içtihadı arasındaki farklılık gözetilerek ileri sürülmektedir.

Tanım normunun çok işlevli yapısı, tespit edilen belirlilik sorununun ağırlığını belirleyen temel etkindir. Kamu görevlisi tanımı, aynı anda fail, mağdur ve nitelikli hâl unsuru olarak işlev görmektedir; bu nedenle tek ve ortak bir koruma amacına dayanmamaktadır. Bunun sonucu olarak, tanımın belirlilik ilkesi karşısındaki konumu tanıma başvuran suç normlarından bağımsız değerlendirilememektedir. İncelenen kırk dört hükmün otuz sekizinde kamu görevlisi sıfatına ek olarak görev ile fiil arasında özel bir bağlantı aranmakta ve tanımın geniş kapsamından doğabilecek sonuçlar suç normu düzeyinde sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle belirlilik sorunu bütün hükümlerde aynı yoğunlukla ortaya çıkmamaktadır. Sorun özellikle kamu görevlisi sıfatına herhangi bir görev-fiil bağlantısı aranmaksızın sonuç bağlayan m. 94/1, 120, 205/1 c. 2, 255/1 c. 2, 261 ve 282/3 bakımından önem kazanmaktadır. Bununla birlikte bu hükümler de türdeş değildir. Bazılarında gerekli bağlantı, tipik hareketin yapısından veya suçun konusundan örtülü biçimde çıkmaktadır. Bu bakımdan sorun en belirgin görünümünü m. 205/1'in ikinci cümlesi ile m. 282/3'te göstermektedir.

Üçüncü araştırma sorusu bakımından ulaşılan sonuç, öğretide ve Yargıtay uygulamasında kamu görevlisi kavramını sınırlandırmak amacıyla geliştirilen ölçütlerin büyük ölçüde gerçek ihtiyaçlara cevap verdiği; buna karşılık çoğu zaman ait olmadıkları normatif düzeyde kullanıldığıdır. Bu yönüyle çalışmanın başlangıç hipotezi doğrulanmıştır. Bununla birlikte inceleme, sorunun yalnızca suç normlarına ait ölçütlerin tanım normuna taşınmasından ibaret olmadığını göstermiştir. Kamu hukuku usulüne göre görevlendirilme, organik bağ, genel idare esasları ile asli ve sürekli görev ölçütleri, anayasal personel rejimi ve soruşturma usulüne ilişkin düzenlemelerden devralınarak kamu görevlisi tanımının yorumunda kullanılmaktadır. Oysa bu ölçütler, kanun koyucunun “herhangi bir surette” ve “geçici olarak” ibareleriyle bilinçli biçimde kurduğu genişliği daraltmakta ve kavramın çekirdek alanına müdahale etmektedir. Buna karşılık aynı ölçütler, ait oldukları normatif bağlamda, özellikle 4483 sayılı Kanun'un uygulama alanının belirlenmesinde geçerliliklerini korumaktadır.

Çalışmada ulaşılan sonuca göre sınırlayıcı ölçütler üç ayrı normatif düzeye dağılmaktadır: tanım normu, suç normu ve soruşturma usulü. Tanım normu düzeyinde belirleyici olan iki ölçüt bulunmaktadır. Bunlardan ilki, faaliyetin kamusal niteliğinin devlet tarafından üstlenilmeden kaynaklanması; ikincisi ise kamusal faaliyete katılmanın, kişinin katkısının hükmi aktöre isnat edilebilmesine dayanmasıdır. Bu ikinci ölçüt, tevdi ilişkisinin varlığı ve tevdi edilen işin üstlenilmiş faaliyetin parçası olması biçiminde iki alt koşulu içermektedir. Buna karşılık kamu gücü kullanımı, kamusal yetki, görevin sağladığı nüfuz, görev nedeniyle zilyetlik veya görevden kaynaklanan özel yükümlülükler, genel kamu görevlisi tanımının unsurları değildir. Bu özellikler ancak ilgili suç normunun koruma amacı ve yapısı çerçevesinde hukuki önem kazanmaktadır.

Kanun metninin lafzi, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorumu, ulaşılan normatif tasnifi doğrulamaktadır. Lafzi yorum, kanun koyucunun katılmanın biçimi ve süresine ilişkin sınırlamaları bilinçli olarak terk ettiğini, buna karşılık kamusal faaliyet kavramının içeriğini ve katılmanın asgari sınırını açık bırakmayı tercih ettiğini göstermektedir. Tarihsel yorum, 765 sayılı Kanun'daki memur ve kamu hizmetlisi kategorilerinin yürürlükteki tanımın yorumunda belirleyici bir hareket noktası oluşturamayacağını; madde gerekçesindeki “kamu adına” ibaresinin de ek bir statü koşulu olarak anlaşılamayacağını ortaya koymaktadır. Sistematik yorum bakımından, Genel Hükümler kısmında yer alan kamu görevlisi tanımı birlikte uygulandığı suç tipine göre değişen bir içerik kazanmamaktadır. Kanun koyucunun bazı kişi kategorilerini özel hükümlerde ayrıca ve açıkça düzenlemiş olması da tanımın yorum yoluyla genişletilmemesi gerektiğini göstermektedir. Amaçsal yorum ise tanım normunun işlevinin bütün suç tipleri için ortak bir kişi kategorisi oluşturmak olduğunu, belirli suç normlarının koruma amaçlarının ise genel tanımın kapsamını belirlemek için kullanılamayacağını ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede, Yargıtay uygulamasındaki temel sorun ölçüt eksikliği değil, farklı normatif düzeylere ait ölçütler arasındaki ilişkinin yeterince kurulmamış olmasıdır. Kanunilik ilkesi uygulamada çoğu zaman tanımın bıraktığı boşluğu kapatan bir gerekçe olarak kullanılmaktadır. Oysa kamusal faaliyete katılmanın sınırı tanım normu düzeyinde isnat ölçütü esas alınarak belirlendiğinde, birçok uyuşmazlıkta ulaşılan sonuçlar kanunilik ilkesine tamamlayıcı bir işlev yüklenmeksizin de gerekçelendirilebilmektedir. Böylece

kamu görevlisi kavramının kapsamı ile bu sığata belirli suç normlarında sonuç bağlanmasının koşulları birbirinden ayrılabilmekte; tanım normu ile suç normu arasındaki işlev farkı daha tutarlı biçimde açıklanabilmektedir.

Dördüncü araştırma sorusuna kısmen olumlu, kısmen olumsuz cevap verilmiştir. Kamu görevlisi sıfatına bağlanan farklı ceza hukuki sonuçlar ortak bir temele dayanmakta; ancak bu temel, kamu görevlisi tanımının kapsamını belirlememektedir. Kamu görevlisi sıfatı suç tiplerinde ya tipikliği kuran ya da gerçekleşmiş bir haksızlığın normatif ağırlığını belirleyen bir unsur olarak işlev görmektedir; bu işlev hem failin hem de mağdurun kamu görevlisi olduğu düzenlemelerde gözlemlenmektedir. Çalışmada ulaşılan sonuca göre, ağırlaştırılmış sorumluluk, yoğunlaştırılmış koruma ve eşdeğerlik hükümlerinin dayanağı kamu görevlisi sıfatının kendisi değil, bu sıfatın işaret ettiği kamu görevi ile suç teşkil eden fiil arasındaki ilişkidir.

