

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ahmet ARI

İRTİKÂP SUÇU
(m.250)

Danışman:

Yard. Doç. Dr. Mehmet Nihat KANBUR

HUKUK ANABİLİMDALI
Kamu Hukuku Programı

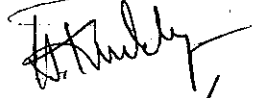
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2010

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Ahmet ARI'nın bu çalışması, jürimiz tarafından Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

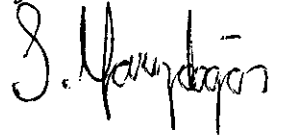
Başkan : Yrd. Doç. Dr. Hakan KARAKEMHA



Üye (Danışmanı) : Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nihat KANBUR



Üye : Yrd. Doç. Dr. Seçkin YANUZZOĞAN



Tez Konusu: İrtikap Suçu (TCK m. 250)

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 19.07/2010

Mezuniyet Tarihi : 30.03/2010

Prof. Dr. Burhan VARKIVANÇ
Müdür

.....

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ.....	iv
ÖZET.....	vi
SUMMARY	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. TERİM-TANIM-BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

1.1. GENEL OLARAK	3
1.2. TERİM-TANIM-KAVRAM	5
1.3. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA	6
1.3.1. İrtikâp-Yağma Ayrımı.....	6
1.3.2. İrtikâp-Dolandırcılık Ayrımı.....	10
1.3.3. İrtikâp-Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf.....	12
1.3.4. İrtikâp-Zimmet Ayrımı	13
1.3.5. İrtikâp-Rüşvet Ayrımı	16
1.3.6. İrtikâp-Görevi Kötüye Kullanma Ayrımı	22

İKİNCİ BÖLÜM

2. İRTİKÂP SUÇUNUN UNSURLARI VE KUSURLULUK

2.1. SUÇUN UNSURLARI.....	26
2.1.1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	26
2.1.1.1. Suçla Korunan Hukuki Değer	26
2.1.1.2. Suçun Konusu	27
2.1.1.3. Fail	29
2.1.1.3.1. Genel Olarak	29
2.1.1.3.2. 765 sayılı Türk Ceza Kanunda Memur Kavramı	29
2.1.1.3.3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunda Kamu Görevlisi Kavramı	31

2.1.1.3.4. Kamu Görevlisi Sıfatının Ortadan Kalkması	36
2.1.1.4. Mağdur	36
2.1.1.5. Hareket	38
2.1.1.5.1. Görevin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle İcbar Etme	38
2.1.1.5.1.1. Görevin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak	38
2.1.1.5.1.2. İcbar Etme	41
2.1.1.5.2. Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak Suretiyle Gerçekleştirilen Hileli Davranışlarla İkna Etme	48
2.1.1.5.2.1. Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak	48
2.1.1.5.2.2. Hileli Davranışlarla İkna Etme	49
2.1.1.5.3. Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak Suretiyle Hatadan Yararlanma	51
2.1.1.5.3.1. Hatadan Yararlanma	51
2.1.1.6. Netice	54
2.1.1.6.1. Yarar Sağlanması	55
2.1.1.6.2. Yarar Sağlanması Yönünde Vaatte Bulunulması	56
2.1.1.7. Nedensellik Bağı	56
2.1.2. SUÇUN MANEVİ UNSURU	57
2.1.3. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	64
2.2. KUSURLULUK	68
2.2.1. GENEL OLARAK	68
2.2.2. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER	71

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İRTİKÂP SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, MUHAKEME ve YAPTIRIM	
3.1. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	76
3.1.1. TEŞEBBÜS	76
3.1.2. İŞTİRAK	82
3.1.3. İÇTİMA	90
3.2. MUHAKEME	96
3.2.1. Genel Olarak	96

3.2.2 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun	97
3.2.3. Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu	98
3.3. GÖREVLİ MAHKEME	100
3.4. YAPTIRIM	101
SONUÇ	102
KAYNAKÇA	107
ÖZGEÇMİŞ	111

KISALTMALAR LİSTESİ

Bkz	: Bakınız.
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CUH	: Ceza Umumi Heyeti
dip	: Dipnot
E	: Esas
HPD	: Hukuki Perspektif Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
m	: Madde
no	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
t	: Tarih
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd	: Ve devamı
vb	: Ve benzeri
vs	: Vesaire, gibi

- y** : Yıl
Yarg : Yargıtay
YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

ÖZET

Türk Ceza Kanunu'nun 250. maddesinde yer alan irtikâp suçu, çalışmamızda doktrindeki görüş ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçunda mağdur edilen bireylerin yanında devletin de bir takım menfaatlerinin ihlal edildiği söylenebilir. İrtikâp suçunda, kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle mağduru icbar veya ikna ederek ya da mağdurun hatasından yararlanarak haksız olarak mağdurdan yarar temin etmesi cezalandırılmaktadır.

Çalışmamızda suçun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki düzenlemesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki düzenlemesi ve uygulamaya yönelik farklar karşılaştırılmış, suça verilen ceza sınırları ile suçun maddi ve manevi unsurunda yapılan değişiklikler ele alınmıştır.

İrtikâp suçunun benzer diğer suçlarla ilişkisi, benzerlikleri ve farklılıkları üzerinde durulmuştur. İrtikâp suçu ile karıştırılması olası olan rüşvet, görevi kötüye kullanma, dolandırıcılık, yağma suçları ayrı başlıklar altında irdelenmiş, irtikâp suçu ile ortak özellikler belirtildikten sonra bu suçtan farklı olan özellikleri de geniş bir açıdan değerlendirmeye alınmıştır. Bu başlık altında uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilmiştir.

CRIME OF IMPROPERTY

SUMMARY

In our study, the crime of impropriety, which is located in the 250 article of the Turkish Criminal Code, has been examined in consideration of the dictum and dijudications in the doctrine.

It can be said that, in the crime of impropriety, which is a peculiar crime that can only be committed by the public servants, in addition to the unjustly treated individuals, some of the benefits of the state are being violated. In the crime of impropriety, the public servant is penalized when he/she compel and convince the aggrieved by means of abusing the power and secure, which are obtained from his/her position or when he/she gain benefit from the aggrieved by means of taking advantage of the aggrieved's mistake.

In our study, the devesing and the differences in the practice of the crime between the periods of the Turkish Penal Code no. 765 and Turkish Penal Code no. 5237 have been analysed and the boundaries of the retribution of the crime and the alternations made in the corporal and incorporal element of the crime has been discussed.

The contact, the similarities and the differences of the crime of impropriety with other crimes has been emphasised. The crimes of bribery, corruption, extortion and depredation, which are potentially be confused with the crime of impropriety, their different features from this crime have been evaluated from a wider perspective. Under this title the issues confronted in praxis have been mentioned.

GİRİŞ

Çalışmada, Türk Ceza Kanununu kapsamında, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar içinde düzenlenmiş olan irtikâp suçu, kanun hükmü, doktrin ve Yargıtay uygulamaları doğrultusunda değerlendirilmiştir.

Çalışma üç bölümden oluşmuştur. Çalışmanın sistematigi açısından ilk bölümde suçun tanıtımına yönelik, suç tipinin kanundaki yeri tarif edilmiş, 765 sayılı Türk Ceza Kanunun da yer alan irtikâp suçu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş olan irtikâp suçu genel olarak karşılaştırılmış, kanuni tanımda yer verilen kavramlar, terimler açıklanmaya çalışılmıştır. Uygulamada irtikâp suçunun bazı suçlarla sık sık karıştırılması nedeniyle, benzer suçlarla ilişkisi ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak değerlendirilmiş ve tezin genelinde ilgili suçlar ile karşılaştırma yoluna gidilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddesinde düzenlenmiş olan irtikâp suçuna bakıldığında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 209. maddesinde yer verilen irtikâp suçunun niteliğinde önemli bir değişikliğe gidilmemiş olduğu söylenebilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununu ile sadece irtikâp suçuna ilişkin cezalarda değişiklik yapılmış olduğu ve madde hükmünde sadeleştirme yoluna gidildiği söylenebilir.

Çalışmanın birinci bölümünde, irtikâp suçunun tanımı üzerinde durulduktan ve suç kapsamında yer verilen icbar, ikna ve hata terimlerinin anlamları irdelendikten sonra uygulamada irtikâp suçu ile sıkça karıştırılan yağma, dolandırıcılık, hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, zimmet, rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçları ile irtikâp suçunun benzer ve farklı olan noktaları değerlendirilmiştir.

Kamuya ve kamu çalışanına olan güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla düzenlenmiş olan irtikâp suçu niteliği itibariyle rüşvet, zimmet ve görevi kötüye kullanma suçları ile benzer unsurlar içermektedir. Son yıllarda kamu görevlileri, görevlerinden kaynaklanan nüfuzu veya görevlerinin sağladığı güveni kötüye kullanarak çalışmalarının karşılığı olan ücret ve diğer ekonomik haklar dışında, yasal olarak almamaları gereken haksız menfaatleri elde etmek amacıyla rüşvet, zimmet ve irtikâp gibi suçları sık sık işledikleri görülmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünden irtikâp suçunun unsurları üzerinde durulmuştur. Suçun maddi unsuru kapsamında, suçla korunan hukuki değer, suçun konusu, faili, mağduru ayrıntılarıyla incelendikten sonra, suçun hareket unsurunu oluşturan görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle icbar etme, görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle

gerçekleştirilen hileli davranışlarla ikna etme ve görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hatadan yararlanma geniş olarak açıklanmış ve bu bağlamda Yargıtay uygulamalarına yer verilmiştir. Daha sonra suçun netice unsurunu oluşturan yarar sağlanması yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulması ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Son olarak nedensellik bağı üzerinde durulmuştur. Ardından ikinci bölümde suçun manevi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru açıklanmıştır. Kusurluluk ayrı bir başlık altında bu bölümün sonunda değerlendirilmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde suçun özel görünüş şekilleri konusuna değinilmiştir. Sırasıyla suça yönelik teşebbüs, iştirak ve içtima durumları açıklandıktan sonra; yaptırım ve muhakeme başlıkları altında suça yönelik açıklamalara yer verilmiştir.

İrtikâp suçunun yaptırımı ve ceza muhakemesi açısından; suç soruşturma ve kovuşturma yöntemleri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Daha sonra suçun niteliğine göre görevli mahkeme, suça uygulanan yaptırımlar belirtilmiştir.

Sonuç bölümünde ise çalışma kapsamında yapılan inceleme ve araştırmalar neticesinde oluşan izlenimler ve dikkat çekici hususlar özetlenerek, suç tipi ile ilgili kanaatler paylaşılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1.TERİM-TANIM-BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

1.1. GENEL OLARAK

İrtikâp suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddesinde düzenlenmiştir. İrtikâp suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunduğu yer, kanunun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabının, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı Dördüncü Kısımının, “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümüdür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddesinde irtikâp suçu;

“(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

İrtikâp suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ise ikinci kitabın, “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlığını taşıyan Üçüncü Babının, İkinci Faslında yer alan 209. maddesinde düzenlenmiştir¹.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda irtikâp suçunu düzenleyen maddeler üzerinde üç kez değişikliğe gidilmiştir. İlk değişiklik 1936 yılında 3038 sayılı Kanunla olmuş, bu değişiklik ile mağdurun haksız menfaat teminine icbar ve iknanın, memuriyet görevinin yanı sıra

¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 209. maddesi;

“Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden memura altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada yazılı cürüm, ikna suretiyle işlenirse faile dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verilir

Memur kanunen almaması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde düzenlenmiştir.

memuriyet sıfatının da kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilebileceği kanun metnine eklenmiştir. İkinci değişiklik 1953 yılında 6123 sayılı Kanunla yapılmıştır. Bu değişik ile sadece suçta öngörülen cezaların miktarlarında artırım yapılmış, suçun kanuni tanımında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 1990 yılında 3679 sayılı Kanunla yapılan son değişik ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 209. ve 210. maddelerinde düzenlenmiş olan irtikâp suçu, 210. maddenin yürürlükten kaldırılması ile 209. madde altında toplanmıştır².

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda irtikâp suçunun, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, üç şekilde işlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, irtikâp suçunun işleniş şekilleri; icbar suretiyle irtikâp (m. 250/1), ikna suretiyle irtikâp (m. 250/2), hatadan yararlanmak suretiyle irtikâptır (m. 250/3).

İrtikâp suçunun 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında kaleme alınış şekilleri açısından benzerlikler bulunmakla birlikte; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak irtikâp fiillerinin, kamu görevlisinin göreviyle ilişkilendirilmesi konusunda kullanılan kavramlar bakımından değişikliğe gidilmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda memurun icbar, ikna ve hatadan yararlanma fiilleri “*memuriyet sıfatı veya görevinin kötüye kullanmak*” kavramlarıyla ilişkilendirilirken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kamu görevlisinin icbar fiili “*görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak*”, ikna ve hatadan yararlanma fiilleri ise “*görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak*” kavramlarıyla ilişkilendirilmiştir. Yeni düzenleme ile geniş ve içeriğinin tespiti bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesiyle karıştırılmaya elverişli olması sebebiyle eleştirilen “*memuriyet sıfatı veya görevini kötüye kullanma*” kavramları terk edilmiştir³.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda suçun konusu olarak; haksız olarak verilen para veya sağlanan sair menfaatler ile kanunen alınmaması gereken şey kavramlarına yer verilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilen söz konusu kavramları kapsar nitelikte olan yarar kavramı kabul edilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 209. maddesinin ilk fıkrasında icbar suretiyle irtikâp açıklandıktan sonra ikinci fıkrada ikna suretiyle irtikâp açısından ilk fıkraya atıf yapılmış üçüncü fıkrada hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bağımsız olarak tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise 250. maddenin ilk iki fıkrasında ayrı ayrı icbar ve ikna

² Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s.161-162

³ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s. 644 vd.

suretiyle irtikâp tanımlandıktan sonra üçüncü fıkrada hatadan yararlanma suretiyle irtikâp açısından ikinci fıkrada ikna suretiyle irtikâp tanımına atıf yapılmıştır.

1.2. TERİM-TANIM-KAVRAM

İrtikâp kelimesi sözlükte “*kötü iş yapma, kötülük etme, yiyicilik, yalan söyleme, hile yapma*”⁴ anlamlarına gelmektedir. Hukuk dilinde ise irtikâp; kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yönde vaadde bulunmaya icbar ya da ikna etmesi veya görevinin gereği olarak almaması gereken şeyi karşı tarafın hatasından faydalanarak alması olarak tanımlanmaktadır⁵.

İrtikâp suçunun ilk işleniş şekli olarak kanunda belirtilen icbar suretiyle irtikâp bakımından kullanılan icbar kavramı, sözlükte; “*zorlama, zorunda bırakma*”⁶ anlamına gelmektedir. İcbar hukuki anlamda, “*bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde, maddi veya manevi (şiddet veya tehdit) zor kullanma*”⁷ olarak tanımlanmaktadır.

İrtikâp suçunun ikinci işleniş şeklinde kullanılan ikna kavramı sözlükte; “*bir konuda birinin inanmasını sağlama, inandırma, kandırma*”⁸ anlamına gelmektedir. Hukuki anlamda ikna ise “*failin, hileli hareketlerle aldatıp kandırma da dâhil her türlü yeteneğini kullanarak suçun mağdurunu kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlamaya veya vaat etme gereğine inandırması*”⁹ olarak tanımlanmaktadır.

Sözlükte, “*yanlış; istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılğı; suç, günah, kusur*”¹⁰ olarak tanımlanan hata, hukuki olarak mağdurun yapmaması gereken bir şeyi yapacağını düşünerek yapmasıdır.

Türk doktrinde bazı yazarlar¹¹ ve bazı kararlarında Yargıtay¹², irtikâp suçunu ifade etmek üzere “iyicilik” terimini kullanmaktadır. Bununla birlikte icbar suretiyle irtikâp için

⁴ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 1, Ankara 1998, s.1098

⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 645; Gürelli, Nevzat, İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1954, s.7; Turabi, Selami, İrtikâp Suçları, Ankara 2009, s. 15

⁶ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 1, s. 1034

⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 645

⁸ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, İstanbul 1982, s. 571

⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 646

¹⁰ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 1, s. 955

“mağduru zorlama yoluyla irtikâp¹³”, “manevi zorla yiyicilik”, “zor yoluyla yiyicilik”, “cebri irtikâp”; ikna suretiyle irtikâp için, “ikna yoluyla yiyicilik”; hatadan yararlanma suretiyle irtikâp için, “yanılığdan faydalanarak yiyicilik¹⁴” terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir.

1.3.BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

Failinin kamu görevlisi olması bakımından özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu, bu özelliği ile işleniş şekli bakımından benzer bazı suçlardan ayrılmaktadır. Bu suçlar bakımından failinin herhangi bir özellik taşıması beklenmezken, irtikâp suçundan söz edebilmek için failin kamu görevlisi olması gerekmektedir.

İrtikâp suçu bununla beraber, failinin kamu görevlisi olduğu zimmet, rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçlarıyla da benzerlik gösterebilmektedir.

1.3.1. İrtikâp-Yağma Ayrımı

Yağma suçunun temel şekli, Türk Ceza Kanununun 148. maddesinde düzenlenmiştir¹⁵.

-
- ¹¹ Bkz. Selçuk, Sami, Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986, s. 45 vd., Bakıcı, Sedat, Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara 1988, s. 180 vd.
- ¹² “Bazı dosyaların sanıkları olan müştekilerden; keşif, posta, temyiz gideri ya da para cezası olarak bir miktar para vermeleri gerektiğini söyleyerek memuriyet sıfatın kötüye kullanmak suretiyle kanunen ödenmesi gerekmeyen bu paraların ödenmesi hususunda onları ikna edip, kendilerinden makbuzsuz para alarak haksız çıkar sağlayan zabıt katibi sanığın eylemleri; ikna suretiyle *yiyicilik* suçunu oluşturduğundan, görevi kötüye kullanma suçunun unsurları yoktur” (Yarg. 5. CD., 29.02.1996, 1995/4264-1996/523); “Banaz İlçesi Tapu Sicil Müdürü olan sanığın adına kayıtlı taşınmazla ilgili olarak cins tashihi için başvuran müştekiden işlemlerin gerektirdiği eğitime katkı payı olarak sadece 5.000.000 lira alması gerekirken, memuriyet görevini kullanmak suretiyle bir takım hesaplar yapıp, yasal olarak harç ve masrafın 69.750.000 lira olduğunda ısrar ve müştekiyi ikna ederek ertesi gün 70.000.000 lirayı aldığı, bir süre sonra vergi tahsil alındısından fazla para alındığı anlayan müştekinin de şikayette bulunduğu tüm kanıtlar ve dosya içeriğinden anlaşılmasına göre; sanığın oluşumu kabul edilen eyleminin ikna suretiyle *yiyicilik* suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde görevi kötüye kullanmaktan hüküm kurulması” (Yarg. 5. CD., 10.05.2001, 2000/6569-2001/3234); Akçin, İhsan, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Ankara 2007, s. 151
- ¹³ Bkz. Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2005, s.503 vd.
- ¹⁴ Bkz. Selçuk, s. 45 vd; Bakıcı, s. 180 vd.
- ¹⁵ Yağma suçu; “(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Yağma suçu, hırsızlık ve cebir kullanma suçlarının birleşmesiyle oluşmuş bir suç türüdür¹⁶. Bu açıdan, birçok hukuki değer söz konusu suçla koruma altına alınmıştır. Yağma suçu ile bir yandan hırsızlık suçunda olduğu gibi zilyetlik ve mülkiyet; diğer yanda ise kişi özgürlüğü, maddi ve manevi bütünlüğü korunmaktadır. Yağma suçunda cebir, mağdurun malvarlığını zarara uğratmaya yönelik araç olarak kullanıldığı için söz konusu suç malvarlığına karşı işlenen suçlar içerisinde düzenlenmiştir¹⁷.

Yağma suçunun konusunu taşınır bir mal oluşturmaktadır. Fail tarafından gerçekleştirilen cebir veya tehdit, taşınır malın zilyedin rızası olmaksızın, alınması veya teslim edilmesine yönelik olmalıdır.

Yağma, failin başkasının zilyetliğindeki bir malı, zilyedinin rızası olmaksızın, cebir veya tehdit kullanarak bulunduğu yerden alması veya zilyedin bu malı kendisine teslimini sağlamasıdır.

Yağma suçunda kullanılan tehdit, mağdurun kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceği ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağı bahsiyle yapılmalıdır.

İcbar suretiyle irtikâp ise, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak bir kimseyi, kendisine veya başkasına yarar sağlamasına veya bu yönde vaatte bulunmasına icbar etmesidir.

Bu bakımdan iki suç karşılaştırıldığında; yağma suçunun hareket unsurunda yer alan “tehdit etmek” veya “cebir kullanmak”, icbar suretiyle irtikâp suçunun hareket unsurunda yer alan “icbar etmek” kavramlarının benzerlik gösterdiği söylenebilir. Yağma suçu ile irtikâp

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kâğıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi halinde de aynı ceza verilir.

(3) Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁶ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Bası, Ankara 2007, s. 515; Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Ankara 2008, s. 1049;

¹⁷ Koca, Mahmut, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu, Legal Hukuk Dergisi 2005, s. 2801

suçu hareket unsurları bakımından birbirlerine benzemekle beraber, hareket unsurları nitelik olarak farklılık göstermektedir.

Cebir, “gerçekleştirilmiş bir direnmeyi kırmak veya daha sonra gerçekleştirilecek direnmeyi engellemek amacıyla yapılan kişiye yönelik her türlü zorlayıcı etki meydana getiren davranış¹⁸” anlamına gelmektedir. Yağma suçunda, cebrin mağdurun vücuduna yönelik olması aranır, fakat failin mağdurun vücuduna temas etmesi gerekmez¹⁹.

Tehdit, kişinin veya onun bir yakınının hayatına, beden veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağı beyandır.

İrtikâp suçuna vücut veren icbarın manevi nitelikte bir zorlama olması gerektiği, maddi nitelikte bir zorlamaya dönüşmemesi gerektiği söylenebilir. İrtikâp suçundaki icbar, yağma suçunda öngörülen cebir niteliğinde değildir. Bu suçta icbar, mağdurun manevi olarak zorlanmasıdır²⁰.

İrtikâp suçunu düzenleyen 250. maddenin gerekçesinde, icbarın yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna ulaşmaması gerektiği, şayet bu boyuta

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 517

¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 517 vd.; Özbek, İzmir Şerhi-II, s. 1051 vd.; Artuç, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2007, s. 153 vd.

²⁰ “TCK’nin 209/1. maddesinde düzenlenen icbar suretiyle irtikâp suçundaki icbar kelimesi manevi cebir anlamındadır. Cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suç işlemesi halinde icbar gerçekleşmiş sayılacaktır. Maddi cebir kullanılması halinde fiil esasen yağma suçunu oluşturur. Manevi cebrin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskısının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket icbar kavramına dâhildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması vaat edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi, icbar için yeterli olup, icbar suretiyle irtikâp paranın verilmesi, menfaatin sağlanması veya vaat edilmesi ile tamamlanır. İcbardan maksat, iradesinin oluşumunu etkileyecek ve yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına neden olacak biçimde şiddet veya tehdit ile baskı yapmaktır. O halde irtikâp suçunda icbardan söz edebilmek için failin hareketlerinin yaşamının normal akışı içerisinde bir kimse üzerinde baskı yaratmaya, onu kendisinin tehdit edilmiş olarak hissetmesine elverişli olması gerekir”. (Yarg. CGK. 18.05.1999, 119/121; Gökcan, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008, s. 522)

ulaşmış ise artık ortada irtikâp suçun olmadığı, oluşan suçun yağma suçu olduğu belirtilmiştir²¹. Yargıtay'ın bazı kararlarında da söz konusu duruma değinilmiştir²².

Kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, bir kimseyi, kendisinin veya yakınının hayatına, beden veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceği ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağı yönünde tehdit etmesi veya maddi cebir kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlanmasını veya elde etmek istediği yarara engel olmasını benzer şekilde önlemesi halinde yağma suçunun oluşacağı kabul edilmektedir²³.

Sonuç olarak, irtikâp suçu ile yağma suçu arasındaki farkları şu şekilde sıralanabilir²⁴;

²¹ Gökcan, s. 495-496

²² “Cebri irtikâp suçundan sanıklar H.A. ve H.H.Ç.’nin yapılan yargılamaları sonunda; eylemleri nitelikli yağma niteliğinde görülerek mahkûmiyetlerine dair, Müştekinin anlatımına, bunu doğrulayan tanık beyanlarına, kamera kayıtlarına, savunmalara ve dosya içeriğine göre sanıkların polis olduğu ve olay tarihinde Fatih İlçe Emniyet Müdürlüğü Önleyici Hizmetler Büro Amirliğinde ekip amir vekili ve ekip memuru olarak görev yaptıkları sırada sanık H.H.’nin talimatıyla diğer sanık H.’in yabancı uyruklu müşterinin koluna girerek ekip aracına bindirdiği, pasaportunu alıp kontrol ettikten sonra kendisine ait olmadığını ve sahte olduğunu ileri sürdükleri sanık H.H.’nin pasaportla birlikte araçtan inip cep telefonu ile konuşup tekrar araca bindiği müştekiye “komiserle konuştuğunu ve kendisini tutmasını söylediğini” bildirdiği, bu şekilde baskı altına aldıktan sonra bırakılması ve pasaportunun iadesi için önce 5000 dolar, pazarlık neticesinde de 3000 dolar para istedikleri, müşterinin üzerinde bulunan 200 TL’yi vermek istediği ancak sanıklar bunu kabul etmeyince para temin edebilmek için telefonla arkadaşlarını aradığı, tanıgın getirdiği toplam 1300 Euro ile 200 TL aldıkları, müteakiben yaklaşık bir saat araçta tutup dolaştırdıkları müşterinin pasaportunu alıkoyup 500 Euro daha getirmesi kaydıyla serbest bıraktıkları, ertesi gün pasaportunu kurtarmak amacıyla 500 Euro daha temin eden müşterinin kararlaştırılan saatte sanık aramayıncı polise müracaat ettiğinin anlaşılması ve oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında; *yağma suçunun oluşumu için mağdurun iradesini zorlayan bir etki olan icbarın, maddi cebir veya tehdit aşamasına varmış olması gerektiği, sabit görülen ve kamu görevlisi sanıkların görevin sağladığı nüfuzlarını kötüye kullanmak suretiyle kendilerine yarar sağlamaya zorlamadan ibaret eylemde bu unsurlar bulunmadığından, TCK’nın 250/1. maddesinde düzenlenen cebri irtikâp suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde nitelikli yağmadan hüküm kurulması”* (Yarg. 5. CD. 16.11.2009, 9978/12463; Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara 2010, s.333)

²³ Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 647

²⁴ Yarg. CGK. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde vermiş olduğu bir kararda irtikâp ile yağma arasındaki farkı şu şekilde belirtmiştir; “TCK’nın 209. maddesindeki cebri irtikâp suçunun unsurları; 1-Sanıgın memur olması, 2-Memurluk sıfat veya görevinin kötüye kullanılması,

1-İrtikâp suçunda fail kamu görevlisi iken yağma suçunda fail herhangi biri olabilmektedir,

2-İrtikâp suçundaki icbar ile yağma suçundaki cebir ve tehdit nitelik olarak farklıdır.

3-İrtikâp suçunda icbar kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilirken, yağma açısından cebir veya tehdit herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilmektedir

4-İrtikâp suçun konusunu yarar oluştururken, yağma suçunun konusunu taşınır bir mal oluşturmaktadır.

1.3.2.İrtikâp-Dolandırıcılık Ayrımı

Dolandırıcılık suçunun temel şekli, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 157. maddesinde düzenlenmiştir²⁵.

Dolandırıcılık failin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlamasıdır²⁶. Dolandırıcılık suçundan söz edebilmek için failin mağdura yönelik hileli davranışlarının bulunması gerekmektedir. Bu suça özelliğini veren, failin gerçekleştirdiği yanıltıcı, aldatıcı nitelikteki hilesidir. Failin mağdura yönelik hilesi sonucu mağdurun aldanarak fail veya başkasına, malvarlığında azalmaya neden olabilecek yarar sağlaması gerekmektedir. Bu yönüyle dolandırıcılık suçu malvarlığına karşı suçlar kapsamında düzenlenmiştir.

3-Mağdurun çıkar sağlamaya veya vaadine icbar edilmesi,

4-Sağlanan çıkarın haksız olması,

495. maddedeki gasp suçunun unsurları ise;

1-Fiili işlemek için cebir şiddet veya tehdit kullanılması,

2-Cebir, şiddet veya tehdidin malın zilyedine veya cürüm yerinde bulunan başkasına karşı olması,

3-Mağdurun malı teslimine veya alınmasına karşı susmaya mecbur kılınması, şeklinde sıralanabilir.

Görüldüğü gibi cebri irtikâp suçunu gasp (yağma) suçundan ayıran unsurlar failin sıfatı ve kullandığı icbarın maddi cebir veya tehdit aşamasına gelmemiş olmasıdır. Mağdurun iradesini zorlayan bir etki olan icbarın cebir, şiddet veya tehdide dönüşmesi halinde eylem, irtikâp değil gasp olur” (Yarg. CGK. 17.04.1989, 6-93/147; Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-II, Ankara 1996, s.1578)

²⁵ Dolandırıcılık suçu; “(1) Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir” şeklinde tanımlanmıştır.

²⁶ Yılmaz, Zekeriya/Ergün. İsmail, Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005, s. 6; Kuru Taş, Ülkü, Dolandırıcılık Suçu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2006, s. 9

Bir hareketin hile sayılabilmesi için, bir şekilde gerçeğin gizlenmesi veya farklı gösterilmiş olması gerekmektedir. Fail, mağdura yönelik söylediği nitelikli yalanlar hile niteliğinde kabul edilebilir ancak söylenen yalanların belli bir yoğunluğa ulaşması gerekmektedir²⁷. Fail tarafından mağduru aldatmaya yönelik kurgulanan olay gerçekleştirilmelidir²⁸. Basit yalan hile olarak kabul edilemez²⁹. Gerçeğin gizlenmesi veya farklı gösterilmesi mağdurun aldanması sağlamalıdır. Başka bir deyişle, fail tarafından gerçekleştirilen hileli hareket mağdurun aldatılmasına yönelik olmalıdır³⁰. Failin hileli hareketi ile mağdurun aldanması arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

Mağdurun aldanması, gerçek olmayan olguları gerçek sanmasıdır. Bir başka deyişle aldatma, mağdurun irade yeteneğinin sakatlanmasıdır. Gerçekle, mağdurun düşündüğünün birbirinden farklı olmasıdır.

İkna suretiyle irtikâp, kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna etmesidir. Kamu görevlisi söz konusu suçu işlerken, görevi kapsamında olan, görevinden kaynaklanan, bir iş veya işlem için yarar sağlama konusunda karşı tarafı ikna etmektedir. Görevi kapsamında olmamakla beraber sırf kamu görevlisi olması sebebiyle kendisine duyulan güveni kötüye kullanmak suretiyle hileli davranışlarla karşısındaki kişileri aldatan kamu görevlisinin söz konusu fiili dolandırıcılık suçuna vücut verecektir³¹.

²⁷ Kuru Taş, s. 9

²⁸ Dönmezer'e göre, başvuru hilenin dolandırıcılık suçunu oluşturması için yapılan yalan açıklamaların doğruluğunu kabul ettirecek ve böylece karşı tarafın inceleme eğilimini etkisiz bırakacak yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana bazı dış hareketlerin eklenmesi gerekir. Bununla birlikte yazar, olayın özelliklerine göre, karşı tarafın failden bir açıklamada bulunmasını beklediği durumlarda yanlış açıklamada bulunulmasının da bu suçu oluşturacağını belirtmek suretiyle görüşünü bir ölçüde yumuşatmıştır. Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s. 370

²⁹ Özgenç, Ekonomik Çıkar, s. 25

³⁰ Özbek, İzmir Şerhi-II, s. 1211

³¹ "Jandarma komutanlığında görevli uzman çavuş olan sanığın, bir süre önce yakınları kaçırılan mağdurlara "ben size yardımcı olurum, benim İstanbul'da bu işlerin erbabı arkadaşlarım var, kaçırılan şahsı bulacaklar, ancak bu iş para ile olur" diyerek önce 2.000 Mark istediği ve aldığı, ayrıca "bu konu devletin çözeceği bir iş değil, ben bu iş için 8 kişi ayarladım" diyerek mağdurlardan adam başı 1.000 Mark olmak üzere 8.000 Mark istediği ve aldığı, bir süre sonra da bu olay için görevlendirdiği 8 kişinin silahlı olarak polis tarafından yakalandıklarını ve bunları kurtarmak için para gerektiğini söyleyerek mağdur taraftan 1.600 Dolar aldığı mahkemece sabit görülen olayda sanığın sıfatı itibarıyla itimat telkin

Her iki suç birlikte değerlendirildiğinde; failerin mağdurları gerçekleştirdikleri hileli davranışlarla, kendilerine yarar sağlamaya ikna ettikleri veya aldattıkları söylenebilir. Bu bakımdan her iki suç birbiriyle örtüşmektedir. Her ne kadar, ikna suretiyle irtikâp bakımından hareket unsuru ikna, dolandırıcılık suçu bakımından aldatma da olsa bu iki hareket birbiriyle benzer niteliktedir.

Sonuç olarak ikna suretiyle irtikâp ile dolandırıcılık arasında, ikna suretiyle irtikâp suçunun failinin kamu görevlisi olması ve görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle iknayı gerçekleştirmesi ve korunan hukuki değer dışında bir fark yoktur³².

1.3.3. İrtikâp-Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf

Hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu Türk Ceza Kanununun 160. maddesinde düzenlenmiştir³³.

Kanun metninde yer verilen “hata sonucu ele geçen eşya” kavramından, tesadüfen veya kaza sonucu zilyedinin elinden çıkan ve failin tasarruf alanına giren eşya anlaşılmaktadır³⁴. Fail bir kaza veya tesadüf sonucu ele geçirdiği eşyayı, sahibine iade etmemekte ve bu durumu yetkili mercilere bildirilmemektedir.

Bağlı hareketli suç niteliğinde olan, hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda fail, mağdurun hatası sonucu elinden çıkmış olan eşya üzerinde, malikine iade etmeksizin veya yetkili makamlara durumu bildirmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunması fiili cezalandırılmaktadır. Failin malik gibi tasarrufta bulunması hareketi malikine iade

edip mağdurlara soyut yalanlar söyleyerek onları kandırmak suretiyle kendilerinden muhtelif tarihlerde peyderpey mark ve dolar alarak yarar sağladığı, mağdurların da verdikleri paralar karşılığında sanığın İstanbul'daki kişileri devreye sokmak suretiyle yakınlarını kurtaracağına inanarak ve yaptıkları ödemelerin gayri meşru olduğunu da bilerek sanığa menfaat sağladıkları anlaşılmalı; mağdur adedi ve teselsül koşulları da nazara alınmak suretiyle eylemin TCK'nin 503. maddesi (Yeni Türk Ceza Kanunu 157. maddesi) kapsamına giren dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden nitelendirmede yanılığa düşülerek ikna suretiyle irtikâp suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg. 5. CD. 27.10.1999, 4254/5088; Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet-Rüşvet İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2008, s. 200)

³² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 649; Selçuk, s. 47; Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 138,

³³ Hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu; “(1) Kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyetliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde tanımlanmıştır.

³⁴ Özbek/Kanbur, İzmir Şerhi-II, s. 1292

etmeme veya yetkili makamlara durumu bildirmeme hareketleriyle bağlantılıdır. Fail durumu, yetkili makamlara bildirmiş sonrada malik gibi tasarrufta bulunmuş ise söz konusu suç oluşmayacaktır³⁵.

