



**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İRTİKAP SUÇU

ÇAĞRI AŞINA KAYA SEVEN

EYLÜL 2020

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İRTİKAP SUÇU

ÇAĞRI AŞİNA KAYA SEVEN

EYLÜL 2020

ÖZET

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İRTİKAP SUÇU

KAYA SEVEN, Çağrı Aşına

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Yöneticisi: Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Eylül 2020, 185 sayfa

İrtikap suçu, özgü suç olması hasebiyle faili olabilecek kamu görevlisinin ve bu kavramın 765 sayılı TCK'da kullanılan memur kavramı ile karşılaştırılması ve kapsamı, suçun unsurları, kanun hükümleri, yargı kararları ve doktrindeki tartışmalar ışığında incelemeye alınmıştır.

Kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu ve güveni kötüye kullanarak, zorlama, ikna ya da mağdurun hatasından yararlanmak suretiyle yarar veya bu yönde vaatte bulunmayı sağlaması, kişilere zarar vermesi yanında kamu idaresine duyulan güveni zedelediğinden ceza yaptırımına bağlanmıştır. İrtikap, kanunda düzenlendiği yer itibariyle de sadece bireylere zarar vermekle kalmamakta, aynı zamanda devletin de menfaatlerine zarar vermektedir.

İrtikap suçunun özellikle karıştırılma ihtimali yüksek olan dolandırıcılık, rüşvet, zimmet, yağma ve görevi kötüye kullanma gibi suçlarla benzer özellikler taşıması nedeniyle Yargıtay kararları ışığında ayrılan yönlerine ilişkin değerlendirme yapılmıştır.

Çalışma iki ana başlıkta toplanmıştır. Buna göre ilk bölümde, kamu görevlisi ve kamu idaresi kavramı, ikinci bölümde irtikap kavramı, konu, fail, mağdur, unsurları, suçun ortaya çıkış biçimleri, usul, müeyyide ve irtikap suçunun benzer suçlarla ilişkisi başlıklarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İrtikap suçu, kamu görevlisi, fail, mağdur, konu, unsur, benzer suçlar, karşılaştırma



ABSTRACT

IT CRIMES IN TURKISH CRIME OF IMPROPERTY

KAYA SEVEN, Çağrı Aşına

Master Thesis

Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

September 2020, 185 pages

Crime of impropriety, due to the fact that it is a specific crime, comparison and scope of the civil servant concept used in the old law and the public servant concept, who may be the perpetrator, elements of crime, law provisions, judicial decisions are examined in the light of the discussions in the doctrine.

The public servant is punished for abuse of influence and trust obtained from his/her duty and position, when forcing, persuasion, benefit or promise in this direction by benefiting from the fault of the aggrieved, because besides damaging people, it also damages the trust in the public administration. As regulated by law the crime of impropriety, not only harms individuals, but also harms the interests of the State.

Due to the fact that the impropriety crime has similar characteristics and potentially be confused with crimes such as fraud, bribery, embezzlement, extortion and abuse of duty, regarding the separation aspects of the crime, evaluation has been made in the light of the decisions of the Supreme Court.

The study is collected under two main headings. Accordingly, in the first part, the concept of public servant and public administration are included, in the second

part, the concept of impropriety, subject, perpetrator, aggrieved, components, the emergence forms of the crime, procedure, sanction and the relationship of the impropriety crime with similar crimes are included.

Keywords: Crime of impropriety, public servant, perpetrator, aggrieved, subject, components, similar crimes, comparison



TEŞEKKÜR

Bu çalışmada irtikap suçu, suçun faili olan kamu görevlisi kavramı, suçun unsurları ve benzer suçlardan ayırımı doktrinsel tartışmalar ve yargı kararları ışığında ele alınmıştır.

Bu süreçte konu seçiminden, planlamaya, çalışmanın sonuçlanmasına kadar geçen tüm evrelerde engin bilgi ve tecrübesiyle beni aydınlatan, her daim anlayış ve sabır ve gösteren değerli tez danışmanım Doç. Dr. Elvan KEçELİOğLU'na,

Bu çalışmanın yazım sürecinde ve tüm eğitim hayatında bana her daim destek olan başta sevgili teyzem Mşfika Yalçıner, annem Zuhal, babam İdris, kardeşim Yağmur ve sevgili eşim Eren ve oğlum Mehmet Yekta'ya sonsuz teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa no
İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
BÖLÜMLER	
GİRİŞ	1
BÖLÜM I	
CEZA HUKUKU BAKIMINDAN KAMU İDARESİ VE KAMU GÖREVLİSİ	
KAVRAMLARI	
1.1. KAMU İDARESİ.....	3
1.2. KAMU GÖREVLİSİ.....	7
1.2.1. Genel Olarak.....	7
1.2.2. Ceza Hukuku Bakımından Kamu Görevlisi.....	12
1.2.2.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bakımından	
Memur Kavramı.....	23
1.2.2.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bakımından	
Kamu Görevlisi Kavramı.....	31
1.2.2.2.1. Kamusal Faaliyet Kavramı	31
1.2.2.2.2. Kamu Görevlisi Kavramının	
Sınırlandırılması Zorunluluğu	39
1.2.2.3. Özel Yasalar Açısından Kamu Görevlisi.....	41
BÖLÜM II	
İRTİKAP SUÇU	
2.1. GENEL OLARAK	47
2.2. HUKUKİ KONU.....	58
2.3. MADDİ KONU	61
2.4. FAİL	66
2.5. MAĞDUR	71
2.6. MADDİ UNSUR.....	75
2.6.1. Önşart: Görevinin Sağladığı Nüfuzu veya Güveni Kötüye	
Kullanmak	76
2.6.2. İrtikap Suçunun Maddi Unsurunu Oluşturan Fiiller.....	86
2.6.2.1. İcbar	86
2.6.2.2. İkna	100
2.6.2.3. Hatadan Yararlanma	104

2.6.3. Yararın Sağlanması veya Vaad Olunması	107
2.6.4. Suçun Tamamlanma Anı	117
2.6.5. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması	118
2.7. MANEVİ UNSUR	118
2.8. HUKUKA AYKIRILIK	119
2.8.1. Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	124
2.8.1.1. Kanun Hükmünü Yerine Getirme.....	124
2.8.1.2. Meşru Savunma	125
2.8.1.3. Hakkın Kullanılması	126
2.8.1.4. İlgilinin Rızası	127
2.8.2. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata.....	128
2.8.3. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması	129
2.9. KUSURLULUK VE KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER.....	130
2.9.1. Kusurluluk	130
2.9.2. Kusurluluğu Etkileyen(Kaldıran veya Azaltan) Haller	132
2.9.2.1. Yaş Küçüklüğü	132
2.9.2.2. Sağır ve Dilsizlik	132
2.9.2.3. Akıl Hastalığı.....	133
2.9.2.4. Geçici nedenler, Alkol ve Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma	133
2.9.2.5. Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Bir Emrin Yerine Getirilmesi	134
2.9.2.6. Zorunluluk Hali Nedeniyle İrade Yeteneğinin Etkilenmesi	134
2.9.2.7. Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku ve Telaş Nedeniyle Aşılması	135
2.9.2.8. Cebir ve Tehdit Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi.....	135
2.9.2.9. Haksız Tahrik Dolayısıyla İrade Yeteneğinin Etkilenmesi	135
2.9.3. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri	136
2.10. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	137
2.10.1. Teşebbüs	137
2.10.2. İştirak	139
2.10.3. İçtima.....	142
2.11. MÜEYYİDE.....	144
2.12. SUÇUN MUHAKEMESİ	146
2.13. İRTİKAP SUÇUNUN DİĞER SUÇLARLA İLİŞKİSİ	150
2.13.1. Dolandırıcılık ve İrtikap Suçları	150
2.13.2. Zimmet ve İrtikap Suçları.....	152
2.13.3. Görevi Kötüye Kullanma ve İrtikap Suçları.....	153
2.13.4. Yağma ve İrtikap Suçları.....	154
2.13.5. Rüşvet ve İrtikap Suçları	156
SONUÇ	162
KAYNAKÇA	167
EKLER	
EK-1: ÖZGEÇMİŞ.....	173

KISALTMALAR LİSTESİ

AD	: Adalet dergisi,
age.	: Adı geçen eser
agm.	: Adı geçen makale
agt.	: Adı geçen tez
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
İUHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
m./md.	: Madde
MPM	: Milli Prodüktivite Merkezi
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyat Kanunu
s.	: Sahife
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
UMD	: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
vb.	: Ve benzeri
Y.	: Yargıtay
YÖKYK	: Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu

GİRİŞ

Hukuk, toplumu düzenleyen ve devlet yaptırımıyla güçlendirilmiş bulunan kuralların, yasaların bütünü veya bu kuralları, yasaları, hakları konu alan bilim dalı olarak ifade edilir.¹5237 sayılı TCK'nın 1. maddesinde ise Ceza Kanununun amacı; *'kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek'* şeklinde ifade edilmiştir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, cezalar ve güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Bu kapsamda toplum içi düzen ve güveni sağlamak, topluma veya bireylere yöneltilen haksız eylemleri öngörülebilir bir yaptırıma bağlamak üzere düzenlemelere gidilmiştir. Çalışmamıza konu irtikap suçu da millete ve devlete karşı işlenen suçlar başlığı altında 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK'da düzenlenmiştir.

Çalışmada irtikap suçunun; Yargıtay kararları ve doktrin ışığında somut olaylardaki görünüşü, suçun fail ve mağdurunun kimler olabileceği, bu kapsamda kamu görevlisi kavramı, suçla korunan hukuki değer, suçun işleniş şekilleri, suça iştirak ve teşebbüsün mümkün olup olamayacağı, içtima hükümlerinde uygulanacak kural ve benzer suçlardan ayırımı gibi hususlara değinilecektir.

Bu kapsamda kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan irtikap suçunu konu alan tez iki bölüm halinde ele alınmıştır. Birinci bölümde ceza hukuku bakımından kamu idaresi ve kamu görevlisi kavramları üzerinde durularak, özellikle 765 sayılı TCK'dan farklı olarak memur kavramının terki ile kullanılmaya başlanan kamu görevlisi kavramı, kapsam ve içeriği üzerinde durulacak. İkinci bölümde genel olarak irtikap suçu ile birlikte hukuken korunan değer, suçun maddi konusu, kimlerin fail ve mağdur olabileceği, suçun maddi unsurlarını oluşturan görevin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanma kavramları, icbar, ikna ve hatadan yararlanma filleri, suçun neticesi olarak yarar ve vaatte bulunma,

¹Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi:16.04.2020)

hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabilirliği, suçun manevi unsuru, teŖebbüsün mümkün olup olmaması, iŖtirak halleri ve iŖtirak edenlerin sıfatı, içtima, suçun sübutu halinde uygulanacak müeyyide ve yargılama usulü ile son olarak benzer suçlardan ayrımı hususları incelemeye alınacaktır.



BÖLÜM I

CEZA HUKUKU BAKIMINDAN KAMU İDARESİ VE KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMLARI

1.1. KAMU İDARESİ

İrtikap suçu, kamu idaresi aleyhine işlenen suçlardan olması nedeniyle öncelikle kamu idaresi kavramını incelemek gerekmiştir.19.yüzyıldan itibaren devlet faaliyetleri gelişme kaydetmiş, devletin müdahale alanı da genişlemiştir.²Sadece toplumun iç ve dış güvenliğini sağlayan kurum olmaktan çıkan devlet, bireylerin hak ve menfaatler, toplumun ortak menfaatlerinin gelişmesini sağlaması, toplum hayatının içine girmesi ve faaliyetlerinin artmasıyla aleyhine işlenen suçların sayısı artarak karmaşık hal almaya başlamıştır.³ Toplu halde yaşayan insanların ihtiyaçlarını karşılamak, hak ve menfaatlerini korumak ve toplum içi düzeni sağlamak üzere kurulan, aynı zamanda halk adına birçok iş yapmak üzere görevli olan devlet, diğer toplulukların iktidarını üstün gücüne dayanarak sınırlamaktadır.⁴Bireylerin sadece iç ve dış güvenliğini sağlamakla yükümlü olmayan devlet, bireylerin hak ve menfaatleri yanında toplumun ortak menfaatinin de korunması ve gelişmesini hedeflemiştir.⁵Bu durum karşısında ceza kanunları bireyler yanında bireylerin ortak menfaatini korumakla yükümlü kamu idaresi aleyhine işlenen fiilleri de yaptırım altına almış.⁶

Ceza kanununda yer alan suçların tasnifinde dikkate alınacak ölçüt hususunda görüş birliği olmamakla birlikte, ağırlıklı görüş korunan hukuki değer dikkate

² ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler(Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 18. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 953

³ YARSUVAT Duygun, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, İÜHFİM, Cilt:30, SAYI:3-4, YIL:1964, İstanbul, s.665, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.953

⁴ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukuku(1.Cilt, 2. Bası), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1944, s.1, İNANÇ Zekeriya Alper, Türk Ceza Kanununda İrtikap Suçu(1. Baskı), Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s.9

⁵ YARSUVAT a.g.m, s.666

⁶ İNANÇ, a.g.e, s.9

alınması gerektiği yönündedir.⁷Suçların bulunduğu bölüm başlıkları, suç ile korunan hukuki değerın tespiti açısından önem taşımaktadır.⁸İrtikap suçu ile birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dördüncü kısmındaki Millete ve Devlete Karşı Suçlar başlığı altında Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine karşı Suçlar başlığı ile birinci bölümde devlete karşı işlenen fiiller yaptırım altına alınmış iken 765 sayılı Türk Ceza Kanununda Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler başlığı altında yaptırıma bağlanmış idi.

Devlet, diğer toplulukların iktidarlarını sınırlayan gerçek iktidarın faaliyet gösterdiği ana sahayı meydana getirmekte olup, üstün iktidar sahibi bir varlık sıfatı ile, organları vasıtasıyla bugünün toplum hayatının doğurduğu çeşitli ihtiyaçlara cevap vermek zorunluğundadır.⁹Devlet, bir toprak parçası üzerinde bir milletin siyasi ve ekonomik yönden organize olmuş, kendi varlığını diğer devletlere kabul ettirmiş, itibarlı bir kurum ve bir milletin hukuki yönden organize olmuş şeklidir. Devlete karşı işlenen suç, aynı zamanda millete karşı da işlenmektedir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK özel hükümler kitabının dördüncü kısmında yer alan suçların başlığına Millete ve Devlete Karşı İşlenen Suçlar başlığı verilmiştir. Bu suçlar hem millete hem devlete zarar vermektedir.¹⁰ Devletin sorumluluklarını gerçekleştirmek için organları aracılığıyla gerçekleştiği faaliyetler geniş anlamda, yasama ve adli işler dışında kalan ve toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik faaliyetler dar anlamda devlet idaresini tanımlamaktadır.¹¹

Kamu idaresi kavramı ceza hukuku yanında idare hukukunun da konusunu oluşturmaktadır. İdare hukukuna göre organik ve fonksiyonel olmak üzere iki farklı anlamı bulunmaktadır. Organik anlamda kamu idaresi, yasama yargı organları dışında kalan ve hükümeti oluşturan bakanların bulunduğu devleti temsil eden merkezi idare, merkezi idareden tamamen bağımsız olmayan yöresel ihtiyaçları gidermek üzere kurulan mahalli idareler ile bir takım idari hizmetleri karşılamak üzere kurulan kamu tüzel kişilerini kapsayan anlama sahip iken, fonksiyonel anlamda ise, yasama ve yargı ile yürütme organının salt siyasi nitelikli faaliyetleri dışında kalan ve devletin

7 TOROSLU Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.85

8 ÖZEN Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, a.g.e. s. 33

9 YARSUVAT, a. g.m., s.666

10 HAMURCU Beyhan, Rüşvet ve İrtikap Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.5 (Erişim tarihi:24.03.2020)

11 ONAR, a.g.e, s.3, ÖZEN, a.g.e. s. 32, YARSUVAT, a. g.m., s.668

toplumun günlük gereksinimlerini karşılamak ve gündelik yaşamını sürdürebilmesini sağlamak amacıyla yürüttüğü tüm kamusal iş ve faaliyetler anlamına gelmektedir.¹²Halk yönetimi¹³ olarak tanımlanan kamu idaresi kavramına ilişkin ceza kanunumuzda herhangi bir tanım yapılmamıştır.Kamu idaresi kavramı idare hukukundaki idare kavramından daha geniş anlam ifade etmekle, devletin sadece idari faaliyetlerini değil, yasama yürütme ve yargı organları ve diğer kamu tüzel kişilerini de kapsamaktadır.¹⁴

765 sayılı TCK'da devlet idaresi terimi kullanılmakla, devlet idaresi kavramı; devletin kendisine yüklenen amaçlarını gerçekleştirmek için organları vasıtasıyla gerçekleştirdiği faaliyetler anlamına gelmektedir.¹⁵765 sayılı TCK'da devlet idaresi kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bir düzenleme olmadığına bu durumun karmaşaya neden olduğu söylenebilir.765 sayılı TCK'da kullanılan devlet idaresi teriminin sadece yasama yürütme ve yargı organlarını ele alması, diğer tüzel kişileri kapsamaması nedeniyle 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde memur tanımı ile cezai koruma genişletilmişse de 5237 sayılı TCK'da kamu idaresi kavramına yer verilerek karışıklığa son verilmiştir.¹⁶

Yeni ceza kanununda kamu görevi ve görevlisi kavramlarının tanımı ile kamu idaresi kavramının sınırları çizilmiştir.¹⁷5237 sayılı TCK'nın 6. maddesi c bendinde '*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır.*' tanımına yer verilmiştir.

Türk Ceza Kanunundaki kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında yaptırıma bağlanarak korunan husus devlet organlarından ziyade, bu organların fonksiyonlarını hukuka uygun bir şekilde yerine getirmesidir.¹⁸Böylece kamu hizmetlerinin demokratik işleyişi açısından dürüstlük, tarafsızlık, disiplin, sadakat, süreklilik, hürriyet ve sükunet ile itibarın korunması genel ilkelerine bağlanması mümkündür.¹⁹Kamu görevlisinin görevini ihlali şeklinde ortaya çıkan

¹² ÇELİK Eda, Rüşvet ve İrtikap Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.2, 3, (Erişim tarihi:24.03.2020)

¹³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi:23.03.2020)

¹⁴ İNANÇ, a.g.e, s.10

¹⁵ ONAR, a.g.e, s.3, ÖZEN, a.g.e. s. 32

¹⁶ İNANÇ, a.g.e, s.11

¹⁷ TURABİ, a.g.e, s.9

¹⁸ EREM Faruk/TOROLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s.143, YARSUVAT, a.g.m, s.670

¹⁹ YURTCAN Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet, Zimmet, İrtikap Görevi Kötüye Kullanma-Öteki Kamu Yönetimine Karşı Suçlar(Güncelleştirilmiş 2. Baskı), Adalet Yayınevi Ankara, 2015,

kamu idaresi aleyhine işlenen suçlar ile bireylerin kamu idaresinin tarafsızlığına ilişkin güven duygusu zedelendiğinden, eylemler ceza yaptırımına bağlanarak kamu idaresine olan güven duygusu korunmak ve mevcut güven artırılmak istenmiştir.²⁰ Kamu idaresine olan güvenin koruma altına alınması ile öncelikle kamu menfaati korunmakla birlikte toplumu oluşturan bireylerin menfaati de korunmuş olur.²¹ Özel menfaatler saikiyle devletin normal fonksiyonlarının yerine getirilmesine yapılacak baltalamaların cezalandırılması en uygun yoldur.²² Öncelikle koruma altına alınan kamu yararı olduğundan bunun yanında devlet hiyerarşisi içinde disiplin de sağlanmaktadır.²³

5237 sayılı TCK'da kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında yaptırıma bağlanan suçlar; zimmet, irtikap, denetim görevinin ihmali, rüşvet, nüfuz ticareti, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması, görevi kötüye kullanma, göreve ilişkin sırrın açıklanması, kamu görevlisinin ticareti, kamu görevini terki veya yapılmaması, kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma, görevi yaptırmamak için direnme ve kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma. devletin politik ve adli menfaatlerini ihlal eden suçlar bu bölümde düzenlenmemiştir.²⁴ Kanun koyucu kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında kamu idaresi aleyhine işlenen karakteristik ve genel suçları düzenlemişken, farklı özellikteki kamu idaresi aleyhine işlenen suçları ise adliye karşı suçlar başlığında olduğu gibi ayrı bölümlerde düzenlemiştir.²⁵ Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar kamu görevlileri ve özel şahıslar olmak üzere iki kategori fail tarafından işlenmekle, zimmet, görevi kötüye kullanma, irtikap gibi suçlar kamu görevlileri, kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçları hem kamu görevlileri hem de özel şahıslar tarafından işlenebilmektedir.²⁶ Failin memur olması durumunda bu kişiler, devletle aralarında yapılan anlaşmaya sadakatsizlik, uymaya mecbur oldukları disipline riayetsizlik etmiş,

s.2

²⁰ MALKOÇ İsmail/GÜLER Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler(1. Baskı), Cilt 2, Adil Yayınevi, Ankara 1999, s.1592

²¹ İNANÇ, a.g.e, s.12, TURABİ, a.g.e, s.10

²² YARSUVAT, a.g.m, s.670

²³ TURABİ, a.g.e, s.10

²⁴ SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Gözden Geçirilmiş 9. Baskı), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.660

²⁵ TURABİ, a.g.e, s.11, İNANÇ, a.g.e, s.10

²⁶ SOYASLAN, a.g.e, s.660

vatandaşın devlet idaresinden beklediği hizmet emniyetini yıkarken, failin özel şahıslar olması durumunda, bu kişiler devlet idaresine, otoritesine karşı gelmiş, devlet faaliyetlerinin aksamasına sebep olmuşlardır.²⁷Kamu görevlilerince işlenen suçlar genellikle doğrudan devlete zarar verirken, özel şahıslar tarafından işlenen suçlar dolaylı yoldan zarar vermektedir.²⁸

Kamu görevlilerinin görevlerini, devletin koyduğu kurallara uymayarak, çıkar sağlamak suretiyle yapmaya başladıklarında devletin nitelikleri de aşınmaya başlar. Böylece kişilerin devlete güveni azalır, kamu görevi amacına uygun yapılmadığından devletin saygınlığı zarar görür.Kamu görevlilerinin bu eylemleri yaptırımı bağlanmıştır. Bu kapsamda kamu idaresinde ve demokratik bir toplumda bir takım niteliklerin bulunması ve bunların ceza yaptırımı ile korunması gerekmektedir.²⁹Kamu idaresine karşı suçlarda hukuki himayenin konusu, genel olarak devlet hizmetinin düzenli bir şekilde yürümesi aynı zamanda devletin ve kamu kurumlarının prestiji korunmaktadır.³⁰

1.2. KAMU GÖREVLİSİ

1.2.1. Genel Olarak

Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlar, 5237 sayılı TCK'nın özel hükümlerin düzenlendiği ikinci kitabın dördüncü kısmının birinci bölümünde düzenlenmiştir.Faili kamu görevlisi olan bir çok suç (rüşvet, zimmet, irtikap vb.) bu bölümde yer almaktaysa da diğer bölümlerde kamu görevlisinin, suçun faili, mağduru ya da suçun nitelikli hali olarak var olduğu görülmektedir.³¹Memurlar, devlet faaliyetlerinin korunmasında fail veya mağdur olarak yer alırlar, zira amme hukukunun en geniş sujeleridir; hem devletin bir hizmetkarı hem de kamu kudretinin bir kısmını değişik nispetlerde kullanan kimsedir.³²

Genel olarak bir memur tanımı vermek güçtür; her mevzuat yürürlükte bulunduğu ülkenin pratik ihtiyaçlarına cevap vermek üzere bir hal tarzı koymaktadır.

²⁷ YARSUVAT, a.g.m, s.671

²⁸ SOYASLAN, a.g.e, s.661

²⁹ HAMURCU, a.g.t., s. 10, 11

³⁰ SOYASLAN, a.g.e, s. 661

³¹ ÖZEN, a.g.e s. 4

³² YARSUVAT, a.g.m, s.680

Halk dilinde, idare hukukunda ve ceza hukukunda başka anlamlar taşıyan kavram, halk arasında memur, devlet veya diğer kamu müessesesinden ücret alan şahıs olarak bilinir.³³Memur kavramı, idare hukukunda birden fazla anlamda kullanılmış olması nedeniyle çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.³⁴İdare hukuku açısından, idarenin insan ögesini, idarede görev yapan kişiler oluşturmakla bu kişiler kamu görevlileri, kamu personeli ya da kamu hizmeti görevlileri olarak adlandırılmaktadır.³⁵

Kamu idaresi güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlardan olan irtikap suçunu irdelenmek için öncelikle kamu görevlisi kavramının anlam ve kapsamını incelemek gerekir. Ancak kamu görevlisi kavramı teori ve uygulamada tam bir açıklığa kavuşmuş değildir.Değişik kanunlarda farklı düzenlemeler bulunması nedeniyle, uygulamada memur kavramı da kullanılmakta, kanunlar arası terim ve anlam birliğinin genel olarak sağlanamamış olması uygulayıcıları ciddi sıkıntıya sokmaktadır.³⁶5237 sayılı TCK'da memur kavramı terk edilerek kamu görevlisi kavramına yer verilmiş olmasına rağmen, Anayasa, Devlet Memurları Kanunu, 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve pek çok kanunda memur kavramı ve ayrıca diğer kamu görevlileri adı altında farklı bir kavram da beraberinde kullanılmaktadır.³⁷

Kamu görevlisinin iki farklı anlamı olmakla, kamu kesiminde ve devletin bütün organlarında görev yapan herkesi kapsayan anlamda geniş anlamda kamu görevlisini ifade ederken, devletin siyasal yapısını meydana getiren organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışan görevliler dışında kalan kamu görevlileri ise dar anlamda kamu görevlisini ifade eder.³⁸Bu çerçevede, idare hukuku konusunu dar anlamda kamu görevlisi oluşturmaktadır.³⁹

Kamu görev veya hizmetini yerine getirmekle yükümlü olan kişiler; kamu yararı ilkesine, idareye sadakat ve dürüstlük bağı içinde olmaları, sahip oldukları kamu güç ve otoritesini kişiler aleyhine kullanmamaları, yasalar çerçevesinde hareket etmeleri, kişilere karşı adalet ve eşitlik ilkesine bağlı kalmaları, kişilerden haksız yarar sağlamamaları gerektiği gibi bu konuda toplumda oluşan inanç ve güveni de

³³ YARSUVAT, a.g.m, s.680

³⁴ DÖNMEZ, Burcu, Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı, Barolar Birliği Dergisi, Dönem/Sayı:2011/94, Ankara, 2011, s.98, (Erişim tarihi:25.03.2020)

³⁵ ÇELİK, a.g.t., s.6

³⁶ DEMREN DÖNMEZ, a.g.m, s.96,

³⁷ DEMREN DÖNMEZ, a.g.m, s.96

³⁸ ÇELİK, a.g.t, s.6

³⁹ ÇELİK, a.g.t, s.15

korumaları gerekmektedir.⁴⁰Kamu görevlisi sıfatına haiz kişilerin görevlerini yerine getirirken yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri ceza kanununda suç olarak kabul edilmektedir.⁴¹

Kamu görevlisi tarafından işlenen suçlar, failin kamu görevliliği sıfatının kalkması halinde suç oluşmayan gerçek görev suçları ve failin kamu görevliliği sıfatının kalkması halinde failin başka bir suça dönüşerek suç olmaya devam ettiği gerçek olmayan görev suçları olarak ayrılmıştır.⁴²Gerçek memur suçlarında failin memurluk sıfatı suç tipinde kurucu unsur olduğu halde görünüşte memur suçlarında memurluk sıfatı bir bakıma bu suçta ağırlatıcı sebeptir.⁴³Bu ayırım korunan hukuki yararın tespitini zorlaştırmakla, gerçek memur suçlarında korunan hukuki yararın tespiti kolay iken, görünüşte memur suçlarında hareketin hukuka aykırılık niteliği yoğunudur; yani fail memur olması nedeniyle suç tipini kolay ihlal edebilir, meydana getirebileceği zarar da kolaylıkla ve daha ağır şekilde gerçekleşir.⁴⁴

Memur suçlarında koruna hukuki yararın ne olduğu kanunların takip ettiği sisteme göre değişebilmekte; bu durum bu suçlarda korunan hukuki yarar bakımından görüş ayrılıklarını doğurmuşsa da yazarların çoğu tarafından kabul gören görüşe göre memur suçları ile memurların sadakat ihlali olduğu gibi, devlete duyulan güveni ve devletin bütünlüğü ve prestijini ihlal etmesi nedeniyle bu fiiller suç kabul edilmiştir. Kanunumuzda bu suçların devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar(kamu idaresi güvenilirliği ve işleyişine karşı işlenen suçlar) kısmında düzenlenmiş olması da korunmak istenen yararın ne olduğunu açıkça göstermiş olmaktadır.Bu durum neticesinde her iki suç tipi açısından da suçtan zarar görenin rızası olması hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecek, kamuyu ilgilendiren suç tipleri olduğundan resen kovuşturulacak ve nihayet bazı istisnalar dışında suçun basit şeklinde oluşturulan memur suçları bu suçun basit şekli yanında ayrı bağımsızlığını korur ve gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.⁴⁵

Zimmet, rüşvet, irtikap, görevi kötüye kullanma, haksız arama ve dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçları gibi gerçek görev suçlarında failin

⁴⁰ GÖKCAN Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.25

⁴¹ GÖKCAN, a.g.e, s.25

⁴² GÖKCAN, a.g.e, s.29

⁴³ ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 89

⁴⁴ ÖNDER, a.g.e. s. 89

⁴⁵ ÖNDER, a.g.e. s. 90

kamu görevlisi olması suçun unsuru olmakla, bu tür suçlarda fail bakımından özgü suç söz konusudur. Resmi belgede sahtecilik, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi gerçek olmayan görev suçlarında failin kamu görevi sıfatı suçun unsuru olmamakta sadece ağırlatıcı hali veya nitelikli biçimi oluşturmakta, dolayısıyla kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da bu tür suç işlenebilmektedir. Faillik ve iştirak kuralları bakımından bu ayrıma baktığımızda, gerçek görev suçlarında failin kamu görevlisi olması zorunlu olduğundan, görevli olmayan kişilerin kamu görevlisi ile birlikte suç işlemesi halinde bu kişiler failin bu sıfatını bilmeleri koşuluyla fail değil, iştirak hükümlerine göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar.⁴⁶ Gerçek olmayan görev suçlarında kamu görevlisi ile görevli olmayan kişinin birlikte suç işlemesi halinde görevli olmayan kişi suçun temel şekli ile ve fail sıfatıyla cezalandırılmalıdır.⁴⁷ Örneğin görevli olmayan kişinin, kamu görevlisinin işlediği resmi belgede sahtecilik suçuna bilerek malzeme sağlayarak iştirak etmesi halinde yardım eden olarak, ancak görevli olmayan kişinin kamu görevlisi ile birlikte resmi belgede sahtecilik suçunu birlikte işlemesi halinde kamu görevlisi TCK 204/2 uyarınca, kamu görevlisi olmayan kişi ise failin temel şekli ile TCK 204/1 uyarınca cezalandırılır. Her ne kadar bu fiile diğerinin iştirak ettiği söylenebilirse de, faillik iştirake göre asıl olduğundan fail olarak sorumlu tutulması öncelik taşımaktadır.⁴⁸

Kamu görevini ifa eden kişilerin, görevlerini etki altında kalmadan ve dirençle karşılaşmadan yerine getirmeleri kamu yararı açısından zorunlu olmakla birlikte, görevlerini yerine getirdikleri esnada veya görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kendilerine karşı suç işlenmesi ceza kanunlarında ayrı bir düzenleme veya ağırlatıcı hal olarak kabul edilmektedir.⁴⁹

İdare hukukundaki memur ile ceza hukukundaki memur kavramları farklı olmaktadır. İdare hukukundaki memur idarede sürekli çalışmakta ve idarenin sürekli ve sabit kadrosuna girmekte iken, ceza hukukunda memur sayılanların idarede çalışıyor olmaları ve idareye ait kadroyu doldurmaları zorunlu bir unsur değildir.⁵⁰ İdare hukukundaki memur ile ceza hukukundaki memur bazen aynı kişide

⁴⁶ GÖKCAN, a.g.e, s.29

⁴⁷ GÖKCAN, a.g.e, s.29

⁴⁸ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, (2.Baskı), Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s.543, 544

⁴⁹ GÖKCAN, a.g.e, s.26

⁵⁰ ÇETİN, Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, Eda Matbaacılık, Ankara, 2000, s.5

birleşirken bazen de ayrılır⁵¹(örneğin; kaymakam ve vergi dairesi müdürü idarede sürekli olarak maaşla çalışan, idarenin kadro ve derecelerinde kaynaşmış göreve atama ile geldiklerinden hem idare, devletin bizzat yerine getirmek zorunda olduğu işleri yapan ve hukuksal tasarruf ve eylemde bulunabilen kimseler olduklarından hem ceza hukuku yönünden memur sayılırken, KİT'lerin 657 sayılı DMK'na bağlı olarak çalışan personeli göreve atama ile gelen ve maaşla çalışan kimseler oldukları için idare hukuku yönünden memur iken, yaptıkları iş devletin yerine getirmek zorunluluğunda olan işlerden olmadığından ceza hukukuna göre memur sayılmaz, milletvekilleri, jandarma erleri, korucular, muhtar, tanık, bilirkişi, tercüman yediemin idarenin sürekli ve sabit kadrosunda yer almadıkları ve göreve atama ile getirilmedikleri için idare hukuku yönünden memur değilken, yaptıkları iş kamu görevi olduğundan ceza hukuku yönünden memur sayılırlar.)⁵²

İdare hukukuna göre, idarede görev yapan kişiler, idarenin insan ögesini oluşturmakla, bunlara kamu görevlileri, kamu personeli ya da kamu hizmeti görevlileri denilmektedir.⁵³İdare hukukuna göre kamu görevlisinin en geniş, geniş, en dar ve dar olmak üzere dört farklı tanımı bulunmaktadır.⁵⁴En geniş anlamda; kamu alanında çalışan herkes, yani kamu hukuku tüzel kişiliklerinde kamu yada özel hukuk kurallarına tabi olan, memur, sözleşmeli, işçi konumunda çalışan herkes, geniş anlamda; özel hukuka tabi olanlar hariç kamu hukuku tüzel kişiliklerinde çalışan herkes, en dar anlamda; devlet memurlarının hepsini, dar anlamda ise tartışmalı olmakla birlikte; bir görüşe göre kamu hukuk tüzel kişiliklerinde mesleki sıfatla ücret karşılığı çalışan ve kamu hukukuna tabi olan, diğer görüşe göre Anayasanın 128. maddesinde tanımlandığı gibi, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişiler, bir diğer görüşe göre devletin siyasal yapısını oluşturan organlarda görevi olanlar ile özel hukuk hükümlerine tabi çalışanlar dışında kalan kişiler olarak tanımlanmıştır.⁵⁵

İdare hukukundaki geniş ve dar manadaki kamu görevlisinin ortak özelliği kamuda çalışması ve kamu erkini kullanmasıdır.⁵⁶Kamu görevlisi, kamu kurum ve

⁵¹ ÇETİN, a.g.e s.5

⁵² ÇETİN, a.g.e. s.5

⁵³ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku(11.Baskı), İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s.579

⁵⁴ ÖZEN, a.g.e.,s. 4

⁵⁵ ÖZEN, a.g.e, s. 6

⁵⁶ ÖZEN, a.g.e, s. 6

kuruluşlarına bağlı çalışması gerektiğinden eczacı, özel eğitimde çalışan öğretmen, noter, serbest çalışan avukat, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında çalışan avukat, taksiciler kamu görevlisi sayılmaz.⁵⁷Kamu görevlisi olmanın ölçütü, devlet veya kamu kesiminde yer alan bir örgüte bağlı olarak çalışmayı gerektirdiğinden serbest meslek icra eden avukat, kamu görevlisi sayılmaz.⁵⁸Mesleki sıfat, yapılan işin mesleğe dayalı, mesleğin bir gereği, mesleğin öne çıktığını ifade ettiğinden, örneğin devlet başkanı, başbakan, bakan, milletvekilleri seçimle veya atanma ile vatandaş sıfatını kullanarak görev yapmakta oldukları için dar anlamda kamu görevlisi değildir.Çünkü bu kişiler aynı zamanda avukat, mühendis oldukları düşünüldüğünde bu sıfatları ile görev yapmadıkları anlaşılmaktadır.⁵⁹

Kamu görevlisi ile kamu görevlisi olmayan kişilerin ayrımında; kamu hukukuna bağlı çalışan ile özel hukuka bağlı çalışan, uyuşmazlık çözümünde ise adli yargı ya da idari yargıda çözümlenmesi önem arz etmektedir.⁶⁰Buna göre kamu hukukuna bağlı olarak çalışan kamu görevlisi, özel hukuka bağlı olarak çalışan işçi olarak ayrılmaktadır.⁶¹

1.2.2. Ceza Hukuku Bakımından Kamu Görevlisi

Ceza hukukunda özgü suç olarak da adlandırılan fail ve mağdurunun sadece belli kişiler olabileceği suç tipleri bulunmaktadır. Failinin belli bir görev veya hizmetle yükümlü olduğu bu suçlara yükümlülük suçları veya kamu görevi yükümlülük suçları denilmektedir.⁶² Bu tür suçlara görev suçları adı da verilmektedir.⁶³ TCK'da düzenlenen bazı suç tiplerinde failin veya mağdurun kamu görevlisi olması şartı aranmaktadır, bazı suçlar bakımından ise, kamu görevlisi sıfatı suçun ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmiştir. Ayrıca TCK'da 'kamu görevlisi' sıfatı her suça uygulanabilen genel nitelikli bir hal olarak düzenlenmemiştir. Suç tipinin kurucu veya nitelikli halinin

⁵⁷ GÜNDAY, a.g.e, s.579

⁵⁸ GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku(Güncellenmiş 6. Baskı), Der Yayınları, İstanbul, 2013, s.658, 659

⁵⁹ ÖZEN, a.g.e. s. 7

⁶⁰ GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri(Güncellenmiş 22.Baskı), Ekin Kitabevi, Bursa, 2020, s.560

⁶¹ ÖZEN, a.g.e. s. 6

⁶² ÖZGENÇ İzzet, Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak, SÜHFD, Cilt:4, Sayı:1-2, Konya, 1994, s. 334, (Erişim tarihi:04.04.2020)

⁶³ GÖKCAN, a.g.e, s.25

tespiti bakımından kamu görevlisinin kim olduğunun belirlenmesi, TCK uygulaması bakımından önem arz etmektedir.⁶⁴

Belli bir görev veya hizmetle yükümlü olan kişilerin kamu yararı ilkesine bağlı, idareye sadakat ve dürüstlük bağı içerisinde sahip olunan kamu güç ve otoritesini kişiler aleyhine kullanmadan, adalet ve eşitlik ilkelerine bağlı, haksız yarar sağlamadan ve bu hususlarda toplumdaki inancı da sarsmadan davranmaları gerekmektedir.⁶⁵ Kamu görevlisi sıfatına haiz kişilerce bu yükümlülükler aykırı hareket edilmesi ceza kanununda suç olarak tanımlanmaktadır. Yükümlülük suçları olarak adlandırılan suçların İsviçre, Fransa, Almanya ve İtalya gibi çağdaş ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde ‘*memurluk ve mesleki vazifelere karşı işlenen suçlar*’, ‘*kamu idaresine karşı işlenen cürümler*’ gibi farklı başlıklar altında yer aldığı görülmektedir.⁶⁶

Anayasanın 128. maddesinde ‘*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*’ hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununu 1. maddesinde ‘*Bu Kanun, Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır. Sözleşmeli ve geçici personel hakkında bu Kanunda belirtilen özel hükümler uygulanır.*’ hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; ‘*Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hakimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcısı, Üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta - Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcısı,*

64 -DÖNMEZ Burcu, Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Özel sayı(Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan), 2017, s. 2734, (Erişim tarihi:25.03.2020)

65 GÖKCAN, a.g.e, s.25

66 GÖKCAN, a.g.e, s.26

Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehtaran Bölüğü Sanatkarları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye Opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri; Spor-Toto Teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler ile Emniyet Teşkilatı mensupları özel kanunları hükümlerine tabidir.’ hükmüne yer verilerek özel kanuna tabi olan kamu görevlileri sayılmıştır. Aynı Kanun 4. maddesinde ‘*Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür .’* hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı DMK 4. maddesinde memur kavramı ‘*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.*’ Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.’ şeklinde ifade edilmiştir.

Anayasa, kamu hizmeti görevlilerini, sadece memurlardan ibaret görmeyerek diğer kamu görevlileri kavramına yer vermiştir. Diğer kamu görevlisi kabul edilecek kişiler örneğin sözleşmeli personel gibi idare ile sözleşme ilişkisi içerisinde olup, devlet memurluğu ile ilişkisi olmayan ve kendi kanunları bulunan üniversite öğretim elemanları, subaylar, hakimler gösterilebilir. Ancak bu durumun asli ve sürekli görev kavramı ile bağdaştırılması mümkün değildir.⁶⁷

Anayasanın 128.maddesinde geçen kamu görevlisi teriminin tanımı hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır.⁶⁸ **Atay’a göre**, Anayasanın 128. maddesinde geçen diğer kamu tüzel kişileri ifadesi, KİT’leri kapsamakta, diğer kamu görevlileri ifadesinin ise, kamu kurum ve kuruluşlarında kamu hukuku hükümlerine göre çalışan kişileri kapsamaktadır,⁶⁹ **Gözler’e göre**, maddede kamu görevlisi tanımına yer verilmediği, kamu görevlisinin yapacağı işlerin tanımına yer verildiği, buna göre de; kamu görevlisinin devlet, KİT’ler ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde çalışması, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinde çalışması ve asli ve sürekli görevleri görmesi gerekmektedir.⁷⁰ **Akyılmaz’a göre**, memurlar ve diğer kamu

⁶⁷ DEMREN DÖNMEZ, a.g.m, s.100

⁶⁸ ÖZEN, a.g.e, s. 7

⁶⁹ ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.851

⁷⁰ GÖZLER, a.g.e, s.561

görevlileri, idare ile kamu hukuku ilişkisi içinde olan ve asli görevde çalışan kişileri kapsamakta, özetle dar anlamda kamu görevlisini ifade etmektedir.⁷¹ **Gözübüyük'e göre**, diğer kamu görevlilerininin 1982 Anayasası ile hukukumuzda girdiği, bunların da memurlar gibi genel idare esaslarına göre, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüttükleri ve aynı memurlar gibi bütün özlük haklarının da kanunlarla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷²

Anayasa Mahkemesi 233 sayılı KHK'nın 42. maddesi hakkında açılan iptal davasında; KHK da hizmet sözleşmesiyle çalışan kişilerin taraflar arası eşitlik ilkesine göre çalıştıkları ve Anayasanın 128.maddesinde geçen diğer kamu görevlilerininin devletin daha güçlü yetkilere sahip olarak çalışan kişiler olduğundan bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁷³ Anayasa'nın 128.maddesinde bulunan genel idare esasları ile kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler ifadelerinin ne anlama geldiği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Kamu görevlisinin tanımına ilişkin Anayasanın 128.maddesinde geçen genel idare esaslarına yürütülen kamu hizmetleri ile asli ve sürekli görev ifadelerinin ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.⁷⁴ **Gözübüyük/Tan'a göre**, genel idare esasları; devlet idaresi veya merkezi idare olarak adlandırılan genel idarenin bağlı olduğu kural ve usulleri, diğer yandan da özel kesimde uygulanan kamusal yönetim biçimini kapsamaktadır.⁷⁵ **Günday'a göre**, kamu hizmeti değil, kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevler olarak anlaşılması gerektiği, buna göre genel idare esasları terimi, kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler kurma ve idari kararlar alma şeklinde anlaşılmalıdır.⁷⁶ Bu görüşe göre devletin geleneksel kamu hizmetlerinde çalışanlar yanında, özel hukuk kuralları ve özel yönetim usullerine bağlı olan KİT'ler tarafından yürütülen işlerde; kamu gücü kullanılarak tek taraflı idari işlemler kurma ve idari kararlar alındığından çalışanların kamu görevlisi sayılması gerekecektir.⁷⁷ Kamu hizmetine ilişkin görevin asli ve sürekli olması yapılacak görevin ise kadroya bağlanmış olması şeklinde anlaşılmalıdır.⁷⁸ **Akyılmaz'a göre**, genel idare esasından,

⁷¹ AKYILMAZ Bahtiyar, İdare Hukuku, Konya, 2003, s.369

⁷² GÖZÜBÜYÜK Ahmet Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar(Cilt 2), (Güncellenmiş 13. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.765

⁷³ -22.12.1988, e.1988/5, k.1988/55, AYKD, sayı 24, s.495-498, ÖZEN, Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 8

⁷⁴ ÖZEN, a.g.e. s. 8

⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, a.g.e. s. 773

⁷⁶ GÜNDAY, a.g.e, s.582

⁷⁷ GÜNDAY, a.g.e, s.582, ÖZEN, a. g.e. s. 9

⁷⁸ GÜNDAY, a.g.e, s.583, ÖZEN, a. g.e. s. 9

kamu hukuku gücü kullanılarak tek taraflı işlem yapma, asli ve sürekli görev yapma kavramından ise kadroya bağlanmış görev anlaşılmalıdır.⁷⁹ Bir diğer görüş, 128.maddedeki asli ve sürekli olma niteliği çalışanın kişiliğine ve durumuna değil, yaptığı göreve bağlı koşullar olduğu, hangi görevin asli ve sürekli olduğu ve bunun sonucu kim diğer kamu görevlisidir olayında, dikkatin kişi yerine önce görevde toplanması gerektiğidir.Asli-sürekli olan personelin değil, görevin niteliği olmakla, personelin geçici çalıştırılması, yaptıkları kolluk görevinin süreklilik niteliğini değiştirip kaldırmaz.⁸⁰

233 sayılı KHK ile KİT'lerde ve bağlı ortaklıklarda çalışan kişiler sözleşmeli ve işçi olarak ayrılmışsa da Anayasa 128. Maddesinde memur ve kamu görevlisi olarak ayrılmış olup, sözleşmeli çalışan ve işçi ayrımına göre KİT'lerde ve bağlı ortaklıklarda memur çalışmayacaktır.⁸¹

Özel hukuk hükümlerine göre 233 ve 399 sayılı KHK hükümlerine göre yönetilen Ziraat Bankası, Türkiye Demir Çelik İşletmeleri, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu, Emekli Sandığı, Bağkur, PTT Genel Müdürlüğü gibi kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında çalışan görevlilere, kuruma uygulanan hukuk dalı uygulansa da KİT personel rejiminin düzenlenmesi ve 233 sayılı kanun hükmünde kararnamenin bazı maddelerinin yürürlükten kaldırılmasına dair 399 sayılı KHK'nın 11/bb maddesinde sayılan hallerde memur sayılmaları öngörüldüğünden yeni TCK yürürlüğe girene kadar işlenen suçlarda memur gibi cezalandırılacakları, TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ise sayılan kurum ve kuruluşlarda çalışanlar yeni TCK'da kamu hizmeti kamu görevi gibi ölçüt olmadığından özel hukuk hükümlerine tabi olsalar bile Anayasanın 128. Maddesi ve 657 sayılı DMK'nın 4. maddesi uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları gerektiği vurgulanmıştır.⁸²

TCK uygulaması bakımından, kamu görevi yerine getiren kişilerin kamu görevlisi olduğu konusunda hiçbir kuşku bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görenler bakımından ise, kamusal faaliyet kavramından hareket ederek, normun konuluş amacı dikkate alınarak, devlet ve diğer kamu kuruluşlarının bizzat yürüttüğü ya da devletin asli faaliyetleri çerçevesinde bunların yakın gözetim ve denetiminde yürütülen

⁷⁹ AKYILMAZ Bahtiyar, İdare Hukuku, Konya, 2003, s.369

⁸⁰ GÜRAN, Sait, Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı, Cilt:6, 1989, s.50, , (Erişim tarihi:25.03.2020)

⁸¹ ATAY, a.g.e, s.856

⁸² MERAN Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.28

hizmetleri yerine getirenlerin kamu görevlisi sayılması, kavramın kapsamını sınırlandırabilir.⁸³

765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde 'Ceza Kanununun tatbikatında: Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri; Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır. Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

*Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri; Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.*⁸⁴ hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm ile kamu görevi görenler memur sayılırken, kamu hizmeti görenler memur kavramı dışında olduğu ifade edilmiştir.⁸⁵

Kamu görevi, kamu yararının gerçekleştirilmesi için devletçe, kamu kuruluşlarınca zorunlu görülen bir etkinliktir. Kamu hizmeti ise nesnel hukuki anlamda kamu görevi gibi zorunlu değildir. Dahası kamu görevi mekanik değildir. Kamu hizmeti ise mekaniktir. Özel hukuki anlamda kamu hizmetinin ille de devlet ya da kamu kuruluşunca yapılması zorunlu olmuyor. Ancak politik ve ekonomik anlamda hukuken ve fiilen tekelci bir nitelik sergilediğinden, bir kamu organı denetimine açık bulunuyor. Kamu görevi kavramında takdir hakkı mevcuttur. Kamu hizmetinde bu hak yoktur.⁸⁶

765 sayılı TCK'da kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımı, özel kanunlara tabi çalışan kişilerin durumunu belirlemede karışıklığa neden olduğundan, bu sorunları gidermek amacıyla 5237 sayılı TCK'da kamu görevlisi terimine yer verilmiştir.⁸⁷ Bu kavram ile ceza hukukundaki memur ile idare hukukundaki memur ayrımına da gerek kalmamıştır.⁸⁸

765 sayılı TCK'da kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının tanımına yer verilmediğinden kavramlar arası farkın idare hukukuna göre belirlenmesi yoluna

⁸³ DÖNMEZ, Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu, s. 2734

⁸⁴ <http://www.turkhukuk sitesi.com/mevzuat.php?mid=8442>, Erişim tarihi:25.08.2020

⁸⁵ MERAN, a.g.e, s.25

⁸⁶ ŞAHİN Faruk, Yönetim Hukukundaki Memur Kavramıyla Ceza Hukukundaki Memur Kavramının Karşılaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı-1, 2004, s.16, , (Erişim tarihi: 04.04.2020)

⁸⁷ ÖZEN, a.g.e, s. 10

⁸⁸ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, a.g.e, s. 104, 105

gidilmiştir.⁸⁹ **Önder'e göre**, bir hukuki tasarruf veya fiilde bulunmak suretiyle hukuki bir iktidar veya yetki kullanıldığı ya da bu tasarrufların ortaya çıkmasına veya fillerin yerine getirilmesine kamu hukuku usulüne uyularak katılma ve yardım gerçekleştiği takdirde kamu görevi, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise kamu hizmeti olduğu ifade edilmiştir.⁹⁰ **Dönmezer'e göre**, devletin icra gücü ve iktidarına ihtiyaç olmadan yürütülen devlet faaliyetine kamu hizmeti denir.⁹¹

Şekercioğlu ceza hukuku yönünden memuru; '*ceza hukuku yönünden memur kavramının ana kriteri görevin önemidir.Devletin bizzat yapmak zorunda olduğu işlerden birinin söz konusu olup olmadığıdır.Böyle bir görevde hukuki fonksiyon ifa edenler ve bu fonksiyona katılanlar memurdur.*' şeklinde tanımlamıştır.⁹²

Devletin esaslı nitelikte amaçlar elde edilmesine yönelik çalışmaları ve devlet tarafından yapılması zorunlu, devletin iktidar ve gücüne ilişkin esaslı işler kamu görevi, kamu gücüne ihtiyaç duymadan devlet dışında özel kuruluşlara da yaptırılabilen işler ise kamu hizmeti olarak adlandırılır.⁹³

Kamu hizmetinin yerine getirilmesi ve topluma sunulmasında, bir diğer manada devletin işleyişini sağlamada kamu idaresinin bir parçası olan kamu personeli önemli bir fonksiyon ifade etmektedir.⁹⁴

765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde ise amme vazifesi-amme hizmeti ayırımına gidilerek, amme vazifesi yapanlar yani memurlar ile amme hizmeti görenler ayrı sınıflandırılmıştır.Bu ayırma göre amme görevi görenler memur sayılırken, amme hizmeti görenler memur kabul edilmemekteydi.Kamusal faaliyete, yerine getiren açısından bakıldığında kamu görevlisi, bu faaliyetten yararlanan açısından bakıldığında kamu hizmeti söz konusu olduğundan bu ayırım sağlıklı değildi.Bu sebeple 5237 sayılı TCK'nın 6. madde c bendinde '*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır.*' tanımına yer verilerek bu sorun aşılmak istenmiştir.İstihdamdan ziyade, kişinin yerine getirdiği fonksiyonu esas alan bu düzenleme yerinde olmuştur.⁹⁵

⁸⁹ MERAN, a.g.e, s.25

⁹⁰ ÖNDER, a.g.e, s. 89

⁹¹ DÖNMEZER Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, s.75

⁹² ŞEKERCİOĞLU Metin, Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974 s.28

⁹³ MERAN, a.g.e, s.26

⁹⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e, s. 957,

⁹⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e.s. 957, 958

Yeni kanunda yapılan kamu görevlisi tanımı, 765 sayılı TCK'da düzenlenen memur dan daha geniş kapsama sahiptir.⁹⁶Yeni kanundaki madde gerekçesinde de bu durum '765 sayılı TCK'daki 'memur' tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan 'kamu görevlisi'' tanımına yer verilmiştir.Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, "gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır" şeklinde ifade edilmiştir.⁹⁷Memurun bir kamu görevlisi çeşidi olduğu, her kamu görevlisinin memur olmayacağı, yeni kanunda kamu görevlisi tanımına yer verilerek idare ve ceza hukukunda memura ilişkin farklı tanımlama ile kavram karmaşasının önleniği ifade edilmiştir.⁹⁸

Devlet adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuk usulüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Bu durumda az ya da çok devlete ait iktidar ve yetki kullanılmaktadır. Kamu görevlisinin bu göreve seçimle veya tayin yoluyla getirilmesinin, sürekli veya geçici olarak bu görevi üstlenmesinin bu görev nedeniyle kişiye para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur. Bu açıklamalar doğrultusunda kamu görevlisi kavramıyla memur kavramının eş anlamlı olmadığı anlaşılmalı, kamu görevlisi kavramı memur kavramından daha geniş bir anlama sahiptir.⁹⁹Ceza hukukuna göre kamu görevlisi olmak için istihdam ilişkisi aranmaz iken, idare hukukunda memur olmak bir kadroda istihdam edilmeyi gerektirir. Kamu görevlisi, idare hukukunda benimsenen memur tanımı ile her daim örtüşmemektedir.¹⁰⁰

5237 sayılı TCK'da tanımlanan kamu görevlisi olmanın temel ölçünün icra edilen faaliyetin kamusal nitelik taşıması gerektiği, kanuna göre kamusal faaliyet yerine getiren herkesin kamu görevlisi olduğu kabul edilmiştir.¹⁰¹Kanun gerekçesinde kamusal faaliyetin, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰²Madde gerekçesinde olduğu gibi bu faaliyetin yürütülmesine katılanların maaş, ücret veya başka bir maddi kazanç elde edip etmedikleri, işi sürekli, süreli veya geçici olarak

⁹⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN,ÇAKIR, a.g.e. s.958

⁹⁷ MERAN, a.g.e, s.26

⁹⁸ TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hukuku(13.Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, a.g.e, s. 978, 979

⁹⁹ ÖZGENÇ, İzzet, Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak, SÜHFD, Cilt:4, Sayı:1-2, Konya, 1994, s.334, (Erişim tarihi:04.04.2020)

¹⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a. g.e. s. 977, 978

¹⁰¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN,ÇAKIR, a.g.e. s.958

¹⁰² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN,ÇAKIR, a.g.e. s.958 , MERAN, a.g.e, s.26

yapmalarının bir önemi bulunmamakta ise de ihaleye dayalı özel hukuk kişilerince kamusal faaliyet yürütülmesi halinde bu kişiler kamu görevlisi sayılmayacaktır.¹⁰³Hukuk sistemi kamu ve özel hukuk olarak ayrılması Roma-Germen hukuk geleneğinden gelmekle birlikte; kamusal olan devletle, özel olan ise kişiler ve kişi toplulukları ile ilgilidir.¹⁰⁴Bu çerçevede, kamu hukukunun devlet faaliyetinin hukuki çerçevesini çizdiği, buna karşılık özel hukukun sivil-medeni ilişkilerin kurallarını tanımladığı düşünülür.¹⁰⁵

Devletin esaslı nitelikte gayelerinin elde edilmesine yönelik faaliyetlerine kamu görevi, esaslı olmayan gayelerinin yerine getirilmesine ilişkin faaliyetlerine, kamu hizmeti denilmektedir.¹⁰⁶Kamu görevinin devlet tarafından yapılması zorunlu iken, kamu hizmeti ifası bireylere bırakılabilmektedir.5237 sayılı yeni kanununda kamu hizmetinin ihale usulü ile özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi halinde kişi kamu görevlisi sayılmamaktadır.¹⁰⁷Hukukumuzda esas alınan gaye nazariyesine göre; devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli görevleri yapanlar kamu görevlisi(memur), sadece kamu için faydalı olan ve devletin yapmak zorunda olmadığı, isterse kendi çalışma alanına aldığı, görevleri yapanlar memur değil kamu hizmetlisi olarak tanımlanır.¹⁰⁸

Kamu görevinde bir başka kriter, kamu gücü kullanılarak hizmetin yerine getirilmesi olduğundan, kişiler tarafından yapılan ve kamu kudreti olmadan yapılan faaliyetlerde kamu görevi söz konusu olmayacaktır. Kamu görevi ve kamu hizmetin ayırımına ilişkin bir diğer kriterde genel idare esaslarına göre hizmetin yerine getirilmesi olduğu, genel idare esasları ile idarenin klasik kamu hizmetlerinde kullandığı yöntem anlaşılmalıdır. Genel idare esasları denilen hukuk rejimi ile, idare mallarının kamu malı olması personelin bağlı olduğu hukuki statü, kamulaştırma, kamu alacaklarının tahsiline başvurma, kamu hizmeti işleyişindeki süreklilik, eşitlik, uyarlanma ilkeleri anlaşılmalıdır.¹⁰⁹

Devlet tarafından sunulan hizmetin özel hukuk kurallarını aşan usullerle görülmesi, devletin başlıca görevleri arasında olması ve mevzuattaki niteliklere göre hizmetin genel idare esaslarına göre görülüp görülmediği anlaşılabilir. Kamu hizmeti

¹⁰³ MERAN, a.g.e. s.26

¹⁰⁴ MERAN, a.g.e. s.26

¹⁰⁵ ERDOĞAN Mustafa, Kamu Alanı ve Liberalizm: Birkaç Not, s.1, (Erişim tarihi: 04.04.2020)

¹⁰⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.958

¹⁰⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.958, 959

¹⁰⁸ ÇETİN, a.g.e, s.9

¹⁰⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e, s.959

ruhsat müşterek emanet, imtiyaz, yap işlet devret gibi yöntemlerle özel gerçek veya tüzel kişiler tarafından görülebilmekte ise de bu hizmetin görülmesine katılanlar, hizmet genel idare esaslarına göre yürütülmediğinden kamu görevlisi sayılmazlar. Örneğin imtiyaz sahibi şirketler abonelerinden aldıkları katma değer vergisi ve özel iletişim vergisini usule aykırı mal edinmeleri halinde kamu görevlisi olmadıkları ve hizmet genel idare esaslarına göre verilmediğinden zimmet yerine güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulurlar.¹¹⁰

765 sayılı TCK'da memur kavramı kapsamının dar olması nedeniyle bazı kurumların özel kanunlarda bu kurumlarda çalışanların memur gibi cezalandırılacağı şeklinde düzenlemeye gidilerek bu husustaki açık giderilmeye çalışılmıştır. Bunun dışında bazı kurumların malları devlet malı sayılmasının yanında bu mallara karşı suç işleyenlerin kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı yönünde düzenlemeye yer verilmiştir. Örneğin Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Kanunu 13.maddesinde '*TSE'nin malları devlet malı sayılır. Bu mallar aleyhine cürüm işleyenlere bu cürümlerden dolayı devlet memurları hakkında tatbik edilen ceza hükümleri uygulanır*' hükmüne yer verilmiştir.¹¹¹

Bunların dışında özel yasalarda kamu görevlisi olmadığı ve kamusal bir faaliyet icra etmediği halde memur gibi cezalandırılacağı belirtilen kişiler bulunmaktadır. Örneğin 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu 62. maddesinde '*Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*' hükmüne yer verilmiştir. Aynı şekilde 3670 sayılı Milli Piyango Teşkiline Dair Kanun 12. maddesinde '*Piyango idaresine aid mallar Devlet malıdır. Bunları çalanlar, ihtilas edenler, zimmete geçirenler veya her ne suretle olursa olsun sui istimal edenler ve piyango biletlerini taklid ve tahrif edenler Devlet malları ve paraları hakkında ika olunan bu gibi suçlara müterettib cezalara tabidirler.*' hükmüne yer verilmiştir. Sözleşme veya ruhsat gereği piyango, sayısal loto, hemen kazan bayiliği alan kişi TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra TCK 6. maddesindeki kamu görevlisi tanımı uyarınca zimmet veya kamu görevlisine özgü bir suçun faili olabilecektir.¹¹²

¹¹⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s. 959, 960

¹¹¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s. 960

¹¹² MERAN, a.g.e, s.30

5253 sayılı Dernekler Kanununda 2908 sayılı eski Dernekler Kanunun aksine Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumu hariç tutulmadan ‘*kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır.*’ hükmüne yer verilmiştir. Dernekler Kanunu 27. maddesinde kamu yararlı dernek sıfatını alma şartlarından bahsedilmekle, bu derneklerin malları devlet malı gibi korunmakta ise de bir derneğin kamuya yararlı dernek sıfatını alması, derneğe kamu kurumu sıfatını ve dernek mallarına karşı suç işleyen çalışanlara kamu görevlisi sıfatı vermez.¹¹³

Kamu görevlilerinin yargılanması hususunda çıkarılan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile Anayasanın 129. maddesinde belirtilen ‘*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*’ hükmünün uygulanması amaçlanmıştır. Bu kanun ile memurların işlediği suçların kovuşturulması ile ilgili ön inceleme faaliyeti neticesine göre idareden izin alma şartı getirilmiş, izne tabi olan fiilleri görev sebebiyle işlenen suçlar olarak düzenlemiş, böylece kovuşturmanın daha sağlıklı ve çabuk yapılması amaçlanmıştır.¹¹⁴ Avukatlar, hakim ve savcılar gibi görev ve sıfatları gereği özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlar ile 3628 sayılı Kanun 17. maddesinde düzenlendiği gibi suçun niteliği gereği 3628 sayılı Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmadığı gibi ağır cezayı gerektiren suç üstü hal durumu genel hükümlere tabidir.¹¹⁵

Kamu görevlisi görevi gereği yerine getirdiği tüm faaliyetler nedeniyle sonradan bu sıfatı kaybetse bile işlenen suç ile memuriyet görevi arasında illiyet bağı olması halinde kamu görevlisi olarak cezalandırılır. Ayrıca göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunda olduğu gibi kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra bile bir kamu görevlisi göreviyle alakalı suç işleyebilir.5237 sayılı TCK’da kasten insan

¹¹³ MERAN, a.g.e, s.31

¹¹⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.961

¹¹⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.962

öldürme, kasten yaralama, işkence, hakaret ve mala zarar verme suçlarının kamu görevlisine karşı işlenmiş olması ise bu suçların nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.¹¹⁶

1.2.2.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bakımından Memur Kavramı

Memur, Arapça ‘emr’ kökünden türetilmiş, amir almış, görevli, görevlendirilmiş, yükümlü anlamlarına gelir, çoğulu ise memurindir.¹¹⁷ Çeşitli ülkelerin yasa koyucuları kendi ülkelerinde siyasi, toplumsal ve teknik gerekleri göz önüne alarak memuru tarif etmekte ve bu suretle ortaya birbirinden farklı tanımlar çıkmaktadır. Bu nedenle memurun her zaman her yerde ve her olaya uygulanabilecek tam ve kesin bir tarifini yapmak mümkün değildir.¹¹⁸

Modern devlette güvenilir, tarafsız ve satın alınmayacak bir memur kavramının mevcudiyeti şarttır. Memur devletle olan ilişkisi bakımından halka göre devlete daha yakındır. Aynı zamanda özel hukuktaki hizmet akdinin taraflara yüklediği güven ve sadakat yükümlülüğüne nispeten kamu hukuku bakımından memur ile devlet arası ilişki bu hizmet ilişkisinden daha kuvvetlidir. Memurun sadakat görevinden en ufak ayrılışı disiplin cezasının yeterli olmadığı hallerde daima suç teşkil edecek ve ceza gerektirecektir. Devlete karşı sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmesi, devletin itibarını ve bireylerin devlete duyduğu güven duygusunu sarmış olacaktır.¹¹⁹

Memur devlet gücünü temsil ettiğinden, memurluk sıfatı bu gücü kullanmakta bir vasıtaadır. Memur kendisi veya üçüncü kişiler için çıkar sağlamak üzere devlete veya devletle ilişkide olunan bireylere zarar vererek suç işlemesi durumunda kurum düşmanını kendi içinde yaşatmış olma ihtimaline karşı, devlet hem düşmanı cezalandırmakta hem de bu düşmanın hareketi nedeniyle kendisine karşı duyulması gereken güven duygusunu korumaktadır.¹²⁰

Ceza kanununda memur tanımının yapılmamasının getireceği sakıncaları gidermek isteyen kanunlar memur kavramının tanımını yapmışlar ve bu tanımları ceza kanunu genel kısmında tarifler faslı içinde diğer tarifler yanında düzenlemişler veya özel kısımda memur suçlarının yer aldığı fasıl içinde bu tarife yer vermişlerdir.

