

YENİ CEZA KANUNU'NDA İRTİKAP SUÇU (M. 250)

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ*

GİRİŞ

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” yer almaktadır. Bu Kısımın İlk Bölümü “Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlığı ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar” başlıklı 3. Babında toplam oniki fasılda yaptırım altına alınan fiillerden oluşmaktadır. Yeni Kanunun bu fiilleri “Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar” bölüm başlığı ile düzenlemesi yerinde olmuştur¹. Böylelikle bu bölümdeki suç tipleriyle bir yandan bizzat kamu görevlilerinin vatandaşların kamu idaresine olan güvenini sarsan, kamu idaresinin işleyişindeki düzeni ihlal eden birtakım hareketleri ile sivil kişilerin kamu görevinin yerine getirilmesini engelleyen veya kamu idaresinin işleyişini ihlal eden hareketlerinin yaptırım altına alındığı ifade edilmiş olmaktadır².

Toplam yirmi maddeden oluşan bu bölümde 765 sayılı Türk Ceza Kanununa göre yeni bir suç tipine yer verilmemiş, ancak yeni Kanunda yasama ekonomisine gidilerek aynı nitelikteki ihlali belirten, ancak kazuistik bir yöntemle farklı maddelerde düzenlenmiş olan suç tipleri tek bir madde altında toplanmıştır. Örneğin görevi kötüye kullanmanın çeşitli görünüm şekilleri 765 sayılı Kanunun 228, 230 ve 240. maddeleriyle cezalandırılmışken, yeni Kanunda “Görevi Kötüye Kullanma” başlıklı bir hükümle 257. maddede yaptırım altına alınmıştır³. Yine bu bölümde yer alması uygun görülmeyen bazı fiiller de Kanunun başka kısımlarında veya bölümlerinde düzenlenmiştir. Örneğin, “kamu

* DPÜ. Kütahya İİBF. Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ Aynı yönde bkz: Yenidünya, A. Caner, (2005), “2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme”, in: **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi**, 2005/5, s. 121.

² Bkz: Yarsuvat, Duygun (1965), “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Naci Şensoy Hatıra Sayısı**, C.: XXX, 1965/3-4, s. 670.

³ Üzülmöz, İlhan (2005), “Yeni Ceza Kanununda Zimmet Suçu (M. 247-249)”, in: **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2005/5 216-217.

görevlilerine huzurlarında ve yerine getirdiği vazifeden dolayı hakaret suçu” (m. 266), yeni Ceza Kanununda ayrı bir suç tipi olarak değil, şerefe karşı suçlar arasında hakaret suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 125/3, a). Aynı şekilde 765 sayılı Kanunda “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar” kapsamında yer alan işkence suçu (m. 243), yeni Ceza Kanununda “kişilere karşı suçlar” arasında “işkence” başlığı ile 94 ve 95. maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Aşağıda yeni Ceza Kanununda da Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı suçlar arasındaki yerini koruyan irtikap suçu ele alınacaktır.

I- SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Kanun koyucu, kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanarak, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlaması veya bu yolda vaatte bulunması için kişileri icbar veya ikna etmesi ya da onda mevcut olan hatadan yararlanmasını ifade eden irtikap fiillerini Kanunun 250. maddesiyle yaptırıma bağlamıştır⁴. Bu maddeye göre; “(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

5237 sayılı Kanun irtikap bakımından 765 sayılı Kanuna paralel bir düzenleme getirmekle birlikte, irtikap-kamu görevi bağlantısını irtikapın bütün gerçekleştiriliş şekilleri bakımından ayrı ayrı formüle etmiştir. Böylelikle 765 sayılı Kanunun irtikap bakımından öngördüğü düzenlemede kapsamı geniş olmakla veya içeriği itibarıyla 240. maddeyle karıştırılabilir olmakla eleştirilen “Memuriyet sıfatı veya görevini kötüye kullanma” ibareleri terk edilerek, bunun yerine icbar suretiyle irtikap bakımından “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma”, ikna suretiyle açısından “görevinin sağladığı güveni kötüye kullanma” ibareleriyle irtikap- kamu görevi bağlantısı kurulmuştur⁵.

⁴ Suç tipinin hukukumuzdaki tarihi gelişimi için bkz: Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner (2005), **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Ankara 2005, s. 587 vd.

⁵ Aynı yönde bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 577.

II- KORUNAN HUKUKİ YARAR

Bir hukuk toplumunda, sosyal hayatın devamı bakımından önemli olan ve kamu hizmeti olarak isimlendirilen bir takım faaliyetler, bizzat devlet tarafından veya devlet dışındaki kamu tüzel kişilerince yerine getirilmektedir⁶. Toplumdaki bütün fertler adına yürütülen bu faaliyetlere kamu görevi, bu görevi yerine getiren kişilere ise kamu görevlisi denilmektedir⁷. Bir kamu görevini yerine getirmekle görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla bir kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir. Kamu görevlisi üstlenmiş olduğu görevi sadakatle yerine getirmek, bireylerin kamu idaresine karşı duymaları gereken güveni sarsmamak zorundadır⁸. Kanun koyucu vatandaşların kamu idaresine duymaları gereken güveni sarsan fiillerin bir görünüm şekli olan irtikap fiillerini cezalandırarak, kamu idaresinin itibarını, halkın devlet memurlarına karşı duyması gereken inanç ve itimadı, kamu görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararları korumuş olmaktadır. İrtikabın yaptırım altına alınmasıyla aynı zamanda kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanarak muhatap oldukları kişilere zarar vermelerini engellemek, böylelikle kamu görevlilerinin kendi konumlarından yararlanarak çıkar elde etmelerini önlemek de amaçlanmıştır⁹. Kanun koyucu irtikap fiillerini, kamu görevlisinin konumunun sağladığı gücü haksız ekonomik çıkar elde etme aracı olarak kullanmasını engellemek amacıyla yaptırım altına almaktadır. Dolayısıyla irtikap suçunun faili, devletin mali yararlarını ihlal ettiği için değil, halkın kamu görevlisine olan itimadının sürekli olmasındaki toplum yararını zedelediği için cezalandırılmaktadır¹⁰.

⁶ Kamu idaresi kavramı, devletin ve diğer kamu kurumlarının faaliyetlerini içermektedir. Dolayısıyla Kanunun Kamu Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı bölümünde sadece teknik ve dar anlamda devletin idari faaliyetleri değil, devletin yasama, yürütme ve yargılama faaliyetiyle, bir bütün olarak hizmet üreten ve veren kurum olarak korunmuş, bu çerçevede devletin faaliyetine zarar veren, zaafa uğratan fiiller idareye karşı işlenmiş suç sayılmıştır. Bkz: Soyaslan, Doğan (2005), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara 2005, s. 492.