Bu ilişki fail bakımından görevin sağladığı zilyetlik veya gözetim imkânı, iş üzerindeki yetki, görevden kaynaklanan nüfuz veya güven ilişkisi, özel yükümlölükler yahut kamusal güç kullanma imkânı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mağdur bakımından ise belirleyici olan, fiilin kamu görevinin yerine getirilmesi nedeniyle işlenmesidir. Dolayısıyla görev ile fiil arasındaki bağlantılar kamu görevlisi tanımının unsurlarını oluşturmamakta; her biri ilgili suç normunun koruma amacı ile kamu görevlisi sıfatı arasında kurduğu ilişkiyi ifade etmektedir. Bu bağlantıların genel tanıma taşınması, suç normuna özgü bir koşulun kamu görevlisi tanımının genel koşulu hâline getirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu nedenle kamu gücü kullanımı, kamusal yetki, görevin sağladığı nüfuz, görev nedeniyle zilyetlik veya benzeri özellikler kamu görevlisi kavramının genel ve zorunlu unsurları olarak kabul edilemez. Bunlar ancak ilgili suç normunun yapısı ve koruma amacı bakımından hukuki önem kazanmaktadır. Aynı şekilde, kamu idaresinin güvenilirliği de kamu görevlisi sıfatından bağımsız ve genel bir ağırlaştırma gerekçesi olarak değerlendirilemez. Kanun sistematığı incelendiğinde, devlete ve kamu düzenine ilişkin koruma farklı düzeylerde kurulmaktadır: kimi hükümlerde devletin organı veya erki, kimi hükümlerde devlet fonksiyonları, kimi hükümlerde ise doğrudan kamusal faaliyet korunmaktadır. Kamu görevlisi kavramı bu yapı içinde başlıca son kategori bakımından işlev görmektedir; devlet fonksiyonlarının korunduğı hükümlerin bir kısmında

da (m. 279, 281/2, 282/3, 283/2, 285/4) fail bakımından sonuç doğurmakta ve kamusal faaliyetin ceza hukuku tarafından korunmasında kullanılan genel kişi kategorisini oluşturmaktadır.

Dört araştırma sorusuna verilen cevaplar birlikte değerlendirildiğinde, kamu görevlisi kavramının iki ayrı norm düzeyi ve üç aşamalı bir değerlendirme modeli çerçevesinde uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Teleolojik-fonksiyonel yorum yönteminin gerekliliği de buradan kaynaklanmaktadır. Kamu görevlisi tanımının tek ve ortak bir koruma amacına sahip olmaması nedeniyle kavramın kapsamı yalnızca amaçsal yorum yoluyla belirlenememekte; kamu görevlisi sıfatının her suç normunda üstlendiği işlevin ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.

İlk aşamada TCK m. 6/1-c yorumlanarak kişinin kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığı belirlenmektedir. Bu değerlendirmede anılan iki ölçüt üç husus biçiminde somutlaşmaktadır: faaliyetin hükmî aktör tarafından üstlenilmiş olması, kişinin bu faaliyete istihdam ilişkisi yoluyla ya da kanun veya hükmî aktör kararıyla tevdi edilen bir görev aracılığıyla katılması ve son olarak kendisine tevdi edilen işin üstlenilmiş kamusal faaliyetin bir parçasını oluşturması. Buna karşılık kamusal faaliyetten yalnızca yararlananlar, kendilerine bir görev tevdi edilmeksizin faaliyete fiilen katkıda bulunanlar, hukuk düzeninin herkese yüklediği genel kamusal yükümlülüklerin ötesinde bir tevdi ilişkisi içinde bulunmayanlar ve katkısı hükmî aktöre değil bir özel hukuk kişisine veya özel bir tarafa isnat edilen kişiler kamu görevlisi sayılmamaktadır.

Bu çerçevede, ceza içeren özel kanunlarda yer alan eşdeğerlik hükümleri de bağımsız bir kamu görevlisi sıfatı yaratmamaktadır. Bu hükümler ya genel tanımdan doğan sonucu teyit etmekte ya da kamu görevlilerine özgü ceza hukuki rejimin belirli bölümlerini, kendi konu ve uygulama alanlarıyla sınırlı olarak, ilgili kişi gruplarına teşmil etmektedir.

İkinci aşamada, kamu görevlisi kavramına yer veren suç normunun koruduğu hukuki değer ve kamu görevlisi unsuruna başvurulmasının kriminal politik gerekçesi belirlenmektedir. Bu kapsamda, failin görevinin ait olduğu kamusal faaliyet alanı ile suç normunun koruma alanı arasındaki ilişkinin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Üçüncü aşamada ise kamu görevlisi unsurunun ilgili suç tipinin yapısı içinde hangi fonksiyonu üstlendiği tespit edilmektedir. İnceleme, Kanun'un kamu görevlisi sıfatı ile

fiil arasındaki ilişkiyi tek bir biçimde değil, farklı tekniklerle kurduğunu göstermektedir. Bazı hükümlerde sıfat değil kamu görevi esas alınmakta ve fiilin görevin icrası nedeniyle işlenip işlenmediği araştırılmaktadır. Bazılarında kamu görevlisi sıfatı açıkça anılmakta ve fiil görevle ilişkilendirilmektedir. Diğer bazı hükümlerde ise kamusal yetki, araç veya ayrıcalıklar tipikliğinin unsuru hâline getirilerek kişinin somut olayda bu imkânlarla donatılmış olması aranmaktadır. Son olarak bazı hükümler yalnızca kamu görevlisi sıfatına hukuki sonuç bağlamaktadır. Aynı tanım normunun farklı suç tiplerinde farklı işlevler üstlenmesi nedeniyle bu değerlendirme her suç normu bakımından ayrıca yapılmak zorundadır.

Bununla birlikte üçüncü aşama, kişinin kamu görevlisi olup olmadığının yeniden değerlendirilmesi anlamına gelmemektedir. Suç normunun koruma amacı ile kamu görevlisi unsurunun üstlendiği fonksiyon, kamu görevlisi sıfatının varlığını yeniden belirlemek için değil, daha önce tanım normu düzeyinde belirlenmiş olan bu sığata ilgili suç normunda hangi koşullarla sonuç bağlandığını açıklamak için kullanılmaktadır. Bu nedenle soruşturma usulüne ilişkin ölçütlerin bu değerlendirme sürecinde herhangi bir işlevi bulunmamaktadır.

Suç normu düzeyinde gerçekleştirilen sınırlandırmanın hukuki niteliği ise normun görev ile fiil arasında bir bağlantı kurup kurmamasına göre değişmektedir. Görev-fiil bağlantısının norm metninde açıkça düzenlendiği veya suç tipinin yapısından zorunlu olarak çıktığı hâllerde yapılan işlem, mevcut bir kanuni unsurun anlam ve kapsamının belirlenmesinden ibarettir. Bu durumda cezalandırılabilir alanın sınırı, kamu görevlisi tanımının daraltılmasıyla değil, tanım normu ile suç normunun birlikte uygulanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Çalışmada **teleolojik sınırlandırma** olarak adlandırılan işlem budur. Bu adlandırma, olağan yorumdan farklı bir yöntem iddiası taşımamaktadır; işlem, tanım normunun kapsamına dokunmaksızın suç normundaki bağlantı unsurunun amaçsal yorumuyla gerçekleştiğinden teleolojik yorumun bir uygulamasıdır. Terimin özgöl anlamı, sınırlandırmanın hangi norm düzeyinde yapıldığını göstermesindedir. Terim, Roxin'in korunan hukuki değerdan hareketle suç tipinin kapsamını belirleyen teleolojik yorumundan, bu belirlemeyi tanım normu üzerinde değil yalnızca suç normundaki bağlantı unsuru üzerinde yapmasıyla ayrılmaktadır; tanım normunun anlamı suç tipine

göre değişmemektedir. Lafzın altına inen teleolojik redüksiyon ise yalnızca görev-fiil bağlantısı öngörülme yen hükümler bakımından söz konusu olmaktadır.