¹¹⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s. 962, 963

¹¹⁷ ŞAHİN, a.g.m, s.22

¹¹⁸ ŞAHİN, a.g.m, s.23

¹¹⁹ ÖNDER, a.g.e, s. 88

¹²⁰ ÖNDER, a.g.e. s. 88, 89

Kanunlardaki memur tanımına ilişkin tek memur kavramı veya iki memur kavramı olmak üzere iki sistem var olmakla hukuk sistemimizde memur iki kavram içinde belirtilir.¹²¹

Kanun koyucu, 765 sayılı TCK 279. Maddesinde, amme vazifesi ve amme hizmeti kıstasını getirerek iki bent halinde kamu görevi yapanları açıklayıp bunları memur saydığını, ikinci fıkrada ise kamu hizmeti yapanları açıklamıştır.¹²²

Kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının ne anlama geldikleri sadece yapılan faaliyetin maliyeti nazara alınarak belirlenebilir. Her ne kadar ceza hukuku uygulamasındaki memur kavramının idare hukukundaki memur kavramından farklı olduğu iddia edilmekteyse de kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının ne anlama geldikleri yine idare hukuku alanında aramak gerektiği kabul edilmektedir. Gerek doktrinde gerek mahkeme kararlarında kabul edilen ayrıma göre, devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevi, böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise, kamu hizmetidir. Bu itibarla 279. Madde ifade tarzına göre ceza hukuku uygulamasında devlete ait hukuki iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle hukuki tasarrufta bulunan veya fiil icra eden kişiler kamu görevi ifa eder ve memurdurlar, aksi takdirde amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimselerdir.¹²³

Memur kavramının tanımlanmasında kıstas alınan kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarına ilişkin, kamu görevi olan faaliyetin ve kamu hizmeti sayılacak hizmetin neler olduğu hususunda pozitif hukukta herhangi bir tanım olmaması bir takım güçlükler doğurduğu gibi, doktrindeki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu durum Yargı kararları ile giderilmeye çalışılmıştır.¹²⁴ Ayrıca bir kamu hizmetlisinin suç işlemesi halinde normal vatandaşa uygulanan yaptırımın uygulanacak olması, yasa koyucuyu bu hususta ayrıca düzenleme yapmaya, kurumların kuruluş ve işleyişine ilişkin kanunlarında personelini açıkça memur saymaya itmiştir.¹²⁵

¹²¹ ÖNDER, a.g.e. s. 92

¹²² ÇETİN, a.g.e, s.8

¹²³ ÖZGENÇ, ag.m, s.332, 333,

¹²⁴ Yargıtay CGK, 26.12.2002, 279-406 sayılı kararında ‘...memur, Devlete ait hukuki bir iktidar ve yetkiyi kullanarak hukuki tasarruf veya eylemin icrasını gerçekleştirenlerle, bu hukuki tasarruf ve eylemin icrasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım eden kimselerdir. Bu tanıma göre, Devlet ve kamu kurumlarına bağlı olmayan özel kişilerin durumları önem kazanmaktadır. Bu kişilerin memur sayılabilmeleri için bazı koşulların varlığı gerekir. İlk koşul, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasına bir yasa hükmünün açıkça izin vermesidir. İkinci koşul ise, Devletle, hukuki tasarruf veya eyleme katılan kişi arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi ve bağının bulunmasıdır. ’ www.turkhukusitesi.com Erişim tarihi: 28.08.2020

¹²⁵ AYDIN, a.g.m.,, s.117

Ceza kanunumuz 1926 yılında kabul edildiğinde 207.maddede nitelikleri gösterilen memur *'kanunun tatbikatında devlet ve vilayet ve nahiye ve karyelerin nezareti altına bulunan, bu hizmete maaşlı veya maaşsız daimi veya muvakkat vazife görenler memur sayılır'* şeklinde tarif edilmekteydi. Maddenin maksadı ifadeyi kafi gelmediği 211. maddede başka bir memur tarifinin yapılmasının zorunlu olduğu, devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar bahsinde kabul edilen şekle uygun olarak memur kavramının daha geniş tutulmasının ihtiyaç olduğu ve amme vazifesi görenler yanında amme hizmeti görenlerinde memur sayılacağı gerekçesi ile 279. Maddenin tadiline gidilmiş ve 1930 tarihli İtalyan Kanununun 357 ve 358. maddelerinde mevcut memur kavramı, kanunumuzda memur ve amme hizmeti görevli kimseler olmak üzere iki fıkra ile 279. Maddede birleştirildi.Ancak ceza hukukundaki memur ile idare hukukundaki memur kavramının çatışması, amme görevlisi ve amme hizmetlisi ayrımı bir kavram olunca bunun ifade ettiği anlam ve sınırlarının tespiti ihtiyacının doğması, İtalyan kanunundan aslına uygun tercüme edilmeden, yani kavramların gerçek anlamı tespit edilmeden tercüme edilmesi, uygulamada kaynak kanun esas alınmadan uygulama ve ihtiyaçlara göre verilen kararlar ile uygulamada çelişkiler doğması, bu çelişkilerin kanun koyucunun bazı kanunlarda kamu hizmeti ve kamu ayırımına dikkat etmeden memur ayırımına yer vermesi ile artması ile kanunda yapılan değişikliğin ihtiyaca cevap vermediği anlaşılmıştır.¹²⁶

Ceza kanunu 279. maddesinde başka 1982 Anayasası'nın 128. Maddesi, 657 sayılı DMK'nın 4. maddesi, Askeri Ceza Kanunu 13. maddesi gibi memuru tarif eden kanunlar bulunmaktadır. Ancak bu tarifler ilgili oldukları hukuk dallarında geçerli oldukları için ceza kanunu uygulamasında esas alınmazlar.¹²⁷

765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde kamu hizmeti yapanlar ile kamu görevi yapan(memur) ayırımına gidilmiş ve memurun belirlenmesinde, kamu adına yürütülen faaliyete tabi çalışması(objektif unsur) değil, faaliyet içinde ifa edilen görevin mahiyeti(subjektif unsur) dikkate alınmıştır.¹²⁸Yargıtay kararında bu ayırım *'Amme vazifesi; Devlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetleridr. 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 vasfi*

¹²⁶ ÖNDER, a.g.e. s.92, 93

¹²⁷ ÖNDER, a.g.e. s. 93

¹²⁸ GÖKCAN, a.g.e, s.30

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.¹²⁹ şeklinde ifade edilmiştir.

Kamu adına yürütülen hizmetin objektif bir kıstasa bağlanması hususunda muhtelif düşünceler ileri sürülmüşse de yargı kararı ile bir sonuca bağlanmış¹³⁰ ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından ‘memur, Devlete ait hukuki bir iktidar ve yetkiyi kullanarak hukuki tasarruf veya eylemin icrasını gerçekleştirenlerle, bu hukuki tasarruf ve eylemin icrasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım eden kimselerdir. Bu tanıma göre, Devlet ve kamu kurumlarına bağlı olmayan özel kişilerin durumları önem kazanmaktadır. Bu kişilerin memur sayılabilmeleri için bazı koşulların varlığı gerekir. İlk koşul, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasına bir yasa hükmünün açıkça izin vermesidir. İkinci koşul ise, Devletle, hukuki tasarruf veya eyleme katılan kişi arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi ve bağının bulunmasıdır’¹³¹ şeklinde görüş beyan edilmiştir.

Uyuşmazlık mahkemesi ise kamu hizmeti; kamu tüzel kişileri tarafından kamu yararı sağlamak amacıyla yürütülen, kısmen kamu hukuku usulleri uygulanan faaliyetler şeklinde tanımlarken iki kavramın iç içe olduğunu ortaya koymuştur.¹³²

Kamu idaresiyle aralarında istihdam bulunan kimseleri kapsayan müstahdemin; ivaz karşılığı yapma, devamlı yapma ve kendi isteği ile yapma gibi üç vasfı vardır. Devlet veya diğer kamu kuruluşlarında çalışan bir memur /müstahdemin, ceza kanununa göre memur olması için bağlı olduğu kuruluşun kamu görevi yapan kuruluş olması, o kimsenin bu kuruluş içinde önemli bir görev yapıyor olması gerekir. Örneğin Milli Piyango İdaresinin yaptığı iş devletin bizzat yerine getirmek zorunda olduğu kamu görevi sayılmadığından özel yasasında personelin memurların yargılanmasına ilişkin yasaya ve 657 sayılı DMK’ya bağlı olduğu belirtildiği halde bu kuruluşun il müdürlüğü gibi önemli işini yürüten kişi ceza yasası uygulamasında memur sayılmamıştır.¹³³ Kamu görevi yapan kuruluşlarda her çalışan kamu görevi sayılan işlerde çalışmadığından bunlar kamu hizmetlisi olarak tanımlanır. Bu

¹²⁹ Yargıtay Özel Daire, 04.03.1947, 173/116, aktaran ARI, Ahmet, İrtikap Suçu, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2010, s.30 (Erişim tarihi:24.03.2020)

¹³⁰ GÖKCAN, a.g.e, s.30, 31, YCGK., 25.11.1985, 410/595; YCGK 26.11.2002, 279/406

¹³¹ <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=9828>, Erişim tarihi:28.08.2020

¹³² Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.05.1974, 473/1356 sayılı karar aktaran ŞAHİN, a.g.m, s.17

¹³³ ÇETİN, a.g.e, s.10,11

kuruluşlarda çalışanların yaptığı görevin kamu görevi sayılması için bağlı olduğu kuruluş içinde hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunarak devlet fonksiyonunu ifa etmesi veya kamu hukuku usulüne göre bu işlere katılması gerekir.¹³⁴ Diğer kimseler ise; devletin idari yapısı içinde yer almayan, kamu idaresiyle aralarında bir istihdam bağı bulunmayan ancak yaptıkları iş kamu görevi olan kimselerdir.

765 sayılı TCK'ya göre kamu görevi yapanlar yani memur sayılanlar ile kamu hizmeti yapanlar memur sayılmayanlar ayrımı ile birlikte 279.maddenin birinci bendine göre memur sayılanlar kamu idaresiyle aralarında istihdam bağı bulunan memur ve müstahdemler ile 2. bendinde bulunan kamu idaresi ile aralarında istihdam bağı bulunmayan diğer kimseler olarak, memur sayılmayanlar ise birinci bende göre kamu hizmeti yapan kuruluşlarda çalışan memur ve müstahdemler ile ikinci bende göre kamu hizmeti yapan diğer kimseler olmak üzere ayrılmıştır.¹³⁵ Memur sayılanlar yasama, idari ve adli görev yapanlar olarak ayrılmıştır. Buna göre kamu idaresiyle aralarında istihdam bağı bulunanlar; milletvekilleri yasama görevi yapan, cumhurbaşkanı, bakanlar, müsteşarlar, bakanlıkların merkez ve taşra örgütlerinde, katma bütçeli kuruluşlarda ve yerel yönetimlerde çalışanlar ve kolluk gücü vb. idari görev yapan, hakim, savcı, adliye yazı işleri müdürleri, tutanak katipleri, icra müdür ve memurları vb. yargı görevi yapan olarak, kamu idaresiyle arasında istihdam bağı olmayan diğer kimseler, milletvekili seçimlerinde görevli olan sandık kurulları başkan ve üyeleri ve bu seçimlerde il ve ilçe seçimlerinde görev yapan siyasi parti temsilcileri yasama görevi yapan, noterler, gemi kaptanları, iflas idaresi memurları, özel güvenlik personeli, sermaye piyasası başkanı ve üyeleri idari görev yapan, 2822 sayılı Kanuna göre görev yapan hakemler tanık, bilirkişi, tercüman, yediemin adli görev yapan olarak kategorize edilmiş, memur sayılmayanlar; KİT personeli 1. bentteki kamu hizmeti yapan kuruluşlarda çalışan memur ve müstahdemlerde, odacı, kapıcı, kaloriferci, şoför, itfaiye eri, park bekçisi, çöpçü vb kamu idaresinde çalışan hizmetliler 2. Bentteki kamu hizmeti yapan diğer kimselerde kategorize edilebilir.¹³⁶

Yargıtay kararında ise; 765 sayılı TCK'nın 279. maddesindeki tanıma göre '*memur; devlete ait bir yetki ve iktidarı kullanarak hukuksal işlem ve eylemin uygulanmasını gerçekleştirenlerle, bu hukuksal işlem veya eylemin uygulanmasına*

¹³⁴ ÇETİN, a.g.e, s.11

¹³⁵ ÇETİN, a.g.e, s.16

¹³⁶ ÇETİN, a.g.e, s.16

kamu hukuku usulüne uygun şekilde katılan ve yardım edenlerdir' şeklinde tanımlanmıştır.¹³⁷

765 sayılı TCK'nın 279. maddesi ile memurun hem fail hem de mağdur olduğu durumlara ilişkin memur kavramının kapsamı düzenlenmiştir. Suçun işlenmesinden sonra memurluk sıfatının kaybedilmesi ya da suç işlendiği sırada görevi ifa etmiyor olmasının önemi olmadığı, memuriyet hangi nedenle sona ermiş olsa bile memuriyet sırasında işlenen suçla memurluğun ilişkisi unsur veya ağırlatıcı neden olarak dikkate alınacaktır.¹³⁸

Önder'e göre bu maddenin sadece devlet idaresine karşı işlenen suçlarda uygulanabileceği belirtilmişse de gerekçesi dikkate alındığında 279. maddenin bütün suçlar için genel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir.¹³⁹ Örneğin görevi sırasında memura karşı suç işlenmiş, ancak memurun sonradan memuriyetten ayrılmış olması, suç işlendiği sırada memurluk sıfatı olmayan önceki görevi nedeniyle memura karşı suç işlenmiş olması, görevi nedeniyle kendisine suç işlenen memurun sonradan memuriyetten ayrılması halinde memura karşı suç işlenmiş, görev sırasında suç işleyen memurun sonradan memurluk sıfatının sona ermesi halinde ya da bazı suçlar bakımından memuriyet sıfatı sona erdikten sonra (memuriyet nedeniyle öğrendiği sırları memuriyetten ayrıldıktan sonra ifşa ve ilan eden memur) memur tarafından işlenebilen suçun faili olması mümkündür.¹⁴⁰ Ancak memur daha önceki görevi nedeniyle kendisine suç işlenmiş ise suç işlendiği sırada işlenen suç ile memuriyet arasında illiyet bağı bulunması gerektiğinden, örneğin görevini kötüye kullanma nedeniyle memurun sıfatı sona ermiş ise ona karşı işlenen suçta 765 sayılı TCK'nın 279. Maddesinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir.¹⁴¹

765 sayılı TCK 279. madde 1.fikrasına '*amme müesseseleri memur, müstahdemleri*' demekle, müstahdemleri ceza kanunu bakımından memur saymaktadır. Amme hizmetlerinin görülmesi için, daimi hizmet kadrosuna girmeden daimi veya muvakkat olarak idare hesabına faaliyet gösteren müstahdem amme hizmetleri teşkilatının mütemmin cüzüdür. Ancak ceza hukuku bakımından

¹³⁷ Yargıtay CGK, 20.02.1989, 17/67 sayılı kararlardan aktaran ÖZGENÇ, a.g.m, s.333

¹³⁸ GÖKCAN, a. G.e. s.26

¹³⁹ GÖKCAN, a. G.e. s.26, 27

¹⁴⁰ GÖKCAN, a. G.e., s. 27

¹⁴¹ ÖNDER, a.g.e, s. 107

müstahdemnin memur sayılması için kanuna göre gördüğü amme vazifesinin teşrii, idari veya adli olması gerekmektedir.¹⁴²

765 sayılı TCK'nın 251. maddesinde '*Bir memur vazife esnasında bir kimse aleyhine bir cürüm işlerse kanunda yazılı olmayan hallerde o cürme kanunen terettüp eden ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.*' hükmü ile ağırlatıcı neden olarak düzenlemeye gidilmiş, ilgili kanun maddesi ile ceza kanununun failin memurluk sıfatını bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı nedeni olarak göz önünde tutmadığı hallerde uygulama imkanı bulunduğu genel ve tamamlayıcı nitelikte bir hükümdü.¹⁴³

Bir suç tipi memurluk sıfatını unsur veya ağırlatıcı neden olarak düzenlemiş ise, esasen cezasını da bunlar göz önünde bulundurularak tayin etmiş olacak ve bu itibarla ceza bir kez de 251. maddeye göre artırılamayacaktır. Bu madde ceza kanununda failin memurluk sıfatını unsur veya ağırlatıcı neden olarak düzenlenmemiş olması, failin memur olması, memur sıfatının suç tipinde unsur veya ağırlatıcı sebep olmaması, failin bir cürüm olması, cürüm vazife esnasında işlenmiş olması, memurun failinin bir kimseye karşı olması halinde uygulama alanı bulabilecektir. Bu hüküm kanunumuzun alındığı kaynak kanunda olmasa da 1810 Fransız Ceza Kanunu 198. Maddesinden 1274 eski ceza kanunumuza alınmış buradan da yürürlükteki kanunumuza girmiş, madde 1953 yılında değiştirilerek cezanın artırılma oranı değiştirilmiştir.¹⁴⁴

Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler için diğer bir ortak hüküm olan 281. Maddede '*Bir kimse cürüm işlemek için haiz olduğu memuriyete ait kuvvet ve vasıtaları kullandığı takdirde eğer kanun esasen memuriyet sıfatını nazarı itibara almamış ise irtikap olunan cürüm için tayin olunacak ceza altıda birden üçte bire kadar tezyit olunur.*' hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için 251. madde olduğu gibi işlenen suç tipinde memurluk sıfatının dikkate alınmamış olması aranmaktadır. Failin memur olması, işlenen suçun cürüm olması, vasitanın görev gereği memura verilmiş olması, cürmün memurun görevi dışında işlenmiş olması maddenin unsurlarını oluşturmaktadır.

Eski kanun bakımından memurun belirlenmesi için öncelikle faaliyetin niteliğinin kamu görevi ya da kamu hizmeti oluşu tespit edilmekte, faaliyet kamu hizmeti niteliğinde ise yerine getirenler kamu hizmetlisi sayılmaktaydı. Ancak kamu

¹⁴² ÖNDER, a.g.e, s. 96

¹⁴³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e, s.963

¹⁴⁴ ÖNDER, a.g.e.s. 99, 100

görevi niteliğindeki faaliyete bağlı olarak görev yapan kamu personeli, örgütlenme içerisinde üstlendiği fonksiyon itibariyle kamu görevlisi veya kamu hizmetlisi sayılmaktaydı.Örneğin; devlet dairesindeki yönetim ve idari kadrolarda görev yapanlar memur, yardımcı kadrolarda görev yapanlar(aşçı, şoför, kaloriferci, hizmetli vb.) kamu hizmetlisi kabul edilmekteydi.¹⁴⁵

Doktrin; aynı hizmet alanında çalıştığı halde bir kısım personelin bazı suçları işleyebileceği, diğerlerinin işleyemeyeceğinin kabulü ve kamu adına yürütülen faaliyetlere kamu personeli olarak katılan ve kamu otoritesini az da olsa temsil eden kişilerin memur kabul edilmemesi hususlarını tartışma konusu yapmaya başlayınca, kanun koyucu bu eksikliği gidermek için özel kanunlar ile kamu hizmetlisi olan kişilerin memur gibi cezalandırılabilmesi düzenlemesine yer vermiştir. Bu eleştiriler doğrultusunda kamu görevlisi-kamu hizmetlisi tarzında bir ayırım yapılmamalı, bunun yerine memur, kamu fonksiyoneri veya kamu görevlisi terimleri konulmalıydı.¹⁴⁶

765 sayılı TCK'da, kamu görevi olarak nitelendirilen bir faaliyetin yürütülmesine katılan yardımcı personelin ifa ettiği görevin kamu hizmeti sayılabileceği durumlarda aynı faaliyete farklı pozisyonlarda katılan kişilerin farklı bir hukuki rejime tabi olması önemli bir çelişki olarak görüldüğünden kamusal faaliyete katılan herkesin kamu görevlisi olarak kabul edilerek memur kavramının terk edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesiyle memur kavramı terk edilerek kamu görevlisi tercih edilmiş ve kamusal faaliyetin yürütülmesine atmama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli ya da geçici olarak katılan herkes kamu görevlisi sayılmıştır. Bu çerçevede kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir kavramdır. Her memur kamu görevlisidir, ancak her kamu görevlisi memur değildir. Esasında 5237 sayılı TCK'nın altıncı maddesinde yapılan kamu görevlisi tanımı ile Anayasanın 128. maddesindeki kamu görevlisi tabirinin kapsamına yaklaşıldığı bu anlamda nispi de olsa bir yeknesaklığın sağlandığını söylemek mümkündür.¹⁴⁷

5237 sayılı TCK'daki, kamu görevlisi kavramı ve içeriği ile, 765 sayılı TCK döneminde yargısal uygulamalarla ortaya konan “ceza yargılamasında memur” ayırımı geçerliliğini yitirmiştir. Bu çerçevede mülga Kanun döneminde memur sayılmayan

¹⁴⁵ GÖKCAN, a.g.e, s. 31

¹⁴⁶ GÖKCAN, a.g.e. s. 31

¹⁴⁷ AYDIN, a.g.m, s.118

odacı, kaloriferci gibi yardımcı hizmetler sınıfı personeli 5237 sayılı TCK döneminde kamu görevlisi olarak uygulamada dikkate alınacaktır.¹⁴⁸

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı ceza kanununda ifade edilen memur kavramından daha geniş anlam içeren kamu görevlisi kavramına yer verilerek 765 sayılı ceza kanununun 280. maddesinde yer verilen düzenlemeye; kamu görevlisi sıfatının ilgili suçta unsur veya ağırlatıcı neden olarak öngörülmesi sırasında suçun niteliği gereği aynı sonucun elde edileceği görüşü ile 5237 sayılı TCK'da gerek görülmemiştir.¹⁴⁹

1.2.2.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bakımından Kamu Görevlisi Kavramı

5237 sayılı TCK 6/c 'de ifade edilen kamu görevlisi tanımından, belli şartların arandığı anlaşılmalı, ilk olarak yürütülen faaliyetin kamusal faaliyet olması, ikincisi faaliyete katılan kişinin katılma şekli, üçüncüsü faaliyetin niteliği ve dördüncüsü kişinin idare ile özel hukuk ilişkisi içerisinde olmamasıdır.¹⁵⁰Bu çerçevede öncelikle kamusal faaliyet kavramı üzerinde durmak gerekmektedir.

1.2.2.2.1. . Kamusal Faaliyet Kavramı

765 sayılı TCK'da kullanılan '*memur*' kavramının kapsamı konusunda uygulamada bazı sorunlarla karşılaşmıştır.5237 sayılı TCK'nın bu hususların üzerine gitmek yerine kamu görevlisi ve kamusal faaliyet kavramı üzerinde durması sorunların artmasına neden olmuştur. Nitekim hem ceza hukuku, hem de idare hukuku '*kamusal faaliyet*' kavramına açık bir tanımlama yapmamıştır. Kanun koyucunun bir kavramı bilinmeyen ve kullanılmayan başka bir kavramla açıklamaya çalışması, doktrinde büyük eleştiri konusu yapılmıştır.¹⁵¹

İdare ve Anayasa hukukunda kamusal faaliyet kavramına yer verilmemişse de, idare hukukunda kullanılan ve kamusal faaliyete en yakın terim olan kamu hizmeti kavramı, '*kamuya yararlı*' faaliyetleri de kapsayan geniş anlamı olduğundan, kamusal

¹⁴⁸ AYDIN, a.g.m., s.118

¹⁴⁹ GÖKCAN, a.g.e, s. 27

¹⁵⁰ DEMREN DÖNMEZ, a.g.m, s.114

¹⁵¹ DEMREN DÖNMEZ, a.g.m, s.116

faaliyetin kamu hizmeti vasfında olduğu söylenebilir ise de, her kamu hizmetinin kamusal faaliyet mahiyetinde olduğu ileri sürülemez.¹⁵²

765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK ile gündeme gelen kamusal faaliyet kavramı kamu görevlisinin belirlenmesinde esas kriterdir. Bu anlamda kamusal faaliyet kavramının irdelenmesi gerekmektedir. Faaliyet kavramının sözlük anlamı, canlılık, hareket, çalışma, işler durumda olma veya etkinliktir.¹⁵³

5237 sayılı TCK'nın 6/1-c bendinde kamu görevlisi için tek ölçütün, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olması gerektiği belirtilmiş, bu durum kanun 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 yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasi 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 vakasına 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 kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.' şeklinde ifade edilmiştir.¹⁵⁴

Kanunun gerekçesinde bir hizmeti, diğer hizmetlerden ayıran nedenin, kamu adına yürütülmüş olması belirtildiğinden, bir kişinin gerçekleştirdiği faaliyet kamusal nitelik taşıyorsa, kamu görevi olmasa dahi, bu kişi kamu görevlisi sayılabilecek, kişinin devlet veya bir kamu tüzel kişisiyle istihdam ilişkisi içerisinde bulunması şartı aranmayacaktır. Bu açıklama idare ve ceza hukuku ilkeleri ile esasları ile uyuşmadığı

¹⁵² GÖKCAN H. Tahsin, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı, , Cilt:3, Sayı:2, Ocak 2015, s.150, (Erişim tarihi:25.03.2020)

¹⁵³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi:24.03.2020)

¹⁵⁴<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237>, Erişim tarihi:28.08.2020

gibi, kamusal faaliyet tanımında da sübjektif unsur olan personelin niteliği değil, objektif unsur olan faaliyetin niteliği esas alınmıştır.¹⁵⁵

Kamusal faaliyet, kamu adına yürütülen bir hizmetin varlığı halinde söz konusudur. Toplumsal görevleri yerine getirmek üzere örgütlenen devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürüttüğü hizmetler kamu hizmeti niteliğinde olduğundan, kamu adına yürütülen hizmet sayılır.¹⁵⁶Kamu idareleri ve kurumlarıyla ilgili Anayasal hükümler çerçevesinde devlet ve idarenin örgütleniş şeması çıkarılarak kamusal faaliyetin hangi örgütlenmeler tarafından yürütüldüğü anlaşılabilir. Bu kapsamda merkezi idare ile mahalli idareyi oluşturan kamu idareleri, Anayasal temel organlar olan TBMM ve yargı organları, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları, Bağımsız İdari Otoriteler/Bağımsız İdari Kurumların kamusal faaliyet yürüttükleri görülmektedir.¹⁵⁷

Kanun metninde kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama, seçilme ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Ancak tanımda kullanılan herhangi bir surette ibaresi nüfus dairesine beyanda bulunan kişinin, emlak beyannamesi sunan mal sahibinin ya da vergi beyannamesi veren tacirin de kamu görevlisi sayılması anlamına geleceğinden, bu ifadeyi kamu hukuku usulüne uygun surette şeklinde anlamak gerekir. Nitekim kişi ile yürütülen faaliyet arasında amaçlanan doğrultuda kamu hukuku ilişkisi kurulması, yürütülen faaliyetin, kamu hukukuyla ilgili bir kanuna ve genel idare esaslarına uygun olması halinde mümkün olmaktadır.¹⁵⁸

Kamusal faaliyet ve kamu görevlisi kavramlarının kapsamına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcut olmakla, **Okuyucu'ya** göre, kanun gerekçesinde '*memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir.*' ifadesi ile kamu hizmeti ile görevli kimselerin kamu görevlisi kavramına dahil olmadığı anlamı çıkmaktadır.¹⁵⁹

Tezcan/Erdem/Önok'a göre 5237 sayılı TCK'da kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılmadan söz edilse de, hedeflenenin kamu hizmeti görenlerin de kamu görevlisi sayılması olduğu, ancak kamuya yararlı her hizmeti sağlayanın kamu görevlisi kabul edilmeyeceği, aksi halde taksici, belediye

¹⁵⁵ DEMREN DÖNMEZ, a.g.m., s.117

¹⁵⁶ AYDIN, a.g.m, s.120

¹⁵⁷ GÖKCAN, a.g.e, s. 37,38

¹⁵⁸ GÖKCAN, a.g.m, s.150, 151

¹⁵⁹ OKUYUCU Ergün, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s.32

otobüs şoför, özel hastanedeki hemşireye kadar kapsam genişleyeceğinden, kanun koyucunun amacı dışına çıkmış olacaktır. Nitekim 5237 sayılı TCK 6. madde 1.fıkra c bendinde kamu görevlisi kavramı, sadece kamu hizmeti görenleri kapsamakta, kamuya yararlı faaliyetin yürütülmesine katılanların bu kapsamda olmadığı belirtilmiştir.¹⁶⁰

Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte bulunduğu dönemde kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımında kullanılan bu kriterlerden, TCK'nın kamu görevlisini tanımlamada kullanılan genel idare esaslarına göre (kamu hukuku usulüne göre) hizmetin yerine getirilmesi hususunun açıklanması bakımından yararlanılabilecektir.¹⁶¹

Özen'e göre, kamusal faaliyet kavramı, devletin Kamu kurum veya kuruluşları tarafından kamu hukuku usullerine göre yerine getirilen faaliyetler anlaşılmalıdır. Bu nedenle, kamu adına yapılmakla beraber özel hukuk hükümlerine göre yürütülen faaliyetler kamusal faaliyet sayılmamalıdır. Çünkü kamusal faaliyet kavramının alanını genişletmek kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçların failinin alanını genişletmek anlamına gelir.¹⁶²

Soyaslan'a göre, kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin(yasama-yürütme-yargı faaliyetleri) yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşıldığı, kamusal faaliyetin, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usullere göre kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet olduğu ifade edilmiştir.¹⁶³ Kamu görevlisi devletin üç temel organı adına çalışan, görevini yerine getirmeye mecbur olan kişidir. Söz konusu göreve atanma veya seçilme, çağırılma veya herhangi bir surette gelinebilir. Söz konusu görev sürekli, geçici, süreli, paralı veya parasız ya da isteğe bağlı olabileceği gibi mecburi de olabilir İdare hukukuna göre kamu görevlisi, kural olarak bir kadroya atanarak devamlı olarak çalışan ve hizmeti karşılığı devletten bir ücret alan, devamlı personel ya da idarenin üstünlüğüne dayanan personel statüsünde olan bir kimse iken, ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramı daha geniş olup, ücretli veya ücretsiz, geçici veya sürekli ihtiyari veya mecburi olarak kamu görevi yapan kimsedir. Böylece devlet veya kamu kurumları adına çalışan bir

¹⁶⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.980, 981

¹⁶¹ ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler(13. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 885

¹⁶² ÖZEN, a.g.e, s.20

¹⁶³ SOYASLAN, a.g.e, s.661

kurumun müdürü ile sair personeli odacısı, kapıcısı ve şoförü arasında fark kalmamış tümü de kamu görevlisi sayılmış, böylece 765 sayılı TCK'daki memur tanımının kapsamı genişletilmiştir.¹⁶⁴

Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre, kamu idarelerini oluşturan merkezi idare (Başbakanlık ve bakanlıkların merkez ve taşra örgütleri), merkezi idareye yardımcı kuruluşlar (Milli Güvenlik Kurulu, Sayıştay, DPT vs.), mahalli idareler, yargı organı ve yasama organı kamusal faaliyet yürütmektedir. Ayrıca belirtilenlerin yanı sıra kamu kurumları olan hizmet yerinden yönetim kuruluşları niteliğindeki üniversiteler, TRT, TODAİ vb. kurumların da kamusal faaliyet yürüttüğü kabul edilmelidir. Ve hangi kamu tüzel kişinin kamusal faaliyet yaptığı belirlenince bu faaliyete iştirak eden kişinin de kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir, Bu nedenle de kamusal faaliyetin yürütülmesine iştirak eden kişinin kamu görevi mi yoksa kamu hizmeti mi yaptığı şeklinde bir ayrıma gerek duyulmaksızın tümünün kamu görevlisi olduğu kabul edilmelidir. Ancak kamusal faaliyete iştirakin 'kamu hukuku usulünce' olması gerekmektedir.¹⁶⁵

Özgenç'e göre, devlet adına gerçekleştirilen bir faaliyete kamu hukuku usulüne göre katılan herkes, kamu görevlisi sayılmaktadır. Kamu hukuku usulü ifadesi ile Anayasadaki deyimle (m. 128) “*genel idare esaslarına göre*” faaliyete katılmış olmak aranmaktadır. Böyle bir durumda da, ne kadar olduğu fark etmeksizin mutlaka devlete ait iktidar ve yetki kullanıldığından, kamu görevlisinin seçimle yada atama yoluyla getirilmesinin ve sürekli veya geçici olarak bu görevi üstlenmesinin, bu görev nedeniyle kişiye para yada başka herhangi bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca memur kavramı ile kamu görevlisi kavramlarının eş anlamlı olmadıklarını, kamu görevlisi kavramının memur kavramından daha geniş olduğunu, 765 sayılı TCK' da yer alan “memur” kavramı yerine “kamu görevlisi” kavramının getirilmesi gerektiğini, böylece 765 sayılı TCK' nın 279. maddesinde öngörülen hükme Ceza Kanununda yer vermeye artık gerek bulunmayacağını, bu suretle de “Ceza Hukuku uygulamasında memur”, “İdare Hukukunda memur” gibi ayrımlara yer vermeye gerek kalmayacağına ve hukuki kavramlara farklı anlamlar yükleyip, kavram anarşisine sebebiyet verilmeyeceğini belirtmiştir.¹⁶⁶

¹⁶⁴ SOYASLAN, a.g.e., s. 662

¹⁶⁵ YAŞAR Osman, Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (1. Cilt), Adalet Yayınevi. Ankara, 2010, s.98

¹⁶⁶ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, a.g.e, s.99, 101

Toroslu'ya göre, yeni bir “*kamu faaliyeti*” (*kamu görevi*) anlayışı ortaya konuluncaya kadar “*memur*”u “*kamu görevi*” yapan kişi olarak tanımlayan 765 sayılı mülga TCK' nın yürürlükte olduğu dönemdeki hakim anlayış olan ve Yargıtay kararlarında kabul edilen *kamu görevi (kamu faaliyeti)*, devletin herhangi bir faaliyeti sadece veya daha çok devlete ait hukuki bir yetki ve iktidarın kullanılması amacıyla örgütlendirilmesi olarak tanımlayan anlayış benimsenmelidir.¹⁶⁷

Giritli/Bilgen/Akgüner'e göre ise 765 sayılı TCK döneminde memur sayılmayan birçok görevli (Örneğin 765 sayılı TCK döneminde, Yargıtay imam hatip, vaiz, geçici köy korucusu, belediye işçisini memur saymamakta idi.) 5237 sayılı yürürlükteki TCK döneminde memur sayılacaktır. Bu durumun nedeni ise bu kişilerin bir biçimde kamusal etkinliklere katılmasıdır.¹⁶⁸

Tuğrul'a göre, kamuya ait yetki ve gücü kullanacak organların, bu kamusal faaliyetlerine ‘genel idare esaslarına’ göre katılan ve yardım edenlerin de ‘kamu görevi’ yaptıklarının kabulünde zorunluluk vardır.5237 sayılı TCK’nın 6. maddesinin 1.fikrasının c bendindeki kamu görevlisi tanımında yer alan katılan kişi ibaresi ile madde gerekçesinde yer alan kamusal faaliyet açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında kamu görevlisi, yapılan faaliyetin de kamusal faaliyet sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karar dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.¹⁶⁹

Gökcan'a göre, 765 sayılı TCK’daki memur-hizmetli ayrımına ilişkin artan eleştiriler neticesi 5237 sayılı TCK’da kullanılan kamu görevlisi terimi ile bu ayrıma son verilmiş, 765 sayılı kanun aksine personelin o faaliyet içerisindeki fonksiyonu(subjektif unsur) değil, kurumsal olarak yürütülen faaliyetin niteliği(objektif unsur) esas alındığı, kamusal faaliyete katılmanın kanunda belirtilen usullere uygun olması şartıyla, ortada yürütülecek bir kamusal bir faaliyet varsa, onun yürütülmesine katılanların da kamu görevlisi olarak kabul edileceği belirtilmiştir.¹⁷⁰Kanun koyucunun kamusal faaliyete katılma yerine kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma terimini kullanması; bir hizmet kamusal faaliyet biçiminde

¹⁶⁷ TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.273, 274

¹⁶⁸ GİRİT/BİLGEN/AKGÜNER, a.g.e, s.684

¹⁶⁹ TUĞRUL Ahmet Ceylani, Öğreti ve Uygulamada Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet, Suçları(2. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.934

¹⁷⁰ GÖKCAN, a.g.e. s. 32

örgütlenmiş ve yürütülmekte ise, faaliyetin yürütülmesine katılanların, yaptığı işin niteliğine bakılmaksızın kamu görevlisi sayılacağı anlamına gelmektedir.¹⁷¹ Kamusal faaliyet kavramı; kamu adına yürütülen bir hizmet, hizmetin kuruluşunun yasaya ve siyasi iradeye dayanması ve hizmetin yürütülmesinde kamu otoritesinin kullanılması unsurlarını içermektedir. Kamu adına yürütülen işlevleri ifade eden kamusal faaliyetler, sadece devlet tarafından değil, devletin vermiş olduğu yetki ile kurulan diğer kamu kuruluşu veya kurumları tarafından da gerçekleştirilmektedir.¹⁷² Nitekim Anayasanın 128/1. maddesinde ‘Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.’ düzenlemesine yer verilmiştir.

Madde gerekçesinde kamusal faaliyetin tanımı yapılırken ne olmadığı ‘buna karşılık kamusal faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.’ şeklinde ifade edilmiş. Yasama yargı ve idari faaliyet olan kolluk faaliyeti özel kişilerce görülmesi imkansız iken kamu hizmetinin ruhsat, müşterek emanet, imtiyaz yap işlet devret gibi usullerle özel kişilerce görülmesi durumunda bu faaliyette bulunan kişiler, ceza hukuku anlamında kamu görevlisi kapsamına girmez.¹⁷³ İmtiyaz suretiyle kamu hizmeti niteliğinde faaliyetlerde bulunan, özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyetini, genel idare esaslarına göre yürütülen faaliyetler olmadıkları için, TCK’daki kamu görevlisi tanımında belirleyici olan kamusal faaliyet kavramı içinde değerlendiremeyiz. Bu sebeple de imtiyaz sahibinin(GSM şirketleri vb) topladığı vergi ve benzeri paraları kamuya ödememesi halinde TCK’nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun varlığından bahsedilir.¹⁷⁴

Yapılan faaliyetin kamusal faaliyet olup olmadığını belirleyebilmek için, faaliyetin dayandığı kanun metnini, yürütülen hizmetin kamu adına yürütülüp yürütülmediğini, ortada bir siyasi irade olup olmadığını, faaliyetin yürütülmesinde kamu otoritesinden yararlanılıp yararlanılmaması inceleyerek değerlendirme yapabiliriz.¹⁷⁵

¹⁷¹ GÖKCAN, a.g.e. s. 33

¹⁷² GÖKCAN, a.g.e. s. 33

¹⁷³ TURABİ, a.g.e, s.115

¹⁷⁴ TURABİ, a.g.e., s. 116

¹⁷⁵ İNANÇ, a.g.e, s.78, 79

Kamu adına yürütülen bir hizmetin kamusal faaliyet sayılabilmesi için, söz konusu hizmetin Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayanması gerekmektedir. Ancak gerekçede de izah edildiği üzere hizmetin kanunla belirlenmiş bir siyasal karara değil, kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayanması gerekmektedir. Aksi halde kamu adına yürütülen bir hizmetin ihdas edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının aldığı kararların da siyasi iradeye dayandığını söylemek mümkündür.¹⁷⁶

Devlet faaliyeti olan kamu hizmetinin en karakteristik niteliği bu hizmeti görecekt şahısların kamu hukuku usullerini kullanabilmeleri, yani bu hizmete özgü bazı teori ve kurallardan faydalanarak özel bir rejim uygulayabilmeleridir.¹⁷⁷ Kamu hizmetlerinin ortak esas ve mahiyeti; hususi yararlar genel yararlar tabi olmakta, hizmet teşkilat ve usullerinin genel yararların gerektirdiği ihtiyaçlara göre her zaman tadil edilebilmesi, teşebbüsün ve faaliyetlerinin akdi esaslara değil, kanun veya nizamname gibi bir statüye dayanmasıdır.¹⁷⁸

Kamu hizmeti devlet, kamu idareleri, özel veya tüzel kişilerce kamu idaresi denetiminde yürütülen kamuya yararlı hizmetleri de kapsadığından, kamusal faaliyet kavramı ceza hukukundaki kamu hizmeti teriminden daha dar ve özel bir anlam içerdiğinden kamu hizmeti ile özdeş olarak kullanılamaz.¹⁷⁹

Kamusal faaliyet için yasal dayanak dışında kuruluş için siyasi karar unsuru aranmaktadır. Yasaya dayanıyor olması tek başına o hizmetin kamusal faaliyet olması için yeterli değildir. Örneğin kooperatiflerde 1163 sayılı kanunun verdiği yetki ile yasal kararlar değil, vatandaşların iradesiyle kurulmaktadır.¹⁸⁰

Bir hizmetin kuruluş ve örgütlenişinden veya işleyişi düzeni bakımından arkasında devlete ait güç, otorite veya disipliner yapı ya da yaptırım gücünün bulunması gerekir.¹⁸¹

Devletin birer organı olan merkezi idare ve mahalli idareyi oluşturan kamu idareleri ile hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının bulunduğu kamu kurumlarının yürüttükleri hizmet kamu faaliyeti olmaktadır.¹⁸²

¹⁷⁶ AYDIN, a.g.m, s.121

¹⁷⁷ GÖKCAN, a.g.e. s. 34

¹⁷⁸ ONAR, a.g.e, s.27, GÖKCAN, a.g.e. s.34

¹⁷⁹ GÖKCAN, a.ge., s. 34, 35

¹⁸⁰ GÖKCAN, a.g.e. s. 35

¹⁸¹ GÖKCAN, a.g.e. s. 36

¹⁸² GÖKCAN, a.g.e.s. 37

1.2.2.2.2. Kamu Görevlisi Kavramının Sınırlandırılması Zorunluluğu

TCK'nın 6/c maddesinde kamusal faaliyete herhangi bir surette katılma yeterli görülmele, bu ifadeden devlet hastanesinde rızaya dayalı hemşire görevi gören veya zorunlu bir durum nedeniyle hasta bakımına yardım eden veya genel sözleşme ile idari hizmetle ilişkili olan şahsın ve suç ihbarında bulunan kişiler ile vergi ve nüfus dairesine beyanname veren kişilerinde kamusal faaliyete katıldığı söylenebileceğinden bu hususa açıklık getirmek gerekir. Kanunda kullanılan bu ifade ile asıl maksat atama seçilme gibi usuller dışında genel idare esaslarına uygun bir yöntemle kamusal faaliyete katılma olarak anlamak gerekmektedir.¹⁸³

Kanun gerekçesinde konuya ilişkin yapılan tek sınırlama, kamusal faaliyetin yürütülmesine ihale yoluyla katılanların, kamu görevlisi olarak kabul edilmeyeceğidir. Çünkü bu durumda, özel hukuk ilişkisi hükümleri uygulanacaktır. Cezai sorumluluk açısından ise, TCK'nın genel hükümleri doğrultusunda, ihale ilişkisi ile kamusal faaliyete katılan kişilerin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Buradaki düzenleme ile kamu hizmeti görenlerden ziyade, kamuya yararlı iş görenlerin hariç tutulmak istendiğini anlaşılmaktadır. Ancak idare hukukunda belirlenen kamusal faaliyetlerin yürütülme araçlarından ihale ile özel hukuk kişileri devreye girdiğinden, gerekçedeki açıklama tam olarak kavramı açıklayamamaktadır.¹⁸⁴

Kamu hizmetinin varlığı için hizmetin kamuya yönelik olması dışında siyasal iradenin yürütülen faaliyetin kamu hizmeti olduğunu belirlenmesi ve hizmetin kamu tüzel kişileri ya da bunların gözetim ve denetimi altındaki kişilerce yerine getirilmesi aranır. Hatta bir kamu kuruluşunun denetimi ve gözetimi altında hizmet yürütenlerin Türk vatandaşı olup olmaması önemli olmadığından, hizmeti yürüten yabancılar dahi kamu görevlisi olabileceklerdir. Kamu görevlisi tanımına dair kanun metninde kullanılan '*herhangi bir surette katılan*' kişi ifadesinin bir diğer sıkıntılı sonucu böylece karşımıza çıkmaktadır.¹⁸⁵

657 sayılı DMK'nın 4/1. maddesinde sayılan istihdam şekillerinden biri olan işçiler hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanmakta ise de; işçilerin kamu hizmeti yürütebilecekleri kanunda açıklanmış olması ile ilgili kamu idaresi ile işçi kamu hukuku ilişkisi kurmaktadır. Örneğin belediyede çalışan işçinin malzemeleri mal

¹⁸³ GÖKCAN, a.g.e., s. 39

¹⁸⁴ DEMREN DÖNMEZ, a.g.m, s.120

¹⁸⁵ DEMREN DÖNMEZ, a.g.m, s.121

edinerek özel kişilere satması kamu görevlisi sayıldığından zimmet sayılırken, yine belediyede temizlik hizmetinin temizlik şirketi eliyle görülmesi neticesi şirket elemanının malzemeleri mal edinmesi güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Geçici ve istisnai kamu görevi yürüten milletvekili, muhtar, belediye meclis üyesi ve geçici ve zorunlu grev nedeniyle çalışan tanık, bilirkişi, gibi kişiler görevini sürdürdüğü zaman içerisinde devam etmekle kamu görevlisi sayılırlar Kamu kurumlarında çalışan sözleşmeli personel özlük hakları ve hukuksal rejimi memurlara benzetilmekle, aldıkları ücret yönünden aralarında fark bulunmakta, kamu hukuku usulünce kamusal faaliyete katıldıklarından kamu görevlisi kabul edilmelidirler.¹⁸⁶

Kamu görevlisi sıfatı mağdur yönünden cezayı ağırlatan neden olarak öngörüldüğü suçlarda(kasten öldürme, yaralama, işkence, hürriyetten yoksun bırakma, hakaret gibi suçlarda) genellikle fiilin mağdurun görevi sırasında olması değil, mağdurun görevinden dolayı bu suçun ona karşı ve failde ağırlatıcı nedene ilişkin özel kast bulunması şartıyla işlenmesi aranır.765 sayılı TCK'da kamu görevlisi ve hizmetlisi ayrılarak sadece kamu görevi yapanlar memur(yükümlülük suçu faili) olarak kabul edilmekte iken 5237 sayılı kanunda kamu hizmetinde olanlar da kamu görevlisi sıfatı altında toplanmıştır.¹⁸⁷5237 sayılı TCK ile kamu görevi ifa edenler yanında kamu hizmeti ifa edenlerin(kamusal faaliyete katılmış olmaları nedeniyle) de kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri neticesi 'kamu görevlisi' kavramı 'memur' kavramından daha geniş anlama gelmesi nedeniyle, kamu görevlilerinin soruşturma usulüne ilişkin 4483 sayılı Kanunun uygulanması yönünden bazı sıkıntılara yol açmıştır. Örneğin, 765 sayılı TCK döneminde ceza hukukuna göre memur sayılmayan hizmetli, ahçı, kaloriferci, şoför gibi istihdam edilenler hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanamazdı.5237 sayılı TCK yönünden bu kimseler 'kamu görevlisi' olarak kabul edildiklerinden, bu kişilerin soruşturma usulü yönünden 4483 sayılı Kanun gereği izne tabi kimselerden olup olmayacağı sorusunu yargı cevaplandırmıştır.¹⁸⁸Yargıtay kamusal faaliyete katıldığı için kamu görevlisi sayılması gereken sanık hakkında, anılan yasal düzenlemeler maddi ceza hukuku ile ilgili bulunup, soruşturma yöntemi bakımından 4483 sayılı Yasaya herhangi bir gönderme olmadığından, bu kanunda sayılan ve soruşturma yapılması izne tabi kimselerden

¹⁸⁶ GÖKCAN, a. g.e. s. 39

¹⁸⁷ GÖKCAN, a. g.e. s. 28

¹⁸⁸ GÖKCAN, a. g. m., s.159

sayılmayacağından sanık hakkında genel soruşturma usulü uygulanacağı kabul etmiştir¹⁸⁹

1.2.2.3. Özel Yasalar Açısından Kamu Görevlisi

TCK'nın 5. maddesinde 'Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.' hükmüne yer verilmiştir. Kanunun 6. maddesinde tanımlanan kamu görevlisi terimi de bu kapsamda kalmaktadır.

5237 sayılı TCK 5. maddesine göre TCK genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır. Ancak 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun geçici 1. Maddesi uyarınca ilgili kanunlarda gerekli değişiklik yapılınca ve en geç 31.12.2008 tarihine kadar söz konusu 5. Maddenin yürürlüğü ertelenmiş idi. Ancak 23.01.2008 tarih ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bu konuda özel düzenlemeler öngörülmüştür.¹⁹⁰ 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasının b bendi değiştirilerek "Kurulun para evrak ve her çeşit malları Devlet malı hükmündedir. Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işlediği suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanununun uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar." düzenlemesine yer verilmiştir. Ayrıca 1512 Sayılı Noterlik Kanunu, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4646 Sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, 3568 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci, Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavir Kanunu, 5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun gibi bir çok özel kanunda değişiklik yapılmıştır.