⁷ Özgenç, İzzet (2002), **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, 1. Bası, Ankara 2002, s. 134.

⁸ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat (2006), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2006, s. 654.

⁹ Erman, Sahir/Özek, Çetin (1992), **Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1992, s. 66; Özgenç (2002), s. 162.

¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 593.

III- FAİLİ VE MAĞDURU

İrtikap kamu görevlileri tarafından işlenebilen mahsus bir suçtur. Kamu görevlisi kavramı Kanunun tanımlar başlıklı 6. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır şekilde tanımlanmıştır¹¹. “Kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin kamusal bir faaliyet olmasıdır”¹². Mevzuatla belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet kamusal faaliyeti belirtir. Devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının icrası kapsamında yürüttüğü faaliyete, bu fonksiyonları yerine getiren organlara atama, seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılıp çalışan kişiye kamu görevlisi denir¹³. Kısaca, kamu görevini, kamu otoritesine bağlı olarak yerine getirilen faaliyet; kamu görevlisini ise, bu faaliyeti yerine getiren kişi olarak nitelendirmek mümkündür.

Suçun oluşumu bakımından fiilin gerçekleştirildiği sırada kamu görevlisi sıfatını taşıyor olmak yeterlidir. Kişinin sonradan bu sıfatını kaybetmesinin suçun mevcudiyetine herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Kamu görevlisi olmadığı halde kamu görevlisi olduğunu söyleyerek yarar sağlayan, kamu görevini gasp eden kişi kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu (m. 262) ile birlikte duruma göre yağma veya dolandırıcılık suçlarından da sorumlu olur (m. 148, 157)¹⁴.

Ayrıca özel kanunlar gereğince sadece ait oldukları kuruluşun para, mal ve belgeleri hakkında bir suç işlemeleri halinde kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilen kişiler bu tür bir ihlali oluşturmayan irtikap

¹¹ Belirtelim doktrinde 5237 sayılı yeni Ceza Kanununun öngörmüş olduğu kamu görevlisi tanımını olumlu bulanlar olduğu gibi, “kamusal faaliyetin yürütümü” gibi belirsiz bir kriterin uygulamada kimlerin memur olduğunu belirlemede yaşanan sorunlara çözüm olmayacağını belirterek eleştirenler de bulunmaktadır. Bkz: Mahmutoğlu, Fatih Selami (2004), “TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanununun Tasarısı Hakkında Görüş”, in: **Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar** (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004, s. 362; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan**, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, in: **Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar** (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004, s.336.

¹² Bkz: Madde gerekçesi.

¹³ Soyaslan (2005), s. 494.

¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 595; Bakıcı, s. 183.

suçunun faili olamazlar¹⁵. Hemen belirtelim ki özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilen kişiler ilgili kanunlarda değişiklik yapılınca ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar kamu görevlisi gibi cezalandırılmaya devam edileceklerdir (5349 s. Kanununun Geçici 1. Madde) . Ancak bu tarihten sonra TCK. m. 5 gereğince bunların kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları mümkün değildir.

Suçun mağduru, her şeyden önce kamu görevlisince yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya zorlanan veya ikna edilen kişidir. Ancak, suçun oluşumu için mutlaka yarar sağlayacak veya bu yolda vaatte bulunacak kişinin icbar ve ikna edilmesi şart değildir. Bazen icbar ve ikna edilen kişi ile irtikap edilen yararın sahibi başka kişiler olabilir. Bu gibi hallerde icbar ve ikna edilen kişinin mağdur; irtikap edilen yararın sahibi olan kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmek gerekmektedir¹⁶.

İrtikap suçunda icbar ve ikna edilen kişinin yanı sıra kamu idaresinin de mağdur olacağını kabul eden yazarlar bulunmaktadır¹⁷. Bu kabulde suçun Kanundaki sistematik yeri etkilidir. Yukarıda belirtildiği gibi bu suçla kişilerin kamu görevlilerinin görevlerinin gereği olan yükümlülüklere aykırı davranmayacakları yönündeki güvenin korunduğu dikkate alındığında, icbar edilen kişinin yanı sıra toplumu oluşturan herkesi bu suçun mağduru saymak gerekir¹⁸.

IV- SUÇUN UNSURLARI

A- Maddi Unsur

1- Genel Olarak

Kanununun 250. maddesinde, 765 sayılı Kanununun 209. maddesine paralel olarak yararlanma olayının gerçekleştiriliş biçiminden hareketle üç türlü irtikap düzenlenmiştir. İrtikabın işleniş (gerçekleştiriliş) şekilleri, irtikap suçunun seçimlik hareketlerini değil, farklı ağırlıkta ihlalleri belirten bağımsız suçları oluşturmaktadır¹⁹. Buna göre; maddenin ilk fıkrasında icbar suretiyle irtikap, 2.

¹⁵ Erman/Özek (1992), s. 68.

¹⁶ Özgenç (2002), s. 174.

¹⁷ Önder, Ayhan (1994), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 139; **Özgenç**, s. 152. Karşı görüş için bkz: Dönmezer, Sulhi (1984), **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1984, s. 116; Özgenç (2002), s. 174.

¹⁸ Özgenç (2002), s. 174.

¹⁹ Malkoç, İsmail (2004), “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar -“İrtikap”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc> (31.03.2004).

fıkrasında ikna suretiyle irtikap ve nihayet 3. fıkrasında hileden yararlanmak suretiyle irtikap tanımlanmıştır. Aşağıda Kanunda yapılan bu ayırmadan hareketle irtikap suçları ele alınacaktır. Ancak daha önce irtikap suçlarının ortak konusunu oluşturan “yarar sağlanması” ve “yarar sağlamak için vaatte bulunulması”nın mahiyetini belirlemek gerekmektedir.

2- Yarar Sağlanması-Yarar Sağlama Vaadinde Bulunulması

765 sayılı Kanununun 209. maddesinde “para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına” şeklinde gösterilen irtikap suçunun maddi konusu yeni Kanunda “yarar sağlanması” veya” bu yolda vaatte bulunulmasının sağlanması” şeklinde gösterilmiştir. Para verilmesi de yarar sağlamak anlamına geleceğinden yeni Kanunda gereksiz tekrardan kaçınılması yerinde olmuştur.