Failin bu suç bakımından, “iade etmeme” veya “ haberdar etmeme” şeklinde ihmali hareketleri söz konusudur. Bağlı hareket niteliğinde olan “malik gibi tasarruf etme” ise geniş bir kavram olup, satma, bozma, kırma, devretme vb. şekilde icrai nitelikte olabileceği gibi muhafaza etme, bulundurma, saklama vb. şekilde ihmali nitelikte de olabilir³⁶.

Hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu ile hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp birbirine benzemektedir. Her iki suç bakımından, mağdurların hatası sonucu ellerinden çıkmış olan yarar ve eşya suçun konusu oluşturmaktadır. Suçlar bakımından faillerin ele geçirmiş oldukları yarar veya eşya mağdurların hatası sonucudur. Mağdurlar, söz konusu durumdan habersizdirler. Failler, elde ettikleri eşya veya yararın başkasına ait olduğu bilinciyle hareket etmektedirler. Suçların failleri söz konusu durumu mağdura veya yetkili mercilere bildirmeyerek kendilerine yüklenen yükümlülüklerle aykırı hareket etmektedirler.

İki suçu birbirinden ayıran temel nokta ise hatadan yararlanmak suretiyle irtikâbın failinin sadece kamu görevlisi olabilmesi iken hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu bakımından herkesin fail olabilmesidir.

1.3.4. İrtikâp-Zimmet Ayrımı

Zimmet suçunun temel şekli Türk Ceza Kanununun 247. maddesinde düzenlenmiştir³⁷. *Zimmet*; bir kamu görevlisinin, zilyedliği görevi nedeniyle kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisi veya başkası için mal edinmesidir. *Zimmete* geçirilen mal üzerinde, kamu görevlisi malikmiş gibi tasarrufta bulunmaktadır.

³⁵ Özbek/Kanbur, İzmir Şerhi-II, s. 1293

³⁶ Özbek/Kanbur, İzmir Şerhi-II, s. 1293

³⁷ *Zimmet suçu; “(1) Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir” şeklinde tanımlanmıştır.

Zimmet suçunun konusu, “kamu görevlisine görevi nedeniyle zilyedliği devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal” oluşturmaktadır. Mal kavramı, üzerinde ferdi hâkimiyet sağlanabilen, ekonomik değer taşıyan, misli veya gayri misli her türlü şeyi ifade etmektedir. Zimmet suçu bakımından önemli olan söz konusu şeylerin malvarlığı bakımından bir değer taşımasıdır³⁸.

Suçun konusunu oluşturan malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna veya herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır³⁹. Bunun nedeni suçla korunan hukuki değerın mülkiyet hakkı olmamasıdır. Zimmet suçu ile kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi korunmaktadır⁴⁰. Buna bağlı olarak da zimmet suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir⁴¹.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin, ya görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan malı ya da koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı zimmetine geçirmesi gerekmektedir⁴². Zimmete geçirme, suça konu eşyanın malik gibi tasarrufta bulunmasıdır. Başka bir deyişle, suçun faili olan kamu görevlisinin, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı, özgülendiği amaç dışında kendisi veya başkası için almasıdır. Zimmete geçirme fiilini fail herhangi bir şekilde gerçekleştirebilir. Burada önemli olan nokta kamu görevlisinin zimmetine geçirdiği mal üzerinde özgüllenme amacı dışında, zilyetliği haklı kılacak sıfatla bağdaşmayacak tarzda tasarrufta bulunması, kısacası zilyetliği fiilen mülkiyete

³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 719

³⁹ “Sanığın... Merkez Jandarma Karakol Komutanı olarak görev yaptığı sırada 15.07.1980 günü meydana gelen ve ölümlü sonuçlanan trafik kazasında el koyduğu, sürücülerini ölen iki otomobil ve diğer eşyaları tutanakla saptayıp karakola götürdüğü ve muhafaza altına aldığı, ertesi gün de... plakalı otomobilin iki tekerleğini söktürüp kendi özel otomobiline taktığı anlaşılmış, olay mahkemece de bu biçimde kabul edilmiş. (...) Yasa ve yönetmelik hükümleri uyarınca sanık olaya el koyduğuna göre olaya ait her türlü delili de muhafaza etmek onun görevi gereğidir. Bu bakımdan kaza yapmış araçlar üzerinde herhangi bir görev ve sorumluluğu olmadığı iddiası söz konusu olamaz. TCK'nin 202. maddesine göre suçun oluşması için zimmete geçirilen para veya şeylerin devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından önemi yoktur. Zimmete geçirilen şeyler ister devlete, isterse kişilere ait olsun TCK'nin 202. maddesinde yazılı suç oluşur. Bu suçta önemli olan para veya şeylerin memurun eli altında görevi gereği olmasıdır. Bu suçla korunan mülkiyet değil, kamu hizmeti ve görevidir” (Yarg. CGK. 24.12.1984, 5-156/464; YKD Mart 1985, s. 416)

⁴⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 575

⁴¹ Özgenç, İzzet, Zimmet Suçu, Ankara 2009, s. 48

⁴² Özgenç, Zimmet Suçu, s. 14; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 589; Bekri, M. Nedim, Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu, Ankara 2007, s.39

dönüştürmesidir⁴³. Tasarruf, suç konusu malın malvarlığına dâhil edilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi, satılması, borca mahsup olarak verilmesi, trampada kullanılması şeklinde gerçekleşebilir⁴⁴.

Kamu görevlisi, zimmet suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerini zimmetine geçirmeden önce veya sonra zimmet fiilinin ortaya çıkmasını engellemeye yönelik olarak bir takım hileli davranışlar gerçekleştirebilir. Bu halde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 247/2. maddesinde düzenlenmiş olan nitelikli zimmet suçu söz konusu olmaktadır.

Kamu görevlisi görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmemiş veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olmadığı mal üzerinde, tasarrufta bulunması halinde zimmet suçu oluşmayacak somut olaya göre mağduru aldatarak yarar sağlaması halinde ikna suretiyle irtikâp, görevi kötüye kullanma veya görevle bağlantısı olmadan hile kullanmışsa dolandırıcılık suçu oluşacaktır.

Nitekim Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında, kamu görevlisinin, görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal üzerinde yarar sağlamadığı, kamu görevlisinin sağlamış olduğu yararın karşı tarafı ikna etmesi sonucu ortaya çıkan fazla mala ilişkin olduğu bu yüzden ortaya çıkan suçun zimmet suçu olmayacağı, ikna suretiyle irtikâp suçu olacağı kabul edilmiştir⁴⁵.

İrtikâp ile zimmet suçu karşılaştırıldığında, her iki suçun failinin kamu görevlisi olması dışında benzer bir noktanın olmadığı söylenebilir.

İrtikâp ve zimmet suçları hareket, suçun konusu ve mağdur bakımından birbirinden ayrılır. İrtikâp suçunun hareket unsurunu; görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle icbar etme, görevin sağladığı güvenin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hileli davranışlarla ikna etme, görevin sağladığı güvenin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hatadan yararlanma fiilleri oluştururken, zimmet suçunun hareket unsurunu zimmete geçirme fiili oluşturmaktadır. Zimmet suçunun konusu ekonomik değeri olan mal iken, irtikâp suçunun konusu yarardır. İrtikâp suçunda icbar veya ikna edilen ya da hataya düşen bir kişinin olması gerekirken, zimmet suçu bakımından böyle bir kişi gerekmemektedir. Zimmet

⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 577; Tezcan/Erdem/Önok, s. 728; Üzülmöz, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu, HPD, S.:5, Aralık 2005, s. 220

⁴⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 577; Tezcan/Erdem/Önok, s. 728; Özgenç, Zimmet Suçu, s. 21; Üzülmöz, Zimmet Suçu, s. 220

⁴⁵ Yarg. 5. CD., 12.4.1978, 1367/1313; Artuk/Gökçen/Yenidünya Özel Hükümler, s.650-651,

suçu bakımından mağdur, toplumu oluşturan herkesken, irtikâp suçunun mağduru icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişidir.

1.3.5. İrtikâp-Rüşvet Ayrımı

Rüşvet suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 252. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁶.

Rüşvet; bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde yarar sağlamasıdır. Rüşvet suçunda kamu görevlisinin görevine giren bir işin, görevin gereklerine aykırı bir biçimde yapılması veya yapılmaması söz konusudur. Görevin gereklerine aykırılık, kamu görevlisinin görevi kapsamında yapması gereken bir işi yapmaması, yapmaması gereken bir işi yapmasıdır.

Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işin yapılması veya yapılmaması konusunda varılan anlaşma rüşvet suçuna vücut vermeyecektir⁴⁷. Yapılacak veya yapılmayacak işin kamu

46

Rüşvet suçu; “(1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de uygulanır.

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/28 md.) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır” şeklinde tanımlanmıştır.

47

Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 711

görevlisinin görevine girip girmediği, onun görev ve yetkilerini düzenleyen hükümlere ve işlemin niteliğine göre belirlenecektir⁴⁸.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda, memurun görevinin gereğine aykırı olarak yapması gereken işi yapmaması, yapmaması gereken işi yapması için yarar sağlaması nitelikli rüşvet; memurun yapması gereken bir işi yapması, yapmaması gereken bir işi yapmaması için yarar sağlaması basit rüşvet olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda değişiklik yapılarak, basit rüşvet fiili rüşvet suçu kapsamında çıkartılarak görevi kötüye kullanma suçu kapsamına sokulmuştur.

Rüşvet suçunun konusunu yarar oluşturmaktadır. Kamu görevlisinin ekonomik, kişisel veya hukuksal durumunu objektif olarak iyileştiren her şey yarar kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu bakımdan maddi, manevi veya cinsel nitelikteki her türlü avantaj yarar kavramı içinde düşünülmektedir⁴⁹. Örneğin; para, altın, değerli taş, antika eşya gibi şeylerin verilmesi, ev kirasının ödenmesi, tatil masraflarının karşılanması, arabanın ücretsiz tamiri, eşyanın değerinden çok aşağıya satılması, cinsel ilişki vb. yarar olarak kabul edilmektedir.

Rüşvet suçunun hareket unsuru, her iki taraf açısından rüşvet anlaşmasına varmak; kamu görevlisi açısından rüşvet almak, karşı taraf açısından ise rüşvet vermektir⁵⁰.

Rüşvet anlaşması, kamu görevlisi ile karşı taraf arasında kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir işi, yapması veya yapmaması karşılığında, bir yararın sağlanmasını öngören anlaşmadır. Bu anlaşma kapsamında, kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı bir işi yapmayı veya yapmamayı borçlanırken, diğer taraf ise yarar sağlamayı borçlanmaktadır. Niteliği itibariyle hukuka aykırı olan bu anlaşma⁵¹, her iki tarafın özgür iradelerinin bir

⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 761; Yargıtay kararları da bu yöndedir. “Bayındırlık Müdürlüğünde fen memuru olup sağlık kurulunda görevli bulunan sanığın bir elektrik tesisinin kabulü için ilgili ile yaptığı rüşvet anlaşması sonucu para aldığı anlaşılmasına ve anlaşmanın kurulun üyesi olarak yapılmış olmasına göre suç meydana gelmiştir. ... Sanığın inceleme gününde kurulda bulunacağını anlaşmadan önce kesin olarak belli bulunmaması, üç kişilik kuruldaki oyunun tek bir oydan ibaret olması, işin istendiği biçimde sonuçlanmaması nedenleri eylemi TCK'nin 228. (Görevi Kötüye Kullanma Suçu) maddesine uyduğunu gösteremez” (Yarg. 5. CD. 18.03.1989, 683/906; Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.:II, 2. Bası, Ankara 1998, s.2439)

⁴⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 719

⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 762

⁵¹ Borçlar Kanununun 19/2. maddesi uyarınca yapılan bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için hukuka aykırı olmaması gerekmektedir. Taraflar arasında yapılan rüşvet anlaşması Türk Ceza Kanununda açık bir

noktada buluşması ile ortaya çıkmaktadır⁵². Bir tarafın iradesi hata, hile veya cebir ile sakatlanmış ise rüşvet suçundan söz edilemeyecektir.

Rüşvet alma, rüşvet anlaşması kapsamında belirlenen yararın kamu görevlisince kabul edilmesidir. Rüşvet verme ise rüşvet anlaşması kapsamında belirlenen yararın karşı tarafça sağlanmasıdır. Suçun konusu olan yararın niteliğine göre alma ve verme hareketleri değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, karşı tarafça bir miktar paranın kamu görevlisine verilmesi ve kamu görevlisinin bu yararı alması veya karşı tarafça kamu görevlisinin bir aylık kirasının ödenmesi ve bunun kamu görevlisince kabul edilmesi gibi.

Rüşvet suçu karşılıklı iki failin bulunduğu çok failli bir suçtur⁵³. Rüşvet suçunda, bir tarafta görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak veya yapmamak karşılığı rüşvet alan kamu görevlisi, diğer tarafta görevinin gereklerine aykırı bir işi yapması veya yapmaması için kamu görevlisine rüşvet veren diğer kişi bulunmaktadır.

Rüşvet ve irtikâp suçları unsurları bakımından birbirlerine benzemektedir. Hukuk sistemlerinin bazıları bu nedenle rüşvet ve irtikâp suçlarını ayrı ayrı düzenleme ihtiyacı duymamıştır⁵⁴.

Her iki suçun ortak noktası, kamu görevlisinin hukuki olarak kabul etmemesi gereken bir yararı kabul etmesidir. Rüşvet suçunda, kamu görevlisi karşı tarafta vardığı anlaşma uyarınca görevinin gereklerine aykırı olarak yapmaması veya yapması gereken bir iş karşılığı sağlanan yararı kabul etmektedir. İrtikâp suçunda ise kamu görevlisi, karşı taraftan yarar elde

şekilde suç olarak kabul edilmiş olduğundan rüşvet anlaşması hukuki açıdan geçerli bir sözleşme niteliğinde değildir. Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s.65 vd.

⁵² “Sanığın 16772, 18407, 18409, 52465 ve 21092 nolu dört aboneden 150 ile 400.000 lira arasında para veya çocuğuna giysi almak gibi temin ettiği menfaatler karşılığında bu abonelerin su faturalarındaki tüketim miktarlarını veya ödeyecekleri tutarları düşülerek müdahil idareyi 146.182.300 lira zarara uğrattığı hazırlıkta sayaç okuma sonuç kayıt listeleri, bilgisayar terminallerinden elde edilen dönem bazında kayıt durum listeleri ve su bedeli değişiklik listelerini ayrıntılı inceleyerek sonuca ulaşan müfettiş raporu içeriğine ve sanığın bu aşamadaki açık ikrarlarına ve eylemin teselsül eden oluş biçimine nazaran zımni anlaşmanın varlığı kabul edilerek nitelikli rüşvet almak suçunun oluştuğu gözetilmeden irtikâp suçundan açılan davada yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi... yasaya aykırıdır” (Yarg. 5. CD. 24.10.1996, 3004/3611; Tezcan/Erdem/Önok, s. 762-763, dip. 377)

⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 694; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 583; Özgenç, Ekonomik Çıkar, s. 199. Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 252. maddesinin gerekçesine.

⁵⁴ Roma ve İslam Hukukunda irtikâp suçunun özel olarak düzenlenmediği görülmektedir. Bkz. ayrıntılı bilgi için Güreli, İrtikâp, s. 9 vd.

ederken; ya görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle karşı tarafı icbar etmekte veya görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştiği hileli hareketlerle karşı tarafı ikna etmekte, ya da karşı tarafın içine düşmüş olduğu hatadan yararlanmaktadır.

İrtikâp suçunda, kamu görevlisinin hareketleri sonucu karşı tarafın iradesi sakatlanarak istemediği bir sonucun meydana gelmesi söz konusuysen; rüşvet suçunda karşı tarafın iradesi hiçbir şekilde sakatlanmamakta, meydana gelen sonuç hem kamu görevlisi hem de karşı tarafça istenmektedir. Bunun sonucu olarak irtikâp suçunda karşı taraf mağdur olarak kabul edilirken rüşvet suçunda fail olarak kabul edilmektedir.

Kamu görevlisinin yapacağı veya yapmayacağı bir iş karşılığı yarar sağlanmasının söz konusu olduğu hallerde rüşvet ile irtikâp suçları arasındaki ayrımın yapılması güçleşmektedir. Bu halde ilk olarak sağlanan yararın, kamu görevlisinin karşı tarafın iradesini sakatlayacak hareketi sonucu elde edilip edilmediği belirlenecektir. Eğer yarar, kamu görevlisinin karşı tarafın iradesini sakatlayacak hareketi sonucu elde edilmişse oluşan suç irtikâp olacaktır⁵⁵. Sağlanan yarar kamu görevlisinin karşı tarafın iradesini sakatlayacak herhangi bir hareketi olmaksızın, tarafların anlaşması sonucu ise oluşan suç ya rüşvet ya da görevi kötüye kullanma

⁵⁵ “Görevi kötüye kullanma suçu; bir memurun yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yapması veya yasa ve nizamlara uygun şekilde yaptığı işten menfaat sağlamaya çalışmasıdır. Eylem, unsurları yasada belirtilen irtikâp, rüşvet alma gibi suçları oluşturmadığı takdirde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Rüşvet suçu ise; bir kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşacağına, ayrıca bu suçtan her iki tarafın da gayri meşru zemin içinde bulunmaları gerekmesine ve taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçunun meydana gelmiş olacağı nazara alınarak, dava konusu olaya gelince; Tavas Orman İşletmesi Yenidere Orman İşletme şefi olarak görev yapmakta olan sanığın yaptığı denetimler sırasında kömür ocağı işleten kişilerin ödemesi gereken orman arazisinin kullanım bedeli, teminat veya keşif harcırahı adı altında makbuzunu bilahare getireceğini, dosyaya koyacağını veya makbuz isteyenin redövensi olduğunda ise makbuzun kesilerek asıl izin sahibinin dosyasına konulacağını, paraların ödenmemesi halinde de kömür ocağının faaliyetine izin vermeyeceğini veya ocaktan kömür aldırılmayacağını söyleyip müşterileri buna ikna ederek, Ömer Kestiş, Hasan Düzel, Yaşar Gökler, Osman Düzel ve İsmet Cabbar isimli şahıslardan ödemeleri gereken miktarın çok üzerinde para aldığı oluşturma uygun olarak kabul edildiğine göre; Yenidere Bölgesi İşletme şefi olarak şefliği içinde çalışan bütün memurların amiri olduğu, her çeşit nakliyat yollarının güzergâhlarını tayin ve bütün tesisat ve inşaat işlerine ve bunlara ait plan ve keşif hazırlamak ve ormanların korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yapmak hususlarında görevli olan sanığın görev ve sıfatını kötüye kullanma suretiyle müşterileri ikna ile menfaat sağladığı bu durumda eylemin ikna suretiyle irtikâp suçlarını oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg. 5. CD. 26.11.2007, 2006/10980-2007/9298; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler) 5. Cilt, Ankara 2009, s. 4905-4906)

olacaktır. Kamu görevlisi yararı görevinin gereğine aykırı yapması gereken işi yapmaması veya yapmaması gereken bir işi yapması için elde etmişse oluşan suç rüşvettir⁵⁶. Eğer kamu görevlisi yararı görevi gereği yapması gereken işi yapmak veya yapmaması gereken işi yapmamak için elde etmişse oluşan suç görevi kötüye kullanmadır⁵⁷. Somut olayda, kamu

⁵⁶ “Cebri irtikâp suçu, kamu görevlisinin yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle ferdi icbar etmesi, bu icbar sonucu ferdin de kamu görevlisinin haksız işlemini önlemek zorunluluğunda kalarak ona veya başkasına yarar sağlaması veya vaatte bulunması ile oluşacağına, burada kamu görevlisi aktif, ferd ise mağdur durumda olup, icbar teşkil eden ve belli bir şiddete ulaşmış manevi cebrin etkisinde kalan mağdurun istenen yararın hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için yararı kamu görevlisine vermekte ve vermeyi vaat etmektedir. Sanıkların... Kaçakçılık ve Organize suçlar grup amiri ve polis memuru olarak görev yaptıkları, müştekiye ait işyerinde yapılan aramada 6136 sayılı Yasa kapsamında ruhsatsız tabancanın sanık polis memuru Cengiz tarafından bulunarak el konulduğu ve müştekinin emniyete çağrıldığı, sanık komiser Ali K.’nin tabanca hakkında işlem yapmama karşılığında müştekiden 2.500 Euro istediği, müştekinin “bende o kadar para bulunmaz, fakirim” demesi üzerine, sanık Ali’nin biz maddi durumunu araştırdık, eğer durumun iyi olsaydı bunun hakkı 5.000 Euro idi, ancak şu anda sen iyi birisin ve fakir olduğun için Cuma günü kadar 2.500 Euro getir, silahı sana iade edelim ve buna işlem yapmayalım, sen de zarar görme” demesi üzerine müştekinin teklifi kabul ile parayı bulup getireceğini söylediği, bilahare ödeme güçlüğü çeken, bu nedenle istenen parayı bulamayacağı düşüncesine kapılan müştekinin ilçe emniyet müdürü ile görüşüp, ardından da C. Savcılığına başvurduğu, sanıkların eylemlerinin bu şekilde ortaya çıktığı anlaşılmış, oluş da mahkemece benzer biçimde kabul edilmiş bulunmasına göre, sanıklardan kaynaklanan ve icbar teşkil ettiği iddia edilen fiillerin öğreti ve uygulamanın kabul ettiği anlam oranda belli bir şiddete ulaşmaması nedeniyle eylemin irtikâp suçunu oluşturmayacağı, ancak kamu görevlileri olan sanıkların görevlerinin gereklerine aykırı olarak, yasal zeminde olmayan müşteki ile belirli bir işin yapılması veya yapılmaması hususunda haksız bir yarar karşılığında rızaların uyumu ile rüşvet anlaşmasının gerçekleştiği, rüşvet anlaşması meydana geldikten sonra vaki pişmanlığın suçun oluşumunu ve niteliğini değiştirmeyeceği gözetilerek sanıkların rüşvet alma suçundan mahkûmiyetleri yerine irtikâptan hüküm kurulması kanuna aykırıdır”. (Yarg. 5. CD. 22.12.2005, 17305/23175; Gökcan, s. 520)

⁵⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde memurun görevi gereği yapması gereken işi yapması, yapmaması gereken işi yapmaması için yarar kabul etmesi rüşvet suçunu oluşturmaktaydı. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda basit rüşvet olarak kabul edilen söz konusu fiil Türk Ceza Kanununda görevi kötüye kullanma suçu kapsamına sokulmuştur. “İrtikâp suçu, memurun memuriyet görevini veya sıfatını kötüye kullanarak bir kimseyi kendisine veya başkalarına haksız olarak para vermeye, sair menfaatler temin ve vaadine icbar veya ikna etmesi veya kişinin yanlıgisından yararlanmak yasal olmayan çıkar sağlamasıdır. 765 sayılı TCK’nin 212/1. maddesinde tanımlanan rüşvet alma suçu ise 211. maddede gösterilen kimselerden birinin kanun ve nizam hükümlerine göre, yapmaya zorunlu olduğu şeyi yapmak, yapmamaya zorunlu olduğu şeyi yapmamak için belli bir konuda rüşvet verenle karşılıklı rızaya dayalı olarak rüşvet anlaşması sonunda yasa dışı çıkar sağlamasıdır. Tekirdağ Köy

görevlisinin karşısındaki kişinin sıfatı yapılan değerlendirmenin sonucuna göre değişecektir. Fiil rüşvet olarak kabul edilmesi halinde kamu görevlisinin karşısındaki kişi fail sıfatını alacaktır.

Sonuç olarak rüşvet suçu ile irtikâp suçu şu noktalar bakımından birbirinden ayrılmaktadır;

1- Rüşvet suçunda kamu görevlisi görevi nedeniyle kendisine verilen yetkiyi kötüye kullanırken, irtikâp suçunda kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmaktadır.

2-Rüşvet suçunda kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir işi yapması veya yapmamasına yönelik bir yarar sağlanırken, irtikâp suçunda kamu görevlisinin görevi nedeniyle yapacağı veya yapmayacağı bir işe yönelik olarak yarar sağlanmaktadır.

3-Rüşvet suçunda kamu görevlisi ile karşı tarafın iradelerinin ortak bir noktada buluşmasından doğan sözleşme söz konusuysen, irtikâp suçunda böyle bir sözleşme mevcut değildir.

4-Rüşvet suçunda suçun konusu olan yararı sağlayan kişi failken, irtikâp suçunda mağdurdur.

5- Rüşvet suçu çok failli suçken, irtikâp suçu tek failli bir suçtur.

Hizmetleri İl Müdürlüğünde Makine Mühendisi olarak çalışırken, Tekirdağ Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü bünyesinde Makine Mühendisi bulunmadığından A.İ.T.M. projelerini onaylamakla Vali oluru ile görevli kılınan sanık Fedai Hazar'ın 2000 yılından 08.05.2003 tarihine kadar müşteki-sanık Raşit Eren ve çalışanı Sefa Cengiz'in onaylanmak üzere getirdikleri projeler nedeniyle dosya başı 2 milyon TL isteyip aldığı, bilahare sanık Fedai'nin daha önce onaylamış olduğu projeler nedeniyle birikmiş parayı istemesi üzerine, Raşit Eren'in C. Savcısına müracaatı ile temin ve numarası tespit edilen 170 milyon TL'nin makam odasında verilmesinden hemen sonra güvenlik görevlerince sanığın masasının çekmesinde paralarla birlikte suçüstü yakalanması şeklinde gelişen olayda; irtikâbın cebir veya ikna kısmının yasanın ve doktrinin kabul ettiği anlamda oluşmadığı, sanığın eylemi 765 sayılı TCK'nin 212/1. maddesinde belirgin yapması gereken işi yapmak için rüşvet alma suçunu oluşturduğu, 765 sayılı TCK'nin 212. maddelerinin 1. ve 2. fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı halde 5237 sayılı TCK'nin rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde "rüşvet kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır" denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamında çıkarıldığı, bu durumda aynı yasanın 257/3. maddesi delaletiyle 257/1. maddesindeki müteselsilen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı halde yazılı şekilde hükme varılması" (Yarg. 5. CD. 27.06.2007, 1602/5353; Meran, s. 182);

1.3.6. İrtikâp-Görevi Kötüye Kullanma Ayrımı

Görevi kötüye kullanma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁸.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda ayrı maddelerde düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma⁵⁹, görevi ihmal⁶⁰, kişilere karşı keyfi ve sert muamele⁶¹ ve basit rüşvet⁶² suçları

⁵⁸ Görevi kötüye kullanma suçu; “(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmada ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁹ 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinde; “Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolünür. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması hainde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde on iki bin liradan altmış bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır” denmekteydi.

⁶⁰ 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 230. maddesinde; “hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakla savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur... cezalandırılır.

Bu savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükmolünür.

Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler her hangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödettirilir” denmekteydi.

⁶¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 228. maddesinde; “Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.

Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır” şeklinde düzenlemiştir.

⁶² 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 212/1. maddesinde; “Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul eden kimseye dört yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası verilir” şeklinde yer almaktaydı.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda tek madde altında toplanmıştır. Kanun koyucunun bu şekilde bir düzenleme yapmasının nedeni 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde söz konusu suçların ayırımında ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi ve dağınıklığı önlemektir⁶³.

Türk Ceza Kanununda, görevi kötüye kullanma suçunun, ilk iki fıkrası genel, tali ve tamamlayıcı niteliktedir. İlk fıkra 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ayrı maddelerde düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma ve kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçlarını karşılar şekildedir⁶⁴. Söz konusu suçlar ile benzer nitelikte fiiller yaptırıma bağlandığı için eski kanun döneminde suçların ayırımında bir takım güçlükler söz konusu olmaktadır⁶⁵. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu düzenlemesiyle söz konusu sorunlar giderilmeye çalışılmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/1. fıkrası bakımından kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması gerekmektedir. Kamu görevlisinin söz konusu fiili kanununda özel olarak düzenlenmiş olan başka suça vücut vermesi halinde o suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilecektir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/1. fıkrası bakımından tipe uygun fiil, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/2. fıkrası ise 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 230. maddesinde düzenlenmiş olan görevi ihmal suçunu karşılar şekildedir. Kamu görevlisi, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi sonucu kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması veya kişilere haksız kazanç sağlaması halinde bu fıkra gereğince cezalandırılacaktır. Kamu görevlisinin fiilinin kanunda özel olarak düzenlenmiş olan başka suçlara vücut vermemesi gerekmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/2. fıkrası bakımından tipe uygun fiil ise, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamaktır.

Görevi kötüye kullanma suçunun son fıkrasında öngörülen tipe uygun fiil, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki basit rüşvet suçuna karşılık gelmektedir. Basit rüşvet, memurun kanun ve nizam hükümlerine göre, yapmaya zorunlu olduğu şeyi yapmak, yapmamaya zorunlu olduğu şeyi yapmamak için belli bir konuda rüşvet verenle karşılıklı rızaya dayalı

⁶³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 743

⁶⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 744

⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 743

olarak rüşvet anlaşması sonunda yasa dışı çıkar sağlaması olarak tanımlanmaktaydı. 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki bu fiil 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda rüşvet suçu kapsamında çıkartılarak, görevi kötüye kullanma suçu kapsamına dâhil edilmiştir⁶⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/3. fıkrası bakımından, kamu görevlisinin irtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili cezalandırılmaktadır. Kanun koyucu, bu fıkra ile irtikâp suçuna tali nitelikte bir düzenleme yapmak istemiş bunun içinde suçun kanuni tanımında “irtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde” ifadesine yer vermiştir. Bu ifadeye yer verilmesinin sebebi olarak da kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla çıkar sağlama fiilinin rüşvet suçunu oluşturmayacağı kural olarak icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturacağı, icbar suretiyle irtikâp suçu bakımından da icbarın her somut olayda ispatının zor olduğu, icbarın ispatlanamadığı hallerde görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı hususunu ileri sürmüştür

Bu husus gerekçede; “Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hallerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin

⁶⁶ “SSK Denizli Hastanesinde Genel Cerrahi Uzmanı olarak görev yapan sanığın müştekidenden hastanede sıra beklemeden hemen ameliyatını yapmak için para istediğinde vermek istemeyen müştekinin C. Savcılığına başvurması üzerine numaraları tespitli paraların verilmesinden sonra alınan önlemlerle sanığın yakalanması eyleminin sabit olduğu ve 765 sayılı Yasanın 212/1. ve 61. maddelerine uyan yapması gereken işi yapmak için rüşvet almaya eksik teşebbüs suçuna vücut vereceği anlaşılmış ve mahkemece de oluş ve nitelendirme bu şekilde kabul edilmiş ise de; 765 sayılı Yasanın 212. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı halde sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nin rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde, “rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır” denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması ya da yapması gereken işi yapmaması için yarar sağlamasının rüşvet suçu kapsamında çıkarıldığı cihetle, sanığın eyleminin aynı yasanın 257/3. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçu niteliğinde olduğu ve lehe kanun değerlendirmesinin buna göre yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg. 5. CD. 26.11.2007, 10149/9277; Meran, s. 178)

etmesi durumunda ise rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiilin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir” şeklinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Rüşvet, görevi kötüye kullanma ve irtikâp suçları iç içe geçen suçlardır. Somut olayda üç suçu birbirinden ayırmak kimi zaman çok güçtür. Kanun koyucu söz konusu fıkra ile bu güçlüğü aşmak istemiştir. Gerekçeden yola çıkıldığında, bazı çıkarsamalar yapabilmek mümkündür. Rüşvet suçunu diğer iki suçtan ayırmak için tespit edilmesi gereken nokta kamu görevlisinin yarar karşılığı yaptığı işin görevinin gereklerine aykırı bir iş olup olmadığıdır. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir iş için yarar sağlaması halinde oluşan suç rüşvet suçudur. Görevin gereklerine uygun bir işin yapılması için yarar sağlanması halinde görevi kötüye kullanma veya irtikâp suçu oluşacaktır. İrtikâp suçu ile görevi kötüye kullanma suçunu birbirinden ayırmak için kamu görevlisinin karşı tarafın iradesini etkileyecek düzeyde icbar veya iknaya yönelik hile yapıp yapmadığının tespiti gerekecektir. Somut olayda kamu görevlisi tarafından karşı tarafın iradesini etkileyecek elverişlilikte icbar ve iknaya yönelik hile yapılmışsa oluşan suç irtikâp, aksi takdirde görevi kötüye kullanma olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

2. İRTİKÂP SUÇUNUN UNSURLARI VE KUSURLULUK

2.1. SUÇUN UNSURLARI

2.1.1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

2.1.1.1. Suçla Korunan Hukuki Değer

İrtikâp suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiştir. İrtikâp suçunun düzenlendiği yer itibariyle, korunmak istenen hukuki değer, “kamu idaresinin güvenirligi ve işleyişi” olduğu söylenebilir⁶⁷.

İlk insan topluluklarının ortaya çıkmasından bugüne kadar, bireyin toplum içindeki yaşamını düzenleyen bir otoriteye rastlamak mümkündür. Bu otorite, günümüzde devlet olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireyin günlük yaşamının daha rahat ve sürdürülebilir olması, devlet veya devlete bağlı kamu tüzel kişilerin yerine getirilecek kamu hizmetlerinin yeterli, kapsamlı ve düzgün olmasına bağlıdır⁶⁸. Devlet tarafından, toplumu oluşturan bireyler adına kamu hizmetlerinin yürütülmesi kamu görevi, bu görevi yerine getiren kişilere ise kamu görevlisi denilmektedir.

Kamu görevi ile görevli olan kamu görevlisi, bu görevinden kaynaklanan kamu hukuku yükümlülüklerini yerine getirirken sadakatli davranması gerekmektedir. Böylelikle toplumu oluşturan bireylerin, kamu hizmetlerinden faydalanırken kamu idaresine karşı duydukları güven zedelenmeyecektir.

Bireyin kamu idaresine karşı duyduğu güveni zedeleyen irtikâp fiilleri suç olarak ceza kanununda düzenlenmekle, kamu idaresinin saygınlığı, bireylerin kamu görevlilerine karşı duymaları gereken inanç ve itimat, kamu görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararlar korunmuş olmaktadır⁶⁹.

⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 661

⁶⁸ “Kamu idaresi kavramı Devletin ve diğer tüm kamu kurumlarının faaliyetlerini içermektedir. Bir başka ifadeyle bu bölümde sadece teknik ve dar anlamda devletin idari faaliyeti himaye edilmemiş, Devlet, Yasama, Yargılama ve Yürütme faaliyetiyle, bir bütün, hizmet yapan kurum olarak korunmuş, Devletin faaliyetine zarar veren, zaafa uğratan fiiller idareye karşı işlenmiş suç sayılmıştır”. Bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s.492

⁶⁹ Yargıtay, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde vermiş olduğu bir kararında irtikâp suçu ile korunmak istenen hukuki değeri şu şekilde açıklamaktadır; “...Madde ile korunan yarar; halkın

İrtikâp fiillerinin suç olarak kabul edilmesi ile kamu görevinin ifası kapsamında, devlet otoritesinin gücünü yanına alan kamu görevlisinin, bu gücü kötüye kullanmak suretiyle karşısına gelen vatandaşa zarar vermesi engellenerek, kamu görevlilerinin haksız yarar elde etmeleri önlenmektedir⁷⁰.

Kanun koyucu irtikâp fiillerini, kamu görevlisinin konumunun sağladığı avantajı ve üstünlüğü haksız ekonomik çıkar elde etme aracı olarak kullanılmasını engellemek amacıyla yaptırım altına almıştır. Dolayısıyla irtikâp suçunun faili, devletin mali menfaatlerini ihlal ettiği için değil, bireylerin kamu görevlisine olan güvenlerinin sürekli olmasındaki toplum yararını zedelediği için cezalandırılmaktadır.