Buna karşılık görev-fiil bağlantısının öngörülmediği hükümlerde, normun lafzı kapsamına giren bazı durumların normun amacı gereğince uygulama alanı dışında bırakılması söz konusu olmaktadır. Bu işlem daraltıcı yorum değil, **teleolojik redüksiyon** niteliğindedir. Nüfuz ticareti suçunda (TCK m. 255/1, ikinci cümle) gerekli bağlantı suçun konusundan örtülü olarak çıkarılabildiğinden ayrıca bir redüksiyona ihtiyaç bulunmamaktadır. Buna karşılık resmî belgeyi bozma, yok etme veya gizleme suçunun kamu görevlisine ilişkin düzenlemesinde (TCK m. 205/1, ikinci cümle) ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundaki artırım hükmünde (TCK m. 282/3), artırımın ancak sıfat ile failin görevi arasında somut bir ilişkinin kurulabildiği durumlarla sınırlandırılması gerekmektedir. Bu redüksiyon fail lehine sonuç doğurduğundan kıyas yasağıyla çatışmamaktadır. Redüksiyonun bu iki hükümle sınırlı tutulması, tanım normu bakımından aynı yolun izlenmemesinin gerekçesini de oluşturmaktadır: m. 6/1-c'deki genişlik kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir ve tanım normunda gizli bir boşluk bulunmamaktadır; buna karşılık m. 205/1 ikinci cümle ve m. 282/3'te, Kanun'un diğer nitelikli hâllerde aradığı bağlantı unsurunun öngörülmemiş olması plana aykırı bir eksiklik, yani gizli bir boşluk niteliğindedir. Yargıtay'ın katılma unsurunu daraltan fail lehine içtihadı, bilinçli bir tercihi boşluk gibi ele aldığından kabul edilmemektedir. Ancak aynı zamanda, artırımın sınırlarının norm metninde değil uygulama yoluyla belirlenmesi sonucunu da sürdürmektedir. Bu nedenle teleolojik redüksiyon belirlilik sorununu ortadan kaldırmamakta, yalnızca uygulama düzeyinde yönetilebilir hâle getirmektedir. Çalışmada bu sebeple, anılan hükümlere görev-fiil bağlantısını açıkça öngören bir unsur eklenmesi **de lege ferenda** önerilmektedir.

Önerilen değerlendirme modeli, Yargıtay uygulamasında ulaşılan sonuçların önemli bir bölümünü korumakta; ancak bu sonuçları farklı bir normatif temelde açıklamaktadır. Örneğin avukatın ahzu kabz yetkisine dayanarak tahsil ettiği parayı müvekkiline vermemesi zimmet suçunu oluşturmamaktadır. Bunun nedeni kamu gücü kullanmaması değil, paranın kendisine kamu görevi nedeniyle değil, müvekkili tarafından tevdi edilmiş olmasıdır. Yetkisi bulunmaksızın kimlik soran bekçi tanım düzeyinde kamu görevlisi olmakla birlikte, hakaret suçunda aranan görev nedeniyle işlenmiş olma bağlantısı yetki

dışına çıkan işlem bakımından kurulamadığından özel korumadan yararlanamamaktadır. Kendi kurumu adına bilgi veren kişi ise katkısı hükmî aktöre değil kendi kuruluşuna isnat edildiği için tanımın dışında kalmaktadır. Buna karşılık hükmî aktörün personeli olan temizlik işçisi veya şoför tanım düzeyinde kamu görevlisidir. Bu kişinin belirli bir suçun faili olup olamayacağı, yürüttüğü görevin ilgili suç normunun aradığı bağlantıyı sağlayıp sağlamadığına bağlıdır; görevinden dolayı kendisine karşı işlenen suçlarda ise kamu görevlisine tanınan koruma devam etmektedir. Bu bakımdan önerilen model ile 765 sayılı Kanun dönemi uygulaması ve mehz hukuk arasındaki temel fark, ulaşılan sonuçlarda değil, bu sonuçlara hangi norm düzeyinde ve hangi ölçütlerle varıldığında ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte önerilen yaklaşımın sınırları da bulunmaktadır. Kamu görevlisi tanımı bütün suç tipleri bakımından aynı içeriğe sahip olduğundan, katkısı aracı bir özel hukuk kişisine isnat edilen hizmet alımı personeli fail bakımından olduğu gibi mağdur bakımından da tanımın dışında kalmaktadır. Tanımın mağdur yönünden genişletilmesi ise aynı anda fail çevresinin de genişlemesine yol açacağından, bu sonuç yorum yoluyla giderilememektedir. Aynı nedenle belediye şirketi personeli de, özel bir eşdeğerlik hükmü bulunmadıkça, kamu görevlisi sayılmamaktadır. Bu kişiler bakımından gerekli görülen koruma veya sorumluluk rejiminin sağlanmasının yolu tanımın genişletilmesi değil, belirli kişi gruplarına kamu görevlilerine özgü sonuçları uygulayan açık eşdeğerlik hükümleridir. Kanun koyucunun sağlık personeline kamu veya özel sektör ayrımı yapmaksızın özel koruma sağlaması, bu yöntemin güncel bir örneğini oluşturmaktadır.

Son olarak, kamusal faaliyet kavramına ilişkin belirlilik sorunu yorum yoluyla tamamen giderilebilecek nitelikte değildir. Sorunun kalıcı çözümü, madde gerekçesinde yer alan ve kamusal faaliyetin sınırlarını belirleyen ölçütlerin norm metnine aktarılmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan mehz hukukun 1990 reformu, benimsediği maddi ölçütlerden ziyade, sınırlayıcı ölçütleri doğrudan norm metninde göstermesi yönünden dikkate değer bir örnek teşkil etmektedir. Böylece kamu görevlisi kavramının kapsamı içtihatla değil kanunla belirlenebilecek, kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonuçlar ile bu sıfatın kapsamı arasındaki ayrım kanunilik ve belirlilik ilkeleriyle daha uyumlu bir yapıya kavuşturulabilecektir.