Yarar sağlamayı, herhangi bir menfaatin, çıkarın, faydalanmanın ve kârın elde edilmesi şeklinde geniş yorumlamak gerekmektedir²⁰. İnsana maddi ve manevi olarak fayda sağlayan, katkısı olan her şey, madde anlamında yarar olarak değerlendirilmelidir²¹. Sağlanan yararın miktarı ne suçun oluşumuna ne de ceza üzerine etkilidir²². Kamu görevlisinin sağladığı yarar, para, para hükmünde senet, belge, taşınır veya taşınmaz mal olabileceği gibi, bir malın verilmesini sağlamak, senet kırmak, bir borcun vadesini uzatmak, icra takibini durdurmak, bir konutta kısmen veya tamamen kirasız oturmak da olabilir²³. Maddede yararın sağlanmasından bahsedildiğinden, bunu failin veya üçüncü şahsın suç konusu yararı elde etmiş, faydayı sağlamış veya yarar üzerinde tasarruf yetkisini elde etmiş olması şeklinde anlamak gerekmektedir²⁴.

İrtikap suçu yarar sağlamak hususunda vaatte bulunulmasını sağlamak suretiyle işlenebilir. Yarar sağlama vaadi, yarar sağlamak hususunda mağdurdan söz alınmasıdır²⁵. Vaat, verilen sözü yerine getirme yükümlülüğü altına sokan herhangi bir şekilde, doğrudan doğruya veya araya bir vasıta konularak gerçekleştirilebilir. Vaat hukuka aykırı bir muameleye ilişkin olduğundan

²⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 599.

²¹ Önder (1994), s. 142.

²² Erman/Özek (1992), s. 79.

²³ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 599-600.

²⁴ Özgenç (2002), s. 171. Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre sağlamak, vaatte bulunmaktan ileri, vermeden daha önceki safhayı ifade etmektedir. Bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 600.

²⁵ Bakıcı, Sedat (1998), **Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, Açıklamalı Zimmet-İrtikap-Rüşvet Suçları**, Ankara 1988, s. 186.

herhangi bir şekilde tabii değildir²⁶. Yarar sağlamak yolunda vaatle bulunulmasının sağlanması suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Vaat edilen yararın elde edilmesi gerekmediği gibi vaat edilen yararın sonradan yerine getirilmemesi suçun teşebbüs aşamasında kaldığını da göstermez²⁷. Zira, kanun koyucu, izlenen suç siyaseti gereğince yarar vaadinde bulunulması hâlinde de kamu görevlisinin tamamlanmış irtikap suçunun cezasıyla cezalandırılmasını öngörmüştür²⁸.

Ayrıca yararın ve yarar vaadinin bizzat kamu görevlisine veya üçüncü bir şahsa sağlanmış olması gerekmektedir. Madde yarar sağlanacaklar arasında gösterilen “başkası”nı, fail dışındaki üçüncü kişiler şeklinde anlamak gerekmektedir²⁹. Dolayısıyla devlet ve kamu tüzel kişileri madde anlamında başkası değildir³⁰.

3- İcbar Suretiyle İrtikap

Kanununun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre tipik bir fiilin varlığından söz edilebilmesi için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya bu yolda vaatle bulunması için bir kimseyi icbar etmesi gerekmektedir. Suçun oluşumu icbarın kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasıyla gerçekleştirilmesine bağlıdır. Bu nedenle, öncelikle görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının mahiyetini, bunu takiben de icbarın anlamını belirlemek gerekmektedir.

765 sayılı Kanununun 209. maddesinde “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle” şeklinde ifade **edilen irtikap-kamu görevi bağlantısı**, yeni düzenlemede “görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak” biçiminde formüle edilmiştir. Buna göre, kamu görevini veya kamu görevlisi sıfatını kötüye kullanarak yarar sağlamaya zorlamak değil, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak başkalarını yarar sağlamaya veya bu yolda vaatle bulunmaya zorlamak irtikapı oluşturacaktır. İrtikapın bu türünde görevin sağladığı başkalarını etkileyebilme gücünün kötüye kullanılması söz konusudur. İrtikap suçu kamu görevlisi tarafından yürütülen görevin sağladığı etkileme

²⁶ Erman/Özek, s. 81; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 601.

²⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 662.

²⁸ Bkz: Madde gerekçesi.

²⁹ Karşı görüş için bkz: Tezcan/Erdem/Önok, s. 662.

³⁰ Yarg. 5. CD. 04.05.1983, 670/1559 (Bakıcı, s. 200). Yarg. 5. CD. 21.02.1979, 4064/403 (Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık (1999), **Türk Ceza Kanunu’un Yorumu**, C.: II, Ankara 1999, s. 2338.

gücü kullanılarak işlenilebilir³¹. Görevin kamu görevlisine sağladığı nüfuzun mahiyeti, her bir kamu görevlisi açısından statüsünü belirleyen mevzuata göre tespit edilir. Kamu görevlisi, konumu ve sahip olduğu yetkiden kaynaklanan nüfuzunu kendisine bir yarar veya yarar vaadinde bulunulmasını sağlamak amacıyla zorlama vasıtası olarak kötüye kullanmaktadır. Buna göre işgal ettiği konum gereği sahip olunan yetkinin sağlamış olduğu nüfuzun kötüye kullanımını oluşturmayan, sadece sıfatın kötüye kullanımını teşkil eden hareketlerle irtikap suçu işlenemeyecektir³². Başka bir anlatımla yeni düzenlemede kötüye kullanılan nüfuzun görevle ilgili olması aranmıştır³³.

Buna göre 5237 sayılı Kanununun 250. maddesindeki irtikap-kamu görevi bağlantısı 765 sayılı Kanununun 209. maddesinin öngördüğü düzenlemeden ayrılmaktadır. Eski TCK. irtikap suçunun oluşumu bakımından “memuriyet sıfatının ve görevinin kötüye kullanılması”nı aramış; bu bağlamda görevin kötüye kullanılması kamu görevlisinin objektif olarak kendi görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken haksız çıkar sağlamak amacıyla bundan yararlanması şeklinde; buna karşılık sıfatın kötüye kullanılması ise kamu görevlisinin üstlendiği görevle ilgisi olmasa bile, haksız yarar elde etmek amacıyla bir kimseyi icbar etmek hususunda kamu görevlisi unvan ve sıfatının ileri sürülmesi, kamu görevlisine talep fırsat ve vesilesini veren kamu görevinden bağımsız olarak, haksız surette yarar sağlamak için kamu görevlisi sıfatından yararlanılması³⁴, yani objektif nitelikteki görevin dışında, subjektif mahiyetteki sıfattan yararlanılması hali olarak anlaşılmıştı³⁵. Memuriyet sıfatını kötüye kullanma geniş kapsamlı bir kavram olduğundan, kamu görevlisi olan herkes göreviyle ilgili ve yer bakımından yetkili olsun veya olmasın bu sıfatını ileri sürerek icbar, ikna ve hatadan yararlanma suretiyle yarar temin ettiği bütün hallerde irtikap suçunu işlemiş sayılmaktaydı³⁶. Bu nedenle Yargıtay suçun kapsamı genişlediği için sırf sıfatın kötüye kullanıldığı kimi hallerde görevle bağlantı kurulamayan veya görev alanının sınırları içine girmeyen hususlarda tasarruflarda bulunulduğu gerekçesiyle irtikap suçunun değil, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu yönünde kararlar vermişti^{37, 38}.