Sonuç olarak, irtikâp suçu ile bir taraftan kamu görevlisinin görevini dürüstçe ve kurallara bağlı olarak yürütmesiyle ilgili görev disiplinine riayet edilmesi sağlanarak kamu hizmetinin kurallara uygun şekilde yürütülmesi ve toplumun idareye olan güveninin korunması sağlanmakta; diğer taraftan ise kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle sağlamış oldukları avantaj ve üstünlükten yararlanarak kişilere zarar vermeleri önlenmek istenmektedir. İrtikâp, bu yüzden birden çok hukuki değeri koruyan bir suçtur⁷¹.

2.1.1.2. Suçun Konusu

765 sayılı Türk Ceza Kanununda irtikâp suçunun konusunu, “para veya sair menfaatler” oluşturmaktaydı. 5237 sayılı Ceza Kanununda ise irtikâp suçunun konusunu, kamu görevlisinin kendisine veya başkasına sağlanan veya vaat olunan “yarar” oluşturmaktadır. Yarar, sözlükte “*bir işten elde edilen iyi sonuç, fayda, avantaj; çıkar; yarayan, elverişli, uygun*” anlamına gelmektedir⁷².

Sağlanan veya vaat olunan yarar; para veya diğer bir şey olabilir. Madde metninde yararının ne olduğundan söz edilmemiş olmakla birlikte geniş yorumlanması gerektiği

memurlara karşı duyması gerekli olan inanç ve itimattır. Bu nedenle bir yandan memurların dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki Devlete ait menfaati korumak, diğer yandan da memurların yetkilerini kötüye kullanarak verecekleri zararlara engel olmak ve kamu idaresinin itibarının korunması amaçlanmıştır”. Yargıtay CGK., 18.05.1999, 5-119/121, Karar için bkz; Yaşar, Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 463 vd.; Ayrıca bkz. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun, 3679 sayılı Kanunla değişik 209. maddesinin gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, S. Sayısı 399, Yasama yılı 3, s.277

⁷⁰ Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 66; Üzülmez, İlhan, Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.14. S.2., s. 275

⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.744; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 503; Önder, Özel Hükümler, s. 136

⁷² Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 2, s. 2394

söylenbilir. Yarar, kamu görevlisinin ya da onun aracılığıyla başkasının maddi olarak bir ihtiyacının karşılanmasına yarayacak her türlü şeydir. Bir borcun ödenmesi, kirasız ya da düşük bir kira ile konutta oturmak, bir iş yapılması, borcun vadesinin uzatılması vb. yarar kavramı içinde değerlendirilebilir. Para, nakit Türk lirası veya döviz cinsinden olabileceği gibi poliçe, bono veya çek cinsinden de olabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 198. maddesi hükmüne göre Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları, para hükmündedir.

Cinsel veya duygusal nitelikteki bazı arzuların tatmininin yarar kavramı içinde değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüş, cinsel veya duygusal nitelikteki arzuların tatmini yarar kapsamında değerlendirirken⁷³, diğer bir görüş ise bu tür arzuların tatminini yarar kapsamında değerlendirmemektedir⁷⁴. Kanaatimizce yarar kavramının geniş yorumlanarak, cinsel veya duygusal nitelikteki arzuların tatmininin de yarar olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda, sağlanan para veya sair menfaatinin haksız olması gerektiği belirtilmiştir. Haksızlık, yararın sağlanmasının hukuka uygun olmaması demektir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, kamu görevlisinin kendisinin veya kamu idaresinin alacağını almak amacıyla memuriyet görev veya sıfatını kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği icbar ve ikna fiillerinin irtikâp suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır. Bir görüş; bu durumda görevi kötüye kullanma ve ihkak-ı hak suçlarının oluşacağını⁷⁵, diğer bir görüş ise irtikâp suçunun oluşacağını söylemiştir⁷⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak yararın haksız olması gerektiği hususuna kanun metninde yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan düzenlemeye gereği, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle, kendisinin alacağını almak amacıyla gerçekleştirdiği icbar, ikna ve hatadan yararlanma fiilleri irtikâp suçunu

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s.744; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 506; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 674; Önder, Özel Hükümler, s. 142; Pektaş, Alperen, Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2006, s. 65

⁷⁴ Erman/Özek, s. 118; Özgenç, Ekonomik Çıkar, s.170

⁷⁵ Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1985, s. 365; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2000, s. 413-414

⁷⁶ Erman/Özek, s. 83.

oluşturacağı kabul edilmektedir⁷⁷. Kanaatimizce de kamu görevlisinin alacağını almak için sahip olduğu nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştireceği icbar veya ikna etme veya da hatadan yararlanma fiilleri irtikâp suçuna vücut verecektir.

Kamu idaresini, kanun metninde geçen “başkası” kavramı içinde değerlendirerek, kamu görevlisin kamu idaresinin var olan bir alacağını kamu idaresinin hesabına almak için irtikâp fiillerini gerçekleştirmesi halinde de irtikâp suçu oluşacaktır⁷⁸. Kamu görevlisi gerçekleştirdiği irtikâp fiilleri sonucu kamu idaresinin bir alacağını tahsil etmiş olup da bunu kendi hesabına kullanması halinde meydana gelen suç irtikâp suçu olmayıp zimmet suçu olacaktır⁷⁹.

2.1.1.3. Fail

2.1.1.3.1. Genel Olarak

Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçunda fail, madde metninden de anlaşılacağı üzere kamu görevlisidir. Kamu görevlisi dışında bir kimsenin bu suçu işlemesi mümkün değildir. Kamu görevlisi dışındaki kişiler, irtikâp suçu bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 40/2. maddesi hükmü gereğince ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.

İrtikâp suçu işlendiği sırada failin kamu görevlisi sıfatını taşıması yeterlidir. Suç işlendikten sonra bu sıfatın kaybedilmiş olması veya görev başında olunmaması suçun oluşması bakımından önem taşımaz. Kamu görevlisi irtikâp fiillerini tatil gününde veya mesai saatleri dışında gerçekleştirmesi halinde de irtikâp suçu oluşacaktır⁸⁰.

2.1.1.3.2. 765 sayılı Türk Ceza Kanunda Memur Kavramı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen köklü değişikliklerden birisi de 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan memur kavramı yerine kamu görevlisi kavramına yer verilmesidir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde memur kavramı açıklanırken ikili bir ayrıma gidilmiştir. Kamu görevi ve kamu hizmeti esas alınarak yapılan bu ayrıma

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.744

⁷⁸ Soyaslan, kamu görevlisinin, kamu idaresinin alacağını kamu idaresi hesabına almak için irtikâp fiillerini işlemesi halinde irtikâp suçunun oluşmayacağını, eğer kamu görevlisi bu halde alacağı kendisine mal ediniyorsa zimmet suçunun oluşacağını aksi halde ortaya çıkan fiilin zimmet ve görevi kötüye kullanma suçlarını oluşturmayacağını bu halde disiplin cezasını gerektiren bir durum ortaya çıkacağını beyan etmektedir. Bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 507

⁷⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.744; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 507

⁸⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 674

göre; kamu görevi yapanlar memur olarak kabul edilirken, kamu hizmeti yapanlar memur olarak kabul edilmemiştir. Maddeye göre memurun belirlenmesinde, kişinin yer aldığı kamusal faaliyete bağlı olarak çalışması değil, bu faaliyet içerisinde fiilen yaptığı görevin niteliği esas alınmıştır. Diğer bir anlatımla, kamu adına yürütülen faaliyete bağlı çalışma değil, faaliyet içinde ifa edilen görevin mahiyetine göre memuriyet belirlenmiştir.

Doktrinde de çoğunluk görüşü olarak kabul edilen bu ayrım aksi yönde kararları⁸¹ olmasına rağmen Yargıtay'ca da kabul edilmiştir. 1947 tarihli bir kararında Yargıtay bu iki kavram arasındaki farkı şu şekilde belirtmiştir;

“Amme vazifesi; Devlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taalluk etmeyen, bunlara fer'i olarak da bağlı bulunmayan faaliyetler, amme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Amme vazifesi, devletin nüvesini teşkil eder. En bariz vasfı zaruri oluşu, yani devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Amme hizmetleri ise devletin ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasına aldığı işlerdir. Bunlarda, öbürlerinde mevcut zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için yerine getirir...⁸²”.

Yargıtay, kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki ayrımı bu şekilde açıkladıktan sonra, Ceza Kanununun uygulanması açısından kamu görevi görenlerin memur olarak kabul edilebileceğini kararlarında belirtmiştir⁸³.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde 3771 sayılı kanunla kanunlaştırılan 399 sayılı KHK'den önce KİT çalışanlarının kamu görevi görmedikleri için 279. madde kapsamında memur olmadıkları kabul edilmiştir⁸⁴. Yargıtay da KİT çalışanlarının memur

⁸¹ “Tramvay idaresi mensupları, ceza takibatında da memur sayılırlar... Tramvay biletçilerinden... 'i vazifede tahkir etmekte suçlu ...'nin, Tramvay biletçilerinin memurdan sayılmayacağı itibariyle adiyen kabul ile feragatine mebni amme davasının düşmesine dair hüküm... 279 uncu maddesi mucibince memur addedilmesi lazım gelen müştekiye karşı vuku bulan hareketin Ceza Kanununun 266 ncı maddesi mucibince cezalandırılması icabedeceğine göre...” (CUH, 03.04.1944, K.87; Bkz. karar için Şık, Hüseyin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Ankara 2008, s. 104

⁸² Bkz. ilgili Yargıtay kararı için, (Yargıtay Özel Daire, 04.03.1947, E. 173, K. 116; Şık, s.104)

⁸³ “TCK'nın 279. maddesine göre memur devlete ait bir iktidar ve yetkiyi kullanarak hukuksal işlem veya eylem uygulamasını gerçekleştirenlerle bu hukuksal işlem ve eylemin uygulanmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım edenlerdir” (Yargıtay CGK 25.11.1985 1-410/595; YKD Mart 1986, s. 406)

⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.686

sayılamayacaklarını 1945 tarihinde vermiş olduğu bir İBK ile kabul etmiştir⁸⁵. 3771 sayılı kanunla, kanunlaştırılan 399 sayılı KHK'nın 11/b maddesinde; *“Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlarından dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2. kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır”* denilmiştir.

Görüldüğü üzere KİT çalışanları bu düzenleme ile yalnızca işlemiş oldukları suçlar bakımından ve Ceza Kanununun belli maddelerince memur sayılacakları, kendilerine karşı işlenen suçlar ve belirtilen maddeler dışındaki suçlar bakımından memur sayılamayacakları kabul edilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde memur kavramının kapsamının dar olması nedeniyle ortaya çıkan problemlerin giderilebilmesi için özel kanunlarda 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 279. maddesine atıf yapan hükümlere yer verilmişti. Bu hükümler bazen suç failinin “memur sayılması” gerektiği şeklinde bazen de “memur gibi cezalandırılması” gerektiği biçimindeydi. Bu iki ifadenin anlam ve sonuçları birbirinden farklıydı. Özel yasa hükmünde failin “memur sayıldığından” söz edilmesi, failin Ceza Kanunu uygulamasında 279. madde de adı geçen memur niteliğinde olduğu ve hem kendisine karşı işlenen suçlarda hem de kendisinin işlediği suçlarda memur gibi cezalandırılacağı anlamına gelmekteydi. Buna karşı failin sadece cezalandırma bakımından “memur gibi cezalandırılacağı” hükmü varsa fail memur sıfatını almamakta, ancak işlediği görev suçu bakımından memurların cezalandırılmasına ilişkin hükümlere göre cezalandırılmaktaydı. Bu bakımdan özel yasalardaki bu farklı hükümlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.1.1.3.3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunda Kamu Görevlisi Kavramı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile karmaşık ve birçok sorunun ortaya çıkmasına neden olan memur kavramı terk edilerek, kamu görevlisi kavramı kabul edilmiştir. Kamu görevlisi, Türk Ceza Kanununun 6/c maddesinde; *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* olarak tanımlanmıştır.

⁸⁵ Bkz. karar için; Yargıtay İBK 28.03.1945 1/6, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, C.2. Ankara 1980, s.395

Maddenin gerekçesinde; “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 yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.

Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır” denilmek suretiyle memur kavramı yerine niçin kamu görevlisi kavramının tercih edildiği açıklanmaya çalışılmıştır” denilmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kimlerin kamu görevlisi olduğunun tespiti için kilit kavram “kamusal faaliyet” tir⁸⁶. Kamusal faaliyet, gerekçede; “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde de kabul edildiği üzere kamusal faaliyet kavramı İdare Hukukunda kullanılan bir kavram değildir⁸⁷. İdare hukukunda, kamu hizmeti, kamu fonksiyonu, kamu yararı gibi kavramlar kullanılmaktadır. Buna rağmen, kamusal faaliyetin özünde idarenin bir etkinliği olması karşısında, İdare Hukuku kavramlarından yola çıkmak suretiyle kamusal faaliyet kavramının Ceza Hukuku içerisindeki anlamının belirlenmesi gerekmektedir.

⁸⁶ Okuyucu Ergün, Türk Ceza Hukukuna, yeni Türk Ceza Kanunu ile giren kamu görevlisi kavramının anlam ve kapsamının belirlenebilmesi için yine Türk Ceza Hukukuna yabancı bir kavram olan kamusal faaliyet kavramının anlamının belirlenmesi gerektiğini belirtmekte ve bu konuda şunları söylemektedir, “kanun koyucu bir bilinmeyen bir başka bilinmeyenle açıkladığından Türk Ceza Hukuku bakımından kamu görevlisi kavramı, çözümlenmeyi bekleyen iki bilinmeyenli bir denklemdir”. Okuyucu Ergün, Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008, s. 13

⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.687

"Kamu" kelimesi sözlükte; "Halk hizmeti gören devlet organlarının tümü; bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme; hep, bütün"⁸⁸ anlamına gelmektedir. "Kamusal" terimi ise kamu hukukunda; "topluma ilişkin", "toplum adına" ve kimi zaman "Devlete ait olan" anlamlarında kullanılmaktadır.

"Faaliyet" sözlükte "1. Canlılık, hareket, 2. Çalışma. 3. İşler durumda olma, etkinlik" anlamlarına gelmektedir⁸⁹. Faaliyet kelimesi örneğin İdare Hukukunda "görev" ve "fonksiyon" anlamında da kullanılmaktadır⁹⁰. Bu anlamda devlet görevleri/faaliyetleri denilince, devletin görevi ve fonksiyonu da kastedilmiş olmaktadır. Kamusal faaliyet kavramının terim olarak kamu adına yürütülen işlemleri ifade ettiği söylenebilir. Ancak kamu adına yürütülen faaliyetler sadece devlet tarafından değil, devletin verdiği yetki ile kurulan diğer kamu kuruluşları veya kurumları tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Bu noktadan yola çıkıldığında geçmişte "kamu görevi"- "kamu hizmeti" ayrımı için yapılan tartışmalardan "kamusal faaliyet" teriminin açıklanması için yararlanılabileceği söylenebilir.

Gerekçede, "*memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir*" denilmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde kamu görevi-kamu hizmeti ayrımından yola çıkarak, genel olarak kabul edilmiş görüşe göre, Ceza Kanunu bakımından sadece kamu görevi görenlerin memur sayılacağı hususu dikkate alınarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından da öncelikle kamu görevi yapan kişilerin kamu görevlisi olduğu söylenebilir. Burada üzerinde durulması gereken nokta, kamu hizmeti yapan bazı kişilerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağıdır.

İdare Hukukunda kamu hizmeti; "bir kamu kurumunun, ya kendisi tarafından, ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet" olarak tanımlanmıştır⁹¹. Kamu hizmeti, kamuya yönelik ve kamuya yararlı bir hizmettir. Kamuya dolaylı olarak yararlı hizmetler, kamu hizmeti sayılmaz. Örneğin, kamu kuruluşunun özel mallarına ilişkin hizmetler, dolaylı olduklarından kamu hizmeti sayılmazlar. Bununla birlikte, bir hizmetin kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağı toplumun içinde bulunduğu koşullarla da yakından ilişkilidir. Bir hizmetin kamu hizmeti sayılıp sayılmaması, siyasi kararlarla belirlenir. Bir hizmetin kamuya yönelik olması, kamu hizmeti sayılması için yeterli değildir. Örneğin; taksit,

⁸⁸ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, C. 2, s.1180

⁸⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, C. 1, s. 755

⁹⁰ Günday, Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara 2004, s. 14, 15, 18; Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 6. Bası, Bursa 2007, s. 10 vd.

⁹¹ Gözübüyük, Şeref, Yönetim Hukuku, 18. Bası, Ankara 2003, s. 259

kamuya yönelik bir hizmettir, ilgili kamu kurumunun yakın gözetimi altında yürütülen bir hizmet değildir. Taksi üzerinde kolluk açısından bir denetim vardır⁹².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından kamu hizmeti gören herkes kamu görevlisi olarak kabul edilemez. Kamuya yararlı bir faaliyetin yürütülmesine katılanlar dışında kamu hizmeti görenler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edilecektir⁹³.

Gerekçenin son paragrafında yer alan, “*Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır*” şeklindeki açıklamanın doğruluğu şüphelidir. Bu açıklama ile yukarıda belirtilmeye çalışılan dolaylı olarak kamuya yararlı faaliyet gösterenlerin kamu görevlisi olarak değerlendirilemeyeceği hususu vurgulanmak istenmiş ise de tam olarak bu sağlanamamıştır. Kamu kuruluşunun yakın gözetimi altında, kamusal bir faaliyetin yürütülmesi, özel hukuk kişilerince üstlenilmiş ise ortada bir kamu hizmetinin varlığı söz konusu olacaktır. Bu durumda kamusal faaliyetin yürütülmesini üstlenen özel hukuk kişileri de kamu görevlisi sayılacaktır. Fakat idare hukuku bakımından özel hukuk kişilerince kamu hizmetlerinin üstlenilmesinin müşterek emanet, iltizam, ruhsat, imtiyaz, yap-işlet-devret yöntemleriyle, yap-işlet modeliyle veya özel yasalarla kurulan dernekler ve kamuya yararlı dernekler eliyle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir⁹⁴. Bu yüzden “ihale” idare hukuku bakımından özel hukuk kişilerince kamu hizmetlerinin üstleniş biçimlerinden biri olarak kabul edilmemektedir⁹⁵.

Özel kanunlar bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanununa göre memur sayılan kişiler ile KİT çalışanlarının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Belirtildiği üzere özel kanunlarla, bazı kimseler memur olmadıkları halde memur gibi sorumlu olacakları 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde kabul edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi ve kamu görevlisi kavramının tercih edilmesiyle, memur tanımına yapılan atıfların nasıl anlaşılacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Doktrinde farklı gerekçelerle, özel kanunlarda memur gibi sorumlu olacakları belirtilen kişilerin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından da kamu görevlisi gibi sorumlu olacakları sonucuna varılmıştır. Bu sonuca ulaşırken, Artuk-Gökçen-Yenidünya,

⁹² Gözübüyük, s. 260

⁹³ Tezcan/Erdem/Önok, s.688

⁹⁴ Gözübüyük, s. 264-267

⁹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.689

5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3/1 maddesinden yola çıkmıştır. Söz konusu madde; “*mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır*” şeklindedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde kanunun 279. maddesine yapılan yollamalar artık 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6/1-c maddesine yapılmış sayılacaktır⁹⁶. Tezcan-Erdem-Önok ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 5. maddesinden yola çıkarak benzer sonuca ulaşmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 5. maddesi; “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” şeklindedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 5. maddesi gereğince genel hüküm niteliğinde olan kamu görevlisi tanımı özel kanunlar bakımından da uygulanacak hüküm niteliğindedir. Başka bir anlatımla, özel kanunlarda yapılan memur yollamaları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 5. maddesi gereğince artık geçersizdir⁹⁷.

Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5728 sayılı Kanun 08.02.2008 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanun kapsamında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde özel kanunlarda yapılan bazı memur yollamalarına ilişkin değişikliklere yer verilmiştir⁹⁸.

⁹⁶ Artuk/Gökcen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 556

⁹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.690

⁹⁸ Örnek olarak 5728 sayılı Kanunun birkaç maddesi aşağıda belirtilmiştir;
 -189. maddesi; “6343 sayılı Kanunun ek 2 nci maddesinin onbeşinci fıkrasında yer alan “Devlet memurlarına” ibaresi “kamu görevlilerine” şeklinde değiştirilmiştir”,
 -258. maddesi; “4/1/1960 tarihli ve 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanununun 14 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.
 MADDE 14- Bu Kanun hükümleri gereğince salahiyyetli merciler tarafından alınması lüzumlu görülen tedbirleri yerine getirmeyen 3659 sayılı Kanuna tabi teşekküller ve bunlara bağlı idare, müessese ve kurumlar ve sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait sair teşekküllere mensup bilumum memur ve müstahdemler hakkında Türk Ceza Kanununun kamu görevlilerine ilişkin hükümleri tatbik olunur”,
 -350. maddesi; “1512 sayılı Kanununun 151 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter kâtipleri ve kâtip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise ayrıca bu görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar”.

2.1.1.3.4. Kamu Görevlisi Sifatının Ortadan Kalkması

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 280. maddesi gereğince, memur görevde işlediği ve memuriyet sıfatının unsur veya ağırlatıcı neden sayıldığı suçlardan ötürü görevden ayrılmış olsa bile memur sayılmaktaydı. Memur eğer memuriyet sıfatı ortadan kalktıktan sonra, memurluk sıfatının unsur veya ağırlatıcı neden sayıldığı bir suç işleyecek olursa suç memur sıfatı varmış gibi cezalandırılırdı.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kamu görevlisi görevi esnasında, görevinden kaynaklanan bir suç işledikten sonra herhangi bir sebepten ötürü kamu görevlisi olma sıfatı ortadan kalksa bile işlemiş olduğu suçtan ötürü kamu görevlisi gibi sorumlu olacaktır. Bu nokta bakımından bir problem yoktur, fakat kamu görevlisi olma sıfatını kaybettikten sonra kişi, eski görevine ilişkin bir suç işlemesi halinde ne olacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi genel bir düzenlemeye yer verilmemesi uygulamada sorunlara neden olacaktır. Çünkü kamu görevlisi, görevi sona erdikten sonra eski görevine ilişkin bir suç işlemesi halinde 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi genel bir düzenleme olmadığı için artık kamu görevlisi sıfatı dikkate alınamayacak, unsurları oluşmuşsa genel suçlara göre cezalandırılacaktır⁹⁹. Diğer bir görüşe göre ise kamu görevlisi olma sıfatı sona erdikten sonra eski görevine ilişkin bir suç işlemesi halinde görev ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunduğu sürece kişi kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. Bu yüzden de 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi genel bir düzenlemeye yer verilmemesi sakınca oluşturmayacaktır¹⁰⁰. Kanaatimizce de bir kimsenin kamu görevlisi olma sıfatının sona ermesinden sonra eski görevine ilişkin bir suçu işlemesi halinde genel bir düzenleme olmasa da görev ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunduğu sürece kamu görevlisi gibi cezalandırılabilmesi söz konusu olacaktır.

2.1.1.4. Mağdur

Ceza Hukukunun ortaya çıkma nedeni suç mağdurudur. Her suçun mağdurunun devlet olduğu varsayımının ötesinde, hemen her suçta bir insan da mağdur olmaktadır¹⁰¹. Kelime anlamı olarak mağdur, “haksızlığa uğramış, kıygın” kimse demektir¹⁰². Ceza hukuku

⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.696

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 558

¹⁰¹ Sokullu-Akıncı, Füsün, Viktimoloji, İstanbul 1999, s. 44

¹⁰² Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996, s. 507

bakımından mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişiyi veya kişileri ifade etmektedir¹⁰³. Korunan hukuki değer, suçun konusuna zarar verilmesi veya suçun konusunun zarar tehlikesine maruz bırakılması suretiyle ihlal edilmiş olmaktadır¹⁰⁴.

Mağdur ile suçtan zarar gören farklı kurumlar ve hallerdir¹⁰⁵. “Suçtan zarar gören” daha geniş bir kavramdır. Örneğin; kasten öldürme suçunda, suçun mağduru ölen şahıs, suçtan zarar gören ise ölenin mirasçıları veya akrabalarıdır

Suçun mağduru ancak gerçek kişi olabilir¹⁰⁶. Tüzel kişiler ise “suçtan zarar gören” olarak kabul edilebilir. İşlenen her suç “devlet” aygıtının otoritesine yönelik etkiler doğursa da, devlet “mağdur” olarak kabul edilemez¹⁰⁷. Çünkü bir hakkın öznesi olmak, haksızlık hissetmek, hüznü-ızdırabı yaşamak insan olmayı gerektirir¹⁰⁸.

Bir kişi bir suçta ya faildir, ya da mağdurdur. Aynı anda hem suçun mağduru hem de suçun faili olamaz¹⁰⁹.

İrtikâp suçunun mağduru; icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişidir^{110, 111}. İcbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişi ile kamu görevlisine

¹⁰³ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s. 207; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s.307; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2009, s.146; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2005, s.224

¹⁰⁴ İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüler, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener, Suç Teorisi, 3. Bası, İstanbul 2004, s.87 vd.

¹⁰⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 207; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 307-308; Koca/Üzülmez, s. 146;

¹⁰⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 208; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 307; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 200; Koca/Üzülmez, s. 146; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2008, s.100

¹⁰⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 208,

¹⁰⁸ Şık, s. 120

¹⁰⁹ Koca/Üzülmez, s. 147; Hakeri, Genel Hükümler, s.100

¹¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.745; Özgenç, Ekonomik Çıkar, s. 174

¹¹¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, Devlet İdaresine karşı işlenen bir suç olması nedeniyle irtikâp suçunun mağdurunun devlet olacağını, kişinin ise bu suçtan dolayı zarar gören olacağını söyleyen yazarlar da bulunmaktaydı. Bkz. Önder, Özel Hükümler, s. 142; Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2003, s.166; Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, Memurlar ve Suçlar, Ankara 1998, s.118

yarar sağlayan kişinin aynı kişi olması gerekmez. Bu gibi hallerde, icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişi mağdur, yarar sağlayan kişi suçtan zarar gören olacaktır.

Kamu görevlisinin bağlı olduğu kamu idaresi suçtan dolayı zarar gören kurum olarak kabul edilecektir¹¹².

2.1.1.5. Hareket

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddesinde düzenlenmiş olan irtikâp suçu bakımından kamu görevlisinin üç farklı hareketi söz konusudur. İcbar suretiyle irtikâp bakımından, hareket unsuru “*görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle icbar etme*”, ikna suretiyle irtikâp bakımından, hareket unsuru “*görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlarla ikna etme*”, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından, hareket unsuru, “*görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hatadan yararlanma*”dır.

2.1.1.5.1. Görevin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle İcbar Etme

Görevin sağladığı nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250/1. maddesi ile cezalandırılır.

2.1.1.5.1.1. Görevin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak

İcbar suretiyle irtikâp suçunun gerçekleşebilmesi için kamu görevlisinin “görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması” gerekmektedir. İcbar suretiyle irtikâp bakımından,

¹¹² “...3628 sayılı Yasanın 18. maddesine aykırı olarak, hazinenin irtikap suçunun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nun 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer hakları kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilmemesi...” (Yarg. 5. CD. 12.01.2010, 2009/1481-2010/2; Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. V, Ankara 2010, s. 7078), “Van Devlet Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olarak görev yapan sanık hakkında 765 sayılı TCK'nun ikinci kitabının üçüncü babında yer alan “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” den cebri irtikâp suçunu işlediği iddia olunarak dava açılmış bulunmasına göre Sağlık Bakanlığının yargılama sonucuna göre inzibati nitelikte işlem yapma yetkisi bulunması ile 5020 sayılı Kanunun 13. maddesiyle 3628 sayılı Kanunun 18. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkra hükmü de gözetilip suçun işlenmesinden ötürü doğrudan zararının söz konusu olduğu nazara alınarak, Sağlık Bakanlığına izafeten hazine vekilinin irtikâp suçundan açılan davaya katılmasına karar verilmesi gerekirken, 29.03.2004 günlü oturumda katılma isteminin reddine karar verilip duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır”. (Yarg. 5. CD. 26.05.2008, 2006/1416-2008/5163; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7087)

hareket-kamu görevi ilişkisi “nüfuzun kötüye kullanılması” kavramıyla sağlanmıştır. 765 sayılı Ceza Kanununda bu ilişkilendirme “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak” şeklindeydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından, kamu görevini veya kamu görevlisi olma sıfatını kötüye kullanarak bir kimseyi yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya icbar etmek değil, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak başkalarını yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya icbar etmek irtikâp suçunu oluşturacaktır.

Eski düzenlemede yer alan “memuriyet sıfatının veya görevinin kötüye kullanılması” kavramları sübjektif ve objektif açıdan değerlendirilerek açıklanmaya çalışılmıştır¹¹³. Memuriyet sıfatının kötüye kullanılması¹¹⁴, sübjektif olarak kamu görevlisinin üstlendiği görevle ilgisi olmasa bile, haksız yarar elde etmek amacıyla bir kimseyi icbar etmek hususunda kamu görevlisi unvan ve sıfatının ileri sürülmesi olarak; görevin kötüye kullanılması¹¹⁵ ise, kamu görevlisinin objektif olarak kendi görev ve yetki alanına giren bir işi veya işlemi yaptığı esnada haksız yarar elde etmek amacıyla bir kimseyi icbar ederken görevin verdiği kolaylıktan faydalanması olarak tanımlanmıştır¹¹⁶. Burada sübjektif nitelik taşıyan memuriyet sıfatı ile objektif nitelik taşıyan görev göz önünde bulundurulurken bu ayırım yapılmıştır. Sübjektif nitelik taşıyan memuriyet sıfatı geniş kapsamlı bir kavram olduğundan, kamu görevlisi olan herkes göreviyle ilgili ve yer bakımından yetkili olsun veya olmasın bu sıfatını ileri sürerek icbar suretiyle yarar elde etmesi halinde irtikâp suçu oluşmaktaydı. Bu nedenle Yargıtay, suçun kapsamı genişlediği için sırf sıfatın kötüye kullanıldığı bazı hallerde, görev alanının sınırları içine girmeyen veya görevle bağlantı kurulamayan durumlarda

¹¹³ Tezcan/Erdem/Önok, s.746,

¹¹⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin, 01.11.1985 tarih, 2339/4186 sayılı kararında “bir polis memurunun karakola getirilen şikâyetçinin oğlunu dövülmekten kurtaracağını söyleyerek”; 05.03.1987 tarih, 8010/1324 sayılı kararında “vergi dairesinde tahsildar ve icra memuru olan sanıkların vergi borcunu ve buna ait dosyayı ortadan kaldıracaklarından söz ederek” yarar sağlamalarının memurluk sıfatının kötüye kullanılması suretiyle irtikâp suçunu oluşturacağına hükümlenmiştir.

¹¹⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin, 28.06.1984 tarih, 2059/3026 sayılı kararında “vergi yoklama memuru olan failin, yakınıcının imalathanesine kontrol için geldiğinde bir takım eksikliklerden söz ederek tutanak yaptığı takdirde daha çok zarara uğrayacağını bildirip bir miktar para istemesi”; 07.11.1984 tarih, 3260/4156 sayılı kararında “tapu sicili muhafızının tapu intikal işlemi için başvurularından eksiklik olduğunu ileri sürerek güçlük çıkarıp manevi baskı yaparak çıkar sağlaması” görevi kötüye kullanma suretiyle irtikâp suçunu meydana getirdiği kabul edilmiştir.

¹¹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.746; Üzülmöz, İrtikâp Suçu, s.280

tasarruflarda bulunulduğu, gerekçesiyle irtikâp suçunun oluşmayacağı, görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı yönünde kararlar vermişti¹¹⁷.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kabul edilen “görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması” kavramının, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda kabul edilen “memuriyet sıfatının ve görevinin kötüye kullanılması” kavramlarını kapsayan bir kavram olduğu söylenebilir¹¹⁸.

Nüfuz, sözlükte “1. İçine geçme. 2. mec. Söz geçirme, güçlü olma, erk” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁹. Görevin sağladığı nüfuz; kamu görevlisine görevinin vermiş olduğu yetki ve olanaklar nedeniyle sahip bulunduğu maddi- manevi güç ve etkinliği anlatmaktadır. Kamu görevlisi, görevinin verdiği yetki ve olanakların sağladığı kolaylıkla kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla hareket etmektedir. Başka bir anlatımla, kamu görevlisi görevinin kendisine sağlamış olduğu etkinlik, üstünlük ve avantajları ifade eden nüfuzunu kötüye kullanarak bir çıkar elde etmek için mağduru zorlamaktadır. Örneğin, bütün şartlar var olduğu halde işin yokuşa sürülmesi, takdir hakkının mağdur lehine kullanılmak istenmemesi, görev gereğine aykırı davranılacağı beyanında bulunulması vb. davranışlarla çıkar sağlamak için zemin hazırlanması nüfuzun kötüye kullanılması kavramı içinde değerlendirilebilmektedir.

Kamu görevlisinin, görev ve sıfatını hukuka uygun bir şekilde kazanmış olması gerekir, aksi halde kamu görevlisi görev ve sıfatı gasp etmiş olduğundan irtikâp suçu oluşmayacak; hem kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (TCK md. 262), hem de

¹¹⁷ “(Cezaevi koruma ve infaz memuru olan sanığın, tahliyenin yakarım diyerek hükümlülerden para almasının, tek başına infazı yakmaya yetkili olmadığından irtikâp suçunu oluşturamayıp görevi kötüye kullanma suçunu teşkil ettiğinden bahisle cezalandırılmasına ilişkin karar, irtikâp suçu olduğu bahisle temyiz edilmiş, vafsa ilişkin itirazlar özel dairece reddolunmuştur.) Ancak 1-sanığın şikâyetçilerden aldığı paraların tümünü C. Savcısının olaya el koyması üzerine geri vermiş bulunması karşısında, hakkında TCK’nun 240. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına yer olup olmadığı tartışılmaması,” (Yarg. 5. CD. 02.11.1982, 2852/3866; Bakıcı, s.200-201). “Trafik polisi olmayan bu işlerle de görevlendirilmeyen polis memurlarının trafik suçunu işleyenlerden yasal kovuşturma yapılmaması için para almalarının irtikâp veya rüşvet değil görevi kötüye kullanmadır” (Yarg. 5. CD. 27.08.1980, 2599/2721; Önder, Özel Hükümler, s. 141)

¹¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Görevin ve sıfatın kötüye kullanılmasını, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması bakımından ortaya çıkan iki yol olarak görmekte; görevin kötüye kullanılması bakımından görev ve yetki alanına giren bir işin yapılması esnasında görevin sağladığı yetkinin kullanılması, sıfatın kötüye kullanılması bakımından ise göreve girmeyen fiillerin işlenmesi esnasında sıfatın kullanılmasının görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması olarak kabul etmektedirler. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 746,

¹¹⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, C. 2, s. 1664

yerine göre yağma (TCK md. 198) veya dolandırıcılık (TCK md. 157) suçlarından biri oluşacaktır¹²⁰.

Kamu görevlisinin irtikâp suçu bakımından bağlı olduğu genel mevzuat gereği görevine giren bir iş veya işlemle ilgili olarak nüfuzunu kötüye kullanması gerekmektedir. Yarar sağlarken araç olan iş ve işlem kamu görevlisinin görevi kapsamında olmalıdır¹²¹. Nüfuzun kötüye kullanılması için failin o sırada görev başında, görev yerinde veya o işle ilgili olarak çalışıyor olması şart değildir.

2.1.1.5.1.2. İcbar Etme

İcbar, mağdurun iradesinin manevi baskı altında etkilenerek, isteği dışında çıkar sağlamaya zorlanmasını ifade etmektedir. Mağdurun iradesini doğrudan veya dolaylı olarak baskı altında tutmaya elverişli her türlü zorlayıcı hareket icbar kapsamında görülmektedir.