Çalışmada ulaşılan sonuç, kamu görevlisi kavramının uygulanmasında tanım normu ile suç normunun işlevlerinin birbirinden ayrılması gerektiğidir. 5237 sayılı Kanun bakımından kamu görevlisinin genel ölçütü, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmadır. Bu ölçüt, tanım normu düzeyinde, personel rejimine veya soruşturma usulüne özgü sınırlamalardan bağımsız olarak, faaliyetin hükmi aktör tarafından üstlenilmiş olması ve kişinin katkısının bu aktöre isnat edilebilmesi esas alınarak uygulanmaktadır. Buna karşılık kamu görevlisi sıfatının varlığı ile bu sığata belirli bir ceza hukuki sonucun bağlanması aynı hukuki soruna ilişkin değildir. İkinci mesele, ilgili suç normunun koruduğı hukuki değeri, kamu görevlisi unsurunun suç tipindeki fonksiyonu ve normun görev ile fiil arasındaki bağlantıyı kurma biçimi dikkate alınarak çözümlenmektedir. Bu nedenle münferit ceza normu kamu görevlisi kavramını tanım normundan almakta ve her iki norm birlikte uygulanmakta ise de, TCK m. 6/1-c'nin belirlediğı kişi çevresi ile bu kişi çevresine ceza hukuki sonuç bağlanmasının koşulları birbirine karıştırılamaz. Kamu görevlisi kavramına ilişkin tartışmaların önemli bir bölümü de, bu iki düzey arasındaki ayrımın göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Abbott, Kenneth W./Snidal, Duncan**, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, C. 54, S. 3, 2000, s. 421-456.
- Acar, Sinan**, “Kamu Personel Rejimlerinin Tarihsel Gelişimi ve Türkiye’deki Yansımaları”, *Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, 2019, s. 219-248.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali/Köker, Levent**, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 9. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2020.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali/Köker, Levent**, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 6. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2023.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali/Köker, Levent**, *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, 7. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2023.
- Akyıldız, Ali**, “Memur Yargılamasında İdari Süreç”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2001.
- Albayrak, Haydar**, “Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması: 4483 Sayılı Kanunla Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 32, S. 4, 2024, s. 2735-2768.
- Albayrak, Süha Oğuz/Özkal Sayan, İpek**, “Kamuda Melez Bir Statü: Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personel”, *Mülkiye Dergisi*, C. 35, S. 272, 2011, s. 195-216.
- Albert, Hans**, *Treatise on Critical Reason*, çev. Mary Varney Rorty, Princeton University Press, Princeton 1985.
- Althusser, Louis**, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul 2003.
- Aristoteles**, *İkinci Çözümlemeler*, çev. Ali Houshiary, 7. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2024.
- Aristoteles**, *Politika*, çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul 1975.
- Aristoteles**, *Organon V: Topikler*, çev. Hamdi Ragıp Atademir, Millî Eğitim Basımevi, İstanbul 1996.
- Artuk, Mehmet Emin**, “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, 2008, s. 3-17.
- Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin**, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2), 2013, s. 17-44.
- Aslan, Onur Ender**, *1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında*, Seçkin, Ankara 2007.

- Aslan, Onur Ender**, *Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri: Tarihi ve Toplumsal Temelleri*, TODAİE Yayınları, Ankara 2006.
- Aslan, Onur Ender**, “Memurların Yargılanması Hakkında Yeni Yasa Üzerine Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 33, S. 1, 2000, s. 59-77.
- Aslan, Onur Ender**, *Devlet Bürokrasisi ve Kamu Personel Rejimi*, 3. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2019.
- Aslan, Volkan**, “Zimmet Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S. 1, 2013, s. 43-66.
- Ataay, Faruk**, “Neoliberal Reformlar, Devletin Yeniden Yapılandırılması ve Kamu Hizmetlerinde Dönüşüm”, *Akdeniz İİBF Dergisi*, C. 15, S. 30, 2015, s. 20-39.
- Avcı, Mustafa**, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 273-294.
- Aybay, Rona**, “Avukatlığın ‘Kamu Hizmeti’ ve ‘Serbest Meslek’ Niteliği Üzerine”, Muhammed Erdal (Ed.), *Yıldırım Uler’e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s. 159-176.
- Aydın, Devrim**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanış Süreci”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 59, S. 4, 2004, s. 251 vd.
- Aydın, Hüseyin**, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010/1, s. 109-128.
- Aygün Eşitli, Ezgi, “Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu Kapsamında Uzlaştırmacının Cezai Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 165, 2023, s. 25-54.
- Ayman Güler, Birgül**, *Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim*, 3. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2020.
- Balcı, Meral**, “Çevrenin Kirletilmesi Suçunda Kamu Görevlisinin Ceza Sorumluluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2023, s. 260-273.
- Baş, Eylem**, *Fail ve Mağdur*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020 (yayımlanmış hâli: *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Seçkin, Ankara 2021).
- Bayraktar, Köksal vd.**, *Özel Ceza Hukuku, C. 9: Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar (TCK m. 247-266)*, On İki Levha, İstanbul 2021.
- Beccaria, Cesare**, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara 2004.
- Bilgen, Pertev**, “Kamu Hizmeti Hakkında”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 1, S. 1, 1980, s. 113-116.
- Boehm, Christopher**, “Egalitarian Behavior and Reverse Dominance Hierarchy”, *Current Anthropology*, C. 34, S. 3, 1993, s. 227-254.
- Boehm, Christopher**, *Hierarchy in the Forest: The Evolution of Egalitarian Behavior*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999.

- Bourdieu, Pierre**, *Devlet Üzerine: Collège de France Dersleri (1989-1992)*, çev. Aslı Sümer, 4. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2025.
- Boztepe, Mehmet**, “Yeni Kamu Yönetimi ve Geleneksel Kamu Personel Rejimi Üzerine Etkileri”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 20, S. 3, 2018, s. 191-210.
- Brunelli**, “Immunità”, *Enciclopedia giuridica*, C. XV, Treccani, Roma 1988 (aktaran Gustapane).
- Can, Neslihan**, “Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu (TCK m. 247-249)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 43, 2020, s. 239-278.
- Centel, Nur**, “Zimmet Suçu (TCK m. 247)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 2019, s. 2779-2800.
- Clastres, Pierre**, *Devlete Karşı Toplum*, çev. Mehmet Sert/Nedim Demirtaş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1991 (orijinali: *La Société contre l’État*, Minuit, Paris 1974).
- Clauson, Gerard**, *An Etymological Dictionary of Pre-Thirteenth-Century Turkish*, Clarendon Press, Oxford 1972.
- Çadak, Abdulkadir**, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Sayılma Ölçütleri – YCGK 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, C. 1, S. 1-2, 2022, s. 101-129.
- Çağlayan, Ramazan**, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, 2016, s. 373-398.
- Çağlayan, Ramazan**, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1-2, 2003, s. 105-128.
- Çağlayan, Ramazan**, “Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, C. 2, S. 1, 2024, s. 23-48.
- Çal, Sedat**, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 599 vd.
- Çal, Sedat**, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 1829 vd.
- Çelik, İsa**, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Çelik Başbozkurt, Özlem**, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu (TCK m. 256)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 2025, s. 649-696.
- Çetinkaya, M. Buhari**, “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi Suçu (TCK m. 262)”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2025, s. 597-618.
- Demirkol, Neslihan**, “Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2021, s. 419-470.
- Demren Dönmez, Burcu**, “Türk Ceza Kanunu’nda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 94, 2011, s. 95-130.