³¹ Bkz: Madde gerekçesi

³² Bkz: Soyaslan, s. 504.

³³ Toroslu, Nevzat (2005), **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 285.

³⁴ Önder (1994), s. 140; Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 597.

³⁵ Erman/Özek (1992), s. 69; Özgenç (2002), s. 166.

³⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 597.

³⁷ Erman/Özek (1992), s. 69.

Görevle bağlantı kurulamaması veya görev alanının sınırları dışında kalan bir hususun bulunduğu bu gibi hallerde aslında görevi kötüye kullanmadan da söz edilemeyecek olmasına rağmen görevi kötüye kullanmadan failerin sorumlu tutulması ortada zorlama bir yorumun bulunduğu göstermektedir. Bu nedenle, doktrinde, sıfatı kötüye kullanmanın açık bir tarifinin yapılması veya sıfatın kötüye kullanmanın yer bakımından yetkili olma hali ile sınırlandırılması önerilmekteydi³⁹. Nitekim yeni Kanunda irtikap suçunda kamu görevlisinin nüfuzu kötüye kullanmasının görevle bağlantılı olan hususlarda olması aranarak, suç tipi daha objektif bir kritere bağlanmıştır. Bu çerçevede örneğin bir kaymakamın bir şahıstan tutuklatacağı gerekçesiyle menfaat elde etmesi tutuklatma kaymakamın görevi olmadığından irtikapı oluşturmaz. Kaymakamlık sıfatının bu maksatla kullanılması irtikapı oluşturmaz. Buna karşılık kaymakamın bir kimsenin işlediği suçu yetkili mercilere bildireceğinden bahisle para alması halinde icbar suretiyle irtikap vardır. Çünkü CMK. böyle bir yetkiyi ona vermektedir. Ancak hemen belirtelim ki, doktrinde irtikap-kamu görevlisi bağlantısı bakımından yeni Kanunun öngördüğü düzenlemenin 765 sayılı Kanun 209. maddesinde olduğu şekliyle anlaşılması gerektiğini belirten yazarlar vardır⁴⁰.

Suçun oluşumu bakımından kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle bir kimseyi yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya *icbar etmesi* gerekmektedir. Suçun maddi unsurunu oluşturan icbardan ne anlaşılması gerektiği maddede ve madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Gerekçede sadece icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden

³⁸ “(Cezaevi koruma ve infaz memuru olan sanığın, tahliyenin yakarım diyerek hükümlülerden para almasının, tek başına infazı yakmaya yetkili olmadığından irtikap suçunu oluşturamayıp görevi kötüye kullanma suçunu teşkil ettiğinden bahisle cezalandırılmasına ilişkin karar, irtikap suçu olduğundan bahisle temyiz edilmiş, vasa ilişkin itirazlar özel dairece reddolunmuştur.) Ancak, 1-Sanığın şikayetçilerden aldığı paraların tümünü C.Savcısının olaya el koyması üzerine geri vermiş bulunması karşısında, hakkında TCK.nun 240. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına yer olup olmadığı tartışılmaması,” Yarg. 5. CD. 02.11.1982, 2852/3866 (Bakıcı (1988), s. 200-201). “Trafik polisi olmayan bu işlemlerle de görevlendirilmeyen polis memurlarının trafik suçunu işleyenlerden yasal kovuşturma yapılmaması için para almalarının irtikap veya rüşvet değil, görevi kötüye kullanmadır” Yarg. 5. CD. 27.08.1980, 2599/2721 (Önder (1994), s. 141).

³⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 598.

⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 656.

olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerektiği, eğer icbar bu boyuta varacak olursa yağma suçunun oluşacağı belirtilmiştir⁴¹.

Maddede icbar olarak nitelendirilen cebir, maddi veya manevi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yeni Ceza Kanunu bakımından maddi cebir, Kanunun 108. maddesine göre kişi üzerinde maddi güç kullanımını ifade etmektedir. Kişi üzerinde maddi güç kullanımı söz konusu ise, sağlanan yararın mahiyetine göre Kanundaki irtikap dışındaki diğer suçlar oluşacaktır. Manevi cebir ise, tehdidin yanı sıra diğer manevi cebir hallerini kapsar. Diğer deyişle kanun koyucu icbarı sadece tehdit olarak da kabul etmemiştir. Zira kanun koyucu cebirle tehdidi birbirinden ayırmıştır (m. 106, 108). Buna göre 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

⁴¹ Doktrinde Kanunun tehdit (m. 106), (m. 108) ve yağma (m. 148) suçları bakımından öngördüğü düzenlemeden hareketle, gerekçenin bir anlamının olmadığı, irtikap suçuna ilişkin maddeye açıkça manevi cebir ifadesinin yazılması gerektiği belirtilmektedir. “İfade edelim ki, 2004 TCK.nun tehdit suçuna ilişkin hükmünde (m.106/1,2) tehdit; *“kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair kötülük edeceğinden bahisle tehdit etmek”* şeklinde tanımlanmıştır. Yağma suçuna ilişkin 148 inci maddede de; *“kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit etmek”*ten bahsedilmiştir. Bu itibarla 1926 TCK.nun 191 ve 495 inci maddeleri arasında mevcut olan tehdidin ağırlığına ilişkin ayırım 2004 TCK'da terk edildiğinden, irtikap suçunun gerekçesinde yer alan açıklamanın hiçbir hukuki değeri bulunmamaktadır. Ayrıca cebir, 2004 TCK.nun 108 inci maddesinde kasten müessir fiile göre tayin edilecek cezanın artırılacağı hükme bağlanarak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. 1926 TCK.nun 209 uncu maddesinde geçen “icbar” kelimesi uygulamada ve doktrinde “manevi cebir” olarak anlaşılmakta ve bu manevi cebrin tehdit (ağır ve haksız bir zarara uğratacağı beyanı, m.191/1) ile olması, yağma boyutuna ulaşmaması (şahsen veya melen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı, m.495/1) gerektiği belirtilmekteydi⁴¹. 2004 TCK.nun mevcut düzenlemeleri karşısında irtikap suçundaki “cebir” kavramının, özellikle maddi cebir olarak yasada anlaşılması (m.108), diğer taraftan manevi cebir arasındaki derece farkına işaret edilmemiş olması (m.106, 148) dolayısıyla uygulamada önemli sorunları beraberinde getireceği muhakkaktır. Maalesef maddenin gerekçesi de, bu konuda 2004 TCK. düzenlemelerini değil, 1926 hükümlerini dikkate alarak yazılmış gibidir. Kanaatimizce maddeye en azından cebrin “manevi” niteliğine işaret eden bir ibare eklenmesi yerinde olacaktır” (Yenidünya (2005), s. 124).