Madde gerekçesinde; “Ancak, bu icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerekir” denmiştir¹²². Yağma suçunda cebir, mağdurun direncinin kırılması veya daha sonra oluşacak direncini engellemek amacıyla yapılan kişiye yönelik her türlü zorlayıcı etki oluşturan davranıştır. Tehdit, yağma suçunda, mağdurun veya onun bir yakınının yaşamına, beden veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağı beyanıdır. Tehditte maddi olarak bir zorlama söz konusu değildir. Tehdit ile mağdur manevi yönden zorlanmaktadır. İrtikâp suçu bakımından icbarın belirtilen şekilde cebir ve tehdit boyutuna varmaması gerekmektedir¹²³.

¹²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.746; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.662

¹²¹ “... İrtikâp suçu bir görev suçu olması nedeniyle memurun görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken veya o işlemi yapabilecek durumda iken çıkar sağlamasıdır. O nedenle icbar veya iknanın konusu memurun görevine girmiyor ise irtikâp suçundan söz edilemez”. (Yarg. 5. CD. 30.10.2002, 7872/6911; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7055)

¹²² Tezcan/Erdem/Önok, gerekçede yer alan bu açıklamanın doğru olmadığını belirtmektedirler. Çünkü eski Türk Ceza Kanununda tehdit ve yağmanın unsuru olan cebirin farklı düzenlendiğini, yeni Türk Ceza Kanununun 106. maddesinde düzenlenmiş olan tehdit ile 148. maddesinde düzenlenmiş olan yağma suçunun unsuru olan tehdidin aynı mahiyette düzenlenmediğini ileri sürmektedirler. Bu nedenle gerekçeye itibar etmeden maddi cebir olması halinde yağma suçundan, manevi cebir olması halinde icbar suretiyle irtikâp suçundan söz edileceğini belirtmektedirler. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.747-748

¹²³ “Haklarında mahkûmiyet hükümleri kesinleşen emekli polis memuru sanık Ş.G. ve Adana Emniyet Müdürlüğü kadrosunda polis memuru olarak çalışan ancak olay tarihinde raporlu olması nedeniyle İstanbul’da bulunan sanık O.Y.’nin yanlarında arkadaşları sanık İ.K. olduğu halde Şirinoğlu Factoring isimli kuruluşun irtibat bürosunu işleten mağdure A.D.’nin 4. Levent’te bulunan işyerine, olay günü saat

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde icbar kavramı tehditle özdeş biçimde yorumlanmamıştır. Yargıtay bu kavramın tehdit boyutuna ulaşmayan bir baskı ve tazyikten ibaret olduğunu ifade etmiştir¹²⁴. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de Yargıtay'ın icbar kavramını tehditle özdeş olarak kullanmadığı¹²⁵ tehdit kavramını kullanacağı yerlerde doğrudan “tehdit” kelimesi yerine “tehdit edici” ifadesini tercih ettiği görülmektedir¹²⁶.

12.00 sıralarında sivil vaziyette gittikleri, sanıklardan Ş.'nin kendisini komiser Faruk diğerlerinin ise Mali Şube Müdürlüğünde görevli polis olarak tanıtip mağdur A.'yı sordukları, daha sonra sekreteri dışarı çıkartıp büroya ait resmi evrakı kontrol edeceklerini belirterek belgeleri karıştırmaya başladıkları, mağdurenin kendilerinden kimlik sorması üzerine sanık Ş.G.'nin emekli polis kimliğini çıkartıp hızlı bir şekilde gösterip cebine koyduğu diğer sanık O.'nun ise elinde telsiz olduğu halde bürodaki belgeleri karıştırdığı, çek kırdığı, naylon fatura düzenlediği, yasal çalışmadığı yolunda hakkında şikâyet bulunduğunu belirterek, “evrakın nerede, kestiğin faturaları çabuk görelim” diyerek mağdureyi sürekli sorgu altında tuttıkları, kendisini Şahin olarak tanıtan sanık O.'nun “buna kelepçe vuralım, şubeye götürelim” diye söylediği, diğerlerinin ise “boş ver burada bağlarız” diye söyledikleri, bu sırada sürekli olarak “rezil edeceklerini, bayram üstü mağdur olmamasını, alt katta bir şahsın kendisi gibi naylon fatura düzenlediğini, bu şahsı Şubeye götüreceklerini, para vermemesi halinde kendisini de götüreceklerini” söyledikleri, bu konuşmalar sırasında sanık Ş.'nin gömleğini düzeltir gibi yaparak montunu kaldırmak suretiyle belindeki silahını mağdureye göstermek suretiyle o ana kadarki söz ve davranışları ile mukavemetini kırıp iyice korkmasını sağladıkları, sanıklardan O.'nun çekmecedeki paraları aldığı ve hep birlikte dışarı çıktıkları sırada telsizle “tamam temiz çıktı” diye söylediği anlaşılmaktadır. Sanıkların işyerine gittikten sonra, sekreteri odadan çıkarttıkları mağdureye kendilerini mali şubede görevli komiser ve polis memurları olarak tanıtmak, kelepçe vurup emniyete götüreceklerini, çevreye rezil edeceklerini, bayram öncesi mağdur edeceklerini söylemek, montlarının altındaki silahın gözükmesini sağlamak şeklinde gerçekleşen eylemleri korkutucu nitelikte olduğundan ve belli bir yoğunluğa erişerek tehdide dönüştüğünden somut olayda yağma suçu oluşmuştur...” (Yarg. CGK. 16.10.2001, 6-192/217; Meran, s.196-197)

¹²⁴ “Memurun... ferdi tazyik etmesiyle başlayıp, bu tazyik karşısında ferdin de memurun kendisine yönelik haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin veya vaat etmesiyle oluşacağı...” (Yarg. 5. CD. 14.11.1991, 4222/4930; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7064); “İcbar, cebir ve şiddeti tazammum edip, tehdide kadar varmayan bir halin ifadesidir. Memurun haiz olduğu memuriyet kuvvet ve kudretini kullanacağını söylemesi ile vücut bulur”. (Yarg. CGK. 06.10.1980, 162/308; Bakıcı, s. 219)

¹²⁵ “... sanık tarafından yapılan yoğun baskılar karşısında yarar sağlamasından ibaret eylemin cebri irtikap suçunu oluşturduğu” (Yarg. 5. CD. 03.06.2008, 2005/17205-2008/5807; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7064); “İrtikâp suçunun icbar unsurundan söz edebilmek için; mağdur açısından daha büyük bir zarardan kurtulmak amacıyla, memurun istemine boyun eğmesinin yeterli olduğu da gözetilerek...” (Yarg. 5. CD. 19.03.2008, 35/2244; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7064);

¹²⁶ “... İlçe Jandarma Komutanlığında uzman çavuş olan sanığın, aynı yerde vatani görevini yapan ve kaybolan parkanın çantasında yakalanması nedeniyle hakkında tutanak düzenlenen jandarma er müştekiyi 27.04.2002 günü odasına çağırarak 300.000.000 TL para istediği vermediği takdirde

Doktrinde icbar manevi nitelikte cebir olarak kabul edilmektedir¹²⁷. Manevi nitelikteki cebir, mağdurun talep edilen yararı temin etmediği takdirde işinin yapılmayacağı veya gereksiz yere uzatılacağı endişesine kapılmasına neden olan davranışları kapsamaktadır¹²⁸.

Kamu görevlisi, idari işlemlerde idarenin temsilcisi konumundadır. İdare adına iş ve işlemler yapan kamu görevlisi, idarenin birey karşısında sahip olduğu üstünlüğünü yani nüfuzunu hukuka aykırı olarak kullanabilir. Başka bir anlatımla, kamu görevlisi, arkasına almış olduğu kamu otoritesinin gücünü kendi çıkarları için bireye karşı ileri sürebilir. Bir işin veya işlemin yapılması için kamu görevlisine başvuran birey, çoğu zaman iş veya işlemin bir an önce bitmesini veya düzgün bir şekilde yapılmasını istemektedir. Kamu görevlisi, yapacak olduğu iş veya işlemi o an için yapamayacağını veya birey için uzun bir zaman dilimi sonunda yapabileceğini belirtmesi ve bunun üzerine çözüm yolu olarak kendisine yarar sağlanmasını şart koşması halinde icbar suretiyle irtikâp suçu meydana gelmektedir. Burada kamu görevlisinin iş veya işlemi yapmayacağı veya geciktireceği yönündeki beyanı icbar olarak nitelendirilmektedir. Kamu görevlisinin bu yöndeki beyanı ile birey zor duruma düşmekte, karşılaşacağı daha ağır zararların önüne geçebilmek için haksız olduğunu bildiği halde kamu görevlisine yarar sağlamak veya vaatte bulunmaktadır¹²⁹. Bu noktada mağdura yapılan

hakkında daha önce görevliler tarafından tutulan tutanağı kullanarak “seni mahvederim, askerliğini yaktığım gibi 3-4 sene ceza alırsın” demek suretiyle tehdit edici ve zorlayıcı sözler sarfettiği...” (Yarg. 5. CD. 18.06.2008, 2006/6346-2008/6602; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7064)

¹²⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.748; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.667

¹²⁸ “Osmaniye Devlet Hastanesi genel cerrahi uzmanı olan sanığın, bağırsak düğümlenmesi teşhisiyle yatırılıp ameliyat edilmesi gereken müştekiden bıçak parası diyerek 750.000 lira istediği, bu parayı getirmediği takdirde ameliyat yapmayacağını ve taburcu edeceğini söylediği, bunun üzerine müştekinin damadı tarafından getirilen 750.000 lira parayı hastanedeki muayene odasında alıp masa çekmesine koyduktan sonra yapılan operasyonla polisler tarafından yakalandığı anlaşılmış, oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, sanığın müştekinin ameliyatını geciktirmek ve kendisine para verilmediği takdirde ameliyatı yapmayacağını söylemek ve bu şekilde görevini kötüye kullanmak suretiyle onu baskı ve tehdit altında tutarak kendisine para vermeye icbar ettiği nazara alındığında, eylemi cebri irtikâptır” (Yarg. 5. CD., 26.05.1993, 1975/2319; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 507)

¹²⁹ “Cebri irtikâp suçu kamu görevlisinin yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle ferdi icbar etmesi, bu icbar sonucu ferdinde kamu görevlisinin haksız işlemi önlemek zorunluluğunda kalarak ona veya başkasına yarar sağlaması veya vaatte bulunması ile oluşacağına, burada kamu görevlisi aktif, fert ise mağdur durumda olup icbar teşkil eden ve belli bir şiddete ulaşmış manevi cebirin etkisinde kalan mağdurun istenen yararın hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için yararı kamu görevlisine vermekte ve vermeyi vaad etmektedir” (Yarg. 5. CD. 22.12.2005, 17305/23175; Turabi, s. 185)

baskının icbar boyutuna ulaşır ulaşmadığı, iş veya işlemin yapıldığı idarenin mevzuatı, işleyiş düzeni, yapılacak iş veya işlemin özelliği ve olağan hayat tecrübeleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir. Bu bakımdan mağdurun ürkek yapısı nedeniyle objektif olarak icbar boyutuna varmayan hareketleri sanki o yoğunluktaymiş gibi algılaması fiilen icbar niteliğinde görülmesini gerektirmeyecektir.

Mağdurun iş veya işlemi fiilen veya mevzuat gereği başka bir kamu görevlisine veya başka bir idareye yaptırabilmesi veyahut da iş veya işlemin yapılması bakımından bir süre sınırının bulunmaması, başka bir zamanda da yapılabilme olanağının bulunmasına karşın iş veya işlemin o anda yapılmasını sağlamak amacıyla kamu görevlisinin yarar sağlanması yönündeki teklifini kabul etmesi halinde icbarın bulunmadığı, bu halde görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu söylenebilir¹³⁰. Somut olayın özelliğine göre benzer durumda irtikâp suçunun oluşmadığı kabul edilebilir. Mağdurun suç tanımında da belirtildiği üzere manevi olarak zorlanması gerektiği göz önüne alındığında başkaca imkânların varlığı halinde sağlanan yararı görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmek yerinde olacağı kabul edilebilir.

¹³⁰ “Zile Devlet Hastanesinde kulak, burun, boğaz uzmanı olarak görev yapan sanığın, çocuğunun tedavisini yaptırmak üzere hastaneye gelen mağdurun sesinde kısılma olduğunun kendisine bildirmesi üzerine, ses kısıklığı şikâyetinin kanser hastalığını oluşturma ihtimalini taşıdığını belirttiği, bunun üzerine mağdurun bir gün sonra sanığın özel muayenehanesine gittiği, mağdurun muayene eden sanığın ses tellerinde tespit ettiği yaranın kanser riskini taşıdığını yineleyip, en kısa süre içerisinde bunun tespiti için ameliyat olması gerektiğini, isterse Ankara’ya gidebileceğini söylemesine rağmen mağdurun, maddi durumun iyi olmayıp sosyal güvencisinin bulunmadığını bu nedenle ameliyatı kendisinin yapmasını istediği, sanığın da bu isteği kabul ettiği, ancak hastanede gerçekleştireceği bu ameliyat için bir milyar lira para talep ettiği, mağdurun araya aracı koymasına rağmen sanığın fiyatta indirim yapmayınca, mağdurun dört yüz milyon lira peşin kalanı ameliyattan sonra ödeme teklifini sanığın kabul ettiği, ameliyattan bir hafta sonra kontrole giden mağdurun kalan parayı maddi durumunun kötü olması nedeniyle veremeyeceğini söyleyince sanığın hakkını helal etmeyeceğini belirttiği, operasyon sonrasında kanser hastalarının ameliyat olamayacağını öğrenip bu nedenle kendisinin gerçekten ameliyat olmadığı kuşkusunu taşıyan mağdurun olaydan bir süre sonra durumu başhekimine bildirdiği, mağdur ve tanık beyanları ile tüm dosya içeriğinden anlaşılmalı, oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olması karşısında, kanser olma riski bulunan ancak çok acil müdahaleye gereksinim duymadığı anlaşılmalı, mağdurun bir başka doktor veya sağlık kuruluşuna başvuru olanağı varken, ayrıca hastanede gerçekleştirilecek operasyon için istenen paranın yasal olmadığını bilmesine rağmen sanığın teklifini kabul ederek para vermesi olayında, sanığın söz ve davranışlarında, irtikâbın cebir veya ikna unsurunun öğretisi ve uygulamanın kabul ettiği anlamda bulunmadığı, sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak, suçunu oluşturacağı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg. 5. CD. 03.07.2007, 2745/5667; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5.Cilt, s. 181)

Kamu görevlisinin gerçekleştirdiği icbar mağdurun haklı ve yasal çıkarından mahrum bırakılmasına yöneliktir. Kişinin yasal bir çıkarı yoksa bundan yoksun kalması da düşünülemez. Bu gibi hallerde icbardan buna bağlı olarak da irtikâp suçundan söz edilemez¹³¹.

*“İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için bu baskının etkisiyle kamu görevlisinin şahsına veya gösterdiği üçüncü kişiye yarar sağlamaktadır”*¹³². Bu nedenle, kamu görevlisinin gerçekleştirdiği icbarın mağdurun iradesini etkilemeye elverişli olması gerekmektedir. İcbarın elverişli olup olmadığı somut olayda hâkim tarafından takdir edilecektir. Kamu görevlisinin gerçekleştirdiği elverişli icbara rağmen, mağdur iradesi üzerinde icbarın etki oluşturmaması ve buna bağlı olarak yararın elde edilememiş olması halinde icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs olacağı söylenebilir¹³³.

Kamu görevlisinin icbarının mağdurun iradesi üzerinde etki oluşturacak derecede elverişli olmaması halinde, başka bir anlatımla icbarın belli bir yoğunluğa ulaşmaması, ciddi olmaması veya kişinin kolaylıkla kurtulma imkânının bulunulması halinde ne olacağı hususu üzerinde durulması gerekmektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde doktrinde belirtilen halde rüşvet suçunun oluşacağını ileri süren görüşler vardı¹³⁴. Yargıtay ise bu halde bazen rüşvet suçunun¹³⁵ bazen de görevi kötüye kullanma suçunun¹³⁶ oluşacağı yönünde kararlar vermişti.

¹³¹ Çetin, Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Bası, Ankara 2003, s. 841

¹³² Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddenin gerekçesi.

¹³³ Özgenç, Ekonomik Çıkar, s.168; Yargıtay 1997 tarihli kararında; “Şikâyetçi A. nın manevi zor kullanarak yasadışı çıkar sağlama yolundaki isteğini geri çevirdiği, manevi zorla yiyicilik cebri irtikâp suçunun niteliğine göre bu suça ancak eksik derecede kalkışma olanağı bulunduğu gözetilmeyerek” (Yarg. 5. CD. 28.01.1997, 2452/2610; Malkoç, İsmail, Son Değişiklik ve İçtihatlarla Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C.II, Ankara 2002, s.1719); Aynı yönde Bkz. (Yarg. 5. CD. 11.07.2001, 3098/4849; Malkoç, s.1732-1733)

¹³⁴ Özgenç, Ekonomik Çıkar, s.169

¹³⁵ “Tapu sicil müdürü olan sanığın, damadı adına vekâleten almak istediği gayrimenkulün satış işlemi için 26.02.1997 tarihinde kendisine başvuran müştekiye işlem için 30.04.1997 tarihine gün vermek istediği, müştekinin satıcının yaşlı olduğunu ve tekrar buraya gelmesinin zor olacağını söyleyip bir an önce bu işin yapılmasını ısrarla istemesi üzerine sanığın da “bak kardeşim dairenin bazı eksikliklerini yaptırдық, bazı noksanlıklarımız var, 5.000.000 verirsen tapu işlerini öncelikle bu gün hallederim” dediği, müştekinin de bu teklifi kabul ettiği ve paranın aynı gün öğleden sonra verilmesini müteakip yapılan

Yargıtay 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde rüşvet suçu ile irtikâp suçunu birbirinde ayırmak için yarar sağlayan kişinin “meşru zeminde” olup olmadığı kıstasını kabul etmişti. Yararı kamu görevlisine sağlayan kişi eğer meşru zeminde ise oluşan suçu irtikâp¹³⁷, gayri meşru zeminde ise oluşan suçu rüşvet¹³⁸ veya görevi kötüye kullanma¹³⁹ suçu olarak

operasyonla ele geçirildiği anlaşılmış, oluş mahkemece de benzer biçimde kabul edilmiş olmasına göre, tehdit edici ve icbar oluşturan herhangi bir söz ve davranışı olmayan ve henüz memuriyetine ait vazifesini suiistimal etmeyen sanığın işlem için gün tespiti sırasında müştekiden 5.000.000 lira para istemesi ve bu teklifin müşteki tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren bu eylemi yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet alma niteliğinde bulunduğu halde yanlış nitelendirilmesi sonucu cebri irtikâp olarak kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,” (Yarg. 5. CD. 30.09.1998, 2335/3445; Yaşar, s.468)

¹³⁶ “Maddede yer alan cebir, manevi cebirdir. Manevi icbarın belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun, baskısının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Sanığın istediklerinin yasa dışı olduğu mağdur tarafından bilinmekte, ancak zorlama nedeniyle faile çıkar sağlamaktadır. Olayımızda sanık, iki istihkak için elli bin liradan yüz bin lira istemiş, verilmediği takdirde istihkakını hemen alamayacağını Cuma günü, yani iki gün sonra gelmesini, daha sonra ise parayı temin ederek saat 14.00 de gelmesini şikâyetçiye söylemiştir. Şikâyetçinin ikinci gelişinde ise “gönlünden ne koparsa ver” demiştir. Paranın hiç ödenmeyeceği veya uzun süre ödemenin geciktirilerek sürüncemede bırakılacağı veya haksız bir muameleye maruz kalacağı şeklinde belirli bir şiddete ulaşmış manevi cebirin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiği bilinen paranın sanığa verildiğinden söz edilemez. İcbar, belirli bir boyuta ulaşmış muhatabı olan şikâyetçiyi etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesiyle ve gururun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyette bulunulmuştur. Sanığın “gönlünden ne koparsa ver” demesi de, manevi cebirin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesidir. Şikâyetçi, ne verirsene ver demesi üzerine kendiliğinden elli bin lira vermiştir. Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır” (Yarg. CGK. 06.11.1989, 5-265/355; YKD Mart 1990, s. 436)

¹³⁷ “Müştekinin zorunlu olan ameliyatını geciktirmek ve para verilmediğinde ameliyatı yapmayacağını söylemek suretiyle baskı ve tehdit altında tutarak para vermeye zorlama fiilinin 209/1. madde ki cebri irtikabı oluşturacağı..” (Yarg. 5. CD. 26.05.1993, 1975/2319; Gökcan, s. 526)

¹³⁸ “Müştekilerle, vergi dairesi kontrol memuru ve tahsildar olan sanıklar, tahakkuk eden 1985 yılı işgal harcını daha az ödemek hususunda anlaşmaya varmakla gayri meşru zemin üzerindedirler. Anlaşmadan sonra sanıkların müştekinin işyerine gelmeleri ve “bizi sollama” demeleri, oluşan rüşvet suçunun vasfını değiştirmez” (Yarg. CGK. 19.10.1987, 5-205/462; Uygun, Mehmet/Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 1991, s.139)

¹³⁹ “Tedaş Bursa Kaçak Kontrol Şefliğinde Savaş Kontrolü ve Kaçak kullanım takibiyle görevli bulunan sanıkların olay tarihinde müştekiler tarafından işletilmekte olan büfeye gelerek, elektrik sayacına baktıktan sonra “tansiyon köprüsü düşük, kaçak kullanım var bunun 3 ay hapis, 1.500.000.000 lira para

kabul etmekteydi. Burada meşru veya gayri meşru zeminden kasıt, kamu görevlisinin yapacağı iş veya işlemin görevinin gereklerine uygun olup olmamasıydı. Eğer kamu görevlisinin yapacak olduğu iş veya işlem görevinin gereklerine uygun ise yararı kamu görevlisine sağlayan kişi meşru zeminde, kamu görevlisinin yapacağı iş veya işlem görevinin gereklerine aykırı ise yarar sağlayan kişi gayri meşru zeminde olduğu kabul ediliyordu.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu düzenlemesi bakımından irtikâp suçunun oluşması için yarar sağlayan kişinin meşru veya gayri meşru zeminde olmasının bir öneminin olmadığı söylenebilir. Eğer kamu görevlisi nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle, bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya yarar sağlanması konusunda vaatte bulunmaya elverişli bir icbar ile zorluyorsa irtikâp suçu oluşacaktır. Eğer mağdur elverişli icbara rağmen etkilenmez ise icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. İcbarın elverişli olmamasına rağmen, kişinin yarar sağlama veya yarar sağlama konusunda vaatte bulunması halinde ise ya görevi kötüye kullanma suçu ya da rüşvet suçu oluşacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/3. maddesinde; *“İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır”* ifadesine yer verilmiştir. Bu noktadan yola çıkıldığında; kamu görevlisine görevin gereklerine uygun davranmak amacıyla elverişli olmayan icbar sonucu yarar sağlanmış veya yarar sağlama konusunda vaatte bulunmuşsa görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak amacıyla elverişli olmayan icbarda bulunması halinde ise rüşvet suçunun oluşacağı söylenebilir¹⁴⁰.

cezası olur, bize 200 milyon lira verirseniz hallederiz” diye söyledikleri, bunun üzerine müşteki Ergin’in param yok, size şimdi 100 milyon vereyim, kalan 100 milyonu da yarın vereyim diye söylemesi ile kabul eden sanıkların 100 milyonu alarak ayrıldıkları, müştekinin peşinden Tedaş ve Emniyet Müdürlüğüne giderek hemen olayı bildirip, ertesi gün gelen sanık İbrahim’e seri numaraları önceden alınmış 100 milyonun müşteki tarafından verilmesi sonrasında önlem alan polis ekibi tarafından yakalanması şeklinde oluşan eylemde ve müşteki Engin’in “esasen para verme niyetim yoktu, sanıkları yakalatmak için param yok, 100 milyon yarın vereyim dedim” şeklindeki beyanı karşısında, müştekinin istenen paranın meşru olmadığını bildikleri ve para ödenmesi konusunda sanıkların müştekinin iradesini icbar boyutuna varan bir hareketlerinin de olmadığı için cebri irtikâp suçunun unsurlarının oluşmadığı, sanıkların görevlerinin ifası sırasında, haksız çıkar sağlama eylemlerinin TCK’nun 240. maddesi kapsamında görevi kötüye kullanma suçu niteliğinde bulunduğu, gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yarg. 5. CD. 22.01.2004, 2002/5029-2004/260; Meran, s. 192)

İcbar niteliğindeki hareketler açıkça gerçekleştirilebileceği gibi, zımni (örtülü) olarak da gerçekleştirilebilir¹⁴¹. İcbar niteliğindeki hareketler açıksa suçun tespiti kolaydır. Fakat icbar niteliğindeki hareketler zımni ise suçun tespiti güçtür. Kamu görevlisi, icbar niteliğindeki hareketleri açık bir şekilde sergilememekle beraber diğer bazı hareketleriyle mağdurun korkmasına ve bu yüzden de kendisine yarar sağlamasına veya bu yönde vaatte bulunmasına neden olmuşsa icbar suretiyle irtikâp suçu oluşmuştur¹⁴².

2.1.1.5.2. Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak Suretiyle Gerçekleştirilen Hileli Davranışlarla İkna Etme

Görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasını veya bu yolda vaatte bulunulmasını bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250/2. maddesi ile cezalandırılır.

2.1.1.5.2.1. Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak

İrtikâp suçu, ceza kanununun “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı bölümü kapsamında düzenlenmiştir. Bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere kamu idaresinin sahip olduğu güven bu bölümde yer alan düzenlemelerle korunmak istenmiştir. Kamu idaresinin güvenirliliği bireye yöneliktir. Birey kamu idaresinin güvenilir olduğu bilinci ve inancı içinde hareket etmektedir.

Kamu idaresinin temsilcisi olan kamu görevlisi görevini yerine getirirken kanunlara ve diğer mevzuata uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bireyler, muhatap oldukları kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak yapacakları her türlü iş ve işlemlerin kanunlara uygun olacağı, kamu görevlilerinin sahip oldukları yetki ve olanakları kanuna uygun kullanacakları inancı ve beklentisi içerisindedirler. Bireyler kamu görevlilerinin kendilerine yalan söyleyeceklerini, kendilerini kandırabileceklerini düşünmezler. Kamu görevlisi, karşısına gelen bireyin, içinde bulunduğu bu inanç ve güvenden faydalanarak, iradesini çeşitli hileli davranışlarla yanıltıp, yarar sağlaması halinde ikna suretiyle irtikâp suçunu işlemiş olacaktır.

Bu suç bakımından kamu görevlisi, kamunun mali menfaatlerini ihlal etmesi nedeniyle değil bireyler tarafından kamuya duyulan güvenin sarsılması nedeniyle cezalandırılmaktadır¹⁴³.

¹⁴¹ Önder, Özel Hükümler, s.144

¹⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.668

¹⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.670

İkna suretiyle irtikâp suçu bakımından, kamu görevlisinin sahip olduğu kişisel güven önemli değildir, önemli olan kamu görevlisinin görevinin ortaya çıkardığı güvendir. Kamu görevlisine duyulan güven göreviyle bağlantılı olmalıdır.

Görevin sağlamış olduğu nüfuzun kötüye kullanılmasında, kamu görevlisi birey karşısındaki üstünlüğünü kötüye kullanmaktadır. Görevin sağlamış olduğu güvenin kötüye kullanılmasında ise böyle bir durum söz konusu değildir. Görevin sağlamış olduğu güvenin kötüye kullanılmasında iyi niyetli bireyin güven duyguları istismar edilmektedir.

2.1.1.5.2.2. Hileli Davranışlarla İkna Etme

765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bireyin ikna olmasına yönelik kamu görevlisinin gerçekleştireceği araç belirlenmiştir¹⁴⁴. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda kamu görevlisinin, bireyi nasıl ikna edeceği açık şekilde belirlenmemişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “*hileli davranışlarla*” denilmek suretiyle iknanın nasıl gerçekleştireceği kanun koyucu tarafından açıkça gösterilmiştir.

İkna suretiyle irtikâp suçundan söz edilebilmesi için öncelikle kamu görevlisinin hile niteliğindeki davranışlarının bulunması gerekmektedir. Kamu görevlisi hile niteliğindeki davranışı, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmelidir. Eğer, hile niteliğindeki davranış kamu görevlisinin görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmemişse dolandırıcılık suçu oluşabilecektir¹⁴⁵.

İkna, kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak, hile niteliğindeki davranışlarla bireyi sağlamak veya vaat etmek zorunda olmadığı yararı, sağlamak veya vaat etmek zorunda olduğuna inandırmasıdır¹⁴⁶. Başka bir anlatımla, kamu görevlisinin edası gerekmeyen bir şeyi ifaya mecbur olduğu konusunda mağduru aldatarak kandırmasıdır. Burada mağdur gerçekte sağladığı veya vaat ettiği yararın sağlanmayacağını veya vaat olunmayacağını bilmemektedir. Kamu görevlisinin yaptığı hileli davranışlar neticesinde mağdur sanki kamu görevlisine böyle bir yararın sağlanması veya vaat edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Kamu görevlisinin hileli davranışlarıyla mağdurun iradesi sakatlanmaktadır¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Üzülmöz, İrtikâp Suçu, s.289

¹⁴⁵ Özgenç, Ekonomik Çıkar, s.183

¹⁴⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.670

¹⁴⁷ “...İkna suretiyle irtikâp (yiyicilik) suçu, memurun memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanarak, bir kimseyi kendisine veya başkalarına haksız olarak para vermeye ya da sair menfaatler sağlamaya veya vaadine ikna ederek çıkar sağlaması ile oluşmaktadır. *Mağdur, memura sağladığı çıkarın yasal*

İcbar suretiyle irtikâp ile ikna suretiyle irtikâbı birbirinden ayıran nokta mağdurun sağladığı veya vaat ettiği yararın hukuka aykırı bir şekilde kendisinden temin edildiğini bilip bilmemesidir. İcbar suretiyle irtikâpta mağdur kamu görevlisine veya bir başkasına sağladığı veya vaat ettiği yararın kendisinden hukuka aykırı bir şekilde temin edildiği bilincebilir. Fakat ikna suretiyle irtikâpta hileli davranışın etkisi sonucu iradesi sakatlan mağdur sağladığı veya vaat ettiği yararın hukuka uygun olduğunu sanmaktadır¹⁴⁸.

İkna suretiyle irtikâp suçu bakımından hilenin elverişli olması gerekmektedir. Elverişlilikten kasıt hilenin mağduru aldatabilecek nitelikte olmasıdır. Mağdurun aldanmasını sağlamayan hareketler hile olarak kabul edilemeyecektir. Bu açıdan, kamu görevlisinin tavsiye niteliğindeki sözleri hile olarak değerlendirilemez¹⁴⁹. Kamu görevlisinin yapmış olduğu hileli hareketler elverişli olmasına rağmen mağdur aldanmamış ise ikna suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. Hilenin elverişli olup olmadığı her somut olayda hâkim tarafından belirlenecektir.

İknaya yönelik hileli hareketler sözlü örneğin; kamu görevlisinin söyleyeceği yalanlar; yazılı örneğin; kamu görevlisinin sahte olarak düzenleyeceği ödeme belgesi veya hem sözlü hem de yazılı şekilde olabilir¹⁵⁰.

olduğunu zannetmektedir. Yasa dışı çıkar sağladığını bilmemektedir. Memur, yalan beyanıyla mağduru kandırmaktadır. Mağdur, yaptığı ödemenin yasa ve yönetmelikler gereğince yapılması gerektiğine inanmakta, failin iknası ile bireyin rızası fesada uğramaktadır. İkna, bireye ödemeye mecbur olmadığı bir parayı ödemek zorunda olduğunu bildirmektedir... ” (Yarg. CGK. 17.12.1996, 5-269/286; YKD Nisan 1997, s.590 vd.)

¹⁴⁸ “Vergi Dairesinde Müdür Yardımcısı olan sanığın, defter ve belgeleri incelenmek üzere el konulan mağdur E.Ö. telefonla arayarak belgeleri arasında çok miktarda sahte fatura olduğunu, bunların İstanbul Defterdarlığı’na gönderilmesi halinde, ödeme gücünün çok üzerinde bir miktarın ceza olarak kesileceğini, ancak bir miktar para verirse yardımcı olacağını söylediği, mağdurun da sanığın açıkladığı bu isteğini karşılamaması durumunda, başkaca eksiklikler de bularak daha ağır zarara uğratabileceği kaygısına kapılarak, önce 750 TL’yi daire dışında buldukları yerde sanığa verdiği, bilahare mağdurun içerisinde bulunduğu bu ruh halinden istifade eden sanığın sıklıkla arayarak paranın geri kalan kısmını getirmesini aksi halde yapacağım bir şey yok demek suretiyle baskılarını yoğunlaştırdığı, *bu süre zarfında da mağdurun yaptığı ödemenin yasal olmadığını bilmesine rağmen*, sanık tarafından yapılan yoğun baskılar karşısında yarar sağlamasından ibaret eylemin cebri irtikap suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde ikna suretiyle irtikaptan hüküm kurulması...” (Yarg. 5. CD. 03.06.2008, 2005/17205-2008/5807; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7086)

¹⁴⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.671; Üzülmöz, İrtikâp Suçu, s.290

¹⁵⁰ “Sulh ceza mahkemesi zabıt kâtibi olan sanığın, görev yaptığı mahkemede sanık olarak yargılanan ve haklarında mahkûmiyet hükmü kurulan bir kısım şikâyetçileri, kolluk vasıtasıyla veya telefonla

İknaya yönelik hileli hareketin icrai nitelikte olması gerekir¹⁵¹. Eğer kamu görevlisi mağdurun düşmüş olduğu hatadan faydalanarak yarar elde etmiş ise hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp söz konusu olacaktır¹⁵².

2.1.1.5.3. Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak Suretiyle Hatadan Yararlanma

İlk olarak hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikâp suçu bakımından, kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanması gerekmektedir. Bu durum 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250/3. maddesinde yer alan “ikinci fıkrada tanımlanan suçun” ifadesinden çıkmaktadır. Hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikâp suçunda kamu görevlisi görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle mağdurun içine düşmüş olduğu hatadan yararlanmaktadır. Kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanması konusu yukarıda açıklanmıştır.

2.1.1.5.3.1.Hatadan Yararlanma

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak kaleme alınmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâba bağlantılı şekilde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâbın, ikna suretiyle irtikâbın farklı bir işleniş şekli olduğu belirtilmiştir¹⁵³.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâpta kamu görevlisinin, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak mağdurda mevcut olan ve kendi icrai hareketlerinden kaynaklanmayan yanılığdan haksız çıkar sağlamak için faydalanması söz konusudur¹⁵⁴.

çağırarak kararın tebliği için pul parası aldığı hükmolunan ceza tecil bulunduğu halde cezanın ertelemesinden bahsetmeyerek “kararı ya temyiz edersin ya da cezayı ödersin” diyerek, temyiz edenlerden temyiz posta masrafını, temyiz etmeyeceğini söyleyenlerden ise para cezasını tahsil ettiği, haklarında dava devam eden bir kısım şikâyetçilerden ise keşif yapılacağını söyleyip keşif masrafı adı altında para aldığı halde keşif giderlerinin suçüstü ödeneğinden harcandığı, bazı şikâyetçilerden aldığı keşif masrafına karşılık daha az miktarda tahsilât makbuzu düzenleyerek, aradaki farkı mal edindiği, bir kısım şikâyetçilere para aldığını bildiren kâğıt parçaları verdiği olayda özel daire ile yerel mahkeme arasında oluş ve sübutta bir uyumsuzluk bulunmamaktadır... ” (Yarg. CGK. 17.12.1996, 5-269/286; YKD Nisan 1997, s.590 vd.)

¹⁵¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.672

¹⁵² Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddesinin gerekçesi.