Özel yasalarda(Örneğin 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun, 57 sayılı Anadolu Ajansının Malları ve Personeli Hakkında Kanun vb.) 765 sayılı TCK 279. maddesine atıf yapılırken, bazen suç failinin *memur sayılması*

¹⁸⁹ Yargıtay 4.CD, 18.10.2006, 2081/17292 sayılı karar aktaran GÖKCAN, a.g.m, s.159

¹⁹⁰ ÇELİK,a.g.t, s.31

gerektiği, bazen de *memur gibi cezalandırılması* gerektiği yönünde ifadelere yer verilmiştir. Bu iki ifadenin farklı anlamları bulunmaktadır. Memur sayılma ifadesi failin ceza kanunu 279. Madde adı geçen kamu görevlisi niteliğinde olduğu, hem kendisine karşı işlenen suçlarda hem de işlediği suçlarda memur gibi cezalandırılacağı anlamına, memur gibi cezalandırma ifadesi ise fail memur sıfatı almadan işlediği görev suç bakımından memurların cezalandırılmasına ilişkin hükümlerle cezalandırılacağı anlamına gelmektedir.¹⁹¹

Özel kanunlarda 765 sayılı TCK'da kullanılan memur ifadesine yer verilmişse de; 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 3/1 maddesinde '*yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar 5237 sayılı Türk ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.*' hükmüne yer verilerek, özel kanunlarda memur kavramına yapılan yollamaların 5237 sayılı TCK'da bulunan kamu görevlisi kavramına yapılmış sayılması ifade edilmiştir.İlgili özel yasalarda kamu kurum ve idaresinin yürüttüğü hizmetin kamusal faaliyet olduğunun belirlenmesi halinde, kamusal faaliyete katılan her kişinin kamu görevlisi sayılması gerekmektedir.¹⁹²

Özel Kanunlarda kamu görevlisi sayılmakla ilgili düzenlemeler birbirinden farklılık göstermekte, bu farklılığa göre değişik sonuçlar doğmaktadır. Bu çerçevede Özel Kanunlardaki düzenlemeleri; "*İşledikleri Suçlardan Dolayı Kamu Görevlisi Sayılanlar*", "*Türk Ceza Kanununun Uygulanması Açısından Kamu Görevlisi sayılanlar*", "*Kamu Görevlisi Gibi Cezalandırılanlar*" olmak üzere üç gurup altında toplamak mümkündür.¹⁹³

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 7.maddesinin 3. fıkrasında, '*Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile özelleştirme programına alınan kuruluşlarda çalışan personel ve sözleşmeli olarak çalıştırılan personel, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılırlar ve bu personelin özelleştirilmenin paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilânço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Üçüncü Kısım Dördüncü Bölüm ile Dördüncü Kısım Birinci Bölüm altında yer alan suçlara ilişkin*

¹⁹¹ GÖKCAN, a.g.e. s. 45

¹⁹² GÖKCAN, a.g.e. s. 46

¹⁹³ AYDIN, a.g.m., s.123

hükümler uygulanır.' hükmüne yer verilmiştir.Maddede sözü geçen personel, 5237 sayılı TCK'nın 6. Maddesine göre kamu görevlisi sayılır. Ancak Kanun Koyucunun, işledikleri suçlar açısından kamu görevlisi sayılır şeklinde yaptığı düzenleme, söz konusu personelin aleyhlerine işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılmalarına engel olmaktadır.Zira, söz konusu personel, 4046 sayılı Kanunun açık hükmü uyarınca sadece işledikleri suçlar açısından kamu görevlisi sayılmaktadır.¹⁹⁴

351 sayılı kanunla kurulan Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu 765 sayılı kanun döneminde kamu görevi yürütmediği kabul edilmekteyken, ilgili kanun 42. maddesi de '*Kurumun personeli, görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlarda Devlet memuru sayılırlar.*' hükmü ile sadece işledikleri suçlar yönünden memur gibi cezalandırılmakta, kendilerine karşı işlenen suçta memur sayılmamaktaydı.351 sayılı kanunda kurumun tüzel kişiliğe haiz olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve amaçları belirtilmiştir. Kanunla kurulması ve kurumun amaçları dikkate alındığında kamusal faaliyet yürüttüğü anlaşılmaktadır.5237 sayılı kanun uyarınca kamusal faaliyet yürüttüğü kabul edilen kurum personelinin de kamu görevlisi kabul edilmektedir. Böylece 351 sayılı Kanun 42. Maddesindeki ceza sorumluluğuna ilişkin hüküm ilga edilmiş olmaktadır.¹⁹⁵

580 sayılı Milli Prodüktivite Merkezi Kuruluş Kanunu 15. Maddesi '*MPM'nin malları Devlet malı sayılır. Bu mallarla para ve para hükmündeki evrak ve senetleri aleyhine cürüm işleyen personel bu cürümlerinden ötürü Devlet memurları gibi ceza görür.*' hükmüne göre personel kendilerine karşı işlenen suçlarda memur sayılmaz.İlgili kanunda kurum, kamu kurumu niteliğinde tüzel kişi ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, görevlerinin ne olduğu belirtilmiştir. Kanunla kurulan ve toplum adına kanunda belirtilen amaçları yerine getirmek üzere var olan MPM nin kamusal faaliyet yürüttüğü ve personelinin kamu görevlisi sayılacağı kabul edilmelidir.¹⁹⁶TCK 5 ve 6/c maddeleri doğrultusunda ilgili kanun 15. maddesinin bir anlamı kalmamaktadır.¹⁹⁷

1512 sayılı Noterlik Kanun'unun 151. Maddesine göre; Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter kâtipleri ve kâtip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise ayrıca bu

¹⁹⁴ AYDIN, a.g.m, s.123, 124

¹⁹⁵ GÖKCAN, a.g.e, s. 48

¹⁹⁶ GÖKCAN, a.g.e., s. 47

¹⁹⁷ GÖKCAN, a.g.e. s. 46

görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar. 5706 sayılı İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Hakkında Kanun'un 17. Maddesine göre Ajans personeli bu Kanun kapsamında yaptıkları işlemlerde Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılır. 5368 sayılı Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri ve Büroları Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin 2. fıkrasına göre Lisanslı harita kadastro mühendislik bürolarında, bu Kanun kapsamında belirtilen hizmetleri yapmakla yetkilendirilenler Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 60. Maddesine göre Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılırlar. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanunun 28. Maddesine göre Yönetim Kurulu üyeleri ile Kurum personeli, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır. 7201 sayılı Tebligat Kanununun 52. Maddesine göre Bu Kanunun tatbikinde vazifeli bulunan memur ve hizmetliler ile mahalle, köy muhtar ve ihtiyar heyeti ve meclisi azaları işledikleri suçlar ile kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı, Türk Ceza Kanununun kamu görevlisine ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9. Maddesinin son fıkrasına göre Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır.

Yukarıda yer verilen özel kanunlarında Türk Ceza Kanunu uygulaması açısından kamu görevlisi sayılan personelin, görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından da kamu görevlisi sayılırlar. İlgili madde metninde kullanılan Türk Ceza Kanunu uygulaması tabiri ile, kişinin fail olarak kamu görevlisi sayılması yanında mağdur olarak da kamu görevlisi sayılması belirtilmek istenmiştir. Nitekim bu personel, esas itibarıyla, 5237 sayılı TCK' nın 6. Maddesinde düzenlenen kamu görevlisi tanımına göre, kamu görevlisi sayılabilecek personeldir. Bu nedenle personeli ilgilendiren özel kanunlarda böyle bir düzenleme olmasaydı dahi, görevleri nedeniyle işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılması mümkündür.¹⁹⁸

¹⁹⁸ AYDIN, a.g.m, s.125

Kamusal faaliyet yürütmediği halde kuruluş kanununda, kurumun personeli görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlarda devlet memuru sayılır veya kurumun malları ile para ve para hükmündeki evrak ve senetleri aleyhine cürüm işleyen personel bu cürümlerden ötürü devlet memuru gibi cezalandırılır şeklindeki ifadelerin kullanılması ile personel memur sayılmamakta, memur/kamu görevlisi gibi cezalandırılması istenmektedir.¹⁹⁹ 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun 12. maddesine göre Bu Kanuna göre görevlendirilenlerden suç işleyenler kamu görevlisi gibi cezalandırılır.1163 sayılı Kooperatifler Kanun'unun 62. Maddesine göre Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanununun 23. Maddesine göre Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanununun 76. Maddesine göre “Odalar, borsalar ve Birliğin organ üyeleri ile personeli, görevlerini yerine getirirken görevleriyle ilgili suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden, bu kuruluşların paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair varlıkları ile muhasebe ve muamelata ilişkin her çeşit defter ve evrak ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılırlar.5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu 34. Maddesine göre ‘Fon, lisanslı depo işletmeleri ve yetkili sınıflandırıcıların yöneticileri, denetçileri ve personeli ile bu Kanun kapsamında lisans alan diğer ilgililer; bunların işlem ve faaliyetlerine, ürün ve ürün senetlerine, para ve mallarına, evrak, rapor, hesap, kayıt ve defterlerine ve diğer başka belgelere ilişkin işledikleri suçlardan dolayı ceza sorumluluğu bakımından kamu görevlisi sayılırlar.’ hükmüne yer verilmiştir.

Burada belirtilen personel 5237 sayılı TCK’ nın 6. maddesi uyarınca kamu görevlisi sayılmadığı halde, kanun koyucu, ceza siyaseti açısından bu kişilerin kamu görevlisi gibi cezalandırılmasını istemiştir.Özel Kanunlarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı hükmüne yer verilen personel diğer gruptan farklı olarak kendilerine karşı işlenen suçlarda mağdur sıfatıyla kamu görevlisi sayılmamaktadır.²⁰⁰Buna karşın

¹⁹⁹ GÖKCAN, a.g.e. s. 49

²⁰⁰ AYDIN, a.g.m, s126

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanununun 23 üncü maddesinde özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı hükmü yanında özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenlerin kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacağı düzenlemesine yer verilmiştir.5237 sayılı TCK'nın 252/1 maddesine göre rüşvet veren kişi, aynı kanununun 94/4 maddesine göre işkence suçuna iştirak eden diğer kişiler kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına dair hüküm, Özel Kanunlarda yer bulan düzenleme ile benzer şekilde karşımıza çıkmaktadır.²⁰¹



²⁰¹ AYDIN, a.g.m, s.126

BÖLÜM II

İRTİKAP SUÇU

2.1. GENEL OLARAK

Türk dil kurumu sözlüğünde kötü iş yapma, kötülük etme, yiyicilik, yalan söyleme, hile yapma²⁰² olarak tanımlanan, Arapça kökenli irtikap kavramı ceza kanunumuzda bir suç fiili olarak kendine yer bulmuştur.İrtikap, hukuk terminolojisinde kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak kendisine veya başkasına hakkı olmayan para veya başka çıkarlar sağlama veya vaat etmeye bir kimseyi icbar veya ikna etmesi veya kanunen alınmaması gereken şeyi, muhatabının hatasından faydalanarak alması şeklinde tanımlanmaktadır.²⁰³

Yargıtay CGK ise '*İrtikap suçu bir memurun görevine giren bir hususta görevini veya sıfatını kötüye kullanarak bir kimseyi kendisi ya da başkasına çıkar sağlamaya icbar veya ikna etmesi ile oluşur. Buna göre memurun görev ve yetki alanına giren bir işi yaparken veya yapabilecek durumda iken çıkar sağlaması, icbarın ciddi olması, sanığın isteklerinin kanunsuz olduğunu bilen mağdurun etkisinden kurtulamadığı baskı sonucu sanığa çıkar sağlaması gerekir.*' şeklinde tanımlamıştır.²⁰⁴

Kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar görev suçu olarak ifade edilmektedir.Suçun kamu görevinden kaynaklanması için kamu görevlisinin icra etmesi gereken işleriyle ilgili olması, suçu doğuran fiil ile kişinin görevi arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle kamu görevlisi suçu, görevini yaparken veya görevini yapması nedeniyle işlemelidir. Görev, bu suçların işlenmesine aracılık eder veya kolaylık sağlar. Görev suçundan bahsedebilmemiz için fiilin kamu

²⁰² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi: 10.01.2010)

²⁰³ TOROSLU, a.g.e, s.289, 290

²⁰⁴ Yargıtay CGK, 30.03.2010, 2009/5-167, 2010/70 sayılı karar, Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

görevlisinin görev alanına girmesi ve yetkisi kapsamında gerçekleşmesi gerekir.Çeşitli düzenlemelerde “görev suçu” memur ve kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar olarak ifade edilmiştir. Buna karşılık öğretilerdeki baskın veya ağırlaştırıcı nedeni olarak tanımlandığı suçlar ile sınırlandırmaktadır.²⁰⁵Bu açıklamalar doğrultusunda TCK 250. Maddesinde düzenlenen irtikap suçunun bir görev suçu olduğunu söyleyebiliriz.

İrtikap, girişimci, profesyonel veya yarı profesyonel mesleki statüye sahip bireyler tarafından aldatma teknikleri kullanmak suretiyle finansal kazanç sağlamak amacıyla işlenen ve şiddet içermeyen; özel mesleki bilgi ve fırsatlara sahip, özel teknik ve profesyonel iş bilgisine sahip bireylerin gerçekleştirdikleri eylemler olarak tanımlanan beyaz yaka suçları arasında yer almaktadır. Beyaz yaka suçu ilk defa, 1939 yılında Amerikalı sosyolog Edwin Sutherland’ın Amerikan Sosyoloji Topluluğu ve Amerikan Ekonomi Derneği’nin ortak toplantısında kullanılmıştır.²⁰⁶

Türk Ceza Kanunu’nun 250. maddesinde bir suç olarak düzenlenmiş bulunan irtikap, memuriyet görevinin kötüye kullanılmasının özel bir biçimi, rüşvetin özel bir türü ve maddesel yozlaşmanın bir örneğidir. Kamu görevlisinin görev ve yetkisini kötüye kullanmak suretiyle muhatap olduğu kişi ve kuruluş temsilcilerini zorlayarak bir maddi ya da maddi olmayan menfaat temin etmesidir.²⁰⁷ Memur, devletin işlemlerini yerine getirirken devleti temsil ettiğinden memuriyet sıfatı da kişiye güç verir. Bu itibarla, memuriyet sıfatı kötüye kullanılarak haksız menfaat elde edilmesi irtikap suçunu oluşturmaktadır.²⁰⁸İrtikap memuriyet vazifesi suistimalinin hususi bir şekline kanunun daha ağır ceza vermesiyle vücut bulan bir suçtur.²⁰⁹İrtikap suçu pek çok yabancı kanunda rüşvet ve zimmet suçlarının bir çeşidi sayılırken, Türk ceza kanununda müstakil suç olarak kabul edilmiştir.²¹⁰Fransız ceza kanundaki irtikap, farklı bir anlamda, 765 sayılı TCK nın 247. Maddesinde bulunan kanunsuz tahsilat suçuna benzer fiili ifade eder.²¹¹

²⁰⁵ DÖNMEZ, Burcu, Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu, s.2735, 2736

²⁰⁶ KARAKURT Hakan, Beyaz Yaka Suçları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:89, Sayı:2015/5, s 63, 64 , (Erişim tarihi:26.03.2020)

²⁰⁷ AYDEMİR Süleyman Ruhi, İrtikap, Mevzuat Dergisi, Yıl 8, Sayı 89, mayıs 2005, (Erişim tarihi:27.03.2020)

²⁰⁸ AYDEMİR, a.g.t., s.1

²⁰⁹ EREM Faruk, İrtikap Cürmü, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s.3

²¹⁰ EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983, s.151

²¹¹ EREM, a.g.e, s.3

İrtikap suçu 765 sayılı TCK'nın ikinci kitap, devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler isimli üçüncü babının, irtikap başlıklı ikinci faslında 21/11/1990 tarihli, 3679 sayılı kanunun 9 maddesi ile değişik 209. maddesinde '*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 fıkra yazılı cürüm, ikna suretiyle işlenirse faile dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verilir. Memur Kanunen almaması gereken bir şeyi değerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir*'²¹² şeklinde düzenlenmiştir. İrtikap suçu 765 sayılı TCK'da 21/11/1990 tarihli, 3679 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce 209. maddede cebri irtikap, 210. Madde de ikna suretiyle ve hataya düşülerek işlenen irtikap suçları olarak düzenlenmiş ve ilki açık irtikap, ikincisi kapalı irtikap olarak adlandırılmıştı.²¹³ 3679 sayılı Kanun değişikliği ile 210. madde yürürlükten kaldırılarak, icbar, ikna ve hatadan yararlanma suretiyle irtikap türlerini kapsayacak şekilde 209. Madde düzenlemeye gidilmiştir.

İrtikap suçu 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler başlıklı ikinci kitabının millete eve devlete karşı suçlar ve son hükümler başlığı ile dördüncü kısım, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında birinci bölümde, 02/7/2012 tarih, 6352 sayılı Kanunun, 86. maddesi ile değişik 250. maddesinde '*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. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir. 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. İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu*

²¹² <http://www.turkhukuk sitesi.com/mevzuat.php?mid=8372>, Erişim tarihi 28.08.2020

²¹³ TUĞRUL, a.g.e, s.928

göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.’ şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, hem kamu idaresine olan güvenilirliği sağlamak hem de kamu idaresinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini temin etmek amacıyla irtikap suçunu bu bölümde düzenlemiştir.²¹⁴

Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlar bölümünde düzenlenen suç tipleriyle kamu görevlilerinin vatandaşların kamu idaresine olan güvenini sarsan, kamu idaresinin işleyişindeki düzeni ihlal eden eylemleri ile sivil kişilerin kamu görevinin yerine getirilmesini engelleyen veya kamu idaresinin işleyişini ihlal eden davranışları yaptırım altına alınmaktadır.²¹⁵

TCK nın 250. madde gerekçesinde ‘*Madde metninde çeşitli şekillerde gerçekleştirilen irtikap fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. İrtikabın varlığı için, kamu görevlisinin kişilerden kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekir. Ancak, bu yarar sağlama olgusu çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Madde metninde bu yararlanma olgusunun gerçekleştiriliş şekilleri göz önünde bulundurularak suç tanımlaması yapılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında icbar suretiyle irtikap suçu tanımlanmıştır. İcbar suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için; kamu görevlisinin, bir başkasını kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya icbar etmesi gerekir. Bu icbarın, yürütülen görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerekir. Ancak, bu icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerekir. Aksi takdirde, gerçekleşen suç, icbar suretiyle irtikâp değil, gasp suçu olur. 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 bir yarar sağlamaktadır. Yarar vaadinde bulunulması hâlinde de, kamu görevlisinin tamamlanmış icbar suretiyle irtikap 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. Maddenin ikinci fıkrasında ikna suretiyle irtikap suçu tanımlanmıştır. İkna suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için; kamu görevlisinin, hileli davranışlarla bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar*

²¹⁴ İNANÇ, a.g.e, s. 8

²¹⁵ ÜZÜLMEZ İlhan, Yeni Ceza Kanununda İrtikap Suçu(m.250), SÜHFD, Cilt:14, Sayı:2, Ocak 2006, Konya, s. 273, 2 (Erişim tarihi:25.03.2020)

sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya ikna etmesi gerekir. İkna suretiyle irtikâp suçunu oluşturan hileli davranışların da kişinin yerine getirdiği kamu görevinin sağladığı güven kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir. İkna suretiyle irtikâp suçunu oluşturan hilenin icraî veya ihmali davranışla gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu bakımdan, hatadan yararlanmak suretiyle irtikap, ikna suretiyle irtikap suçunun sadece bir işleniş şekline ibarettir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bu durumda ikna suretiyle irtikap suçunun cezasında indirim yapılması gerekmektedir.²¹⁶ ifadelerine yer verilmiştir.

765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'da düzenlenen irtikap suçu benzer özellikler arz etse de 5237 sayılı kanunda memur kavramı ve görevi kötüye kullanma ibarelerinden vazgeçilerek icbar ve ikna ile olmak üzere ikili ayrıma gidilmiştir. Böylece yasaklanan hareketler daha somut, belirgin hale getirilmiştir.²¹⁷

765 sayılı TCK'nın 219.maddesi 1.fıkrasında ‘...emir ve idare yetkisine sahip olanlar ile hakim ve savcılar tarafından işlenmesi halinde verilecek cezalar yarısı oranında artırılarak hükmolunur.’²¹⁸ şeklinde düzenlenen nitelikli halden, 5267 sayılı TCK da vazgeçilmiştir.Etkin pişmanlık hükümleri ise 765 sayılı kanunda olmadığı gibi 5237 sayılı TCK'da yer bulmamıştır.

6352 sayılı yasa değişikliği ile TCK'nın 250. maddesine ‘Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.’ şeklinde eklenen kanun tasarısının genel gerekçesi; ‘...üyyesi olduğumuz Avrupa Konseyi bünyesindeki Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) tavsiye kararlarının karşılanması amacıyla, Tasarıda, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili, görevi kötüye kullanma suçu kapsamından çıkartılarak rüşvet suçuna dönüştürülmekte; haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin edilmiş olması cezasızlık nedeni olarak düzenlenmekte ve yabancı kamu görevlilerine rüşvet suçu ile yetkili olmadığı bir iş

²¹⁶[https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1360#:~:text=MADDE%20250%2D%20THS%20% C5%9Eerhi%20\(serh%201360\)&text=\(1%20\(De% C4%9Fi% C5%9Fik%3A%20,kadar%20hapis%20cezas% C4%B1%20ile%20cezal and% C4%B1r% C4%B11% C4%B1r.](https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1360#:~:text=MADDE%20250%2D%20THS%20% C5%9Eerhi%20(serh%201360)&text=(1%20(De% C4%9Fi% C5%9Fik%3A%20,kadar%20hapis%20cezas% C4%B1%20ile%20cezal and% C4%B1r% C4%B11% C4%B1r.) Erişim tarihi:28.08.2020

²¹⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e, s.1011

²¹⁸ <http://www.turkhukuk sitesi.com/mevzuat.php?mid=8382> Erişimtarihi:28.08.2020

için yarar sağlama suçu yeniden ele alınmaktadır.’ şeklinde açıklanmıştır. Bu düzenleme ile icbar kavramı daha net hale getirilmiş, uygulama açısından kapsamı genişletilmiş, böylece kişinin icbarın etkisinden rahatça kurtulma imkanı olmasına rağmen kamu görevlisi olan failin haksız menfaatini temin etmesi halinde icbar suretiyle irtikap veya görevi kötüye kullanma suçları yerine, rüşvet suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.²¹⁹

6352 sayılı kanun madde gerekçesi: ‘Maddeyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250 nci maddesinde değişiklik yapılmaktadır.Haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temin edilmiş olmasının kamu görevlisi bakımından çoğu zaman icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmasına rağmen bu suçun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulama döneminde genel görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirilmesinin bir yansıması olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununu 257 nci maddesine bir fıkra eklenmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesinin ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek amacıyla icbar fiiline açıklık getirilmiştir. Bu suretle, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışı karşısında kişinin haklı bir işinin gereği gibi veya hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği herhangi bir kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, kamu görevlisi bakımından rüşvet almaktan veya görevi kötüye kullanmaktan dolayı değil, icbar suretiyle irtikap suçundan dolayı hüküm tesis edilmesi gerekecektir. Keza bu düzenlemeyle kamu görevlisine menfaat temin eden kişi hakkında bu eylemi dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilemeyecektir.²²⁰

Özetle 6352 sayılı yasa ile kişilerin haklı işlerinin, kamu görevlileri tarafından bir bedel alınarak yapılması şeklinde gerçekleşen bahşiş siteminin önüne geçilmiş ve mağdurun kendini zorunda hissetmesi hali icbarın türü olarak değerlendirilmiştir. Daha önce bahşiş olarak adlandırılan bu uygulama TCK 257/3. Maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma veya rüşvet suçları kapsamında iken yasa değişikliği ile icbar suretiyle irtikap suçu kapsamına sokulmuştur.²²¹

765 sayılı TCK’ dan farklı olarak 5237 sayılı TCK’ da memur sıfatı veya görevi kötüye kullanma ifadesi yerine icbar suretiyle irtikap için ‘görevinin sağladığı nüfuzu

²¹⁹ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012,s.27

²²⁰<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleripkanunlarno=100560&pkannumarasi=6352> Erişim tarihi:28.08.2020

²²¹ ÖZALP Faruk, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s.153, (Erişim tarihi:24.03.2020)

kötüye kullanma', ikna suretiyle irtikap için 'görevinin sağladığı sıfatı kötüye kullanma' ifadelerine yer verilerek kamu görevlisi kavramı irtikap suçunu bütün işleniş şekilleriyle bağlantılı hale getirilmiştir.²²² Memur sıfatı veya görevi kötüye kullanma ifadesinin geniş anlamı olması, görevi kötüye kullanma suçuyla karışma ihtimaline karşı 5237 sayılı kanuna daha açık ve yalın bir biçimde ifade etmek üzere görevinin sağladığı nüfuzu kullanmak ifadesi eklenmiştir.²²³

Yine 765 sayılı TCK'da suçun konusu, haksız olarak verilen para veya sağlanan sair menfaatler ile kanunen alınmaması gereken şey kavramlarına yer verilmişken, 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı kanunda yer verilen kavramları kapsar nitelikte olan yarar kavramına yer verilmiştir.²²⁴

765 sayılı TCK 209. maddesinin ilk fıkrasında icbar suretiyle irtikap suçu açıklandıktan sonra, ikinci fıkra da ikna suretiyle irtikap açısından ilk fıkraya atıf yapılmış, üçüncü fıkra da hatadan yararlanmak suretiyle irtikap suçu ise bağımsız olarak tanımlanmışken, 5237 sayılı TCK'nın 250. Maddesinin ilk iki fıkrasında ayrı ayrı icbar ve ikna suretiyle irtikap tanımlandıktan sonra üçüncü fıkra da hatadan yararlanma suretiyle irtikap açısından ikinci fıkra da ikna suretiyle irtikap tanımına atıf yapılmıştır.²²⁵

İrtikap suçu, devlet idaresine olan güvenin zedelenmesi durumunun varlığı nedeniyle mala karşı işlenen suçlardan ayrılır, bu nedenle de mesela bir banka gibi devleti temsil etmeyen bir müesseseye itimadın sarsılmasına neden olan fiiller irtikap suçuna vücut vermez.²²⁶ İrtikap suçu faili devletin mali menfaatlerine zarar verdiği için değil, vatandaşın sürekli olarak kamu görevlisine duyduğu güveni yani toplum yararını zedelediği için cezalandırılmaktadır.²²⁷

Bu suçta memur, idare ile ilişkisi olanlardan haksız bir takım menfaatler elde etmek için meşru olmayan şekilde kendi konumundan yararlandığından, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir.²²⁸ İrtikap suçu niteliği itibariyle bir görevi kötüye kullanma suçu olsa da kanun koyucunun yasada özel bir hükümlerle düzenlemiş olması

²²² ÖZEN, a.g.e, s.38, 39

²²³ ÖZEN, a.g.e. s. 39

²²⁴ ARI, a.g.t., s.4

²²⁵ ARI, a.g.t. s.4, 5

²²⁶ EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983, s.152

²²⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e, s.1020

²²⁸ EREM Faruk/TOROLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s.165, AKÇİN İhsan, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007 s.135

nedeniyle görevi kötüye kullanma suçundan ayrılır.²²⁹ Kanun koyucu kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak icbar ya da kendisine duyulan güveni kötüye kullanarak hile ile kendisine veya başkasına yarar sağlaması durumunda kamu idaresine duyulan güvenin zedelendiği düşünerek bu fiilleri görevi kötüye kullanma suçuna göre daha ağır yaptırıma bağlamıştır.²³⁰ İrtikap mahsus suç olması nedeniyle kamu görevlisi ile iştirak halinde işlenmesi halinde kamu görevlisi dışındaki kişi asli fail olmaz, ferî fail olur.²³¹

Görevin sağladığı nüfuz ile devlet kamu görevlisine bazı yetkiler vermektedir. İrtikap suçu temelinde de bu yetkileri kötüye kullanmak yatar. Failin kendisi veya üçüncü kişilere sağladığı yarar aynı, nakdi veya manevi yarar şeklinde olabilmektedir.²³²

İrtikap suçu, icbar, ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle olmak üzere üç şekilde işlenebilir. Kanundaki düzenleniş şekli itibariyle birbirinden bağımsız olan icbar, ikna veya hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçlarının işlenmesi bu suçun seçimlik hareketleri niteliğinde değildir. Seçimlik hareketli suçlarda seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olur, seçimlik hareketlerden bir kaçısı veya hepsinin gerçekleşmesi halinde bile suç bir defa işlenmiş kabul edilir.²³³

İrtikap suçu işlenmesi açısından en ağır cezalandırılan türü icbar suretiyle işlenmiş olmasıdır. Bir zorlama şekli olan icbar, niteliği yönünden cebir ve tehdit kavramlarına yakın olmakla birlikte bunlardan farklı ve daha hafiftir. Kanunda daha ağır şekilde düzenlenmiş olmasının nedeni ise icbarın söz konusu olduğu hallerde kişinin iradesinin failin fiil ve hareketleriyle etki altına alınması ve iradesinin bozulmasıdır. Bir başka anlatımla cebir ve zorlama olan icbarda, muhatabın iradesi zorlanmalı, kamu görevlisinin istediği yapılmaması halinde mağdur sonuç alınmayacağı düşüncesine kapılmalıdır.²³⁴

6352 sayılı yasanın 86.maddesinde icbar yoluyla irtikap açısından ek bir düzenleme ile icbarın tanımı yapılmıştır. Buna göre icbar “*Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en*

²²⁹ YURTCAN, a.g.e, s.26

²³⁰ İNANÇ, a.g.e, s.8

²³¹ YURTCAN, a.g.e, s.30, HAFIZOĞULLARI Zeki/AYGÜN EŞİTLİ Ezgi, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, s.32

²³² YURTCAN, a.g.e. s.27

²³³ ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.163

²³⁴ YURTCAN, a.g.e. s.27

azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenleme ile bir cebir karinesi ortaya atılmışsa da, varsayıma dayalı ve mağdura ilişkin sübjektif nedenlere, fail bir zorlamada bulunmuş gibi hukuksal sonuç bağlanması doğru değildir. Kamu görevlisinin haksız tutum veya davranışları, suç ve/veya disiplin suçu teşkil eder. Ancak, kamu görevlisinin herhangi bir zorlaması olmadığı halde, failin haksız davranışlarını mağdur işini haksız yarar sağlamadan yaptıramayacağı şeklinde yorumlamışsa, bunu kanuni bir cebir karinesi saymak hatalı olacaktır. Kamu görevlisinin zorlama olmadan ve açıkça böyle bir şeyi istemeden keyfi davranıyor olması halinde uygulanacak ceza ve başka yaptırımlar vardır. Bu nedenle, mağdurun (aksini ispat zor) algı ve yorumunu failin bir hareketi gibi yorumlayıp karar vererek irtikâp suçundan cezalandırmak, yerinde bir düzenleme olmayıp, haksızdır.²³⁵

İcbarın varlığı yada yokluğuna ilişkin uygulamada yaşanan olumsuzluklar karşısında 6352 sayılı kanun değişikliği ile yapılan icbar tanımında; somut bir olayda kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları değerlendirilirken öncelikle kamu görevlisinin görev alanı çizilmeli, bu sınırın dışına çıkma olup olmadığı belirlenmeli ve bu görev alanı dışına çıkma halini haksız olup olmadığı dikkate alınmalı, kamu görevlisi ile muhattap olan kişi haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesi ile kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etme mecburiyetinde hissetmelidir. Bu noktada yapılacak olan tespit önem arz etmektedir. Her somut olayda bu tespit yapılırken objektif veriler esas alınmalı, bunlar delillerle güçlendirilmeli ve gerçeğe ulaşılmalıdır. Nitekim kişinin yanlış bir psikolojik turum içinde olacağı durumda, icbarın yokluğuna rağmen kamu görevlisinin suçlanmasının önlenmesi ceza politikasının amaçlarından biridir.²³⁶ Menfaatin temin edilmesi ile irtikap suçu tamamlanmış olur.²³⁷

İrtikabın ikinci türünde fail hileli hareketler ile görevin sağladığı güveni kötüye kullanarak kendisine veya üçüncü kişiye yarar sağlamaya veya vaat etmeye ikna etmektedir. Failden kaynaklanan hareketlerin hileli olup olmadığı değerlendirilirken; olayın oluş biçimi, olaydaki tüm etkenler, kamu görevlisi pozisyonu, görev alanı,

²³⁵ ÜNVER Yener, *Türkiyede Ceza Hukukunda Avrupa Hukukuna Uyum Çalışmaları Bağlamında Üçüncü Yargı Paketinin Genel Değerlendirilmesi*, MÜHFHAD, Cilt:19 , Sayı:2 , Ocak 2013, s.415 , (Erişim tarihi:25.03.2020)

²³⁶ YURTCAN, a.g.e.s.29

²³⁷ YURTCAN, a.g.e. s.28

muhatapın içinde olduğu durum, ve psikolojisi, eğitim durumu, işin sonuçlanmasının aciliyeti dikkate alınmalıdır.²³⁸

Özen'e göre TCK'nın 250. maddesi gerekçesinde hatadan yararlanmak suretiyle irtikabın aslında ikna suretiyle irtikabın işleniş şekli olduğu belirtilmişse de, 3. fıkra ile 2. fıkraya uygulanacak ceza bakımından farklılık olmaması, ikna suretiyle irtikap da mağdurun hataya düşürülmesinde failin etkin bir davranışı varken, hatadan yararlanmada ise, hatanın oluşumunda failin herhangi bir etkisi bulunmaması, yani failin etkisinin her iki durumda farklı olması nedeniyle 3. fıkrayı 2. fıkranın işleniş şekli olarak kabul etmenin doğru olmadığını savunmuştur.²³⁹

Yurtcan'a göre, en hafif irtikap türü olan hatadan yararlanarak irtikap suçunda fail görevini kötüye kullanmalı, mağduru hataya düşürmelidir. Hata, her somut olayda tüm etkenler dikkate alınarak serbest delil ilkesi temelinde değerlendirilmeli, hata tamamen mağdurun kendi eksik ve yanlış değerlendirmesinden kaynaklı ise hataya dayalı irtikap söz konusu olmaz.²⁴⁰

6352 sayılı yasa ile 250. maddeye eklenen diğer bir husus ise tüm irtikap türleri için geçerli irtikap edilen menfaatin değer ile mağdurun ekonomik durumuna ilişkin hafifletici nedendir. Hakimin takdirine bağlı olmak üzere her iki unsurunda bir arada olması halinde cezanın yarıya kadar olan kısmının indirilmesi olanaklı hale gelmiştir.²⁴¹

Sözlükte zorlama, zorunda bırakma²⁴² anlamına gelen icbar kavramı hukuki anlamda bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde maddi veya manevi(şiddet veya tehdit) zor kullanarak tazyik etmek olarak tanımlanır.²⁴³

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 30.06.2014 tarih, 2013/3294, 2014/7222 sayılı kararında icbarı '*Suç tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Acil Servis Anabilim Dalı Bölümünde öğretim görevlisi olarak çalışan sanığın karaciğer yaralanması ile hastanenin acil servisine gelen müştekinin oğlunu ameliyat ettikten sonra müşteki ile görüşüp, bir ameliyat daha yapılması gerektiğini belirterek kendisinden 3.500 TL para aldığı iddiasıyla yapılan yargılamada, eylemin ikna*

²³⁸ YURTCAN, a.g.e. s.29

²³⁹ ÖZEN, a.g.e, s. 38

²⁴⁰ YURTCAN, a.g.e.s.30

²⁴¹ YURTCAN, a.g.e.s.31

²⁴² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi:10.01.2010)

²⁴³ TURABİ, a.g.e, s.5,

suretiyle irtikap suçunu oluşturduğu ve zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle düşme kararı verilmişse de, müştekinin, sanığın oğlunun ameliyatından 4 gün sonra söz konusu parayı istediği ve bu tarihte yanında A.A., Ş. O. ve T. D. isimli şahısların da bulunduğu dair beyanları ile dosya içeriğine göre 02/03/2000 tarihinde İ. O. isimli şahsın sanık tarafından ameliyat edilmiş olması karşısında öncelikle adı geçen şahısların tespit edilerek konuyla ilgili ayrıntılı ifadelerinin alınmasından sonra, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/03/2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Kararında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikap suçunda, mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dahil olduğu, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği hususu da nazara alınıp, müştekinin oğlu ile ilgili olarak 02/03/2000 tarihinde üçüncü kez ameliyat yapıp yapılmadığı, yapılan ameliyatın aciliyeti, hastanede aynı ameliyatı yapacak başka doktor olup olmadığı ve sanığın iddia olunan baskısından kolayca kurtulma imkanı bulunup bulunmadığı, bu anlamda sanığın eylemlerinin icbar boyutuna ulaşp ulaşmadığının tartışılması ve zamanaşımı süresinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde yanılığın değerlendirilmesi ile düşme kararı verilmesi... ' şeklinde tanımlamıştır.²⁴⁴

Bir konuda birinin inanmasını sağlama, inandırma, kandırma²⁴⁵ anlamına gelen Arapça kökenli ikna kavramı icbar kavramına göre daha geniş bir kavram olmakla hukuki anlamda 'failin hileli hareketlerle aldatıp kandırma da dahil her türlü yeteneğini kullanarak suçun mağdurunu, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlama veya vaat etme gereğine inandırması' şeklinde tanımlanabilir.²⁴⁶

İkna suretiyle irtikap, icrai ve ihmali hareketle işlenebilen,²⁴⁷ seçimlik hareketli suç özelliği gösterir. İkna suretiyle irtikapın ihmali davranışla işlenen şekli hatadan yararlanma suretiyle irtikap olarak adlandırılmaktadır.²⁴⁸ Hata, istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılığın anlamına gelmektedir.²⁴⁹ TCK 250. maddesi 3.fikrasında düzenlenen hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu; kamu

²⁴⁴ Uyaptan temin edilmiştir. Erişim tarihi: 28.08.2020

²⁴⁵ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi: 10.01.2020)

²⁴⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e, s.1013

²⁴⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a.g.e, s.112, 1013

²⁴⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1013

²⁴⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi: 10.01.2020)

görevlisinin icrai davranışı olmadan mağdurun yanılması ve kamu görevlisinin de bu yanılma neticesiyle icrai davranışta bulunmadan menfaat temin etmesidir.²⁵⁰

Birçok Yargıtay kararında olduğu gibi bazı yazarlar tarafından da irtikap terimi yerine yiyicilik kavramını kullanılmış, icbar suretiyle irtikap; mağduru zorlama yoluyla irtikap, manevi zorla yiyicilik, zor yoluyla yiyicilik, ikna suretiyle irtikap için; ikna yoluyla yiyicilik, hatadan yararlanma suretiyle irtikap; için yanılığdan yararlanarak yiyicilik, doktrin ve uygulamada icbar veya ikna suretiyle irtikap için icabı irtikap, hatadan yararlanma suretiyle işlenen fiiller için selbi irtikap ifadeleri kullanılmıştır.²⁵¹ İrtikap suçunun oluşması için kamu açısından maddi bir zarar meydana gelmesi şartı aranmaz. İrtikap suçu faili ise ancak kamu görevlisi olabilir ve bu suç kasten işlenebilir.²⁵² *Öztürk'e göre*, bu suçta failin memur olması şart olduğundan, memur olmayan kimsenin kendini memur göstererek bu suçu işlemesi halinde irtikap suçu değil, devlet memuriyeti ünvan ve şerefine gasbı cürmünü teşkil eder.²⁵³

2.2. HUKUKİ KONU

Doktrindeki birçok görüşe göre irtikap suçuyla birden fazla hukuki değer korunmaktadır.²⁵⁴ İrtikap suçunun düzenlenmesiyle korunmak istenen başlıca değerlerin kamu idaresinin prestiji, itibarı ve güvenilirliği ile kamu görevlilerinin dürüstlüğü, doğruluğu ve sadakati olduğu belirtilmektedir.²⁵⁵ Demokratik bir düzende kamu idaresinin herkese eşit ve olması gereken şekilde işlem yapma (regolare funzionamento) yükümlülüğü söz konusudur. Bu bağlamda korunan hukuksal

²⁵⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a. G.e. s.1013

²⁵¹ TURABİ, a.g.e, s.7, GÖKCAN, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.495, HAFIZOĞULLARI/AYGÜN EŞİTLİ, a.g.e. s.31, AKÇİN, a.g.e. , s.135, MALKOÇ İsmail/MALKOÇ Aytaç, Memurlar ve Suçlar-Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları, Seçkin Kitabevi, Ankara., 1988, s.356, EREM, a.g.e, s.8

²⁵² ÖZGENÇ İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.14

²⁵³ ÖZÜTÜRK Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı(1 Cilt), Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1966, s.700

²⁵⁴ ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(Genişletilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.1073

²⁵⁵ EVİK, Vesile Sonay, İrtikap Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, s.52, (Erişim tarihi:31.03.2020)

değerler, anayasal değerler bazında ele alındığında kamu idaresinin tarafsızlığı ve doğru şekilde işlemesi ilkeleri ön plana çıkmaktadır.²⁵⁶

Yalnızca devletin ve diğer kamu kurumlarının topluma karşı olan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için kullanılması gereken kamu gücünün kamu görevlisinin özel menfaatini tatmin etme amacıyla kullanılması nedeniyle kamu idaresinin doğru şekilde işlemesi ilkesi ihlal edilmektedir. Aynı şekilde kamu görevlisinin kamusal yetkilerini veya sıfatını kötüye kullanarak kendilerine hizmet gördükleri kişiler arasında menfaat karşılığında ayırım yapması, kamu idaresinin tarafsızlığı ilkesini ihlal etmektedir.²⁵⁷

İrtikap suçu ile bir takım kamusal menfaatlerin ihlalinden başka, bireysel bazı menfaatlerin de ihlal edilmesi söz konusudur. Örneğin kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya buna ilişkin vaatte bulunması için bireyleri zorlayan veya ikna eden kamu görevlisi bireylerin karar verme özgürlüğünü, maddi veya manevi değerlerini ihlal etmektedir. Görüldüğü üzere irtikap suçu ile birden fazla hukuksal değer korunmaktadır.²⁵⁸

Öğretideki görüşlerden *Erem/Toroslu'ya göre*; farklı hukuki varlık veya menfaatleri ihlal eden bir suç olan irtikap suçuna ilişkin düzenleme ile; hem memurların dürüstlüğündeki ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait menfaati korumak hem de memurların yetkilerini kötüye kullanarak başkalarına verecekleri zararlara engel olunmak istenmiştir.²⁵⁹

Artuk/Gökcan/Yenidünya'ya göre, irtikap suçu ile birden çok hukuki değer korunduğu, irtikap suçu ile diğer kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlarda olduğu gibi kamu itibarının korunması amaçlanmış olduğundan halkın kamu görevlilerine karşı inanç ve itimadını sarsan eylem cezalandırıldığı, diğer yandan kamu görevlilerinin, görevin sağladığı avantaj ve üstünlükten yararlanarak kişilere zarar vermeleri önlenmek istediği ileri sürülmüştür.²⁶⁰

Soyaslan'a göre; irtikap suçunun koruduğu hukuki menfaatin iki tane olmakla, bir yandan kamu görevlilerinin iyi şöhretleri ve dürüstlükleri nedeniyle idarenin

²⁵⁶ EVİK, a.g.m, s.53

²⁵⁷ EVİK, a.g.m, s.53

²⁵⁸ EVİK, a.g.m, s.53

²⁵⁹ EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s.165, İNANÇ, a.g.e, s.31

²⁶⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a.g.e, s.974

menfaati korunurken, diğ er yandan kamu görevlisinin yetkisini kötü ye kullanarak kişilerin zarara uğ raması önlenmiş olur.²⁶¹

Özbek//Doğ an/Bacaksız'a göre irtikap suçu ile hem kamu görevlisinin görevi, toplumun devlet idaresine olan güveni korunmakta hem de kamu görevlilerinin ellerindeki güç ve üstünlük ile kişilerin iradelerini etkileyerek zarar vermeleri engellenmektedir.²⁶²

Hafizoğ ulları/Aygün'e göre suçun hukuki konusunun bir yandan kamu idaresinin, çalışan görevlisinin, iş inde doğ ru, dürüst, ahlaklı olmasına ilişkin kamusal yararı olurken, diğ er yandan kamu idaresi ile iş i olan kişileri, görevlinin, görevin sağ ladığı nüfuzu kötü ye kullanarak, baskı altına almasını, zarara uğ ratmasını engellemeye ilişkin bireysel yarar olmaktadır.²⁶³ İrtikap suçu öncelikle kamu idaresine güveni zedelediğ inden, kamu idaresinin güvenilirliğ ine ve iş leyiş ine karşı suçlar arasında düzenlenmiş, suç ayrıca bir kimsenin zararına da olmuş olsa, kişilere karşı suçlar arasında yer alan malvarlığı na karşı suçlardan ayrılmaktadır.²⁶⁴

Kamu idaresine karşı iş lenen fiilleri cezalandırmakla amaçlananın kamu idaresinin normal surette iş lemesi olduğı, bu menfaatin toplumun bütününe ait menfaat değı l, onu teşkil eden fertlerin de özel menfaatlerini de teşkil ettiğı, ancak öncelikli olanın kamu menfaati olduğı ileri sürülmüş tür.²⁶⁵ İrtikap suçu failinin devletin mali menfaatlerini ihlal etmesi nedeniyle değı l, halkın kamu görevlisine güveninin sürekli olmasındaki toplum yararının zedelediğı için cezalandırılmaktadır.²⁶⁶

Özen'e göre, devletin saygınlığı ve ona olan güven ile irtikap suçunu oluşturan fiillerden dolayı mağ dur olan veya suçtan zarar gören kişilerin korunması söz onusu olduğ undan irtikap suçunun devlete ve topluma karşı iş lenen diğ er suçlardan farklı olarak çok mağ durlu olduğ u savunulmuş tur.²⁶⁷

Suçla korunan hukuki değ erin kamu idaresinin güvenilirliği ve saygınlığıdır.²⁶⁸ Yargıtay CGK kararlarında, irtikap suçuyla kamu idaresi saygınlığı, bireylerin kamu görevlilerine karşı duymaları gereken itimat ve inanç, kamu

²⁶¹ SOYASLAN, a.g.e, s.672

²⁶² ÖZBEK/DOĞ AN/BACAKSIZ/, a.g.e. s.1074

²⁶³ HAFIZOĞ ULLARI/AYGÜN EŞ İTLİ, a.g.e, s.32, 33

²⁶⁴ HAFIZOĞ ULLARI/AYGÜN EŞ İTLİ, a.g.e. s.33

²⁶⁵ TURABİ, a.g.e, s.66

²⁶⁶ TURABİ, a.g.e. s.66

²⁶⁷ ÖZEN, a.g.e. s.46

²⁶⁸ MERAN, a.g.e, s.238

görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararlar korunduğu kabul edilmiştir.²⁶⁹

2.3. MADDİ KONU

Her suçun mutlaka bir hukuki konusu ve maddi konusu olmakla, suçun maddi konusu eşya ya da kişinin cismani yapısını ifade ederken, hukuksal konu ise suçla koruna hukuki değerlerdir. Suçun maddi konusu failin hareketinin hedefi olan kişi veya şeydir. Fail suçun maddi konusunu elde etmek amacıyla suçu işler. Hareketin hedefi olan esasen eşya ya da şahsın maddi fiziki yapısıdır. Tipik hareket suçun maddi konusu üzerinde icra edilmelidir.²⁷⁰

Suçun maddi konusu ile hukuki konusu farklı kavramlardır. Hukuki konu ya da diğer adıyla suçla korunan hukuki değer yukarıda açıklandığı gibi işlenen suç dolayısıyla ihlal edilen hak ya da menfaattir. Maddi konu ise, hareketin yöneldiği suç tipinde yer alan konudur. Kanuni tipte yer alan suçun işlenmesiyle birlikte hukuksal değer ihlal edilirken suçun maddi konusuna da zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Hareketin maddi konusu gerçekten ihlal edildiğinde suçun neticesi ortaya çıkmakta ve suç tamamlanmakta iken, hukuksal değer sosyal düzenin hukuken korunan soyut değerleri olarak suçun maddi konusunun ihlal edilmesiyle birlikte failin saldırısına maruz kalsa bile gerçek manada ihlal edilmez.²⁷¹

Kamu görevlisinin amacı yarar sağlamak olduğundan, kendisine veya başkasına sağladığı veya vaadini aldığı yarar irtikap suçu konusunu oluşturur.²⁷² Ancak aynı madde metninde kullanılan yarar ile menfaat kavramlarının kanun koyucu tarafından aynı anlamında kullanılıp kullanılmadığı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre suçun konusunun kamu görevlisini kendisine veya başkasına sağladığı veya vaadini aldığı maddi ya da manevi yararı da içine alan menfaat olduğu belirtilmiştir.²⁷³

Diğer görüşe göre menfaat ile yarar aynı anlama gelmektedir. Menfaat, beşeri tatmin sağlayan, maddi-manevi her çeşit yarar, kar, çıkar, faydadır. İrtikap suçunda

²⁶⁹ YCGK , 18.05.1999, 5-119/121 aktaran Kanbur, M. N. (2013). 6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu (TCK m.250). *MÜHFHAD*, 19(2), 1177–1208, Erişim tarihi: 25 Mart 2020, s.1179, 1180

²⁷⁰ KAHRAMAN Recep, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlarda Suçun Maddi Konusu Sorunu, *Politik Ekonomik Kuram*, Cilt:2, Sayı:2, s.131,, (Erişim tarihi: 25 Mart 2020)

²⁷¹ KAHRAMAN, a.g.m, s.131

²⁷² İNANÇ, a.g.e, s.85

²⁷³ TURABİ, a.g.e.s.123

farklı fıkralarda aynı suç için menfaat ve yarar ifadesinin kullanılması kanun koyucunun amacının farklı olduğunu değil dikkatsiz olduğunu göstermektedir.²⁷⁴ Yargıtay CGK kararında da menfaat ve yarar kavramının aynı anlamda kullanıldığı kabul edilmiştir.²⁷⁵

765 sayılı TCK da suçun konusu ‘para, sair menfaatler veya şey’ olarak belirtilmiş iken, 5237 sayılı TCK’da 765 sayılı kanundaki bu ifadeleri de kapsayan ‘yarar’ kavramına yer verilerek, gereksiz ve birbirine benzer kavramları kullanmaktan vazgeçilmiştir.²⁷⁶ Madde metni ve gerekçesinde yarar kavramı tanımlanmamışsa da bu kavram geniş yorumlanmalı, para ya da failin ekonomik durumunda iyileşme sağlayan her türlü edim yarar kapsamında değerlendirilmeli,²⁷⁷ yarar; çıkar, kar, yararlanma manasında anlaşılmalıdır.²⁷⁸ Misal, malın bedelsiz verilmesi, bedelinde indirim yapılması, mağdurun para vermesi, mağdurun düşük ücretle iş ya da hizmet yapması, borcun vadesinin uzatılması, mağduru zarar uğratan bir sözleşmenin yapılması, evde kirasız oturulması, görev gereği yedinde bulunan malin kendisine hediye edilmesi sağlanması, mağdurun sözleşme yapma iradesi elinden alındığından, ücretiyle de olsa iş veya hizmet yapmaya zorlanması gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilebilir.²⁷⁹ Kişinin maddi manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeyler de, yarar kavramı içerisinde değerlendirilmelidir.²⁸⁰ Para, nakit, Türk parası veya döviz cinsinden olabileceği gibi, poliçe, bono veya çek cinsinden de olabilir.²⁸¹ Nitekim TCK 198. maddesinde ‘*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.*’ hükmüne yer verilmiştir.

İnanç’a göre, fail bakımından kıymet ifade etmesi şartıyla, failin manevi yarar temin etmesi halinde de irtikap suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.²⁸² Bu kapsamda cinsel arzuların tatminine ilişkin isteğin yarar kapsamına dahil edilip

²⁷⁴ KAHRAMAN, a.g.m, s.134

²⁷⁵ Yargıtay CGK, 04.11.2014, 2014/277-476 sayılı karar, ‘*Haksız kazanç temin edilmesini içine alan "haksız menfaat sağlanması" ise, kişilere hukuka aykırı olarak maddi ya da manevi yarar sağlanmasıdır.*’, Uyaptan temin edilmiştir. Erişim tarihi:28.08.2020

²⁷⁶ İNANÇ, a.g.e s.85, TURABİ, a.g.e. s.123

²⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1033

²⁷⁸ İNANÇ, a.g.e. s.85

²⁷⁹ İNANÇ, a.g.e. s.86

²⁸⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e., s.1033

²⁸¹ EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983, s.137,138

²⁸² İNANÇ, a.g.e. s.86

edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. *İnanç'a göre*, irtikap suçundaki hukuki konu ile cinsel saldırı suçunun hukuki konunun farklı olması nedeniyle elde edilen cinsel yararın cinsel saldırı suçu kapsamında olacağı belirtilmiş iken,²⁸³ diğer görüş cinsel faydalanmanın yarar kavramı içinde değerlendirilerek irtikap suçunu oluşturacağı savunulmuştur.²⁸⁴ *Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre* kamu görevlisi normal şartlarda elde edemeyeceği ve kendisi açısından önemli olan bir iyileştirmeyi sağlama suretiyle yarar temin etmiş olmaktadır.²⁸⁵ *İnanç'a göre* bu tartışmanın 765 sayılı kanun döneminden kaldığı, 5237 sayılı TCK'nın 102/3-b maddesinde '*Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*' cinsel saldırı suçu nitelikli haline yer verildiği, bileşik suç kuralı gereği de irtikap suçunun oluşmayacağı açıktır.²⁸⁶ Ancak TCK 103.maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması tartışmayı bu suç yönünden devam ettirse de cinsel istismar ve irtikap suçlarının hukuki konularının farklı olması nedeniyle sağlanan cinsel yararın cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirileceği savunulmuştur.²⁸⁷ Hatta kamu görevlisinin zarara uğratacağından bahisle cinsel ilişkiye zorlaması durumunda tehdit unsuru gerçekleştiğinden fikri içtima kuralı gereği cinsel istismar suçu söz konusu olacaktır.²⁸⁸ *Turabi'ye göre*, insanın hoşuna giden, gurunu okşayan, övünmeye vesile olan veya sırf estetik hislere hitap eden haller de yarar kavramına girmektedir.²⁸⁹ Kanaatimize göre geniş yorumlanması gereken yarar kavramı kapsamına cinsel arzular ile duyguların tatmininin de dahil edilmesi gerektiği söylenebilir.

Yine kendisine veya başkasına ücret karşılığı hizmet gördüren kamu görevlisi fiilinin, hizmetin yarar kavramı içerisine girmesi nedeniyle irtikap suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.²⁹⁰

765 sayılı TCK'da irtikap suçunda sağlanan yararın haksız olması gerektiği, failin hukuka uygun bir durumu elde etmek için icbar ve iknada bulunması yani mağdurun vermek zorunda olduğu para veya sair menfaatleri failin cebir veya iknası

²⁸³ İNANÇ, a.g.e. s.86

²⁸⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a.g.e. s.995, TURABİ, a.g.e. s.130, BAYTEMİR, a.g.e. s.742, MALKOÇ İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (4 cilt), Ankara, 2013, s.4208, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, a.g.e. s.1075

²⁸⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/ a.g.e.s.1075

²⁸⁶ İNANÇ, a.g.e., s.86

²⁸⁷ İNANÇ, a.g.e. s.86

²⁸⁸ İNANÇ, a.g.e. s.86, 87

²⁸⁹ TURABİ, a.g.e. s.130, benzer görüş ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1033

²⁹⁰ TURABİ, a.g.e. s.131

sonucu vermesi durumunda haksız olarak ödeme olmadığından irtikap oluşmayacak, bu durumda görevi kötüye kullanma veya kendiliğinden hak alma suçları söz konusu olmaktadır.²⁹¹ 5237 sayılı TCK'da yararın haksız olma şartının kaldırılması ile doktrinde bir takım tartışmalar çıkmıştır. **İnanç'a göre** sağlanan ya da vaat olunan yararın haksız olması gerekmektedir.²⁹² Doktrindeki bir başka görüşe göre sağlanan veya vaat edilen yararın haklı bir yarar olsa dahi irtikap suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.²⁹³ **Meran'a göre** sağlanan ya da vaat olunan yararın haksız olması gerekmekte, söz konusu yarar, kamu iaresinin ya da kamu görevlisinin hakkı ise haksız olmaktan söz edilemeyecektir.²⁹⁴ Maddi yararın malvarlığında artışa neden olması gerektiğinden mağdurun hukuken faile ödemesi gereken borcu ifa etmesi durumunda madde kastedilen biçimde yarardan söz edilmeyecek, sağlanan yarar hukuka uygun ve yasal değil ise haksızlıktan söz edilebilecektir.²⁹⁵ **Tepe/Doğan/Bacaksız'a göre** yarar kelimesinin mutlaka haksızlık ifadesiyle kullanılmasına gerek olmadığı, bir suça konu olan her şeyin zaten haksızlık içeriğine sahip olduğu, önemi olanın yararın hangi durumla bağlantılı olarak temin edildiği, bir görev kapsamında temin edildiyse irtikap suçu kapsamında değerlendirileceği, ancak kamu görevi kapsamı dışında temin edilen yarar irtikap suçunun konusunu değil, şartların olması halinde varsa yağma veya dolandırıcılık gibi suçların konusunu oluşturacak, fail kamu idaresine ait alacağı almak için irtikap fiillerin işlerse bu durumda irtikap suçunun oluşabileceğini savunmuştur.²⁹⁶ Failin, icbar veya ikna yoluyla kamu idaresinin alacağını tahsil etmesi durumunda görevi kötüye kullanma suçunun kabulü gerekir.²⁹⁷ **Akçin'e göre**, kamu görevlisinin kamunun alacağını tahsil amacıyla bu yola başvurması ya da kurumun ihtiyaç duyduğu bilgisayar ve sair mefruşatı karşılamak üzere icbar veya iknada bulunmuşsa irtikap suçunun oluşacağını kabul etmiştir.²⁹⁸ Kamu görevlisinin kendi alacağı için mağdur üzerinde manevi cebir uygulayarak yarar elde etmesi durumunda irtikap değil TCK 150. maddesinde daha az cezayı gerektiren hal başlığı altında '*Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir*

²⁹¹ İNANÇ, a.g.e. s.87

²⁹² İNANÇ, a.g.e. s.87

²⁹³ TOROSLU, a.g.e. s.294, AKÇİN, a.g.e. s.142

²⁹⁴ MERAN, N. Zimmet, Rüşvet, İrtikap-Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.239

²⁹⁵ İNANÇ, a.g.e. s.87

²⁹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, a.g.e. s.1075

²⁹⁷ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.502

²⁹⁸ AKÇİN, a.g.e. s.142

kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.' şeklindeki düzenlemeye göre fail ancak tehdit suçundan ceza alacaktır.²⁹⁹ Kanaatimizce kamu görevlisi kendi alacağını almak üzere irtikap suçu fiillerini gerçekleştirir ise irtikap suçunun oluştuğu söylenebilir.