olarak anlamak gerekmektedir. Buna göre, tehdidin icbar suretiyle irtikap suçunun unsurunu oluşturabilmesi yağma suçunda aranan ağırlıkta olmamasına bağlıdır⁴². Diğer deyişle, eğer tehdidin konusunu kişinin kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağı oluşturuyorsa bu durumda yağma suçu oluşacaktır (m. 148)⁴³, ⁴⁴. Görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanıp, yağma suçunda aranan ağırlıkta olmayan

⁴² Bakıcı (1988), s. 186-187; Özgenç (2002), s. 164; Önder (1994), s. 143. Bu çerçevede, hırsızlık suçundan dolayı karakola getirilen kimseyi falakadan kurtardığından bahsederek para alan polisin (Yarg. 5. CD. 4.8.1959, 4087/4141) ve mağduru yolundan alıkoyacağı tehdidi ile mağdurdan menfaat sağlayan memurun (Yarg. 31.1.1959, 7173/590) fiillerinin irtikap suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir. Bkz: Dönmezer (1984), s. 115.

⁴³ “Araştırma ekibine dahil olan ve görevli bulunan sanıkların olay günü Bitlis’den Tatvan istikametine yol alan müdahile ait otoyolu durdurarak yaptıkları aramada 8 milyon lira civarında değeri olan yabancı parayı (dinar) bulup, müdahilin üzerinden de kol saatini, bir miktar Türk parasını, makas ve hesap makinasını tehdit etmek suretiyle zorla aldıkları ve kendisini serbest bıraktıkları, müdahilin arama sırasında veya sonra görevlilere menfaat temin ve vaadinde bulunmadığı, sanıkların bilahare aldıklarını aralarında paylaştıkları, toplanan elverişli delillerden anlaşılmalı olup karar yerinde de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre, sanıkların mağduru serbest bırakmalarına kadarki tüm eylemlerinin TCK.nun 495, 522, 251. maddelerine uyduğu gözetilmeyerek cebri irtikap olarak nitelendirilmesi,” Yarg. 5. CD. 26.05.1982, 1285/1891 (Bakıcı (1988), s. 201).

⁴⁴ “Bu açıklamalar ışığında olaya bakıldığında da; zimmet suçundan mahkûm olan Bünyamin ile birlikte belediye halinde çalışan ve onun denetleme yetkisi bulunmayan sanık Metin Yıldırım’ın öğrendiği zimmet olayını Bünyamin’e söyleyip kendisine para vermediği takdirde şikâyet edeceği tehdidinde bulunduğu, Bünyamin’in olayın açığa çıkmasını önlemek amacıyla bu tehdit neticesi önce 400.000 lira, daha sonra da 650.000 lira para ve çeşitli altın ziynet eşyası verdiği sanığın aldıklarıyla yetinmeyip “şikâyet” tehdidini sürdürmesi üzerine Bünyamin’in durumu savcılığa bildirdiği şeklinde başlayıp gelişen eylem gasp suçunu oluşturur.” Yarg. CGK. 17.04.1989, 93/147 (Savaş/Mollamahmutoğlu (1999), s. 2332).

Ancak hemen belirtelim ki; Yargıtay’ın ulaştığı olaydaki fiilin irtikap oluşturmadığı yönündeki sonuç doğru olmakla birlikte, fiilin yağmayı oluşturacağı yönündeki nitelemesi doğru değildir. Somut olayda sanık mağdura zarar verebilecek ve içinde bulunduğu gayrimeşru durumu açıklama tehdidiyle yarar sağlamaktadır. Bu nedenle fiil şantaj suçunu oluşturmaktadır (765 s. TCK. m. 192; 5237 s. TCK. m. 107).

tehditle menfaat temin eden veya bu yolda vaatte bulunulmasını sağlayan kamu görevlisi irtikap fiilini işlemiş olacaktır. Kamu görevlisi, açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini hiç veya usulüne uygun yapmayacağını söylemek suretiyle onu korkutmaktadır⁴⁵. Örneğin, “acil ameliyat zarureti ile karşı karşıya kalmış bulunan mağdurdan, bu korkunun etkisi altında bulunması suretiyle ameliyat için para alan devlet hastanesi operatörü irtikap suçunu işlemiş olur”⁴⁶.

Manevi cebir sadece tehditten ibaret değildir, tehdit dışındaki diğer manevi baskılar da bu kapsamda değerlendirilir. İrtikap suçunun unsurunu oluşturan manevi cebir, mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketleri ifade eder. İcbardan maksat, iradenin oluşumunu etkileyecek ve yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına neden olacak biçimde baskı yapılmasıdır⁴⁷. “İstenilen para veya bono verilmediği takdirde gayrimenkule az değer takdir edileceğinin ve işlerin uzatılacağı”⁴⁸, “Para verilmediği takdirde hastanın hastaneye yatırılmayacağı”⁴⁹, “Para verilmedikçe muameleleri yapmayacağını ve böylece fertlerin haklarını iptal etmek durumuna düşürüp onlardan para alan muhtarın”⁵⁰ durumda olduğu gibi.

“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”⁵¹. Bu nedenle, failin gerçekleştirdiği icbarın, mağduru etkilemeye elverişli olması gerekir. Elverişlilik her somut olayda hakim tarafından ayrıca değerlendirilecektir. Objektif olarak baskı altına almaya elverişli icbarın bulunması yeterlidir, ayrıca somut olayda mağdurun bundan etkilenmiş olması şart değildir⁵². Diğer deyişle, kamu görevlisinin sahip olduğu gücü kişinin aleyhine kullanacağını açıkça bildirmesi veya bunu hissettirmesi suçun oluşumu bakımından yetirli olup, kişinin icbara karşı koyabilme gücünün

⁴⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 603.

⁴⁶ Dönmezer (1994), s. 117.

⁴⁷ Yarg. CGK., 18.05.1999, 5-119/121 (Özgenç (2002), s. 164, dpn: 6).