¹⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.673

¹⁵⁴ Erman/Özek, s. 78

Kamu görevlisinin hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu bakımından ihmali nitelikte hareketinin varlığı gerekmektedir¹⁵⁵. Kamu görevlisi, ikna suretiyle irtikâp suçunda olduğu gibi icrai nitelikte olan hileli hareketlerde bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla,

¹⁵⁵ Bu bağlamda “ihmali suç” kavramı üzerinde kısaca durmakta yarar vardır. Ceza Kanununda yaptırıma bağlanan ve bir haksızlık teşkil eden fiil, icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir. Esasen, öğretide “ihmali suçların” tanımlanmasında birliktelik mevcut değilse de; “kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar veya hukuksal olarak neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önlemesi mümkün olduğu ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suçlar” olarak tanımlamak olanaklıdır. (Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s.33) Keza; aynı şekilde, öğretide farklı ayrımlara tabi tutulmakla birlikte, baskın görüş olarak “ihmali suçlar”, “saf ihmali suçlar” (gerçek ihmali suçlar) ve “nitelikli (garantörsel) ihmali suçlar” (görünüşte ihmali suçlar) olmak üzere iki grupta değerlendirilmektedir. Saf ihmali suçlarda (gerçek ihmali suçlar); kanun tarafından yapılması emredilen bir hareketin yapılmaması söz konusudur. Her ne kadar yapılması talep edilen, emredilen hareket ile sonuçta hukuk düzeni tarafından olumsuz görülen bir netice engellenmek isteniyorsa da, kanun koyucu ihmal edene neticeyi önlemek hususunda herhangi bir yükümlülük yüklenmemiştir. Bu nedenle belirli bir neticenin meydana gelmesi suçun tipik unsurlarına dâhil değildir. Nitelikli (garantörsel) ihmali suçlarda ise, garantöre neticeyi önleme yükümlülüğü yüklenmektedir. Neticenin gerçekleşmesi tipikliğe dâhildir. Neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen garantör tipik neticeden dolayı ceza hukuku sorumluluğuyla karşı karşıya kalır. Bu suçlarda neticeyi kendisi meydana getirmesi bile, neticenin meydana gelmesine engel olmaması dolayısıyla ihmalde bulunan kişi sorumlu tutulmaktadır. (Hakeri, İhmal ve İhmali Suçlar, s.101-102) Görüldüğü üzere, bu iki hal arasındaki fark, gerçekleşen netice bakımındandır. Görünüşte ihmalin cezalandırılabilirliği açısından en önemli sorun; bir hukuki ilişkinin taraflarından birinin, sadece neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişinin fail olabileceğinin hukuki izahıdır. Bir hukuki ilişkinin tarafları, bu ilişkinin kurulmasında etkili olan unsurlar hakkında birbirlerine doğru olarak bilgilendirmek yükümlülüğü altındadır. Bunlardan birinin, bu ilişkinin unsurları hakkında aldatici beyanlarda (hileli davranışlarla) bulunarak, yani icrai davranışla, diğer tarafı yanıltması halinde; hilenin gerçekleştiği muhakkaktır. Mesele, ihmali bir davranışla hile gerçekleştirilebilir mi hususunda kendisini göstermektedir. Bir hukuki ilişkinin doğru beyan yükümlülüğü altında bulunan tarafının hareketsiz kalması yani ihmali davranışı, bir beyan, bir malumat kıymeti haiz ise ihmali davranışla da hile gerçekleşmiş olacaktır. Bir başka anlatımla, hukuki ilişkinin taraflarından birinin hareketsizliği, diğer taraf nezdinde bu ilişkinin unsurları hakkında bir malumat mahiyetini arz etmesi halinde; hile gerçekleşmiş olacaktır. (Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şehri (Genel Hükümler), Ankara 2005, s.238) Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunda neticeyi önleme (doğru beyanda bulunmak) yükümlülüğü altında bulunan kamu görevlisi hareketsizliği sonucunda (ihmali davranışıyla) bu suçu işlemektedir. Bu durumda hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunun nitelikli (garantörsel) ihmali davranışlarla gerçekleştirilebileceğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

kamu görevlisinin mağdurun hataya düşmesi konusunda herhangi bir etkin davranışı bulunmamaktadır.

Mağdur, kamu görevlisinin sergilediği bir takım hileli hareketler sonucu hataya düşmemekte, tamamen kendinden kaynaklanan çeşitli nedenlerle hataya düşmektedir¹⁵⁶. Mağdur, kamu görevlisinin karşısına geldiğinde zaten hata içindedir. Mağdur, ödememesi gereken bir parayı ödeyeceği, gerçekte ödemesi gerekenden fazla ödeyeceği veya ödeme kabul etmeye elverişli olmayan kamu görevlisinin ödeme kabul etmeye elverişli olduğu bilinciyle hareket etmektedir. Mağdur, gerçeğin farkında değildir, iradesi gerçeğe çatışmaktadır. Mağdur bilgisizliği, tecrübesizliği, dalgınlığı gibi bir takım kişisel davranışlar sonucu belirtilen şekilde hataya düşmektedir¹⁵⁷.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun düzenleniş şekli göz önünde bulundurulduğunda, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp ile ikna suretiyle irtikâbı birbirinden ayıran noktanın, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâbın, ikna suretiyle irtikâbın ihmali hareketle işleniş şekli olduğudur. Suç politikası gereği, kanun koyucu ihmali nitelikte olan hata suretiyle irtikâp suçunun cezasını, ikna suretiyle irtikâp suçunun cezasına göre daha az olarak belirlemiştir.

Kamu görevlisi, hata suretiyle irtikâpta mağdurun hataya düştüğünü bilmekte fakat mağduru uyarmayarak, mağdurun hatasından yararlanmaktadır. Kamu görevlisinin ihmali hareket niteliğindeki uyarmama hareketi sonucu, mağdur iradesi dışında bir yararı kamu görevlisine veya başkasına sağlamaktadır.

Kamu görevlisinin hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunun hareket unsuru oluşturan ihmali hareket niteliğindeki susması, ikna suretiyle irtikâp suçunun hareket unsurunu oluşturan icrai hareket niteliğindeki hilenin yerine geçmektedir. Kanun koyucu, mağdurun hatasını fark eden ve bu hatadan yararlanmak için susan kamu görevlisinin susmasını hile olarak kabul etmiştir.

¹⁵⁶ “Suçun oluşumu için memurun kanunen alınmaması lazım gelen bir şeyi diğerrinin hatasından istifade ederek almış bulunması ve *hatanın memurun değil ferdin kendisinden gelmiş olması gerekmektedir*. Olayda ise soruşturma yapmak üzere kaymakamlıkça görevlendirilmiş olan sanığın harcırah 60 lira olduğu halde bunun 120 lira olduğunu ısrar ve muhtarı bu hususta ikna edip altmışar liralık iki adet aynı tarihli senet vermek suretiyle mezkûr parayı aldığı, ancak bir süre sonra köy muhtarının harcırahın almış lira olarak tahakkuk ettirildiğini görüp sanığın 60 lira fazla para aldığını anlayarak şikayette bulunduğu ve bu surette haksız para alınması muhtarın hatasından değil, sanık memurun fiilinden (iknasından) ileri geldiği anlaşılmasına göre, fiili hatadan istifade suretiyle irtikap olarak nitelendirip bu yönde karar vermek bozmayı gerektirmiştir” (Yarg. 5. CD. 24.04.1974, 1046/819; Akçin, s.155)

¹⁵⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.672

Kamu görevlisinin hareketi icrai nitelik kazanması halinde suçun şekli değişmektedir. Kamu görevlisi, mağdurun içine düşmüş olduğu hatadan yararlanarak bir takım yararları elde edeceği sırada mağdurun durumu fark etmesi ve bunun üzerine kamu görevlisinin de mağdurun hatasından çıkmasını engelleyecek hareketler sergilemesi halinde, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu oluşmayacaktır. Kamu görevlisinin mağdurun hatasından çıkmasını manevi baskı ile sağlaması halinde icbar suretiyle irtikâp, gerçekleştireceği hileli davranışlar sağlaması halinde ikna suretiyle irtikâp suçundan söz edilecektir.

Hata suretiyle irtikâp suçu bakımından, mağdurun kamu idaresine yapacağı bir ödemenin veya vereceği bir şey konusunda düşülen hatanın varlığı aranmaktadır. Başka bir anlatımla mağdur, kendisine yüklenen bir yükümlülüğü yerine getirmekte olduğu esnada düştüğü hata söz konusu olmalıdır. Mağdurun kamu idaresi tarafından kendisine yapılacak ödeme veya verilecek şey konusunda düşmüş olduğu hata halinde zimmet suçu oluşabilecektir. Mağdur, bu halde kamu görevlisinin eksik yaptığı ödeme konusunda hataya düşmüş olacak, alması gerekenden daha azını aldığını bilmeyecektir. Kamu görevlisinin, aradaki farkı kendine mal edinmesi fiili zimmet suçuna vücut verecektir. Gerçekte kendisine 1500 TL ödenecek olan alacaklının hataya düşerek kendisine 1000 TL ödeme yapılması gerektiğini söylemesi üzerine icra müdürünün kişinin hataya düştüğünü söylemeyerek 1000 TL ödeme yapması ve kasada kalan 500 TL'yi kendisinin alması halinde zimmet suçu oluşacaktır.

2.1.1.6. Netice

Netice, failin hareketinin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Fakat failin hareketinin meydana getirdiği her değişiklik de netice olarak kabul edilmez. Ortaya çıkan değişikliklerden sadece kanununda belirtilmiş olanlar netice olarak kabul edilir. Suçun tamamlanabilmesi için kanununda öngörülen neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Eğer kanunda öngörülen netice herhangi bir sebepten ötürü gerçekleşmemiş ise suç tamamlanmamış olacaktır¹⁵⁸.

Ceza kanununda yer verilen suçların bazılarının kanuni tanımlarında neticeye yer verilmemiştir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal (TCK md. 116), hırsızlık (TCK md.141) gibi. Sırf hareket suçu olarak tanımlan bu tür suçlar bakımından, kanun metninde açık şekilde

¹⁵⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 177; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 273; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 254; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2007, s. 219; Koca/Üzülmez, s. 157; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 214

bir netice gösterilmemiştir. Bu tür suçların tamamlanabilmesi için failinin hareketi gerçekleştirmesi yeterli olacaktır.

Ceza kanununda failin gerçekleştirdiği hareket sonucu ortaya çıkacak değişikliğin açık şekilde belirtildiği suç tanımları da yer almaktadır. Örneğin, kasten öldürme (TCK md. 81), mala zarar verme (TCK md. 151) gibi. Neticeli suçlar olarak tanımlanan bu tür suçların tamamlanabilmeleri için kanun metninde yer alan neticenin, gerçekleştirilen hareket sonucu ortaya çıkması gerekmektedir.

İrtikâp suçunun kanuni tanımına bakıldığında neticeli suç olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. İrtikâp suçunun neticesi olarak kanuni tanımda iki kavrama yer verilmiştir. Bunlardan birincisi “yarar sağlanması”, diğeri “yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulması”dır. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan düzenleme bakımından netice unsuru olarak, “para verilmesi”, “sair menfaatler sağlanması” veya “para verilmesi veya sair menfaatler sağlanması yolunda vaatte bulunulması” kabul edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda daha sade bir düzenleme yapılarak sadece “yarar sağlanması” kavramı düzenlenmiştir.

2.1.1.6.1. Yarar Sağlanması

Sağlama, kavramı fiilen bir yararın elde edilmesini ifade etmektedir. Verme kavramından daha geniş anlam içermektedir. Sağlama, mağdurdan para veya mal alınmasından başka, bir hizmet yahut iş yapılmasını temin etmeyi de kapsamaktadır. Yapılacak işin karşılığı olarak, icbar edilen veya ikna edilen mağdur ücretsiz olarak kamu görevlisinin bir işini yapmış olabilir¹⁵⁹.

Mağdurun, yarar sağlanması söz konusu olabilmesi için, yararın kamu görevlisinin veya üçüncü kişinin malvarlığına intikal ettirilmesi, kamu görevlisi veya üçüncü kişinin suç konusu olan yarar üzerinde tasarruf yetkisini elde etmiş olması gerekir¹⁶⁰. Suç konusu yararın kamu görevlisi veya üçüncü kişiye intikali için mülkiyetin nakli konusunda kanunda öngörülen usullerin yerine getirilmesi gerekmez¹⁶¹. Kamu görevlisinin yararı oluşturan mal üzerinde tasarruf olanağının meydana getirilmesiyle irtikâp suçu tamamlanmış olur.

¹⁵⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.663

¹⁶⁰ Özgenç, Ekonomik Çıkar, s.171; Erman/Özek, s.120

¹⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.752

Kamu görevlisi, mağdura karşılığını ödemiş olsa bile bir iş veya hizmeti yapmaya ya da borç vermeye zorlamış ise özgür iradeyle sözleşme yapma iradesi elinden alınan mağdurdan bir yarar sağladığı kabul edilmelidir¹⁶².

İrtikâp suçu bakımından yarar mağdur tarafından sağlanmalıdır. Kamu görevlisi kendi zilyetliğinde bulunan yarar kavramı içinde yer alan şeyi karşı tarafa vermemesi irtikâp suçunu değil, zimmet suçunu oluşturur¹⁶³.

2.1.1.6.2. Yarar Sağlanması Yönünde Vaatte Bulunulması

Vaatte bulunulması, mağdur tarafından kamu görevlisine belirli bir konuda yarar sağlama taahhüdünde bulunulması, söz verilmesi anlamına gelmektedir. Burada yarar kavramı içerisine girebilecek herhangi bir menfaatin kamu görevlisine verileceği veya temin edileceği konusunda söz verilmektedir.

Kamu görevlisi fiilen yararı elde etmediği halde kendi isteği üzerine mağdurun yapacağı vaat açıklaması ile irtikâp suçu tamamlanmış olacaktır. Başka bir söyleyişle, suçun oluşması için yararın fiilen elde edilmesi koşulu bulunmamaktadır. Mağdur vaadini yerine getirmese dahi suç teşebbüs aşamasında kalmamakta, tamamlanmış sayılmaktadır.

Vaat hukuka aykırı bir işlem bakımından söz konusu olduğu için belirli bir şekle bağlı olması söz konusu değildir¹⁶⁴. Vaat, yazılı olabileceği gibi sözlü olarak da gerçekleştirilir.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından mağdurun, faile bir yarar vaadinde bulunması söz konusu olamayacağından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 250/3. fıkrada yapılan atıf yarar vaadi bakımından geçersiz olduğu söylenebilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından sadece “bir şeyin alınması” kabul edilmiştir¹⁶⁵.

2.1.1.7. Nedensellik Bağı

Bir kimseyi ortaya çıkan neticeden sorumlu tutabilmek için, o neticenin meydana gelmesini sağlayan hareketin o kimse tarafından yapılmış olması gerekmektedir. Neticeden

¹⁶² Soyaslan, Özel Hükümler, s. 506-507

¹⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s.752; Krş. Soyaslan, Özel Hükümler, s.506; Yazar, verme kavramının iade etmeme kavramını da kapsar nitelikte olduğunu belirterek, kamu görevlisine denemesi, kontrol etmesi veya bakması için verilen bir şeyin kendisine hediye edilmesini sağlamak amacıyla sıfatın kötüye kullanılmasını irtikâp suçu içinde değerlendirmektedir.

¹⁶⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.664

¹⁶⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.752

dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesinin temelini nedensellik bağı oluşturmaktadır. Nedensellik bağı, failin hareketi ile ortaya çıkan netice arasındaki neden-sonuç ilişkisini ifade etmektedir¹⁶⁶.

Nedensellik bağı, neticeli suçlar bakımından söz konusu olmaktadır. Sırf hareket suçları bakımından, ortaya çıkacak bir netice aranmadığı için nedensellik bağından da söz edilemez. Nedensellik bağı, kanunun metninde öngörülen hareket ile yine kanun metninde öngörülen neticeyi bir birine bağlayan bağıdır.

İrtikâp suçu bakımından, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar etmesi, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlarla ikna etmesi ve görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hatadan yararlanması hareketlerinin sonucu olarak yararın sağlanması veya yarar sağlanması konusunda vaatte bulunulması neticelerinin ortaya çıkması gerekmektedir. Mağdurun sağladığı yarar veya sağlamayı vaat ettiği yarar, kamu görevlisinin belirtilen hareketleri sonucu olmalıdır. Kamu görevlisinin, icbar, ikna veya hatadan yararlanma şeklindeki hareketlerinin olmamasına rağmen kişi tarafından yarar sağlanması veya yarar sağlama konusunda vaat söz konusu ise irtikâp suçu oluşmayacaktır.

2.1.2. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Suçun manevi unsuru, işlenen fiil ile fiili işleyen kişi arasındaki manevi bağı ifade etmektedir. Fiil ile kişi arasındaki bu bağ kurulmadan, ortaya çıkan davranış ceza hukuku anlamında fiil olarak kabul edilmemekte, bunun sonucu olarak da suç söz konusu olmamaktadır¹⁶⁷.

Suçun manevi unsuru kapsamında, kast ve taksir kavramları karşımıza çıkmaktadır. Kast ve taksir 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21. ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda yer alan düzenlemeye göre kast ve taksir arasında, kural ve istisna ilişkisi mevcuttur¹⁶⁸. Bundan anlaşılması gereken, ceza kanununda düzenlenmiş olan suçların kural olarak kasten işlenebileceği, istisnai olarak kanunda gösterilen hallerde taksirle işlenebileceğidir. Ceza kanununda düzenlenmiş olan suçların kasten işlenebilecekleri açık şekilde kanun metnine yazılmamıştır. Suçun asıl işleniş şeklinin kast olacağı kabul edilmiştir.

¹⁶⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 178-179; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 276; Centel/Zafer/Çakmut, s. 262; Demirbaş, s. 224; Koca/Üzülmez, s. 158; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 220

¹⁶⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.223; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 313

¹⁶⁸ Koca/Üzülmez, s.173

Kast, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21. maddesinde;

“(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur, diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında doğrudan kast, ikinci fıkrasında olası (gayri muayyen) kast tanımı yapılmıştır.

Doğrudan kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmıştır.

Kanuni tanımda da belirtildiği üzere kast “bilme” ve “isteme” olmak üzere iki unsurdan meydana gelmektedir¹⁶⁹. Kasttan söz edilebilmesi için, failin suçun kanuni tanımındaki unsurlar hakkında gerekli bilgiye sahip olması (bilme) ve bu unsurların oluşmasını istemesi gerekmektedir¹⁷⁰.

Failin, işlediği suç açısından kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, kanuni tanımda gösterilen başta hareket, netice, nedensellik bağı olmak üzere suçun tüm unsurlarını bilmelidir¹⁷¹.

Fail, suçun kanuni tanımında belirtilmiş olan tipik fiilin tüm özellikleri üzerinde bilgiye sahip olmalıdır. Fail, suç tipinde kendisi ve mağdur hakkında gösterilmiş olan özellikleri bilmelidir. Fail ayrıca suçun kanuni tanımında açıkça belirtilmiş olan, hareket zamanı ve yeri, suçta kullanılacak araç gibi suç tipinin objektif nitelikteki unsurlarını da bilmesi gerekmektedir. Fail, hareketin konusu ve buna ilişkin özellikler hakkında da bilgiye sahip olmalıdır¹⁷².

¹⁶⁹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.238; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüter/Mahmutoglu/Ünver, s.230 vd.

¹⁷⁰ Buna karşılık Özgenç, kabul ettiği suç teorisinin gereği olarak, kast için sadece kanuni tanımdaki unsurların bilinmesinin yeterli olunacağını, kanuni tanımdaki unsurların oluşmasının istemenin kastın varlığı için gerekli olmadığını söylemektedir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.232-233

¹⁷¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.320; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.239

¹⁷² Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.239-240

Kanuni tanımında suçun hareket unsuru ayrıntılı şekilde belirtilmiş olması halinde, failin hareketin söz konusu şekilde işleneceği konusunda bilgiye sahip olmalıdır. Fail, gerçekleştireceği hareketin kanuni tanımında belirtilen neticeyi doğuracağını yani hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı bilmelidir. Fail, suç tanımındaki netice üzerinde de bilgiye sahip olması gerekmektedir. Gerçekleştirdiği hareketin sonucu olan neticeyi önceden bilmeli ve hareketi bu yönde gerçekleştirmelidir.

Fail, suçun ağırlatıcı sebeplerini bilmelidir. Bunlara karşılık, failin suça yönelik hafifletici sebepleri, cezalandırılabilme şartlarını, muhakeme şartlarını, şahsi cezasızlık sebeplerini, hukuka uygun sebeplerini bilmesi gerekmektedir¹⁷³.

Failin, yukarıda belirtilen hususlarda bilgisinin olması yeterli değildir. Kastın varlığı için ayrıca fail hareketinin sonucu olarak ortaya çıkacak, suçun kanuni tanımında belirtilmiş olan, neticeyi de istemesi gerekmektedir. Kastın isteme unsuru neticeye yönelik olmalıdır¹⁷⁴.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21/2. maddesinde kastın diğer türü olan olası kast, *“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi”* şeklinde tanımlanmıştır.

Olası kast, failin hareketi sonucu suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini yani neticenin ortaya çıkabileceğini öngörmesine rağmen durumu önceden kabullenmesidir¹⁷⁵. Fail, hareketi sonucu muhtemel neticenin doğacağını bilmekte ve buna razı olmaktadır. Fail, burada doğrudan kastta olduğu gibi tam anlamıyla neticeyi istememektedir. Fail, hareketini gerçekleştirirken “olursa olur” düşüncesindedir.

Olası kast, doğrudan kast ile bilinçli taksirden farklıdır. Olası kastı, doğrudan kasttan ayıran nokta, olası kastta ortaya çıkacak netice fail açısından muhtemel olarak görülmesi ve bu neticenin fail tarafından istendiği kesin olmasa da en azından kabullenilmesidir. Doğrudan kastta, netice fail açısından muhakkak olup, bu netice fail tarafından istenmektedir.

Olası kastı ile bilinçli taksir birbirine yakın kavramlardır. Olası kast ve bilinçli taksirde fail failinin ortaya çıkaracağı mümkün ve muhtemel neticeleri düşünür, tasavvur eder, öngörür. Bu bakımdan, olası kast ve bilinçli taksir bakımından “failin tipikliğin gerçekleşmesini ciddi olarak mümkün görme” unsuru ortaktır. Her iki kavram bakımından farklı olan nokta, olası kastta failin tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmesi söz konusuysen,

¹⁷³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.321

¹⁷⁴ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.241

¹⁷⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.235; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.326

bilinçli taksirde tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmesi söz konusu değildir. Bilinçli taksirde fail, özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde tipikliğin gerçekleşmeyeceği yönünde güven duymaktadır. Başka bir anlatımla fail olası kastta muhtemel olarak öngördüğü neticenin ortaya çıkmasını kabullenmekte, onun ortaya çıkmaması için herhangi bir çaba sarf etmemekteyken; bilinçli taksirde fail ortaya çıkabilecek neticeyi bilmesine rağmen bunu ciddiye almamakta veya ciddiye almakla birlikte özen yükümlülüğüne aykırı olarak neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmektedir. Fail olası kast halinde “olursa olsun” derken, bilinçli taksir halinde “inşallah olmaz” demektir. Bilme unsuru bakımından ortak olan olası kast bilinçli taksir isteme unsuru bakımından birbirinden ayrılmaktadır¹⁷⁶.

Suçun manevi unsuru kapsamında yer alan diğer bir kavram da taksirdir. Taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22. Maddesinde;

“(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bir kadar indirilebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Taksirde, fail kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek istemediği neticenin doğmasına neden olmaktadır.

Toplumunu oluşturan her bireyden, o toplumda geçerli olan kurallara uygun hareket etmesi beklenir. Bu kurallara dikkat etmeyerek, özen göstermeyerek hareket eden bireyin gerçekleştirdiği haksızlıktan sorumlu olması gerekmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket sonucu ortaya çıkan istenmeyen netice arasındaki manevi bağ taksirle

sağlanmaktadır. Fail, taksirde ortaya çıkan neticeyi istememektedir¹⁷⁷. Bu husus, taksiri kasttan ayıran noktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kapsamında taksir, bilinçli ve bilinçsiz taksir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bilinçsiz taksir 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22/2. maddesinde, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*” şeklinde tanımlanmışken, bilinçli taksir 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22/3. maddesinde, “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesidir*” şeklinde tanımlanmıştır.

Her iki taksir türünün ortak noktası, failin kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek istenmeyen neticenin ortaya çıkmasına sebep olmasıdır¹⁷⁸. İki taksir türünü birbirinden ayıran nokta ise neticenin öngörülür olup olmadığıdır. Neticenin öngörülebilir olmasından anlaşılan, neticenin fail tarafından, hareketin yapıldığı zaman ve bu zamandaki şartlara göre tahmin edilebilmesidir. Öngörülebilmenin takdirinde failin yaşı, bedeni ve ruhi yapısı, okuma derecesi vs. göz önünde tutulur. Bu bakımdan bilinçli taksirde, öngörülebililen netice söz konusu olurken bilinçsiz taksirde öngörülemeyen netice söz konusudur. Bilinçsiz taksirde istenmeyen netice fail tarafından hareketin gerçekleştiği esnada öngörülmemekte, bilinçli taksirde ise fail istemediği neticeyi öngörmekte, neticenin ortaya çıkabileceği ihtimalini bilmekte fakat hareketi gerçekleştirmeye devam etmektedir¹⁷⁹.

Suçun manevi unsuru bakımından yapılan genel açıklamadan sonra irtikâp suçunun manevi unsuru üzerinde durulacaktır.

İrtikâp suçunun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. 5237 Türk Ceza Kanununun 22/1. maddesi gereğince, irtikâp suçunun kanuni tanımında söz konusu suçun açıkça taksirle işlenebileceği belirtilmediğinden irtikâp suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Kast, kısaca suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında irtikâp suçu bakımından failin, başta suçun maddî unsurları olan suçun konusu, fail, mağdur, hareket, netice ve nedensellik bağı üzerinde bilgisinin olması gerekmektedir.

¹⁷⁷ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.457

¹⁷⁸ Koca/Üzülmez, s.200

¹⁷⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.377

İrtikâp suçunun konusu, yukarıda da belirtildiği üzere sağlanan veya vaatte bulunulan “yarar” dır. Failin irtikâp suçu bakımından kendisine veya başkasına bir yararın sağlandığını veya vaatte bulunduğunu bilmesi ve istemesi, hareketlerini bu yönde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Fail, suçun konusu olan yararı bilmeli ve bu yararı elde etmeği istemelidir. Yarar kavramı geniş yorumlanan bir kavram olduğu için failin yarar kavramı içinde değerlendirilebilecek örneğin, para, değerli kâğıt, altın, antika eşya gibi şeyler ile cinsel arzuların tatmini, kira alınmaması, ücretsiz araba tamiri gibi hallerin kendisine veya başkasına sağlanan veya vaatte bulunulan yarar olduğunu bilmesi gerekmektedir.

Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu bakımından failin kendisinin kamu görevlisi olduğunu de bilmesi gerekmektedir. Fail, kamu görevlisi olduğu bilinciyle hareket etmelidir.

Kamu görevlisi olan fail, irtikâp suçunun hareket unsurunu oluşturan; görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle icbar etme, görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlarla ikna etme ve görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hatadan yararlanma hareketlerini yaptığı hususunda bilgiye sahip olmalı ve bu yöndeki hareketleri gerçekleştirmeyi istemelidir.

Fail, icbar suretiyle irtikâp bakımından görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullandığını; ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından ise görevinin sağladığı güveni kötüye kullandığını bilmeli ve istemelidir.

Kamu görevlisi, gerçekleştirdiği manevi nitelikteki zorlamanın icbar niteliğinde olduğunu bilmelidir. Mağdura yönelik olan manevi zorlamayı fail istemelidir. Fail, icbar niteliğindeki hareketleri gerçekleştirirken mağduru manevi olarak zorlama bilinciyle hareket etmelidir. Örneğin; doktorun, ameliyat için para vermezseniz ben ameliyatı yapmam şeklindeki beyanı sonucu karşı tarafın manevi olarak zor durumda kalacağını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir.

Fail, ikna suretiyle irtikâp bakımından gerçekleştirdiği hileli davranışlarla mağdurun aldanacağını ve ikna olacağını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir. Fail, hileli davranışlar gerçekleştirdiğini bilmelidir. Fail ayrıca mağduru ikna etmeyi istemeli ve buna yönelik hileli davranışlar sergilemelidir. Örneğin, zabıt kâtibin sahte evrak düzenleyerek mağdurdan keşif ücreti alması halinde, zabıt kâtibin sahte evraki bilerek ve isteyerek düzenlemesi buna bağlı olarak da mağdurun belli parayı ödemesi gerektiği yönünde ikna olacağını bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâpta ise failin mağdurun hataya düştüğünü bilmesi ve bu hatadan yararlanmak istemesi gerekmektedir. Fail, susma niteliğindeki ihmali hareketi gerçekleştirirken mağdurun hata içinde olduğu bilmelidir.

İrtikâp suçunun, netice unsurunu oluşturan yarar sağlanması veya bu yolda vaatte bulunmasını fail tarafından bilinmeli ve istenmelidir. Failin hareketi, kendisine veya başkasına yarar sağlanması veya bu yolda vaatte bulunmasına yönelik olmalıdır. Fail, hareketi sonucu kendisine veya başkasına bir yarar sağlanacağını veya bu yolda vaatte bulunulacağını bilmeli ve istemelidir.

İrtikâp suçu bakımından, failin kasten hareket ettiği söylenebilmesi için nedensellik bağı üzerinde de bilgisinin olması gerekmektedir. Fail, gerçekleştirdiği hareketlerin belirtilen neticeleri doğuracağını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir. Gerçekleştirdiği hareketler ile doğan netice arasındaki bağın bilincinde olmalıdır.

Fail, gerçekleştirdiği hareket bakımından muhakeme şartlarını, hukuka uygunluk sebeplerinin olup olmadığı konusunda bilgiye sahip olması gerekmemektedir.

Doktrinde irtikâp suçunun hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁰. Kanaatimizce, suçun yapısal özellikleri nedeniyle olası kast irtikâp suçunda mümkün görülmemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak suçun kanuni tanımında “haksız olarak” ifadesine yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde failin ayrıca sağladığı yararın haksız bir yarar olduğunun bilincinde olması gerekli iken¹⁸¹, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle 765 sayılı Türk Ceza Kanununa göre failin gerçekleştirdiği hareket sonucu elde ettiği yararın hukuka aykırı olduğunu bilmemesi, örneğin kira alacağını almak için hareket ettiği hallerde irtikâp suçuna ilişkin kastın bulunmadığı, buna bağlı olarak da söz konusu hallerde irtikâp suçunun değil, duruma göre ihkak-ı hak veya görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi¹⁸². Bu karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yarar sağlamak kastıyla hareket edilmesi suçun oluşumu için yeterli gördüğünden, icbar, ikna ve hatadan yararlanma hareketlerinin gerçekleştirilerek failin kendisinin veya bir

¹⁸⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.675

¹⁸¹ Özgenç, Ekonomik Çıkar, s.174-175

¹⁸² Bakıcı, s. 185

yakının alacağını tahsil etmek de yarar sağlama kapsamında değerlendirileceğinden artık bu halde irtikâp suçu oluşacaktır¹⁸³.

2.1.3. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Genel olarak hukuka aykırılık, hukuka (hakka) uygun hareket etmeyerek, onunla çatışma halinde olmayı ifade etmektedir. Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ise gerçekleşen fiilin hukuk düzeni tarafından uygun görülmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişmesi ve çatışması anlamına gelmektedir¹⁸⁴. Hukuka aykırılıkta, birey, hukukun, bir şeyin yapılmaması veya yapılması yönündeki kurallarına uymamakta, kuralların aksi yönünde hareketler sergilemektedir.

Hukuka aykırılık unsuru, suçun maddi unsurlarının ardından gelen suçun diğer bir unsurudur. Hukuka aykırılık unsurunun değerlendirilebilmesi için suçun maddi unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla ortada tipe uygun bir fiilin varlığı söz konusu olmalıdır. Tipe uygun bir fiilin varlığı, o fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğunun kabulünü gerekli kılmaktadır. Bir başka deyişle, fiilin kanuni tipe uygun olması o fiilin hukuka aykırı olduğunun karinesini teşkil etmektedir¹⁸⁵. Gerçekleşen fiilin kanunda belirtilmiş olan tipe uygun olması onun hukuka aykırı olduğunu göstermektedir. Bir fiilin, suç tipi olarak kanunda düzenlenmesi, o fiilin gerçekleştirilmesinin hukuk düzenince uygun görülmemesinin bir sonucudur. Söz konusu fiilin gerçekleştirilmesi aynı zamanda hukuka aykırılığı doğurmaktadır¹⁸⁶.

Tipe uygun fiil açısından, hukuka uygunluk sebebin söz konusu olması halinde belirtilen karineden söz edilemeyecektir. Hukuka uygunluk sebebi nedeniyle fiilin hukuka aykırı olduğu yönündeki karine ortadan kalkacağından artık fiil hukuka aykırılık unsurun bulunmaması nedeniyle suç olarak değerlendirilemeyecektir.

Gerçekleşen bir fiilin kanunda tanımlanmış olan tipe uygun olduğu belirlendikten sonra, hukuka uygunluk sebeplerinin söz konusu fiil bakımından bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir. Eğer, bir hukuka uygunluk sebebi var ise fiilin hukuka aykırılığı söz konusu olamayacağından suçtan da söz edilemeyecektir. Kanunda tanımlanan tipe uygun fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğu yönündeki karineyi çürüten, fiilin hukuka aykırı

¹⁸³ Tezcan/Erdem/Önok, s.753

¹⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.321; Demirbaş, s. 239; Koca/Üzülmez, s.250

¹⁸⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 280; Koca/Üzülmez, s.251; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.256

¹⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 280

olma unsurunu ortadan kaldıran bu yüzden de fiili suç olmaktan çıkararak nedenlere hukuka uygunluk sebepleri denir¹⁸⁷.

Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık, gerçekleştirilen fiilin sadece ceza hukuku bakımından değil, tüm hukuk düzeni bakımından değersizliğini ifade etmektedir. Suçun maddi unsurları bakımından yapılan değerlendirme sadece ceza hukuku kapsamında yapılırken, hukuka aykırılık unsuru bakımından değerlendirme tüm hukuk düzenini kapsar nitelikte yapılmaktadır¹⁸⁸. Gerçekleştirilen tipe uygun fiilin suç olarak kabulü, o fiilin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Hukuka uygunluk sebebi barındırmayan bir fiil hukuka aykırıdır.

Hukuka uygunluk sebebi sadece ceza hukuku kapsamında yapılacak değerlendirme sonucunda tespit edilmeyecektir. Gerçekleştirilen fiil bakımından hukuka uygunluk sebebinin var olup olmadığı tüm hukuk düzenini kapsar nitelikte yapılacak bir değerlendirme sonucu belirlenecektir. Bunun nedeni, bir fiilin hukukun bir dalına göre hukuka aykırı, başka bir dalına göre hukuka uygun olarak kabul edilemeyeceğindedir. Hukuk düzeni bir bütündür, bir fiil ya hukuka aykırıdır ya da hukuka uygundur. Bu hukuk düzeninin birliği prensibinin bir sonucudur¹⁸⁹. Ceza hukuku dışında başka bir hukuk dalınca kabul edilmiş olan hukuka uygunluk sebebi ceza hukuku açısından da değer ifade edecektir.

Ceza kanununda yer alan suç tanımlarında hukuka aykırılık unsuru çoğu zaman açık şekilde belirtilmemektedir. Fakat bazı suçlara ilişkin tanımlarda hukuka aykırılık özel olarak düzenleme altına alınmaktadır. Kanun koyucu bu tür suçlarda failin gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini diğer bir anlatımla failin gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesini aramaktadır. Hukuka özel aykırılık olarak adlandırılan bu hallerde kişinin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kişinin gerçekleştirdiği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığında bilincinde olup olmadığı da ayrıca araştırılması gerekmektedir¹⁹⁰.