- Dilaveroğlu, Ergün**, “Mevzuat ve Yüksek Yargı Organı Kararları Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 90, S. 3, 2025, s. 211-247.
- Doehring, Karl**, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku): Sistematik Bir Yaklaşım*, çev. Ahmet Mumcu, 4. Bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul.
- Doğan, Esra**, “Maliye Kamu Maliyesi İlişkisi ve Kamunun Önemi: Kavramsal Temelli Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 22, S. 2, 2020, s. 523-541.
- Donay, Süheyl**, “Türk Hukukunda Zimmet”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri, Yıl 1, S. 3, 1968, s. 23-52.
- Dönmez, Burcu**, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan), 2017, s. 2727-2748.
- Dönmezer, Sulhi**, “Suç Siyaseti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 1-33.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C. I, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C. II, 15. Tıpkı Bası, Der Yayınları, İstanbul 2021.
- Dubber, Markus Dirk**, “Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law”, *The American Journal of Comparative Law*, C. 53, S. 3, 2005, s. 679-707.
- Duguit, Léon**, *Law in the Modern State*, çev. Frida Laski/Harold Laski, B. W. Huebsch, New York 1919.
- Duguit, Léon**, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.
- Duguit, Léon**, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, çev. Edip Serdengeçti, haz. Emre Partalcı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Duran, Lûtfi**, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Durkheim, Émile**, *Sosyoloji Dersleri*, çev. Ali Berktaş, İletişim Yayınları, İstanbul 2006.
- Durkheim, Émile**, *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, çev. Cemal Bâli Akal, 4. Bası, Dost Kitabevi, Ankara 2015.
- Durkheim, Émile**, *The Rules of Sociological Method*, çev. Sarah A. Solovay/John H. Mueller, ed. George E. G. Catlin, The University of Chicago Press, Chicago 1938.
- Durkheim, Émile**, *Toplumsal İşbölümü*, çev. Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul 2006.
- Düğer, Sırrı**, “İdare Hukuku Açısından Avukatlık”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 2019, s. 55-77.
- Easton, David**, “The Political System Besieged by the State”, *Political Theory*, C. 9, S. 3, 1981, s. 303-325.

- Easton, David**, *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*, Alfred A. Knopf, New York 1953.
- Easton, David**, “An Approach to the Analysis of Political Systems”, *World Politics*, C. 9, S. 3, 1957, s. 383-400.
- Easton, David**, *A Systems Analysis of Political Life*, Wiley, New York 1965.
- Erat, Veysel**, “Kamu Görevlisi Kavramı Açısından Geçici Köy Korucuları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 1, 2013, s. 169-196.
- Erdem, Eylül**, *Nüfuz Ticareti Suçu*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- Erem, Faruk**, “‘Yüz Kızartıcı Suç’ Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1976, S. 2, s. 172-173.
- Erem, Faruk**, “Zimmet ve İhtilâs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1-4, 1957, s. 38-47.
- Eren, Abdurrahman**, “‘Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un Karşılaştırılması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 55, S. 3, 2000, s. 55-79.
- Eren, Hayrettin**, “1982 Anayasası ve Kamu Görevlileri Kavramı”, *Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1, 1998, s. 55-87.
- Erman, Sahir**, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 2, S. 3, 1947, s. 235-276.
- Erman, Sahir**, “İflâs İdaresi Memurları, Ceza Kanununun Tatbikinde Memurdurlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 31-40.
- Feteris, Eveline T.**, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma*, çev. Ertuğrul Uzun, Pinhan Yayıncılık, İstanbul.
- Garfinkel, Paul**, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge University Press, Cambridge 2016.
- Giritli, İsmet/Tosun, Öztekin**, “Amme Hukuku – Ceza Hukuku – Ceza Muhakemesi Hukuku” (Mevzuat Kroniği), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 30, S. 1-2, 1964, s. 361-376.
- Gölcüklü, Feyyaz**, “Ceza Hukuku Açısından 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 17, 1962, s. 281-304.
- Gökcan, Hasan Tahsin**, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, s. 143 vd.
- Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa**, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2008.
- Gözler, Kemal**, *Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı*, 10. Basıdan Tıpkı Bası, Ekin, Bursa 2020.

- Gramsci, Antonio**, *Modern Prens*, çev. Pars Esin, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara 1984.
- Greco, Luis**, “Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen – Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2018, s. 475-483.
- Grispigni, Filippo**, “İtalya’da Ceza Hukuku Islahatı”, çev. Sahir Eрман, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 18, S. 1-2, 1952, s. 520-532.
- Gustapane, Antonello**, *La responsabilità penale dei pubblici ufficiali tra insindacabilità legislativa, imparzialità giudiziaria e discrezionalità amministrativa*, Bologna University Press, Bologna 2023.
- Gülen, Aydın**, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 56, S. 1-4, 1998, s. 97-107.
- Günal, Yılmaz**, “Duguit ve Devlet Nazariyesi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 19, S. 2, 1964, s. 283-304.
- Günday, Metin**, *İdare Hukuku*, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2015.
- Güran, Sait**, “Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, *Anayasa Yargısı*, C. 1, 1984, s. 191-200.
- Güran, Sait**, “Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, *Anayasa Yargısı*, C. 6, 1989, s. 39-66.
- Habermas, Jürgen**, *Kamusal Yaşamın Yapısal Dönüşümü*, çev. Tanıl Bora/Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 1997.
- Hafizoğulları, Zeki**, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, 2. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- Hafizoğulları, Zeki**, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1-4, 1978, s. 235-279.
- Hafizoğulları, Zeki**, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 21-50.
- Hafizoğulları, Zeki/Aygün Eşitli, Ezgi**, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2014.
- Hafizoğulları, Zeki/Güngör, Devrim**, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 21 vd.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem**, “Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 219)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/3, s. 249-268.
- Hobbes, Thomas**, *Leviathan*, çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1993.
- İtişgen, Rezzan**, “Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S. 1, 2013, s. 627 vd.
- Jèze, Gaston**, “Léon Duguit’nin Fransız İdare Hukuku Üzerindeki Tesiri”, çev. H. N. K., *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 7, S. 1, 1941, s. 336-352.

- Kaboğlu, İbrahim Ö.**, “Devlet, Hukuk ve Toplum”, İbrahim Ö. Kaboğlu (Der.), *Laiklik ve Demokrasi*, İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 237 vd.
- Kahraman, Recep**, “Kamu Hizmetlerinden Yararlanılmasının Engellenmesi Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, s. 21-53.
- Kalfa, Ceren/Ataay, Faruk**, “Yönetişim: Devlet-Toplum İlişkilerinde Yeni Bir Aşama”, *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 17, S. 3, 2008, s. 229-240.
- Kanlıgöz, Cihan**, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 169-197.
- Karahan, Barış**, “4483 Sayılı Kanun Uyarınca İtiraz Mercinin ‘İdari’ Niteliği Sorunu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2024, s. 418-455.
- Karahanogulları, Onur**, *Genel İdare Hukuku: Kamu Hizmetinin İşgücü – Kamu Personeli*, Mülkiye 2021, çevrimiçi ders notu, <https://mulkiyeidarehukuku.github.io/makaleler/kamuhizmetininisgucukamupersoneli.pdf> (erişim: 28.09.2026).
- Karahanogulları, Onur**, *İdare Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- Karahanogulları, Onur**, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Karahanogulları, Onur**, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 66, S. 3, 2011, s. 177-215.
- Kaşgarlı Mahmud**, *Divanü Lûgat-it-Türk Tercümesi*, C. I, çev. Besim Atalay, Türk Dil Kurumu, Ankara 1939.
- Kelsen, Hans**, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016.
- Keyman, Selahattin**, “Memurin Muhakematı Kanunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1-4, 1962, s. 173-200.
- Keyman, Selahattin**, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 1, 1980, s. 59 vd.
- Kıdıl, Fahrettin**, “Yükümlülük Suçlarının Kasıtlı Extraneus Aracılığıyla İşlenmesi”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2024, s. 513-541.
- Kıvılcımlı, Hikmet**, *Osmanlı Tarihinin Maddesi*, Sosyal İnsan Yayınları, İstanbul 2007.
- Kıyak/Çağlayan, M. Muhtar/Şenbil, Cebbar**, *Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi – Memurin Muhakemat Kanunu ve Alâkalı Bankalar ve İktisadi Devlet Teşekkülleri Mevzuatı*, Işık Matbaası, Ankara 1960.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin, Ankara 2025.
- Kropotkin, Petr**, *Karşılıklı Yardımlaşma: Evrimin Bir Faktörü*, çev. Işık Ergüden, Kaos Yayınları, İstanbul 2001.
- La Vattiata, Federico C.**, “The Prevention and Punishment of Corruption in the Italian Legislation”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, S. 119, 2019, s. 117-147.