⁴⁸ Yarg. CGK. 03.04.1961, 64/31 (Önder (1994), s. 144).

⁴⁹ Yarg. CGK. 06.02.1956, 20/22 (Önder (1994), s. 144).

⁵⁰ Yarg. 6. CD. 16.07.1960, 3731/5931 (Önder (1994), s. 144).

⁵¹ Bkz: madde gerekçesi.

⁵² Erman/Özek (1992), s. 74-75; Özgenç (2002), s. 167-168.

ortadan kalkmış olması şart değildir⁵³. Objektif olarak elverişli bir icbarın somut olayda mağduru etkilememesi ve dolayısıyla yarar sağlamaması veya yarar vaadinde bulunmaması durumunda irtikaba teşebbüs söz konusu olacaktır⁵⁴. Buna karşılık kamu görevlisinin belli bir ağırlığa ulaşmayan veya ciddi olmayan etkisi icbar kapsamında değerlendirilmez ise de, kişinin maruz kaldığı zorlamadan kolaylıkla kurtulma imkanının bulunmasına rağmen kamu görevlisinin istediği haksız yararın sağlanması durumunda hangi suçun oluştuğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Doktrinde belli bir yoğunluğa ulaşmamış, ciddi olmayan veya kolaylıkla kurtulma imkanı bulunan cebre rağmen haksız yarar sağlanması veya yarar vaadinde bulunulması halinde rüşvet suçunun oluşacağı belirtilmektedir⁵⁵. Yargıtay'ın buna benzer olaylarda bazen rüşvet suçunun⁵⁶, bazen ise görevi

⁵³ Önder (1994), s. 144.

⁵⁴ Erman/Özek (1992), s. 74-75; Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 659. “Şikayetçi A.nın sanığın manevi zor kullanarak yasadışı çıkar sağlama yolundaki isteğini geri çevirdiği, manevi zorla yiyeçilik cebri irtikâp suçunun niteliğine göre bu suça ancak eksik derecede kalkışma olanağı bulunduğu gözetilmeyerek,” Yarg. 5. CD. 28.01.1997, 2452/2610 (Malkoç, İsmail (2002), **(Son Değişiklik Ve İctihatlarla) Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C.: II, Ankara 2002, s. 1719). Aynı yönde bkz: Yarg. 5. CD. 11.07.2001, 3098/4859 (Malkoç (2002), s. 1732-1733).

⁵⁵ Özgenç (2002), s. 169.

⁵⁶ “Tapu sicil müdürü olan sanığın, damadı adına vekaleten almak istediği gayrimenkulün satış işlemi için 26.2.1997 tarihinde kendisine başvuran müştekiye işlem için 30.04.1997 tarihine gün vermek istediği, müştekinin satıcının yaşlı olduğunu ve tekrar buraya gelmesinin zor olacağını söyleyip bir an önce bu işin yapılmasını ısrarla istemesi üzerine sanığın da “bak kardeşim dairenin bazı eksikliklerini yaptırдық, bazı noksanlıklarımız var, 5.000.000 verersen tapu işlerini öncelikle bu gün hallederim” dediği, müştekinin de bu teklifi kabul ettiği ve paranın aynı gün öğleden sonra verilmesini müteakip yapılan operasyonla ele geçirildiği anlaşılması, oluş mahkemece de benzer biçimde kabul edilmiş olmasına göre, tehdit edici ve icbar oluşturan herhangi bir söz ve davranışı olmayan ve henüz memuriyetine ait vazifesini de süistimal etmeyen sanığın işlem için gün tespiti sırasında müştekiden 5.000.000 lira para istemesi ve bu teklifin müşteki tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren bu eylemi yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet alma niteliğinde bulunduğu halde yanlış nitelendirilmesi sonucu cebri irtikâp olarak kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yarg. 5. CD. 30.09.1998, 2335/3445 (Yaşar, Osman (2001), **İctihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2001, s. 468).

kötüye kullanma suçunun olduğu yönünde çelişkili kararlarına rastlanmaktadır⁵⁷. Ancak, hemen belirtelim ki, bu söylenenler 765 sayılı Kanun uygulaması bakımından geçerlidir. Dolayısıyla yeni Kanunun kabul ettiği sistem çerçevesinde konunun yeniden değerlendirilmesi zorunludur. Ayrıca bu değerlendirmenin Yargıtay'ın 765 sayılı Kanununun 209. madde uygulamasında somut olayda irtikabın mı yoksa rüşvetin mi oluştuğunu belirlemek bakımından geliştirmiş olduğu kriter dikkate alınarak yapılmalıdır. Yargıtay'a göre kamu görevlisine veya gösterdiği şahsa yarar sağlayan kişi meşru bir zeminde ise irtikâp, gayri meşru zeminde ise rüşvet suçu veya rüşvetin oluşmadığı hallerde ise görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır⁵⁸. Görüşümüze göre ne 765 sayılı

⁵⁷ “ Maddede yer alan cebir, manevi cebirdir. Manevi icbarın belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun, baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Sanığın istediklerinin yasa dışı olduğu mağdur tarafından bilinmekte, ancak zorlama nedeniyle faile çıkar sağlanmaktadır.

Olayımızda sanık, iki istihkak için ellibin liradan yüzbin lira istemiş, verilmediği takdirde istihkakını hemen alamayacağını Cuma günü, yani iki sonra gelmesini, daha sonra ise parayı temin ederek saat 14.00 de gelmesini şikâyetçiye söylemiştir. Şikâyetçinin ikinci gelişinde ise “gönlünden ne koparsa ver” demiştir. Paranın hiç ödenmeyeceği veya uzun süre ödemenin geciktirilerek sürüncemede bırakılacağı veya haksız bir muameleye maruz kalacağı şeklinde belirli bir şiddete ulaşmış manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istediği bilinen paranın sanığa verildiğinden söz edilemez. İcbar, belirli bir boyuta ulaşmış muhatap olan şikâyetçiyi etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesiyle ve gururunun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyette bulunulmuştur. Sanığın “gönlünden ne koparsa ver” demesi de, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesidir. Şikâyetçi, ne verirsen ver demesi üzerine kendiliğinden ellibin lira vermiştir.

Açıklanan hususlar gözününde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır (Oyçokluğu ile).” Yarg. CGK. 06.11.1989, 5-265/335 (Savaş/Mollamahmutoğlu (1999), s. 2329-2330).