Sonuç olarak, gerçekleştirilen tipe uygun fiil karine olarak hukuka da aykırıdır. Bu karine, yapılacak değerlendirme sonucu hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde çürütülebilecektir. Hukuk uygunluk sebebinin varlığı hususunda yapılacak değerlendirme hukuk düzeninin birliği prensibi gereği tüm hukuk düzenini kapsar şekilde olacaktır.

¹⁸⁷ Koca/Üzülmez, s.251

¹⁸⁸ Koca/Üzülmez, s.251

¹⁸⁹ Demirbaş, s. 243; Koca/Üzülmez, s.252; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.257

¹⁹⁰ Özgeç, Genel Hükümler, s. 281-282; Centel/Zafer/Çakmut, s. 292; Demirbaş, s. 244

Değerlendirme sonunda hukuka uygunluk sebebinin varlığı tespit edilmiş ise fiil, suçun hukuka aykırılık unsurun yokluğu nedeniyle suç olarak değerlendirilemeyecektir.

Gerçekleştirilen tipe uygun fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için fiili hukuka uygun hale getiren bir sebebin olmaması gerekmektedir. Hukuka uygunluk sebepleri tüm hukuk düzeni göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. Buna bağlı olarak, ceza hukuku dışında diğer hukuk dallarında yer alan yazılı veya yazılı olmayan hukuka uygunluk sebepleri doğrudan doğruya ceza hukuku alanında uygulanabileceği gibi ceza hukukundan doğan bir hukuka uygunluk sebebi de diğer hukuk dallarında uygulanabilme imkânı bulabilecektir¹⁹¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda hukuka uygunluk sebepleri Genel Hükümler içinde İkinci Bölümde, kusurluluğu kaldıran ya da azaltan sebepler ile birlikte “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında dört ana grup halinde hukuka uygunluk sebepleri;

- 1-Kanun hükmünü yerine getirme, (md. 24/1)
- 2-Meşru savunma, (md. 25/1)
- 3-Hakkın kullanılması, (md. 26/1)
- 4-İlgilinin rızası, (md. 26/2) şeklinde belirtilmiştir.

Kanunun, belli konumdaki kişilere belirli bir davranışta bulunabilmeleri konusunda doğrudan doğruya yetki vermesine kanun hükmünü icra denir¹⁹². Kanun hükmünün yerine getirilmesinin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi hukuk düzeninin birliği prensibinin bir sonucudur. Bir taraftan kişiye kanun hükmü ile bir takım fiilleri gerçekleştirmesi bakımından yetki ve hak verilirken diğer taraftan bu fiiller nedeniyle cezalandırılması söz konusu olamayacağından, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir¹⁹³. Kişi, kanun hükmünde belirtilen çerçeve dâhilinde, kendisine verilen yetki ve hakka uygun olarak hareket etmelidir. Kanunun belli alanlarda kişilere vermiş olduğu yetki, aynı zamanda o kişinin görevini oluşturmaktadır. Bu nedenle, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi görevin ifası olarak da

¹⁹¹ Soyaslan, Genel Hükümler, s.347; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005, s. 134; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 220; Bayraktar, Köksal, “Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Ceza Hukuku Günleri, İstanbul 1998, s. 69

¹⁹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.404

¹⁹³ Soyaslan, Genel Hükümler, s.368

kabul edilebilir¹⁹⁴. Hukuka uygunluk sebebinin kaynağını oluşturan “kanun hükmü” kavramı geniş anlamda “kanun kuralı” olarak kabul edilmektedir¹⁹⁵. Kanun kuralı, içine KHK’yi, tüzüğü, yönetmeliği de alan, şekli anlamda kanundan daha geniş bir kavramdır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş olan bir diğer hukuka uygunluk sebebi de meşru savunmadır. Meşru savunma, bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının meşru bir hakkına yönelen saldırıyı, savunma amacına yönelik olarak ve söz konusu saldırıyı uzaklaştıracak, etkisiz hale getirecek ölçüde güç kullanması olarak tanımlanabilir. Kişinin meşru savunma durumunda kendisine yönelen güncel saldırıyı uzaklaştırmak amacıyla gerçekleştirdiği fiil, tipe uygun olmakla beraber meşru hakkın korunması bakımından başka bir yol olmaması nedeniyle hukuka aykırı olarak nitelendirilememektedir.

Hukuk düzenince kabul edilmiş olan bir hakkın, öngörülen sınırlar içinde kullanılması sonucu gerçekleştirilen fiiller hukuka aykırı olarak değerlendirilmemektedir. Hukuk düzenince bir taraftan fiilin gerçekleştirilmesi için izin verilirken diğer taraftan o fiilin yasaklanması söz konusu olamayacaktır. Hakkın kullanılması, hukuk düzenince izin verilen bir fiilin gerçekleştirilmesidir. Hak, hukuk düzenince sınırları çizilmiş olan ve kişiye özgür iradesiyle kendi kaderini belirleme ve kendi çevresini şekillendirme kabiliyeti veren gücü ifade etmektedir¹⁹⁶.

İlgilinin rızası, kişinin hukuk tarafından kendisine verilen yetkiyi kullanarak sahip olduğu hakka zarar veren bir fiilin gerçekleştirilmesine izin vermesi olarak tanımlanabilir¹⁹⁷. Hukuk düzeni kişilere sahip oldukları haklar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme yetkisi verdiği hallerde, hak sahibinin söz konusu hakların başkaları tarafından ihlal edilmesine izin verebileceği kabul edilebilir. Başkaları tarafından ihlaline izin verilebilen bu haklar kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisinin bulunduğu haklar olmalıdır. İlgilinin rıza gösterdiği hak, üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hak değilse, gerçekleşen fiil hukuka aykırı olacaktır¹⁹⁸. Bununla birlikte, rıza gösterecek kişinin rıza ehliyetine sahip olması ve söz konusu rızayı açık veya kapalı, yazılı veya sözlü olarak açıklaması gerekmektedir. Rıza

¹⁹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 291; Koca/Üzülmez, s. 258; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.262

¹⁹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 292; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.266

¹⁹⁶ Öztürk/Erdem, s.151

¹⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 459

¹⁹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.461; Koca/Üzülmez, s. 271

ehliyeti, kişinin rıza göstererek vazgeçtiği hakkın anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olmasıdır¹⁹⁹.

Yapılmış olan genel açıklamalar irtikâp suçu bakımından geçerlidir. İrtikâp suçu bakımından üzerinde durulması gereken nokta kanuni tanımda yer alan “kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanmak suretiyle” ve “kamu görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle” ifadeleridir. Bu ifadeler ile kanun koyucu irtikâp suçu bakımından özel olarak hukuka aykırılığı kanuni tanımda belirtme ihtiyacı duymuştur. Yukarıda da belirtildiği üzere eğer hukuka aykırılık kanuni tanımda özel olarak belirtilmişse, failin suçun hukuka aykırılık unsuru bakımından doğrudan kastla hareket edip etmediği değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, failin suçun maddi unsurları yanında hukuka aykırılık unsuru bakımından da bilgisinin olup olmadığı araştırılacaktır. Gerçekleştirilen irtikâp suçu bakımından failin fiilin hukuka aykırı olduğu yani görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullandığını bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

2.2.KUSURLULUK

2.2.1. GENEL OLARAK

Ceza hukukunun üzerinde yükseldiği temel ilkelerden biri olan “kusursuz ceza olmaz ilkesi” gereğince, kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için suçu oluşturan fiil bakımından kişinin kusurunun olması gereklidir. Maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları gerçekleşmiş olan bir fiil bakımından kişinin cezalandırılabilmesi için kusurlu olduğunun tespitine ihtiyaç vardır.

Kusur, kişinin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle kınanıp kınamayacağı konusundaki değer yargısını ifade etmektedir²⁰⁰. Kusur yargısı kişinin gerçekleştirmiş olduğu fiile bağlı olarak yapılmaktadır.

Bir kişinin kusurlu olup olmadığı yönündeki inceleme maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarıyla bir bütün oluşturan fiilin belirlenmesinden sonraki aşamada yapılmaktadır. Bu aşamada kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğu kesinleşmiştir. Bu noktada kişinin kusur yargısı bakımından şunlar söylenebilir; Kişi, toplumun kabul ettiği hukuk kurallarının öngördüğü davranışı sergileme, hukuka uygun olanı seçme, imkân ve

¹⁹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.466; Koca/Üzülmez, s. 273

²⁰⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 344; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.475; Koca/Üzülmez, s.

yeteneği olmasına rağmen, haksız olan davranışı tercih etmiş ve bu yüzden kınanması gerekmiştir.

Kusur değerlendirmesi sonunda kişinin kusurlu olmadığı tespit edilmişse, fiilin suç olma vasfını değiştirmeyecektir. Kusur bakımından yapılan değerlendirme kişinin fiil bakımından kınanıp kınanamayacağı yani cezalandırılıp cezalandırılmayacağıyla ilgilidir. Kusur değerlendirmesi sonucunda kişinin gerçekleştirdiği fiil bakımından kusurlu olmadığı tespit edilmişse, fiil haksızlık içeriğini koruduğu için kişi hakkında güvenlik tedbirleri uygulanması gerekecektir. Değerlendirme sonucunda kişinin kusurlu olduğu tespit edilmiş ise bu kez kişiye ceza yaptırımını uygulanacaktır²⁰¹.

Kusur, failin haksızlık teşkil eden fiil hakkındaki değer yargısıdır. Bu bakımdan kusur fail ile fiil arasındaki sübjektif-manevi bir bağ olarak kabul edilmemektedir. Kusur, suça vücut veren fiilin manevi unsurunu oluşturan kast ve taksirden farklıdır. Kusurluluk bu açıdan suçun unsuru olarak kabul edilmemektedir²⁰².

Failin gerçekleştirmiş olduğu fiil bakımından yapılacak kusur değerlendirilmesinde dikkate alınacak esas nokta, failin kusur yeteneğine sahip olup olmadığıdır. Failin hukukun öngördüğü kurallara uygun davranma olasılığı olmasına rağmen hukukun kabul etmediği davranışı tercih etmesinden ötürü kınanabilmesi, fiilin suç oluşturduğunu algılaması ve buna uygun olarak davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olmasına bağlıdır. Kusur iki yeteneğin bir arada değerlendirilmesi sonucu tespit edilebilecek bir kavramdır. Kusur yeteneğinin tespiti bakımından failin algılama ve irade yeteneğine sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Failin, fiilin haksız olduğunu, hukukun bu davranışı kabul etmediğini anlayabilmesi algılama yeteneğini; davranışlarını serbest olarak kararlaştırarak yönlendirebilmesi ise irade yeteneğini oluşturur.

Algılama yeteneği, insanın kendi varlığının farkında olarak etrafındaki olay ve olguları gözlemleyebilme yeteneğidir²⁰³. İnsan hareketlerini yönlendirirken daha önce karşılaştığı olayların sonuçlarını dikkate almaktadır. İnsan, içinde bulunduğu toplumun kabul ettiği kurallara bağlı olarak kendisine yüklenilen yükümlülüklerle uygun davranması gerektiği; uygun davranmadığı takdirde bir takım yaptırımlarla karşı karşıya kalacağı bilinciyle hareket etmektedir. Bireyin sahip olduğu bu bilince haksızlık bilinci denmektedir. Haksızlık bilincine

²⁰¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 344-345; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.476-477

²⁰² Özgenç, Genel Hükümler, s. 346; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.477; Koca/Üzülmez, s.283

²⁰³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 348; Koca/Üzülmez, s.285

sahip olan bir kimsenin toplumun kabul etmediği, uygun görmediği bir davranışı tercih etmesi o kimsenin, kınanmasını gerektirmektedir. Kişi haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştirmekle, toplum düzenini sağlamak için kabul edilmiş olan hukuk kuralına karşı geldiğini bilmesi gerekir²⁰⁴.

İrade yeteneği, kişinin karşılaştığı bir olay karşısında davranışlarını yönlendirme yeteneğidir. Kişinin kusurlu olması için algılama yeteneğine sahip olması yeterli değildir. Kişinin ayrıca somut olayda davranışlarını yönlendirme yeteneğine de sahip olması gerekmektedir. Ceza hukuku bakımından fiil, yönlendirici iradenin ürünü olan belli bir sonucu gerçekleştirmeye yönelik, ereksel ve dış dünyada ortaya çıkan insan hareketleri olarak tanımlanmaktadır²⁰⁵. Kişinin iradesi dışında ortaya çıkan davranışlar fiil olarak kabul edilmemektedir.

Kusur kişinin sahip olduğu irade hürriyetine bağlıdır. İrade hürriyeti, gerçekleştirdiği davranışın hukuki anlam ve içeriğini idrak eden kişinin kendisini etkileyen unsurları kontrol altına alarak, toplumda kabul edilmiş olan değerler ve dolayısıyla davranış kurallarının kendisine yüklediği yükümlülüklerle bağlı olarak karar verme yeteneğine sahip olmasıdır. Kişinin kusurundan söz edebilmek için, fiili gerçekleştirdiği sırada davranış kurallarının öngördüğü şekilde karar verebilecek güce ve yeteneğe sahip olması gerekir. Ruhen sağlıklı yetişkin her bireyin normal koşullarda bu yeteneğe sahip olduğu söylenebilir²⁰⁶.

Algılama ve irade yeteneğine sahip ortalama bir insan olarak failin somut olayda gerçekten başka türlü davranma imkânına sahip olup olmadığı yapılacak objektif bir değerlendirme sonucu ortaya çıkacaktır. Failin kişisel özelliklerinde veya fiilin gerçekleştirilmesi sırasında mevcut olan bazı istisnai haller nedeniyle yetişkin insanlardaki davranış kurallarının anlam muhtevasını algılama yeteneğinin ve bu bilinç doğrultusunda davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması mümkündür. Kanun koyucu tarafından Ceza Kanununda bazı hallere yer verilerek, bu hallerde failin başka türlü hareket etme imkânı bulunmadığından kusurlu sayılamayacağı kabul edilmiştir²⁰⁷.

²⁰⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 348; Koca/Üzülmez, s.285

²⁰⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 351; Koca/Üzülmez, s.286

²⁰⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 352

²⁰⁷ Koca/Üzülmez, s.287

2.2.2. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER

İşlenmiş olan bir fiilden ötürü kişinin cezalandırılabilmesi için kişinin işlediği fiil bakımından kusurlu olduğunun tespiti gerekir. Kişi bakımından yapılan kusur yargısında kusurluluğu kaldıran herhangi bir halin var olup olmadığı belirlenmelidir.

Kusurluluğu etkileyen haller kişinin kusur yeteneğiyle doğrudan ilgilidir. Kusurluluğu etkileyen hallerin bir kısmı kişinin algılama yeteneği diğer bir kısmı ise irade yeteneği üzerinde etkilidir. Kusurluluğu etkileyen hallerin bir kısmı kusurluluğu tamamen ortadan kaldırırken diğer bir kısmı da kusurluluğu azaltmaktadır. Kusurluluğu kaldıran bir halin varlığı halinde soruşturma aşamasında kusurluluğu kaldıran hal belirtilerek “*kovuşturmaya yer olmadığı kararı*”, kovuşturma aşamasında ise “*kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı*” verilir. Kusurluluğu azaltan bir halin varlığı halinde ise kamu davası açılır fakat kusurluluğu azaltan halin gerektirdiği ceza indirimi yapılarak hüküm kurulur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan kusur ve kusur yeteneğini etkileyen haller şunlardır;

Kusur yeteneğini etkileyen haller;

1-Yaş küçüklüğü (m. 31),

2-Akıl hastalığı (m. 32),

3-Sağır ve dilsizlik (m. 33),

4-Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34),

Kusuru etkileyen haller;

1-Cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m. 28),

2-Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m. 25/2),

3-Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m. 24/2-4),

4-Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (m. 27),

5-Haksız tahrik (m. 29),

6-Hata halleri (m. 30/3, 4)

İrtikâp suçu bakımından da kusurluluğu etkileyen hallere genel olarak bakıldığında; kusurluluğu etkileyen bir hal olarak düzenlenen yaş küçüklüğünün irtikâp suçunda istisnai bazı durumlar dışında karşılaşılmamasının mümkün olmadığı söylenebilir. İrtikâp suçunda fail

olarak kabul edilen kamu görevlisi olabilmek için genel olarak 18 yaşını tamamlamak gerektiği göz önüne alındığında yaş küçüklüğünün irtikâp suçunda ortaya çıkmasının zor olduğu belirtilebilir.

Kusurluluğu etkileyen diğer bir hal olan akıl hastalığı irtikâp suçunda nadirde olsa karşılaşılabilecek bir haldir. Akıl hastalığı nedeniyle kamu görevlisinin kusur yeteneği tamamen veya kısmen ortadan kalkmış olabilir²⁰⁸. Kusur yeteneği tamamen ortadan kalkmış olan kamu görevlisinin işlemiş olduğu irtikâp suçu bakımından ceza verilmez. Kusur yeteneğinin kısmen ortadan kalkmış olan kamu görevlisi ise işlemiş olduğu irtikâp suçu bakımından cezalandırılacak fakat cezasında indirimine gidilecektir.

İrtikâp suçu bakımından yaş küçüklüğünde de belirtildiği üzere fail genel olarak 18 yaşından büyüktür. Sağır ve dilsizlik bakımından istisna da olsa 18-21 yaş arasında olanlar irtikâp suçunda fail olarak karşılaşılabılır. Bu gruba giren bir sağır ve dilsiz kamu görevlisinin irtikâp suçunu işlemesi halinde yaş küçüklüğüne ilişkin 15-18 yaş grubu bakımından öngörülen kural geçerli olacaktır. Buna göre, 18-21 yaş grubuna giren bir sağır ve dilsiz kamu görevlisi irtikâp suçunu işlemiş ise irtikâp suçundan dolayı cezalandırılacak fakat cezasında indirimine gidilecektir.

Geçici nedenler veya irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu maddenin etkisiyle kusur yeteneği ortadan kalkan veya önemli derecede azalan kamu görevlisinin işlemiş olduğu irtikâp suçundan dolayı ceza verilmez. Fakat kamu görevlisi iradi olarak alkol veya uyuşturucu madde alarak irtikâp suçunu işlemiş ise kamu görevlisi söz konusu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Kamu görevlisi irtikâp suçunu işlemeyen önce cesaretlenmek amacıyla alkol veya uyuşturucu madde almış ve bunun etkisindeyken söz konusu suçu işlemişse irtikâp suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

Cebir, şiddet, korkutma veya tehdidin etkisinde kalarak irtikâp suçunu işleyen kamu görevlisi irade yeteneği etkilenmiş olduğundan dolayı cezalandırılmayacaktır. Bu gibi

²⁰⁸ “İrtikâp suçundan sanık İ.L.’nun... Sanığın dosyaya sunduğu Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı Başkanlığının 07.02.2006 tarihli raporunda “hafif düzeyde mental redertasyonu” teşhisi nedeniyle bulunduğu görevi yapamayacağı ve vasi tayinine gerek olduğunun bildirilmesi karşısında; 5237 sayılı TCK’nin 32. maddesi uyarınca sanığın Adli Tıp Kurumuna sevki ile gerektiğinde gözlem altına alınarak, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalıp azalmadığının kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanmasından sonra hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Yarg. 5. CD. 02.11.2009, 10823/12155; Malkoç, s. 334)

hallerde kamu görevlisi üzerinde cebir veya tehdit uygulayan kişi fail olarak kabul edilir ve bu kişi irtikâp suçundan cezalandırılır.

Zorunluluk halinin varlığı halinde kişi kusurlu kabul edilememektedir. Zorunluluk halinde kişi gerçekleştirmiş olduğu fiil ile bir suça vücut vermekte fakat gerçekleştirdiği fiile yönelik olarak irade yeteneğinin ortadan kalkmış veya genel olarak etkilenmiş olması dolayısıyla mazur görülmektedir²⁰⁹. Zorunluluk halinden söz edilebilmesi için öncelikle ortada bir tehlikenin olması gerekmektedir. Tehlike ağır ve muhakkak, gerek kişiye gerekse başkasına ait bir hakka yönelik, kişinin bilerek neden olmadığı nitelikte olmalıdır. Kişinin ayrıca tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir. Tehlikeye ilişkin söz konusu niteliklerin varlığı yanında kişinin korunmaya yönelik olarak başka suretle korunma olanağının bulunmaması ve tehlike ile korunma arasında bir oranın bulunması gerekmektedir. İrtikâp suçu bakımından zorunluluk halinden söz etmenin mümkün olmadığı söylenebilir.

Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi hali idarenin hiyerarşik yapısı içinde yer alan astlık-üstlük ilişkisinin bir sonucudur. Hiyerarşik yapı içinde ast üstün vermiş olduğu hukuka uygun emri yerine getirmek zorundadır. Astın üstün vermiş olduğu emirleri yerine getirme yükümlülüğü vardır. Ast üstün emri ile bağlı hareket etmektedir. Fakat üstün vermiş olduğu hukuka aykırı emrin varlığı halinde ast emri hemen yerine getirmeyerek emrin hukuka aykırı olduğunu amirine bildirmelidir. Üst emrinde ısrar eder ve emrini yazılı olarak yenilirse ast emri yerine getirir bu halde astın sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu halde astın emri yerine getirmeme konusunda iradesinin olmadığı kabul edilir. Ast üstün emri ile bağlı olduğundan ötürü mecburi olarak emri yerine getirmiştir²¹⁰. Bu noktada konusu suç olan bir emrin yerine getirilmesi hiçbir şekilde astın sorumluluğunu kaldırmaz. Bu açıdan üstün verdiği irtikâp suçunu işlemeye yönelik emir kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edilemez.

Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması kusurluluğu etkileyen özel bir hal olarak kabul edilmiştir. Meşru savunma bakımından bulunması gereken saldırı ve savunma arasındaki oran kişinin içinde bulunduğu heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılmaktadır. Kişinin savunmasına yönelik hareketleri heyecan, korku ve telaş nedeniyle saldırıyı defedecek derecenin üstüne çıkması halinde, kişi mazur görülecek ve cezalandırılmayacaktır. Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması

²⁰⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 378

²¹⁰ Koca/Üzülmez, s.290

halinde kişinin irade yeteneğini sağlıklı bir şekilde kullanamadığı kabul edilmektedir²¹¹. Kusurluluğu etkilenen bu halin irtikâp suçunda ortaya çıkmasının pek mümkün olmadığı söylenebilir.

Haksız tahrik, haksız bir fiilin kişide oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisinde kalarak suç işlemesidir²¹². Haksız tahrik altında olan kişinin kusur yeteneğinin etkilendiği söylenebilir. Kişi içinde bulunduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisinde kalarak algılama ve irade yeteneğini kontrol edememektedir. Normal şartlarda söz konusu davranışları sergilemeyecek olan bir kişi kusur yeteneğinin azalmasına bağlı olarak suç olan bir fiili gerçekleştirmektedir²¹³.

Kişi haksız tahrik altında işlemiş olduğu suçu haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlemiş olmalıdır. Haksız tahrik altında suç işlenmesi halinde kişiye ceza verilecek fakat ceza miktarında kusur yeteneğinde azalma nedeniyle indirimde gidilecektir. İrtikâp suçu bakımından haksız tahrik söz konusu olması halinde kamu görevlisinin cezasında indirimde gidilecektir.

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir halin maddi şartlarında hataya düşülmesi halinde, hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Somut olayda kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir nedenin koşullarının oluştuğu konusunda yanılma halinde bu yanılığın kişi tarafından kaçınılmaz olup olmadığı belirlenmelidir²¹⁴. Yanılgı kişi açısından kaçınılmaz ise kişi içinde düştüğü hatadan yararlanır. Hata halinde kişi kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir halin var olduğunu düşünerek hareket etmektedir. Fakat somut olayda kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir hal oluşmamıştır.

Kusurluluğu etkileyen diğer bir hata hali de haksızlık yanılığısıdır. Haksızlık yanılığısı, kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenince kabul edilmeyen, yasaklanan bir fiil olduğunu bilmemesidir²¹⁵. Bu halde kişi fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmemektedir. Haksızlık yanılığısı kişi açısından kaçınılmaz olup olmadığı belirlenmelidir. Kaçınılmaz haksızlık yanılığısı kişinin kusurluluğunu kaldıracaktır. Hata kaçınılmaz nitelikte ise kusurluluk kalkmayacağından failin gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı cezalandırılması gerekecektir. İrtikâp suçu bakımından kusurluluğu etkileyen hata halleri söz konusu olabilir. Örneğin, kamu görevlisi

²¹¹ Koca/Üzülmez, s.297

²¹² Özgenç, Genel Hükümler, s. 396; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.529; Koca/Üzülmez, s.301

²¹³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 397; Koca/Üzülmez, s.301

²¹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 415

²¹⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 416-417; Koca/Üzülmez, s.309

üstü tarafından verilen irtikâp fiilini gerçekleştirmesine yönelik emri hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emir olarak kabul ederek irtikâp suçunu işlemesi halinde kamu görevlisinin kusurluluğu kaldıran bir halin var olduğu yönünde kaçınılmaz bir hatası olduğu belirlenmesi halinde kamu görevlisi cezalandırılmayacaktır. Kamu görevlisi gerçekleştirdiği irtikâp fiillerinin haksızlık oluşturduğunu bilmemesi halinde kaçınılmaz bir yanlgısı olup olmadığı belirlenecektir. Kamu görevlisi söz konusu durumda kaçınılmaz bir hata içinde olduğu söylenebiliniyorsa kişi haksızlık yanlgısından yararlanabilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İRTİKÂP SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, MUHAKEME ve YAPTIRIM

3.1. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

3.1.1. TEŞEBBÜS

Suçlar genellikle belli bir süreç içerisinde işlenmekte, fail suç işlerken belli bir yolu izlemektedir. Failin izlediği bu yola suç yolu, “*iter criminis*” denmektedir²¹⁶. Bir suç işleme kararı ile suç yoluna giren fail, bu kararını icra etmeye yönelik hazırlık hareketlerini tamamladıktan sonra, suçun icra hareketlerini gerçekleşmesiyle veya suç tanımında belirtilen neticenin ortaya çıkmasıyla suç yolunun sonuna gelmiş olmaktadır. Suç yolunun sonuna gelinmesi suçun tamamlanması anlamına gelmektedir.

Suç işlemek için başlanmış olan icra hareketlerinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış veya kanuni tanımda gösterilmiş olan neticenin meydana gelmemiş olması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır. Teşebbüs, failin icrai hareketlere başlaması ile suçun tamamlanması arasında ortaya çıkmaktadır.

Türk Ceza Kanununun m. 35’te teşebbüs:

“Kişi işlemeyi kast ettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Suçta teşebbüs halinde faili meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Ceza kanunun özel hükümler kısmında, yer alan tipe uygun fiillerden dolayı kişinin cezalandırılabilmesi için ya icrai hareketin tamamlanmış olması ya da suçun kanuni tanımında belirtilen neticenin meydana gelmiş olması gerekmektedir. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda, kanuni tanımında belirtilen maddi unsurlar bakımından eksik kalan noktalar söz konusudur. Teşebbüs aşamasında kalmış suç sırf hareket suçu ise suça yönelik icrai hareketin tamamlanmamış olması; teşebbüs aşamasında kalmış suç neticeli bir suç ise icra hareketlerinin tamamlanamamış olması veya icra hareketleri tamamlanmış olsa bile neticenin

²¹⁶

Özgenç, Genel Hükümler, s. 421; Koca/Üztülmez, s.368

meydana gelmemiş olması eksik kalan noktalardır²¹⁷. Failin suç işlemek amacıyla harekete geçmesi sonrası elinde olmayan nedenlerle kanuni tanımda belirtilen maddi unsurlarda eksik noktaların varlığı halinde kişi cezasız mı kalacaktır? Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, teşebbüs aşamasında kalan suçlardan dolayı failin cezalandırılabilmesi ancak kanuni düzenlemelerle mümkün olabilecektir. Teşebbüse ilişkin hükmün ceza kanununda yer verilmesinin nedeni de budur. Bu bakımdan teşebbüs hükümleri cezai sorumluluğu genişletici hükümlerdir²¹⁸. Ceza kanununda yer alan teşebbüse ilişkin hüküm tek başına uygulanabilirliği olan bir hüküm olmayıp, bir suç tipinin tanımlandığı kanun hükmüyle birlikte uygulanabilirliği mümkün olan bir hükümdür²¹⁹. Bu yüzden teşebbüs hükümleri yardımcı norm niteliğindedir²²⁰.

Teşebbüsten söz edilebilmesi için kasten işlenebilen bir suçun varlığına ihtiyaç vardır²²¹. Bu yüzden taksirli suçlarda ve kabahatlerde teşebbüsten söz edilemez. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından kast, tamamlanmış suçlar bakımından öngörülen kastta göre farklı bir özellik arz etmez. Başka bir anlatımla teşebbüse ilişkin kast, işlenen suçu teşebbüs aşamasında bırakmaya yönelik değildir²²².

Teşebbüsün varlığı için failin kastettiği suçun icrasına “elverişli hareketlerle” doğrudan doğruya başlaması gerekmektedir. Elverişlilik, failin kast ettiği suçun neticesini meydana getirebilecek hareketlerin icra edilmesidir²²³. Elverişlilik doğrudan doğruya fiille ilgilidir. Kast edilen suç bakımından kullanılan araç fiile elverişlilik özelliği sağlayabilir²²⁴. Kanunun gerekçesinde bu husus, “suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere tüm fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye suça

²¹⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 458; Koca/Üzülmez, s. 369

²¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 421; Demirbaş, s. 401; Koca/Üzülmez, s. 369; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 435; Hakeri, Genel Hükümler, s. 345; Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s.46; Soyaslan, Doğan, Teşebbüs Suçu, İstanbul 1994, s. 22

²¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.597; Koca/Üzülmez, s. 369; Sözüer, s. 46;

²²⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 422; Koca/Üzülmez, s. 370; Sözüer, s. 46-47

²²¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 421-422; Centel/Zafer/Çakmut, s. 448; Koca/Üzülmez, s. 373

²²² Özgenç, Genel Hükümler, s. 422; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.600; Centel/Zafer/Çakmut, s. 448; Demirbaş, s. 403; Koca/Üzülmez, s. 373

²²³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 429-430; Koca/Üzülmez, s. 378-379

²²⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 430; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.613-614; Koca/Üzülmez, s. 379

teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden “uygun hareketler” kavramı ilave edilmiştir” şeklinde ifade edilmiştir. Failin yaptığı hareketin o suçu gerçekleştirmek bakımından elverişli olup olmadığının tespiti failin yapıldığı andaki şartların, somut olayın değerlendirilmesiyle mümkündür²²⁵.

Suç yoluna giren fail öncelikle suçu işleme konusunda bir karar verir. Bu evre failin dış dünyaya yansımaya dönüşme, karar alma kısmı olup bu evre bakımından fail cezalandırılmaz. Bir suç işleme kararının bildirilmesi de tehdit vs. içermiyorsa suç olarak kabul edilmez²²⁶. Fail suç işleme kararını verdikten sonra bilgi toplamaya başlar, suç aletini tedarik eder, suçu nasıl işleyeceği konusunda planlar yapar, işte bu aşama hazırlık hareketleri evresidir. Kanunda ayrıca yazılı bir suçu oluşturmuyorsa kural olarak bu evrede de fail cezalandırılmaz. Çünkü fail henüz yasanın yasakladığı alana girmemiştir. Ancak beyaz alandan siyah alana doğru ilerlemektedir. Hazırlık hareketlerinin ardından fail yaptığı plan çerçevesinde suçu gerçekleştirmek için icrai hareketlere başlamaktadır. Bundan sonra ya fail icra hareketleri evresinde elinde olmayan sebeplerle icrai hareketlerini tamamlayamayacak; ya da icra hareketlerini tamamlasa bile netice meydana gelmeyecek veyahut da netice gerçekleşecek ve suç tamamlanacaktır.

Ceza hukukunda sorumluluk alanı icra hareketleri ile başlamaktadır. Teşebbüsünde ortaya çıkabilme anı icra hareketlerine başlama anıdır. Bu andan sonra kastedilen suça teşebbüs söz konusu olabilir, bu andan önce suça teşebbüs söz konusu olamaz. Bu husus teşebbüse ilişkin hükümde “*doğrudan doğruya icraya başlayıp*” kavramıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

Teşebbüste, kast edilen ve doğrudan doğruya icrasına başlanılan suçun failden kaynaklanmayan bir sebepten ötürü icrasının tamamlanamaması veya neticesinin gerçekleşmemesi gerekmektedir. Kanunda yapılan tanımlarına göre suçlar ya icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi ya da neticenin meydana getirilmesiyle tamamlanır. Sırf hareket suçu olarak tanımlanan, suç tanımında neticeye yer verilmeyen suçlar, bakımından teşebbüs, kanuni tanımda belirtilen icrai hareketin tamamlanmasına kadar geçecek sürede söz konusu olacaktır. Bu süre dilimi içinde failden kaynaklanmayan bir nedenle icrai hareket yarıda kalmışsa suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Neticeli suç olarak tanımlanan, suç tanımında neticeye yer verilen suçlar, bakımından teşebbüs, ise kanuni tanımda belirtilen

²²⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 430; Koca/Üzülmez, s. 378-379; Soyaslan, Teşebbüs, s.109-110; Sözüer, s.187

²²⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s. 348-349

neticenin gerçekleşmesine kadar geçecek sürede söz konusu olacaktır. Bu süre dilimi içinde failden kaynaklanmayan bir nedenle, sırf hareket suçlarında olduğu gibi, kanuni tanımda belirtilen icrai hareketinin yarıda kalması veya neticenin gerçekleşmemesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Failden kaynaklanmayan neden, failin iradesine dayanmayan onun iradesinin dışında ortaya çıkan bir nedendir. Örnek olarak, failin suça yönelik icrai hareketlere başladıktan hemen sonra veya netice meydana gelmeden hemen önce güvenlik güçlerince yakalanması verilebilir.

Kast edilen ve doğrudan doğruya icrasına başlanılan suçun failden kaynaklanan bir nedenden ötürü icrasının tamamlanamaması veya neticesinin gerçekleşmemesi halinde teşebbüsten söz edilemez. Bu halde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 36. maddesinde düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme söz konusu olur. Gönüllü vazgeçme kanunda; *“fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya neticenin gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”* şeklinde yer almaktadır. Gönüllü vazgeçme, failin kast ettiği suçun icra hareketini sürdürmemesi veya icra hareketleri tamamlandıktan sonra kendi iradesi doğrultusunda neticenin doğmasını engellemesidir²²⁷. Fail suçun tamamlanmasına kadar geçecek süre zarfında gönüllü vazgeçmede bulunabilir. Hukuki niteliği itibarıyla, gönüllü vazgeçme şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilir²²⁸. Gönüllü vazgeçme açısından, failin her hangi bir dış unsurdan kaynaklanan bir sebebe dayalı olarak fiili gerçekleştirmekten vazgeçmesi önem taşımamaktadır. Failin suç yolunda ilerlememesinin, neticenin doğmasını engellemesinin sebebi kendi vazgeçmesinden kaynaklanmalıdır. Vazgeçme failin iradesiyle doğrudan doğruya bağlantılıdır. Fail kendi iç muhasebesi sonucu gerçekleştirdiği fiilden ötürü pişmanlık duyması gerekmektedir.

Gönüllü vazgeçmeye kadar geçen süre içinde oluşan fiil kanunda başka bir suça vücut vermesi halinde o suçtan dolayı fail cezalandırılır. Başka bir anlatımla, eğer failin vazgeçtiği noktaya kadar tamamlanmış hareketler başka bir suçu oluşturuyorsa, fail o suçtan ötürü cezalandırılacaktır.

Suç tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme söz konusu olamaz. Suç tamamlandıktan sonra fail, gerçekleştirmiş olduğu davranıştan dolayı pişmanlık duyarak ortaya çıkan zararı gidermesi, hoş olmayan durumu eski hale getirmesi halinde etkin pişmanlıktan söz edilir.