- Lacchè, Luigi**, “Un Code Pénal Pour l’Unité Italienne: le code Zanardelli (1889) – La Genèse, le Débat, le Projet Juridique”, *Seqüência*, C. 35, S. 68, 2014, s. 37-57.
- Laslett, Peter**, “Introduction”, John Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge 1988.
- Limantè, Agnè/Limantas, Manfredas**, “Definition of ‘Foreign Public Official’ in the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions”, *Teisė*, C. 104, 2017, s. 128-143.
- Liszt, Franz von**, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, J. Guttentag, Berlin 1905.
- Locke, John**, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, Cambridge University Press, Cambridge 1988.
- Locke, John**, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı, Ebabil Yayınları, Ankara 2012.
- Manzini, Vincenzo**, *Trattato di diritto penale italiano*, C. V, 3. Bası, UTET, Torino 1950.
- Manzini, Vincenzo**, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino 1982.
- Marx, Karl**, *Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı*, çev. Sevim Belli, 6. Bası, Sol Yayınları, Ankara 2005.
- Marx, Karl**, *Grundrisse: Ekonomi Politiğin Eleştirisi İçin Ön Çalışma*, çev. Sevan Nişanyan, Birikim Yayınları, İstanbul 1979.
- Marx, Karl/Engels, Friedrich**, *Komünist Manifesto*, çev. Celâl Üster/Nur Deriş, Can Yayınları, İstanbul 2008.
- Mavili, Tarık**, “Kamu Personel Sözleşmeleri”, *Gümrük Ticaret Dergisi*, C. 5, S. 15, 2019, s. 10-31.
- Memiş Kartal, Pınar**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), 2013, s. 1373-1395.
- Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine**, çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınları, İstanbul 2014.
- Musgrave, Richard A.**, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, McGraw-Hill, New York 1959.
- Musumeci, Emilia**, “Fascism and Criminal Law in Italy: An Outline”, *Forum Historiae Iuris*, Ekim 2017, <https://forhistiur.net/2017-10-musumeci/?l=en> (erişim: 10.07.2026).
- Nişanyan, Sevan**, *Nişanyan Sözlük: Çağdaş Türkçenin Etimolojisi*, Liber Plus Yayınları, İstanbul 2018.
- O’Connor, James**, *The Fiscal Crisis of the State*, St. Martin’s Press, New York 1973.
- Okandan, Recai Galip**, “Devletin Mânevi Şahsiyeti Hakkında İleri Sürülen Teorilerin Tenkidi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 13, S. 3-4, 1947, s. 815-857.
- Okuyucu Ergün, Güneş**, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008.

- Okuyucu Ergün, Güneş**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 82, 2009, s. 1 vd.
- Okuyucu Ergün, Güneş**, “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, Eric Hilgendorf/Yener Ünver (Yay. Haz.), *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, C. III (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 527-542.
- Okuyucu Ergün, Güneş**, “Bilirkişi Raporu Üzerinde Gerçekleştirilen Sahtecilik Fiillerinin Niteliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, 2013, s. 265-274.
- Olson, Mancur**, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1965.
- Otacı, Cengiz**, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89, 2010, s. 439-492.
- Ozansoy, Cüneyt**, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 85 vd.
- Ozansü, Mehmet Cemil**, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Önok, Murat**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin, Ankara 2006.
- Özay, İl Han**, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2018.
- Özbudun, Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Özdemir, Ali Murat**, “Söylem ve Hukuk İlişkisi: Kamu Personel Rejimi Örneği”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 2013, s. 1-8.
- Özek, Çetin**, “Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LV, S. 3, 1997, s. 13 vd.
- Özek, Çetin**, “İtalyan Ceza Kanununu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 34, S. 1-4, 1968, s. 72-107.
- Özek, Çetin**, “Memurin Muhakemat Kanunu ile İlgili Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 33, S. 1-2, 1967, s. 363-391.
- Özek, Çetin**, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967.
- Özek, Çetin**, “Türk Ceza Kanununun 50. Yılında Devlete Karşı Suçlar”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, İstanbul 1977, s. 461 vd.
- Özen, Muharrem/Köksal, Atacan**, “Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 1, 2020, s. 189-232.

- Özen, Muharrem/Tozman, Önder**, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 42, S. 4, 2009, s. 25-57.
- Özgenç, İzzet**, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 329-348.
- Özgenç, İzzet**, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 3. Bası, Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Seçkin, Ankara 2024.
- Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuri**, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 1-2, 2002, s. 189-238.
- Özkal Sayan, İpek**, “Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 64, S. 1, 2009, s. 201-245.
- Özyurt, Barkın**, “Çeşitli Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Buna Yönelik Bazı Tartışmalar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 19, S. 54, 2024, s. 147-185.
- Picotti, Lorenzo**, “Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1988, s. 278 vd. (aktaran Treccani, “Qualifiche soggettive”).
- Plantamura, Vito**, “Le qualifiche soggettive pubblicistiche”, Cadoppi/Canestrari/Manna/Papa (ed.), *Trattato di diritto penale, Parte Speciale II: I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, UTET, Torino 2008 (aktaran Treccani, “Qualifiche soggettive”).
- Poggi, Gianfranco**, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, çev. Şule Kut/Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- Polanyi, Karl**, *Büyük Dönüşüm: Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri*, çev. Ayşe Buğra, İletişim Yayınları, İstanbul 1986.
- Rasmussen, Erik**, “Some Comments on the Concept of the Political System”, *Scandinavian Political Studies*, C. 5, 1970, s. 11-19.
- Rende, Domenico**, “Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi”, çev. Burhanettin Köni, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 2, 1936, s. 68-101.
- Rosini**, *Il pubblico ufficiale, l’incaricato di un pubblico servizio e l’esercente un servizio di pubblica necessità*, Cedam, Padova 1998 (aktaran Treccani, “Qualifiche soggettive”).
- Rousseau, Jean-Jacques**, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, 16. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.
- Roxin, Claus**, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlin 1970 (2. Aufl., Berlin/New York 1973).
- Roxin, Claus**, “Yeni TCK’nın Genel Hükümleri”, *Suç Politikası*, çev. Osman İsfen, Ankara 2006, s. 277-294.
- Sahlins, Marshall**, *Taş Devri Ekonomisi*, çev. Taylan Doğan/Şirin Özgün, BGST Yayınları, İstanbul 2010 (orijinali: *Stone Age Economics*, Aldine-Atherton, Chicago 1972).