⁵⁸ “Bu genel açıklamalardan sonra yeniden olayımıza bakıldığında: Emniyet memurlarının, vaki ihbar üzerine, sanığın suistimallerini kanıtlamak için gönderdikleri ve sanığın da hasta olmadığını bildiği tanık Nuh'un, sanık tarafından yapılması gereken veya geciktirilmek tehlikesine maruz, haklı sayılabilecek bir işi bulunmadığına göre, sanık doktorun “parayı ödemez isen, ben de raporu vermem” biçimindeki söz ve davranışlarının, bu şahıs üzerinde belli bir şiddete ulaşmış manevi bir baskı aracı olarak değerlendirilmesi olanaksızdır. Esasen Nuh, istediği parayı sanık doktora manevi bir baskı altında

Kanunun 209. maddesi bakımından ne de 5237 sayılı Kanunun 250. maddesinde açısından mağdurun meşru zeminde bulunması suçun bir unsurunu oluşturmaktadır⁵⁹, ⁶⁰. Dolayısıyla elverişli bir icbarın bulunduğu hallerde somut olayda meşru zeminde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın mağdurun bundan etkilenerek faile yarar sağladığı veya yarar vaadinde bulunduğu hallerde irtikabın oluştuğunu, elverişli cebre rağmen mağdurun bundan etkilenmediği hallerde ise teşebbüs aşamasında kalmış irtikabın varlığını kabul etmek gerekir. Buna karşılık mağduru zorlayamaya elverişli bir cebir bulunmamasına rağmen mağdurun kamu görevlisine yarar sağladığı veya vaatte bulunduğu hallerde ise, mağdurun meşru zeminde bulunup bulunmadığına bakarak hangi suçun oluştuğuna karar vermek gerekmektedir. Mağdur haklı bir işini gördürmek için ortada elverişli bir cebir olmamasına rağmen kamu görevlisine yarar sağlayacak olur ise, yeni Ceza Kanununun 257. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan şekliyle görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Esasen söz konusu maddede irtikabı oluşturmadığı takdirde görevinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle kişilerden çıkar sağlanması yaptırım altına alınmaktadır. Buna karşılık mağdurun iradesini zorlayacak elverişli bir cebir bulunmamasına rağmen kamu görevlisine yapmaması gereken bir işi yapması, yapması gereken bir işi yapmaması için çıkar sağlanacak olunursa 252. maddede bağlamında rüşvetten sorumluluk gündeme gelecektir.

kalması nedeniyle değil, zabitanın talimatını yerine getirmek için vermiştir. Bu itibarla, sanığın eylemi cebri irtikâp olarak nitelendirilemez.

Olayımızda unsurları bakımından rüşvet suçu da oluşmamıştır. Şöyle ki; iş sahibi olarak gözükten Nuh, sanığın yasa dışı davranışlarının saptanabilmesi için zabıtaca bir ajan olarak görevlendirildiğinden, gayrimeşru bir zemin içerisinde bulunmadığı gibi; sanık doktorla, serbest iradesi ile rüşvet anlaşması yaptığının kabulü de mümkün değildir. Bu anlaşma yapılmıştır, fakat bu rüşvet anlaşması değil, sanığın yasa dışı davranışlarının meydana çıkarılması yönünden polis görevlileri ile tanık Nuh arasında yapılmış bir anlaşmadır. Bu anlaşma rüşvet suçunun unsurlarına dahil bulunmamaktadır.

Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabulde zorunluluk bulunduğundan, yerel C. Savcısı ve sanık vekilinin temyiz itirazlarının bu nedenlerle kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir (oybirliği ile).” Yarg. CGK. 25.04.1983, 113/197 (Savaş/Mollamahmutoğlu (1999), s. 2333-2334).

⁵⁹ Aynı yönde bkz: Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 659; Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 603, dpn: 498.

⁶⁰ Karşı görüş için bkz: Özgenç (2002), s. 169-170; Önder (1994), s. 144.

İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi, icbar teşkil eden hareketlerin yarar veya yarar vaadi sağlanmadan yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, “Sayaç memuru olan sanığın şikayetçinin fazla tahakkuk ettirilen su sarfiyatına itirazı üzerine kontrol için görevlendirildiği, sayaçta yazılı 2055 sayısının 2 rakamını sıfırlamak suretiyle 55 tona indirdikten sonra el emeği olarak 1500 lira istediği şikayetçinin bu kadar parası olmadığını söylediği ve sanığın ayrıldığı, takip eden günlerde isteğini ısrarla tekrarlaması üzerine şikayetçinin durumu emniyete bildirdiği, ... işin bitiminden sonra paranın istenmesinden ve alınmasından ibaret eylem”i⁶¹ irtikabı değil görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Suçun oluşumu için icbarın mutlaka kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekli ise de, fiilin muhatabının mutlaka mağdur olması zorunlu değildir. İcbara maruz kalanla yarar sağlayan veya yarar vaadinde bulunan farklı kişiler, örneğin vekil-müvekkil, baba-oğul olabilir⁶². Yine maddeye göre yararın mutlaka failin şahsına sağlanmış olması zorunlu değildir. Başkasına yarar sağlamak veya yarar vaadi sağlamak suretiyle de irtikap suçu işlenebilir⁶³.

İcbar şeklindeki hareketler açıkça gerçekleştirilebileceği gibi, örtülü olarak da gerçekleştirilebilir⁶⁴. Zorlamanın açık olduğu hallerde irtikabın varlığını tespit kolaydır. Örneğin “Gereği olmadığı halde mağdurları karakol nezarethanesine koyup döven ve serbest bırakmak için 15.000 lira alan Jandarma Karakol Komutanının eylemi”⁶⁵ açıkça icbar suretiyle irtikabı oluştururken, kamu görevlisinin mağduru açıkça zorlamamakla beraber hareketleriyle korkutup yarar sağladığı hallerde de irtikabın oluştuğunu kabul etmek gerekir⁶⁶.

4- İkna Suretiyle İrtikap

TCK.'nın 250. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ikna suretiyle irtikap suçu, kamu görevlisinin kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya bir kimseyi görevinin sağladığı güveni kötüye

⁶¹ Yarg. 5. CD. 21.01.1987, 2787/203 (Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 602).

⁶² Yargıtay bir şirketin vekili sıfatıyla hareket eden kimseden hak ediş raporlarını imzalamak için para istenmesi halinde icbarın bulunduğunu kabul etmiştir (Yarg. 5. CD. 21.03.1984, 4113/1156, Erman/Özek (1992), s. 75, dpn: 9).

⁶³ Dönmezer (1984), s. 117; Erman/Özek (1992), s. 75.

⁶⁴ Önder (1994), s. 144.

⁶⁵ Yarg. 5. CD. 23.11.1983, 3344/3949 (Önder (1994), s. 145).