İrtikap suçunun diğer bir konusu da vaat olmakla, vaadin yarar sağlamaya yönelik olması gerekmektedir.³⁰⁰ Vaadin konusunun gayri ahlaki olmasının suçun oluşumuna etkisi yoktur.³⁰¹ İrtikap suçu, failin icbar yada iknası neticesi mağdurun belli bir yararı sağlama konusunda faile taahhütte bulunması ile tamamlanmakta, yararın faile ulaşması gerekmemektedir.³⁰² Vaadin koşula bağlı yapılması da mümkündür.³⁰³ Mağdur vaadi yerine getirmesi bile fail teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan ceza alacaktır. Nitekim fail, görevinin sağladığı nüfuz veya güveni kötüye kullanarak mağdurun yazılı veya sözlü her türlü yarar vaadinde bulunmasını sağlaması ile kamu idaresi güvenilirliğini sarsmıştır.³⁰⁴

Vaadin konusunun imkansız olması durumunda suçun oluşup oluşmadığının kabulü doktrinde tartışmalı olsa da, vaadin yarar sağlamaya yönelik olduğu, yararın kamu görevlisi açısından önem taşıdığı, ancak konusu imkansız vaadin yarar sağlamaya yönelik olmadığından suç oluşmayacağı görüşü baskındır.³⁰⁵

Kanunda da belirtildiği üzere mağdurun yararı başkasına sağlaması veya vaat etmesi durumunda suç oluşmaktadır. Burada başkası kavramına gerçek ve tüzel kişiler dahildir.³⁰⁶ Buna göre failin yakınına, akrabasına, şirkete veya bir derneğe yarar sağlaması ya da bu yönde vaatte bulunulması halinde irtikap suçu oluşacaktır. Ancak başkası kavramına kamu kurum ve kuruluşlarının dahil edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.³⁰⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre** başkası ibaresi kamu kurum ve kuruluşları ibaresini içerirken³⁰⁸, devletin üstünlüğü anlayışını savunan görüşün ürünü olan diğer görüşe göre başkası kavramından kast edilenin fail dışındaki üçüncü kişilerin olduğu, devlet ve kamu tüzel kişilerinin kanunda ifade edilen başkası kavramı kapsamında değildir.³⁰⁹ Sağlanan yarar devlet ya da kamu idaresi kasasına girse bile

²⁹⁹ İNANÇ, a.g.e. s.88

³⁰⁰ TURABİ, a.g.e. s.131

³⁰¹ TURABİ, a.g.e. s.131

³⁰² İNANÇ, a.g.e. s.88

³⁰³ AKÇİN, a.g.e.s.142

³⁰⁴ İNANÇ, a.g.e. s.88, 89

³⁰⁵ TURABİ, a.g.e.s.131

³⁰⁶ İNANÇ, a.g.e. s.89

³⁰⁷ İNANÇ, a.g.e. s.89

³⁰⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, a.g.e. s.1075

³⁰⁹ İNANÇ, a.g.e. s.89,

irtikap suçu oluşmayacak, diğer şartların da varlığı halinde ancak görevi kötüye kullanma suçunun oluşması söz konusu olacaktır.³¹⁰

5237 sayılı TCK 250. maddesi 4.fikrasına 6352 sayılı kanunla ‘İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.’ hükmüne yer verilmiştir. Fıkroda irtikap edilen menfaatin değeri ifadesi kullanılmışsa da, bu fıkranın uygulanabilmesi için irtikaba konu menfaatin fiilen elde edilmiş olması şart olmadığı, temin edilmesi vaat edilen menfaatin değeri bu fıkranın uygulanmasında esas alınabilecektir.³¹¹

Yararın azlığı ya da çokluğu suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmamakla, yararın hemen gerçekleşmesi gerekmediği gibi gerçekleşmesi mümkün olmayan bir yarar da olabilir.³¹²

2.4. FAİL

İrtikap suçu bir özgü suç olduğundan faili ancak kamu görevlisi olabilir.³¹³ Fail kamu görevlisi değilse, fiil, yağma veya dolandırıcılık suçunu oluşturur.³¹⁴ Diğer kişiler ise suça azmettiren veya yardım eden olarak katılabilir³¹⁵, cezaları ise TCK'nın 38. ve 39. maddeleri gözetilerek belirlenir.³¹⁶ İrtikap suçunun düzenlendiği kanun maddesinin devamı niteliğinde 251. Maddesinde ‘*Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur. Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*’ düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu suçta kişinin kamu görevlisi olup olmadığı belirlenirken, istihdam edilişindeki statü değil, ifa ettiği görevin niteliği göz önünde bulundurulur, bu nedenle hizmet akdine istinaden istihdam ediliyor olsa da, ifa ettiği görev nitelik itibarıyla bir

³¹⁰ İNANÇ, a.g.e s.89, 90

³¹¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1035

³¹² ÇELİK, a.g.t., s.107

³¹³ HAFIZOĞULLARI/AYGÜN EŞİTLİ, a.g.e. s.32

³¹⁴ EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983, s.166

³¹⁵ HAFIZOĞULLARI/AYGÜN EŞİTLİ, a.g.e. s.32

³¹⁶ MERAN Necati, *Zimmet, Rüşvet, İrtikap-Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.238

kamu görevi ise ya da istihdam tarzı ne olursa olsun kamu görevlisi gibi sorumlu tutulacağı kanunda açıkça belirtilmiş ise, icbar suretiyle irtikap suçunun faili olabilecektir.³¹⁷

İrtikap suçu faili sadece kamu görevlisi olduğundan bu sıfatın araştırılması, özel yasalardaki hükümler gereği cezalandırma yönünden memura benzetilen kişilerin irtikap suçu faili olup olamayacakları tartışılmalıdır.³¹⁸ 1163 sayılı Kooperatifler kanunu 62/3. maddesinde ‘*Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*’ hükmüne yer verilmiştir. Buna göre irtikap suçu kurumun para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgelerine karşı işlenen suç olmadığından kooperatif yönetim Kurulu üyeleri ve memurları bu suç faili olması mümkün değildir. Ancak 399 sayılı KHK 11.02.1992 tarih, 3771 sayılı kanunla değişik 11. 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 suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır*’ şeklinde düzenleme ile *ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlar ifadesi* ile KİT personelinin irtikap suçu faili olması gerektiği anlaşılmaktadır.³¹⁹ Nitekim TCK 6/c maddesindeki ‘*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,...*’ şeklindeki tanım ile KİT’lerin yürüttükleri faaliyet kamusal faaliyet, bu faaliyete katılanların da kamu görevlisi sayılması gerekmektedir.³²⁰

Kamu görevlisi sıfatını meşru ve yonteme uygun olmayan şekilde kazanmasına rağmen fiilen bir görev üstlenen bir kimsenin bu suçun faili olması mümkün değildir. Kamu görevlisi olmadığı halde kanundaki maddeye uygun fiilde bulunan kişinin eylemi irtikap dışında başka bir suçta(dolandırıcılık veya yağma) neden olacaktır.³²¹

³¹⁷ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, a.g.e, s.40,41

³¹⁸ GÖKCAN, a.g.e. s.497

³¹⁹ GÖKCAN, a.g.e. s.498

³²⁰ GÖKCAN, a.g.e. s.498

³²¹ GÖKCAN, a.g.e. s.498

Suç işlendiği anda görev başında veya yerinde olmamasına rağmen kamu görevlisi sıfatı var olan kişinin fiili suç sayılacaktır.³²² kamu görevlisi sıfatının sonradan kaybedilmesinin suçun oluşmasını engellemeyecektir.³²³ Ayrıca çıkar sağlamaya aracı olan iş veya görevin yapılmasında failin fiilen yetkili olması şart olmadığından genel mevzuat gereği o görevi yapabilecek konumda olması irtikap suç oluşması için yeterlidir.³²⁴

Fail, memur olmadığı halde, kendisini memur gibi tanıtarak, kendisine menfaat temin etmesi halinde fiil irtikap değil, TCK'nın 262. maddesinde düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu oluşturacaktır.³²⁵ **Özen'e göre** kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunun oluşabilmesi için fiil teşebbüs aşamasında kalmış ya da kamu görevini bırakması emrine rağmen kişinin kamu görevini sürdürmeye devam etmesi gerektiği, somut durumda eğer kişi kendisine bir yarar sağlamış ve bu yarar icbar suretiyle sağlanmışsa yağma, ikna suretiyle sağlanmışsa dolandırıcılık suçu oluşacaktır.³²⁶

Emeklilik, istifa, meslekten çıkarılma gibi nedenlerle, kamu görevlisinin yasal olarak görevinin sona ermesinden sonra eski görevi ile ilişkili irtikap suç işlemesi halinde özel bir düzenleme olmadığından kamu görevlisi sıfatı dikkate alınmayarak irtikap suçu oluşmayacaktır.³²⁷

Bir kimsenin, kamu görevlisi olmadığı halde kamu görevlisi sanarak yarar sağlaması veya yarar vaadinde bulunması halinde, konuya hata açısından bakılmalı, irtikap suçunda özel kişinin failin kamu görevliliği sıfatında hata etmesi, suçun unsurunda hata anlamına geldiğinden irtikap suçu oluşmayacaktır. İrtikap suçunun oluşacağı kabul edilmesi halinde gerçekte kamu görevlisi olmayan bir kimsenin sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilen suçun faili olması anlamına geleceğinden, kabul edilmesi mümkün değildir.³²⁸

İcbar suretiyle irtikap suçu faili ancak kamu görevlisi olabileceğinden tüzel kişi bu suçun faili olamaz.³²⁹

³²² ÖNDER a.g.e, s.139

³²³ GÖKCAN, a.g.e. s.498

³²⁴ GÖKCAN, a.g.e. s.498, 499

³²⁵ ÖNDER, a.g.e. s.139

³²⁶ ÖZEN, a.g.e.s.82

³²⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, a.g.e. s.1076

³²⁸ ÖZEN, a.g.e. s.82

³²⁹ ÖZEN, a.g.e. s.82

Suçun trafik suç ve ceza tutanağı düzenlemekle görevli kişiler tarafından işlenmesi halinde bu durum fail için daha ağır ceza gerektiren nitelikli unsur olmaktadır.³³⁰2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ek 11. maddesinde ‘*Bu Kanununun 114 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç veya ceza tutanağını tanzim ile görevlendirilenlerin ika edecekleri suçlardan Türk Ceza Kanununun 181, 209, 211, 212, 228, 240 ıncı maddelerinde yazılı fiilleri yapanlar hakkında belirtilen maddelerde geçen cezalar yarı nispetinde artırılarak hükmolunur ve bu suçları işleyenlerin meslekle ilişkileri kesilir*’ hükmüne yer verilmiş, 2918 sayılı Karayolları Trafik kanunu 114/1. maddesinde ‘*Bu Kanunda yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğünün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personelince tutanak düzenlenir.*’ ifadesi ile suç ve ceza tutanağı düzenlemekle görevli kişiler belirtilmiştir. Buna göre trafik suç ve ceza tutanağı düzenlemekle görevli kimselerin irtikap suçunu işlemeleri halinde ceza artırılarak uygulanacaktır.

Özen’e göre 1 Ocak 2007 tarihinden sonra TCK’nın 5. maddesi yürürlüğe girmiş olduğundan, bu tarihten itibaren, özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilenlerin, artık kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları gerekmektedir.³³¹Özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına dair hüküm bulunan kişilerin irtikap suçu faili olacağı net iken, özel yasalardaki hüküm gereği cezalandırma yönünden memura benzetilen ve yasalarında ‘idareye ait mallar devlet malı hükmündedir, bu mallar aleyhine suç işleyenler devlet malları aleyhine suç işleyenler gibi ceza görürler’ hükmüne yer verilen kurum personelinin irtikap suçu faili olup olmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.³³²

Akçin’e göre, ‘mensup oldukları kuruluşların mal, para ve belgeleri hakkında suç işlemeleri halinde memur gibi cezalandırılabilen kimseler’ ile ‘malları devlet malı sayılan’ kurum personelinin ya da avukat ve noterlerinde kamu görevlisi kapsamında olmaları karşısında, kamu görevlisi sayılan bu failerin özel kanunlarındaki düzenlemelerde yer alan bazı ifadelerden hareketle, irtikap suçu neticesinde kurum veya kuruluşların malvarlığına ya da belgelerine yönelik herhangi bir zarar söz konusu

³³⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1032

³³¹ ÖZEN, a.g.e. s.83

³³² TUĞRUL, a.g.e. s.937, 938

olamayacağı gibi ayrıma tabi tutarak kamu görevlisi saymamanın kanun koyucunun amacını aşacağı düşünülmüştür.³³³

Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre 1163 sayılı Kooperatifler kanunu 62/3. maddesinde yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurları hakkında '*suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*' hükmüne yer verilmişse de irtikap suçu kurumun malvarlığına, defter veya belgelerine karşı işlenen suç olmadığından kooperatif yönetim Kurulu üyeleri ve memurları bu suç faili olması mümkün olmadığı, ilgili kanununda benzer düzenlemeler buluna diğer kamu tüzel kişileri hakkında da aynı şeylerin söyleneceği ifade edilmiştir.³³⁴

Baytemir'e göre; ilgili kanunda sadece kurum para ve mallarına, bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilenlerin(kooperatif yönetim Kurulu üyeleri ve memurları gibi) zimmet suçu faili olabilecekleri, ancak irtikap suçunda sağlanan yarar ilgili kuruma ait olmayacağından suçun faili olamazlar.³³⁵

Tuğrul'a göre, sadece kurum mallarına karşı işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılacakları belirtilen kişilerin kamu görevlisi olmadıkları sürece irtikap suçu faili de olamayacakları belirtilmiştir.³³⁶

Üzülmez'e göre, özel kanunlarında sadece kuruluşun para, mal ve belgeleri hakkında bir suç işlemeleri halinde kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilen kişilerin bu kapsamda bir fiili olmaması halinde irtikap suçundan sorumlu olması da mümkün olmayacaktır. Nitekim kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları bağlı olduğu kurum kanunda belirtilen kişiler bu kanunlarda değişiklik yapılmıyaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar kamu görevlisi gibi cezalandırılmaya devam edileceklerdir (5349 s. Kanununun Geçici 1. Madde). Ancak TCK. 5. madde gereğince 31 Aralık 2006 tarihinden sonra bunların kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları mümkün değildir.³³⁷

Tezcan/Erdem/Önok'a göre zimmet suçunda kamu görevlisinin mal edindiği değer devlete veya üçüncü şahsa ait olması mümkünken, irtikap suçunda görev

³³³ AKÇİN, a.g.e. s.136, 137

³³⁴ YAŞAR Osman, Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (5. Cilt), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.7054

³³⁵ BAYTEMİR, a.g.e, s.732

³³⁶ TUĞRUL, a.g.e. s.939

³³⁷ ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.277

sebebiyle muhatap olunan kişiden menfaat temin edildiğinden ve sağlanan yarar ilgili kuruma ait olmayacağından, kuruluşlarına ilişkin kanunda sadece kurum mallarına karşı işlediği suçtan dolayı kamu görevlisi sayılanların bu suçtan dolayı cezalandırılması mümkün değildir.³³⁸

765 sayılı kanunda failin emir ve idare yetkisine sahip kişi veya hakim ve savcı olması halinde cezanın ağırlaştırılması, düzenlemesine yer verilmişken, 5237 sayılı TCK bu nitelikli halden vazgeçilmiştir.

2.5. MAĞDUR

Arapça kökenli olan mağdur kelimesi, ‘haksızlığa uğramış kimse’, ‘kıygın’ anlamına gelmektedir.³³⁹ Suçun mağduru kendisinden yarar elde edilen veya elde edilecek olan kişidir.³⁴⁰ Ceza kanunumuzda bu kavrama ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır.

Suçun maddi ve hukuksal konusu ile mağdur karıştırılmamalıdır. Suçun mağduru işlenen suçtan dolayı haksızlığa uğrayan kişi olmasına rağmen suçun konusu ise haksızlığa uğrayan kişinin sahip olduğu değerdir.³⁴¹

İrtikap suçu mağdurları kamu idaresi(devlet) ve icbara maruz kalan kişidir. **Tuğrul’a göre** suçun mağduru sadece gerçek kişiler olabilir, tüzel kişiler ve devlet ise suçtan zarar gören olabilir.³⁴² **Meran’a göre** tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olması mümkündür.³⁴³ **Önder’e göre**, irtikap suçu devlet idaresi aleyhine işlenen bir suç olduğundan, mağduru da devlet olacağı, ancak herkesin yöneldiği kişi olduğu, bu suçun devlet para veya mallarına karşı işlenebilmesinden ötürü, mağdurun tüzel kişi olması mümkündür.³⁴⁴ **Turabi’ye göre**, mağdur ancak gerçek kişi olabileceğinden tüzel kişiler mağdur değil, suçtan zarar gören olabilir.³⁴⁵ Devlet suçun mağduru olamaz.³⁴⁶ **Artuk/Gökcen/Yenidünya’ya göre** devletin suçun mağduru

338 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.m, s.1042, 1043

339 Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi: 29.01.2020)

340 KOCA, M Reis, İrtikap Suçu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 6. Sayısı, Aralık 2015, s. 251, (Erişim tarihi:25.03.2020)

341 KAHRAMAN, a.g.m, s.132

342 TUĞRUL, a.g.e.s.942

343 MERAN N. Zimmet, Rüşvet, İrtikap-Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014. s.238

344 ÖNDER, a.g.e. s.139

345 TURABİ, a.g.e. s.121

346 ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, a.g.e, s.42

olamayacağı ancak suçtan zarar gören olabileceği, irtikap suçu ile koruna hukuki değer bireylerin kamu idaresine olan güveni olduğundan, icbara maruz kalan kişi yanında toplumu oluşturan tüm bireyler de suçun mağduru olacaktır.³⁴⁷ **Hafizoğulları/Aygün'e göre**, irtikabın çok mağdurlu suç olduğu, hem kamu idaresi hem de kamu idaresi ile ilişki içinde olan kimsenin mağdur olduğu, kanunda 'kimse' diye ifade edilen diğer mağdurların hem gerçek, hem özel veya kamu hukuku tüzel kişisi hemde başka bir kamu görevlisi olabileceği savunulmuştur.³⁴⁸ **Özen'e göre** öğretide irtikap suçu mağdurların özel kişi olduğu yönünde tartışma olmamakla birlikte, diğer mağdurların devlet ya da toplum olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktaysa da, irtikap suçunda hukuki değerlerden birinin devlete olan güven duygusunun olması karşısında irtikap suçu mağdurların toplum değil, devlet olduğunun kabulü gerekmektedir.³⁴⁹ **Özgenç'e göre** irtikap suçu ile bireylerin kamu idaresine olan güveni korunduğundan, icbara maruz kalan kişi dışında toplumu oluşturan bütün bireyler suçun mağduru olmaktadır.³⁵⁰ **Gökcan'a göre**, irtikap suçu aynı zamanda kamu idaresinin işleyiş ve düzenini de koruduğundan kamu idaresi, kendi personeli olan failin, dürüstlük ve disiplin kurallarına aykırı davranarak itibarını yitirmesine yol açtığından suçtan zarar gören konumundadır.³⁵¹ **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır'a göre**, Devlet suçun mağduru olamaz, ancak suçtan zarar gören olabilir.³⁵² **Tezcan/Erdem/Önok'a göre** tüzel kişinin icbar veya ikna edilmesi ya da hatasından yararlanılması söz konusu olmayacağından, suçun mağdurların sadece gerçek kişi olabileceği ifade edilmiştir.³⁵³

Görüldüğü üzere doktrinde irtikap suçu mağdurların tüzel kişi olup olamayacağı hususunda görüş birliği bulunmamakla birlikte, tüzel kişilerin bu suçun mağduru olacağı yönündeki görüşe katılmak bizce mümkün değildir. Tuğrul'un da ifade ettiği gibi tüzel kişinin icbar veya ikna edilmesi veya hatasından yararlanılması söz konusu olamaz.³⁵⁴ İrtikap suçu ile korunan hukuki değer bireylerin kamu idaresine olan güveni olduğundan kamu tüzel kişilerinin suçtan zarar gören olduğu söylenebilir. Menfaati fiilin kovuşturulması talebinde bulunmasına olanak verecek şekilde zedelenen kişi suçtan zarar görendir.³⁵⁵

³⁴⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a.g.e. s.994, 995

³⁴⁸ HAFIZOĞULLARI/AYGÜN EŞİTLİ, a.g.e. s.33

³⁴⁹ ÖZEN, a.g.e. s.85

³⁵⁰ ÖZGENÇ, İrtikap ve Rüşvet Suçları, a.g.e, s.42

³⁵¹ GÖKCEN, a.g.e.s.498, 499

³⁵² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1033

³⁵³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e 1043

³⁵⁴ TUĞRUL, a.g.e. s.943,

³⁵⁵ TUĞRUL, a.g.e. s.943

Nitekim Yargıtay 5.CD, 3628 sayılı kanun 17 ve 18. maddeleri kapsamında devlet hazinesini suçtan zarar gören olarak kabul etmiştir.³⁵⁶ İlgili kararlar doğrultusunda CMK 234/b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için maliye bakanlığı baş hukuk müşavirliği ve muhakemat genel müdürlüğü ve failin bağlı olduğu kurumun duruşmadan haberdar edilmesi ve ceza muhakemesi kanunu mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanmasına olanak sağlanması gerekmektedir. İcbar suretiyle irtikap suçunda kamu idaresi ve icbara maruz kalan kişi olmak üzere birden çok mağdur bulunmaktadır. İrtikap, sadece zarar suçu olmadığından, hem zarar hem de tehlike suçu niteliği taşımaktadır. Nitekim kamu idaresi maddi anlamda zarar görmez iken, icbara maruz kalan kişi maddi anlamda zarar görmektedir.³⁵⁷

Manevi zor kullanılarak (icbar) veya ikna edilmek suretiyle aldatılarak veya hatasından yararlanılarak kendisinden yarar sağlanan kişi irtikap suçu mağduru olabilir. Genellikle irtikap suçuna maruz kalan ile irtikap olunan para veya sair menfaatin sahibi aynı kişi olmakta ise de, bazı hallerde farklı kişi de olabilir. Bu durumda irtikap fiiline maruz kalan mağdur iken, irtikap olunan para veya sair menfaatin sahibi ise suçtan zarar gören olur.³⁵⁸ Suçun mağduru, suç konusunun ait

³⁵⁶ Yargıtay 5.CD., 10.12.2019 sayılı kararında ‘...*ikna suretiyle irtikap suçundan katılan sıfatını alabilecek surette zarar görmüş olan Hazinesinin kanun yoluna başvurma hakkının bulunması ve hükmün vekili tarafından temyiz edilmesi karşısında, CMK’nın 237/2 ve 3628 sayılı Yasanın 18. maddelerinin verdiği yetkiye dayanılarak katılma talebinin KABULÜNE karar verildikten sonra gereği düşünüldü: Sanık hakkında ikna suretiyle irtikap suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 17 ve 18. maddelerine göre İçişleri Bakanlığının bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK’nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanununun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,...*’ bozmayı gerektirdiği, 7798/11709, Yargıtay 5.CD., 11.12.2019, 2015/8792, 2019/11752 sayılı kararında ‘Sanık hakkında irtikap suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 17 ve 18. maddelerine göre Hazine ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının bu suçun zarar göreni oldukları, bu sıfatlarının gereği olarak CMK’nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip oldukları davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmeleri için dava ve duruşmalardan haberdar edilmeleri gerektiği, diğer yandan aynı Kanununun 260/1. maddesine göre kamu davasından haberdar edilmemiş bulunup da katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanların kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu gözetilerek hükmün bildirilmesinin gerektiği, ancak dosyada Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile İçişleri Bakanlığının duruşmadan haberdar edildiklerine ilişkin bilgi ve belgeye rastlanmadığının anlaşılması karşısında; evvela davanın ve hükmün Hazineye ve adı geçen Bakanlığa bildirildiğini gösteren bilgi ve belgeler var ise dosya içine konulması, aksi halde anılan tebligat noksanlıklarının giderilmesi ile tebellüğ belgelerinin ve verildiği takdirde temyiz ve cevap dilekçelerinin eklenmesi, hükmün temyiz edilmesi halinde ise bu konuda ek tebliğname düzenlenmesi sonrasında iade edilmek üzere esası incelenmeyen dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİNE...’ yönünde karar vermiştir. Uyaptan alınmıştır. Erişim tarihi: 28.08.2020

³⁵⁷ ÖZEN, a.g.e .s.83

³⁵⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1033, ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları,

olduğu kişidir.³⁵⁹Mağdurun kötü niyetli olmasının önemi olmadığından, ikna, icbar veya hatadan istifade durumlarının oluşması yeterlidir.³⁶⁰Ayrıca mağdurun akıl hastası olması irtikap suçu oluşmasına engel olmayacaktır.³⁶¹

Suçun kanıtlanması için tahrikçi/kışkırtıcı ajan kullanılması halinde **Gökcan'a göre**, ortada gerçekten yapılması gereken bir iş yokken, varmış gibi yapılarak görevlinin zorla çıkar elde etme teşebbüsünde bulunması sağlanmış ise, irtikap suçu unsurlarının oluşmadığı, bu halde işlenemez suç olduğu, ancak ortada gerçek bir iş varken ajanın görevliye zorla çıkar sağlamak veya vaatte bulunma durumunda kalması halinde, eylemin irtikap suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.³⁶²

765 sayılı kanun döneminde irtikap suçunun ayırıcı unsurlarından olan mağdurun yasal zeminde olmaması halinde rüşvet suçunun oluşacağı yönündeki kabul, TCK 250.maddesinde '*haksız olarak*' ibaresi kaldırılmış olduğundan 01.06.2005 yürürlük tarihinden itibaren mağdurun meşru zeminde olup olmayacağının önemi olmadığı yönünde görüşler bulunmaktaysa da rüşvet ve irtikap suçlarının ayırımına ilişkin Yargıtay uygulamalarında eski görüşün kabul edildiği görülmektedir.³⁶³Ancak Yargıtay uygulamalarındaki istisna, yasal zeminde olmayan mağdur, daha ağır bir zararın önüne geçmek için faile yarar sağladığında veya vaatte bulunduğu, irtikap suçunun oluşacağı yönündeki görüştür.³⁶⁴

s.42

³⁵⁹ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, a.g.e, s. 225

³⁶⁰ EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983, s.154

³⁶¹ ÖZEN, a.g.e. s.85

³⁶² GÖKCAN, a.g.e. s.498, 499, 500

³⁶³ TURABİ, a.g.e. s.122

³⁶⁴ Yargıtay 5.CD, 18.06.2008, 2006/6346, 2008/6602 sayılı kararda '*... İlçe Jandarma Komutanlığı emrinde uzman çavuş olarak görev yapan sanığın, aynı yerde vatani görevini yapan ve kaybolan parkanın çantasında yakalanması nedeniyle hakkında tutanak düzenlenen jandarma er müştekiyi 27.4.2002 günü odasına çağırarak 300.000.000 TL. para istediği, vermediği takdirde 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, sanığın yoğun icbarına maruz kalan müştekinin ise hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek amacıyla öneriyi kabul etmiş gibi görünerek bölük astsubayına durumu anlattığı, 29.4.2002 tarihinde sanığın icbar teşkil eden bu eylemlerini tekrarlaması üzerine yakalanmasını temin amacıyla seri numaraları tespit edilen 80.000.000 TL. parayı sanığa vererek yakalanmasını sağladığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin icbar suretiyle irtikap suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde tamamlanmış suçtan hüküm kurulması,...*' ve 31.03.2014, 2013/9475, 2014/3500 sayılı kararda '*...internet kafelerin denetiminden sorumlu Emniyet Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürü olarak görev yapan sanığın, kendisi ile görüşmek üzere Müdürlüğe gelen ve kafelerinde zaman zaman yaşu küçük çocukların bulunduğunu belirterek, sık denetim yapılması sonucunda mağdur olduklarını ve mağduriyetlerinin giderilmesini talep eden kafe sahiplerinden yardım ve borç adı altında para almak ve çocuğun kurs ücretini bu kişilere ödetmek şeklinde gerçekleşen eylemlerinde kanunun öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı gibi mağdurların da meşru zeminde bulunmadığı, bu itibarla irtikap suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, ancak eylemlerin*

İcbarın kaynaklandığı iş veya işlem, çocuğu ile ilgili olduğu halde icbar babaya, anneye ve çocuğu benimseyip ona yapılacak olumsuzluklardan etkileneceklerle karşı da yapılabileceğinden, kişinin görevli tarafından yapılması söz konusu işlemde göreceği zarar ile hukuka aykırı olarak sağladığı çıkar arasındaki değer ve orana subjektif(çıkara sağlama durumundakiler mağdurlar açısından) bir değerlendirme ile dikkat edilmelidir.³⁶⁵

2.6. MADDİ UNSUR

Suçun unsurları konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, tüm görüşler incelendiğinde suçun unsurlarının mahiyetinin aynı, incelenme tekniği açısından sıralama ve sınıflandırmada farklılıklar olduğu görülmektedir.³⁶⁶ **Turabi'nin de katıldığı görüşe göre** TCK sistematğinde irtikap suçunun tipiklik(kanuni unsur), maddi unsurlar(hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, maddi konu, suçun nitelikli unsurları), manevi unsurlar(kast, taksir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve amaç) ve hukuka aykırılık olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır.³⁶⁷ Tipiklik, fiilin TCK'daki suç tanımına uyup uymadığının tespiti ile ilgilidir.³⁶⁸ Dış alemde bir değişiklik meydana getirmeye yönelik hareketin, bir fiilin bulunması şartına maddi unsur adı verilmektedir.³⁶⁹ TCK sisteminden anlaşıldığı üzere maddi unsurlar fiil, fail, mağdur, nitelikli unsur, netice, illiyet bağı ve konudur.³⁷⁰

İrtikap suçunda maddi unsurlar bakımından suç sayılma nedenine göre doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İlk olarak irtikap suçunun sırf hareket suçu(şekli suç) olduğu diğeri ise neticeli suç(maddi suç) olduğu yönündedir.³⁷¹ Sırf hareket suçunu savunanlara göre kişinin yada kamunun maddi zarar uğraması aranmadan, fiil ile kamu idaresine olan güvenin sarsılması aranır, failin görevin sağladığı nüfuzu yada güveni kullanarak mağduru icbar veya ikna etmesi irtikap

hukuki niteliği itibarıyla zincirleme rüşvet alma suçu kapsamında kaldığı gözetilmeksizin, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,...' bozmayı gerektirdiği yönünde karar vermiştir. Uyaptan alınmıştır. Erişim tarihi: 28.08.2020

³⁶⁵ MALKOÇ, a.g.e., s. 4215

³⁶⁶ TURABİ, a.g.e. s.69

³⁶⁷ İNANÇ, a.g.e. s.65, TURABİ, a.g.e. s.69

³⁶⁸ TURABİ, a.g.e. s.69

³⁶⁹ İNANÇ, a.g.e.s.66

³⁷⁰ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, a.g.e, s.202

³⁷¹ İNANÇ, a.g.e. s.67

suçunun maddi unsurunu oluşturmakta, bu suça teşebbüste mümkün olmamaktadır.³⁷² Diğer görüşe göre neticenin meydana gelmesi ile suçun tamamlanacağı, bu suça teşebbüsün mümkün olduğu, icbar ve iknaya yönelik hareketlerle suçun oluşmadığı, failin eylemi neticesi yarar sağlama ya da vaat alma durumlarının gerçekleşmesi aranır.³⁷³ Böyle düşünenlere göre sadece ikna veya icbar ile suçun tamamlanması için irtikabın şekli suçlardan olması, bunun içinde paranın ödenmesi, menfaatin sağlanması veya vaadin alınması suçun unsuru olmamalıdır. Ancak kanunun metni bunları unsur saymaktadır. Ayrıca para veya sair menfaat veya vaatten failin henüz faydalanmamış olması suçun tamamlanmasını önlemez. Nitekim suçun tekemmülü anından sonra iade etkili değildir. Vaadin tutulmamış olması tamamlanmış olan suçu teşebbüs haline çevirmez.³⁷⁴

2.6.1. Önşart: Görevinin Sağladığı Nüfuzu veya Güveni Kötüye Kullanmak

TCK 250. maddesindeki düzenlemeye göre, icbar suretiyle işlenen irtikap suçunun ön şartı *görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak*, ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikap suçunun ön şartı *görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak* olarak ayrılmıştır. Kullanılan nüfuz ve güvenin kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı ve ilgili olmalı, yani fiilin görevin sağladığı nüfuz veya sıfatın kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi zorunludur.³⁷⁵ Görevle illiyet bağı olmadan failin kişisel güç ve otoritesini kullanması halinde bu suç işlenemez.³⁷⁶ Failin görevinin sağladığı nüfuz ve güvenin kanunlara, idari düzenlemelere ve hizmetle ilgili emirlere aykırı biçimde kullanılması ve failin yetkili olmadığı işlem veya eylemlerin icra edilmesi durumunda kötüye kullanmadan söz edilmelidir.³⁷⁷

Kamusal faaliyeti yerine getirmekle yükümlü olan kamu görevlisi görevini, mevzuata ve talimatlara uygun şekilde ifa etmelidir. Görevini hukuka uygun şekilde yerine getirme yükümlülüğü olan kamu görevlisi, kamu idaresine ait faaliyetin satın alınamaz olduğu eşitlik ve tarafsızlık altında icra edildiğine dair toplumda var olan güvenin sorumluluğunu taşımaktadır. Kamu idaresine karşı işlenen suçlar, kamu

³⁷² İNANÇ, a.g.e. s.67

³⁷³ İNANÇ, a.g.e. s.67

³⁷⁴ EREM, a.g.e., s.8

³⁷⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7058

³⁷⁶ GÖKCAN, a.g.e. s.501

³⁷⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7058, EREM, a.g.e., s.4

görevlisine ait olan bu yükümlülüğün ihlaliyle birlikte işlenmektedir. Yükümlülüğün ihlali kamu görevlisinin, sıfatını, nüfuzunu ve görevini kötüye kullanması olarak ortaya çıkmaktadır.³⁷⁸

Nüfuz veya güvenin kötüye kullanılması, kanun tarafından verilen yetkinin kanun çizdiği sınırlar içinde kullanılmaması, yani kamu görevlisinin görevi olmadığı halde bir şeyi yapma, görevi olduğu halde yapmama, görevinin emrettiğinden farklı bir şey yapma gibi davranışlara girilmesi halinde söz konusu olur.³⁷⁹ İrtikap ve kamu görevi bağlantısı, kanunda görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma şeklinde düzenlenmiş olup, kamu görevini veya kamu görevlisi sıfatını kötüye kullanarak yarar sağlamaya zorlamak değil, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak başkalarını yarar sağlamaya veya vaatte bulunmaya zorlamak irtikap suçunu oluşturacaktır.³⁸⁰ İcbar suretiyle irtikap suçunda görevin sağladığı başkalarını etkileyebilme gücünün kötüye kullanılması söz konusudur.³⁸¹ Kamusal faaliyeti yerine getiren kamu görevlisinin kamu idaresinden aldığı güç, nüfuz olarak ifade edilmektedir. Kamu görevlisi sahip olduğu bu gücü kamunun menfaatlerine aykırı şekilde kişisel çıkarı için kullanması nüfuzunu kötüye kullanmasıdır. Görevlinin nüfuzunu kötüye kullanması kendi görev alanına giren bir işi yaparken bireyi yetkisini kötüye kullanacağı tehdidiyle zorlamaktır; objektif olarak görevin subjektif olarak sıfatın kötüye kullanılması halidir.³⁸²

Kamu görevlisi olma hali subjektif niteliği gereğince sıfat olarak ifade edilmektedir. Sıfatın kötüye kullanılması ise göreviyle doğrudan bağlantılı olmasa bile kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmek için bireyi zorlamasıdır. Sıfat ve nüfuz kavramları karşılaştırıldığında kamu görevlisi sıfatının baskı unsuru olarak kullanıldığı görülmektedir. Kavramlar subjektif açıdan benzerdir. Ancak objektif açıdan bakıldığında kavramların farklı olduğu görülmektedir. Nüfuzun kötüye kullanılmasında kamu görevlisi, sıfatını görevine dâhil bir iş ya da eylemle ilgili olarak kullanırken sıfatın kötüye kullanılmasında ise iş ya da eylemle illiyet bağının kurulması gerekli değildir.³⁸³

³⁷⁸ KAHRAMAN, Recep, İrtikap ve Rüşvet Suçları Bakımından İcbar Karinesinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2019/141, Ankara, 2019, s.212, (Erişim tarihi:25.03.2020)

³⁷⁹ ÖZEN, a.g.e. s.48

³⁸⁰ KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 s.906

³⁸¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e. s.906

³⁸² KAHRAMAN, a. g.m, s.212

³⁸³ KAHRAMAN, a. g.m, s.212, 213

Sıfat, kamu görevlisinin özel niteliği iken görev ise yükümlü olduğu iş ya da eylemin yerine getirilmesidir. Bu halde sıfatın kötüye kullanılmasının subjektifliği, görevin kötüye kullanılmasının ise objektifliği öne çıkmaktadır. Sıfatın kötüye kullanılması ile görevin kötüye kullanılmasını ayırt eden husus, sıfatın kötüye kullanılmasında doğrudan göreviyle bağlantılı olmasa da kamu görevlisi, görevli sıfatını kötüye kullanmaktadır. Bunu kötüye kullanmasının sebebi ise sıfatıyla bireyi korkutmasından kaynaklanmaktadır. Nüfuz ve görevi kötüye kullanma hallerini karşılaştırdığımızda ise nüfuzu kötüye kullanmanın her ne kadar subjektifliği öne çıksa bile kamu görevlisi yerine getirdiği görevden kendisini soyutlamamaktadır. Diğer ifadeyle görevini yerine getirirken kamu görevlisi olmanın gücünü baskı unsuru olarak kullanmaktadır. Oysa görevin kötüye kullanılmasında kamu görevlisinin mevzuata ya da talimatlara aykırı davranması yeterlidir.³⁸⁴

Kamu görevlisinin görevini yerine getirirken niteliği gereği kullandığı güç, hukuka uygun bir amacı elde etmek için ve hukuk sınırları içinde kullanılırsa, kötüye kullanma olmayacak, ancak hukuka uygun amaç için ve ancak hukuk sınırları içinde kullanılmaz ise kötüye kullanma söz konusu olacaktır.³⁸⁵ **Özen'e göre** kötüye kullanma terimi, kamu görevlisinin görevin gereklerine uygun(yapılmaması gereken işin yapılmaması veya yapılması gereken işin yapılması gibi) bir davranış sergilenirken hukukun belirlediği sınırların dışına çıkma anlamına gelmektedir.³⁸⁶ Sıfatın kötüye kullanılması ile nüfuzun kötüye kullanılması farklı kavramlar olmakla, sıfatın kötüye kullanılmasında, salt kamu görevliliği sıfatından faydalanma mevcut iken, kamu görevlisinin kanun gereği yapılan iş konusunda yer zaman ve konu bakımından görevli olmaması halinde de kötüye kullanma söz konusudur.³⁸⁷

İrtikap suçu görevi kötüye kullanma suçunun özel şekli olmakla, TCK da görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ifadesinin kullanılma nedeni, 765 sayılı TCK da geçen 'memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle' kavramını da içeren üst kavram olarak düşünülme istenmesidir.³⁸⁸ 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında farklılık varmış gibi görünse de, her iki ifadesinin de aynı doğrultuda anlaşılması gerekmektedir.³⁸⁹ Bu sebeple objektif nitelikteki görevden

³⁸⁴ KAHRAMAN, a. g.m, s.213, 214

³⁸⁵ ÖZEN, a.g.e. s.48

³⁸⁶ ÖZEN, a.g.e. s. 48, 49

³⁸⁷ ÖZEN, a.g.e. s 49

³⁸⁸ TURABİ, a.g.e. s.73

³⁸⁹ İNANÇ, a.g.e. s.93

başka, subjektif nitelikteki sıfattan yararlanmak suretiyle mağdurun icbar edilerek yarar sağlanması halinde, irtikap suçunun oluşacağı kabulü gerekir.³⁹⁰ Ancak failin sıfatından faydalanarak bu suçu işleyebilmesi için, icbara konu hususun failin görevi kapsamında olması gerekir.³⁹¹ Görev nedeniyle nüfuz, kamu görevlisinin görevinin sağladığı yetki ve olanaklar nedeniyle sahip olduğu maddi ve manevi etkinliği ifade etmektedir. Kamu görevlisi, elde ettiği bu etkinlik ve yetki sayesinde kendisine veya başkasına yarar sağlama amacıyla hareket etmektedir.³⁹²

Görevin kötüye kullanılması; görevini kanun, nizam, yürütülen hizmet ve ilgili emirlerin dışında veya belirlenen kurallara aykırı olarak veya bunlara uygun olsa dahi gayri meşru amacı elde etmek üzere kullanılmasıdır.³⁹³ Kamu görevlisi fail kendisine tanına görevin sınırlarını aştığı takdirde görevini kötüye kullanmış, ortada nispi yetkisizlik hali (verilen bir görev var, görevin sınırları aşılmıştır) mevcut olacaktır.³⁹⁴ Mutlak yetkisizlik halinde ise bir görev verilmesi söz konusu olmadığından, bu durumda görevi kötüye kullanma durumunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır.³⁹⁵ **Turabi'ye göre**, memuriyet görevini kötüye kullanmanın oluşabilmesi için memurun kanunun kendisine tanıdığı yetki sınırını aşması gerektiğinden, görevin gereklerini yerine getirmesi halinde memuriyet görevinin kötüye kullanılması söz konusu olmaz.³⁹⁶ Nüfuzun kötüye kullanılması, failin çıkar amacıyla mağdur üzerinde görevini sağladığı etkinlik ve güçten faydalanması ile meydana gelmektedir.³⁹⁷ Memur bu sıfatla ve görevine giren işler dışında bu sıfattan yararlanarak, memuriyet sıfatının kötüye kullanılması ile elde edilen yarar irtikap suçuna vücut verir.³⁹⁸

Kanunun verdiği takdir hakkının amaç dışı kullanılması halinde, görevi kötüye kullanma söz konusu olacağından, takdir yetkisi tanınan hallerde bu yetkinin kötüye kullanılarak çıkar sağlanması durumunda irtikap suçu oluşacaktır.³⁹⁹ Failin kamu görevlisi sıfatını hukuka uygun biçimde elde etmesi gerektiğinden, eğer fail kamu görevini gasp ederek elde etmiş ve mağduru menfaat sağlamaya zorlamışsa, irtikap

³⁹⁰ MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.168

³⁹¹ İNANÇ, a.g.e. s.94

³⁹² İNANÇ, a.g.e. s.93

³⁹³ TURABİ, a.g.e s.73, ÖNDER, a.g.e. s.141

³⁹⁴ TURABİ, a.g.e. s.73

³⁹⁵ TURABİ, a.g.e. s.74

³⁹⁶ TURABİ, a.g.e. s.74

³⁹⁷ İNANÇ, a.g.e. s.95

³⁹⁸ ÖNDER, a.g.e.s.140

³⁹⁹ TURABİ, a.g.e. s.75

suçundan ziyade, kamu görevini usulsüz üstlenilmesi, yağma veya dolandırıcılık suçunu gündeme gelecektir.⁴⁰⁰

Toroslu/Erem'e göre görevin kanunlara, nizamlara ve hizmetle ilgili emirlere aykırı olarak yerine getirilmesi halinde görevin kötüye kullanılmasından söz edileceği, bir memurun ancak kendisine ait yetkiyi kanunlara nizamlara ve emirlere uygun, fakat meşru olmayan amaçlar için kullanması durumunda kötüye kullanma söz konusu olacaktır.⁴⁰¹ **Özen'e göre** nüfuzun kötüye kullanılması sadece kanunlara aykırı davranış olarak kabul edilmeli, nüfuzun kötüye kullanılması suçun maddi unsuru ile birebir bağlantı içinde olduğundan aksi halde suçta kanunilik ilkesi zedeleneceğinden, kanun dışında tüzük veya yönetmelik esas alınmamalıdır.⁴⁰²

TCK 250. maddesinde geçen nüfuz terimi, kamu görevlisinin sadece görevinde kaynaklanan nüfuz olduğundan kamu görevlisi sıfatının kullanılmasını da kapsamaktadır. Failin görevini sona ermesine rağmen eski kamu görevlisi olma sıfatının sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması halinde zaten failin kamu görevlisi olma sıfatının kaybedilmesi sonucu irtikap suçunun oluşmayacağı açıktır.⁴⁰³ Kamu görevlisinin sıfatından kaynaklanan gücü kendi menfaati için değil, kanunun belirlediği sınırlar içinde ve yine kanunun belirlediği amaçlar doğrultusunda kullanması gerektiğinden, sahip olduğu sıfatın verdiği güç ve bu gücün karşı taraftaki etkisini kötüye kullanması halinde nüfuzun kötüye kullanılmasından bahsedilir.⁴⁰⁴

765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da icbar suretiyle işlenen irtikap suçunda, görevin kötüye kullanılması terimi yerine, içine geçme, söz geçirme, erk, güçlü olma⁴⁰⁵ anlamlarına gelen nüfuzun kötüye kullanılması terimi tercih edilmiştir. **Özen'e göre** nüfuzun kötüye kullanılması ile görevin kötüye kullanılması terimlerinin birbirinden farklı olduğu, görevin çok daha geniş anlama sahip olduğu, her nüfuzun kötüye kullanılması aynı zamanda görevin de kötüye kullanılması anlamına geldiği, ancak her görevin kötüye kullanılmasının nüfuzun kötüye kullanılması anlamına gelmeyebileceği savunulmuştur.⁴⁰⁶ Örneğin, kamu görevlisinin görevine girmeyen ve yetkili olmadığı işi yapacağı veya yaptıracağı kanaati

⁴⁰⁰ BAYTEMİR, a.g.e. s.733, 734, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1022

⁴⁰¹ EREM Faruk/TOROLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s.166

⁴⁰² ÖZEN, a.g.e. s. 52

⁴⁰³ TURABİ, a.g.e. s.78,79

⁴⁰⁴ ÖZEN, a.g.e. s.51

⁴⁰⁵ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi: 14.02.2020)

⁴⁰⁶ ÖZEN, a.g.e. s.51, 52

uyandırarak yarar sağlaması halinde görevi kötüye kullanma söz konusu olacağı, kamu görevliliği sıfatının verdiği gücü kullanmayarak sadece bu sıfatın verdiği güveni kullandığı için nüfuzun kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır.⁴⁰⁷Eğer kamu görevlisi, bu sıfatının verdiği gücü kullanarak özel kişiden yarar sağlaması halinde görevi kötüye kullanmış ve irtikap suçunu işlemiş olacaktır.⁴⁰⁸ Görevin kötüye kullanılmasında işin görev ve yetki kapsamında bulunması aranırken, nüfuzun kötüye kullanılması terimi görevin kötüye kullanılmasını da kapsayan geniş bir anlam içermektedir. Nüfuzun kötüye kullanılması, sıfatın kötüye kullanılması da içermekle birlikte, sıfatın kötüye kullanılmasının nüfuzun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için görevden kaynaklanma bağının bulunması gerekir.⁴⁰⁹TCK'da görevi kötüye kullanma yerine nüfuzu kötüye kullanma terimi kullanılmış olduğundan, failin çıkar sağlamasına konu işin mutlaka görevine uygun olması aranmamakta, failin o sırada görev başında yerinde veya o işle ilgili çalışıyor olması şart değildir.⁴¹⁰**İnanç'a göre** nüfuzun kötüye kullanılması için failin o sırada görev yerinde ya da mesai saatleri içerisinde çalışması şart olmamakla birlikte, mağdur lehine yapılacak işin mutlaka kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olması gerekmektedir.⁴¹¹

Mağdur lehine yapılacak iş failin görevi içinde olmakla birlikte görevi dışındaki bir işi görevi içindeymiş gibi davranarak yarar sağlaması halinde irtikap suçu meydana gelebilir.⁴¹²Kamu görevlisi görevinin verdiği etkinlik, üstünlük ve avantajları içeren nüfuzu kötüye kullanarak çıkar elde etmek amacıyla mağduru zorlamakta, icbar etmektedir.⁴¹³Örneğin, şartlar tamam olduğu halde işin yokuşa sürülmesi, takdir hakkının mağdur lehine kullanılmak istenmemesi, görev gereğine aykırı davranma tehdidinde bulunulması gibi davranışlarla çıkar sağlama üzere zemin hazırlanması mümkündür.⁴¹⁴

Haklı bir işinin kamu görevlisi fail tarafından hiç veya usulüne uygun yerine getirilmeyeceği, geciktirileceği veya kötü bir muameleye maruz kalacağı kuşku ve kaygısına kapılan veya haksız bir durumla karşılaşan mağdur böyle bir manevi cebir

⁴⁰⁷ ÖZEN, a.g.e. s 52

⁴⁰⁸ ÖZEN, a.g.e. .s52

⁴⁰⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7061

⁴¹⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7062

⁴¹¹ İNANÇ, a.g.e. s.94

⁴¹² GÖKCAN, a. g.e.s.505

⁴¹³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e., s.7062

⁴¹⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7062

etkisinde ve hakkını elde etme zorunluluğu karşısında, kendisine karşı kullanılan zorun hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen faile yarar vermekte yada vaatte bulunmaktadır.⁴¹⁵ Örneğin, doğum yapmak üzere olan eşini bulunduğu şehirdeki tek Devlet hastanesine götüren kişiye, hastanedeki tek kadın doğum uzmanı olan doktorun belli bir miktar kendisi verilmediği sürece görevini yapmayacağını söylemesi üzerine, mağdur ve zor durumda kalan şahsın sanık doktora istediği parayı vermesi halinde icbar suretiyle irtikâp suçu meydana gelecektir.⁴¹⁶

İcbar doğrudan doğruya ve açıkça olabileceği gibi, dolaylı veya örtülü şekilde de olabilir. İcbarın belli bir şiddete ulaşmaması, ciddi olmaması ve mağdurun bu baskıdan rahatlıkla kurtulmasının mümkün olması, yani yapılan zorlama manevi bir baskı aracı olarak değerlendirilemeyecek olup, mağdurun kişiliğinden kaynaklı olarak yarar sağlanması veya vaat elde edilmesi halinde icbardan söz edilemeyecektir. Failin icbar içeren eylemi karşısında mağdur üzerinde manevi baskı olmamasına rağmen haksız bir yarar veya vaat elde etmiş ya da mağdurun yarar elde etmek üzere icbar edildiğine dair somut bir dayanak olmaması halinde, irtikap değil, görevi kötüye kullanma suçunun değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴¹⁷ İcbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı her somut olayda objektif koşullara göre hakim tarafında takdir edilecektir.⁴¹⁸

Memurun sahip olduğu kudretin kişinin aleyhinde kullanılacağını açıkça bildirmesi veya bunu ihsas ettirmesi aynı nitelikte olmakla, mağdurun icbara mukavemet edebilmesi imkanının ortadan kalkmış olması zorunlu değildir. Failin irade üzerindeki baskısı, kişiye gerçekte var olan ve haklı menfaatinden mahrum bırakmak için yapılmalı, mağdurun haklı bir menfaati yoksa irtikapta icbardan bahsedilemez. İcbar açık veya kapalı şekilde yapılabilirse de kapalı şekilde yapılan ve mağdura memurun fikrini hissettirmek istediği hallerde, icbarın iknadan ayırt edilmesi zorlaşabilmektedir.⁴¹⁹ Örneğin, istenilen bono veya paranın verilmemesi halinde gayrimenkule az değer takdir edileceği ve işlerin uzatılacağı beyan edilmesinde açık icbar mevcutken, muayene ve tedavi için bir miktar paranın verilmesi ihsas edilmiş ve mağdur bu parayı vermediği takdirde tedavisinin yapılmayacağı endişesi ile ihsas

⁴¹⁵ AKÇİN, a.g.e. s.144, ÖZGENÇ, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.167

⁴¹⁶ KOCA, a.g.m., s.253

⁴¹⁷ AKÇİN, a.g.e. s.144

⁴¹⁸ AKÇİN, a.g.e. s.144, KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e. s.908

⁴¹⁹ ÖNDER, a.g.e. s.144

edilen hususu gerçekleştirmiş ise muhatap olduğu manevi tazyik icbar ettiğinin kabulü ile kapalı icbar söz konusu olacaktır.⁴²⁰ Kapalı icbar için, failin icbar eylemi neticesi mağdur üzerinde yaptığı etki göz önünde bulundurularak, mağdurun bu husustan etkilenecek istenileni yerine getirmiş olması halinde icbarı kabul etmek gerekmektedir.⁴²¹

İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi için, icbara konu hareketlerin yarar veya yarar vaadi sağlanmadan yapılması gerektiğinden, işin bitiminden sonra paranın istenmesi ve alınmasından ibaret eylem irtikap değil görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecektir. Örneğin mağdurun fazla tahakkuk ettirilen su sarfiyatına itirazı üzerine kontrol için görevlendirilen sayaç memurunun sayaçtaki sarfiyatı gösteren rakamı kişi lehine değiştirdikten sonra el emeği olarak bir miktar para istemesi halinde kişinin parası olmadığını söylemesi üzerine ayrılan memurun sonran bu isteğini ısrarla tekrarlaması üzerine şikayetçinin durumu emniyete bildiği olayda iş bitiminden sonra para istendiği için irtikap suçu söz konusu olmayacaktır.⁴²²

İcbarın varlığı için fiilin mağduru gerçekten etkilemesi gerekmez, gerçekleştirilen icbar fiilinin mağdur üzerinde etkili olup olmaması icbar suretiyle irtikap suçuna teşebbüs açısından bir önem taşımaktadır.⁴²³ İcbar sadece mağdura yönelik değil, onu etkileyebilecek yakınlarına da yönelik olabilir.⁴²⁴ Örneğin, mağdurun hasatlığı nedeniyle yakınları tarafından hastaneye getirilmesi halinde, yatırmak veya tedavi ya da ameliyat etmek için hasta yakınlarına baskı kullanan doktor eyleminin irtikap kapsamında olduğu, bunun dışında mağduru etkileyecek yakınlarının dışında üçüncü kişi konumunda olanlara yapılacak zor başka bir suçu oluştursa da, irtikap suçunu oluşturmayacağı düşünülmektedir.⁴²⁵

İkna suretiyle ve hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikap suçunun ön şartı güveni kötüye kullanmanın mevcut olmasıdır. Güven; “koru, çekinme ve kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu, itimat” anlamına gelir.⁴²⁶ Kamu görevlisi kamu idaresi ve devletin temsilcisi olarak görevini kanun ve diğer mevzuata uygun yürütmekle yükümlü olduğundan, insanlar kamu görevlisi olan failin göreviyle ilgili yapacağı her türlü davranışın yasalara uygun olacağı, yetki ve imkanların yasaya