²²⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 465; Koca/Üzülmez, s. 386; Sözüer, s. 235

²²⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 439; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.622; Koca/Üzülmez, s. 386; Sözüer, s. 240

Etkin pişmanlık hali 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda genel hükümler kısmında düzenlenmiş genel nitelikte bir hüküm değildir. Bu yüzden etkin pişmanlığın her suç tipi için uygulanabilme imkânı yoktur. Etkin pişmanlığa ilişkin hükümler kanunun özel hükümler kısmında yer alan bazı suç tipleri için ilgili maddelerde öngörülmüştür.

İhmali suçlarda teşebbüsten söz edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazara göre ihmali suçlara teşebbüs mümkün değildir²²⁹. Bu yazarlara göre, failin ihmali hareketi gerçekleştirmeye yönelik iradesi bulunmadığı için bir fiil kastından söz edilemez. Bu yüzden de kanuni tanımda belirtilen neticenin gerçekleşmemesi halinde fail teşebbüsten dolayı sorumlu tutulamaz²³⁰. Diğer bir kısım yazarlar ise görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğu fakat gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını belirtmektedirler²³¹. Başka bir yazara göre ise hem görünüşte ihmali suçlara hem de gerçek ihmali suçlara teşebbüs mümkündür²³². Doktrinde çoğunluk görüş, görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu, gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını belirten görüştür.

İrtikâp suçu bakımından teşebbüs değerlendirilecek olunursa; icbar ve ikna suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs mümkün olduğu söylenebilir²³³. Yargıtay da irtikâp suçuna teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmektedir²³⁴.

²²⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 438; Koca/Üzülmez, s. 384

²³⁰ Koca/Üzülmez, s. 384

²³¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.627-628; İçel/ Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Suç Teorisi, s.351; Hakeri, Genel Hükümler, s.293-294; Hakeri, İhmal ve İhmal Suçlar, s. 263 vd.; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.:II-III, 2. Bası, İstanbul 1992, s.429

²³² Soyaslan, Genel Hükümler, s. 328 vd.

²³³ Tezcan/Erdem/Önok, s.753; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 506; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 677; Üzülmez, İrtikâp Suçu, s. 292; Turabi, s.113; Özgenç, Ekonomik Çıkar, s. 175; Erman/Özek, s.82

²³⁴ Yargıtay'a göre, mağdur icbar veya ikna nedeniyle değilde failin yakalanması amacıyla yarar sağlama vaadinde bulunulması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. "Sübutu kabul edilen olayda; ayağının kırılması nedeniyle 17.05.2000 gecesi Denizli Devlet Hastanesine yatırılan müştekinin babası ertesi gün muayene edip ameliyat edilmesi gerektiğini, ancak el emeği 300-350 milyon lira alacağını söyleyen, istediği bu paranın tedarik edilmemesi nedeniyle ameliyatı 22.05.2000 gününe kadar geciktiren, bundan sonra da "para vermezsen babanı taburcu etmeyeceğim" diyerek taburcu işlemi geciktiren sanık doktorun süregelen icbarına maruz kalan müştekinin, haksız menfaat sağlamayı düşünmeyip sanığın yakalanmasını temin etmek amacıyla para vermeye rıza göstermiş gibi görünüp aynı gün durumu polise intikal ettirerek aldığı talimat üzerine 150.000.000 lirayı vererek sanığı yakalattığı, bu itibarla sanığın

Hareket unsuru olarak icrai nitelik taşıyan icbar ve ikna suretiyle irtikâp açısından kanuni tanımda netice yer verilmiştir. İrtikâp suçunun bu iki şeklinde fail kast ettiği icbar etme ve gerçekleştireceği hileli davranışlarla ikna etme şeklindeki hareketler ile icrai nitelikteki hareketleri sergilemeye başlamaktadır. İcbar ve ikna suretiyle irtikâp yararın sağlanması veya yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulmasıyla tamamlanmaktadır²³⁵. Failin gerçekleştirmeye başladığı icbar veya hileli davranışla ikna hareketlerinin failden kaynaklanmayan bir nedenden ötürü yarıda kalmaları veya söz konusu hareketlerin tamamlanmış olsalar da yararın sağlanmaması veya yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulmaması halinde teşebbüsün olduğu söylenebilir. Örneğin; failin karşı tarafı, hazırlamış olduğu sahte evrakları kullanmak suretiyle iknaya yönelik sözler söylediği esnada durumun başka bir kamu görevlisi tarafından anlaşılacak failin hareketinin sona ermesinde olduğu gibi veya failin karşı tarafı manevi olarak zor durumda bırakacak nitelikte hareketi sergiledikten sonra karşı taraf yarar sağlama vaadinde bulunmadan veya yarar sağlamadan olaya güvenlik güçlerinin müdahale etmesinde olduğu gibi.

eyleminin cebri irtikâba eksik kalkışma (teşebbüs) derecesinde kaldığı gözetilmeden tamamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg. 5. CD. 11.07.2001, 3098/4859; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 509) “Tedaş Derik İşletme Şefliğinde görevli sanığın kasap olan müşterinin iş yerine giderek denetim yaptığı, elektrik gücünün olması gerekenden az olduğunu, bunun yükseltilmesi için 70.000.000 lira vermesi gerektiğini ve aksi takdirde elektriğinin kesileceğini belirtmek suretiyle cebri irtikâp suçunu işlediği iddia ve kabul edilmiş ise de; sanığın talebi karşısında müşterinin henüz para vermeden ve açıkça bir çıkar sağlama vaadinde bulunmadan durumdan şüphelenip konuyu C. Savcılığına intikal ettirdiği, aldığı talimat üzerine suçun tespiti amacıyla paranın verilmesinden sonra sanığın yakalandığının tüm dosya içeriğinden ve müşteki beyanlarından anlaşılmasına göre, olayda sanığın belli yoğunluğu ve icbar boyutuna varan söz ve davranışı bulunmadığından cebri irtikâp suçunun unsurlarının oluşmadığı, bilirkişi raporunda ek güç tesisi ve dolayısıyla ek tesise iştirak bedeli ve teminat ödemenin gerekmediği savunmada ileri sürüldüğü gibi bağlı gücün yükseltilmesinin gerekmesi halinde dahi Mardin Elektrik Dağıtım Müessesinin yazılarına nazaran ödenmesi gereken paranın istenenden az olduğu, sanığın bu şekilde sabit olan vazifesini suiistimal ederek parayı isteme eyleminin menfaatin sağlanmaması veya bu yolda vaadin bulunmaması ve paranın sanığın yakalanması gayesiyle verilmesi sebeplerinden dolayı TCK'nin 209/2. ve 61. maddelerine uyan ikna suretiyle irtikâba eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde cebri irtikâptan hüküm kurulması” (Yarg. 5. CD. 19.01.2004, 2003/5268 E.-2004/37 K.; Meran, s.192)

²³⁵ Her ne kadar gerekçede, “yarar vaadinde bulunulması halinde de, kamu görevlisinin tamamlanmış icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu durumda aslında icbar suretiyle irtikâp suçu henüz tamamlanmamıştır; ancak, izlenen suç politikası gereğince, failin tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür” denilmişse de Tezcan/Erdem/Önok, yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulmasıyla suçun tamamlanacağını, yararın sağlanmasıyla da suçun sona ereceğini belirtmektedir. (Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 753)

İcbar ve ikna suretiyle irtikâp bakımından gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Failin gerçekleştirmeye başladığı icbar veya hileli davranışla ikna hareketinin kendinden kaynaklanan bir nedenden ötürü yarıda bırakması veya söz konusu hareketi tamamlamış olsa da yarar sağlanmasını veya yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulmasını engellemesi halinde gönüllü vazgeçmenin olduğu söylenebilir. Örneğin, failin karşı tarafı ikna etmeye yönelik yalanları söylemeye başladıktan sonra karşı taraf yarar sağlama veya yarar sağlama yönünde vaatte bulunmadan yalan söylemeyi bırakmasında olduğu gibi. Gönüllü vazgeçme açısından, failin geldiği noktaya kadar gerçekleştirdiği fiil kanunda başka bir suç oluşturuyorsa o suç açısından cezalandırılması söz konusu olacaktır. Örneğin, failin ikna suretiyle irtikâp suçunu işlemeye başladıktan sonra gönüllü olarak icrai hareketlerini tamamlamaması halinde vazgeçme anına kadar fail tarafından kullanılan sahte evraklar bakımından evrakta sahtecilik suçundan dolayı ceza verilmesi söz konusu olacaktır.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu ihmali nitelikte bir suç olduğu ilgili bölümde belirtilmiştir. Doktrinde, gerçekleşme ihtimali çok düşük olmasına rağmen hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından da teşebbüsün söz konusu olabileceği kabul edilmektedir²³⁶.

İrtikâp suçu bakımından kanun koyucu etkin pişmanlık hükmüne yer vermemiştir. Aynı bölüm altında yer almasına rağmen zimmet ve rüşvet suçları açısından etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlenmesi ancak irtikâp suçu için düzenlenmiş olmaması düşündürücüdür. Bu noktada kanun koyucunun irtikâp suçu bakımından da etkin pişmanlık hükümlerine yer vermesinin yerinde olacağı söylenebilir²³⁷.

3.1.2. İŞTİRAK

Ceza kanunundaki suç tanımlarına bakıldığında, büyük bir bölümünün tek kişi tarafından işlenebilecek fiiller şeklinde düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Somut olaylarda ise çoğu zaman kanunda tanımlanmış olan fiil, doğrudan veya dolaylı olarak bir araya gelen birden fazla kişi tarafından işlenmektedir. Suça iştirak olarak isimlendirilen bu halde, suçun

²³⁶ Tezcan/Erdem/Önok , s. 753

²³⁷ Yenidünya, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, Sayı 5, Ocak 2005, s.125; Mahmutoğlu, Fatih Selami, TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, TBB, Ankara 2004, s.376-377

işlenişine katkıda bulunan her kişinin cezalandırılması gerekecektir²³⁸. Suça iştirak, suç oluşturan bir fiilin gerçekleşmesine katılan birden fazla kişinin, suç ortağı olarak sorumluluk statülerinin belirlenmesini sağlamaktadır. Bir suçun işlenmesine katılan birden çok kişinin suçun işlenişinde buldukları katkılarının normatif olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, iştirak şekilleri suça katılanların sorumluluk statüleri olarak nitelendirilmektedir²³⁹.

İştirak şekilleri genel olarak faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır. Fail, kanunda tanımı yapılmış olan suçu tüm unsurlarıyla birlikte gerçekleştiren kişidir. Faillikte, kendi içinde doğrudan (müstakil) faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Doğrudan faillik, suçun kanuni tanımında yer alan fiili tek başına ve bizzat gerçekleştiren olarak tanımlanabilir²⁴⁰. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 37. maddesinin ilk fıkrasında müşterek faillik, ikinci fıkrasında dolaylı faillik tarif edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 37. maddesi;

“(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

²³⁸ Bazı suçlar, zorunlu olarak ancak birden çok kişinin ortak katılımıyla gerçekleşebilirler. Bu tip suçlara “çok failli suçlar” adı verilir. Bu tip suçları iştirakle karıştırmamak gerekmektedir. Çok failli suçlar iştiraktan farklıdır. Birden çok kişinin fail olarak katılımının zorunlu olduğu çok failli suçlar da kendi içinde yakınsama suçları ve karşılaşma suçları olmak üzere iki gruba ayrılır. Yakınsama suçlarında, zorunlu olarak suçun işlenişine katılımda bulunan kişiler, aynı yönde hareket etmektedirler ve aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Yakınsama suçları yapıları itibarıyla kanuni tanıda belirtilen kişi sayısı sağlanmadığı sürece işlenmiş sayılmaz. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220/1. maddesinde düzenlenmiş olan “suç işlemek için örgüt kurma” suçunun işlenebilmesi için en az üç kişiye ihtiyaç vardır. Karşılaşma suçlarında ise, zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar, yine aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler; fakat bu defa aynı gayede birleşmek üzere farklı yönlerden hareket etmektedirler ve suçun işlenişine buldukları katkılar da birbirinden farklı nitelik taşımaktadırlar. Örneğin; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 188/3. maddesinde düzenlenmiş olan “uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti” suçunda birisi satan veya bağışlayan, diğeri satın alan veya kabul eden olmak üzere en az iki kişinin varlığına ihtiyaç vardır.

Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 446-448; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.481-482;İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözler/Mahmutoglu/Ünver, s.368

²³⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 449

²⁴⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 449; Koca/Üzülmez, s. 400; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 485

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Buna göre müşterek faillik, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak birden çok kimsenin suçun icrai hareketlerini gerçekleştirerek suçun kanuni tanımında belirtilmiş olan fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmalarıyla ortaya çıkan iştirak şekli olarak tanımlanmaktadır²⁴¹. Müşterek faillik açısından, suça katılan her kişinin müşterek fail statüsünde yer alabilmesi için fiilin birlikte icra edilmesine ve birlikte suç işleme kararının varlığına ihtiyaç vardır.

Müşterek faillik kısaca suçun kanuni tanımında yer alan icrai hareketlerin birlikte gerçekleştirilmesidir. Müşterek failler, almış oldukları birlikte suç işleme kararı doğrultusunda aralarındaki işbölümüne bağlı olarak suçun icrai hareketleri üzerinde müşterek hâkimiyetleri söz konusu olmaktadır²⁴². Müşterek faillerden her biri suçun icrasına ilişkin, suç işleme kararının öngördüğü, işbölümü çerçevesinde kendisine düşen katkıyı sağlayarak suça iştirak etmektedir. İş bölümü, işlenecek olan suçun kolaylaştırılması veya başarısızlıkla sonuçlanması olasılığını en aza indirmeye yöneliktir²⁴³. Birlikte suç işleme kararı doğrultusunda işbölümünün öngördüğü katkıyı, işlenen suçta sağlaması nedeniyle her müşterek failin karşılıklı olarak sorumlulukları söz konusu olmaktadır²⁴⁴. Müşterek failler, suçun işlenişindeki katkıları kapsamında, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların tümünü tek başlarına gerçekleştirmeleri zorunlu değildirler. Aralarındaki işbölümü bağlamında, müşterek faillerden her biri suçun maddi unsurlarından sadece bir kısmını gerçekleştirerek de fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurabilir. Somut olayda müşterek failliğin tespiti bakımından, suçun icrasında bulunulan katkının suçun başarıyla işlenebilmesi için zorunluluk arz edip etmediğine bakılmalıdır²⁴⁵.

Müşterek faillik bakımından gerekli diğer bir şart, müşterek fail olarak kabul edilecek kişiler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Kişilerin kendi aralarında almış oldukları bu karar belli bir fiilin gerçekleştirilmesi ve neticenin ortaya çıkmasına yönelik olmalıdır. Müşterek failler, söz konusu fiili birlikte işlemekte oldukları yönünde irade birliği içinde olmaları gerekmektedir. Müşterek faillerden her birinde birlikte suç işleme yönünde

²⁴¹ Koca/Üzülmez, s. 401

²⁴² Özgenç, Genel Hükümler, s.451; Centel/Zafer/Çakmut, s. 511-512

²⁴³ Koca/Üzülmez, s. 401

²⁴⁴ Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s. 261 vd.

²⁴⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.453; Koca/Üzülmez, s. 402

kast olmalıdır. Birlikte suç işleme kararı suçun icrasından önce ortaya çıkabileceği gibi suçun icrası esnasında da ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, müşterek faillerin birbirlerini tanıyor olmalarının bir önemi yoktur. Müşterek faillik bakımından önemli olan birlikte suç işleme kararı doğrultusunda fiil üzerinde müşterek hâkimiyetin kurulmasıdır²⁴⁶.

Gerçek özgü suçlar bakımından müşterek faillik söz konusu olabilmesi için faillerden her birinin kanun koyucunun suç tanımında yer verdiği özel faillik vasfını taşıması gerekmektedir. Görünüşte özgü suçlar bakımından ise böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Görünüşte özgü suçlarda, özel faillik vasfı taşımayan kişiler de müşterek fail olarak suça iştirak edebilir²⁴⁷.

İhmalî suçlar bakımından da müşterek faillik mümkündür. Birlikte suç işleme kararı etrafında toplanmış, bir neticenin önlenmesi bakımından yükümlülük altında olan birden fazla kişinin söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmeyerek kanuni tanımda öngörülen neticenin meydana gelmesine neden olmaları halinde müşterek faillik söz konusu olacaktır²⁴⁸.

Failliğin diğer bir türü de dolaylı failliktir. Dolaylı faillik; bir suçun, bir başkasının araç olarak kullanılmasıyla işlenmesi halinde söz konusu olur. Dolaylı faillikte, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren kişi ile bu kişi ve gerçekleştirdiği icrai hareketler üzerinde hâkimiyet kuran diğer kişi karşımıza çıkmaktadır. Dolaylı fail, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren kişi ve bu kişinin gerçekleştirdiği icrai hareketler üzerinde hâkimiyet kuran kişidir²⁴⁹. Dolaylı fail, bir suçun işlenmesinde araç olarak kullandığı kişi üzerinde hâkimiyet kurmakta ve hâkimiyetinin sonucu olarak işlenen suçun tüm aşamalarını bizzat kontrol altında tutmaktadır. Dolaylı faillik, bir kişinin cebir veya tehditle zorlanmasıyla, yanılmasıyla veya kişinin kusur yeteneğinin olmamasından kaynaklanabilmektedir.

İştirakin faillikten sonraki diğer şekli şerikliktir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda şeriklik türü olarak azmettirme ve yardım etme düzenlenmiştir. Bir suçun azmettiren ile o suçun işlenmesine yardım eden, fail olarak kabul edilmez. Azmettiren kişi ile yardım eden kişi suçun icrasına katılmakla beraber suçun işlenişinde buldukları katkı, suçun oluşması bakımından yeterli görülmektedir. Suçun icrasına katılmakla beraber söz konusu kişilerin

²⁴⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.463; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.643-644; Centel/Zafer/Çakmut, s. 512-513; Demirbaş, s. 442; Koca/Üzülmez, s. 403

²⁴⁷ Koca/Üzülmez, s. 145

²⁴⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.474; Koca/Üzülmez, s. 405; Hakeri, İhmal ve İhmalî Suç, s. 281

²⁴⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 475; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.649; Centel/Zafer/Çakmut, s. 513; Demirbaş, s. 447; Koca/Üzülmez, s. 406; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 491; Hakeri, Genel Hükümler, s. 327

işlenmiş olan suçtan dolayı cezalandırılabilmeleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 40. maddesinde düzenlenmiş olan bağlılık kuralı ile sağlanmaktadır²⁵⁰. Failin işlemiş olduğu suçtan dolayı doğrudan doğruya sorumluluğu söz konusuysen, şeriklerin sorumluluğu faille bağli olarak, bağlılık kuralı gereğince ortaya çıkmaktadır²⁵¹. Bağlılık kuralı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 40. maddesinde;

“(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” şeklinde düzenlenmiştir.

Bağlılık kuralı, şerikin suçtan dolayı sorumluluğunu sağlamaya yöneliktir. Failin kanuni tanımında belirtilmiş olan fiili gerçekleştirmesi ile oluşan suçtan dolayı şerikin sorumluluğu, faille olan kişisel bağlantısından kaynaklanmaktadır. Şerikin, faille kişisel bağlantısı bağlılık kuralı ile açıklanmaktadır. Fiil üzerinde hâkimiyet kurulamadığından veya özgü suç olması nedeniyle özel faillik niteliği taşınmadığından ötürü kişinin fail olarak kabul edilemediği durumlarda suçtan dolayı sorumluluğunun doğması bağlılık kuralı ile mümkün olmaktadır. Bu husus doktrinde bağlılık kuralının çifte fonksiyonu olarak kabul edilmektedir²⁵². Şerikin sorumluluğunun ortaya çıkmasını sağlayan bağlılık kuralının söz konusu fonksiyonun işleyebilmesi için kasten işlenmiş ve hukuka aykırı bir fiilin varlığına ihtiyaç vardır²⁵³.

Özgü suçlara iştirakle ilgili, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 40/2. maddesinde yer alan düzenlemede, özgü suçlarda ancak özel faillik sıfatı taşıyabilenlerin fail olarak kabul edilebileceği, suçun işlenmesine katılan diğer kişilerin gerçekleştirdikleri katkıya göre ya azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacakları belirtilmiştir. Bağlılık kuralının çifte fonksiyonundan kaynaklanan bu halde özgü suça katılanlar şerik olarak cezalandırılacaklardır²⁵⁴.

²⁵⁰ Demirbaş, s.450

²⁵¹ Özgenç, İştirak, s. 141

²⁵² Özgenç, Genel Hükümler, s. 487; Koca/Üzülmez, s. 417; Özgenç, İştirak, s. 142

²⁵³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 487; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.650

²⁵⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 488; Koca/Üzülmez, s. 420

Şeriklik türü olarak azmettirme Türk Ceza Kanununun 38. maddesinde;

“(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükümlenabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Azmettirme aynı maddenin gerekçesinde; “belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. Azmettirme, suç işleme konusunda herhangi bir düşüncesi olmayan failin suç işleme yönünde karar almasının sağlanmasıdır²⁵⁵. Azmettiren kişi, fail üzerinde manevi baskı kurmakta onu suç işlemeye yönlendirmektedir. Azmettiren kişi fiil üzerinde doğrudan bir hâkimiyet kurmamakta, sadece failin iradesini etkilemektedir. Azmettiren bağıllık kuralı gereğince, faille olan kişisel bağlantısı nedeniyle ortaya çıkan suçtan dolayı sorumlu olmaktadır.

Azmettirmenin özü bir kişiye suç işleme kararının verdirilmesidir. Azmettirme kasten yapılmalıdır. Azmettirenin kastı failde suç işleme konusunda karar oluşturmaya yönelik olmalıdır²⁵⁶. Kişi, daha önceden azmettirilen suçu işlemek için karar vermişse artık azmettirmeden söz edilemez. Bu durumda ya azmettirmeye teşebbüs ya da manevi yardımda bulunma söz konusu olur²⁵⁷.

Azmettiren, failin belli bir kişiye karşı belli bir suçu işlemesi konusunda karar almasını sağlamalıdır. Belli bir suçu işleme konusunda karar alan fail, fiili kasten ve hukuka aykırı olarak işlemesi gerekmektedir. Azmettirmeden söz edilebilmesi için maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş bir fiilin varlığına ihtiyaç vardır.

²⁵⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 515

²⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.655; Demirbaş, s. 454

²⁵⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 477-478; Centel/Zafer/Çakmut, s. 515; Koca/Üzülmez, s. 388

Azmettiren kişinin sorumluluğunun doğabilmesi için azmettirilen kişinin işlemiş olduğu suç tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olmalıdır²⁵⁸.

Şerikliğin diğer bir türü olan yardım etme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 39. maddesinde;

“(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur.

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” şeklinde düzenlenmiştir.

Yardım etme, bir başkası tarafından işlenmekte olan kasti bir suçun kasten desteklenmesi olarak tanımlanabilir²⁵⁹. İşlenen suçta faillik ve azmettirme olarak değerlendirilemeyecek her türlü katkı yardım etme olarak kabul edilebilir. Yardım eden kişinin fiil üzerinde doğrudan bir hâkimiyeti söz konusu değildir. Yardım eden kişinin sorumluluğu tamamen fail ile olan kişisel ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Yardım edenin cezalandırılabilmesi bağlılık kuralı gereğince fiilin tamamlanmasına veya teşebbüs aşamasında kalmasına bağlıdır²⁶⁰. Yardım etme maddi ve manevi nitelikte olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Manevi yardım etme şekilleri 39. maddede; “suç işlemeye teşvik etmek”, “suç işleme kararını kuvvetlendirmek”, “fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek” ve “suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek” şeklinde belirtilmiştir. Maddi yardım etme şekilleri ise aynı maddede; “fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak”,

²⁵⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 480; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.657; Koca/Üzülmez, s. 390

²⁵⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 482-483; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.658; Koca/Üzülmez, s. 427

²⁶⁰ Koca/Üzülmez, s. 427-428

“suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” olarak düzenlenmiştir.

Gerçek özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu bakımından müşterek faillik söz konusu olabilmesi için faillerden her birinin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Birden fazla kamu görevlisinin, irtikâp suçunu işleme kararına bağlı olarak irtikâp suçunun icra hareketlerini birlikte gerçekleştirip suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları halinde irtikâp suçu bakımından müşterek faillik söz konusu olacaktır. Örneğin, veznedarlık görevi yapan iki kamu görevlisinin kendi aralarında almış oldukları karar doğrultusunda, kendilerine ödeme yapmak için gelen vatandaşları, birbirlerini tamamlar nitelikte hileli davranışlar sergileyerek ikna etmeleri ve bunun üzerine vatandaşların ödenmemesi gereken bir parayı ödemeleri sonucu oluşan ikna suretiyle irtikâp suçunda her iki kamu görevlisi de müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 251/1. maddesinde, irtikâp suçu bakımından müşterek failliğin özel şekline yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre irtikâp suçunun işlenmesine, kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin irtikâp suçu bakımından müşterek fail olarak sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu maddeye göre fiilin icrasına katılmayan, birlikte suç işleme kararına sahip olmayan denetimle yükümlü kamu görevlisi müşterek fail olarak sorumlu olmaktadır. Müşterek failliğin şartları oluşmamasına rağmen denetimle yükümlü kişinin kasten göz yumma şeklindeki fiilinin doğurduğu tehlike nedeniyle denetimle yükümlü kişi müşterek fail gibi sorumlu olmaktadır. Kasten göz yumma şeklindeki fiil şeriklik bakımından değerlendirilmesi gerekirken oluşturduğu tehlikeden dolayı kişinin fail olarak sorumluluğuna gidilmektedir.

İrtikâp suçu bakımından dolaylı faillik çok zorda olsa karşılaşılabilecek bir iştirak türüdür. Kamu görevlisinin bir başkası tarafından, cebir veya tehditle zorlanarak ya da yanılgısından faydalanarak irtikâp suçunu işlemesi halinde dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Bu durumda kamu görevlisini irtikâp suçunu işlemesi bakımından cebir veya tehditle zorlayan veya yanılgısından faydalanan kişi dolaylı fail olarak değerlendirilecektir. Kamu görevlisini irtikâp suçunun işlenmesi bakımından araç olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Dolaylı faillikte belirtildiği üzere fail ve fiil üzerinde hâkimiyetin söz konusu olması gerekmektedir. Dolaylı fail olarak kabul edilen kişi kamu görevlisi ve irtikâp fiilleri üzerinde hâkimiyet kurmalıdır.

Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu bakımından, suçun işlenmesine katılan kamu görevlisi olmayan diğer kişiler 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 40/2. maddesine göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Bağlılık kuralı gereğince irtikâp suçun

tanımında yer alan fail olma niteliğini taşımayan kişiler de irtikâp suçuna katkılarından dolayı sorumlulukları söz konusu olacaktır.

Azmettirme, kamu görevlisinin işlemeyi düşünmediği irtikâp suçunu işlemeye yönelik karar almasını sağlanmasıyla karşımıza çıkmaktadır. Kamu görevlisi irtikâp suçunu işlemeyi düşünmemektedir. Azmettiren kişi kamu görevlisine irtikâp suçunu işlemesi yönünde karar vermektedir. Örneğin, mahkeme kaleminde çalışan ve irtikâp suçunu işlemeyi düşünmeyen bir mübaşirin, arkadaşının irtikâp suçunu çok kolay işleyebileceğini, elinde birçok imkânın olduğunu söylemesi üzerine irtikâp suçunu işlemesi halinde mübaşirin arkadaşı azmettiren olarak sorumlu olacaktır.

Yardım etme bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 39. maddesinde belirtilmiş olan maddi ve manevi yardım etme şekilleri irtikâp suçunda da ortaya çıkabilir. Örneğin, kamu görevlisine ikna suretiyle irtikâp suçunda kullanması amacıyla sahte evrak hazırlayan kişi yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

İrtikâp suçunda yararın kamu görevlisi dışında başka birine sağlanması veya vaat edilmesi halinde yarar sağlanan kişi irtikâp suçu bakımından yardım eden olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu halde kişinin sağladığı yararın kamu görevlisinin icbar veya ikna fiili sonucu olduğunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

Kamu görevlisi icbar veya ikna fiillerini doğrudan doğruya kendisi gerçekleştirmek yerine başka birine de gerçekleştirmiş olabilir. Bu halde kamu görevlisinin fiili gerçekleştiren kişi ve fiil üzerinde hâkimiyetinin olup olmadığına göre bir ayırım yapmak gerekir. Kamu görevlisinin kişi ve fiil üzerinde hâkimiyeti varsa kamu görevlisi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Kişi ve fiil üzerinde hâkimiyeti yoksa kamu görevlisi fail kişi ise yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

Azmettiren ve yardım eden kişinin sorumluluğunun doğabilmesi için irtikâp suçunun, kasten işlenmiş, hukuka aykırı ve de tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekmektedir.

3.1.3. İÇTİMA

Suçların içtimasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kabul edilen kural gerçek içtima kuralıdır. Gerçek içtima kuralına göre “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*”²⁶¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda gerçek içtima kuralının istisnaları olarak suçların içtima başlığı altında bileşik suç, zincirleme suç, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima konuları düzenleme altına alınmıştır.

Bileşik suç, kanunda ayrı ayrı bağımsız suçlara vücut veren fiillerin, kanunda bağımsız olarak tanımı yapılmış olan bir suçun fiil unsurunu oluşturması halini veya kanunda bağımsız olarak tanımları yapılmış suçları oluşturan fiillerden birinin diğer suçun cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli şekline vücut vermesi halini ifade etmektedir. Kısacası, kanunda tanımlanmış olan bir suçun diğer bir suçun unsurunu ya da nitelikli şeklini oluşturması halinde bileşik suçtan söz edilir²⁶².

Bileşik suçta, suça ilişkin fiil belirlenirken doğal anlamda hareketin tekliği değil, tipik anlamda hareketin tekliği dikkate alınmaktadır. Kanun koyucu bazı suç tiplerini oluştururken o suç tipiyle birden fazla hukuki değeri korumak istemektedir. Bu halde, birden fazla hukuki değeri ihlal eden hareketler tek bir fiil yani tek bir suç tipini oluşturmaktadır. Bu açıdan, bileşik suç, tek bir fiilden meydana gelen tek bir suç olduğundan suçların içtimaı hali olarak kabul edilmemektedir²⁶³.

Zincirleme suç, bir suç işleme kararı kapsamında, aynı suçun birden fazla kez, aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesidir²⁶⁴. Zincirleme suçtan söz edebilmek için dört şartın gerçekleşmesi gerekmektedir:

- 1-Birden çok fiilin bulunması,
- 2-Fiillerin aynı suçu oluşturması,
- 3-Suçtu aynı kişiye karşı işlenmesi,
- 4-Bir suç işleme kararının icrası,

Birden fazla fiilin bulunması zincirle suç bakımından aranan ilk şarttır. Birden fazla fiilin ve birden fazla suçun olması zincirleme suçun ortaya çıkması için gereklidir. Birden fazla fiil tek başına bağımsız olarak kanunda tanımlanmış olan bir suça vücut vermesi gerekmektedir. Zincirleme suçun halkasını oluşturan her bir fiilin maddi, manevi ve hukuka

²⁶² Özgenç, Genel Hükümler, s. 503; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.667; Koca/Üzülmez, s. 464; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 513

²⁶³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 503; Koca/Üzülmez, s. 464; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 514

²⁶⁴ Koca/Üzülmez, s. 441; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 514;

aykırılık unsurlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Unsurlardan birinin eksik olması nedeniyle suç olarak kabul edilemeyen fiil zincirleme suç kapsamında değerlendirilmez²⁶⁵.

Zincirleme suç bakımından aranan ikinci şart ise fiillerin aynı suçu oluşturmasıdır. Birden fazla fiil birden fazla aynı suçu oluşturmalıdır. Aynı suçtan ne anlaşılması gerektiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43/1. maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre; *“bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır”*. Zincirleme suçta halkayı oluşturan suçların; korunan hukuki değer, maddi ve manevi unsur olarak birbirleriyle ayniyet göstermeleri gerekmektedir. Aynı suç işleme kararı etrafında bir kişiye karşı işlenen, birde fazla ayrı suç bakımından gerçek içtima kuralı söz konusu olmaktadır.

Üçüncü şart, birden fazla suçun aynı kişiye karşı işlenmesidir. Aynı kişiden kast işlenen suçların mağdurunun aynı kişi olmasıdır²⁶⁶. Birden fazla suç farklı kişilere karşı işlenmesi halinde zincirleme suçtan söz edilemez.

Zincirleme suç bakımından aranan son şart bir suç işleme kararının icrasısıdır. Zincirleme suçun sübjektif şartı olarak kabul edilen bir suç işleme kararının icrası, birden fazla suçu birbirine bağlayan manevi bir bağıdır²⁶⁷. Zincirleme suç bakımından aranan karar, suçun manevi unsurunu oluşturan kasttan farklıdır²⁶⁸. Karar, kastı kapsayan, kastan önce gelen iradi bir haldir. Failin hareketleri arasında bulunması gereken manevi bağıdır. Gerçekleştirilen her hareketin bir öncekinin devamı niteliğinde olması bu bağı varlığını göstermektedir. Suçların işleniş şekillerindeki benzerlikten, işleniş zaman ve yerleri arasındaki ilişkilerden yola çıkarak aynı suç işleme kararının olup olmadığı belirlenebilir²⁶⁹.

Zincirleme suçun halkasını oluşturan her bir suç açısından ceza verilmek yerine tek bir ceza verilerek kanunda belirtilen oranda cezanın artırılması yoluna gidilmektedir. Zincirleme suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43/3. maddesi gereğince; kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında uygulanmamaktadır.

²⁶⁵ İçel, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul 1972, s.111; Centel/Zafer/Çakmut, s. 487; Demirbaş, s. 473; Koca/Üzülmez, s. 443;

²⁶⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 492

²⁶⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 513

²⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.680;Koca/Üzülmez, s. 447; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 519

²⁶⁹ Koca/Üzülmez, s. 447

Fikri içtima, bir kimsenin gerçekleştirdiği tek bir fiil ile kanunda tanımlanmış olan farklı suçları veya aynı suçu birden fazla kez işlemesi halidir. Fikri içtimadan söz edilebilmesi için iki şartın varlığına ihtiyaç vardır. Bunlar tek bir fiilin olması ve tek fiille birden çok suçun işlenmesidir²⁷⁰. Tek fiille işlenen birden çok suç aynı suç olabileceği gibi birbirinden farklı suçlarda olabilir. Bu açıdan fikri içtima kendi içinde aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima olmak üzere ikiye ayrılır. Tek fiille işlenen birden çok suç aynı suç ise aynı neviden fikri içtima, farklı suç ise farklı neviden fikri içtima söz konusu olur²⁷¹.

Aynı neviden fikri içtima, bir kimsenin tek bir fiil ile kanunda tanımlanmış bir suçu birden fazla kişiye karşı işlemesi halidir. Aynı neviden fikri içtima, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda zincirleme suç düzenleyen 43/2. madde kapsamında yer almaktadır. Aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suç birbirinden farklıdır. Zincirleme suçta birden fazla fiil varken, aynı neviden fikri içtimada tek bir fiil vardır. Aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suç arasında ortak olan tek husus cezaların artırılmasına ilişkin oranın aynı olmasıdır. Aynı neviden fikri içtimanın zincirleme suç düzenleyen madde içinde yer almasının uygun olmadığı; farklı neviden fikri içtimayı düzenleyen 44. madde içinde yer almasının daha doğru olacağı doktrinde belirtilmektedir²⁷².