- Samuelson, Paul A.**, “The Pure Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, C. 36, S. 4, 1954, s. 387-389.
- Sartori, Valentina**, *Lo statuto penale della Pubblica Amministrazione e il fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici: nuove e vecchie problematiche*, Doktora Tezi, Università degli Studi di Padova, Padova 2016.
- Savaşçı Temiz, Bilgehan**, “Denetim Görevini İhmal Suçu (TCK m. 251)”, *Adalet Dergisi*, S. 72, 2024, s. 179-208.
- Schüppel, Carl**, “Franz von Liszt’s ‘Trias der Strafzwecke’”, *Berliner Rechtszeitschrift*, 1/2021, s. 45-59.
- Scott, James C.**, *Tahula Karşı: İlk Devletlerin Derin Tarihi*, çev. Akın Emre Pilgir, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019 (orijinali: *Against the Grain: A Deep History of the Earliest States*, Yale University Press, New Haven 2017).
- Serozan, Rona**, “Hukukta Yöntem”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 2423-2440.
- Sever, Çiğdem**, “Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa’nın 128. Maddesinin I. Fıkrası”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, s. 247-268.
- Severino di Benedetto, Paola**, “Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio”, *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, Torino 1995, s. 508 vd. (aktaran Gustapane).
- Sevgili Gençay, F. Didem**, “Fransa’da Kamu Personel Rejimi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2016, s. 225-240.
- Shaffer, Gregory/Pollack, Mark A.**, “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, C. 94, 2010, s. 706-799.
- Skinner, Stephen**, “Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy”, *International Journal of Law in Context*, C. 7, S. 4, 2011, s. 423-446.
- Soyaltın, Diğdem**, “Uluslararası ve Bölgesel Yolsuzlukla Mücadele Rejimlerinde Yaptırım ve Sosyal Baskı: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, C. 19, S. 1, 2020, s. 61-77.
- Soyaslan, Doğan**, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1, 1996, s. 41-53.
- Sözüer, Adem**, “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 2019, s. 3031-3050.
- Şahin, İlyas**, “4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçevede İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 3, 2015, s. 249-319.
- Şare, Ersin**, “Zimmet Suçunda Fail”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 2, 2023, s. 313-365.
- Şaylan, Gencay**, *Temsili Liberal Demokrasinin Önlenemez Krizi*, İmge Kitabevi, Ankara 2008.

- Şekercioğlu, Metin**, *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı ve Suç Faili Olarak Başlıca Sorunları*, İstanbul 1974.
- Şenel, Alâeddin**, *Kemirgenlerden Sömürgenlere İnsanlık Tarihi*, İmge Kitabevi, Ankara 2006.
- Tan, Turgut**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. VIII, 1991, s. 233 vd.
- Tan, Turgut**, *İdare Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Taner, Fahri Gökçen/Öntan, Yaprak, “Uzlaştırmacının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 9, S. 1, 2021, s. 159-196.
- Tanör, Bülent**, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 5. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2023.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Bası, Seçkin, Ankara 2021.
- Tilly, Charles**, *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu (990-1992)*, çev. Kudret Emiroğlu, İmge Kitabevi, Ankara 2001.
- Toroslul, Nevzat**, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- Toroslul, Nevzat**, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- Toroslul, Nevzat**, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, V Yayınları, Ankara 1987.
- Toroslul, Nevzat/Toroslul, Haluk**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2025.
- Tosun, Öztekin**, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 28, S. 1, 1962, s. 20-59.
- Tozman, Önder**, *Türk Hukukunda Memurların Yargılanması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2001.
- Tulay, M. Emre**, “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sıfatının Hukuki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 70, S. 4, 2021, s. 1223-1259.
- Tutum, Cahit**, “Yeni Personel Rejimi Üzerine”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 3, S. 4, 1970, s. 11-29.
- Türay, Aras, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, 2013, s. 1727-1747.
- Türay, Aras**, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2017, s. 357 vd.
- Türk Ceza Hukuku Derneği**, “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Görüşü”, *Suç ve Ceza*, S. 3, 2012, s. 23-77.

- Uz, Abdullah**, “Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması Öncesinde 4483 Sayılı Kanunun Ön İnceleme ve İzin Müessesesinin Uygulanabilirliği Sorunu”, *International Anatolia Academic Online Journal*, C. 2, S. 1, 2014, s. 73-86.
- Ünal, Osman Gazi**, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun E. 2021/43, K. 2021/287 Sayılı ve 17.06.2021 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi: Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Görülmesi Meselesi Üzerine Bir İnceleme”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, C. 1, S. 1-2, 2022, s. 63-99.
- Ünver, Yener**, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara 2003.
- Üzülmez, İlhan**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1, 2012, s. 191-216.
- Üzülmez, İlhan**, “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu (m. 250)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2006, s. 273-298.
- Weber, Max**, *Ekonomi ve Toplum*, C. I, çev. Latif Boyacı, Yarın Yayınları, İstanbul 2012.
- Weber, Max**, “Meslek Olarak Siyaset”, *Sosyoloji Yazıları*, çev. Taha Parla, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.
- Weber, Max**, “‘Objectivity’ in Social Science and Social Policy”, *The Methodology of the Social Sciences*, çev./ed. Edward A. Shils/Henry A. Finch, The Free Press, Glencoe 1949, s. 49-112.
- Weber, Max**, *Sosyal Bilimler Metodolojisi*, çev. Vefa Saygın Ögüt, Küre Yayınları, İstanbul 2012.
- Yalçın Sancar, Türkan**, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 57, S. 4, 2002, s. 153-169.
- Yarsuvat, Duygun**, “Ceza Kanununun Uygulanmasında Memur – İktisadi Devlet Teşekkülleri – Hizmet Sebebiyle Emniyeti Suistimal ve Zimmet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 35, 1969, s. 525-542.
- Yayla, Yıldızhan**, *İdare Hukuku: İdare İşlevi - İdarenin Yetkileri ve Hukuka Bağlılığı - İdarenin Sorumluluğu*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.
- Yokuş Sevik, Handan**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 39, 2018, s. 257-316.
- Yüksel, Tülay Kitapçioğlu**, *Özgü Suç*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2021.
- Zabunoğlu, Yahya K.**, “İngiltere’de İdare Hukuku Anlayışı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1-4, 1961, s. 373-410.
- Zafer, Hamide**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2, 2019, s. 1557-1587.
- Zeybek Cebeci, Ebru**, “Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist ve Subjektivist Yaklaşımlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 1, 2019, s. 86-96.

Mevzuat, Yasama Belgeleri, Uluslararası Belgeler ve İnternet Kaynakları

765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RC, 13.03.1926, Sayı 320.

788 sayılı Memurin Kanunu, Kabul Tarihi: 18.03.1926, RC, 29.03.1926, Sayı 336.

3038 sayılı Kanun ve gerekçesi (1936).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG, 12.10.2004, Sayı 25611.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG, 23.07.1965, Sayı 12056.