⁴²⁰ ÖNDER, a.g.e.s.146, 147

⁴²¹ ÖNDER, a.g.e. s.146

⁴²² KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e. s.910

⁴²³ ÖZGENÇ, İ., Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.168

⁴²⁴ AKÇİN, a.g.e. s.145

⁴²⁵ AKÇİN, a.g.e. s.145

⁴²⁶ KOCA, a.g.m, s.261

uygun kullanılacağı beklenti ve inancı içindedirler.⁴²⁷ Failin bu inanç ve güvenden faydalanarak mağdurun iradesini yanıltıp çıkar sağlaması halinde ikna suretiyle irtikap, kişinin hatalı davranışından ihmali hareketiyle yararlanan failin eylemi hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçuna konu olacaktır.⁴²⁸ Bu düzenleme ile hem kamu idaresinin itibarı hem de kamu görevlilerinin vatandaşlara zarar vermesinin önüne geçilmektedir.⁴²⁹ Burada önemi olan diğer bir husus failin kişisel güveninin değil, görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılması gerektiğinde aksi halde genel güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır.⁴³⁰ Kamu görevlisi, kamunun mali menfaatlerini ihlal ettiği için değil, kamu idaresine duyulan güvenin sarsılması nedeniyle cezalandırılmaktadır.⁴³¹ Toplumda kamu görevini yürüten kişilere karşı güven duygusu olduğundan, fail bireylerdeki bu duygulardan yararlanarak ikna edici davranışlarla mağdurun iradesini yanlış yönlendirmektedir.⁴³² Örneğin: İl çevre müdürlüğünde çevre mühendisi olarak çalışan sanığın kendi göreviyle alakalı yaptığı denetim ve inceleme sonunda herhangi bir eksiklik olmamasına rağmen mağdura “500 TL harç yatırman lazım, başka eksikğin yok, senin il müdürlüğüne gelmene gerek yok, ben senin adına 500 TL’yi yatırır ve makbuzu da dosya içerisine koyup onaylarım” diyerek yarar sağlaması halinde para tahsil etme görev ve yetkisi olmasa bile hileli ve

⁴²⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7067

⁴²⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7067

⁴²⁹ İNANÇ, a.g.e.s.106

⁴³⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e s.7067, Yargıtay 5CD, 19.12.2019, 2014/10170-2019/11927 sayılı karar ‘İkna suretiyle irtikap suçunun; kamu görevlisinin, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna etmesi ile oluştuğu, bu suçta eylemlerin, mağdurun kamu görevlisine sağladığı çıkarın yasal olduğunu zannetmesi, yasa dışı çıkar sağladığını bilmemesi, kamu görevlisinin yalan beyanlarıyla mağduru kandırması, mağdurun, yaptığı ödemenin yasal olarak yapılması gerektiğine inanması, failin iknası sonucu rızasının fesada uğraması ve meşru zeminde bulunması, ödemeye mecbur olmadığı bir parayı ödemek zorunda olduğunun kendisine bildirilmesi şeklinde olması gerektiği, somut olayda ise ... İlçesi Tapu Sicil Müdür vekili olan sanığın, 2007-2008 yıllarında tapu işlemi yaptırmak üzere Tapu Dairesine gelen işlem sahiplerinin Ziraat Bankası veya Mal Müdürlüğü veznesine yatırmaları gereken tapu harçlarını, şahıslara karşı hileli hareketlerle herhangi bir ikna edici söz ya da davranışlarda bulunmadan, kendisi yatırmak üzere elden alması ve bu paralardan 38.889,72 TL’yi hiç yatırmaması, 14.444,92 TL’yi ise gecikmeli olarak yatırmaması şeklinde kabul edilen somut olayda ikna suretiyle irtikap suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşmadığı, bankaya ya da Maliyeye yatırılmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan paralar üzerinde kendisinin yararına olarak zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufla bulunma şeklindeki eylemlerinin TCK’nın 155/1, 43/1. maddelerinde tanımlanan zincirleme biçimde güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu nazara alınmadan suç vasfında yanılgiya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,...’ Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

⁴³¹ TURABİ, a.g.e, s.82, ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e, s.1020

⁴³² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7067

görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak menfaat temin etmesi sebebiyle ikna suretiyle İrtikâp suçu oluşacaktır.⁴³³

Mağdur, faile sağladığı veya vaat ettiği yararın meşru olmadığını bilmediği gibi, hukuka uygun olduğunu zannetmektedir.⁴³⁴ İcbar suretiyle irtikapta mağdur meşru zeminde değildir.⁴³⁵ Mağdur icbar sonucu sağladığı veya vaat ettiği çıkarın görev gereği olmadığını bilmektedir.⁴³⁶ Buna karşılık yapılacak olan işin niteliği ise meşru, yani görev mevzuatınca yapılması gereken veya göreve uygun bir iş olmalıdır.⁴³⁷ Örneğin failin yaptığı işlem nedeniyle ücret veya harç alması gerekmediği halde gerektiğini söyleyerek veya ödemesi gereken miktarı fazla göstererek yarar sağlaması filleri ikna suretiyle irtikap suçuna konu olacaktır.⁴³⁸ Bu suçun bir görev suçu olması yanında kamu görevlisinin doğrudan görevine girmemesine rağmen, çalışmakta olduğu kurumun yetkisinde bulunmuş ve failin de statü ve kıdem itibarıyla emir verme hak ve yetkisine sahip olması veya irtikaba konu işlemin kamu görevlisinin de dahil olduğu kurula ait olması halinde irtikap suçunun oluşacağı kabulü gerekir.⁴³⁹

Burada aranan failin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanması olduğundan, ayrıca bahse konu işin failin göreviyle doğrudan ilgili yada failin bu konuda görevli olması aranmamaktadır.⁴⁴⁰ Mağdur failin istediği çıkarın yasa ve görev gereği verilmesi gerektiğine hileli davranışla inandırıldığından, mağdurdaki zan ve inanç, memurun ikna eden söz ve davranışlarının katkısı ile olmuştur.⁴⁴¹ Örneğin muayene ettiği hastaya doktorun ayrıca dışarıda tahliller yapılması gerektiği gerekçesi ile mağdurdan para alması halinde gereksiz veya fazla alınan para irtikap suçuna konu olurken, yaptırılan tahlilin gerçek bedeli alınmış ise doktor için hukuki bir sorumluluk söz konusu olmayacak, iş disiplin hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.⁴⁴² Kamu görevlisi olan fail, yararın söz konusu olan işlem gereği normal ve yasal olarak

⁴³³ KOCA, a.g.m, s.261

⁴³⁴ PARLAR Ali/HATİPOĞLU M.uzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, .s.3879

⁴³⁵ GERÇEKER Hasan, Yorumlu ve uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.2615

⁴³⁶ GERÇEKER, a.g.e. 2615

⁴³⁷ GERÇEKER, a.g.e. 2615

⁴³⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7067

⁴³⁹ BAYTEMİR, a.g.e. s.738, 739

⁴⁴⁰ İNANÇ, a.g.e. s.107, MALKOÇ, a.g.e. s.4218

⁴⁴¹ MALKOÇ, a.g.e. s.4218

⁴⁴² MALKOÇ, a.g.e., s.4219

verilmesi gerektiğini iddia ederken, mağdur ise, kamu görevlisine duyduğu güven nedeniyle araştırma ve inceleme yapamadan çıkar sağlamaktır.⁴⁴³

Kullanılan güven görevle bağlantılı ve ilgili olmalı, fail görevini sağladığı faaliyet alanından yararlanmaktadır. Nitekim ikna suretiyle irtikap suçunda kamu görevi ya da kamu görevlisi sıfatı değil, kamu görevinin faile sağladığı güven kötüye kullanılmaktadır.⁴⁴⁴Bu suçun faili olan memurun görevli olması ve memurluk sıfatı var oldukça bu sıfatın kötüye kullanılması suçun oluşması için yeterliken, memurun yer itibarıyla de işi görmeye yetkili olup olmamasının önemi bulunmamaktadır.⁴⁴⁵

2.6.2. İrtikap Suçunun Maddi Unsurunu Oluşturan Fiiller

2.6.2.1. İcbar

İcbar, zorlama zorunda bırakma anlamına gelen Arapça kökenli bir kelimedir.⁴⁴⁶Hukuki anlamda icbar ise, bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde, maddi veya manevi (şiddet veya tehdit) zor kullanmaktır.⁴⁴⁷ Kamu görevlisi olan fail, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar ederek irtikap suçunu işleyebilmektedir. Kamu görevlisinin suçun aktif süjesi, ona menfaat sağlayan bireyin suçun pasif süjesi olmasının sebebi kamu görevlisinin bireyin iradesini baskı altına almasıdır.⁴⁴⁸İcbar kavramı TCK 250/1. Maddesinde ‘*Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.*’ şeklinde tanımlanmıştır.İrtikap suçunun maddi unsurlarından olan icbar,

⁴⁴³ İNANÇ, a.g.e. s.107

⁴⁴⁴ İNANÇ, a.g.e. s.107,108, MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.170

⁴⁴⁵ ÖNDER, a.g.e. s.141

⁴⁴⁶ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi:19.02.2020)

⁴⁴⁷ KOCA, M Reis, İrtikap Suçu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 6. Sayısı, Aralık 2015, s.247-279 , (Erişim tarihi:25.03.2020)

⁴⁴⁸ KAHRAMAN, a.g.m, s.214

mağdurun iradesini zorlayan hareketleri ifade etmektedir⁴⁴⁹ İcbar doğrudan mağdura yönelik olabileceği gibi, onu etkileyebilecek yakınlarına yönelik de olabilir.⁴⁵⁰

Kamu görevlisi görevini ifa ederken yasalarda düzenlenen yetkilerini kullanır ve yükümlülüklerine katlanır ve bunun dışına çıkmadığından, somut bir olayda haksız tutum ve davranışlar değerlendirilirken, kamu görevlisinin görev alanı çizildikten sonra bunun dışına çıkma olup olmadığı belirlenir.⁴⁵¹ Ayrıca görev alanı dışına çıkma söz konusu ise bunun haksız olup olmadığı dikkate alınarak karar verilir.⁴⁵²

İcbar suretiyle irtikap suçuna ilişkin TCK da, 6352 sayılı yasa değişikliği ile icbar tanımına yer verilmiş, gerekçesinde ise ‘Maddeyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250’nci maddesinde değişiklik yapılmaktadır. ‘*Haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temin edilmiş olmasının kamu görevlisi bakımından çoğu zaman icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmasına rağmen bu suçun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulama döneminde genel görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirilmesinin bir yansıması olarak yeni Türk Ceza Kanununu 257 nci maddesine bir fıkra eklenmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesinin ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek amacıyla icbar fiiline açıklık getirilmiştir. Bu suretle, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışı karşısında kişinin haklı bir işinin gereği gibi veya hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği herhangi bir kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, kamu görevlisi bakımından rüşvet almaktan veya görevi kötüye kullanmaktan dolayı değil, icbar suretiyle irtikap suçundan dolayı hüküm tesis edilmesi gerekecektir. Keza bu düzenlemeyle kamu görevlisine menfaat temin eden kişi hakkında bu eylemi dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilemeyecektir.’⁴⁵³ şeklindeki açıklamalara yer verilmiştir. Kanun koyucu böylece TCK nın 257/3. maddesinin 3.fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla, kamu görevlisinin görevi nedeniyle yarar sağlaması halinde ortaya çıkan suç rüşvet ya da irtikap suçu olacaktır.⁴⁵⁴*

⁴⁴⁹ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, a.g.e, s.16

⁴⁵⁰ BAYTEMİR, a.g.e. s.736, AKÇİN, a.g.e. s.145

⁴⁵¹ YURTCAN, a.g.e. s.28

⁴⁵² YURTCAN, a.g.e. s.28

⁴⁵³ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylaripsira=113151&psorgukriteri=> Erişim tarihi:28.08.2020

⁴⁵⁴ İNANÇ, a.g.e. s.100, TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, a.g.e, s.1045

İcbar zorlamadır. Niteliği yönünden cebir ve tehdit kavramlarına yakın olmakla birlikte farklıdır.⁴⁵⁵Nitekim icbarda tehdit ve cebrin unsurları yoktur.Cebir ve tehdite göre daha hafiftir. Kamu görevlisinin fiil ve hareketleri neticesi kişinin iradesinin etki altına alınması ve iradesinin bozulması söz konusu olduğundan icbar suretiyle irtikap suçu, irtikap çeşitleri içinde en ağır olanıdır.⁴⁵⁶Örneğin, İl İcra Müdürlüğünde icra takibi yapan bir avukatın, borçlunun İlçede bulunan dükkanında haciz yapmak için İlçe İcra Müdürlüğüne talimat yazılmasını istemesi üzerine, İl İcra Müdürlüğünde Müdür Yardımcısı olarak çalışan failin, “işimiz çok yoğun, bir haftaya ancak sıra gelir, git sonra gel” diyerek talimat yazısını yazmaması üzerine, mağdurun işinin yerine yapılmayacağı ve borçlunun malları kaçırması halinde müvekkiline karşı zor durumda kalacağı endişesi ile sanığa tekrardan giderek 100 TL para vererek talimat yazısı istemesi üzerine, sanığın talimat yazısını hemen yazarak mağdura vermesi halinde icbar suretiyle İrtikâp suçu oluşmuştur.⁴⁵⁷

Kamu görevlisi sıfatı olan kişiye Devletin verdiği yetkiler görevin sağladığı nüfuz olarak anlaşılmakta ve irtikabın temelinde de, hangi türü olursa olsun bu yetkilerin kötüye kullanılması yatar.Failin gerçekleştirmiş olduğu ihlallerin ağırlığı, irtikap türlerini belirler.⁴⁵⁸İcbar suretiyle irtikap suçu, memurun bu sıfatı veya görevini kötüye kullanarak, kişiyi zorlaması ile başlar ve kişi zorlama karşısında kendisine yönelecek haksız muameleyi önlemek mecburiyeti ile faile menfaat temin etmesi veya vaatte bulunması ile tamamlanır.⁴⁵⁹Manevi şiddet olan icbarın etkili olmasının sebebi bireyin haksızlığa uğrama korkusudur.⁴⁶⁰Kişinin kendisinden istenen menfaati temin etmediği takdirde işinin yapılmayacağı veya gereksiz yere uzatılacağı endişesine kapılması ve bu endişeyi kişide yaratmak haksız işlemdir.⁴⁶¹Memurun, kudretini kişinin aleyhinde kullanacağını açıkça bildirmesi veya bunu ihsas ettirmesi aynı niteliktedir.⁴⁶²

İcbarın varlığı için, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları bulunmalı, mağdurun da haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesinin oluşması, failin haksız bir zeminde, kendisinin haklı olduğunu bilmesine

⁴⁵⁵ YURTCAN, a.g.e. s.27

⁴⁵⁶ YURTCAN, a.g.e. s.27

⁴⁵⁷ KOCA, a.g.m, s.257

⁴⁵⁸ YURTCAN, a.g.e. s.27

⁴⁵⁹ ÖNDER, a.g.e. s.143

⁴⁶⁰ KAHRAMAN, a.g.m, s.215

⁴⁶¹ ÖNDER, a.g.e. s.143, 144

⁴⁶² ÖNDER, a.g.e. s.144

rağmen, kendini mecbur hissederek, kendisini zorlayan kamu görevlisine veya yönlendirdiği kişiye yarar sağlaması veya vaatte bulunması gerekmektedir. **Turabi'ye göre**, kanunda kullanılan 'kendisini mecbur hissetmesi' kavramının şart koşulmasının yerinde olmadığı, ilk fıkranın birinci cümlesinde yarar veya vaat elde edilmesi yeterli görülmüşken, ikinci cümlede fiilin cezalandırılması için menfaatin temin edilmiş olması şartının koşılması, yarar ile menfaat kavramlarının birbirlerini tam olarak karşılamadığı halde, aynı maddenin aynı fıkrasında hem menfaat hem de yarar kelimelerinin aynı anlamda kullanılması fıkranın kötü kaleme alındığının göstergesidir. Menfaat ve yarar kavramlarına ilişkin sorunun menfaat eşittir yarar art vaat formülü ile giderildiği görülmektedir.⁴⁶³

İcbar suretiyle irtikap suçu, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlendiğinden, icbar hareketleri neticesinde mağdurun iradesi mutlak bir şekilde devre dışı bırakılmamakta, icbar maddi cebir niteliği taşımamaktadır.⁴⁶⁴ İcbar, mağdurun iradesini sakatlayan bir etkiye sahip olmakla birlikte, cebirin maddi olması halinde yağma, manevi olması halinde ise irtikaptan söz edilir.⁴⁶⁵ Ancak manevi cebirin, '*kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit*' boyutuna varmaması gerektiğinden, aksi halde icbar suretiyle irtikap değil, yağma suçu meydana gelir⁴⁶⁶ TCK 250.madde komisyon değişiklik gerekçesinde '*Bu icbarın, yürütülen görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerekir. Ancak, bu icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerekir. Aksi takdirde, gerçekleşen suç, icbar suretiyle irtikâp değil, gasp suçu olur.*'⁴⁶⁷ ifadelerine yer verilmiştir.

Madde metninde icbar olarak nitelendirilen cebir, maddi veya manevi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Maddi cebir, TCK'nın 108. maddesine⁴⁶⁸ göre kişi üzerinde maddi güç kullanımını ifade etmektedir. Eğer bir kişi üzerinde maddi güç kullanımı varsa, elde edilen yarara göre irtikap suçu dışındaki diğer suçlar söz konusu olacaktır.

⁴⁶³ TURABİ, a.g.e. s.83

⁴⁶⁴ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, a.g.e, s.16

⁴⁶⁵ TURABİ, a.g.e., s.82, ÖZEN, a.g.e. s.58

⁴⁶⁶ ÖZGENÇ, a.g.e. s.17,18

⁴⁶⁷ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?psira=18786> Erişim tarihi:28.08.2020

⁴⁶⁸ TCK'nın108. Maddesinde cebir '*Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.*' şeklinde düzenlenmiştir.

Manevi cebir ise, tehdidin yanı sıra diğer manevi cebir hallerini kapsar. Kanun koyucu cebirle tehdidi birbirinden ayırmıştır (m. 106⁴⁶⁹, 108). Eğer icbarı sadece tehdit olarak düşünseydi doğrudan tehdidi suçun unsuru haline getirirdi. Dolayısıyla icbarı 106. madde anlamında sair bir kötülükle tehdit ve diğer manevi cebir halleri olarak anlamak gerekmektedir. Buna göre, tehdidin icbar suretiyle irtikap suçunun unsurunu oluşturabilmesi yağma suçunda aranan ağırlıkta olmamasına bağlıdır. Görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanıp, yağma suçunda aranan ağırlıkta olmayan tehditle menfaat temin eden veya bu yolda vaatle bulunulmasını sağlayan kamu görevlisi irtikap fiilini işlemiş olacaktır. Nitekim kamu görevlisi, açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini hiç veya usulüne uygun yapmayacağını söylemek suretiyle onu korkutmaktadır.⁴⁷⁰

Manevi cebir kapsamına, tehdit dışındaki diğer manevi baskılar da girmektedir. İrtikap suçu unsuru olan manevi cebir, mağdurun iradesini baskı altına almaya elverişli olan doğrudan veya dolaylı yapılan her tür zorlayıcı hareketi ifade eder. İcbardan maksat, iradenin oluşumunu etkileyecek ve yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına neden olacak biçimde baskı yapılmasıdır.⁴⁷¹

TCK'da, icbar suretiyle irtikap ancak görevle bağlantılı olarak işlenebilir. Ancak 765 sayılı TCK'da böyle bir sınırlama bulunmamaktaydı.⁴⁷² Bu nedenle icbar için, kamu görevlisinin görev alanına giren bir işi yaparken, haksız çıkar sağlamak amacıyla, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması gerekir.⁴⁷³ Görevin gereklerine aykırı ya da meşru olmayan bir işin yapılmasının karşılığında menfaat sağlanması irtikap suçunu oluşturmayıp, anlaşma varsa rüşvet suçu oluşturmaktadır.⁴⁷⁴ Örneğin suç işleyen kişiyi serbest bırakmanın karşılığında ya da kaçak elektrik kullanan kişiye ceza kesilmemesinin karşılığında menfaat talep edilmesi irtikap suçu oluşturmaz. Sayılan durumlarda menfaat sağlamadığı takdirde bireyin meşru hakkını kaybetme korkusu bulunmadığı için "menfaat sağlamak zorunda kaldım" savunması tutarlı olmaz ve örtülü rüşvet anlaşmasının yapıldığı kabul

⁴⁶⁹ TCK'nın 106. Maddesinde tehdit '*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*' şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁷⁰ ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.282,283

⁴⁷¹ ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.284

⁴⁷² ÖZGENÇ, a.g.e. s.21

⁴⁷³ ÖZGENÇ, a.g.e. s.19, 20

⁴⁷⁴ KAHRAMAN, a.g.m, s.215

edilir.⁴⁷⁵ Tutuklama görevi olmadığı halde kaymakamın mağdurdan tutuklatacağı söylemi ile menfaat temin etmesi halinde irtikap suçu oluşmazken, kaymakamın bir kimsenin işlediği suçu yetkili mercilere bildireceği gerekçesiyle menfaat temin etmesi halinde CMK böyle bir yetkiyi ona vermiş olduğundan icbar suretiyle irtikap suçu mevcuttur.⁴⁷⁶

Aynı zamanda görev gereği kamu görevlisinin sahip olduğu takdir yetkisini kişinin aleyhine kullanacağını ima ederek, menfaat temin etmesi durumunda, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen icbar mevcuttur.⁴⁷⁷ Ayrıca, kamu görevlisinin temin ettiği menfaat belli bir yoğunlukta olması, mağdurun içinde bulunduğu durum, yararlanmak istediği kamu hizmetine ulaşılabilirliği gibi haller dikkate alınmalıdır.⁴⁷⁸ Bu duruma ilişkin Yargıtay, ‘Müştekinin kızını ameliyat etmek için sanığın 200 TL istediğini ...Devlet Hastanesi Başhekimliğine verdiği 06.09.2004 günlü şikayet dilekçesi içeriğinde bahsetmemesi ve dosya kapsamına göre suçun işlendiğine ilişkin kesin ve yeterli delillerin bulunmaması itibariyle rüşvet suçundan bahsedilemeyeceği gibi aynı hastanede birden fazla KBB uzmanının bulunması ve müştekinin kızının acilen ameliyat edilmesini gerektiren hayati bir rahatsızlığının bulunmadığı da nazara alınarak olayda icbar da olmadığından cebri irtikap suçundan da söz edilemeyeceğinden...’ yönünde karar almıştır.⁴⁷⁹

İcbar açık veya zımni(ihsas etmek şeklinde) bir şekilde gerçekleştirilebilir.⁴⁸⁰ Doktrin ve yargı kararlarında açık yani sözlü olarak yapılan zorlama, icbar olarak kabul edilmekle birlikte hal ve hareketlere bağlı olarak gerçekleşen işin görülmesi konusundaki isteksizlik hali de icbar sayılmaktadır.⁴⁸¹ Gerçekten menfaat sağlama düşüncesi olmamasına rağmen zorunluluk dolayısıyla bireyin, kamu görevlisinin teklifini kabul etmesi halinde failin hareketleriyle bireyi icbar ettiği kabul edilir. Bu durum icbar karinesi olarak ifade edilmektedir.⁴⁸² İcbarın açık olması halinde irtikapın tespiti kolay iken, zımni icbar

⁴⁷⁵ KAHRAMAN, a.g.m, s.215

⁴⁷⁶ ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.281

⁴⁷⁷ ÖZGENÇ, a.g.e. s.20

⁴⁷⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1025

⁴⁷⁹ Yargıtay, 24.11.2010, 9005/8662, Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

⁴⁸⁰ ÖZGENÇ, a.g.e. s.23

⁴⁸¹ KAHRAMAN, Recep, İrtikap ve Rüşvet Suçları Bakımından İcbar Karinesinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2019/141, Ankara, 2019, s.210, (Erişim tarihi:25.03.2020)

⁴⁸² KAHRAMAN, a.g.m, s.218

durumunda ise irtikabın tespiti güçleşmekte, somut olaya göre rüşvet suçunun da gündeme gelmesi mümkün olmaktadır.⁴⁸³ Örneğin kamu görevlisinin açıkça söylemediği halde, hareketleriyle mağduru korkutarak menfaat sağlamaya zorlaması halinde rüşvet değil, irtikap suçu söz konusu olacaktır.⁴⁸⁴ Kapalı icbar için hem nesnel(objektif) hem de öznel(sübjektif) ölçünün bir arada bulunması gerektiğinden, buna göre kamu görevlisinin hareketleri nesnel anlamda kişinin iradesini etkileyebilecek elverişlilikte olmalı ve öznel anlamda kişinin bu hareketlerden etkilenmiş olması gerekmektedir.⁴⁸⁵ Elverişliliğin ne anlama geldiği tanımlanmamış olsa da, birey, kamu görevlisine menfaati sağlarken baskıdan kolayca kurtulamayacağı iradesiyle hareket etmeli, kendini menfaat sağlamaya mecbur hissetmelidir.⁴⁸⁶ Nitekim kamu görevlisi hareketleri nesnel anlamda kişiyi etkileyebilecek iken, kişinin bundan etkilenmemiş olması halinde hareket teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.⁴⁸⁷

İrtikap suçunun çok failli suç olmasını engelleyen bireyin icbar edilmesi olduğundan somut olayda kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin doğru değerlendirilmemesi halinde suçun niteliğinde hata yapılması olasılığı fazladır.⁴⁸⁸ İcbarın, mutlaka para veya haksız menfaati temin eden kişiye yönelmesi gerekmez. Örneğin, oğlu üzerinde cebri hareketlerde bulunarak, babasından menfaat temin edilmesi durumunda da icbar suretiyle irtikap söz konusudur. Ayrıca yararın mutlaka, zorlamada bulunan kişiye sağlanması gerekmediğinden, icbarda bulunanın yönlendirdiği diğer bir kişiye yarar sağlanması ile de fiil suç teşkil eder. Özetle yarar sağlanan kişinin kamu görevlisi olması zorunlu değilken, icbar fiilini yapan kişinin kamu görevlisi olması suçun oluşması için zorunludur.⁴⁸⁹

TCK 250. madde gerekçesinde '*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 bir yarar sağlamaktadır.*⁴⁹⁰' ifadelerine yer verilmiştir. Bu nedenle icbar fiilinin, mağduru etkilemeye elverişli olması gerekmektedir.⁴⁹¹ Ciddi

⁴⁸³ TURABİ, a.g.e. s.89

⁴⁸⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1026

⁴⁸⁵ ÖZEN, a.g.e. s.66

⁴⁸⁶ KAHRAMAN, a.g.m, s.216

⁴⁸⁷ ÖZEN, a.g.e. s.66

⁴⁸⁸ KAHRAMAN, a.g.m s.221

⁴⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1025

⁴⁹⁰ <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat/faces/maddeDetaylari?psira=18786> Erişim tarihi 28.08.2020

⁴⁹¹ ÖZGENÇ, İ., Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.167

olmayan veya belirli bir şiddete ulaşmayan olan etki icbar kavramına girmez.⁴⁹² Failin hareketinin mağdur üzerinde baskı ayartmaya elverişli olması yeterli olduğundan, mağdurun korkmuş olmasına gerek yoktur.⁴⁹³ Mağdura uygulanan baskının icbar aşamasında olup olmadığı belirlenirken, işin yapıldığı idarenin mevzuatı, işleyiş düzeni, yapılacak işin özelliği ve olağan hayat tecrübeleri göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁹⁴ Dolayısıyla, icbarın elverişli olup olmama durumu, somut olayın şartlarına göre hakim tarafından değerlendirilecektir.⁴⁹⁵ İcbar fiilinin mağduru gerçekten etkilemiş olması gerekmediğinden, icbarın etkili olup olmaması icbar suretiyle irtikap suçuna teşebbüs açısından önem arz etmektedir.⁴⁹⁶ **Özgenç'e göre** failin gerçekleştirdiği icbar fiilinden mağdurun etkilenmemesi halinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu yönündeki Yargıtay kararlarının doğru değildir.⁴⁹⁷

İcbar belli bir şiddete ulaşmalıdır.⁴⁹⁸ Mağdur, kamu görevlisinin zorlamasından kolaylıkla kurtulma imkanının olmadığı bilinciyle hareket etmelidir.⁴⁹⁹ Nitekim icbar fiilin etkisinden kolaylıkla kurtulma imkanı olmasına rağmen, faile talep ettiği haksız menfaati temin etmesi durumunda rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁵⁰⁰ **Özgenç'e göre**, tereddütlü durumlarda, rüşvet değil, icbar suretiyle irtikap suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Nitekim eylemin rüşvet olarak nitelendirilmesi mağduru fail durumuna sokabileceğinden, kişi yetkili makamlara başvurarak ihbarda bulunmaktan kaçınabilecektir.⁵⁰¹ İrtikap suçunda icbardan bahsedebilmek için failin hareketlerinin yaşamın normal akışı içerisinde bir kimsede manevi baskı yaratmaya, kendisini tehdit edilmiş gibi hissetmesine elverişli olması gerektiğinden, failin hareketi normal bir kimsede manevi cebri oluşturmaması, mağdurun fazla ürkek veya çekingen olması edeniyle kendisine baskı yapıldığına inanması ya da faile haksız bir çıkar sağlama veya vaadine baştan hazır olması halinde icbarın varlığından söz edilemeyecektir.⁵⁰²

⁴⁹² BAYTEMİR, a.g.e. s.736

⁴⁹³ BAYTEMİR, a.g.e. s.736

⁴⁹⁴ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.506

⁴⁹⁵ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.24

⁴⁹⁶ ÖZGENÇ, a.g.e. s.24

⁴⁹⁷ ÖZGENÇ, a.g.e. s.24

⁴⁹⁸ TURABİ, a.g.e. s.86

⁴⁹⁹ ÖZGENÇ, a.g.e., s.25

⁵⁰⁰ ÖZGENÇ, a.g.e. s.958

⁵⁰¹ ÖZGENÇ, İ., Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.169

⁵⁰² TURABİ, a.g.e. s.86

İcbar suretiyle irtikapta, yarar vaadi teklifinin mağdur tarafından kabulü ile suç tamamlanmış sayılacağından, teklif edilen vaadin ileride yerine getirilmemesi tamamlanmış suça bir etkisi olmayacaktır.⁵⁰³ **Özen'e göre**, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen icbarın sadece nesnel anlamda kişi üzerinde baskı kurmaya elverişli olması yeterli olmadığından, aynı zamanda somut olaya göre kişinin bu manevi cebirden etkilenmiş olması gerekmektedir.⁵⁰⁴

Kamu görevlisinin icbar ve manevi baskı yaratmaya elverişli hareket yapmasına rağmen, mağdurun etkilenmemesi halinde fiil teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Yapılan icbar fiilinin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaad edilmesi veya sağlanması istenen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi ve mağdurun istenen menfaati sağlamış veya vaat etmiş olması yeterli olduğundan, mağdurun bilfiil kendisini böyle bir manevi baskı içerisinde hissetmesi şart değildir.⁵⁰⁵

Kamu görevlisi veya üçüncü bir şahsa haksız menfaat temin eden kişi, meşru bir zeminde ise irtikap, gayrimeşru bir zeminde ise rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁵⁰⁶ İcbar suretiyle irtikapta icbarın, '*kişiyi gerçekte mevcut ve haklı menfaatinden mahrum bırakmak için*' yapılmış olması gerekir.⁵⁰⁷ Nitekim, kamu görevlisi olan failin görevinin gereklerine aykırı bir işi yapma vaadiyle veya yapması karşılığında kişiden para talep etmesi ve bunun yerine getirilmesi halinde irtikap değil, rüşvet suçu söz konusu olacak ve menfaati sağlayan kişi de rüşvet suçundan cezalandırılacaktır.⁵⁰⁸ Ancak kişinin failden gelen bu talep karşısında, para vermeyi kabul ettiğini beyanla, failin yakalanmasını sağlaması halinde, rüşvet suçuna teşebbüsten ceza vermek gerekecektir.⁵⁰⁹ Yargıtay ise hakimler yönünden icbardan kurtulabilmesi durumunun mağdurun aciliyeti ve seçim hakkı bulunup bulunmamasına göre belirlediği anlaşılmaktadır.⁵¹⁰

Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, 765 sayılı TCK'daki ilgili madde metninde 'meşru zeminde bulunma' gibi bir ifade olmadığından, her olayda mutlaka mağdurun meşru zeminde olması aranmaz.⁵¹¹ Bu durum her somut olayda bir argüman olarak

⁵⁰³ TURABİ, a.g.e. s.85

⁵⁰⁴ ÖZEN, a.g.e. s.60

⁵⁰⁵ ÖZEN, a.g.e. s.60

⁵⁰⁶ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.34,

⁵⁰⁷ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.34, 35, ÖNDER, a.g.e. s.144

⁵⁰⁸ ÖZGENÇ, a.g.e. s.36

⁵⁰⁹ ÖZGENÇ, a.g.e. s.36

⁵¹⁰ TURABİ, a. g.e. s.88

⁵¹¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a.g.e, s.983, AKÇİN, a. g.e. s.145

kullanılabilirse de her olayda bu kıstası uygulamak doğru olmaz.⁵¹²Nitekim 1 haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve irtikap suçunu tanımlayan madde metninde haksız olarak ibaresi bulunmadığı için, ayrıca 6352 sayılı kanunla suç tiplerinin yapısı esaslı şekilde değiştirildiğinden artık bu kıstasın bir anlamı kalmamıştır.⁵¹³**Akçin'e göre** az bir yaptırım gerektiren suça el koyan failin, mağdura eyleminin daha ağır yaptırımı gerektirdiğini söyleyerek yarar sağlamasının irtikap suçunu oluşturacağıın kabulü gerekmektedir⁵¹⁴

Baytemir'e göre de, kanun koyucunun madde gerekçesinde '... Karşılaşabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için' demek suretiyle mağdurun kendisine yönelin hareketin haksız olduğunu bilmesine, ancak istenen yararın sağlanmadığı veya vaat etmediği takdirde daha ağır bir zarar uğrayacağı endişesiyle hareket etmesinin yeterli olduğu, mağdurun ayrıca meşru zeminde olmasının vurgulanmadığı anlaşılmaktadır.⁵¹⁵mağdurun hukuka aykırı bir davranış içine girme niyetinde olması ve buna bağlı yarar sağlamaya zorlanması durumunda da irtikap suçu oluşabileceği, burada önemli olanın kişinin iradesinin, fail tarafından zorlayıcı hareket ile baskı altına alınmış olmasıdır.⁵¹⁶

Tezcan/Erdem/Önok'a göre irtikap suçunun oluşmasında mağdurun meşru veya gayri meşru zeminde olmasının önem taşımadığı, gayrimeşru zeminde olan ve bunu örtmek için kamu görevlisine çıkar temin ya da vaad eden kişi de buna zorlanmış olabileceği savunulmuştur.⁵¹⁷İcbar suretiyle irtikap suçunda aktif durumda olan, yapıcı davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi, mağdurun rızasını manevi cebir ile elde etmiştir.Burada mağdur, kamu görevlisine sağladığı yararın yasal olmadığını bildiği halde ikna suretiyle irtikapta hileli davranışlarla inandırılan mağdur bu durumu bilmez.⁵¹⁸

Burada icbar, kamu görevlisinin görevine uygun davranması için yapılabileceği gibi, görevini gereklerine aykırı davranmak içinde yapılabilir.İcbarın kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olması gerektiğinden aksi halde, koşulların gerçekleşmesi halinde yağma suçu oluşabilir.⁵¹⁹İrtikap suçunun bir diğer görünümü

⁵¹² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a.g.e. s.983

⁵¹³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a.g.e. s.983

⁵¹⁴ AKÇİN, a. g.e. s.145

⁵¹⁵ BAYTEMİR, a. g.e. s.737

⁵¹⁶ BAYTEMİR, a. g.e.s. 737, 738

⁵¹⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e. s.1049

⁵¹⁸ ARTUK/GÖKCENALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1025

⁵¹⁹ ÖZEN, a.g.e. s.66, 67

uygulamada bıçak parası olarak adlandırılan, hekimlerin cerrahi müdahale için hasta veya hasta yakınlarından haksız yarar sağlaması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde *'(!)Kamu görevlileri, kamu yönetimine güveni sağlayacak şekilde davranırlar ve görevin gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını davranışlarıyla gösterirler. Halkın kamu hizmetine güven duygusunu zedeleyen, şüphe yaratan ve adalet ilkesine zarar veren davranışlarda bulunmaktan kaçınırlar...(3)... mevzuata aykırı olarak kendileri için hizmet, imkan veya benzeri çıkarlar talep edemez ve talep olmasa dahi sunulana kabul edemezler.'* ve 14. maddesinde *'(1)Kamu görevlileri; görev, unvan ve yetkilerini kullanarak kendileri, yakınları veya üçüncü kişiler lehine menfaat sağlayamaz ve aracılıkta bulunamazlar...'* hükmüne, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 12. maddesinde *'(1)Hastalara, herhangi bir suretle olursa olsun, haksız bir menfaat teminini istihdaf eden fiil ve hareketlerde bulunmaları...caiz değildir'* hükmüne, Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 4. maddesinde para cezası gerektiren hallere ilişkin *'(f)Meslek uygulaması sırasında veya tabip odası ile ilişkilerinde herhangi bir şekilde haksız kazanç teminine yönelik davranışlarda bulunmak,... (i)Meslektaşlara maddi çıkar karşılığı muayene ve tedavi için hasta göndermek, kendisine hasta sağlaması için aracı kullanmak veya herhangi bir kişiye bu nedenle çıkar sağlamak, hastaları zorunlu durumlar dışında kendisine, yakınına veya ortağına ait özel sağlık kuruluşlarına yönlendirici tavır ve davranışlarda bulunmak'* hükmüne yer verilmiştir.

Hekimin hasta veya yakınına tıbbi müdahale yapılmadığı takdirde kötü sonuçların meydana geleceğine inandırarak manevi cebirde bulunması, söz konusu manevi cebir yani zorlama altında mağdurun ödeme yapması veya vaat etmesi irtikap suçunu oluşturacaktır. İrtikap suçunda suçtan zarar gören kişi, sağladığı yararın haksız olduğunu bilir, ancak, iradesi baskı altına alındığından daha ağır bir zarardan kurtulmak için sağlık personeline yarar sağlar⁵²⁰

Sadece sağlık personeli olan kamu görevlisi tarafından işlenebilen bıçak parasına ilişkin irtikap suçunda hekim, kamu görevinin sağladığı nüfuz veya güveni kötüye kullanmak suretiyle manevi zorlama uygulayarak kişiden kendisine veya başkasına yarar sağlamasını veya vaatte bulunmasını sağlamaktadır.⁵²¹ Tehdit veya

⁵²⁰ ÜMİT Ceyda, Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu - Yıl:8, Sayı:32, Ekim 2017 Ankara, s.232, 233, (Erişim tarihi:25.03.2020)

⁵²¹ ÖZALP Faruk, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

şiddet boyutuna varmamak şartıyla manevi zorlama, duygulandırma veya izlenim(ihtisas) yoluyla da olabilir.⁵²²

Hekimin gerçekleştirdiği icbarın mağduru etkilemek için belli bir yoğunlukta olmaması halinde şartların da varlığı halinde icbar suretiyle irtikap yerine görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır.⁵²³ Yargıtay CGK kararında ‘hekimin hastanede yapılacak bir ameliyatın yapılamayacağını ileri sürerek ameliyatı para karşılığı özel hastaneden gerçekleştirmesi durumunda, zorlamanın belli bir yoğunluğa ulaşmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı kabul etmiştir.⁵²⁴ Yargıtay CGK 2007 tarihli bir kararında ‘...SSK Bölge Hastanesinde göz doktoru olarak görev yapmakta olan Dr. C. K.’nın, hastane polikliniğine muayene olmak için gelen M. G.’e ameliyat olması gerektiğini söyleyip, ameliyattan sonra da M. G.’den 30.000.000 lira aldığı, M.G. ile tanık Ü. G.’ün aşamalarda değişmeyen istikrarlı ifadeleriyle kanıtlanmış ise de, bu paranın verilmesi konusunda ameliyat öncesi sanıktan gelen ve icbara dönüşen bir teklifin bulunmadığı gibi sanıkla M. G. arasında yapılmış bulunan bir rüşvet anlaşmasının varlığı da ispatlanamadığından, olayımızda irtikap ve rüşvet suçlarının oluşmadığını kabul etmek gerekmiştir. Bununla birlikte, görevi nedeniyle M. G.’ü ücretsiz olarak ameliyat etmek zorunda olan sanığın, hiç para almaması gerekirken, müştekidenden 30 milyon lirayı almış olduğunun kesinlik kazanması nedeniyle; gerek suç tarihinde geçerli mevzuata göre 765 sayılı TCY.nın 240. maddesi gerekse sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasanın 257. maddesinde tanımını bulan “görevde yetkiyi kötüye kullanma” suçunun unsurları oluşmuştur.’⁵²⁵ şeklinde değerlendirilmişse de 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Yasa değişikliği ile TCK 257/3. fıkrasının yürürlükten kaldırılması neticesinde, sanığın ücretsiz olarak ameliyat etmek zorunda olduğu hastasından, ameliyattan sonra para alması eylemi TCK 250/1 maddesi kapsamına girmiştir.⁵²⁶

Yine TCK 257/3 fıkrasının yürürlükte olduğu zaman diliminde gerçekleştirilen eyleme ilişkin Yargıtay ‘Suç tarihinde ...Devlet Hastanesinde kadın doğum uzmanı olan doktor sanığın, katılanın doğum için müracaatı sonrası normal doğum yapmasını önermesine karşın, katılanın sezaryenle doğum yapmak istediğini bildirmesi sebebiyle

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s.143, (Erişim tarihi:24.03.2020)

⁵²² ÖZALP, a.g.t., s.144

⁵²³ ÖZALP, a.g.t., s.144

⁵²⁴ Yargıtay CGK, 05.10.1987, 4-280/433 sayılı kararı aktaran ÖZALP, a.g.t., s.145

⁵²⁵ Yargıtay CGK, 30.10.2007, 2007/5-174, 2007/213 sayılı karar Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

⁵²⁶ ÖZALP, a.g.t., s.146,

katılandan 150 TL talep ettiği, katılanın da talebi kabulü üzerine doğumun gerçekleştirildiği, doğumdan sonra da talebini yineleyince katılanın durumu eşine söylediği, eşinin kolluğa müracaatı sonrası suçüstü yapılmasını sağlamak amacıyla kolluk tarafından seri numaraları alınmış 150 TL'nin eş tarafından sanığa verildiği ve bu paralarla kollukça yakalandığı sübut bulan olayda, eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan TCK'nun 257/3. maddesinde yer alan görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçunu oluşturmaya nazaran, bu yöndeki mahkeme kabulünde bir isabetsizlik bulunmamakta ise de; suçüstü yapılmak üzere seri numaraları alınmış paraların teslimi sonrasında paraları hakimiyetine alamadan sanığın yakalandığı, bu sebeple menfaat temininin gerçekleşmediği ve eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden, yanılığlı değerlendirmeye tamamlanmış suçtan mahkumiyet hükmü kurulması,...' şeklinde hüküm kurmuştur.⁵²⁷ Ancak kanun koyucunun 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Yasa değişikliği ile TCK 257/3. fıkrasının yürürlükten kaldırılması neticesinde, ilgili kararlarda da belirtildiği üzere bu tarihten sonra işlenecek suçlar için rüşvet suçu gündeme gelecektir. Buradaki ayırım ise mağdurun başka çaresinin olmaması(sanığın görev yaptığı hastanede acil olan ameliyatı yapacak başka doktor olmaması) ve sanığın zorlayıcı bir eylemi, mağdurun iradesinin baskı altına alınmış olmasına ortaya çıkmaktadır.

Toplumda hekimlerin bıçak parası almadan ameliyat yapmayacaklarına dair yaygın kanaatin bulunduğu bilen ve ameliyat edilmesi gereken hastayı kendisine yarar veya yarar vaadi sağlamadığı için ameliyat etmeyen, hastanın bıçak parasını vermesinin ardından ameliyatı gerçekleştiren hekimin fiili, ihmali davranışla icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturur.⁵²⁸

İrtikap suçundaki yarar sağlama ögesi; kamu görevlisine görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması ya da yapmaması için menfaat sağlama unsurunu içeren rüşvet suçuyla arasında dikkatli bir karşılaştırmayı gerektirmektedir. Kişinin zorlamadan kendini kolaylıkla kurtarması imkanı bulunmasına karşın, istenen yararı temin etmesi halinde rüşvet suçu oluşacaktır.⁵²⁹Yargıtay bir kararında, 'Devlet Hastanesi'nde Çocuk Cerrahi uzmanı olarak görev yapan sanığın, sünnet ve çift taraflı fitik ameliyatı için 7 aylık olan S.'ın babası N.'ten bıçak parası adı altında 600,00 TL istediği, yapılan

⁵²⁷ Yargıtay 5.CD, 20.02.2019, 2015/1735-2019/2286 sayılı karar, 21.03.2019, 2015/8691-2019/3346 sayılı karar, Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

⁵²⁸ ÖZALP, a.g.t., s.147

⁵²⁹ ÜMİT, a.g.m, s.233,

pazarlık sonucu bu rakamın 400,00 TL'ye düştüğü, şikayetçi N.'in ameliyattan önce muayehanesinde sanığa 100,00 TL verdiği, ameliyatın ve sünnetin 15/12/2005 tarihinde hastanede sanık hekim tarafından gerçekleştirildiği, bu işlemde sonra şikayetçinin resmi makamlara müracaat ederek sanık hakkında şikayetçi olduğu, sünnet ve ameliyattan bir gün sonra şikayetçi tarafından sanığa muayehanesinde ödenen 300,00 TL'nin görevlilerce sanıkta ele geçirildiği, dosya kapsamına göre hastanın hayati tehlikesinin bulunmadığı ve başka sağlık kuruluşlarına başvurma imkanının da bulunduğu, bu itibarla somut olayda sanığın icbar boyutuna varan bir hareketinin olmadığı, eyleminin, suç tarihi itibarıyla 5237 sayılı TCK'nın 257/3-1. maddesinde düzenlenen "görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçunu" oluşturduğu,...⁵³⁰ yönünde karar vermiştir.

Yargıtay hastasını gereksiz harcamalara yönlendiren ve bu surette bıçak parası adı altında ekstra bir ücret isteyen hekimin eylemini de rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir.⁵³¹TCK 250/1. fıkrasında 'Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına...' şeklinde ifade edildiği gibi kamu görevlisi hekim yarar veya yarar vaadinin kendisi veya başkası için isteyebileceği gibi, yararı sağlayan kişi sanığın hastası olabileceği gibi, hasta yakını da olabilmektedir.Hekimlik Mesleği Etik Kuralları 30. Maddesi uyarınca hekim hastanın parasal durumu ne ölçüde olursa olsun hekimler, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez, hastaya gereksiz harcamalar yaptırılmaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez.

⁵³⁰ Yargıtay 5.CD, 02.04.2014, 2013/10945, 2014/3646 sayılı karar Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

⁵³¹ Yargıtay 5.CD, 24.02.2004, 2003/7767, 2004/1112 sayılı kararı "...Devlet Hastanesinde çocuk cerrahisi olarak görev yapan sanık M.Y.'in, çocuğunun rahatsızlığı nedeniyle hastaneye başvuran müşteki M.'in çocuğunun muayenesini yapıp kan tahlili ve röntgen filmi istemesi sonrası hastanede bunları tamamlayan müştekinin daha sonra kendisinin özel muayehanesinde olduğunu öğrendiği sanık doktor M.'in yanına giderek bunları göstermesi üzerine sanık doktorun çocuğun ameliyat edilmesi gerektiğini söyleyerek ... Devlet Hastanesinde yapacağı ameliyat için bıçak parası adı altında 150.000.00 lira ve hastanede anestezi uzmanı olarak görev yapan diğer sanık derviş içinde 20-25.000.000 lira para istediği, müştekinin bunu kabul etmiş gibi gözüküp dışarıda bu durumu komutanına anlatarak daha sonra da şikayetçi olup numaraları tespit edilmiş paralarla sanıkları suçüstü yakalattığı, verdiği bu paranın ödenmesi gerektiğini bilen müştekiye karşı ikna suretiyle irtikap suçunun işlendiğinin kabul edilemeyeceği, istenen parayı verme niyetinde olmayan müştekinin serbest iradeyle anlaşmaya vardığının benimsenemeyeceği, bu itibarla sanıkların rüşvet almaya eksik kalkışma suçundan cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,..." aktaran IŞIK Olcay, Yargıtay Kararları ışığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2010, s.160,161, (Erişim tarihi:24.03.2020), PEKTAŞ Alperen, Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2006, s.80, 81

2.6.2.2. İkna

İkna, bir konuda birinin inanmasını sağlama, inandırma, kandırma anlamına gelen Arapça kökenli bir kelimedir.⁵³²Kamu görevlisi olan failin, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna etmesi halinde ikna suretiyle irtikap suçu söz konusu olmaktadır. Hile, kamu görevlisinin, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak gerçekleştirilmeli, aksi halde dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁵³³İknada icbarın aksine inandırılan bir irade söz konusudur.⁵³⁴

İkna, failin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak, yalan, hile ve desise gibi vasıtalar kullanarak kişiyi yerine getirmeye mecbur olmadığı herhangi bir şeyi kanunen vermeye mecbur olduğuna inandırmasıdır.⁵³⁵765 sayılı TCK'da bireyin nasıl ikna edileceği belirtilmemişken, 5237 sayılı TCK'da ikna etmeye yönelik eylemin hileli davranışlarla yerine getirileceği düzenlemesine yer verilmiştir.Hilenin varlığı araştırılırken, olayın oluş şekli ve olaydaki tüm etkenler, yani kamu görevlisinin pozisyonu, görev alanı, muhatabın içinde bulunduğu durum, psikolojisi, eğitim durumu, işin sonuçlanmasının aciliyeti, failden kaynaklanan hareketlerin hileli olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınmalıdır.⁵³⁶

Hileli davranışlara hangi hareketlerin gireceği yönünde genel bir kural koymak olanaksızsa da; kaba yalanlar ile alelade tavsiye ve telkinlerin ikna dolayısıyla hileli davranışlar kapsamında değerlendirilemeyeceği, hileli davranışların yararın sağlanmasına veya vaadine yönelik nitelikte ve ağırlıkta aldatıcı olması gerekmektedir.⁵³⁷Bu durum kişi veya kişilerin sübjektif durumlarına göre değil, objektif ölçütler esas alınarak, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.⁵³⁸ **Özen'e göre** davranış nesnel olarak iknaya elverişli olmamasına rağmen, kişi ikna olmuş ve yarar teklif etmiş, kamu görevlisi de bu yararı kabul etmişse sağlanan yarar kamu görevlisinin görevi gereği alması gereken bir para

⁵³² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi:19.02.2020)

⁵³³ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.61

⁵³⁴ TURABİ, a.g.e. s.89

⁵³⁵ TURABİ, a.g.e. s.89

⁵³⁶ YURTCAN, a.g.e. s.30

⁵³⁷ AKÇİN, a.g.e. s.151

⁵³⁸ AKÇİN, a.g.e. s.151

ise zimmet, görevine girmiyorsa görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁵³⁹

İkna suretiyle irtikap suçu icrai ya da ihmali davranışla işlenebilen bir suç olmakla, fail, hileyi icrai davranışla gerçekleştirmesi halinde TCK 250. Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ikna suretiyle irtikap, ihmali davranışla işlemesi halinde ise TCK 250. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçundan cezalandırılacaktır.⁵⁴⁰

İkna açık ya da zımni şekilde yani ihsas ettirmek şeklinde de gerçekleştirilebilir⁵⁴¹ **Özen'e göre**, kişinin iradesini etkileyebilecek nitelikte olduğu müddetçe, ikna hareket veya mimiklerle de gerçekleştirilebilir. Yazı ile gerçekleştirilen iknada, fail evrakta sahtecilik suçunu işlemiş ise, aynı zamanda evrakta sahtecilik suçundan cezalandırılması gerekecektir.⁵⁴² Aksi görüş mevcut olsa da, kişi, verdiği para veya sağladığı menfaatin gayri meşru olduğunu bilmemektedir.⁵⁴³ **Özen'e göre** kişi sağladığı yararın haksız olduğunu bilmesi halinde rüşvet suçu oluşur.⁵⁴⁴ İkna suretiyle irtikap suçunda, kamu görevlisi fiili hile içerdikten sonra, ayrıca mağduru para vermeye, sair menfaat temini veya vaatte bulunmaya sevk etmesi açısından icbarda olduğu gibi elverişli olması aranmaz.⁵⁴⁵

İknadan söz etmek için, hileli fiilin mağduru yanıltmış olup olmaması, ancak ikna suretiyle irtikap suçuna teşebbüs açısından önem taşıdığından, failin hileli fiiline rağmen, mağdurun aldanmamış olması halinde tamamlanmış ikna suretiyle irtikap ya da görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu yönündeki görüşler doğru değildir.⁵⁴⁶

İcbarda zorlanmış ve zorlandığı bilinen bir irade varken, iknada kişi inandırılmıştır.⁵⁴⁷ Hileli davranışla inandırılan mağdur, sağladığı çıkar veya vadin gayrimeşru olduğunu bilmemektedir.⁵⁴⁸ Örneğin, muhtar, belli bir işlemin yerine getirilebilmesi için kanunen kendisine verilmesi gerekenden fazlasını kişiye söylemesi üzerine buna inanan mağdurun parayı muhtara vermesi halinde ikna suretiyle irtikap suçu oluşmuş olacaktır.⁵⁴⁹ Üstü kapalı sözlerle kendisine menfaat sağlanması

⁵³⁹ ÖZEN, a.g.e. s.105

⁵⁴⁰ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.61, 62

⁵⁴¹ ÖZGENÇ, a.g.e. s.63

⁵⁴² ÖZEN, a.g.e.s.102

⁵⁴³ ÖZGENÇ, a.g.e. s.63

⁵⁴⁴ ÖZEN, a.g.e. s.101

⁵⁴⁵ ÖZGENÇ, a.g.e., s.65

⁵⁴⁶ ÖZGENÇ, a.g.e. s.67, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1053

⁵⁴⁷ ÖNDER, a.g.e. s.147

⁵⁴⁸ TURABİ, a.g.e. s.90

⁵⁴⁹ TURABİ, a.g.e. s.90

gerektiğine mağduru inandırarak, teklifin mağdur tarafında gelmesini sağlayan muhtarın eylemi ikna suretiyle irtikap kapsamında değerlendirilecektir.⁵⁵⁰Örneğin, tapu dairesinde satış işlemi yapan mağdurun, tapuda görevlisince harç adı altında 30TL ödemeniz gerekli diyerek kandırılarak göreve aykırı biçimde yarar sağlamaya ikna edilmesi durumunda bu suç oluşur. Ancak eşi hastaneye kaldırılan ve acil ameliyata alınması gereken mağdura 200TL ödemezsen ameliyat yapmam diyen doktor ile trafik denetiminde kontrol ettiği aracın tüm belgeleri tam olduğu halde aracı park yerine çekip ceza tutanağı düzenlememek için 20TL ödeme gerek diye zorlayan görevlinin fiilleri icbar suretiyle irtikap suçuna vücut verecektir.⁵⁵¹

Memur yalan beyan ile kişiyi kandırmakta ve paranın ödenmesi gerektiğine yönelik rıza oluşturmaktadır.⁵⁵²Kişi bu rıza ile kendisinden istenen parayı ödemesi fiili rızai, fakat oluşturulan bu rıza ifsat edilmiş bir rızadır.⁵⁵³Kamu görevlisi, kişiyi ikna etmek için çıkarın görev ve işlem gereği verilmesi gerektiğini ileri sürmesi üzerine, mağdurda görevlinin istediği çıkarın yasa ve görev gereği verilmesi gerektiğine hileli davranışlarla inandırılmış olacaktır. Kamu görevlisinin iktan eden söz ve davranışlarının katkısı ile mağdurda bu zan ve inanç oluşmuştur. Burada güven için kamu görevlisinin, yapılmasını söz konusu ettiği işle doğrudan ilgili veya görevli olması gerekmez.Örneğin, kamu görevlisi hekimin dışarıda tahlilleri yaptıracağı beyanı ile hastasından para alması halinde, gereksiz ve fazla alınan para için irtikap suçu söz konusu olacaktır. Her ne kadar tahlil yaptırmak hekimin görevi olmasa da, sağlana haksız çıkar hekime duyulan güven nedeniyle sağlanmıştır. Hileli davranışın sonuç vermesinde kamu görevlisine duyulan güven yattığından, mağdur hileli söz ve davranışa kanmasa ve yarar sağlamasa bile suç oluşmuş ya da teşebbüs edilmiştir.⁵⁵⁴

Failin davranışları kişiyi aldatabilecek nitelikte olmalıdır.İknanın varlığının kabulü için, mağdurun iradesinin etki altına alınması gerektiğinden sadece tavsiye ikna sayılmaz.⁵⁵⁵Hakim önüne gelen her somut olayda failin hareketinin elverişli olup olmadığını takdir edecektir.

Rüşvet ile ikna suretiyle irtikap suçlarının benzer yönleri bulunmaktaysa da rüşvet için, her iki tarafında özgür iradesiyle belirli bir amaca ulaşma konusunda

⁵⁵⁰ TURABİ, a.g.e. s.90

⁵⁵¹ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.509

⁵⁵² ÖNDER, a.g.e., s.147

⁵⁵³ ÖNDER, a.g.e. s.147

⁵⁵⁴ HAMURCU, a.g.t., s.60

⁵⁵⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1029

anlaşması gerekirken ikna suretiyle irtikapta özgür bir irade varmış gibi gözükse de kamu görevlisinin daha önceki hareketine bağlı olarak oluşan, hatalı bir irade mevcuttur. Kamu görevlisinin ikna kastı olmadığı hallerde ikna suretiyle irtikap da söz konusu değildir.⁵⁵⁶

İcbar da mağdurun zorlanmış ve zorlandığı bilinen iradesi olduğu halde, iknada hileli davranışlarla inandırıldığından, sağladığı veya vaat ettiği çıkarın gayrimeşru olduğunu bilmeyen irade söz konusudur.⁵⁵⁷ TCK'nın 250. Madde birinci fıkrasında düzenlenen icbar suretiyle irtikap, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ikna suretiyle irtikap suçuna göre daha ağır yaptırıma bağlanmıştır.