Aynı neviden fikri içtima bakımından aynı suçtan ne anlaşılacağı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43/1. maddesinde yer alan, “*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır*” ifadeyle belirtilmiştir. Buna göre bir suçun temel şekli nitelikli şekli aynı suç sayılmaktadır.

Farklı neviden fikri içtima ise bir kimsenin tek bir fiil ile kanunda tanımlanmış olan birden fazla farklı suçu işlemesi halidir. Farklı neviden fikri içtimada fail her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılmamakta, suçlardan en ağırının cezası ile cezalandırılmaktadır²⁷³. Farklı neviden fikri içtima ile aynı neviden fikri içtimayı birbirinden ayıran nokta; farklı neviden fikri içtimada bir fiil ile farklı suçların işlenmesi söz konusu iken aynı neviden fikri içtimada bir fiil ile aynı suçun birden çok kez işlenmesi söz konusu olmasıdır. Farklı neviden fikri içtimada tek fiille birbirinden farklı birden çok suç işlenmektedir. Farklı suçtan anlaşılması gereken, suç tiplerini düzenleyen hükümlerin farklı olmasıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun

²⁷⁰ Koca, Mahmut, Fikri İçtima, Ceza Hukuku Dergisi, 2007/4, s.199

²⁷¹ Koca/Üzülmez, s. 448; Koca, Fikri İçtima, s.199

²⁷² Özgenç, Genel Hükümler, s. 523; Koca/Üzülmez, s. 455

²⁷³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 527; Koca/Üzülmez, s. 455

43/1. maddesinden yola çıkarak birden fazla suç bir suçun temel veya nitelikli şeklini oluşturmuyorsa bu suçlar birbirinden farklıdır denilebilir.

İrtikâp suçunda, içtima ilişkisi genel hükümler geçerlidir. İrtikâp suçu, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olduğu için irtikâp suçun gerçekleştiği hallerde ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan dolayı faile ceza verilmez²⁷⁴.

İrtikâp suçunun zincirleme suç olarak işlenmesi mümkündür. Failin bir suç işleme kararı doğrultusunda, irtikâp suçunu birden fazla kez, aynı kişiye karşı, farklı zamanlarda işlemesi halinde irtikâp suçu bakımından zincirleme suç hükümlerine uygulanacaktır. Bu noktada, zincirleme suç için aranan dört şartın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacaktır. Kamu görevlisi bir suç işleme kararı doğrultusunda, kendisinden bir iş veya işlem yapmasını isteyen mağduru değişik zamanlarda icbar veya ikna ederek ya da hatasından yararlanarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa kamu görevlisine tek bir ceza verilerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43. maddesinde belirtilen oranda bu ceza artırılabilecektir.

Aynı neviden fikri içtima irtikâp suçu bakımından gerçekleşebilmektedir. Tek bir irtikâp fiili ile birden fazla kişiye karşı işlenen irtikâp suçu için tek bir ceza verilerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43. maddesinde belirtilen oranda ceza artırılabilecektir. Görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak, birden fazla kimsenin icbar edilmesi veya görevin sağladığı güven kötüye kullanılarak gerçekleştirilen hileli davranışlarla, birden fazla kimsenin ikna edilmesi ve bunun sonucunda bir yararın sağlanması veya yarar vaadinde bulunulması aynı neviden fikri içtima oluşturacaktır. Burada önemli olan nokta kamu görevlisinin fiilinin tek olmasıdır. İcbar veya hileli davranışlarla ikna sonucu birden çok kimse yarar sağlamalı veya yarar vaadinde bulunmalıdır. Fiilin tekliğinden söz edildiği için aynı anda irtikâp suçları oluşmaktadır.

Bir suç işleme kararı doğrultusunda, farklı zamanlarda birden çok kişiye karşı işlenmiş irtikâp suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. İrtikâp suçunun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğunu savunan görüşe göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43/1. son cümlesi uyarınca, söz konusu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır²⁷⁵. İrtikâp suçunun mağdurunun gerçek kişi olacağını savunan görüşe göre ise bu halde zincirleme suçun “aynı kişiye karşı işlenmesi” şartı gerçekleşmediğinden dolayı mağdur sayısınınca suç oluşacaktır²⁷⁶. Kanaatimizce de bu

²⁷⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 677

²⁷⁵ Üzülmüş, İrtikâp Suçu, s. 294; Turabi, s. 121

²⁷⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 753-754

halde mağdur sayısınca irtikâp suçu oluşacaktır. Çünkü irtikap suçunun mağduru görüşümüzce toplumu oluşturan herkes değildir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde Yargıtay, farklı kişilere karşı aynı zaman ve yerde işlenen irtikâp suçunu tek bir suç olarak kabul ederek, zincirleme suç kurallarını uygulanamayacağını belirtmekteydi²⁷⁷. Kanaatimizce, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından bu halde aynı neviden fikri içtima söz konusu olacağından belirtilen halde 43/2. maddesinin uygulanma imkânı doğacaktır.

İrtikâp suçu bakımından farklı neviden fikri içtimanın ortaya çıkması suçun fiil yapısı dikkate alındığında mümkün görülmemektedir.

İkna suretiyle irtikâpta, mağduru iknaya yönelik sahte belge düzenlenmesi halinde, faile, sahte belge düzenleme ve irtikâp suçlarından dolayı ayrı ayrı ceza verilmesini gerektirir.

²⁷⁷ “Sanık hakkındaki hükme konu 13. olayın içinde yer alanlar 4; 18. olayın 14; 20. olayın 5 ve 21. olayın 6 kişiden oluşan gruplar halindeki mağdurların her olayda ayrı olmak üzere aynı zaman ve mekânda bir kişi aracılığıyla bir defada para almaktan ibaret eylemler her grup için tek bağımsız irtikâp suçunu oluşturur”. (Yarg. 5. CD. 07.09.1987, 3713/4419; Bakıcı, s. 194 vd.) Aynı yönde olan başka bir kararında; “Sanığın aynı anda, aynı amaçla birden fazla kişiden para almaktan oluşan eylemleri zor yoluyla yiyicilik suçunun maddi ögesi içinde bulunduğundan, ayrı bağımsız suçlar olmayıp zincirlenen tek suç oluştur. Olayda sanık M. Z. ile anlaşmış görünerek her mağdurdan 5'er bin olmak üzere toplam 30 bin lira parayı alıp maaş cüzdanlarını iade etmek sureti ile cebri irtikâp suçunu işlemiş olmaları karşısında sanıkların bir günde aynı anda ve amaçla adı geçen mağdurlardan bir defada parayı almaktan ibaret bu eylemlerinin aynı suçun maddi ögesi içinde düşünülmesi gereken hareketleri olmasına ve dairemizin son uygulamaları da bu yolda bulunmasına nazaran paranın altı mağdur tarafından verilmiş olmasının 6 ayrı bağımsız suç oluşturmayıp teselsül eden tek suç teşkil ettiği gözetilmeden mağdur adedince bağımsız suç sayılarak yazılı şekilde karar verilmesi,” (Yarg. 5. CD. 19.10.1988, 2394/6303; YKD Eylül 1989, s. 1335) Bununla birlikte Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır. “Muhtelif şahıslara karşı vaki irtikâpta kast birliğinden bahsedilemeyeceği nazara alınarak sanığın fiillerinin her birinin ayrı bir irtikâp suçunu oluşturacağı düşünülmeden suçun teselsül eylediğinden bahisle TCK 80. maddenin uygulanması bozmayı gerektirmiştir” (Yarg. 5. CD. 27.03.1984, 99/1282; Bakıcı, s. 224), benzer yönde; “Değişik kişilere karşı işlenen irtikâp suçunda kast birliğinden söz edilemez ve zarar görenlerin sayısınca ayrı ayrı irtikâp suçu oluşur” (Yarg. 5. CD. 01.05.1958, 950/1834; Bakıcı, s. 222), “müteselsil suçun varlığının kabulü için ortada birden fazla suç bulunması, bu suçların kanunun aynı hükmünü ihlal etmesi ve bu birden fazla suçların aynı suç işleme kararına bağlanabilmesi gerekmektedir. Sanığın çeşitli tarihlerde, değişik kişileri mağdur ederek yaptığı ikna suretiyle irtikâp eylemlerinde kast ve suç işleme kararının birliğinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla sübutu kanıtlanabilen eylemlerinden her birinin ayrı bir irtikâp suçunu oluşturacağı göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır” (Yarg. CGK. 21.12.1981, 372/441; Bakıcı, s. 256)

Bu da 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 212. maddesinde öngörülen hüküm gereğidir. Maddede; “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun islenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur” denilerek, özel bir düzenlemeye yer verilmiş ve içtimaa ilişkin hükümlerin uygulanması engellenmiştir.

3.2. MUHAKEME

3.2.1. Genel Olarak

Bir suç işlendikten sonra bu suçla ilişkin ceza muhakemesinin nasıl bir süreç izleyeceği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda gösterilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu ceza yargılaması bakımından genel nitelikte bir kanundur. Özel yasalarda istisnai ceza muhakemesi hükümlerine yer verilmiştir. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda özel ceza muhakemesi hükümleri içeren düzenlemelerden biridir. Anayasa'nın 129/son maddesinde “*memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği merciin iznine bağlıdır*” denilmek suretiyle memurların ceza yargılaması açısından “izin sistemi” nin kabul edilmiş olduğu görülmektedir. Söz konusu izin ceza muhakemesi bakımından bir dava şartı olarak kabul edilmektedir²⁷⁸.

Kamu görevlileri, yürüttükleri kamu hizmetinden dolayı birçok haksız şikâyete maruz kalmaktadır. Haksız şikâyetten dolayı kamu görevlilerinin adli makamlar önüne gelmesi hem kamu görevlilerini tedirgin ederek kamu hizmetinin aksamasına hem de kamu hizmetinin yürütülmesinde birtakım haksız şüphelerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu yüzden kamu görevlilerinin ceza muhakemesi bakımından ayrı bir düzenlemenin kabul edilmesi gerekmiştir²⁷⁹.

Anayasa'da yer alan söz konusu hüküm uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı haklarında yapılacak ceza muhakemesine ilişkin kurallar 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında yasa koyucu tarafından düzenlenmiştir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ile bu kanun kapsamında yer alan bazı suçlar bakımından, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

²⁷⁸ Özbeke, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 1010

²⁷⁹ Pınar, İbrahim, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Ankara 2009, s.78

Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 17. maddesinde, irtikâp suçu bakımından Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasıyla bir istisna getirilerek müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında bu kanunun uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında irtikâp suçuna ilişkin yapılacak ceza muhakemesi 4483 Sayılı Kanun hükümlerine göre olacaktır.

3.2.2 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun uygulama alanı memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlarla sınırlıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, yukarıda belirtildiği üzere, memur kavramı terk edilerek kamu görevlisi kavramı esas alınmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu genel ve sonraki kanun olması nedeniyle Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununda geçen memur ve kamu görevlisi kavramları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan tanıma uygun olarak anlaşılmalıdır²⁸⁰.

4483 Sayılı Kanunun uygulama alanı kamu görevlisinin görevi nedeniyle işlemiş olduğu suçları kapsamaktadır. Görev nedeniyle suçun işlenmiş olması, kamu görevlisi olma sıfatının işlenen suçta unsur veya ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiş olmasıdır²⁸¹.

Her ne kadar suç 4483 Sayılı Kanun kapsamında yer alsada ağır cezayı gerektiren suçüstü halin varlığı halinde 4483 Sayılı Kanun hükümleri o suç bakımından uygulanmayacaktır. Bu halde ceza yargılaması Ceza Muhakemesi Kanununa göre yapılacaktır.

4483 Sayılı Kanununda öngörülen suçların soruşturulabilmesi için Cumhuriyet savcısının, suç işlediği iddia edilen kamu görevlisinin bağlı olduğu makamdan izin alması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısının, 4483 Sayılı Kanun kapsamında kalan bir suç bakımından kendiliğinden soruşturma yapması mümkün değildir. Cumhuriyet Başsavcısı ihbar, şikâyet veya herhangi bir şekilde 4483 Sayılı Kanun kapsamında kalan bir suç öğrendiğinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit ettikten sonra suç işlediği iddia edilen kamu görevlisinin ifadesini almaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni istemelidir. Yapılan ihbar ve şikâyetlerin, soyut ve genel nitelikte olması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmemesi,

²⁸⁰ Öztürk, Bahri /Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Ankara 2007, s. 870; Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 1013

²⁸¹ Öztürk/Erdem, s. 870;Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 1014

iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanmaması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile adresinin bulunmaması halinde söz konusu ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet Başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve bu durum ihbar veya şikâyetinde bulunan kişiye bildirilir.

Soruşturma izni vermeye yetkili makam soruşturma izni talebi üzerine veya kendiliğinden 4483 Sayılı Kanun kapsamına giren bir suçu öğrendikten sonra bir ön inceleme başlatır. İzin vermeye yetkili makam, soruşturma izni konusundaki kararını suçun öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dâhil en geç otuz gün içinde verir. Bu süre, zorunlu hallerde on beş günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilir.

Soruşturma izni, kamu görevlisi hakkında yapılan şikâyet, ihbar veya iddia konusu olaylar ile bunlara bağlı olarak gelecekte ön inceleme yapılması sırasında ortaya çıkabilecek konuları kapsamaktadır²⁸². Soruşturma aşamasında izin verilen olay ve konudan tamamen farklı ve ayrı bir suç olarak nitelendirilebilecek bir fiil ortaya çıktığında, soruşturma için yeniden izin alınması zorunludur. Suçun hukuki niteliğinin değişmesi yeniden soruşturma izni alınması gerektirmez.

Soruşturma izni vermeye yetkili makam, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet Başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisine ve varsa şikâyetçiye bildirir. Soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı hakkında inceleme yapılan kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikâyetçi yetkili makamın kararının tebliğinden itibaren on gün içinde itiraz yoluna gidebilir. İtiraz sonucu verilen karar kesin niteliktedir.

Soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonunda kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine dosya derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet Başsavcılığı izin üzerine Ceza Muhakemesi Kanuna göre soruşturmaya geçer ve soruşturma sonunda ya iddianame düzenleyerek kamu davası açar ya da kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir.

3.2.3.Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu

3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunda, rüşvet ve yolsuzlukla mücadele amacıyla kanunda yer alan suçlar ile diğer bazı kanunlarda yer alan suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve ceza muhakeme usulü düzenleme altına alınmıştır.

3628 Sayılı Kanun 17/1. maddesine göre irtikâp suçu bakımından 4483 Sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. 3628 Sayılı Kanuna göre kanun kapsamında kalan bir suçta haber alan Cumhuriyet savcısı kamu görevlisinin bağlı olduğu yetkili makamdan izin almaksızın doğrudan soruşturmaya başlayacak fakat durumu ilgili makama bildirecektir. Bu bildirim sadece bilgi verme amaçlı olup izin alma anlamına gelmemektedir²⁸³.

3628 Sayılı Kanun 17/2. maddesi uyarınca müsteşarlar, vali ve kaymakamlar hakkında söz konusu kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Söz konusu kişiler bakımından 3628 Sayılı Kanun kapsamına giren bir suçun ceza muhakemesi 4483 Sayılı Kanuna göre yapılacaktır.

3628 Sayılı Kanun 17/3. maddesi bakımından görevleri veya sıfatları nedeniyle özel soruşturma veya kovuşturma usulüne tabi olanlar hakkında da 3628 Sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Bu kişiler bakımından ceza muhakemesi tabi oldukları kanun hükümlerine göre yapılacaktır.

3628 Sayılı Kanun kapsamına giren bir suç bakımından ihbarlar doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığına yapılır. İhbar edilen suçla ilgili olarak bilgi verme ve yayın yapılması dava açılıncaya kadar yasak olduğu gibi, ihbarın asılsız çıkması durumu hariç muhbirlerin kimlikleri rızaları olmaksızın açıklanmaz.

Müfettişler veya muhakkikler, denetimleri ya da soruşturmaları sırasında 3628 Sayılı Kanunda belirtilen suçların işlendiğine ilişkin delil veya emare elde ettikleri takdirde yetkili Cumhuriyet savcılığına ihbar ederek ellerindeki bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdürler. Cumhuriyet savcısı da öğrendiği veya ihbar edilen bu tür suçlarla ilgili bilgi ve belgelerin kendisine verilmesini müfettiş veya muhakkikten isteyebilir.

Cumhuriyet savcısı, soruşturma esnasında ihbarı doğrulayan delilleri tespit etmesi halinde kamu görevlisinden ve haksız edinilen malın kaçırıldığı yolunda deliller varsa kamu görevlisinin ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları ile gelini ve damadından mal beyanında bulunmalarını isteyebilir. Kamu görevlisi ve belirtilen kişiler 7 gün içinde mal bildiriminde bulunmak zorundadırlar.

İlgili gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları, özel kanunda aksine bir hüküm bulunsa bile soruşturmaya yetkili kişi ile 3628 Sayılı Kanunda belirtilen diğer mercilerin istediği bilgileri gecikmeksizin ve eksiksiz olarak vermek zorundadır.

283

Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2. Bası, Ankara 2008, s. 555

Cumhuriyet savcısı, kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil veya emare elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden isteyebilir. Ancak bu konuda 3628 Sayılı Kanunun 19/3. maddesindeki hükümden ayrıca sonradan yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesi gereği de el koyma işlemi yapılabilir. Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesine göre kamu görevlisinin taşınmaz malları ile bankalardaki paralarına, şirket paylarına, kıymetli evrakına, kiralık kasa mevcuduna, kara-deniz-hava araçlarına el konulabilir. El koyma için Cumhuriyet savcısının hâkimden karar alması gerekmektedir.

Soruşturma sonunda Cumhuriyet savcısı toplamış olduğu delillere göre ya kamu davası açacak ya da kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir. Kamu davası açılması halinde kamu görevlisinin haksız olarak elde ettiği anlaşılan malların zor alımına karar verilecektir. Malın elde edilememesi veya malın tümünün haksız edinilmemiş olması gibi nedenlerle zorlamanın mümkün olmaması halinde haksız edinilen değere eşit bedelin hazineye ödenmesine karar verilecektir.

3628 Sayılı Kanuna göre yapılan ceza muhakemesinde kovuşturmayaya yer olmadığı karar ve iddianame Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine vekili yazılı olarak başvurması halinde Maliye Bakanlığı başvuru tarihinde katılan sıfatını kazanır²⁸⁴.

3.3. GÖREVLİ MAHKEME

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörülen ikna ve icbar suretiyle irtikâp suçuna ilişkin yargılamayı yapmakla görevli mahkeme Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri

²⁸⁴ “Van Devlet Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olarak görev yapan sanık hakkında 765 sayılı TCK’nın ikinci kitabının üçüncü babında yer alan “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” den cebri irtikap suçunu işlediği iddia olunarak dava açılmış bulunmasına göre Sağlık Bakanlığının yargılama sonucuna göre inzibati nitelikte işlem yapma yetkisi bulunması ile 5020 sayılı Kanununun 13. maddesiyle 3628 sayılı Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkra hükmü de gözetilip suçun işlenmesinden ötürü doğrudan zararın söz konusu olduğu nazara alınarak, Sağlık Bakanlığına izafeten hazine vekilinin irtikap suçundan açılan davaya katılmasına karar verilmesi gerekirken, 29.03.2004 günlü oturumda katılma isteminin reddine karar verilip duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır” (Yarg. 4. CD. 26.05.2008, 2006/1416-2008/5163; Gökçen/Artuç, s. 556)

Hakkında Kanun'un 12. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesi, 3. fıkrada öngörülen hatadan yararlanma suretiyle irtikâp suçu için ise, asliye ceza mahkemesidir.

3.4. YAPTIRIM

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddesi uyarınca görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle kişinin hatasından yararlanarak irtikâp suçunun isleyen kamu görevlisi ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 219/4. maddesine göre irtikâp suçundan mahkûm olanlara aynı zamanda memuriyetten müebbetten mahrumiyet cezası da verilmekteydi. Oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'da eskisinden farklı olarak memuriyetten müebbetten mahrumiyet cezası öngörülmemiştir²⁸⁵.

İrtikâp suçuna ilişkin verilen cezanın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi hükmüne göre ertelenme olanağı yoktur. Kişi, kasten işlemiş olduğu irtikâp suçundan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53/1. maddesinde öngörülen haklardan yoksun bırakılır.

285

Diğer taraftan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5. maddesine göre irtikâp suçundan dolayı hüküm giymiş olanlar, devlet memuru olamayacakları hüküm altına alınmıştır. Bu suçları memuriyet sırasında işlemiş olan memurların memuriyeti ise, mezkûr Kanununun 98 inci maddesine göre sona erer. Ayrıca anılan Kanun'un 125/E-g maddesine göre irtikâp suçu memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve verici hareketlerden sayıldığı için bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere Devlet memurluğundan çıkarılma cezasını da müstelzimidir.

SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan irtikâp suçu farklı birkaç nokta dışında 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan irtikâp suçunu karşılar niteliktedir. Her iki kanunda da irtikâp suçunun üç şekilde işlenebileceği kabul edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile suç tanımı üzerinde bir takım değişiklikler yapılmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda ilk fıkrada icbar suretiyle irtikâp tanımlanmış, ikinci fıkrada düzenlenmiş olan ikna suretiyle irtikâp için birinci fıkraya atıf yapılmış, üçüncü fıkrada hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp tanımına yer verilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise ilk fıkrada icbar suretiyle irtikâp, ikinci fıkrada ikna suretiyle irtikâp tanımlanmış, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından üçüncü fıkrada ikna suretiyle irtikâba atıf yapılmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda, irtikâp fiillerinin kamu görevi ile ilişkilendirilmesi için kullanılan “*memuriyet sıfatı veya görevinin kötüye kullanmak*” kavramları yerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunda “*görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak*” ve “*görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak*” kavramları kabul edilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda suçun konusu olarak; haksız olarak verilen para veya sağlanan sair menfaatler ile kanunen alınmaması gereken şey kavramlarına yer verilmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilen söz konusu kavramları kapsar nitelikte olan yarar kavramına yer verilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen yeniliklerden biride “kamu görevlisi” kavramı olmuştur. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda kabul edilmiş, karmaşık ve birçok sorunun ortaya çıkmasına neden olan, memur kavramı terk edilmiştir. Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanuna göre faili kamu görevlisidir. Kamu görevlisi kabul edilmeyen birinin bu suçu işlemesi mümkün değildir. Kimin kamu görevlisi olduğunun tespiti için “kamusal faaliyet” kavramının ne anlama geldiğinin tespitine ihtiyaç vardır. İdare hukukunda kullanılan tanımlardan yola çıkılarak “kamusal faaliyet” in kamu adına yürütülen faaliyetler olarak anlaşılması gerektiği söylenebilir. Fakat kamu görevlisinin belirlenmesi bakımından, kamu adına yürütülen her faaliyetin kamusal faaliyet olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kamu görevlisinin belirlenmesi bakımından, devletin doğrudan kendi eliyle kamu adına yürüttüğü faaliyetler öncelikle kamusal faaliyet içinde değerlendirilir, devlet dışında özel hukuk kişilerince yürütülen faaliyetler bakımından ise devletin yakın gözetimi altında yapılan faaliyet olup olmadığı kıstasına göre kamusal faaliyet belirlenir. Bu kıstasa göre devletin yakın gözetiminde olan faaliyetler kamusal faaliyet olarak kabul edilir.

İrtikâp suçu uygulamada birçok suçla karıştırılmaktadır. Yağma suçu bunlardan biridir. Yağma suçunun hareket unsuru oluşturan “tehdit etme” ve “cebir kullanma”, icbar suretiyle irtikâp suçunun hareket unsurunu oluşturan “icbar etme” ile benzerlik göstermektedir. İrtikâp suçunu düzenleyen 250. maddenin gerekçesinde, icbarın yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna ulaşmaması gerektiği, şayet bu boyuta ulaşmış ise artık ortada irtikâp suçun olmadığı, oluşan suçun yağma suçu olduğu belirtilmektedir. İcbar manevi zorlamaya yönelik hareketleri kapsamaktadır. Mağdurun maddi olarak zorlanması cebir kapsamında değerlendirilmektedir. Tehdit, kişinin veya onun bir yakınının hayatına, beden veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağı beyanıdır. Tehditte manevi zorlamaya yönelik hareket olmasına rağmen sınırları çizildiği için icbardan ayrılmaktadır.

Rüşvet, görevi kötüye kullanma ve irtikâp suçları birbirlerine yakın suçlardır. Somut olayda üç suç birbirinden ayırmak kimi zaman çok güçtür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununda basit rüşvet olarak tanımlanan, memurun yapması gereken işi yapmak, yapmaması gereken işi yapmamak için yarar sağlaması, fiili görevi kötüye kullanma suçu kapsamında düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/3. maddesinde; kamu görevlisinin irtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama fiili cezalandırılmaktadır. Maddenin gerekçesinde; *“Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hallerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiilin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir”* şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu açıklamadan yola çıkarak bir takım sonuçlara ulaşılabilir. Buna göre; rüşvet suçunu diğer iki suçtan ayırmak için tespit edilmesi gereken nokta kamu görevlisinin yarar karşılığı yaptığı işin görevinin gereklerine aykırı bir iş olup olmadığıdır. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir iş için yarar sağlaması halinde oluşan suç rüşvet suçudur. Görevin gereklerine uygun bir iş yapılması için yarar sağlanması halinde görevi kötüye kullanma veya irtikâp suçu oluşacaktır. İrtikâp suçu ile görevi kötüye kullanma suçunu birbirinden

ayırmak için kamu görevlisinin karşı tarafın iradesini etkileyecek düzeyde icbar veya iknaya yönelik hile yapıp yapmadığının tespiti gerekecektir. Somut olayda kamu görevlisi tarafından karşı tarafın iradesini etkileyecek elverişlilikte icbar ve iknaya yönelik hile yapılmışsa oluşan suç irtikâp, aksi takdirde görevi kötüye kullanma suçu olacaktır.

İrtikâp suçu ile bir taraftan kamu görevlisinin görevini dürüstçe ve kurallara bağlı olarak yürütmesiyle ilgili görev disiplinine riayet edilmesi sağlanarak kamu hizmetinin kurallara uygun şekilde yürütülmesi ve toplumun idareye olan güveninin korunması sağlanmakta; diğer taraftan ise kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle sağlamış oldukları avantaj ve üstünlükten yararlanarak kişilere zarar vermeleri önlenmek istenmektedir. İrtikâp, bu yüzden birden çok hukuki değeri koruyan bir suçtur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda irtikâp suçu bakımından, hareket-kamu görevi ilişkisi “nüfuzun kötüye kullanılması” ve “güvenin kötüye kullanılması” kavramıyla sağlanmış olduğu yukarıda belirtilmiştir. Nüfuzun kötüye kullanılması; kamu görevlisinin, görevinin vermiş olduğu yetki ve olanaklar kaynaklanan maddi- manevi güç ve etkinliği kendisine yarar sağlamak amacıyla kullanmasıdır.

Bireyler muhatap oldukları kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak yapacakları her türlü iş ve işlemlerin kanunlara uygun olacağı, kamu görevlilerinin sahip oldukları yetki ve olanakları kanuna uygun kullanacakları inancı ve beklentisi içerisinde dirler. Kamu görevlisi karşısına gelen bireyin içinde bulunduğu bu inanç ve güvenden faydalanarak, bireyin iradesini çeşitli hileli davranışlarla yanıltması görevin sağlamış olduğu güvenin kötüye kullanılması olarak değerlendirilir.

İrtikâp suçunun hareket unsurunu icbar etme, ikna etme ve hatadan yararlanma fiilleri oluşturmaktadır.

İcbar, manevi nitelikte cebir olarak kabul edilmektedir. Manevi nitelikteki cebir, mağdurun kendisinden talep edilen yararı sağlamadığı takdirde işinin haksız olarak uzatılacağı veya yapılmayacağı endişesine kapılmasına neden olan davranışlardır. Kamu görevlisinin iş veya işlemi yapmayacağı veya geciktireceği yönündeki beyanı icbar olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu beyan ile birey zor duruma düşmekte, karşılaşıacağı daha ağır zararları engelleyebilmek için haksız olduğunu bildiği halde kamu görevlisine yarar sağlamak veya vaadde bulunmaktadır. Mağdura yapılan baskının icbar niteliğinde olup olmadığı, iş veya işlemin yapıldığı idarenin mevzuatı, işleyiş düzeni, yapılacak iş veya işlemin özelliği ve olağan hayat tecrübeleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir.

İkna, hile niteliğindeki davranışlarla bireyi sağlamak veya vaat etmek zorunda olmadığı yararı, sağlamak veya vaat etmek zorunda olduğuna inandırmasıdır. Başka bir anlatımla, kamu görevlisinin edası gerekmeyen bir şeyi ifaya mecbur olduğu konusunda mağduru aldatarak kandırmasıdır. Mağdur gerçekte sağladığı veya vaat ettiği yararın sağlanmayacağını veya vaat olunmayacağını bilmemektedir. Kamu görevlisinin yaptığı hileli davranışlar sonucunda mağdurun iradesi sakatlanmakta, kamu görevlisine bir yarar sağlamak veya vaat etmek zorunda olduğuna inanması söz konusu olmaktadır.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu bakımından kamu görevlisinin ihmali nitelikte hareketinin varlığı söz konusudur. Kamu görevlisinin mağdurun hataya düşmesi konusunda herhangi bir etkin davranışı bulunmamaktadır. Mağdur, kamu görevlisinin gerçekleştirdiği bir takım hileli hareketler sonucu hataya düşmemekte, tamamen kendinden kaynaklanan çeşitli nedenlerle hataya düşmektedir. Mağdur, kamu görevlisinin karşısına geldiğinde zaten hata içindedir. Mağdur, gerçeğin farkında değildir, mağdurun iradesi gerçeğe uyuşmamaktadır. Bilgisizlik, tecrübesizlik, dalgınlık gibi bir takım kişisel davranışlar sonucu mağdur belirtilen şekilde hataya düşmektedir.

Neticeli bir suç olarak düzenlenmiş olan irtikâp suçunda neticesi olarak kanuni tanımında iki kavrama yer verilmiştir. Bunlardan birincisi “yarar sağlanması”, diğeri “yarar sağlanması yönünde vaatte bulunması”dır.

İrtikâp suçunun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Suçunun kanuni tanımında açıkça taksirle işlenebileceği belirtilmediğinden irtikâp suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Suçun özel görünüş şekilleri bakımından farklı bir durum söz konusu değildir. İcbar ve ikna suretiyle irtikâp suçuna teşebbüsün mümkün olacağı Yargıtay ve doktrinde kabul edilmiş. Doktrinde, gerçekleşme ihtimali çok düşük olmasına rağmen hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından da teşebbüsün söz konusu olabileceği kabul edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda irtikâp suçu bakımından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmemiştir. Kanaatimizce, zimmet ve rüşvet suçları için öngörülmüş olan etkin pişmanlık halinin, irtikâp suçu bakımından da öngörülmesi yerinde olacaktır.

İştirak konusunda irtikâp suçu genel kurallara göre özel nitelik arz etmez. İştirak konusunda belirtilmesi gereken nokta, irtikâp suçu bakımından müşterek failliğin özel şekline yer verilmiş olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 251/1. maddesidir. Bu maddeye göre irtikâp suçunun işlenmesine, kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin irtikâp suçu bakımından müşterek fail olarak sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

İrtikâp suçunda, içtimaa ilişkin genel hükümler geçerlidir. İrtikâp suçu, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olduğu için irtikâp suçun gerçekleştiği hallerde ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan dolayı faile ceza verilemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Akçin İhsan:** Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007
- Artuç Mustafa:** Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2007
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara 2009
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner:** 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2007
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2000
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner:** Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler) 5. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2009
- Bakıcı Sedat:** Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara 1988,
- Bayraktar Köksal:** “Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Ceza Hukuku Günleri, İstanbul 1998
- Bekri M. Nedim:** Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006
- Çetin Erol:** Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Bası, Ankara 2003
- Demirbaş Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2007
- Dönmezer Sulhi:** Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler, İstanbul 2001 Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler, İstanbul 2001
- Erem Faruk:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1985
- Erem Faruk/Toroslu Nevzat:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2003
- Erman Sahir/Özek Çetin:** Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992
- Gökçen Hasan Tahsin:** Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008,

- Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa:** Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2008
- Günday Metin:** İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara 2004
- Gözler Kemal:** İdare Hukuku Dersleri, 6. Bası, Bursa 2007
- Gözübüyük Şeref:** Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara 2003
- Gürelli Nevzat:** İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1954
- Hakeri Hakan:** Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003
- Hakeri Hakan:** Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007
- Hakeri Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 7. Bası, Ankara 2008
- İçel Kayıhan:** Suçların İçtimai, İstanbul 1972
- İçel Kayıhan/Sokullu-Akıncı Füsun/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/ Mahmutoğlu Fatih Selami/Ünver Yener:** Suç Teorisi, Beta Yayınevi, 3. Bası, İstanbul 2004
- Kılıçoğlu Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2007
- Koca Mahmut:** 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu, Legal Hukuk Dergisi 2005
- Koca Mahmut:** Fikri İçtima, Ceza Hukuku Dergisi, 2007/4
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2009
- Kuru Taş Ülkü:** Dolandırıcılık Suçu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2006, s. 9
- Mahmutoğlu Fatih Selami:** TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, TBB, Ankara 2004
- Malkoç İsmail/Güler Mahmut:** (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-II, Ankara 1996
- Malkoç İsmail/Güler Mahmut:** Memurlar ve Suçlar, Ankara 1998
- Malkoç İsmail:** Son Değişiklik ve İçtihatlarla Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C.II, Ankara 2002
- Malkoç İsmail:** Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2010

- Meran Necati:** Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet-Rüşvet İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008,
- Okuyucu Ergün Güneş:** Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008
- Önder Ayhan:** Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992
- Önder Ayhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.:II-III, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1992
- Önder Ayhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul 1994
- Özbek Veli Özer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006
- Özbek Veli Özer:** TCK İzmir Şerhi. Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Bacaksız Pınar/Doğan Koray/Tepe İlker:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010
- Özgenç İzzet:** Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996
- Özgenç İzzet:** Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002
- Özgenç İzzet:** Türk Ceza Kanunu Gazi Şehri (Genel Hükümler), Ankara 2005
- Özgenç İzzet:** Zimmet Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009
- Özgenç İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2009
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 8. Bası, Ankara 2005
- Öztürk Bahri /Erdem Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 11. Bası, Ankara 2007, s. 870
- Pektaş Alperen:** Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2006
- Pınar İbrahim:** 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009
- Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık:** Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.:II, 2. Bası, Ankara 1998
- Selçuk Sami:** Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986,
- Sokullu-Akıncı Füsun:** Viktimoloji, İstanbul 1999

Soyaslan Doğan: Teşebbüs Suçu, İstanbul 1994

Soyaslan Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları,5. Bası, Ankara 2005

Soyaslan Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2005

Sözüer Adem: Suça Teşebbüs, İstanbul 1994

Şık Hüseyin: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2007

Turabi Selami: İrtikâp Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

Uygun Mehmet/Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık: Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 1991

Üzülmez İlhan: Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu, HPD, S.:5, Aralık 2005

Üzülmez İlhan: Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikâp Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.14. S.2.

Yaşar Osman: İctihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001

Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. V, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

Yenidünya Ahmet Caner: Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, Sayı 5, Ocak 2005

Yılmaz Zekeriya/Ergün İsmail: Dolandırıcılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2005

Yılmaz Ejder: Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI :Ahmet ARI

Doğum Tarihi ve Yeri :13.04.1984

Medeni Durumu :Bekâr

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise :Antalya Çağlayan Lisesi

Lisans Diploması :Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil :İngilizce

İş Deneyimi

Stajlar :Avukatlık Stajı (Antalya Barosu)

Hâkim ve Cumhuriyet Savcılığı Adaylığı Stajı (Antalya Adliyesi)

Çalıştığı Kurum :Adalet Bakanlığı

Adres :Kanal Mahallesi 4699 sokak No:41 Kepez/ANTALYA

Telefon No :0 530 347 79 04