1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, Kabul Tarihi: 20.01.1921, Ceride-i Resmiye, 07.02.1921, Sayı 1.

1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, Kabul Tarihi: 20.04.1924, RC, 24.05.1924, Sayı 71.

1961 Anayasası, Kabul Tarihi: 09.07.1961, RG, 20.07.1961, Sayı 10859.

1982 Anayasası, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG, 09.11.1982, Sayı 17863 (Mükerrer).

TBMM, *Adalet Komisyonu Raporu*, Dönem 24, S. Sayısı 278 (6352 sayılı Kanun).

TBMM, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*, Dönem 22, Yasama Yılı 2, S. Sayısı 664.

Codice penale per il Regno d'Italia (1889) (Codice Zanardelli); Codice penale (1930) (Codice Rocco); L. 26 aprile 1990, n. 86; L. 7 febbraio 1992, n. 181.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (madde tarihçeli derleme)*, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1982019151032765%20Say%C4%B1%C4%B1%20T%C3%BCrk%20Ceza%20Kanunu.pdf> (erişim: 10.07.2026).

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, *Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi: OECD Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması*, Bilgilendirme Kitapçığı, Ankara 2013, https://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019165646oecd_bulten.pdf.

Council of Europe, “Criminal Law Convention on Corruption”, European Treaty Series, S. 173, 27 Ocak 1999, <https://rm.coe.int/168007f3f5>; “Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption”, 1999, <https://rm.coe.int/16800cce44>; “Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption”, European Treaty Series, S. 191, 15 Mayıs 2003, <https://rm.coe.int/168008482e>.

Council of Europe, “How does GRECO work?”, Group of States against Corruption (GRECO), <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/how-does-greco-work>.

“Eski TCK’daki ‘Devlet Memuru’ İbaresinin Yerini ‘Kamu Görevlisi’ Alıyor”, memurlar.net, 02.03.2005, <https://www.memurlar.net/haber/17158/> (erişim: 28.09.2026).

Group of States against Corruption (GRECO), *Third Evaluation Round: Evaluation Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) (Theme I)*, Greco Eval III Rep (2009) 5E, Council of Europe, Strasbourg 2010; *Compliance Report on Turkey on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) and Transparency of Party Funding*, Greco RC-III (2012) 4E Rev, 2012; *Second Compliance Report*, Greco RC-III (2013) 27E,

2014; *Interim Compliance Report*, Greco RC-III (2014) 24E, 2015; *Second Interim Compliance Report*, Greco RC-III (2015) 17E, 2016; *Third Interim Compliance Report*, GrecoRC3(2016)15, 2017; *Fourth Interim Compliance Report*, GrecoRC3(2017)16, 2018; *Addendum to the Second Compliance Report*, GrecoRC3(2019)3, 2019; *Second Addendum to the Second Compliance Report*, GrecoRC3(2020)5, 2021.

Organisation for Economic Co-operation and Development, “Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions”, 17 Aralık 1997 ve “Commentaries on the Convention”, 1997, <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/205/205.en.pdf>.

Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr> (erişim: 10.07.2026).

United Nations, “United Nations Convention against Corruption” (2003), <https://www.unodc.org/documents/treaties/Special/2003%20United%20Nations%20Convention%20against%20Corruption.pdf>.

United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, UN, 2007, <https://doi.org/10.18356/a36672ed-en>.

Treccani, “Pubblico ufficiale”, *Enciclopedia Italiana*, Roma 1935, [https://www.treccani.it/enciclopedia/pubblico-ufficiale_\(Enciclopedia-Italiana\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/pubblico-ufficiale_(Enciclopedia-Italiana)/) (erişim: 10.07.2026).

Treccani, “Qualifiche soggettive nell’ambito dei reati contro la pubblica amministrazione”, *Diritto on-line*, [https://www.treccani.it/enciclopedia/qualifiche-soggettive-nell-ambito-dei-reati-contro-la-pubblica-amministrazione_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/qualifiche-soggettive-nell-ambito-dei-reati-contro-la-pubblica-amministrazione_(Diritto-on-line)/) (erişim: 10.07.2026).

Treccani, “Manzini, Vincenzo”, *Dizionario Biografico degli Italiani*, [https://www.treccani.it/enciclopedia/vincenzo-manzini_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/vincenzo-manzini_(Dizionario-Biografico)/) (erişim: 10.07.2026).

Yargı Kararları

Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve İtalyan Yargıtayı (Corte di Cassazione) kararları, künyeleriyle birlikte ilgili dipnotlarda gösterilmiştir.

EK 1. ORİJİNALLİK RAPORU

EK 2. ETİK KURUL MUAFİYET FORMU

EK 3. ÜRETKEN YAPAY ZEKÂ KULLANIM BEYANI

Bu tezin hazırlanmasında, Yükseköğretim Kurulu’nun ve Hacettepe Üniversitesi’nin üretken yapay zekâ kullanımına ilişkin rehberleri çerçevesinde aşağıdaki araçlardan yararlanılmıştır:

- Claude (Anthropic): Claude Fable 5.1 ve Claude Opus modelleri, Temmuz 2026 – Eylül 2026;
- ChatGPT (OpenAI): Eylül 2025 – Eylül 2026;
- NotebookLM (Google): Eylül 2025 – Eylül 2026.

Araçlar şu amaçlarla kullanılmıştır:

1. Literatürün, Yargıtay kararlarının ve GRECO değerlendirme raporlarının taranması; kaynaklarda ilgili bölümlerin, kitaplarda sayfa ve pasajların tespiti.
2. Almanca, İtalyanca ve Fransızca kaynakların çevirisi ve özetlenmesi.
3. Türk Ceza Kanunu’nda kamu görevlisi sıfatına yer veren hükümlerin derlenmesi ve sınıflandırılması.
4. Yazarın sözlü ve yazılı taslaklarının akademik dile aktarılması; bazı paragraf ve dipnotların ilk taslaklarının hazırlanması.
5. Bölüm kurgusu, argüman yapısı ve kavram ayrımlarına ilişkin seçeneklerin tartışılması.
6. Dil, üslup ve terim birliğinin sağlanması; argüman tutarlılığının ve atıfların denetlenmesi; dipnot ve kaynakça biçiminin düzenlenmesi; tezin enstitü şablonuna aktarılması.

Araçların ürettiği hiçbir çıktı denetlenmeden metne alınmamıştır. Bu araçlarla tespit edilen kaynakların, yargı kararlarının ve kanun hükümlerinin varlığı, künyesi ve aktarılan ifadeleri, aslına erişilebilen ölçüde aslından veya resmî veri tabanlarından kontrol edilmiş; aslına ulaşılamayan kaynaklar “aktaran” kaydıyla gösterilmiştir. Taslak metinler

yazar tarafından kaynaklarıyla karşılaştırılmış ve düzeltilerek kullanılmıştır. Bölüm kurgusuna, kavram ayrımlarına ve önerilen modele ilişkin bütün kararlar yazar tarafından verilmiştir. Tezin bilimsel katkısı, analiz ve değerlendirmeleri yazara aittir; metnin nihai hâinden yazar sorumludur. Araçlara üçüncü kişilere ait kişisel veri veya gizli bilgi aktarılmamıştır.

05/10/2026

[İmza]

Eylül ERDEM HACİÖMEROĞLU