Failin tüm çabaları karşısında mağdurun inanmayarak sırf failin yakalanması için inanmış gibi görünerek kendisinden istenen çıkarı sağlamış veya vaat etmiş ise bu durumda ikna suretiyle irtikap mı yoksa görevi kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığını hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.⁵⁵⁸ **Özene göre**, ikna suretiyle irtikap suçuna teşebbüs olarak kabul edilmelidir.⁵⁵⁹

Mağdur, sözle, yazıyla (sahte evrak kullanarak) ya da her ikisinin birlikte kullanılması ile ikna edilebilir.⁵⁶⁰ İkna suretiyle irtikap icrai davranışla gerçekleştirilebileceğinden, ihmali davranışla işlenmesi halinde hatadan yararlanma suretiyle irtikap söz konusu olacaktır.⁵⁶¹ **Soyaslana göre**; hile icrai bir hareketle olabileceği gibi, ihmali bir hareketle de olabilir. Kamu görevlisinin, kişiye gerçeğe aykırı olarak vergi ödemesi gerektiğini söyleyerek ödenen parayı şahsi menfaatleri için harcaması halinde durum budur.⁵⁶²

İkna suretiyle irtikap suçu, dolandırıcılığa benzemektedir. İkna suretiyle irtikabı dolandırıcılık suçundan ayıran özellik, failin kamu görevlisi olması ve suç görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak işlemiş olmasıdır.⁵⁶³ Kamu görevlisi, kişiyi ikna etmek suretiyle ücret karşılığı bir yarar sağlarsa, ödenen ücret, görülen işe göre az ise ikna suretiyle irtikap suçu oluşabilir.⁵⁶⁴

Yargıtay Kadastro Mahkemesi zabıt katibi olarak görev yapan sanığın temyiz masrafı adı altında 180 TL alması ve bir kısmını mal edinmesi şeklinde gerçekleşen

⁵⁵⁶ ÖZEN, a.g.e. s.103

⁵⁵⁷ TURABİ, a.g.e. s.90

⁵⁵⁸ TURABİ, a.g.e. s.91

⁵⁵⁹ ÖZEN, a.g.e. s.104

⁵⁶⁰ ARTUK/GÖKCENALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1029

⁵⁶¹ ARTUK/GÖKCENALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1029, ÖZEN, a.g.e. s.105

⁵⁶² SOYASLAN, a.g.e. s.676

⁵⁶³ BAYTEMİR, a.g.e. s.740, 741

⁵⁶⁴ ÖZEN, a.g.e.s.106

olayda, mağdurun, sanığın her türlü davranışının yasalara uygun olacağı, yetki ve olanaklarını yasaya uygun olarak kullanacağı inanç ve beklentisi içinde bulunmasına rağmen, bu inanç ve güvenden yararlanarak mağdurun iradesini yanıltıp paranın ödenmesini temin ederek çıkar sağlamanın söz konusu olması karşısında ikna suretiyle irtikap suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulmasının bozmayı gerektirdiğini kabul etmiştir.⁵⁶⁵

2.6.2.3. Hatadan Yararlanma

Hatadan yararlanma suretiyle irtikap 765 sayılı TCK dan farklı olarak 5237 sayılı TCK nın 250/3. maddesinde, aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen ikna suretiyle irtikap suçu ile bağlantılı, bu suçun bir diğer işleniş şekli olarak kendine yer bulmuştur.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunda, fail, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle her hangi bir icrai harekette bulunmadan mağdurun yanılığısından yararlanarak haksız çıkar sağlaması söz konusudur.⁵⁶⁶

Hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçunda kamu görevlisinin herhangi bir icrai davranışı olmadan, kişinin herhangi bir nedenle içine düştüğü yanılığdan yararlanmaktadır.⁵⁶⁷ Bu durumda mevcut bir hile olsa da, ihmali davranışla gerçekleşmiştir.⁵⁶⁸ Nitekim kamu görevlisi görevi gereği kişiyi bilgilendirmek ve yanılığısını giderme yükümlülüğü olmasına rağmen, bu yükümlülüğü yerine getirmemekte ve kişinin yanılığısından yararlanmaktadır.⁵⁶⁹ Hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap fiilinde, menfaati temin eden bunu bir hata neticesi elde etmiş olup, burada önemli olan memurun bu hususta hiçbir tesirinin olmamasıdır.⁵⁷⁰ Şahsın hatasının sebebi bilgisizlik veya dalgınlık eseri olsa dahi sonuç değişmeyecektir.⁵⁷¹

⁵⁶⁵ Yargıtay 5CD, 09.09.2015, 2015/6146-13930 sayılı karar, Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

⁵⁶⁶ KANBUR, M. Nihat, 6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu(TCK m.250), MÜFHAD, Cilt:19,Sayı:2 , Ocak 2013, s.1194, (Erişim tarihi:25.03.2020)

⁵⁶⁷ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.62

⁵⁶⁸ ÖZGENÇ, a.g.e. s.62

⁵⁶⁹ ÖZGENÇ, a.g.e. s.62, 63

⁵⁷⁰ TURABİ, a.g.e. s.92

⁵⁷¹ TURABİ, a.g.e. s.92

Burada suç olarak kabul edilen fiil, kamu görevlisinin hatayı bildirmemesi değil, düşülen hata üzerine kendisine sağlanan yararı, kişiye vermeyerek iktisap etmesidir. Kişinin hataya düşmesi, ihmali bir davranışla gerçekleşmemiş ve hataya düşmede kamu görevlisinin etkisi olmamaktadır. Hata sonucu elde edilen yararı geri vermek kamu görevlisinin yükümlülüğü olduğundan, elde edilen yararın geri verilmemesi ihmali davranışla olmaktadır. Bu davranış aynı zamanda yararın sağlanmasını da beraberinde getirdiğinden hatadan yararlanma suretiyle irtikap, ihmali suretiyle işlenebilen bir suçtur.⁵⁷²

Suçun en hafif şekli olan hatadan yararlanma suretiyle irtikap, ikna suretiyle işlenen irtikap fiilinin ihmali davranışla işlenen şeklidir.⁵⁷³ İrtikap suçunu oluşturan hilenin icrai davranışla gerçekleştirilmesi halinde ikna suretiyle irtikap, nitelikli(garantörsel) ihmali davranışla gerçekleştirilmesi halinde ise hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu oluşacaktır.⁵⁷⁴

Hata, her somut olayda, tüm etkenler dikkate alınarak ceza yargılamasındaki serbest delil ilkesi temelinde değerlendirilmesi gerektiğinden, bir olayda hata tamamen muhatabın kendi eksik ve yanlış değerlendirmesinden kaynaklanıyorsa, failin mağduru hataya sevk etmesinden söz edilemez ve hatadan yararlanma suretiyle irtikap gerçekleşmiş olmaz.⁵⁷⁵

Burada memurun kişiyi hataya sevk edecek herhangi bir hareketi bulunmamakta, kişinin düştüğü hataya engel olmayarak, bundan yararlanarak susmaması gereken durumda bu yükümlülüğe ihmali bir hareketi ile engel olmamıştır. Kişinin düştüğü hatanın kaynağı önemli olmadığından, kişinin bilgisizliğinden, dalgınlığından kaynaklı olabilir. Memur, kasten yaptığı hareketle kişiyi hataya düşürmesi halinde ikna suretiyle irtikap gündeme gelecektir.⁵⁷⁶

Kamu görevlisinin hileli hareketlerde bulunarak mağduru hataya düşmesini sağlaması halinde, ortada failin icrai bir davranışı olması nedeniyle ikna suretiyle irtikap, mağduru doğru bilgilendirme yükümlülüğü olan kamu görevlisinin mağduru içine düştüğü hatadan, yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak onu bilgilendirme

⁵⁷² ÖZEN, a.g.e. s.114

⁵⁷³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1030

⁵⁷⁴ AKÇİN, a.g.e. s.154

⁵⁷⁵ YURTCAN, a.g.e. s.30

⁵⁷⁶ ÖNDER, a.g.e. s.148

görevini yerine getirmeden kaçınarak ihmali davranışlarla menfaat sağlamışsa hatadan yararlanma suretiyle irtikap söz konusu olacaktır.⁵⁷⁷

Ancak kamu görevlisi, mağdurun yanılığından yararlanarak, menfaat elde edeceği sırada mağdurun durumu fark etmesine rağmen kamu görevlisinin bunu engelleyecek hareketlerde bulunması halinde, gerçekleştirdiği hareketlerin niteliğine göre ikna veya icbar suretiyle irtikâp suçu oluşabilecektir.⁵⁷⁸

Kişinin hatasının bir paranın ödenmesinin gerekip gerekmediği, ödenmesi gerekenden fazla miktar ödenmesi ya da ödemenin yanlış kişiye yapılması gibi neye yönelik olması gerektiği hususunda kanunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.⁵⁷⁹

Kamu görevlisinin, kanunen verilmesi gereken miktardan az bir şey vererek, farkı kendine alması ve karşı taraf da hata ile noksan şekliyle kabul etmesi halinde fiil irtikap olmaktan çıkarak, zimmet suçuna dönecektir. İtalyan temyiz mahkemesinin şahsın çekilmek üzere verdiği telgrafi daha az kelime ile ifade etmek sureti ile aradaki kelime farkına tekabül eden ücreti kendine mal eden telgraf memurunun eylemin hata suretiyle işlene irtikap olarak değerlendirilmesinin doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Hata suretiyle irtikapta fail, tamamen pasif kalmalı, mağdurda kendiliğinden hataya düşmesi gerektiğinden somut olayda kelime adedini indiren memur olması ve mağdur ise bir hataya düşmemiş olduğundan irtikap suçu söz konusu olmayacaktır.⁵⁸⁰

Burada söz konusu olan ihmali davranışla gerçekleştirilen hileye ile ilgili dolandırıcılık suçuna ilişkin 157. Madde komisyon değişiklik gerekçesinde '*Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.*'⁵⁸¹ şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

Hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçu, TCK 250. Maddesinde düzenlenen diğer irtikap türlerine göre daha hafif bir yaptırıma bağlanmıştır. Kanunda

⁵⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1030

⁵⁷⁸ KANBUR, a.g.m, s.1195

⁵⁷⁹ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.63

⁵⁸⁰ TURABİ, a.g.e. s.93

⁵⁸¹ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleripkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237> Erişim tarihi:28.08.2020

ne üzerine hata edileceği hakkında açıklık olmadığından hatanın nasıl gerçekleştiği veya edanın miktarı ya da kamu görevlisi görenin edayı kabule ehil olup olmamasına bakılmayacaktır.⁵⁸²

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikabı selbi irtikap olarak isimlendiren yazarlar bulunmakla birlikte, gerekmediği halde mahkeme masrafı olarak yanlışlıkla verilen paranın kamu görevlisi tarafından farkedilmesine rağmen alınması ve şahsına yarar sağlaması halinde selbi irtikap söz konusu olacaktır.⁵⁸³

Özen'e göre hatadan yararlanan suretiyle irtikap ile zimmet suçu arasındaki farkın kişinin sağladığı yararı hata neticesi verip vermediğidir.⁵⁸⁴ Zimmet için sadece kişinin hataya düşmemiş olması yeterli olmadığından, aynı zamanda kamu görevlisinin sağlanan yararı almaya kanun gereği görevli ve yetkili olması gerekmektedir.⁵⁸⁵ Burada zimmet fiili aksine tevdi serbest bir iradeye dayanmadan hata ile meydana gelmektedir.⁵⁸⁶ Kanunda ne üzerinde hata edileceğine dair açıklık bulunmadığından, hatanın; eda yükümlülüğüne veya edanın miktarına ya da kamu görevlisinin edayı kabule ehil olup olmamasına ilişkin olabileceği kabul edilmelidir.⁵⁸⁷ Hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu failinin, kamu görevlisi olmayan bir kişi olması halinde hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu meydana gelecektir.⁵⁸⁸

2.6.3. Yararın Sağlanması veya Vaad Olunması

Netice, failin hareketinin dış dünyada getirdiği değişiklik olarak tanımlanmakla birlikte, failin her hareketi netice kabul edilmemekte, bir suçun tamamlanması için kanunda öngörülen neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir.⁵⁸⁹ İrtikap suçu, kanunda düzenleniş şekli itibariyle bir neticeye bağlanan suçtur.

İcbar ya da ikna suretiyle işlenen irtikap suçunun oluşması için, icbar ya da ikna etkisiyle kamu görevlisine veya başkasına haksız olarak yarar sağlanmış ya da

⁵⁸² TURABİ, a. g.e. s.93

⁵⁸³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a. g.e. s.1031

⁵⁸⁴ ÖZEN, a. g.e. s.115

⁵⁸⁵ ÖZEN, a. g.e. s.115

⁵⁸⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1031

⁵⁸⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1031

⁵⁸⁸ BAYTEMİR, a.g.e., s.741, İNANÇ, a.g.e. s.113

⁵⁸⁹ ARI, a.g.e., s.54,

vaatte bulunulması gerekir. Kanun koyucu yarar kavramı kapsamına neler gireceği konusunda bir tanımlama yapmamıştır. Bu nedenle doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Kanunda yarar kavramına ilişkin tanım bulunmadığı gibi, gerekçede de yararın, yarar vaadinin ne anlama geldiği belirtilmemiştir. Yarar kavramı yerine, Zanardelli kanunu ‘para.. ve sair menfaat’; 765 sayılı TCK da ‘para veya sair menfaatler’, İCK da ‘para veya diğer bir yarar’ terimi kullanılmıştır.⁵⁹⁰ Ulusal ve Uluslar arası piyasalarda geçerli olan her türlü para, kıymetli kağıtlar, damgalar, kuşkusuz yarar terimi içinde düşünülmelidir.⁵⁹¹ Doktrinde yarar, yarar vaadi ve menfaat kavramlarının ne anlama geldiği hususunda görüş birliği bulunmamakla birlikte, genellikle menfaat terimine her türlü faydanın girdiği kabul edilmektedir.⁵⁹² 765 sayılı TCK da kullanılan ‘para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına’ ibaresi yerine 5237 sayılı TCK’da ‘yarar sağlanması’ kavramının kullanılması ile ifade daha net hale getirilmiştir.⁵⁹³ Suçun konusu yani sağlanan şey olan yarar kavramı geniş yorumlanmalıdır.⁵⁹⁴ Maddi, manevi, ekonomik değere sahip olan veya olmayan her türlü şey yarar kapsamında değerlendirilmelidir.⁵⁹⁵ Örneğin, kamu görevlisinin var olan borcunun silinmesi, başkasına ödettirilmesi, başkasına ait araç veya sair eşyanın herhangi bir bedel ödenmeksizin kullanılması buna örnek verilebilirken, ekonomik değer taşımayan cinsel arzuların tatmini bu kapsamda değerlendirilemez.⁵⁹⁶ Menfaat geniş yorumlanacağından, cinsi ve benzer arzuların tatmini,⁵⁹⁷ gururu okşayan, övünmeye vesile olan veya sırf estetik hislere hitap eden haller de menfaat kavramı içinde değerlendirilmelidir.⁵⁹⁸ Cinsi arzuların tatmini hususu tartışmaya açık olmakla, bir kısım görüş cinsi temasın ancak umumi kadın söz konusu ise menfaat sayılacağı, bunun dışındaki hallerde cinsi temasın menfaat sayılmayacağı, bu hallerde ırza geçme hükümlerinin de uygulanmayacağı savunurken, kamu görevlisinin zorlaması neticesinde cinsi temasa mecbur edilen kadının irtikap cürmü mağduru olacağını savunan muhalif görüşlerde mevcuttur.⁵⁹⁹

⁵⁹⁰ HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Mustafa, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar. Ankara:US-A Yayıncılık, 2016, s.35

⁵⁹¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e. s.35

⁵⁹² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e., s.35

⁵⁹³ İNANÇ, a.g.e. s.97

⁵⁹⁴ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.37

⁵⁹⁵ ÖZEN, a.g.e. s.71, ÖNDER, a.g.e. s.142, YURTCAN, a.g.e. s.27

⁵⁹⁶ ÖZGENÇ, a.g.e. s.37, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e. s.24

⁵⁹⁷ TUĞRUL, a.g.e. s.975

⁵⁹⁸ ÖNDER, a.g.e. s.142

⁵⁹⁹ EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara,

Verilen veya vaat edilen faydanın hukuken geçerli olması aranmadığından, kanuna, ahlaka, adaba aykırı oldukları için geçersiz olan faydalar da menfaat kapsamına girmektedir.⁶⁰⁰ Örneğin mağdurun kamu görevlisinden istediği tedbir karşılığında kamu görevlisinin cinsel isteğinin tatminini istenmesi ve bu istemin kabulü halinde irtikap suçu oluşmaktadır.⁶⁰¹

Kanun koyucu yarar vaadinde bulunmaya mecbur bırakmayı da cezalandırdığından, suçun işlenmesinde olayın yaşandığı anda değil, daha sonra bir yarar da bulunmak söz konusudur.⁶⁰² Menfaatin derhal fayda sağlaması gerekmediği gibi, gerçekleşmemesi mümkün bir menfaat de olabilir.⁶⁰³ Yarar sağlama vaadinde bulunmanın, mutlaka borç doğurucu, geçerli bir sözleşmenin bulunmasının şart olmadığı, sözlü, yazılı olabileceği gibi eksik borç vaa dinin, ahlaka aykırı bir vaatte bulunmanın da mümkün olduğu söylenebilir.⁶⁰⁴ Vaadin sebebini kanuna aykırı oluşu ile vaa din, sahibini hukuken bağlaması ayrı durumlar olduğundan, vaat tutulmuş ise yarar temin edilmiş, tutulmamış ise ikili ayrıma gidilerek vaat mağduru bağlayabilecek vasıfta ise suç tekemmül etmiş, bu vasıfta değil ise tereddütle yaklaşmakla birlikte vaat muteber olmasa bile irtikapın oluşacağı hususu dikkate alınmalıdır.⁶⁰⁵

Suçun konusunu oluşturan yararın sağlanması veya vaat edilmesi ile icbar veya ikna fiili arasında illiyet bağı bulunması gerekir.⁶⁰⁶ Nedensellik bağı, sırf hareket suçları bakımından ortaya çıkacak bir netice aranmadığından, sadece neticeli suçlar bakımından söz konusu olmaktadır.⁶⁰⁷ Nedensellik bağı, kanun metninde öngörülen hareket ile yine kanun metninde öngörülen neticeyi birbirine bağlayan bağıdır.⁶⁰⁸

TCK 250. Maddesinin 1.fikrasında menfaat temini, 4. fıkrasında ise menfaatin irtikap edilmesi kavramlarına yer verilmiş olup, kullanılan menfaat temini kavramının yararın sağlanması ve vaa din elde edilmesi anlamlarını kapsayacak şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır.⁶⁰⁹ Temin etmek; “emniyet verme, korkusunu giderme,

1983, s.157

⁶⁰⁰ SOYASLAN, a.g.e. s.674, 675

⁶⁰¹ SOYASLAN, a.g.e., s.674, İNANÇ, a.g.e. s.735

⁶⁰² YURTCAN, a.g.e. s.27

⁶⁰³ EREM Faruk/TOROLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s.168

⁶⁰⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e. s36

⁶⁰⁵ EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983, s.156

⁶⁰⁶ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.37

⁶⁰⁷ ARI, a.g.e., s. 57

⁶⁰⁸ ARI, a.g.e., s.57

⁶⁰⁹ TURABİ, a.g.e. s.98

sağlamlaştırma, şüphe bırakmama” anlamına gelmektedir.Şu halde yararın sağlanması için, mağdur, failin suça konu yararın verileceği konusundaki şüphelerini tamamen ortadan kaldıracak, failin icbar veya iknası da buna yönelik olacaktır.Buradan da anlaşılmaktadır ki, sağlamak; “vaatte bulunmak”tan ileri, “verme”den daha önceki bir safhayı ifade etmektedir.⁶¹⁰

Kanunda yararın sağlanmasından bahsedilmekle, sağlamak vermeyi, var olan bir borcun silinmesi gibi durumları kapsayan geniş yorumlanması gereken bir kavramdır.⁶¹¹Yararın sağlanması para ise paranın ödenmesi, eşya ise eşyanın verilmesi sair yarar ise bu yararların kamu görevlisine tevdi anlamına gelmektedir.⁶¹²Yani fail ya da başka bir kimsenin suçun konusunu oluşturan para veya sair menfaat üzerinde tasarruf yetkisini elde etmesiyle sağlamak fiili gerçekleşmiş olur.⁶¹³Önemli olan failin suça konu nesne üzerinde hukuken ya da fiilen tasarruf edebilmesidir.⁶¹⁴**Özen’e göre** sağlama, yarara konu taşınır ise kişinin tasarrufun alanına sokulması, taşınmaz ise mülkiyetinin geçirilmesi anlamına gelmektedir.⁶¹⁵Suç konusu yararın kamu görevlisi veya üçüncü kişiye intikali için mülkiyetin nakli konusunda kanunda öngörülen usullerin yerine getirilmesi gerekmez.⁶¹⁶

Vaad, “ahd” ten türetilen Arapça bir kelime olup, vaat etme; “Bir işi yerine getirmek için verilen söz” demektir.Sadece vaadin kabul edilmesi ile irtikap suçu oluşmaktadır.Vaat, doğrudan veya dolaylı ve vaatte bulunanı vaadini yerini getirme ile yükümlü kılacak herhangi bir şekilde yapılabilir.⁶¹⁷

TCK 250. madde metninde ‘... Kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına...’ şeklinde yer alan başkasına kavramı gerçek ve tüzel kişileri, hatta kamu tüzel kişilerini dahi kapsamaktadır.⁶¹⁸Suç konu yararın Devlet kasasına girmesi halinde irtikap suçunun oluşmayacağı yönündeki görüş⁶¹⁹, devlete kişilere nazaran daha üstün değer biçen eski anlayışın ürünüdür.⁶²⁰İrtikap suçunda koruna hukuki değer esas alındığında, yararın devlet e sağlanması halinde de, kamu görevlisinin tarafsızlığı, dürüstlüğü, devlete olan güven duygusu

⁶¹⁰ KOCA, a.g.m, s.254

⁶¹¹ ÖZGENÇ, a.g.e. s.38

⁶¹² TURABİ, a.g.e. s.98

⁶¹³ ÖZGENÇ, a.g.e. s.38

⁶¹⁴ İNANÇ, a.g.e. s.97

⁶¹⁵ ÖZEN, a.g.e. s.78

⁶¹⁶ KANBUR, a.g.m, s.1196

⁶¹⁷ KOCA, a.g.m, s.255

⁶¹⁸ ÖZGENÇ, a.g.e. s.39

⁶¹⁹ SOYASLAN, a.g.e. s.675, ÖNDER, a.g.e. s.141

⁶²⁰ ÖZGENÇ, a.g.e. s.39, 40

zedelenmektedir.⁶²¹ *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır'a göre* madde metninde yer alan başkası ibaresi gerçek ve tüzel kişileri kapsamakta ancak, yararın devlete sağlanması veya vaat edilmesi halinde irtikap suçunun değil, diğer unsurların da bulunması halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁶²² *Soyaslan'a göre*, yararın devlet e sağlanması halinde irtikap yada görevi kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı, ancak disiplin cezasını gerektiren bir fiil söz konusu olacağı belirtilmiştir.⁶²³ *Tezcan/Erdem/Önok'a göre* TCK açısından başkası kelimesi kapsamına kamu kurumları da girdiğinden, Devlete ait alacağı tahsil etmek için zor kullanan kamu görevlisi de artık irtikap suçu faili sayılmalıdır.⁶²⁴

Özgenç'e göre kamu kurumları yanında kurulan dernek veya vakıflara yaptırılan bağışların da, hukuk devletinde kişilerin kamusal harcamalara katılma yönündeki mali yükümlülükleri ancak kanunla belirlenebileceğinden bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶²⁵ *Özen bu görüşe göre*, okula kayıt için bağış altında alınan paranın da irtikap suçunu meydana getireceğinden, bağışın özgür iradeye dayanıp dayanmadığına göre değerlendirme yapılması gerektiğini savunmuştur.⁶²⁶

Vaat, gelecekteki bir verme, yerine getirme yükümlülüğüdür.⁶²⁷ İrtikap suçuna konu yararın sağlanması yönünde vaatte bulunması ile de suç işlenebilmektedir. *Özgen'e göre*, vaatte bulunma ile ortada tamamlanmış bir suç olmamasına rağmen kanun koyucu teşebbüs aşamasında kalan irtikap suçundan dolayı failin suç tamamlanmış gibi cezalandırıldığını öngörmektedir.⁶²⁸ Nitekim vaat konusu yerine getirilme bile suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılmadan, tamamlanmış suç olarak kabul edilecektir. Vaadin gerçekleştirilmemesi, kamu görevlisi eyleminin geri dönüşünü sağlamaz. Çünkü kamu görevlisi, yarar vaadinde bulunmaya zorlaması veya ikna etmesi neticesinde vaatte bulunması sonucu mağdurun işini görmesi ile kamu idaresi güvenliliği sarsılmıştır.⁶²⁹ TCK 250. madde gerekçesinde izlenen suç politikası gereğince kamu görevlisinin yarar vaadinde bulunması halinde tamamlanmış irtikap

⁶²¹ ÖZEN, a.g.e. s.75

⁶²² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1023

⁶²³ SOYASLAN, a.g.e. s.675

⁶²⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1056

⁶²⁵ ÖZGENÇ, a.g.e. s.40

⁶²⁶ ÖZEN, a.g.e. s.77a

⁶²⁷ EREM, Faruk/TOROLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s.168

⁶²⁸ ÖZGENÇ, a.g.e. s.38

⁶²⁹ MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s166

suçundan sorumlu utulması gerekmektedir.⁶³⁰ **Özen'e göre**, doktorun çocuk yapma yeteneği olmayan kamu görevlisine bir takım ilaçlar yardımıyla çocuk sahibi olacağını vaat etmesi durumunda olduğu gibi vaadin hukuken geçerli olması gerekme de konusunun imkansız olmaması gerekir.⁶³¹ Vaadin belirli bir zaman ile sınırlanmasına gerek yoktur.⁶³² **Özen'e göre** vaadin göstermelik (sahte olarak) yapılması halinde, ortada gerçek bir irade olmadığından irtikap suçu oluşmamalıdır.⁶³³

İrtikap suçunun oluşması için gereken vaat, doğrudan doğruya veya araya birileri konarak da yapılabilir. Vaat, vadedeni tahhüdünü ifa ile mükellef kılan herhangi bir tarzda olabileceğinden, şeklini tetkike gerek yoktur.⁶³⁴ Nitekim kanuna aykırı bir uygulama olduğundan, batıldır.⁶³⁵ Bu nedenle ciddi olmak şartıyla yazılı veya sözlü vaat ile suç husule gelir.⁶³⁶ Vaat şarta bağlı olarak yapılabileceği gibi, şartın yerine getirilmemesinin suçun oluşmasına herhangi bir etkisi olmayacaktır.⁶³⁷

765 sayılı TCK aksine 5237 sayılı TCK'da sağlanan menfaatin haksız olması gerektiğine dair ibare bulunmama taysa da irtikap suçunun oluşabilmesi için sağlanan menfaatin haksız olması gerekir.⁶³⁸ **Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre** 5237 sayılı TCK'da yararın haksız olmasının vurgulanmamasının nedeni buna gerek duyulmamasıdır.⁶³⁹ Kanun veya örf ve adetin devlet idaresine veya memura verilemesini, sağlanmasını veya vaat edilmesini gerektirmediği bir verme, sağlam veya vaat haksız sılır.⁶⁴⁰ Kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak bir başkasında mevcut olan alacağını tahsil etmesi halinde eylemi cezai bir sorumluluk gerektirmezken, alacağı tahsil ederken aynı zamanda kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilerin haksız kazanç sağlamasına neden olması halinde görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır.⁶⁴¹ **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır'a göre**, kamu görevlisinin idareye ait işi yaptırmak veya idarenin alacağını tahsil etmek üzere icbar ve ikna fiillerini işlemesi halinde irtikap değil, şartlarının bulunması

⁶³⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1022

⁶³¹ ÖZEN, a.g.e. s.79

⁶³² ÖZEN, a.g.e. s.80

⁶³³ ÖZEN, a.g.e. s.80, 81

⁶³⁴ TURABİ, a.g.e. s.99, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. , s.1022

⁶³⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1022

⁶³⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1022

⁶³⁷ AKÇİN, a.g.e.s.142

⁶³⁸ -EREM, Faruk/TOROLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s.168, ÖZÜTÜRK, a.g.e. s.700

⁶³⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, s.7059

⁶⁴⁰ EREM/TOROSLU, a.g.e. s.168

⁶⁴¹ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.39

halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁶⁴²Yargıtay 5.CD hükmet tabipliği sağlık memuru olan sanığın aşısı için müracaat eden hacı adaylarından aşılarının yapılması sırasında dairenin bir takım ihtiyaçlarını karşılamak ve piyasaya olan araç tamir borcunun ödeyebilmek için makbuz karşılığı para aldığı olayda sanığın fiilini ikna suretiyle irtikap sayan mahalli mahkeme kararını suçun unsurları oluşmadığı gerekçesiyle bozmuştur.⁶⁴³**Akçin'e göre**, 5237 sayılı TCK'da 'haksız olarak' ibaresine yer verilmediğinden failin hukuka uygun bir hususun temini için icbar veya iknada bulunarak kendisi veya başkasına yarar sağlaması halinde (örneğin kamu görevlisinin kamu alacağını tahsil etme üzere bu yola başvurulması) irtikap suçu meydana gelecektir.⁶⁴⁴**Özen'e göre** kanunda hukuki ilişkiden doğan alacağını tahsil amaçlı hırsızlık, dolandırıcılık suçlarının işlenmesi halinde cezada indirim düzenlemesine yer verilmişken, irtikap suçuna ilişkin madde metninde böyle bir düzenlemeye yer verilmemişse de irtikap suçunu oluşturan maddi unsurların gerçekleşmesi halinde irtikap suçu meydana gelecek ancak, kanunda bu konudaki düzenlemelerle uyum sağlanması adına cezada indirim düzenlemesine gidilmesi ya da madde metnine haksız olarak ifadesinin eklenmesi gerekmektedir.⁶⁴⁵**Gökcan'a göre**, mağdurdan hakkı olan alacağını almak için nüfuzunu kullanan ve mağduru zorlayan failin eylemi TCK 150. maddesinde düzenlenen kendiliğinden hak alma suçunu oluştururken, üçüncü kişinin hakkını almasını sağlamak üzere mağduru zorlayan failin eylemi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.⁶⁴⁶

Kamu görevlisi, yetkilerini suistimal ederek para karşılığında dahi olsa örneğin evinde tamirat gibi bir hizmet yaptırırsa irtikap suçu oluşmasına engel olmayacaktır.⁶⁴⁷Yaptırılan hizmet bedeli kamu görevlisinin ödediği paranın üstünde ise hukuka aykırı menfaat temin edilmesi söz konusu olacaktır.⁶⁴⁸Ödenen ücret ile sağlanan yarar arasında fark bulunmuyorsa, haksız bir yarar olmadığından irtikap suçu da oluşmayacak, ancak TCK 117. maddesinde düzenlenen iş ve çalışmam hürriyetinin ihlali suçu oluşabilir.⁶⁴⁹Ayrıca disiplin cezası da düşünülebilir.⁶⁵⁰

⁶⁴² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. , s.1035

⁶⁴³ YARGITAY 5CD 21.02.1979, 4064/403 sayılı kararı aktaran KOCA, a.g.m, s.267

⁶⁴⁴ AKÇİN, a.g.e., s.142, MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (4 cilt), Ankara, 2013, s.4209

⁶⁴⁵ ÖZEN, a.g.e. s.76, 77

⁶⁴⁶ GÖKCAN, a.g.e. s.502

⁶⁴⁷ SOYASLAN, a.g.e. s.675

⁶⁴⁸ SOYASLAN, a.g.e. s.675

⁶⁴⁹ ÖZEN, a.g.e. 77

⁶⁵⁰ ÖZEN, a.g.e.s.77

Yine kamu görevlisinin yetkilerini suistimal ederek bir kimseyi kendisine borç vermeye mecbur etmesi veya vaat ettirmesi halinde, kamu görevlisi herkese tanınan kanuni yollara başvurmak yerine görevinde yararlanarak haksız avantaj elde ettiğinden irtikap suçu söz konusu olacaktır.⁶⁵¹

Suçun oluşması için vadin muteber bir borç teşkil etmesi gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalı bir konu olmakla **Turabi'ye göre**, akdin sebebinin kanuna aykırı oluşu ile vadin sahibini hukuken bağlayıp bağlamaması ayrı hususlar olduğu, vaat tutulmuş ise menfaat sağlanmış, tutulmamış ise teklifte bulunarak; vaat mağduru hukuken bağlayacak nitelikte ise suç tamamlanmış, bu nitelikte değilse tereddüt edilmekle birlikte, vaat muteber olmasa bile irtikabın oluşacağını kabul etmek gerekmektedir.⁶⁵²Bir diğer anlayışa göre, vaat yazılı olmalı ki borç husule gelsin, vaat sözde kalmış ise irtikap suçuna sadece teşebbüs edilmiş olacak, bir başka görüş ise, kanuna aykırı, mutlak surette batıl bir akit mevcut olduğunda, vaatte şekil şartları aramak mantıksız olacağından, senede bağlanmış bir vaat kadar şifahi bir vaatle(örneğin kumar borcu gibi tabii borçların dahi titizlikle ödendiği görülmüştür.) de suç meydana gelecektir.⁶⁵³**Erem'e göre**, vaat de akdin sebebinin kanuna aykırı oluşu ile vadin, sahibini hukuken ilzam edip etmemesi ayrı mefhumlar olduğu, vaat tutulmuş ise, esasen para veya sair menfaat temin edilmiş(yarar) olacak, tutulmamış ise bir tefrikte bulunmak gerekir: Vaad mağduru hukuken ilzam edebilecek vasıfta ise suç yine tekemmül etmiş olacağından, vaatte bu vasıf mevcut değilse, tereddüt edilebilir. Nazara alınacak hususun, irtikabın mala karşı suçlarda olmamasıdır. Vatandaşların dürüst ve namuslu memurlar tarafından idaresine inanmaktaki kamu menfaati irtikapla zedelenmiş olacağından, suç sayılmasının sebebi budur. Bu nedenle vaat muteber olmasa bile irtikabın husule geleceğini kabul etmek gerekir. Fakat her halde vaatte ciddi bir vasıf görmüş bulunmak lazımdır.⁶⁵⁴

Kamu görevlisine sağlanan yarar, failin manevi cebrinden sonra gerçekleşmesi gerektiğinden, para alındıktan ya da yarar sağlandıktan sonra, mağdurun haksız fiile ilişkin susmasını sağlamak için yapılan icbar, irtikap suçuna vücut vermeyecektir.⁶⁵⁵Sağlanan veya vaat edilen para veya sair menfaatin değerinin azlığı hususunda kanunda düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre suça konu yararın değerinin

⁶⁵¹ SOYASLAN, a.g.e. s.675

⁶⁵² TURABİ, a.g.e. s.99, 100

⁶⁵³ EREM, a.g.e, s.9

⁶⁵⁴ EREM, a.g.e, s.10

⁶⁵⁵ İNANÇ, a.g.e. s.97

hafif veya pek hafif olması halinde, bu suç dolayısıyla faile daha az ceza verilmesi gerekmektedir.⁶⁵⁶ İcbar ve ikna suretiyle işlenen irtikap suçuna ilişkin 765 sayılı TCK'da para kelimesine yer verilmemişken, hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçunda para kelimesine yer verilmiş ve böylece sınırlamaya gidilmiştir. **Özen'e göre** 5237 sayılı TCK'da bu ayırım kaldırıldığı için, hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçunda cinsel duyguların tatmini de yarar kapsamında değerlendirilebilir.⁶⁵⁷

İcbar ve ikna suretiyle işlenen irtikap suçuna ilişkin kanun metninde yarar vaadinde bulunma ibaresine yer verilmişken, TCK 250. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçunda 2. fıkraya gönderme yapılmıştır. **Özen'e göre** bu sebeple hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap usçu vaatte bulunma şeklinde gerçekleştirilebilir.⁶⁵⁸ Hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin kanunen almaması gereken bir şeyi mağdurun hatasından yararlanarak almış olmalıdır.⁶⁵⁹

TCK 250. Maddesine 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı yasa ile eklenen 4. fıkra da '*İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.*' hükmüne yer verilmiş olup, elde edilen menfaatin değerinin azlığı, mağdurun ekonomik durumu dikkate alınarak, indirilecek olan miktarın belirlenmesi konusunda hakime takdir hakkı tanınmıştır.⁶⁶⁰ Ancak manevi bir menfaat söz konusu ise, TCK 250/4'e göre indirim yapılması mümkün olmayacaktır (Örneğin sanık icbar suretiyle mağdureye yönelik basit cinsel saldırı da bulunmuş ise.)⁶⁶¹ Tüm irtikap halleri için geçerli olan ve TCK 250. maddesine eklenen bu fıkra bir ceza indirimi öngördüğünden, hukuki niteliği hafifletici neden olmaktadır. ⁶⁶² Bu hükmün uygulanmasında, irtikap edilen değer miktarının azlığı değil, irtikap edilen değer nedeniyle, mağdurun kalacağı ekonomik zor durum göz önünde tutulmalıdır.⁶⁶³ **İnanç'a göre** bu durum uygulamada bu suçu işleyen kamu görevlisinin

⁶⁵⁶ ÖZGENÇ, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.172

⁶⁵⁷ ÖZEN, a.g.e. s.117

⁶⁵⁸ ÖZEN, a.g.e. s.117, karşı görüş EVİK, a.g.m, s.70

⁶⁵⁹ ÖZGENÇ, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.189

⁶⁶⁰ İNANÇ, a.g.e. s.114

⁶⁶¹ KOCA, a.g.m, s.255

⁶⁶² YURTCAN, a.g.e. s.31

⁶⁶³ MERAN Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.248

elde ettiği haksız menfaatin değerinin azlığı ve mağdurun gelir düzeyinin yüksek olması halinde verilecek cezada indirimde gidilirken, gelir durumu düşük olanda ise aksi uygulamaya başvurulacağı aşikardır⁶⁶⁴ Ayrıca diğer koşullar aynı olmak kaydıyla irtikap suçunu ekonomik durumu iyi ve kötü olan mağdurlara karşı işleyen ve mağdurların bu durumundan haberdar olmayan failerin durumu da ceza adaleti noktasında çarpıcı bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁶⁵

İlgili kanun maddesine eklenen fıkraya ilişkin bir diğer eleştiri ise; kanun koyucunun bu suçun, kamu idaresine karşı bir suç olduğunu unutan Kamu idaresine karşı işlenen suçlarda, kişiye karşı işlenen suçlardan farklı olarak ve TCK'nın 61. maddesindeki kıstaslardan fazla ve ayrı olarak, bunu bir ceza indirim nedeni saymanın mantıklı bir gerekçesi olmadığı, suçun mağdurunun kişiler değil, Kamu/Toplumdaki Tüm Bireyler/Devlet olduğu halde suçtan zarar gören ile mağduru birbirine karıştırdığı, ayrıca kamuya karşı işlenen suçlarda suçtan zarar görenin uğramış olduğu zarar, bu suç açısından özel bir indirim nedeni olamaz; sadece suçun basit hali düzenlenirken korunan birden fazla hukuksal değer birlikte değerlendirilerek, ceza yaptırımını baştan bu dengeye paralel oluşturulur.⁶⁶⁶

İrtikaba konu menfaatin değerinin tespiti, suçun işlendiği tarihteki paranın satın alma gücü ile mağdurun ekonomik gücü kıyaslanarak yapılacaktır. Mağdurun sosyal ve ekonomik durum araştırması kolluk marifetiyle ve kurumlar nezdinde yapılacaktır.⁶⁶⁷

Malın değerinin az olmaması durumunda, bir kısmının ödenmesi sonucu geri kalan kısmının değeri Mahkemece az kabul edilmesi halinde yasadaki indirimden fail yararlanmalıdır. Ayrıca değer hesaplanmasında gecikme faizi dikkate alınmadan, sadece meydana gelen zarar tespit edilecektir.⁶⁶⁸

Kanun metninde irtikap edilen menfaatin değeri tabiri kullanılmışsa da, uygulanabilirlik açısından irtikap suçuna konu olan menfaatin fiilen elde edilmiş olması şart değildir. Vaat edilen menfaatin değeri de fıkranın uygulanması için esas alınabilir.⁶⁶⁹

⁶⁶⁴ İNANÇ, a.g.e. s.114, 115

⁶⁶⁵ GÜRÜHAN Caner/TOPAÇ T. Hami/KANAT A. S. Ergin, Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:0, Sayı 8 , Ocak 2016 , s.234, (Erişim tarihi:25.03.2020),

⁶⁶⁶ ÜNVER, a.g.m, s.415

⁶⁶⁷ TURABİ, a.g.e., s.148, 149

⁶⁶⁸ TURABİ, a.g.e., s.148

⁶⁶⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a.g.e.s.998

Eylemin teşebbüs aşamasında kalması 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi bu hükmün uygulanmasına engel olmaz.⁶⁷⁰Hakim, tanınan takdir yetkisini TCK 61 maddesinde belirtilen esaslara göre kullanabileceğinden, uygulanmasında mecburiyet olmamakla birlikte, indirim uygulanması yönündeki talebi reddetmesi halinde gerekçe belirtilmek zorundadır.Yargıtay kararlarında da mağdurun ekonomik durumunun araştırılması yanında irtikap edilen menfaatin değerinin nazara alınarak sanığın cezasında makul oranda indirim yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁷¹Ayrıca bu suça bakan ilgili Yargıtay 5.CD'nin yeniden değerlendirilme oranına göre belirlediği değer azlığı listesi her yıl yayınlanmaktadır.

2.6.4. Suçun Tamamlanma Anı

İcbar veya ikna suretiyle işlenen irtikap suçu yararın sağlanması veya vaat edilmesi ile hatadan yararlanma suretiyle irtikap kanunen alınmaması gereken şeyin alınması ile tamamlanır.Vaat olması halinde vaatin yerine getirilmesi şart olmadığından vaat ile suç tamamlanmış olur.

İcbar veya iknanın yapılmasına rağmen çıkarın sağlanmaması veya vaat alınmaması ihtimal dahilinde olduğundan irtikap suçuna teşebbüs mümkündür.⁶⁷² Çünkü icra hareketlerinin failin iradesinden bağımsız nedenlerle kesilmesi mümkündür.⁶⁷³ Ancak hatadan yararlanma suretiyle irtikap ihmali bir hareketle gerçekleştiğinden teşebbüs söz konusu olmayacaktır.⁶⁷⁴

⁶⁷⁰ GÜRÜHAN/TOPAÇ/KANAT, a.g.m, s.232

⁶⁷¹ Yargıtay 5.CD, 23.06.2016, 2014/2938, 2016/6697 sayılı kararında ‘... Katılan ...'nin babasından kalan arazilerini kardeşleri ile aralarında anlaşarak paylaştıklarını ve bu anlaşmaya göre tapuda işlemlerinin yapılmasından sonra sanık ...'nin “adam başı 100'er TL masrafınız var, bana topla getir dediğini”, kendisinin de dışarıda bekleyen kardeşlerinden toplayarak sanığa verdiğini iddia etmesi Mahkemece'de oluşun bu şekilde kabul edilmesi karşısında, katılan ...'nin kardeşlerinin mağdur sıfatı ile dinlenilmesinden sonra TCK'nın 43/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağıın karar yerinde tartışılması ve katılanın ekonomik durumu araştırılarak tespitinden sonra irtikap edilen menfaatin 700 TL olan değeri de nazara alınarak TCK'nın 250/4. maddesi uyarınca sanığın cezasında makul oranda indirim yapılması gerektiği gözetilmeden, noksan araştırma ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmesi,..’ , Yargıtay 5 CD, 26.02.2016, 2013/17129, 2016/2142 sayılı karar, Uyaptan temin edilmiştir.Erişim tarihi:28.08.2020

⁶⁷² EREM Faruk/TOROLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler(8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s.169, TURABİ, a.g.e. s.97

⁶⁷³ SOYASLAN,a.g.e., s.675

⁶⁷⁴ TURABİ, a.g.e. s.97

2.6.5. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması

Bir suçun kanunda belirtilen maddi unsurlarının gerçekleşmiş olması, yani, fiilin tipe uygun olması o fiilin hukuka aykırı olduğunun karinesini teşkil etmektedir. Eğer ortada bir hukuka uygunluk hali olursa, gerçekleştirilen fiilin suç teşkil edip etmeyeceği tüm hukuk düzenini kapsar şekilde değerlendirme konusu olacaktır.⁶⁷⁵

Ceza kanununun suç saydığı bir fiilin işlenmesini ceza kanunundaki veya başka bir hukuk dalındaki başka bir kural izin veriyorsa o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, suç sayılmadığı sonucuna varılacağından, ceza kanununun yasak koyduğu bir fiilin işlenmesine izin vererek onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala hukuka uygunluk nedeni denir.⁶⁷⁶ Yapılan hareketin kanundaki bir suç tanımına uyması, her zaman bunun hukuka aykırı olduğu anlamına gelmediğinden, bunun yanında eylemin hukuka uygun sayılmasını sağlayan bir nedenin bulunmaması gerekir.⁶⁷⁷

2.7. MANEVİ UNSUR

Manevi unsur, TCK'nın 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen kast ve taksir kavramları ile ilişkilidir. Taksirle işlenebilen suçlar arasında belirtilmeyen irtikap suçu, ancak kasten işlenebilir. Bu suç, maddi unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile tamamlanır. Kamu görevlisinin taksirli hareketi disiplin ve şartları olduğunda özel hukuk sorumluluğu doğurur.⁶⁷⁸ Kamu görevlisi, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle, kendisi veya başka bir kimseye yarar sağlama veya bu yolda vaatte bulunmaya icbar veya iknaya elverişli hareket ettiğini bilmeli ve istemelidir. Hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçunda kamu görevlisi, kişinin düştüğü hatayı bilmeli ve bundan yararlanmayı istemelidir. Fail, mağdurun düştüğü hatayı fark etmemişse, kasten hareket ettiği söylenemez.⁶⁷⁹ Kast, fiilin, fiili unsurları yanında, normatif unsurlarının da bilinmesini gerektirdiğinden, fiilin, fiili ve normatif unsurlarının bilinmemesi, fiili hatadır, kasti

⁶⁷⁵ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.319

⁶⁷⁶ TURABİ, a.g.e. s.133

⁶⁷⁷ İNANÇ, a.g.e. s.117

⁶⁷⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e. s.29

⁶⁷⁹ İNANÇ, a.g.e.s.116

kaldırır.⁶⁸⁰Failin görevi hakkında bilgisiz olması veya hataya düşmesi fiilin normatif unsuru üzerinde hatadır, esaslı olduğundan kastı kaldırır.⁶⁸¹

İrtikap suçunun tüm türleri için genel kast yeterli olduğundan, özel kast aranmamaktadır.⁶⁸² Failin somut olayda güttüğü saik, suçun oluşumuna etki etmemekte, suçun unsurlarının fail tarafından bilinip istenmesi, genel kast için yeterlidir.⁶⁸³ Nitekim öğretide suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi için failin kazanç elde etmek gibi bir maksadının bulunmasının gerek olmadığı ileri sürülmüştür.⁶⁸⁴

765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK da haksız olarak ibaresine yer verilmediği için, failin sağladığı yararın haksız bir yarar olduğunun ayrıca bilincinde olmasına gerek yoktur.⁶⁸⁵

İrtikap suçları hem doğrudan hem de tanımında bilerek, bildiği halde, bilmesine rağmen gibi ifadelere yer verilmediğinden olası kastla işlenebilir.⁶⁸⁶ Olası kast durumunda, suçun kanuni tanımında belirtilen maddi unsurların somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, fail fiili gerçekleştirmektedir.⁶⁸⁷ **Önder'e göre** olası kast, sadece ikna suretiyle irtikap suçunda söz konusudur.⁶⁸⁸ Bir diğer görüşe göre irtikap suçları genel kastla işlenebilir ve olası kast söz konusu olmaz.⁶⁸⁹

Menfaatin memurun kendisine veya başka bir kişi lehine temin edilmesi kastı ile hareket edilmemesi halinde, fiil görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.⁶⁹⁰

2.8. HUKUKA AYKIRILIK

Ceza Hukukuna aykırı olan, ceza hukuku normu ile çatışan veya ceza kanununu ihlal eden bir fiil ancak suç teşkil eder. Kısaca suç, ceza kanunu ihlalidir. Burada ortaya çıkan ihlalsiz suç olmaz ilkesi istisna tanımaz, mutlaktır. Ceza

⁶⁸⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e., s.29,

⁶⁸¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e. s.29

⁶⁸² TURABİ, a.g.e. s.135

⁶⁸³ İNANÇ, a.g.e. s.116, ÇETİN, a.g.e., s.598

⁶⁸⁴ KANBUR, a.g.m, s.1197

⁶⁸⁵ ÖZBEK/DOĞAN7BACAKSIZ, a.g.e s.1089

⁶⁸⁶ BAYTEMİR, a.g.e. s.742, AKÇİN, a.g.e. s.155, ÖZEN, a.g.e. s.88, PARLAR/HATİPOĞLU, a.g.e. s.3880

⁶⁸⁷ BAYTEMİR, a.g.e.s.743

⁶⁸⁸ ÖNDER, a.g.e. s.149

⁶⁸⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e. s.29, EVİK, a.g.m, s.71

⁶⁹⁰ ÖNDER, a.g.e., s.149

kanunu ihlali olan suç, hukuka aykırı bir fiil olması nedeniyle, öncelikle hukuka aykırılık kavramı üzerinde durmak gerekir.⁶⁹¹

Hukuka aykırılık kavramı genel olarak, hukuka karşı gelme, onunla çatışma halinde olma anlamına gelmektedir. Suçun unsuru olarak hukuka aykırılık ise, fiilin hukuk düzenince onaylanmaması, tüm hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde olması anlamına gelmektedir.⁶⁹²

Hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin çıkan tartışmaları sonuçlandırma gereği ortaya çıkmıştır. Ceza hukukunun bir ihlali olan suçu belirleyen özellik, hukuk düzeni ile çatışmasıdır. Bu çatışmaya doktrinde hukuka aykırılık denmektedir.⁶⁹³ Hukuka aykırılık, haksızlık kavramı ile eş anlamlı olmayıp, haksızlık, tipe uygun ve hukuka aykırı eylemin bizatihi kendisini oluşturur. Haksızlık, eylem hakkındaki değer yargısı, eylemi, tipe uygunluğu ve hukuka aykırılığı kapsayan üst bir kavramdır.⁶⁹⁴ Hukuka aykırılık ile kusurluluk farklı kavramlar olmakla, hukuka aykırılık, suç tipini ihlal eden hareketin sadece ceza hukukuyla değil, tüm hukuk düzeni ile çatışması söz konusu iken, kusurluluk durumunda, failin, hukuka uygun hareket etme imkanına sahip olmasına rağmen hukuka aykırı hareket etmesi sonucu kınanması söz konusudur.⁶⁹⁵

Hukuka aykırılık suçun unsuru niteliğini taşıdığından hukuka aykırılık olmadan haksızlığın var olması ve yaptırım uygulanması söz konusu değildir. Hukuka aykırılık suçun unsurları sistematğinde tipikliğe uygunluktan sonra yani, maddi ve manevi unsurdan sonra hukuka aykırılık, suçun unsurlarının oluşmasından sonra ise yaptırım uygulanabilmesi için kusurluluk aranmaktadır. Tipikliğe uygunluk olmadan hukuka aykırılık, hukuka aykırılık olmadan da kusurluluk mevcut olamaz.⁶⁹⁶

İşlenen bir fiilin tipik, başka bir deyişle kanuni tanıma uygun olduğunun tespit edilmesinden sonra ayrıca bu fiil yönünden tipiklikle ilişkili olmak kaydıyla hukuka aykırılık yönünden değerlendirme yapılmalıdır.⁶⁹⁷ Doktrinde farklı görüşler mevcut olmakla birlikte **Koca/Üzülmez'e göre** tipe uygunluğu hukuka uygunluğun karinesi olarak kabul ederek, bir davranışın tipe uygun olduğunun belirlenmesi ile suç teşkil

⁶⁹¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, a.g.e. s.193

⁶⁹² KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 262

⁶⁹³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.193

⁶⁹⁴ ERCAN İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Kuram Kitap, İstanbul, 2016, s.112

⁶⁹⁵ ERCAN, a.g.e, s.113

⁶⁹⁶ AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.417, 418

⁶⁹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.262

eden haksızlık da gerçekleşmiş olur.Ancak TCK 24/1 de düzenlenen görevin ifası, TCK 25/1 de düzenlenen meşru savunma, TCK 26/1-2 fıkralarında düzenlenen hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin düzenlemeler ile tipe uygun olan bir fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkması mümkün olmaktadır.⁶⁹⁸

Tipe uygunluk belirlenirken fiil sadece ceza hukuku yönünden değerlendirmeye tabi iken, hukuka aykırılık unsuru bakımından fiil tüm hukuk düzeni tarafından değerlendirmeye tabi tutulmakta ve fiilin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığı araştırılmaktadır.⁶⁹⁹Hukuka aykırılık, tüm hukuk düzeni ile fiil arasındaki çelişkinin ifadesidir.Suç teşkil eden haksızlıklar, hukukun diğer alanlarında olan haksızlıklardan yapı nitelik ve olay olarak farkı olmamakla birlikte, suç sadece nicelik itibariyle diğer haksızlıklardan farklıdır.Nitekim suç cezaya layık haksızlıktır.Kanun koyucu ceza hukukunun güvence görevi gereği haksızlık oluşturan fiillerden cezaya layık olanları seçerek, onları kanunu tipte göstermektedir.⁷⁰⁰Hukuka aykırılık suç oluştursun veya oluşturmaz fiilin bir vasfı iken, haksızlık, hukuka aykırı olan fiilin bizatihi kendisini ifade etmektedir.⁷⁰¹Bir fiilin hukuka aykırı olması, bunun bütün hukuk sistemine aykırı olmasına anlamına gelmektedir.Bir davranış medeni hukukta olduğu gibi ceza hukukunda da hukuka uygundur veya aykırıdır.Aynı ilişki hukuk ile ahlak arasında da mevcut olmakla, hem ahlakın hem de hukukun müşterek kaynağı davranış normlarıdır.Ahlak ve hukuk kuralları müşterek zemine sahip bulunmaktadır.Bu kapsamda hukuki olan davranış, aynı zamanda ahlaki iken, ahlaka aykırı davranış hiçbir zaman hukuki koruma altına alınamaz.⁷⁰²

Suç teşkil edip etmediğine bakılmaksızın hukuka aykırılık, hukuk düzenince onaylanmayan bir fiili oluşturması ve fiil ile tüm hukuk düzeni arasındaki çatışma anlamına gelmesi nedeniyle bir derecelendirme tabi tutulmazken, fiili ifade eden haksızlığın derecelendirmeye tabi tutulması mümkündür.Başka bir deyişle bir davranışın ne kadar hukuka aykırı olduğu hususunda bir değerlendirme yapılamazken, haksızlığın azlığı veya çokluğundan bahsedilebilir.Nitekim kanun koyucunun hukuki bir ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenen hırsızlığı, böyle bir amaç

⁶⁹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.263

⁶⁹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.264

⁷⁰⁰ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.313, KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.264, 265

⁷⁰¹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.317

⁷⁰² ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.313, 314

olmaksızın işlenen hırsızlığa nazaran daha az ceza ile karşılmasının altında bu neden yatmaktadır.⁷⁰³

Kanunun hukuka aykırılığı açıkça aradığı hallerde hukuka özel aykırılıktan söz edilir.⁷⁰⁴ Kanun koyucunun bazı suçların tanımında “hukuka aykırı olarak”, “hakkı olmaksızın”, “görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak”, “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek”, “kanuna aykırı olarak” gibi ifadelerle yermesi doktrinde hukuka genel aykırılık yanında bir de hukuka özel aykırılığın bulunduğu iddiasını ortaya atmıştır.⁷⁰⁵ Ancak hukuka aykırılık, fiille hukuk normu arasındaki bir çatışma ilişkisi olduğundan, kapsam gereği, tek olduğundan, çokluk kabul etmez. Genel olduğu için, bir özeline olmaması gerekir.⁷⁰⁶ Nitekim irtikap suçunun düzenlendiği TCK 250.maddesinde ‘görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak’ ifadesine yer verilmesi, bu suç açısından hukuka özel aykırılık hali arandığı anlamına gelmez.

5237 sayılı TCK 250.maddesinde 765 sayılı TCK’dan farklı olarak haksız olarak terimine yer verilmemiştir. İrtikap suçunda özel hukuka aykırılık düzenlenmemiş olup, yararın kamu görevlisi veya başkasına sağlanması veya vaat edilmesi yeterlidir.⁷⁰⁷ Ayrıca kanun koyucu bu suretle failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu bilincinde olmasını, yani doğrudan kastla hareket etmesini aradığından, bu ifadelerin var olduğu bir suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir.⁷⁰⁸

Kanun koyucunun suç tanımında bu kavramlara yer vermesi konusunda doktrindeki farklı görüşler bulunmaktadır. **Koca/Üzülmez’e göre**, suç tanımında bu ifadelerle yer verilmesi durumunda ayırım yaparak, kavramın suçun kanuni tarifindeki unsurlardan birinin sıfatı mı yoksa hukuka aykırılık kavramı tüm suçun değerlendirmesiyle mi olduğu tespit edilmelidir. Eğer unsurun sıfatı olarak görünüyorsa, kastın tipikliğin bir unsuru haline gelen hukuka aykırılığı kapsamı, yani failin sağladığı çıkarın haksız olduğunu bilmesi gerekir. Ancak hukuka aykırılık kavramı, tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili ise, gereksiz ve fazladan, hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğu, kanun koyucunun uygulayıcıya olayda hukuka uygunluk nedeninin var olabileceği hususunda uyarıda bulunduğu anlaşılmalıdır.⁷⁰⁹

⁷⁰³ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.317, KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.265,

⁷⁰⁴ İNANÇ, a. G.e.s.119

⁷⁰⁵ İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, Ankara, 2016, s.309

⁷⁰⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.194

⁷⁰⁷ TURABİ, a.g.e. s.134

⁷⁰⁸ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.320

⁷⁰⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.266, 267

Bir fiilin suç sayılabilmesi için sadece kanundaki bir suç tanımına uygun olması, tipik olmaması yeterli olmadığından ayrıca fiilin hukuk düzeni ile çatışma halinde olması yani hukuka aykırı olması gerekmektedir. Hukuka aykırılığın tespiti ise, tipe uygun olan bir fiilin, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni örtüşüp örtüşmediği, fiili hukuka uygun kılan bir nedenin olup olmadığının belirlenmesi ile sağlanabilir.⁷¹⁰ Failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için bu unsurun varlığının bilinciyle hareket edip etmediğinin dikkate alınması hususunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Klasik suç teorisinde sadece netice esas alınmakta (objektif değerlendirme) iken günümüz ceza hukuku anlayışında hukuka aykırılık ve hukuka uygunluğun tespitinde sadece neticenin dikkate alınmasının yeterli olmadığı, subjektif unsurların da dikkate alınması yani failin bu nedenlerin varlığının bilinciyle hareket ediyor olması gerektiği kabul edilmiştir.⁷¹¹

Maddi veya şekli hukuka aykırılık olması hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Şekli (biçimsel) hukuka aykırılık, fiilin suç olarak tanımlanmasını, fiilin suç kalıbına uymasını anlatırken, maddi hukuka aykırılık, fiilin sadece suç tanımına uygunluğu değil, fiilin topluma zarar verip vermediği, normun amacının ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasını ifade eder. Her iki görüşün de fayda ve sakıncaları mevcut olmakla birlikte, bu tartışma neticesinde hukuka aykırılık suçun unsuru olarak kabul edilmiş ve hukuka uygunluk nedenleri önem kazanmıştır.⁷¹²

Nitelikleri birbirinden farklı olsa dahi, hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde fiil tipe uygun olsa dahi hukuka aykırı olmaması, hukuka aykırılık ve hukuka uygunluğun fiile göre değil, neticeye göre belirlenmesini savunan yazarlar aksine değerlendirmenin fiil esas alınarak ve sonradan yapılacak değerlendirme ile değil, olay anındaki şartlara göre yapılması, her hukuka uygunluk nedeninin kendi sınırları içerisinde kalmak koşuluyla kişiye başkasının hukuki alanına müdahale hakkı vermesi, hukuka uygunluk nedenlerinin kesin bir sayısının olmaması, hukuka uygunluk nedenlerinin aynı olayla ilgili olarak birbirinden bağımsız veya birbirinin yanında uygulanacak şekilde birleşebilmesi hukuka uygunluk nedenlerinin ortak özellikleri arasında sayılmaktadır.⁷¹³

⁷¹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.195

⁷¹¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.319, 320

⁷¹² ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.354, 355

⁷¹³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.271, 272

2.8.1. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuk düzenin tekliği ilkesinin sonucu olarak bir fiilin hukuk sahasında hukuka uygun, diğerinde hukuka aykırı kabul edilmesi mümkün olmayacağından ceza hukukunun dışında olan, örneğin özel veya kamu hukukunda var olan yazılı veya yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri ceza hukuku alanında uygulanabileceği gibi, tamamen ceza hukuku alanından kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni de diğer tüm hukuka dalları açısından hukuka uygunluk etkisi doğuracaktır.⁷¹⁴ Hukuka uygunluk nedenleri kural olarak tüm suçlar için geçerli olmakla birlikte, kanunda bazı fiillerin icrasına sadece belli suç tipleriyle ilgili izin verilmesi halinde sadece bu suç yönünden ve bu fiille ilgili tüm hukuk düzeninde hukuka uygunluk etkisi doğuracaktır. Ancak kanunun gene hükümler kısmında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri bünyesi ve kapsamı elverişli olan her fiil bakımından geçerli olacaktır.⁷¹⁵

TCK Birinci Kitap, İkinci Kısım, İkinci Bölümde Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler başlığı altında düzenlenen durumların sadece bir kısmı hukuka uygunluk nedenleri arasında kabul edilmektedir. Aynı bölüm ve başlık altında bulunan tck 25/2. fıkrasında düzenlenen zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler arasında kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanununda düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri aşağıda açıklandığı üzere dört tanedir.

2.8.1.1. Kanun Hükümünü Yerine Getirme

TCK 24/1 maddesinde düzenlenen hükme göre kanun hükümünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Bu hukuka uygunluk nedeninin var olması için, ortada bir kanun hükmü olmalı, kanun hükmü ile verilen bir yetki olmalı ve kanun hükmüne dayanılarak tipe uygun kasti bir fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁷¹⁶ Kanun emrini yerine getirme kamu görevlisinin görevidir. Ancak kimse kanunun kendisine tanımadığı yetkiyi kullanamayacağı için kanun hükümünü yerine getirmenin hukuka uygun olması için hükmü yerine getiren kişinin, o hükmün muhatabı olması gerekmektedir.⁷¹⁷

⁷¹⁴ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.321

⁷¹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.272

⁷¹⁶ ZAFER, a.g.e, s.367

⁷¹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.214

Burada geçen kanun ibaresi herhangi bir yazılı hukuk kuralı anlamına gelmekle, sadece ceza kanunları değil, diğer kanunlarda belli durumlarda kişilere belli konularda yetki verdiğiinden bu kapsamda değerlendirmelidir.⁷¹⁸Kamu görevlisinin, yasanın verdiği yetkiyi kullanırken sınırı aşması halinde TCK 27. maddesi, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşmesi halin de ise TCK 30/3. maddesi uygulanacaktır.⁷¹⁹

Kanun hükmünü yerine getirme ile amirin emrini ifa eylemlerini birbirinden ayırmak gerekmektedir.Nitekim, kanun hükmünü yerine getirme doğrudan, tek aşamada gerçekleşirken, amirin emrini ifa, amir olan kişinin emri üzerine iki aşamada gerçekleşir.Amirin emrini ifa kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden iken, diğeri hukuka uygunluk nedenidir.Amirin emrini ifada mutlaka kamu hukuku ilişkisi aranırken, kanun hükmünü yerine getirmede böyle bir ilişki aranmaz, memur olmayan kişiler de bu haktan yararlanır.⁷²⁰

2.8.1.2. Meşru Savunma

Meşru savunma, hakkın haksızlık karşısında korunmasının bir aracı, devlet tarafından korunamayan hakkı, kişinin bizzat koruma hakkının oraya çıktığı hal olarak tanımlanabilir.⁷²¹TCK 25/1 maddesinde meşru savunma ile ilgili '*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*' hükmüne yer verilmiştir.

Meşru savunmasının savunma ve saldırıya ilişkin şartlar olarak incelemek gerekmektedir.Saldırıya ilişkin şartlarda öncelikle ortada mevcut veya gerçekleşmesi kesin bir saldırı olması, saldırının haksız olması(hukuka aykırı olması yeterli olup, ayrıca suç teşkil etmesi gerekmemektedir.⁷²²), saldırının insan kaynaklı olması ve bu saldırının herhangi bir hakka yönelmiş olması aranmaktadır.Saldırıya uğrayan kişi kendi haksız hareketiyle saldırıyı tahrik etmiş olsa dahi savunma hakkı ortadan

⁷¹⁸KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.274

⁷¹⁹ZAFER, a.g.e, s.368

⁷²⁰ERCAN, a.g.e., s.122

⁷²¹AKBULUT , a.g.e, s.432

⁷²²KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.278

kalkmaz.⁷²³ Savunmaya ilişkin şartlarda ise, savunmanın zorunlu olması, yapılan savunmanın yönelen saldırı ile orantılı olması aranmaktadır.TCK 25/2. maddesinde bulunan ‘*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup,...*’ şeklindeki ifade ile saldırının üçüncü kişiye yönelmesi durumunda da meşru savunma kabul edilmiştir.Ancak üçüncü kişinin tasarruf edebileceği hukuka uygun bir rızası var ise üçüncü kişi lehine meşru savunma söz konusu olamayacaktır.⁷²⁴Kişi, üçüncü şahsın tasarruf edebileceği hakkına yönelen saldırıya rıza gösterdiği konusunda hataya düşmesi halinde TCK 30/3. maddesi uyarınca hata hükümlerinden yararlanması mümkündür.⁷²⁵

Meşru savunma, sadece hukuka aykırı eylemler için söz konusu olduğundan, hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu eyleme karşı mümkün değildir.İnsan davranışı olmayan, hayvan saldırısı ve doğa olayları haksız saldırı sayılamayacağından, bunlara karşı yapılan savunma meşru savunma kapsamında değerlendirilmez.⁷²⁶

2.8.1.3. Hakkın Kullanılması

TCK 26/1 maddesindeki düzenlemeye göre hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.Bir hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için, kişi tarafından doğrudan kullanılabilen sübjektif bir hakkın bulunması, kişinin bu hakkın tanınma sebebinin sınırları içinde kullanması, hakkın kullanılması ile işlenen ve tipe uygun olan fiil arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.⁷²⁷Hukuk, hakkın kötüye kullanılmasını korumaz.Haber verme hakkı, ifade özgürlüğü, resmi izin, hekimlik mesleğinin icrası, sportif faaliyetler, bankacılık faaliyeti, şikayet hakkı, suçüstündeki failleri yakalama hakkı, zilyetliğindeki malı koruma hakkı, iddia ve savunma hakkı özel kanunlarda düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılabilir.⁷²⁸

⁷²³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.279

⁷²⁴ AKBULUT , a.g.e, s.438

⁷²⁵ ZAFER, a.g.e. s.382

⁷²⁶ ERCAN, a.g.e., s.118, 119

⁷²⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.286

⁷²⁸ AKBULUT, a.g.e., s.459, 463, 466, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.228, 229, 237, ZAFER, a.g.e., s.394, 395,

2.8.1.4. İlgilinin Rızası

TCK 26/1 maddesindeki düzenlemeye göre kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

Bu hukuka uygunluk nedeninde kişinin tasarruf edebileceği mutlak bir hakkının bulunması ve bununla ilgili açıklamış olduğu rıza çerçevesinde işlenen bir fiil olması gerekmektedir.⁷²⁹İşlenen suçun mağduruna ait olan rıza gösterme yetkisi, böyle bir beyanda bulunma yetkisi olmayan kişi tarafından kullanılması halinde geçerli bir rıza varlığından söz edilemez.Örneğin akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi.Ayrıca suçun mağdurunun birden fazla olması halinde, tüm mağdurlarının rıza göstermesi gerekmektedir.⁷³⁰Rıza, ceza hukukunda suçun unsuru, suçu hafifleten neden ya da şikayete tabi suçlarda olduğu gibi kovuşturma şartı olarak var olmakla TCK 26/1 maddesinde ise fiili suç olmaktan çıkaran bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.⁷³¹

Rızanın, suç olarak tanımlanan fiilin işlenmesinden önce veya en geç fiilin işlenmesi esnasında gösterilmesi aranır.Suçun tamamlanmasından sonra gösterilen rıza geçerli bir rıza değildir.Rıza açık olabileceği gibi örtülü de olabilir.⁷³²Devlete ait menfaatleri ihlal eden suçlarda, kişilerin bu haklar üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığından, rızası da hukuki bir değer taşımamaktadır.Bu nedenle kamu idaresinin güvenilirliğine karşı işlenen suçlardan biri olan irtikap suçunda ilgilinin rızası, suçun oluşmasına engel değildir.⁷³³Burada kamu idaresinin düzgün işleyişi ve insanların kamu idaresine olan güveni korunduğu ve mağdur serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakka sahip olmadığından, mağdurun rızası bu fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.⁷³⁴

İcbar suretiyle irtikap suçu açısından bakıldığında, rızanın başta olması icbarı ortadan kaldıracığından icbar suretiyle irtikap suçu tipikliğin ortadan kalkması nedeniyle oluşmayacaktır.Koşulların da var olması halinde rüşvet suçunun oluşması düşünülebilir.⁷³⁵

⁷²⁹ AKBULUT, a.g.e., s.443

⁷³⁰ ERCAN a.g.e., s.123

⁷³¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.227

⁷³² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.228

⁷³³ İNANÇ, a.g.e., s.119

⁷³⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/, a.g.e s.1088

⁷³⁵ ÖZEN, a.g.e., s.88

2.8.2. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, bir suçun tipikliğinin, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin maddi şartları oluşmadığı halde oluştuğu düşüncesiyle gerçekleştirilmesi halini ifade etmektedir. Burada kişi, hukuka uygunluk nedeninin var olduğu düşüncesi ile hareket etmek suretiyle tipik fiili gerçekleştirdiğinin farkında, ancak düşüncesinin aksine hukuka uygunluk nedeni maddi şartları mevcut olmamaktadır.⁷³⁶

Maddi şartlardaki hatanın kast ya da kusur kapsamında değerlendirilmesi hususunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. *Koca/Üzülmez'e göre* hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları gerçekleşmediği halde gerçekleştiği düşüncesiyle hareket eden kişinin, işlediği suç açısından kastının varlığından bahsedilemezse de hataya düşme konusunda taksiri varsa, kanunda taksirli hali düzenlenmiş olmak kaydıyla, fail bu suçtan dolayı cezalandırılabilir.⁷³⁷

Ayrıca haksızlık yanılığı ile hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında düşülen hatayı birbirinden ayırmak gerekir. Haksızlık yanılığında kişinin işlediği fiil bakımından kastı tam, ancak işlediği fiilin hukuka aykırı olmadığı düşüncesinde iken, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılığ halinde, kişi işlediği fiil ile tipikliğin unsurlarını gerçekleştirdiğinin farkında ancak bunu hukuka uygunluk nedenlerinden biri çerçevesinde işlediği kanısındadır.⁷³⁸

TCK 30/1. maddesinde '*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*' şeklindeki düzenlemeye göre hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında düşülen hata bu kapsamda değerlendirilmelidir. Aynı maddenin 3. fıkrasında bulunan '*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*' hükmü kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata hallerinde uygulanacaktır.⁷³⁹

Kamu görevlisi, hataya düşerek sağlanmasını istediği yararın hukuken geçerli bir alacağın karşılığı olduğunu düşünüyor fakat gerçekte böyle bir alacak yoksa, irtikap için sağlanacak yararın haklı veya haksız olması ayrımı yapılmadığından, hatanın bir

⁷³⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.296

⁷³⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.299, AKBULUT, a.g.e., s.480

⁷³⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.299

⁷³⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.300

etkisi olmayacaktır.⁷⁴⁰ Ancak kamu görevlisi, yaptığı davranışın görevinin gereklerine uygun olduğu düşüncesinde hata ederse ya da kişinin hatası neticesi sağladığı yararı yasal olarak alması gereken bir yarar olduğu düşüncesiyle alır ya da bir anlık dalgınlık neticesi alırsa, hatanın kastı kaldırması nedeniyle hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikap suçu oluşmayacaktır.⁷⁴¹

2.8.3. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması

Sınırın aşılması başlığı ile TCK 27.maddesinde ‘*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur. Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.*’ hükmüne yer verilmiştir. Kanun başlığı ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlere ilişkin belirtilmişse de, düzenlemenin hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinde uygulanabileceği anlaşılmaktadır.⁷⁴²

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması sadece ceza kanunda sayılan dört hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanmaz, ceza kanunda bulunmayan hukuka uygunluk nedenlerinde de mümkün olmaktadır.⁷⁴³

Somut bir olayda hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde eylem suç olmaktan çıkarak, fail hakkında beraat kararı verilebilecekken, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın mazur görülebilecek heyecan korku ve telaş etkisiyle aşılması halinde fail kusurlu kabul edilmediği için hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir.Eğer fail sınırı kasten aşarsa, suça ilişkin ceza herhangi bir indirim yapılmadan uygulanır.⁷⁴⁴ Ayrıca sınırın kasten aşılması halinde hukukun bunu koruması düşünülemez olduğundan, hata kastı kaldırır, ancak taksirle sınırın aşılması halinde tipikliğin oluşmasında iradesi bulunmadığından, yükümlülüğe aykırı olarak

⁷⁴⁰ ÖZEN, a.g.e. s.88

⁷⁴¹ ÖZEN, a.g.e. s.120

⁷⁴² AKBULUT, a.g.e., s.474, ERCAN a.g.e., s.128

⁷⁴³ AKBULUT, a.g.e., s.475

⁷⁴⁴ İÇEL, a.g.e., s.395

tipikliğin gerçekleşmesini öngörmediğinden taksirden sorumlu olması söz konusu olacaktır.⁷⁴⁵

2.9. KUSURLULUK VE KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER

2.9.1. Kusurluluk

Haksızlık, fail dikkate alınmadan objektif bir değerlendirme ile hukuka aykırılık çerçevesinde bir fiil olup olmadığı değerlendirmesini yaparken, kusur kanun tanımındaki suçun maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurunun oluştuğunun tespitinden sonra gerçekleştirilen fiilden ötürü failin bireysel olarak kınanıp kınanamayacağı yönünde değerlendirme yapmaktadır.⁷⁴⁶

Manevi unsur, suçun asli bir unsuru iken, kusurluluk, suçun bir unsuru olmayıp, faile ceza yaptırımını uygulanabilmesinin koşuludur. Manevi unsur, failin kafasındaki değer yargısı, kusurluluk ise, failin hareketine toplumun yüklediği değer yargısıdır.⁷⁴⁷

Bir suçun oluşması için sadece fiil yeterli olmadığından, fiilin iradi olması aranır. Nitekim iradesiz suç olmaz. Suç, bir kimsenin iradi bir fiilidir.⁷⁴⁸ Kusur, tipe uygun ve hukuka aykırı fiilden dolayı şahsın ceza almasını sağlayan şarttır.⁷⁴⁹ Kusursuz ceza olmaz ilkesi gereği, bir kişinin cezai sorumluluğu için kusurlu olması şarttır. Toplum içinde tehlike arz edecek durumlar için uygulanmasına karar verilen güvenlik tedbirlerinde ise failin kusurlu olması aranmamaktadır.⁷⁵⁰ Failin eylemine dair uygulanacak ceza ile kusur orantılı olmalı, ceza kusurun ölçüsünü aşmamalıdır.⁷⁵¹ Kusur, kişinin eylemi hakkındaki değer yargısını ifade ettiğinden, haksızlığı gerçekleştiriliş şekli olan kast ve taksirden farklıdır. Kasten veya taksirle işlenen haksızlık, kusur yargısında etkin rol oynamaktadır.⁷⁵² İsnat yeteneği kusurun önşartını oluştururken, kast ve taksir kusur türleri niteliğindedir.⁷⁵³

⁷⁴⁵ AKBULUT, a.g.e., s.475

⁷⁴⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.309

⁷⁴⁷ ERCAN, a.g.e., s.173

⁷⁴⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.240

⁷⁴⁹ AKBULUT, a.g.e., s.484

⁷⁵⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.309

⁷⁵¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.310

⁷⁵² KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.311

⁷⁵³ AKBULUT, a.g.e., s.485

Kusur, hukuk normlarıyla ilgili olması sebebiyle hukuki ölçülere göre belirleneceğinden, ahlak kurallarına dayanarak kınama yargısı mümkün değildir. Bunun dışında kusurun bir takım algılama yeteneği ve irade yeteneği olmak üzere iki unsuru vardır. Algılama yeteneği, kişinin gerçekleştirdiği fiilin toplum içinde hangi anlama (hukuki anlam ve sonuçları) geldiği bilincinde olması gerekmekte olup, somut olarak hangi hükmü ihlal ettiği değil, hukuk düzeninin koruduğu bir değeri ihlal ettiği öngörüsünün olması yeterli görülmektedir.⁷⁵⁴ Ancak kişinin cezalandırılabilmesi için, fiilin haksız olduğunu bilmesi gerekmektedir. Haksızlık konusunda kaçınılmaz bir yanılığının varlığı halinde kusurdan söz edilemeyeceğinden, kişinin cezalandırılması da mümkün değildir.⁷⁵⁵ Ceza hukukunda kişinin kusurlu sayılabilmesi için, haksızlık bilincinin ilgili suç tipiyle bağlantılı olması gerektiğinden, hukuka aykırı davranma konusunda genel bir bilinç yeterli değildir.⁷⁵⁶

Kişi hukuka uygun davranabileceksen, haksızlığı seçerek hukuka uygun davranmadığı için kınanmakta olduğundan, ceza sorumluluğu için algılama ve irade yeteneğinin olması aranır.⁷⁵⁷ İrade yeteneği failin davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olması anlamına gelir. Failin somut olayda başka türlü davranma imkanına sahip olup olmadığı irdelenmelidir.⁷⁵⁸ Algılama yeteneği, ceza hukukunda bir kimsenin gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonucunu anlayabilecek durumda olması anlamına gelir.⁷⁵⁹ Kusur yeteneği için her iki unsurun da bulunması gerektiğinden, birinin bulunmaması durumunda kusur olmadığından yaptırım uygulaması söz konusu değildir.⁷⁶⁰

Bir kimsenin kusur yeteneği olması, kusurluluğu kaldıran nedenlerin bulunmaması ve haksızlık bilincinin olması halinde gerçekleştirmiş olduğu fiilden ötürü kusurlu olduğuna karar verilebilir ve ceza yaptırımını ile karşılaşması mümkün olabilir.⁷⁶¹ Kusur yeteneği, fiilin işlendiği zaman olması ceza hukuku açısından esas olmakla birlikte, daha sonradan bunun kazanılması veya kaybedilmesi önemli değildir. Ancak Ceza muhakemesi açısından kusur yeteneğinin sonradan kaybedilmesi ceza hukuku açısından önem arz etmezken, ceza muhakemesi açısından önemli

754 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.312

755 AKBULUT, a.g.e., s.488,

756 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.313,314

757 AKBULUT , a.g.e., s.489

758 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.314, 315

759 AKBULUT, a.g.e, s.489

760 AKBULUT, a.g.e, s.491

761 AKBULUT, a.g.e, s.487, 488

olabilmektedir.⁷⁶² Kusur yeteneğinin etkileyen hallerin, fiil tarihinden önce fail tarafından iradi olarak yaratılması(suç işlemek için, sadece bu hali bilerek ve isteyerek ya da dikkatsizlik ve tedbirsizlikle bu hale neden olması) halinde kişinin, fiil tarihinde kusur yeteneğine sahip olduğu kabul edilmektedir.Bu durumda fiil anı değil, faili kusur yeteneğini kaldıran nedeni yarattığı an esas alınmaktadır.⁷⁶³

2.9.2. Kusurluluğu Etkileyen(Kaldıran veya Azaltan) Haller

Kusurluluğu etkileyen hallerden bir kısmı algılama, diğer kısmı irade yeteneği üzerinde etkili olmakla, bunlardan bir kısmı kusuru tamamen ortadan kaldırırken, diğer kısmı sadece azaltmaktadır.⁷⁶⁴Bu haller, fiilin hukuka aykırılığını etkilememekle birlikte, haksızlık konusundaki değerlendirmeyi etkiler.⁷⁶⁵

2.9.2.1. Yaş Küçüklüğü

Ceza kanunu 18 yaş altındaki bireyleri çocuk kabul etmiş ve bunların cezai sorumluluğunu yetişkinlerden ayrı olarak düzenlemiştir.TCK 31.maddesinde yaş küçüklüğü başlığı altındaki düzenleme ile 12 yaş altı, 12-15 yaş arası ile 15-18 yaş arası çocukları gruplandırılarak, sorumlukları işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişme durumuna göre değerlendirilmiş, karşılaşılabilecekleri ceza yaptırımını buna göre belirlenmiştir.

2.9.2.2. Sağır ve Dilsizlik

TCK 33. maddesindeki düzenlemeye göre doğuştan veya küçük yaşta hem duyma hem de konuşma becerileri gelişmemiş olan kişilerin sorumlukları diğer kişilerin sorumluklarına göre farklı değerlendirilmiş ve yaş küçüklüğünün

762 AKBULUT, a.g.e, s.491

763ZAFER a.g.e. s.423

764 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.316

765 ZAFER, a.g.e. s.418

düzenlendiği TCK 31. maddedeki yaş gruplarında uygulanan ceza hükmü farklı yaş grupları belirlenerek(15-18-21 yaş grupları) kıstas alınmıştır.⁷⁶⁶

2.9.2.3. Akıl Hastalığı

TCK 32. maddesinde akıl hastalığı başlığı altında düzenlemeye göre akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derece azalmış olan kişilere ceza verilmeyeceği, güvenlik tedbirine başvurulacağı belirtilmiştir.

2.9.2.4. Geçici nedenler, Alkol ve Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma

TCK 34.maddesinde geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Geçici nedenlerin ne olduğu kanunda belirtilmemişse de, kişinin kusur yeteneğini etkileyen herhangi bir neden bu kapsamda değerlendirilebilir.Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise iradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu maddenin etkisi ile suç işleyen bir kimsenin cezai sorumluluğunun değişmeyeceği, yaptırımla karşılaşacağı ifade edilmiştir.

İrtikap suçunda fail, geçici bir neden(diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar, üremi gibi kişinin algılama yeteneğini etkileyen sistematik hastalıklar) veya iradesi dışında almış olduğu alkol veya uyuşturucu madde etkisi ile fiili gerçekleştirebilir.Ancak böyle bir durumda olan fail taksirli dahi olsa sorumlu tutulamamaktadır.İradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde gerçekleştirilen haksız fiilden kamu görevlisi olan fail sorumlu olacaktır.⁷⁶⁷

766 AKBULUT, a.g.e., s.512

767 TURABİ, a.g.e, s. 143

2.9.2.5. Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Bir Emrin Yerine Getirilmesi

TCK 24/2, 3 ve 4. maddelerinde kusurluluğu kaldıran hal olarak düzenlenmiştir. Yetkili bir merciden verilmiş olan ve görev gereği zorunlu olan bir emri yerine getiren kişi sorumlu olmaz iken, konusu suç teşkil eden bir emri ne surette olursa olsun yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Ancak verilen emrin, açıkça suç teşkil etmesi hariç, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde ,yerine getirilmesi halinde, emri yerine getiren değil emri veren kişi sorumlu olacaktır. Hukuka aykırı bir emir ile karşılaşan kimse bunu yerine getirmeden önce amirine bildirmek zorundadır. Amirin bu emri yazılı olarak tekrarlaması halinde emri yerine getiren kişi sorumluktan kurtulmuş olacaktır. Ancak TSK İç Hizmet Kanunu ve PVSK'nda yetkili amirin emri sorgusuz derhal yerine getirilmesi gerektiği hükme bağlandığından, öyle bir durumda hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinden suç teşkil etse dahi emri veren amir sorumlu olacaktır.

İrtikap suçunda, amirin emrini yerine getiren kişinin sorumluktan kurtulma imkanı yoktur. Nitekim emrin konusunu bir suçun işlenmesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla emri veren amirin müşterek fail olarak olarak emri yerine getiren kişi ile birlikte cezai sorumluluğu doğacaktır.

2.9.2.6. Zorunluluk Hali Nedeniyle İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

TCK 25/2.maddesinde kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak düzenlenen zorunluluk halinde kusurun bulunmaması nedeniyle fiili işleyen kişi hakkında CMK 223/3-b maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir. Bir mazeret nedeni olan zorunluluk halinde, kişi kendi veya başkasına ait bir hakka yönelen, bilerek neden olmadığı ve başka bir şekilde kurtulma imkanı olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak amacıyla orantılı olmak koşuluyla gerçekleştirdiği bir fiil bulunmaktadır. İrtikap suçunun tipikliği ile kusurluluğu etkileyen bu nedenin bağdaşması mümkün değildir.

2.9.2.7. Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku ve Telaş Nedeniyle Aşılması

TCK 27. madde 1. fıkrasında sınırın taksirle aşılması halinde meşru savunma da dahil tüm hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanan düzenleme iken, TCK 27. maddenin 2. fıkrası sadece meşru savunma halinde kast veya taksirle fark etmeksizin sınırın mazur görülecek bir heyecan, korku veya telaştan aşılması halinde uygulanan, kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedendir. İrtikap suçunun tipikliği ile kusurluluğu etkileyen bu nedenin bağdaşması mümkün değildir.

2.9.2.8. Cebir ve Tehdit Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

Kusurluluğu ortadan kaldıran bir diğer neden ise TCK 28. maddesinde karşı koyma veya kurtulma imkanı olmayan bir cebir ve şiddet veya ağır ve muhakkak bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmeyeceği şeklinde düzenlenmiştir.

İrtikap suçunda karşı koyma veya kurtulma imkanı olmayan bir cebir ve şiddet veya ağır ve muhakkak bir korkutma veya tehdit sonucu görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak zorunda kalarak kendisine veya başkasına yarar sağlamak veya bu yönde vaatte bulunulmasına icbar eden veya görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak zorunda kalarak yarar sağlanmasına veya vaatte bulunulmasına veya kişilerin düştüğü hataya göz yumması sağlanan kamu görevlisi cezalandırılmayarak, cebir ve şiddet uygulayan veya korkutan ve tehdit eden dolaylı fail cezalandırılacaktır.⁷⁶⁸

2.9.2.9. Haksız Tahrik Dolayısıyla İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

Haksız bir fiil karşısında hiddet veya şiddet duygusu ile suç işleyen kimseye ceza verileceği ancak indirimine gidileceği TCK 29. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı gibi, ceza sorumluluğunu da ortadan kaldırmaz. Sadece sorumluluğu hafifleten bir nedendir. Ayrıca, tahrik edici haksız bir fiilin olması yeterli olmakla, suç olması şart değildir. Hiddet veya şiddetli elemin etkisi

768 TURABİ, a.g.e., s.142

altında hareket eden kimse suçu, haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlemesi gerekmektedir.İrtikap suçunun tipikliği ile kusurluluğu etkileyen bu nedenin bağdaşması mümkün gözükmemektedir.

2.9.3. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Kusurluluğu etkileyen hata, haksızlık yanılığı ve kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata olarak incelemek gerekir.TCK 30/4. fıkrasında '*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*' hükmüne yer verilmiştir.Haksızlık yanılığı olarak düzenlenen bu madde ile, kişinin işlediği fiilin yasak olmasında veya fiili yasaklayan normun yorumlanmasında hataya düşmesi ifade edilmiştir.⁷⁶⁹

Failin, hataya düşme konusunda özensizlik veya dikkatsizliği yoksa, bu duruma gelmesi kaçınılmaz ise kusuru kaldıran nedenin gerçekleştiği kabul edilir.Aksi halde hatasından yararlanamayacak.Ancak failin kusuru azaltan nedenlerin şartlarında kendi kusuruyla(dikkatsiz ve özensizlik) hataya düşmesi halinde kusuru azaltan nedenlerin koşullarında kaçınılabılır hata mevcuttur.⁷⁷⁰

Failin yasaklayıcı normun varlığını gözden kaçırarak, izin verilen bir davranışı gerçekleştirdiğini düşünerek hareket etmesi halinde doğrudan haksızlık yanılığı mevcutken, gerçekte olmamasına rağmen gerçekleştirdiği fiili hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunduğu düşüncesi ile hareket etmesi halinde dolaylı haksızlık yanılığı söz konusu olmaktadır.⁷⁷¹

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında yapılan hata hali TCK 30/3.maddesinde '*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*' şeklinde düzenlenmiştir.Buna göre kişi, kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde bundan yararlanarak, yaptırımla karşılaşmaktan kurtulabilecektir.Bu hata şekli hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ile birlikte müşterek düzenlenmiştir.⁷⁷²

769 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.366, 367

770ZAFER, a.g.e. s.463

771 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.367

772 AKBULUT, a.g.e., s.554

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenler, her nedenin niteliği ve failin kişisel özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.⁷⁷³

2.10. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

2.10.1. Teşebbüs

Suç, kural olarak belli aşamalardan geçerek gerçekleşmektedir. Suçun meydana gelinceye kadar geçtiği aşamaların bütününe suç yolu “*iter criminis*” denilmektedir. Her suçta söz konusu olmamakla beraber suç yolu; düşünce (suç işleme fikrinin ortaya çıkması), icra, tamamlanma ve son bulma aşamalarından oluşur.⁷⁷⁴ Suç yolunun son bulma aşamasına gelmesi ile suç tamamlanmış sayılır. Suç işleme iradesi kapsamında failin, suçun işlenmesine elverişli hareketlere başlamış olmasına rağmen elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması ya da neticenin meydana gelmemesi halinde teşebbüs ortaya çıkacaktır.

TCK'nın 35. maddesinde ‘*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*’ hükmüne yer verilmiştir. Fail, irtikap suçunun kanuni tanımındaki hareketlerin icrasına doğrudan başlamalı, suçun oluşumunu sağlayacak yakınlık ve bağlantı içindeki hareketleri yapmalı, ancak suç failin dışındaki sebeplerden ötürü tamamlanmamalıdır.⁷⁷⁵

İrtikap suçu, failin ikna veya manevi zorlama fiili neticesi, kendisi veya bir başkası lehine kişiden yarar sağlaması ile tamamlanırken, yarar sağlamaya yönelik vaatte bulunma durumunda suçun tamamlanmış sayılıp sayılmayacağı hususunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. **Özgenç’e göre** irtikap suçuna teşebbüs

773 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , s.370, 371

774 AYDIN, Devrim, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl 2006, Cilt:55, Sayı:1, s.86, (Erişim tarihi: 15.04.2020)

775 İNANÇ, a.g.e.. s.122

mümkündür.⁷⁷⁶ kanun koyucunun izlediği suç siyaset gereğince vaat olunması ile aslında teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı failin suç tamamlanmış gibi cezalandırılması öngörülmüşse de bu durumda irtikap suçu henüz tamamlanmamıştır.⁷⁷⁷ Menfaat teminine yönelik vaadin yapılması ile temin arasındaki sürede suça iştirak mümkün olacağından, menfaatin vaat edilmesi ile suçun tamamlandığının kabulü ile bu suça iştirak da mümkün olmayacaktır.⁷⁷⁸ Eğer vaat ile suçun tamamlandığını kabul edersek, tamamlanmış suça iştirak mümkün olmadığından bu kişi cezasız kalacaktır.⁷⁷⁹ Bu görüşe katılanlar suçu, maddi sonuçlu bir suç olarak niteleyip, icbar veya ikna suretiyle işlenen irtikap suçlarına teşebbüsün mümkün olduğunu ileri sürmektedirler.⁷⁸⁰ Burada suçun tamamlanması (vaat alınması) ile sona ermesi (vaat edilen yararın temin edilmesi) şeklinde ayrıma gidilmektedir. **Turabi 'ye göre** neticenin gerçekleşmesi ile suç tamamlandığından ve hareket ile netice bölünebildiğinden suç, teşebbüse uygun hale gelmektedir. İcbar veya ikna yapılmasına rağmen, çıkar sağlanmaması veya vaat alınmaması mümkün olduğundan irtikap suçuna teşebbüs mümkün olduğu görüşü makuldür.⁷⁸¹

Teşebbüsün mümkün olmadığını savunanlar irtikap suçunu şekli bir suç tipi niteliğinde görmektedirler. Vaat alınması ile suçun tamamlandığı görüşü savunulmaktadır. İrtikap suçunda korunan hukuki yararın idareye olan güven olduğundan, sonuçta maddi bir zararın oluşup oluşmadığı önemli değildir.⁷⁸²

Failin icbar fiiline rağmen kişinin haksız menfaati temin etmemesi durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Failin icbarı muhatabı etkilemeye elverişli olması gerekmeyle birlikte, failin elverişli bir icbar fiili olmasına rağmen kişinin bu cebirden etkilenmemesi halinde suç yine teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Ancak uygulamada karşılaşılan duruma göre, failin kişiyi etkilemeye elverişli icbar fiili karşısında kişinin bu etkilenmemiş olmasına rağmen sırf faili yakalatabilmek için etkilenmiş gibi davranması durumunda da suça teşebbüs söz konusu olacaktır.⁷⁸³

İcbar veya ikna suretiyle irtikap suçları yönünden gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanması söz konusu olmakla, gönüllü vazgeçme anına kadar failin gerçekleştirmiş

⁷⁷⁶ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.43, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1036, TURABİ, a. g. e., s.154, İNANÇ, a.g.e. s.122, AKÇİN, a.g.e. s.157

⁷⁷⁷ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.43,

⁷⁷⁸ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.44, KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e. s.918

⁷⁷⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1036, 1037

⁷⁸⁰ TURABİ, a.g.e. s.153

⁷⁸¹ TURABİ, a.g.e. s.154

⁷⁸² TURABİ, a.g.e. s.153

⁷⁸³ ÖZGENÇ, a.g.e. s.44, 45

olduğu fiil kanunda dzenlenen başka bir suçu meydana getirmiş ise failin bu suç yonunden cezalandırılması söz konusu olacaktır.⁷⁸⁴Örneđin fail mağduru ikna etmek üzere çeşitli eylemlerde bulunduktan sonra herhangi bir vaat veya yarar elde etmeden gönüllü vazgeçerek eylemlerine son vermesi halinde, bu aşamaya kadar hileli hareketlerde bulunmak için sahte evrak dzenlemiş ise, bu eyleminden ötürü evrakta sahtecilik suçundan sorumlu olacaktır.⁷⁸⁵

Failin hakimiyet alanına girdikten sonra mağdurun durumu fark ederek geri istemesi sonucu iade edilen yararın tamamlanmış suça etkisi yoktur.⁷⁸⁶Ancak bu durum hakimın takdiri indirim uygulamasına engel değildir. Kamu idaresini güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlardan olan rüşvet ve zimmet gibi suçlarda etkin pişmanlık durumunun dzenlenmiş olmasına rağmen, İrtikap suçuna ilişkin kanunda, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağına dair herhangi bir dzenleme bulunmaması önemli bir eksikliktir.⁷⁸⁷

Hatadan yaralanma suretiyle irtikap suçu, ancak ihmali davranışla işlenebileceğinden teşebbüse elverişli değildir.⁷⁸⁸**Özen'e göre**, hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçunda, icbar ve ikna suretiyle işlenen irtikap suçuna nazaran teşebbüs olasılığı düşük olsa da, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi koşuluyla teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmelidir.⁷⁸⁹

Nitekim Yargıtay kararlarında da irtikap suçuna teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmiştir.⁷⁹⁰

2.10.2. İştirak

Ceza kanunumuzda belirtilen suçların bir veya birden fazla kişi tarafından işlenebilmektedir. Birden fazla kişinin dahil olduğu bu durumda suça iştirak söz konusu olmaktadır.İştirak, suça katılan kişilerin eylemleri ve sorumluluklarının ne ölçüde olduğunun değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir.

⁷⁸⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, a.g.e s.1090

⁷⁸⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, a.g.e s.1090

⁷⁸⁶ MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.248

⁷⁸⁷ İNANÇ, a.g.e. s.124

⁷⁸⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALşAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1037, TURABİ, a.g.e. s.154

⁷⁸⁹ ÖZEN, a.g.e.. s.121

⁷⁹⁰ Yargıtay 5.CD, 19.01.2004, 2003/5268 E., 2004/37K. ve 11.07.2001, 3098/4859 sayılı kararları

TCK'nın 37. maddesinde '*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. 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.*' ifadeleri ile faillik tarif edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında dolaylı faillik durumuna yer verilmiştir. Buna göre kamu görevlisinin başka bir kişi tarafından cebir veya tehditle zorlanarak veya hatasından yaralanarak irtikap suçunu işlemesi halinde dolaylı faillik gündeme gelecektir.⁷⁹¹ Devam maddeleri olan 38 ve 39. maddelerinde azmettiren ve yardım eden sıfatı ile suça iştirak edenlerin sorumluluğuna yer verilmiştir. Bu kişiler fail değildir.

İrtikap suçu özgü suçtur. İrtikap suçu ancak kamu görevlisi olan kişi tarafından işlenebileceğinden, kamu görevlisi dışındaki kişiler bu suçun müstakil ya da müşterek faili olamazlar.⁷⁹² Ancak kamu görevlisi olmayan bir kişi, irtikap suçuna iştirak ederse, TCK 40. maddesinin 2. fıkrası⁷⁹³ uyarınca azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulur.⁷⁹⁴ Azmettiren veya yardım edenin sorumlu tutulabilmesi için suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.⁷⁹⁵

İrtikap suçunun birden fazla fail tarafından işlenmesi mümkün olduğundan, bu durumda hepsi fail olarak sorumlu tutulmalıdır.⁷⁹⁶ TCK'nın 251. maddesinde '*Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur. Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*' şeklinde denetim görevinin ihmali suçuna yer verilmiş olmakla, burada irtikap suçundaki müşterek faillik durumuna yer verilmiştir. Burada denetim görevini ihmal eden fail, irtikap suçunun işlenmesine katılmasa da bu fiilin işlenmesine göz yumarak müşterek fail sıfatı ile suçtan sorumlu olacak ve ceza yaptırımına tabi olacaktır.

İrtikap suçuna konu haksız çıkar kamu görevlisi olmayan üçüncü kişiye sağlanmış veya vaat edilmiş ve üçüncü kişinin bu haksız çıkarın failin icbar veya iknası

⁷⁹¹ ARI, a.g.e., s.89

⁷⁹² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1037

⁷⁹³ TCK'nın 40/2. maddesinde '*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.*' şeklinde düzenlenmiştir. www.mevzuat.gov.tr .Erişim tarihi:28.08.2020

⁷⁹⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1037

⁷⁹⁵ TURABİ, a.g.e. s.160

⁷⁹⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e. s.7071

sonucu kendisine verildiğini bilmesi ve istemesi durumunda üçüncü kişi de kamu görevlisinin işlediği irtikap suçuna iştirak etmiş sayılacaktır.⁷⁹⁷ **Baytemir'e göre** burada üçüncü kişi olayın özelliğine göre irtikaba iştirak veya suç eşyasını kabul etme suçunu işlemiş olabilir.⁷⁹⁸ Faili icbar veya ikna fiillerini kendisi yapmayarak kamu görevlisi olmayan üçüncü kişi aracılığıyla yaptırması halinde de üçüncü kişi suça iştirak etmiş olacaktır.⁷⁹⁹

Suç tamamlandıktan sonra üçüncü kişi yararın, kamu görevlisinin icbar, ikna veya hatadan yararlanma hareketlerinin sonucu olarak elde edildiğini öğrendiği halde bunu kabul etmiş olursa, suç eşyasının kabul edilmesi suçunu işlemiş olur.⁸⁰⁰ Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu TCK 165. Maddesinde '*Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*' şeklinde düzenlenmiştir.

İrtikap suçunda önemli olan bağıllık kuralı gereği suçun işlenişinde hakimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliği taşımadığı için sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir.⁸⁰¹ Bağıllık kuralı gereği, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden sıfatı ile sorumlu tutulabilmesi için fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir.⁸⁰² Failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur.⁸⁰³

Kamu görevlisi, icbar veya ikna fiillerini doğrudan kendisi gerçekleştirmek yerine başkasına gerçekleştirmesi halinde, kamu görevlisinin fiili gerçekleştiren kişi ve fiil üzerinde hakimiyeti olup olmamasına göre ayrıma gidilecek; eğer kişi ve fiil üzerinde kamu görevlisi hakimiyeti varsa dolaylı fail, hakimiyeti yoksa yardım eden sıfatı ile sorumlu olacaktır.⁸⁰⁴

İrtikâp suçunda uygulanacak dolaylı faillik ortaya çıkış şekline göre değerlendirilmelidir. Örneğin kamu görevlisinin tehdit veya cebir ile irtikap suçu işlemeye mecbur bırakılması halinde zorlayan kişi eğer kamu görevlisini hakimiyetine

⁷⁹⁷ TURABİ, a.g.e.s.160

⁷⁹⁸ BAYTEMİR, a.g.e. s.746

⁷⁹⁹ TURABİ, a.g.e. s.160

⁸⁰⁰ HAMURCU, a.g.t., s.71

⁸⁰¹ TURABİ, a.g.e. s.160

⁸⁰² TURABİ, a.g.e. s.160

⁸⁰³ TURABİ, a.g.e. s.160

⁸⁰⁴ ARI, a.g.e., s.90

alamamışsa cebir veya tehditten, menfaat sağlamış ise yağma suçundan bahsedilebilir. Ancak bu kişi kamu görevlisine hakimiyetine almış ve böylece irtikap fiilinin işlenmesini sağlamışsa hem irtikap suçundan hem de kamu görevlisine karşı işlediği cebir ve tehdit gibi eylemlerinden ötürü sorumlu olacaktır. Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise amirin hukuka aykırı emrinin yerine getirilmesi halinde dolaylı failliğin söz konusu olup olamayacağıdır. Anayasal yükümlülük gereği amirinin hukuka aykırı emri ile karşılaşan kamu görevlisi direnmelidir. Nitekim konusu suç teşkil eden bir emri yerine getiren kamu görevlisi sorumluluktan hiçbir şekilde kurtulamayacaktır.⁸⁰⁵

2.10.3. İçtima

İçtima kavramı, toplanma anlamına gelen Arapça kökenli bir kelimedir.⁸⁰⁶ Suçların içtimaı TCK'nın 42 ve devam maddelerinde düzenlenmiştir. TCK da gerçek içtima kuralı kabul edilmiştir. Buna göre kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır.⁸⁰⁷

İrtikap, diğer suçlarla içtima edebilir. İrtikap suçunu işlemek üzere başka bir suç daha işlenmişse, ikinci suç, irtikabın unsur veya ağırlatıcı nedeni olmadığı takdirde ayrı ayrı suç teşkil ederler. Tehdit, icbar suretiyle irtikap suçunun unsuru olduğundan bileşik suç gereği tehdit suçundan ayrıca ceza verilmez.⁸⁰⁸

Yine failin, tehdit ederek bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya zorlaması yağma suçunun ögesidir ve dolayısıyla yağma suçunun oluşmasına yol açar.⁸⁰⁹

İrtikap görevi kötüye kullanma suçunun özel bir türü olduğu için, irtikap suçunun varlığı halinde ayrıca görevi kötüye kullanmadan söz edilemeyecektir.⁸¹⁰

TCK'nın 43. maddesinde *'Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun*

⁸⁰⁵ KANBUR, a.g.m, s.1202, 1203

⁸⁰⁶ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim tarihi:15.04.2020)

⁸⁰⁷ ARI, a.g.e., s.90

⁸⁰⁸ BAYTEMİR, a.g.e. s.744

⁸⁰⁹ MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.249

⁸¹⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. 2018, s.1037

temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.' hükmüne yer verilmiştir. Buna göre irtikap suçunun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda ya da aynı anda birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve fikri içtima kuralı gereği tek suçtan ceza verilerek artırımı gidilecektir.

İşlenen suçlardan birinin icbar suretiyle, diğerinin ikna suretiyle işlenmesi zincirleme suç uygulanmasına engel olmaz.⁸¹¹ Artırımı esas alınacak ceza ise, müeyyidesi ağır olan irtikap türünün cezasıdır.⁸¹² Ancak teselsüle esas alınan diğer eylemler için tayin edilen temel cezanın üst haddinden fazla bir cezanın teselsül nedeniyle verilemeyeceğine dikkat etmek gerekir.⁸¹³ Öğretideki bir diğer görüşe göre, icbar, ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle gerçekleştirilen irtikap fiilleri birbirinden bağımsız olduğu için, aralarında zincirleme suç ilişkisinin oluşmayacağı ileri sürülmektedir.⁸¹⁴

Aynı suç işleme kararı kapsamında, değişik kişilere birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.⁸¹⁵ Ancak irtikap suçunun farklı zamanlarda ve farklı kişilere karşı aynı fail tarafından işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğunu savunan görüş ile mağdurun gerçek kişi olacağını savunan görüş arasında farklılık bulunmaktadır.⁸¹⁶ Mağdurun gerçek kişi olduğunu savunan görüşe göre, zincirleme suçun aynı kişiye karşı işlenme şartı gerçekleşmediğinden içtima gereği, her fiil nedeniyle ayrı ayrı ceza verilirken, mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğunu savunan görüşe göre TCK'nın 43/1 son cümlesine göre zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.⁸¹⁷ Bir diğer görüşe göre, irtikap suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi mümkün olmadığından

⁸¹¹ İNANÇ, a.g.e. s.129

⁸¹² BAYTEMİR, a.g.e.s.745

⁸¹³ BAYTEMİR, a.g.e. s.745

⁸¹⁴ KANBUR, a.g.m, s.1201

⁸¹⁵ TURABİ, a.g.e, s.161

⁸¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, a.g.e , s.1091

⁸¹⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, a.g.e s.1091, ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.295

failin farklı kişilere karşı birden fazla irtikap suçunu işlediğinden zincirleme suç kuralları uygulanamaz; mağdur sayısının suçun varlığı kabul edilmek gerekir.⁸¹⁸

Kamu görevlisinin ikna eylemi kapsamında sahte belge düzenlemesi veya evrakta tahrifat yapması halinde, gerçek içtima kuralları uygulanarak, faile ayrıca evrakta sahtecilik suçundan ceza vermek gerekecektir.⁸¹⁹

2.11. MÜEYYİDE

İrtikap suçuna ilişkin yaptırımlar her irtikap türü için farklı olarak olarak düzenlenmiştir. Buna göre icbar suretiyle işlenen irtikap suçu için ‘beş yıldan on yıla kadar hapis cezası’, ikna suretiyle irtikap işlenen irtikap için ‘üç yıldan beş yıla hapis cezası’, hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap için ‘bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası’ verileceği hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca TCK 250. maddesinin 4.fikrasında ‘*İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.*’ hükmüne yer verilmiştir. Son fıkrada düzenlenen cezada indirim zorunlu olmayıp, hakimin takdirine bırakılmıştır.

İrtikap suçuna mahkum edilen bir kişinin, mahkum olduğu hapis cezası tamamen infaz edilinceye kadar TCK 53. Maddesine göre belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması için mahkemenin karar vermesine gerek yoktur. Mahkumiyete bağlı hal yoksunluğu, mahkumiyetin kesinleşmesi ile başlar, mahkum olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam eder.⁸²⁰

İrtikap suçunun faili kamu görevlisi, görevini sağladığı nüfuzu kötüye kullandığı için TCK 53/5 uyarınca irtikap suçu nedeniyle mahkumiyet alması halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir.⁸²¹ Hakimin belirtilen süre aralığına karar verme konusunda takdir hakkı bulunmaktadır. Bu yasaklılık hali hem hapis cezası hem de adli para cezasına hükmedilmesi halinde uygulanır.

⁸¹⁸ EVİK, a.g.m, s.73

⁸¹⁹ ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.69

⁸²⁰ ÖZGENÇ, a.g.e. s.57, 58

⁸²¹ www.mevzuat.gov.tr Erişim tarihi:28.08.2020

TCK 55. maddesinde '(1)Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.(2)Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.(3)Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.' hükmüne yer verilmiştir. Ancak TCK 55. Maddesinin 1.fıkra ikinci cümlesi uyarınca irtikap suçunun işlenmesi ile kamu görevlisine menfaat temin eden kişi, herhangi bir cezaya hükmedilmeyeceğinden suçun konusunu oluşturan ve ekonomik değere sahip yararın müsadere edilmesi mümkün değildir.⁸²² İrtikap edilen para veya sair malvarlığı değerinin, mülkiyeti kaime ait olursa olsun, delil olması ya da suçun rüşvet suçu olarak tavsifi ihtimaline karşın, soruşturma veya kovuşturma süresinde mutlaka el konulmalıdır.⁸²³Kamu görevlisi olan failin muhatabı mağdur olduğundan, soruşturma veya kovuşturma aşamasında elkonulan para veya sair yarar, yargılamanın bitmesi ile ilgiliye teslim edilecektir.

TCK 51. maddesindeki '*İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir.*' şeklindeki düzenlemeye göre icbar suretiyle irtikap suçundan ötürü verilen hapis cezasının ertelenme olanağı yokken, ikna ve hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçundan ötürü verilecek olan hapis cezasının ertelenmesi mümkündür.

Anayasanın 76. maddesinde düzenlenen milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin, irtikap suçu yüz kızartıcı suç olarak tanımlanmış olup, bu suçu işleyenlerin milletvekili seçilemeyeceklerine yer verilmiştir.Yine 2839 sayılı milletvekili seçimi kanunu 11. maddesi, 657 sayılı devlet memurları kanunu 48. Maddesinde irtikap suçu yüz kızartıcı suç olarak nitelendirilmiştir.

⁸²² ÖZGENÇ, a.g.e. s.58

⁸²³ ÖZGENÇ, a.g.e. s.59

2.12. SUÇUN MUHAKEMESİ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda bir suçun işlenmesi halinde izlenecek yargılama usulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler genel hükümler içermekle, özel kanunlarda ayrı bir düzenlemeye gidilmiştir. Kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar için özel hükümler içeren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun bunlardan biridir.

Memurların yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini verimli, düzenli ve sürekli bir şekilde yerine getirebilmesi kendilerini güvende hissetmelerine bağlı olduğundan aksi durumda, memurun çalışma performansı etkilenecektir. Bu nedenle memurların özel olarak korunması ihtiyacı hâsıl olmuş ve bu ihtiyacı karşılayacak çeşitli hukuki düzenlemeler ihdas edilmiştir. Bu kapsamda hukuk düzenimizde memurlar, üçüncü şahıslara karşı cezai olarak korunduğu gibi, görevleri ile ilgili her türlü isnat ve iftiralara karşı da koruma altına alınmıştır. Böylece kanunlara hem adli kovuşturmadan evvel koyulan usullerle hem de sonrasında kötü niyetle ihbar edenler hakkındaki ihdas edilen hükümler ile memurlar, haksız ithamlarda bulunan üçüncü şahıslara karşı korunmak istenmiştir. Bu doğrultuda memurların görevleri sebebiyle işlemiş oldukları iddia edilen suçların soruşturulması ve kovuşturulması özel kurallara tabi tutulmuştur.⁸²⁴Bu durum DMK 24. maddesinde “*Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasanın 129/6. maddesinde ‘*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*’ hükmüne yer verilmiştir. Buna göre istisnai durumlar hariç kamu görevlilerinin ceza yargılamasına başlanabilmesi için izin şartı aranmaktadır. Böylece memurların yerli yersiz ithamlarla karşılaşması önlenerek gereksiz davalarla uğraşmaması, dava tehdit ve baskısı altında kalmamaları, görevlerini rahatlıkla yerine getirmeleri ve kamu hizmetlerinin aksamaması sağlanmak istenmiştir. Memurlara görev suçlarında özel bir

⁸²⁴ ERSÖZ Küçük / SERTTAŞ Seher, Devlet Memurlarının Isnat Ve İftiralara Karşı Korunması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:84, Mayıs 2019, Sayı:2, s.163, 164, (Erişim tarihi:27.03.2020)

kovuşturma usulünün uygulanması bir ayrıcalık olmayıp, memurluk açısından bir teminat sağlama amaçlıdır.⁸²⁵

Ancak irtikap suçu faili kamu görevlisi olmasına rağmen 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen '*Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.*' şeklindeki istisnai düzenleme karşısında irtikap suçu bakımından 19.04.1990 tarih, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uygulanacaktır.⁸²⁶

İrtikap suçunun kovuşturulması şikayet şartına bağlı olmadığından re' sen kovuşturma yapılır.⁸²⁷ 3628 sayılı kanununun 17. maddesinin 1.fıkrasına '*Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.*' göre irtikap suçunu işleyen fail hakkında 4483 sayılı kanun hükümleri uygulanmayacak, soruşturma 3628 sayılı kanun hükümlerine göre yapılacaktır. Bu düzenlemeye göre suç haberi alan savcı, doğrudan soruşturmaya başlayacak ve kamu görevlisi olan failin mensup olduğu daireye durumu haber verecektir.⁸²⁸ Ancak uygulamada sık karşılaşılan bir durum olan savcının irtikap suçu olduğu düşüncesi ile dava açtıktan sonra, yargılama aşamasında suç vasfının değişerek 4483 sayılı kanundaki soruşturma usulüne tabi olan örneğin görevi kötüye kullanma suçu olduğunun anlaşılması halinde Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre durma kararı verilmeden faile ek savunma verilmek suretiyle yargılamaya devam edilecektir.⁸²⁹ **İnanç'a göre** bu tip durumlarda yerel mahkeme, idari mercileri suç niteliğini kabule zorlayacak biçimde karar verilmemesi adına durma kararı vermeden, sanığa ek savunma vererek davayı

⁸²⁵ ERSÖZ/SERTTAŞ a.g.m, s.165

⁸²⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1038

⁸²⁷ MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.251

⁸²⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1039

⁸²⁹ Yargıtay 5.cd 28.05.2013, 5843/5808 sayılı karar

sonuçlandırmalıdır.⁸³⁰ *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır'a göre* savcılık teşkilatının bugünkü durumu ve halka sunulan yargı hizmetinin kalitesi dikkate alındığında Yargıtay'ın eski içtihatlarında olduğu gibi, durma kararı verilerek, dosyanın izin almak üzere idari mercie gönderilmesi gerekmektedir.⁸³¹

Ancak kovuşturma izni kararına konu eylemin zimmet suçunu oluşturduğu kanaati ile verilen görevsizlik kararı üzerine veya devam eden yargılama esnasında suçun duruşmada ortaya çıkan niteliğine göre yargılamaya devam ederek zimmet suçundan hüküm kurulması mümkün değildir. Bu halde CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca durma kararı verilerek iddianameyle dava açılması sağlanmalıdır.⁸³²

3628 sayılı kanun 17. maddesinin 2. fıkrasında müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında bu kanunun uygulanmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Savcı, yaptığı soruşturma neticesinde dava açmaya yeterli delil elde ederse iddianame düzenleyecek, aksi halde kovuşturmanın kararı verecektir.

Ancak 3628 sayılı Kanunda sayılan suçların üniversite personeli tarafından işlenmesi halinde; bu kişiler hakkında 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kurulu Kanununun 53. maddesinde öngörülen usul çerçevesinde soruşturma yürütülecek, yine bu maddeye göre oluşturulan kurulların son soruşturmanın (kovuşturmanın) açılması yönünde verecekleri kararlar kovuşturma aşamasına geçilebilecektir. Ancak kovuşturmanın açılması yönünde verilecek karar da tek başına yeterli değildir, ayrıca kovuşturmanın yapılabilmesi için Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden izin alınması gerekmektedir.⁸³³

İrtikap suçunun başka suçlarla birlikte işlenmesi halinde her suçun tabi olduğu usule göre soruşturma yapılması gerektiğinden, soruşturması izne tabi olan bir suçun irtikap suçu ile birlikte işlenmesi halinde, izin almadan genel hükümlere göre soruşturma veya kovuşturma yapılması mümkün değildir.⁸³⁴

İrtikap suçu ile kişi ve kamu çıkarı zedelendiğinden, Savcılık yapılan ihbar, takipsizlik kararı ve iddianame maliye bakanlığı baş hukuk müşavirliği ve muhakemat

⁸³⁰ İNANÇ, a.g.e. s.135

⁸³¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1039

⁸³² KOCA, a.g.m, s.272, 273

⁸³³ ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.296

⁸³⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1039

genel müdürlüğü ile ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirir. Hazine avukatı yazılı başvuru ile, maliye bakanlığının katılan sıfatını almasını sağlar.⁸³⁵

Sanığın görev yaptığı ve hukuka aykırı fiili ile zarara uğrattığı kurumun da kovuşturma aşamasında sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerekmektedir.⁸³⁶

3628 sayılı Kanununun 19. maddesini 2. fıkrası uyarınca Cumhuriyet Savcısı soruşturmaya başladığında ihbarı doğrulayan emareler bulduğu takdirde sanıktan, haksız edinilen malın kaçırıldığı yolunda delil ve emare elde edildiği takdirde sanığın ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarını ister. Bu istemin sanığa ve diğer ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde Cumhuriyet Savcısına mal bildirimini verilmesi zorunludur. Soruşturmanın müfettiş veya muhakkik tarafından yapılması halinde müfettiş veya muhakkik de sanıktan ve yukarıda sayılan ilgililerden mal bildirimini isteminde bulunurlar. Bu istemin sanık ve ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde müfettiş veya muhakkike mal bildirimini verilmesi keza zorunludur. Cumhuriyet Savcısı, kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil veya emare elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden isteyebilir.⁸³⁷

3628 sayılı Yasanın 17. Maddesinde sayılan zimmet, rüşvet veya İrtikâp benzeri suçlarla ilgili soruşturma yapılırken, kamu görevlisi olan failin aynı zamanda haksız mal edinip edinmediği yönünde herhangi bir araştırma ve ayrı bir soruşturma yapılmaması en büyük eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim 3628 sayılı Yasanın amacı; yolsuzluk kaynaklı suçlarla daha iyi mücadele ederken, diğer yandan haksız edinilen mal ve paraların tespiti ile müsaderesine karar verilmesini sağlamaktır.⁸³⁸

Yargılama merci açısından değerlendirildiğinde Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında

⁸³⁵ İNANÇ, a.g.e. s.135

⁸³⁶ Yargıtay 5.CD, 23.06.2016, 2014/2938-2016/6697 sayılı karar ‘... müşteki Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK’nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanununun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hükümler kurulması,...’, Uyap’tan alınmıştır. Erişim tarihi: 28.08.2020

⁸³⁷ www.mevzuat.gov.tr Erişim tarihi: 28.08.2020

⁸³⁸ KOCA, a.g.m, s.273

Kanun'un 12. maddesi uyarınca TCK 250. madde 1 ve 2. fıkralarında düzenlenen icbar ve ikna suretiyle işlenen irtikap suçuna Ağır Ceza Mahkemeleri bakmakla görevli iken, Aynı kanunun 11. maddesi uyarınca TCK 250. madde 3.fikrasında düzenlenen hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçuna Asliye Ceza Mahkemeleri bakmakla görevlidir..⁸³⁹

CMK 196. maddesi 2. fıkrası uyarınca alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda istinabe uygulanmayacağı yönündeki düzenleme doğrultusunda icbar suretiyle işlenen irtikap suçu faili, kovuşturma evresinde istinabe ile sorguya çekilemeyecektir.

TCK 66. maddesi uyarınca icbar suretiyle irtikap suçunda olağan zamanaşımı süresi 15 yıl, ikna suretiyle ve hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçlarının zamanaşımı süresi 8 yıl içinde dolmaktadır.

2.13. İRTİKAP SUÇUNUN DİĞER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

Hukuk sistemimizde rüşvet, zimmet, irtikap gibi etik dışı davranışların görünen yönü ile ilgili en temel kanun, Türk Ceza Kanunu'dur.⁸⁴⁰ Kanunun ikinci kitabının dördüncü kısmında kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında; zimmet, irtikap, görevi kötüye kullanma, rüşvet gibi suçlar sayılmıştır.

Bir çok suç tipi ile benzerlik gösteren irtikap suçu, failinin kamu görevlisi olması bakımından özgü suç olması nedeniyle işleniş şekli bakımından benzer bazı suçlardan ayrılmakta ise de failinin kamu görevlisi olduğu zimmet, rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçları ile de benzerlik göstermektedir.⁸⁴¹

2.13.1. Dolandırıcılık ve İrtikap Suçları

İrtikap suçunun ikna suretiyle işlenen türünün, dolandırıcılık suçu ile benzer yönleri bulunmaktadır. Dolandırıcılık suçu, TCK 157. maddesinde '*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*

⁸³⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e., s.1038

⁸⁴⁰ ÖZER, a.g.m s.167

⁸⁴¹ ARI, a.g.t. s.6

güne kadar adli para cezası verilir.' şeklinde düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçu ceza kanununda malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.

İkna suretiyle irtikap suçunda kamu görevlisi, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak, hileli davranışlarla, kendisi veya başkasına yarar sağlanması veya vaatte bulunulmasına neden olmaktadır. Bu nedenle ikna suretiyle irtikapı dolandırıcılıktan ayıran failin kamu görevlisi olması ve görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak suçu işlemiş olmasıdır.⁸⁴²

Elde dilen yarar ile yapılan kamu görevi arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Ancak memurun yarar sağlamada görevinin sağladığı güveni kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti her zaman kolay olmayabilir. Ayrıca irtikap suçunda suçun oluşması açısından yararın sağlanması vadinin yerine getirilmesi şart olmadığı halde, dolandırıcılıkta mağdurun malvarlığında azalma meydana gelmesi gerekmektedir.⁸⁴³

İrtikap sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suç iken, dolandırıcılık herkes tarafından işlenebilen bir suçtur.

Kamu görevlisinin, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak değil de, kamu görevi dışında bir kısım yollarla sorunun çözüleceği düşüncesini muhatabında uyandırmak suretiyle yarar sağlaması, dolandırıcılık suçu işlemesi mümkündür.⁸⁴⁴ Bu durum kanunda dolandırıcılık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiş ve ağır yaptırıma bağlanmıştır.

TCK 160. Maddesinde '*Kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*' şeklinde düzenlenen hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu düzenlenmiştir. Hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçu ile hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu birbirine benzer suçlardır. Her ikisinde de suçun konusunu mağdurların hatası sonucu ellerinden çıkan yarar veya eşya oluştururken, failer ise elde ettikleri eşya veya yararın başkasına ait olduğunu bilmekte, failer mevcut durumu

⁸⁴² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1015

⁸⁴³ EVİK, a.g.m, s.57

⁸⁴⁴ MERAN, a.g.e. s.250

mağdur veya yetkili mercilere bildirmeyerek kendilerine yüklenen yükümlülüklerle aykırı hareket etmektedirler.⁸⁴⁵

Buna göre hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçu failinin kamu görevlisi olmaması halinde, diğer unsurlarında bulunması halinde hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu söz konusu olacaktır.⁸⁴⁶

2.13.2. Zimmet ve İrtikap Suçları

Zimmet suçu TCK 247. Maddesinde ‘(1)Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki 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 düzenlenmiştir.

Zimmet için öncelikle, mülkiyeti devlete, herhangi bir kamu kurumuna veya herhangi bir kişiye ait olan suç konusu taşınır veya taşınmaz malın zilyetliğinin kamu görevlisine devredilmiş olması veya kamu görevlisinin bu mal üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması ve failin suç konusu mal üzerinde icrai veya ihmali bir davranışla malikmiş gibi tasarrufta bulunması gerekir.⁸⁴⁷ **Erem**, muhafaza veya idare maksadıyla kendisine tevdi edilmiş olan şeyi(teminat olarak yatırılan para gibi) mecbur olmasına rağmen memurun iade etmemesi icabi bir hareket olmadığından irtikap hükmüne dahil olmayacağını, bu durumda zimmet suçunun meydana geleceğini, ancak almak ile iade etmemek arasındaki farkın görülemediği hallerin de olduğu, eğer fail, muhafaza için rızaen tevdi edilmiş olan şeyin kendisine intikali için mesela cebir kullanmış ise fiilin irtikap haline geleceğini ifade etmiştir.⁸⁴⁸

Zimmet ile ikna suretiyle irtikap suçunun benzer yönleri bulunmakla birlikte, zimmet, usulüne uygun ve ifsat edilmemiş irade ile mağdurun zilyetliğini devrettiği şeyi, failin kendisi veya başkası için mal edinmesi halinde söz konusu

⁸⁴⁵ ARI, a.g.t. s.13

⁸⁴⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1015

⁸⁴⁷ PEKTAŞ Alperen, Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2006, s.48

⁸⁴⁸ EREM, a.g.e., s. 9

olmaktadır.⁸⁴⁹ Malın teslim veya tevdiinde kamu görevlisinin icbar, ikna veya karşısındaki kişinin hatasından yararlanılıyorsa irtikap suçu oluşacaktır.⁸⁵⁰ Zimmet suçu konusu ekonomik değeri olan mal(taşınır veya taşınmaz mal) iken, irtikap suçu konusu yarar, zimmet suçu mağduru toplumu oluşturan herkes iken, irtikap suçu mağduru icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişidir.⁸⁵¹

2.13.3. Görevi Kötüye Kullanma ve İrtikap Suçları

TCK'nın 257. Maddesinde '*(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*' düzenlenen görevi kötüye kullanma, kamu görevlisinin kanunda ayrı bir suç olarak tanımlanmadığı hallerde görevini gereklerine aykırı hareket ederek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız kazanç sağlaması halinde genel, torba nitelikteki suç tipidir.⁸⁵² Kamu görevlilerinin görevlerini veya yetkilerini kötüye kullanmaları halinde, gerçekleştirilen eylemin biçim ve derecesine göre kanunda bu eylemin rüşvet, zimmet, irtikap, konut dokunulmazlığını ihlal, sahtekarlık gibi suçları oluşturacağı yönünde düzenlemeler mevcuttur.⁸⁵³ Kanun metninde '*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*' ibaresi ile ifade edildiği üzere bir eylemin kanunda özel olarak düzenlenen bu suçların kapsamına girmemesi halinde tamamlayıcı nitelikte düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu gündeme gelecektir.

Yargıtay Belediye yazı işleri müdürü ve evlendirme memuru olarak görev yapan sanığın, 2010 yılı için evlilik cüzdanı bedeli 75 TL olduğu halde, evlenme işlemi için müracaat eden mağdurlar M. D.'dan 150 TL, H. K.'dan 150 TL, E. N.'dan 100

⁸⁴⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. 1016

⁸⁵⁰ TUĞRUL, a.g.e. s.1008

⁸⁵¹ ARI, a.g.t. s.16

⁸⁵² TUĞRUL, a.g.e. s.1014

⁸⁵³ PEKTAŞ, a.g.t., s.35

TL ve Ü. Ş.'den 100 TL 'yi elden aldığı halde vezneye 75'er TL yatırıp geri kalan parayı uhdesinde tutmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerinde, mağdurların, sanığın yapacağı her türlü davranışının yasalara uygun olacağı, yetki ve olanaklarını yasaya uygun olarak kullanacağı inanç ve beklentisi içinde bulunmalarına rağmen, bu inanç ve güvenden yararlanarak mağdurları paralarını yatırmak üzere vezneye sevk etmek yerine, onların iradelerini yanıltıp paraların kendisine ödenmesini temin ederek çıkar sağlamanın söz konusu olması karşısında ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, 6352 sayılı Kanununun 86. maddesi ile eklenen TCK'nın 250/4. maddesi de nazara alınarak, sanığın her bir mağdura yönelik eylemi için aynı Kanununun 250/2. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde zincirleme görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulmasının bozmayı gerektirdiğini kabul etmiştir.⁸⁵⁴

TCK 257/3. maddesinde bulunan '*İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*' şeklindeki düzenleme 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun 105/5-b maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre haklı veya haksız bir işin görülmesi için kamu görevlisine çıkar sağlanması biçimindeki eylemler, fiilin işleniş biçimine göre irtikap veya rüşvet suçu olarak kabul edilecektir.⁸⁵⁵Bu düzenlemeden önce failin manevi zor niteliğinde olmayan veya zor boyutuna ulaşmayan ya da ikna ve kandırma niteliğinde olmayıp basit tavsiye ve öneri niteliğinde bulunan davranışları neticesi mağdurun faile yarar sağlaması halinde irtikap değil, 257/3 uyarınca görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktaydı.

2.13.4. Yağma ve İrtikap Suçları

Malvarlığına karşı suçlar başlığı altında yer bulan yağma suçuna ilişkin TCK 148. maddesinde '*(1)Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı*

⁸⁵⁴ Yargıtay 5CD, 22.01.2015, 2014/9265,2015/1500 sayılı karar, Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

⁸⁵⁵ TUĞRUL, a.g.e. s.1015

itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 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 kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi halinde de aynı ceza verilir. Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır. ' hükmüne yer verilmiştir.

Yağma, hırsızlık ve cebir kullanma suçlarının birleşmesiyle oluşmuş bir suç türü olduğundan, bu suçla bir çok hukuki değer (hırsızlık suçunda olduğu gibi zilyetlik ve mülkiyet, diğer yandan kişi özgürlüğü, maddi ve manevi bütünlük) koruma altına alınmıştır.⁸⁵⁶ Tehdit ve cebir kullanılarak gerçekleştirilen yağma suçu ile icbar suretiyle işlenen irtikap suçu arasında benzer yönler bulunmaktadır. Ancak icbar suretiyle irtikap suçunda, zorlamadan anlaşılması gerek manevi cebirdir. Yani irtikapta bahsedilen cebir, yağma suçundaki maddi cebir niteliğinde olmamalı ve kişinin hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük zarar uğratacağından bahisle tehdit boyutuna ulaşmaması gerekir.⁸⁵⁷ İcbardan söz edebilmek için mağdur açısından daha büyük bir zarardan kurtulmak amacıyla memurun istemine boyun eğilmesi yeterlidir.⁸⁵⁸

İcbar suretiyle irtikap suçunda kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak bir kimseyi, kendisi veya başkasına yarar sağlamasına veya vaatte bulunmasına icbar etmesi, yani mağdurun iradesini zorlayan hareketlerde bulunması söz konusu olmaktadır.⁸⁵⁹ Yağmada fail menfaati bizzat kendi hareketiyle sağlarken, irtikapta ise, mağdurun kamu görevlisine menfaat sağlamak zorunda olduğu düşüncesiyle hareketmiş olmasıdır.⁸⁶⁰ Ayrıca irtikap suçunun oluşması için yarar sağlama vadinin yerine getirilmesi şart olmadığı halde yağma suçunun oluşması için

⁸⁵⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, a.g.e, s.655, ARI, a.g.t, s.7

⁸⁵⁷ ÖZEN, a.g.e. s.56

⁸⁵⁸ MALKOÇ, a.g.e., s.4216

⁸⁵⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e., s.1015

⁸⁶⁰ PEKTAŞ, a.g.t, s.32,33, AYDEMİR, a.g.m s. 161, 162

mağdurun malvarlığında azalma olması gerekir. Bu nedenle her iki suçun tamamlanma zamanı farklıdır.⁸⁶¹

Yargıtay kararlarında da bu duruma yer verilirken⁸⁶², irtikap ve yağma suçu arasındaki fark; irtikap suçunda failin kamu görevlisi olması gerekirken, yağmada failin herhangi biri olması, irtikap suçundaki icbar ile yağma suçundaki cebir ve tehdit nitelik olarak farklı olması, irtikapta icbar kamu görevlisinin görevini sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilirken, yağma açısından cebir veya tehditin herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilmesi ve son olarak irtikap konusu yarar iken, yağma suçu konusunun taşınır mal olması şeklinde sıralanabilir.⁸⁶³

2.13.5. Rüşvet ve İrtikap Suçları

TCK 252. maddesinde ‘Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur. Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir. Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır. Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır. Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan,

⁸⁶¹ EVİK, a.g.m, s.57

⁸⁶² Yargıtay 5.CD. 16.11.2009, 9978/12463 Sayılı kararı

⁸⁶³ ARI, a.g.t. s.10

hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.’ şeklinde rüşvet suçu düzenlenmiştir.

İrtikap sözlük anlamı ile, rüşvet ve nüfuz ticaretini birlikte kapsar biçimde yetkinin kötüye kullanılması eylemi olarak değerlendirilebileceğinden rüşvetten ayrılması oldukça güçtür. Ancak burada kamu görevlisi karşısındaki kişiden, işini yapmak için bir bedel istemektedir.Yani vatandaştan yasal olmayan bir ödeme talebinde bulunmaktadır. Burada rüşvet talebi kamu görevlisinden gelmektedir.⁸⁶⁴

Rüşvet ile irtikap suçu unsurları birbirine benzer suçlardır.İcbar vasıtasının açık olarak kullanılmadığı hallerde bu iki suçu ayırmak güçleşmekteyse de, memur mağduru açıkça tehdit etmemekle beraber zımnî hareketlerle onu korkutması ve bu korku tesiri ile mağdurun kendisine rüşvet teklif etmeye zorlaması halinde kabul ile neticelenmiş rüşvet teklifinin mevcudiyetine rağmen irtikap suçu varlığını kabul etmek doğru olacaktır.⁸⁶⁵

Her iki suç tipinde de fail, görevi sebebiyle haksız bir menfaat temin ettiğinde, bazı hukuk sistemlerinde rüşvet ve irtikap suçu ayırımına gidilmemiştir. Ancak rüşvet ve irtikap suçunun birbirinden ayrılması kolay olmasa da neticeleri itibariyle önemlidir.İrtikap suçu faili tek kişi iken, rüşvet suçu çok failli bir suçtur.İrtikap suçunda menfaati sağlanan kişi mağdur sıfatı alırken, rüşvet suçunda ise rüşvet veren yani fail olarak adlandırılır.İrtikapta mağdur iradesi etki altında iken menfaat temin ederken, rüşvette fail temin etmektedir.İrtikap suçunda kamu görevinin sağladığı nüfuzun ve güvenin kötüye kullanılması söz konusu iken, rüşvette görev nedeniyle verilen yetkinin kötüye kullanılması söz konusudur.Özetle rüşvet suçunda ikili bir anlaşma olmakta, failleri kamu görevlisi ve rüşvet veren olurken, irtikap suçunda haksız menfaat icbar, ikna ve hatadan yararlanma suretiyle elde edildiğinden , suç faili sadece kamu görevlisidir.⁸⁶⁶

İtalyan Yargıtayına göre, ilk teklifin memurdan gelmesi halinde irtikapın, aksi takdirde rüşvetin kabulü yolundaki ölçü doğru olmamakla, iki suçu birbirinden ayıran objektif unsurun irtikapta mağdurun icbar veya ikna edilmiş olması, iki taraflı bir suç olan rüşvette ise, iradenin hile veya cebir etkisi altında olmadan, serbestçe tecelli etmiş olmasıdır.⁸⁶⁷ Bu ölçüyü tamamlamak gerekirse; ferdin istediği hususun kanunsuz

⁸⁶⁴ ÖZER, M. Akif, Yerel Yönetimlerde Etik Dışı Davranışlar, , Cilt:5 , Sayı:12 , Ocak 2012 , s.161,162, (Erişim tarihi:25.03.2020)

⁸⁶⁵ EREN, a.g.e., s.12,13

⁸⁶⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. 1016, 1017

⁸⁶⁷ EREM, a.g.e., s.5

olması halinde irade fesadından bahsedilemeyeceğinden, ferde mağdur da denilemeyecektir.⁸⁶⁸Rüşvette korunan başlıca hukuki menfaat kamu fonksiyonu ve hizmetlerinin tarafsız bir şekilde yerine getirilmesidir.⁸⁶⁹

İrtikap suçunda haksız menfaati sağlayan kural olarak meşru zemindeyken, 6352 sayılı yasa ile TCK 252. Maddesinde yapılan değişiklik öncesi rüşvet suçunda her iki taraf da hukuka aykırı zeminde bulunurken, 6352 sayılı kanunla TCK 250 ve 252. maddelerinde yapılan değişiklik ve 257. Maddesinin üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılması ile kişinin maruz kaldığı icbardan kolayca kurtulma imkanı olmasına rağmen, failin talep ettiği menfaat temin etmesi halinde, icbar suretiyle irtikap veya görevi kötüye kullanma suçu yerine rüşvet suçunun varlığı gündeme gelecektir.⁸⁷⁰ Örneğin 6352 sayılı yasa değişikliğinden önce devlet hastanesinde görevli cerrahın ameliyat için mağdurdan kendisine para istemesi halinde cebri irtikap veya görevi kötüye kullanma suçu meydana gelirken, değişiklik sonrası aynı somut olay için rüşvet suçu söz konusu olacaktır. Ancak hekim, para verilmez ise ameliyatı hiç veya zamanında yapmayacağını belirterek menfaat temin ederse, failin eylemi rüşvetten çıkarak, icbar suretiyle irtikap suçu kapsamına girecektir.⁸⁷¹ Acil ameliyat olması gereken hastanın durumu uygunsa kendisine, değilse yakınlarına yönelen icbar irtikap suçunu oluştururken, hastanın yaşamasından veya ölmesinden ciddi şekilde etkilenmeyecek olan komşusuna veya trafik kaza yerinde tesadüfen görüp getiren vatandaşları zorlama ile irtikap değil ama rüşvet suçu gündeme gelecektir.⁸⁷²

Yargıtay sanıkların İstanbul Fatih Sultan Mehmet köprüsü Avrupa yakası gişeleri önünde KGS kartı olmayan sürücülere kendilerinin temin ettikleri kartı okutarak araç geçiş ücretinin yaklaşık 2 katı tutarında ücret alarak haksız gelir elde ettikleri, ayrıca simit, su, helva satışı yaptıkları, kendilerine engel olmaması için Sarıyer İlçe Emniyet Müdürlüğü Önleyici Hizmetler Büro Amirliğinde görev yapan ve köprü gişelerinde "seyyar satıcılar ve korsan geçiş yaptıran şahıslara müdahale, bunların eylemlerini önleme ve bu şahıslar hakkında Karayolları Trafik Kanununun 68/c maddesine göre cezai işlem yapılmak üzere trafik ekibine teslim etme" görevleri bulunan E. D.'le irtibata geçtikleri, sanığın görevinin gereklerine aykırı

⁸⁶⁸ EREM, a.g.e., s.5

⁸⁶⁹ HAMURCU, a.g.t, s.36

⁸⁷⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, a.g.e. s.1018

⁸⁷¹ ÖZALP, a.g.t., s.151

⁸⁷² MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (4 cilt), Ankara, 2013, s.4215

davranarak yapması gereken işlemleri yapmama karşılığında yasal olmayan geçişler ve satışlardan elde edilen gelirlere günlük ortalama 350 TL para aldığı, beraet eden kişilerin hazırlıktaki samimi beyanları, HTS raporları, seyyar mobese ve FSM köprü kamera kayıtlarından anlaşılacakla; irtikap suçunun memurun memuriyet sıfat veya görevini kötüye kullanarak bir kimseyi kendisine veya başkasına haksız olarak para vermeye veya sair mefaatler temin veya vaadine icbar veya ikna etmesiyle oluşacağı, ancak dosya kapsamına göre irtikapın cebir veya ikna unsurunun yasanın kabul ettiği anlamda eylemde bulunmadığı, diğer kişilerinde yasal olmayan zeminde yer aldıkları ve baskıdan kolayca kurtulma imkanına sahip oldukları, buna bağlı olarak zincirleme şekilde rüşvet alma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden oluşa, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle ve yanılığılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde zincirleme cebri irtikap suçundan hüküm kurulmasının bozmayı gerektirdiği yönünde karar vermiştir.⁸⁷³

Yargıtay bir başka kararında Bağcılar İlçe Emniyet Müdürlüğü Asayiş Büro Amirliğinde görevli polis memuru sanıkların, işyeri sahibi mağdur D.'ye iş yerinde kaçak işçi çalıştırıldığına dair ihbar aldıklarını belirtip, iş yerini kontrol ederek yabancı uyruklu kaçak işçi çalıştırıldığını tespit ettikleri ve bunun üzerine "Üçünü ver götürelim, işlem yapalım, hepsi sana ağır gelir kaçak işçi başına 5800 TL cezası var" dedikleri, iş yeri sahibinin kabul etmemesi üzerine sanıkların "2.000 TL ver seni görmeyelim" dedikleri, mağdurun gerçekte anlaşmayı kabul etmemesine rağmen kabul etmiş gibi görünerek yanında o kadar para olmadığını, akşama kadar ayarlayabileceğini söylemesi üzerine randevulaşarak olay yerinden ayrıldıkları, aynı gün akşam saatinden sonra tekrar işyerine gelerek paranın ayarlanıp ayarlanmadığını sordukları, paranın hazır olmadığını anlamaları üzerine paranın Cumartesi gününe kadar hazırlanması gerektiğini söyleyerek iş yerinden ayrıldıkları, bunun üzerine mağdurun sanıkların polis olup olmadığı konusunda da şüpheye düşmesi nedeniyle olayı polis 155 ihbar hattını arayarak durumu bildirdiği, emniyet görevlilerinin Cumhuriyet Savcısı ile bağlantı kurarak şüphelilerin gelmesi halinde suç üstü yapılması konusunda talimat alarak iş yerinde konuşlandıkları ve her iki sanığın tekrar iş yerine geldiğinde yakalandıkları, çalışma izni olmayan yabancı uyruklu işçi çalıştıran mağdurların bu durumunu tespit etmeleri üzerine durumun yasal olarak daha ağır sonuçlar doğuracağı şeklinde haksız menfaat elde etmek amacıyla mağduru para

⁸⁷³ Yargıtay 5CD, 02.05.2014, 2014/2966-4881 sayılı karar,Uyap'tan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

vermeye zorlamaları şeklinde gerçekleşen eylemin irtikap suçunu oluşturduğu, sanıkların henüz parayı almadan yakalandıkları eylemin bu nedenle kalkışma aşamasında kaldığının kabulü gerektiğinden bahisle cezalandırılmalarına karar verilmiş ise de; sübut bulan bu eylemlerinin yapılması gerekli bir işi yapmamaları için menfaat sağlamak niteliğinde olup rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu, irtikap suçuna teşebbüs suçundan verilen hükmün bozmayı gerektiririni kabul etmiştir⁸⁷⁴

Yine hekim hastanede boş yatak bulunduğu halde yatarak tedavi için hasta veya yakınından para alması rüşvet, hekimin menfaat temin etmeksizin sağlık hizmetinin diğer hak sahiplerinden önce yapılmasını sağlarsa görevi kötüye kullanma, eğer hekim, hasta veya yakınına para vermez isen senin sıranı öne almam diyerek zorlama ile menfaat temin ederse cebri irtikap suçunu işlemiş olur.⁸⁷⁵

Rüşvet suçunda görevin ifasıyla ilgili bir işi yapmak veya yapmamak için doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisi veya göstereceği bir başka kişiye yarar sağlanması söz konusu iken, irtikap suçunda kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun olarak yapması gereken bir işi yapmak için yarar sağlanması söz konusudur. Kamu görevlisinin hukuken yapması gereken işi yapmak için muhatabına karşı, yararın sağlanması gerektiği konusunda manevi cebri kullandığı ya da muhatabını ikna ettiğinin saptanamadığı, ancak yararın sağlandığının kesinlik kazandığı hallerde eylemin rüşvet olduğu kabul edilmelidir.⁸⁷⁶

İrtikapta kişi, rüşvetten farklı olarak işini para ile gördürmek istememekte, manevi zorlama neticesinde iş yaptırabilmek için para vermek zorunda kalmaktadır.⁸⁷⁷

Rüşvet ve irtikap suçunun ayırımına ilişkin bahsedilen unsurların dikkate alınacağına dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında değinilmiştir.⁸⁷⁸

Yargıtay, tehdit edici ve icbar oluşturan bir söz ve davranışı olmadan para isteyen sanığın teklifinin müşteki tarafından hemen kabul edilmesi halinde, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren rüşvet suçunun olduğu kabul edilmiştir.⁸⁷⁹

Rüşvet ile irtikap suçunun ayırımına ilişkin doktorların bıçak parası adı altında kişilerden para talep etmesi en çok karşılaşılan durumlardandır. Burada kişi rüşvet vererek ameliyat olmayı istememekte, doktorun aksi takdirde ameliyatı yapmayacağı

⁸⁷⁴ Yargıtay 5CD,26.03.2015, 2014/9975-2015/8809 sayılı karar,Uyap'tan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020

⁸⁷⁵ ÖZALP, a.g.t., s.151

⁸⁷⁶ MERAN, a.g.e. s.250

⁸⁷⁷ PEKTAŞ, a.g.t., s.42

⁸⁷⁸ Yargıtay CGK, 27.10.2015, 2013/412 E. , 2015/347 K. sayılı karar

⁸⁷⁹ Yargıtay 5.CD, 12.12.2001, 2001/3640-7608 sayılı karar

veya asistan doktorun yapacağı gibi manevi zorlama içeren söylemleri neticesinde para vermek zorunda kalmaktadır.⁸⁸⁰ Ancak devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapan sanığın bel fitiği ameliyatı yapmak için bıçak parası adı altında mağdurdan istediği paraları ameliyat ettikten sonra alması, hastaların hayati tehlikelerinin bulunmaması ve ameliyatlarının acil olmayan ameliyatlardan olması halindeki somut olayda sanığın icbar boyutuna varan bir hareketinin bulunmadığı anlaşıldığından yapması gereken işi yapmak için rüşvet almak suçu meydana gelmektedir.⁸⁸¹

⁸⁸⁰ PEKTAŞ, a.g.t., s.43

⁸⁸¹ Yargıtay 5CD, 26.02.2018, 2015/6362, 2018/1211 sayılı karar, 29.01.2014, 2013/9469-2014/982 ‘*Devlet Hastanesinde Nöroşirurji uzmanı olarak görev yapan sanığın bel fitiği ameliyatı yapmak için “bıçak parası” adı altında müşterilerden istediği paraları ameliyat ettikten sonra aldığı, hastaların hayati tehlikelerinin bulunmadığı ve ameliyatlarının acil olmayan ameliyatlardan olduğu, bu itibarla somut olayda sanığın icbar boyutuna varan bir hareketinin bulunmadığı, eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nın 212/1. maddesindeki “yapması gereken işi yapmak için rüşvet almak” suçunu oluşturduğu ve aynı Kanununun 102/3, 104/2. maddeleri uyarınca 15 yıllık ilaveli zamanaşımı süresine tabi olduğu, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde ise kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlamasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımıyla örtüşmesi nedeniyle, 5237 sayılı TCK’nın 257/3. maddesinde düzenlenen “görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama” suçunu oluşturduğu, hüküm tarihinden sonra 19/12/2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı Yasa ile TCK’nın 257/3. maddesinde değişiklik yapıldığı, 05/07/2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasanın 105/5-b maddesi ile de 5237 sayılı TCK’nın 257/3. madde ve fıkra hükmünün yürürlükten kaldırılmış olduğu ve bu suretle aynı Kanununun 87. maddesiyle değiştirilen TCK’nın 252/2. maddesinde düzenlenen rüşvet suçuna dönüştüğü, bu durumun sanık aleyhine sonuç doğurduğu, en lehe olan yasal düzenlemenin 6086 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten önceki haliyle 5237 sayılı TCK’nın 257/3. maddesi olduğu ve öngörülen cezanın tutarına nazaran 5237 sayılı TCK’nın 66/1-e ve 67/4. maddelerinde belirlenen 8 yıllık asli ve 12 yıllık ilave zamanaşımına tabi olduğu dikkate alındığında mahkemece hüküm tarihi itibarıyla zamanaşımının gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,...’ Uyaptan alınmıştır.Erişim tarihi:28.08.2020*

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 250. Maddesinde düzenlenen irtikap suçu kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu başlık altında düzenlenen suçlar genel olarak kamu görevlisi kişiler tarafından işlenen suçlardır.

İrtikap suçu, sadece kamu görevlisi kişilerce işlenebilen bir suç olması nedeniyle özgü suç özelliği taşımaktadır. Bu kapsamda irtikap suçunu anlamak için öncelikle kamu görevlisi kavramı üzerinde durulmuştur. Ancak kamu görevlisi kavramının kanundaki tanımın geniş olması nedeniyle kapsamına ilişkin doktrindeki tartışmalar devam etmiştir.

İdare hukukundaki kamu görevlisi kavramı ile ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramının farklı kapsamları olduğu anlaşılmalı, ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramının daha geniş anlama sahip olduğu anlaşılmıştır. 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı kanunda kullanılan memur kavramı nedeniyle yaşanan karmaşaya son vermek amacıyla kamu görevlisi kavramına yer verilmiştir. Böylece kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımına son verilmiştir. Memur kavramını da kapsayan kamu görevlisi kavramı belirlenirken kamusal faaliyet kıstası esas alınmıştır. Kamusal faaliyet ile anlaşılması gereken devlet eliyle kamu adına yürütülen hizmet anlaşılmaktadır. Kamusal faaliyet ve kamu görevlisi kavramlarına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcut olmakla, bir görüş kamuya yararlı her hizmet sağlayanın kamu görevlisi sayılmayacağını savunurken, bir başka görüş kamu hukuku usulüne göre hizmet yerine getirilmesini ararken, bir diğer görüş ise kamu sal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde katılmış olmayı aramaktadır.

5237 sayılı TCK'da düzenlenen irtikap suçu, 765 sayılı TCK'daki düzenlemeden ayrılmadan üç farklı şekilde işlenebilmektedir. 765 sayılı TCK'da memuriyet sıfatını ve görevini kötüye kullanmak suretiyle icbar ve ikna suretiyle irtikap suçunun işlenebileceği hükmüne yer verilirken, 5237 sayılı TCK'da icbar ve ikna suretiyle işlenen irtikap ayrılarak, icbar suretiyle işlenen için görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma; ikna suretiyle işlenen irtikap için ise görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca 765 sayılı TCK'da

kullanılan ‘para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına’ şeklindeki ifadeyi kapsayacak ve geniş yorumlanması amaçlanan yarar kavramına yer verilmiştir. Hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçunun 765 sayılı TCK’nın 209. madde 3. fıkrasında tanımına yer verilirken, 5237 sayılı TCK’da 250. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ikna suretiyle irtikap suçuna atıf yapılarak düzenleme yoluna gidilmiştir.

765 sayılı TCK’dan farklı olarak 5237 sayılı TCK’da icbar tanımına yer verilerek cebir karinesi ortaya atılmışsa da Yargıtay 5.CD bu karineyi mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olması, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması ve mağdurun kolaylıkla kurtulma imkanının olmaması gibi unsurlarla sınırlandırmıştır.

Yargıtay CGK kararında da benimsendiği üzere irtikap suçu ile kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması ve toplumun kamu idaresine olan güveninin korunması amaçlanmış, aynı zamanda kamu görevlilerinin görevlerinin sağladığı üstünlük ve kolaylıktan faydalanarak kişilere zarar vermesi önlemek istenmiştir.

Suçun konusunu oluşturan yarar, sağlanması veya vaat edilmesi ile suç tamamlanır. Maddenin aynı fıkrasında hem yarar hem de menfaat kavramına yer verilmesi eleştirilirken kimi görüş, menfaatin yarardan daha geniş olduğunu savunurken, kimi ise her ikisinin aynı anlama geldiğini savunmuştur. Yargıtay CGK ise yarar ile menfaatin aynı anlama geldiğini kabul etmiştir.

Manevi yarar, suçun konusunu oluşturmakla birlikte cinsel tatminin bu suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bunlardan biri hukuki konularının farklı olması nedeniyle irtikap kapsamına girmeyeceğini, diğer görüş, insanın hoşuna giden, gurunu okşayan hallerin yarar kapsamına girdiğini, kimi görüş, ekonomik bir değer taşımaması nedeniyle irtikap suçu konusunu oluşturmayacağını, bir diğer görüş ise ancak umumi bir kadın söz konusu olduğunda yarar kapsamında değerlendirilebileceğini savunmuştur. Kanaatimizce menfaatin geniş yorumlanması gerektiğinden cinsel tatmin içeren yararın da irtikap suçu kapsamında olacağı kabul edilmelidir.

5237 sayılı TCK’da yararın haksız olması şartının kaldırılması ile yararın devlet kasasına girmesi durumunda irtikap suçunun oluşup oluşmayacağı hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüş böyle bir durumda ancak görevi kötüye kullanma suçunun söz konusu olacağını savunurken, bir diğer görüş ise ancak disiplin

cezası gerektiren bir eylem olarak kabul edilmesini savunurken, katılmış olduğumuz diğer görüş ise irtikap suçu ile korunan hukuki değerın güven duygusu ve kamu görevlisinin dürüst olacağı inancı olması nedeniyle yararın devlet kasasına girmesi halinde bile irtikap suçunun oluşacağı kabul edilmektedir.

İrtikap suçu mağdurunun gerçek kişiler yanında devlet olup olmayacağı ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Kimi görüş kamu idaresi aleyhine işlenen bir suç olması nedeniyle devletin mağdur olabileceğini söylerken, diğer görüş ise icbar, ikna edilme ve hatasından yararlanılma gibi eylemlerin tüzel kişiye karşı olamayacağı, mağdurun sadece gerçek kişiler olabileceği savunurken, bizimde katıldığımız diğer görüş ise bu suç ile korunan değerın kamu idaresine duyulan güven olması nedeniyle devletin ancak suçtan zarar gören olabileceği, mağdurun ise ancak toplum olacağını ifade etmiştir. Niteki Yargıtay 5. CD, Hazine ve ilgili kurumu suçtan zarar gören olarak kabul etmiştir.

İrtikap suçu, kamu görevlisi icbar veya ikna fiilleri vasıtasıyla görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanarak, kendisi veya başkası yararına yarar sağlamakta veya vaatte bulunulmasını sağlamakta, haksız çıkar sağlamaktadır. Suçun maddi unsurları öncelikle görevin saptadığı nüfuz veya güveninin kötüye kullanılması, icbar ve ikna etme veya hatadan yararlanmadır. Maddi konu ise, yarar sağlanması veya vaatte bulunulmasıdır. Suç yarar sağlanması veya vaatte bulunulması tamamlanmaktadır. Kişi vaatte bulunduğu halde elinde olmayan nedenlerle vaadini yerine getiremese bile suç teşebbüs aşamasında kalmış olmayacak, kendisine vaatte bulunulmasını sağlayan faile tamamlanmış suçtan yaptırım uygulanacaktır.

İrtikap suçunun en ağır yaptırıma bağlanan şekli icbar suretiyle işlenmiş olanıdır. Failin manevi zorlaması neticesi, kendisinden haksız bir talepte bulunulduğunun farkında olan ancak işinin görülmeyeceği endişesine kapılan kişinin yarar sağlaması veya vaatte bulunması ile meydana gelir. Burada önemli olan husus failin zorlayıcı eyleminin maddi boyutta ulaşmamış olmasıdır. Aksi durumda yağma suçunun gündeme gelmesi kaçınılmazdır.

İcbar suretiyle irtikapın düzenlendiği ilgili fıkarda, mağdurun kendini mecbur hissetmesi şartının getirilmesi, ilk cümlede yarar ve vaat elde edilmesi yeterli görülürken, ikinci cümlede icbar tanımında menfaatin temin edilmiş olması ibaresine yer verilmesi, yarar ile menfaat kavramlarının birbirlerini karşılamadıkları halde aynı fıkarda kullanılması bir takım eleştirileri kaçınılmaz kılmıştır.

İrtikap suçunun bir diğerk işleniş şekli ise ikna suretiyle irtikap suçudur. Burada zorlanan bir irade yoktur. Fail, kişinin iradesini sakatlamak suretiyle kendisine çıkar sağlamaktadır. Mağdur, kamu görevlisine sağladığı yararın haksız olduğunun farkında değildir.

Hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçu ise, ikna suretiyle irtikap suçunun icrai olmayan yöntemle işleniş biçimidir. Buna göre failin, kişinin iradesini sakatlamaya yönelik herhangi bir eylemi olmadığı halde, kişinin düşmüş olduğu hatadan yararlanması söz konusudur. Ancak kendisine düşen görev gereği kişiyi uyarmaktan imtina etmekte, kişinin düşmüş olduğu hatadan çıkması konusunda girişimde bulunmamaktadır. Hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçu en hafif yaptırıma bağlanan irtikap suçudur.

İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu indirim nedeni olarak düzenlenmişse de uygulamadan doğan sıkıntılar bazı eleştirilere neden olmuştur. Buna göre menfaat değer azlığı ve mağdurun yüksek gelir sahibi olması indirim nedeni olurken, mağdurun düşük gelir sahibi olması aksi uygulamaya neden olması, ekonomik durumu iyi veya kötü olan mağdurlara karşı bu suçu işleyen ve durumdan haberdar olmaya failerin indirimden yararlanıp yararlanmaması ceza adaletinde dengesizliğe neden olması ve bu suçun kamu idaresi aleyhine işlenen bir suç olmasına rağmen kişilere karşı işlenen suçlardaki yöntemle mağdurun ekonomik durumuna göre indirime gidilmesi eleştiri konusu yapılmıştır.

Bu suçun hukuka uygunluk nedenlerinden ilgilinin rızası, kusurluluğu etkileyen hallerden de geçici neden, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma ile cebir ve tehditle iradenin etkilenmesi halleri hariç diğerleri ile bağdaşması mümkün gözükmemektedir.

İrtikap suçu sadece kasten işlenebilen suç olması nedeniyle manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Ceza kanunumuzda taksirle işlenebilen suçlar arasında sayılmadığından taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Doktrinde bir takım tartışmalar olmakla birlikte irtikap suçuna teşebbüs mümkündür. Zimmet, rüşvet gibi suçlarda etkin pişmanlık hali düzenlenmiş olduğu halde kanun koyucu irtikap için etkin pişmanlık durumunu düzenlememiştir.

İrtikap suçu sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Bu suça iştirak eden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla yargılanabilirler.

İrtikap suçu birçok suçla benzer özellik göstermesi nedeniyle somut olayda hangi suçun meydana geldiğinin tespiti uygulanacak yaptırım açısından önem arz etmektedir. İrtikap suçu ile karıştırılma ihtimali en yüksek olan suçlar, yağma, rüşvet, zimmet, dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçlarıdır.

Dolandırıcılık suçu ile öncelikle hukuki konu yönünden fark bulunmaktadır. Dolandırıcılık suçunda fail hileli hareketlerle mağdurun bir şeyi teslim etmesini, hakkından vazgeçmesini isterken, irtikapta, fail görevinin sağladığı nüfuz ve güveni kötüye kullanarak icbar veya ikna suretiyle kendisi veya başkasına yarar sağlanmasını istemektedir. İrtikap kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenirken, dolandırıcılık malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca dolandırıcılık herkes tarafından işlenebilen bir suç iken, irtikap sadece kamu görevlisi tarafından ve görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle işlenebilen bir suçtur.

Rüşvet suçu ile olan farkları irdelendiğinde; irtikap suçu tek failli ike, rüşvet iki taraflı ve çok failli bir suç olmakta, irtikap için yarar sağlayan veya vaat eden kişi suçlu olmaz iken, rüşvet için yarar sağlayan kişi fail sıfatı ile yargılanır. İrtikap suçunda kamu görevlisinin girişimi neticesi kişi yarar sağlarken, rüşvet suçu karşılıklı bir anlaşma ile ortaya çıkmaktadır.

Zimmet suçunda kamu görevlisi kendisine tevdi edilen malı zimmetine geçirirken, irtikapta kişinin iradesinin failin hareketi ile sakatlanması neticesi yarar elde edilmektedir.

Yağma malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmekle irtikap suçu ile benzer yönleri bulunmaktadır. Yağma suçu hem maddi ve manevi cebir(tehdit) kullanarak işlenebildiği halde, icbar suretiyle irtikap maddi cebri boyutuna varmadan, manevi cebir ise tedir boyutuna varmadan işlenebilir. Yağma herkes tarafında işlenebilen bir suç iken, irtikap sadece kamu görevlisi olan fail tarafından işlenebilir. İrtikap suçu konusu daha geniş tutularak yarar iken, yağma suçunun konusu taşınır mal oluşturmaktadır.

Görevi kötüye kullanma torba bir düzenleme olmakla, irtikap görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturmaktadır. Somut olaydaki eylemler kanunda ayrıca olarak düzenlenen suçların kapsamına girmediğinin tespit edilmesi halinde görevi kötüye kullanma suçunun değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır.

KAYNAKÇA

1. Akbulut **B.(2017)**. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara:Adalet Yayınevi,
2. Akçin, İ. (2007). *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
3. Akyılmaz, B. (2003). *İdare Hukuku*. Konya: Sayram Yayınları.
4. Arı, A. (2010). *İrtikap Suçu*. (Yüksek lisans tezi), Akdeniz Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya.
5. Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, Ü. K. (2019). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
6. Artuk, M.E., Gökçen, A., Yenidünya, A.C.. (2013). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
7. Atay, E. E.(2019) *İdare Hukuku*, Ankara:Turhan Kitabevi.
8. Aydemir S. R (2005). İrtikap. *Mevzuat Dergisi*, 8(89). Erişim tarihi: 27 Mart 2020, <https://www.Mevzuatdergisi.com/2005/05a/01.Htm>
9. AYDIN, D. (2006). Suça Teşebbüs, *AÜHFD*, 55(1), 85-113. Erişim tarihi: 15 Nisan 2020,
10. Aydın, H. (2010). Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı. *Ankara Barosu Dergisi*, (1), 109-128. Erişim tarihi: 04 Nisan 2020,
11. Baytemir, E. (2011). *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, Zimmet, Rüşvet, İrtikap*. Ankara: Adalet Yayınevi.
12. Çelik, E. (2010). *Rüşvet ve İrtikap Suçları*. (Yüksek lisans tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Erişim tarihi:24 Mart 2020,
13. Çetin, E. (2000). *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları*. Ankara: Eda Matbaacılık.
14. Demren Dönmez, B. (2011). Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı. *Barolar Birliği Dergisi*, 94, 95, Erişim tarihi: 25 Mart 2020,

15. Dönmez, B. (2017). Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19, Özel sayı(Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), 2727-2748, Erişim tarihi: 25 Mart 2020, <https://hukuk.Deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/5-BURCU-DONMEZ.pdf>
16. Dönmezer, S.(1984). Özel Ceza Hukuku Dersleri. İstanbul:Fakülteler Matbaası.
17. Ercan, İ.(2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Kuram Kitap
18. Erdoğan, M., Kamu Alanı ve Liberalizm: Birkaç Not, s.1, Erişim tarihi: 04 Nisan 2020, <http://birlesikkafkasya.Blogcu.com/mustafa-erdogan-kamu-alani-ve-liberalizm-birkac-not/551235>
19. Erem, F. (1964). *İrtikap Cürmü*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası.
20. Erem, F., Torolu, N. (2000). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.
21. Erem, F., Toroslu, N. (1983). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Savaş Yayınevi.
22. Ersöz, K., Serttaş, S. (2019). Devlet Memurlarının İsnat Ve İftiralara Karşı Korunması. *İzmir Barosu Dergisi*, 84(2), 163-164, Erişim tarihi: 27 Mart 2020, <https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/devlet-memurlar2019112593751931.pdf>
23. Evik, V. S. (2007). İrtikap Suçu. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 47-74, Erişim tarihi: 31.03.2020, <http://dosya.Gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2007-2-hukuk-fakultesi.pdf>
24. Gerçekler, H. (2011). *Yorumlu ve uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (Cilt 2). Ankara: Adalet Yayınevi.
25. Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner,T.(2013) İdare Hukuku(Güncellenmiş 6. Baskı). İstanbul:Der Yayınları.
26. Gökcan, H. T. (2008). *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
27. Gökcan, H. T. (2015). Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı. , 3(2), 147–160, Erişim tarihi:25 Mart 2020,
28. Gözler, K., Kaplan, G.(2020) İdare Hukuku Dersleri(Güncellenmiş 22.Baskı), Bursa:Ekin Kitabevi
29. Günday, M.(2017). İdare Hukuku(11.Baskı). Ankara:İmaj Yayınevi

30. Güran, S. (1989). Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı, 6, , 37-66, Erişim tarihi: 25 Mart 2020, <https://ayam. Anayasa. Gov.tr/media/4816/saitguran.pdf>
31. Gürühan, C., Topaç, T. H., Kanat, A. S. E. (2016). Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8, 219 – 237. Erişim tarihi: 25 Mart 2020,
32. Hafizoğulları, Z., Aygün Eşitli, E. (2014). *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık,
33. Hafizoğulları, Z., Özen, M. (2016). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık.
34. Hafizoğulları, Z., Özen, M. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık.
35. Hamurcu, B. (2008). *Rüşvet ve İrtikap Suçu*. (Yüksek lisans tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Erişim tarihi: 24 Mart 2020,
36. Işık, O. (2010). *Yargıtay Kararları ışığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. (Yüksek lisans tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, Erişim tarihi: 24 Mart 2020,
37. İçel, K.(2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Beta Yayınları
38. İnanç, Z. A. (2013). *Türk Ceza Kanununda İrtikap Suçu* (1. Baskı). İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
39. Kahraman, R. (2019). İrtikap ve Rüşvet Suçları Bakımından İcbar Karinesinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi. *Barolar Birliği Dergisi*, 141, 209, Erişim tarihi: 25 Mart 2020,
40. Kahraman, R. (2018).Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlarda Suçun Maddi Konusu Sorunu, *Politik Ekonomik Kuram*. 2(2), 130,145, Erişim tarihi: 25 Mart 2020, ,
41. Kanbur, M. N. (2013). 6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu (TCK m.250). *MÜHFHAD*, 19(2), 1177–1208, Erişim tarihi: 25 Mart 2020,
42. Karakurt, H. (2015). Beyaz Yaka Suçları. *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(5), 63. Erişim tarihi: 26 Mart 2020, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=402&desc=Cilt:89-Say%C4%B1:2015/5>

43. Koca, M. R. (2015). İrtikap Suçu. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6, 247-279
Erişim tarihi: 25 Mart 2020, <http://www.uyusmazlik.Gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-201710mreiskoca.pdf>
44. Koca, M., Üzülmez, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
45. Koca, M., Üzülmez, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
46. Malkoç, İ. (2013). *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu* (4 cilt). Ankara: Yazarın kendi yayını
47. Malkoç, İ., Güler, M. (1999). *Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler* (1. Baskı), (Cilt 2). Ankara: Adil Yayınevi.
48. Malkoç, İ., Malkoç, A. (1988). *Memurlar ve Suçlar-Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları*. Ankara: Seçkin Kitabevi.
49. Meran, N. (2008). *Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
50. Meran, N. (2014). *Zimmet, Rüşvet, İrtikap-Görevi Kötüye Kullanma Suçları-Kamu Görevlisi Kavramı-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
51. Okuyucu, E.(2008) *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Ankara:Çakmak Yayınevi.
52. Onar, S.S.(1944) *İdare Hukuku*(2. Bası),(Cilt 1). İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
53. Önder, A. (1994). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
54. Özalp, F. (2013). *Hekimin Cezai Sorumluluğu*. (Yüksek lisans tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Erişim tarihi: 24 Mart 2020,
55. Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., (2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
56. Özen, M. (2010). *İrtikap ve Rüşvet Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
57. Özer, M. A. (2012). Yerel Yönetimlerde Etik Dışı Davranışlar. , 5(12), 152–173, Erişim tarihi: 25 Mart 2020, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/405819>

58. Özgenç, İ. (1994). Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak. *SÜHFD*, 4(1-2). Erişim tarihi: 04 Nisan 2020. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/261734>
59. Özgenç, İ. (2002). Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar. Ankara: Seçkin Yayınevi.
60. ÖZGENÇ, İ.(2005) *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler* (2.Baskı), Ankar:Seçkin Yayınevi.
61. Özgenç, İ. (2012). *İrtikap ve Rüşvet Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
62. Özgenç, İ. (1994). Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak. *SÜHFD*, 4(1-2), 332-333. Erişim tarihi: 04 Nisan 2020,
63. Özgenç, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
64. Özütürk, N. (1966). *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı* (1 Cilt), Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık.
65. Parlar, A., Hatipoğlu, M. (2010). *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
66. Pektaş, A. (2006). *Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu*. (Yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya. Erişim tarihi: 24.03.2020,
67. Soyaslan, D. (2012). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 9. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi.
68. Şahin, F. (2004). Yönetim Hukukundaki Memur Kavramıyla Ceza Hukukundaki Memur Kavramının Karşılaştırılması. *Ankara Barosu Dergisi*, 1, 15-42, Erişim tarihi: 04 Nisan 2020, <http://www.Ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2004-1/1.pdf>
69. Şekercioğlu, M.(1974). Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı. İstanbul:Cezaevi Matbaası.
70. Gözübüyük, A. Şeref/Tan, T.,(2019) *İdare Hukuku Genel Esaslar*(Cilt 2), (Güncellenmiş 13. Baskı). Ankara:Turhan Kitabevi.
71. Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, M.(2016). Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hukuku(Güncellenmiş 13.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
72. Toroslu, N.(1970) Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara:Sevinç Matbaası.
73. Tuğrul, A. C. (2013). Öğreti ve Uygulamada Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet, Suçları (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

74. Turabi, S. (2017). *İrtikap Suçu* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
75. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim tarihi: 04 Nisan 2020, <https://sozluk.gov.tr/>
76. Ümit, C. (2017). Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu. (32), 197, Erişim tarihi: 25 Mart 2020, .
77. Ünver, Y. (2013). Türkiye’de Ceza Hukukunda Avrupa Hukukuna Uyum Çalışmaları Bağlamında Üçüncü Yargı Paketinin Genel Değerlendirilmesi. *MÜHFHAD*, 19(2), 407–428, , (Erişim tarihi:25.03.2020)
78. Üzülmöz, İ. (2006). Yeni Ceza Kanununda İrtikap Suçu(m.250). *SÜHFD*, 14(2), 273-298. Erişim tarihi: 25 Mart 2020.
79. Yargıtay kararları için Erişim tarihi: 28 Ağustos 2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ve Uyap.
80. Yarsuvat, D. (1964). Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri. *İÜHFMD*, 30(3-4).
81. Yaşar, O., Gökcan, H. T., Artuç, M. (2010). *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (5. cilt). Ankara: Adalet Yayınevi.
82. Yaşar, O., Gökcan, H. T., Artuç, M. (2010). *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (1. cilt). Ankara: Adalet Yayınevi.
83. Yurtcan, E. (2015). *Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet, Zimmet, İrtikap Görevi Kötiye Kullanma-Öteki Kamu Yönetimine Karşı Suçlar* (Güncelleştirilmiş 2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
84. Zafer, H.(2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul:Beta Yayınları
- İnternet Kaynakları
- www.mevzuat.gov.tr
- www.turkhukuksitesi.com
- <https://mevzuat.tbmm.gov.tr>

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : KAYA SEVEN, Çağrı Aşina

Uyruğu : TC

Doğum Tarihi ve Yeri : 10.09.1988, Van-Erciş

Medeni Hali : Evli

Telefon Numarası : 05356340877

E-posta : kayaasina@gmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Lise	Kayabeyazıtöğlu Lisesi	2005
Lisans	Başkent Üniversitesi	2010

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
2010-2011	Ankara Barosu	Stajyer Avukat
2011-2015	Ankara Barosu	Avukat
2015-2016	Ankara Adliyesi	Hakim Adayı
2016-2018	Burdur Adliyesi	Hakim
2018 ve sonrası	Yargıtay	Hakim

YABANCI DİL

- İngilizce

HOBİLER

- Seyahat etmek