⁶⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 606.

kullanarak gerçekleştirdiği hileli davranışlarla ikna etmesiyle işlenmektedir. Yeni Kanunda irtikabın bu türün bakımından *irtikap-kamu görevi bağlantısı* 765 sayılı Kanunda olduğu gibi “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye” kullanmak şeklinde değil, fiilin mahiyetine uygun olarak “görevin sağladığı güvenin kötüye kullanmak” şeklinde formüle edilmiştir. Dolayısıyla ikna suretiyle irtikap suçunun oluşumu bakımından kamu görevlisinin görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılmasını teşkil eden hileli davranışlarının bulunması gerekmektedir. İrtikabın bu türünde kamu görevlisi, bireylerin kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun bir şekilde dürüstçe hareket edecekleri yolundaki itimatlarına ve emniyet hislerine aykırı hareket ederek, onları hileli davranışlarla aldatmakta, aslında gerekmediği halde onlardan gereklimiş gibi yarar veya yarar vaadi temin etmektedirler.

İkna suretiyle irtikap bakımından yeni Kanunun 765 sayılı Kanunundan ayrıldığı diğer bir husus, iknayı sağlamaya yönelik aracı belirlemiş olmasıdır. Yeni düzenlemede iknanın, hileli davranışlarla gerçekleştirileceği açıkça belirtilmiştir. Oysa 765 sayılı Kanunda sadece iknadan söz edilmiş, bunu sağlamaya yönelik araçların mahiyeti belirlenmemiştir. Bu nedenle doktrinde iknayı temine yönelik hareketlerin çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği kabul edilmekteydi⁶⁷. Buna göre yeni Kanunun öngörmüş olduğu düzenleme itibarıyla, ikna suretiyle irtikabın oluşabilmesi için öncelikle hile teşkil eden davranışların bulunması gerekmektedir. Ancak, bu hileli davranış kamu görevinin sağladığı güven kötüye kullanılarak gerçekleştirilmiş olmalıdır. Eğer hile görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmemiş ise, dolandırıcılık suçu oluşacaktır⁶⁸.

Bu suç kamu görevlisinin hileli davranışlarla mağduru ikna etmesiyle işlenmektedir. Hileli davranışların ürünü olan ikna en yalın haliyle, failin, mağduru sağlanması veya vaat olunması gerekmeyen yararın, sağlanması veya vaat olunması gerektiği yönünde inandırması, onda böyle bir kanı oluşturmasını ifade eder⁶⁹. İknada mağdur sağladığı yararın veya vadin aslında gerekmediğini bilmemektedir⁷⁰. Mağdurda hileli davranışlar neticesinde yararın veya vadin

⁶⁷ Erman/Özek (1992), s. 76.

⁶⁸ Aynı yönde bkz: Özgenç (2002), s. 183.

⁶⁹ Erman/Özek (1992), s. 76.

⁷⁰ “İkna suretiyle irtikap suçu, memurun ödenmesi gerekmeyen bir paranın ödenmesi gerektiğine kişiyi ikna etmesiyle oluşur. Fert, ödediği paranın yasal olmadığını bilemez. Memur, yalan beyanı ile onu kandırmış, kişinin rızası aldatılmak suretiyle elde edilmiştir.” Yarg. 5. CD. 21.01.1993, 1942/4121 (Malkoç (2002), s. 1744).

sağlanması gerektiği yolunda irade oluşturulmaktadır⁷¹. Buna göre icbar suretiyle irtikap ile ikna suretiyle irtikap mağdurun iradesini etkilemek için kullanılan araç yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Kamu görevlisi mağdura isteği yönünde hareket etmemesi halinde görevinin gereklerine aykırı hareket ederek işini yapmayacağını doğrudan veya dolaylı olarak belirtmişse icbar suretiyle irtikap, buna karşılık kamu görevlisi gerçekleştirdiği değişik hileli davranışlarla mağduru aldatarak haksız kazanç elde etmişse ikna suretiyle irtikap söz konusu olacaktır⁷².

Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen hileli davranışların mağduru yarar sağlamaya veya yarar vaadinde bulunmaya yönlendirme açısından elverişli olması gerekir. Bu nedenle mağdurun iradesini etki altına almaya elverişli olmayan hareketler, örneğin tavsiye hile teşkil etmeyecektir⁷³. Hilenin mağdurun iradesini ifsada elverişli olup olmadığını somut olayda hakim takdir edecektir. Mağdur yanılmamış olsa bile somut olayda objektif olarak yanılmaya elverişli bir hilenin varlığı ikna suretiyle irtikapı oluşturur, ancak mağdur yanılmadığından tamamlanmış değil, teşebbüs aşamasında kalmış bir suç söz konusu olur⁷⁴. Uygulamada “Fail, görevi gereği kendisine müracaat eden, evliliklerinin ve çocuklarının nüfusa kaydını talep eden şahıstan, bu muameleler herhangi bir harç ve resme tabi olmadığı halde, tabiiymiş gibi gösterip mağduru ikna ederek ondan pul, zarf ve kağıt masrafı altında para alması”⁷⁵, “Banaz İlçesi Tapu Sicil Müdürü olan sanığın, adına kayıtlı taşınmazla ilgili olarak cins tashihi için başvuran müştekiden işlemlerin gerektirdiği eğitime katkı payı olarak sadece 5.000.000 lira alması gerekirken, memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle bir takım hesaplar yapıp, yasal olarak harç ve masrafın 69.750.000 lira olduğundan ısrar ve müştekiyi ikna ederek ertesi gün 70.000.000 lira”⁷⁶ alınması, “Sanık, “ameliyatta kullanılmak için ilaç gerekli olduğu ve bu ilacın, ancak karaborsadan sağlanabileceğini” söyleyip, mağduru inandırmak suretiyle yasa dışı çırak el etmesi”⁷⁷ ikna suretiyle irtikap sayılmıştır. Buna karşılık “Sanığın telefon haber kağıtları ve faturaları üzerindeki rakamları

⁷¹ Önder (1994), s. 147; Erman/Özek (1992), s. 77.

⁷² Erman/Özek (1992), s. 78.

⁷³ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 608; Erman/Özek (1992), s. 78.

⁷⁴ Özgenç (2002), s. 185/186; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan (2002), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2. Bası, İzmir 2002, s. 173.

⁷⁵ Yarg. CGK. 11.07.1960, 5-35/45 (Önder (1994), s. 147).

⁷⁶ Yarg. 5. CD. 10.05.2001, 6569/3234 (Malkoç (2002), s. 1733).

⁷⁷ Yarg. 5. CD. 09.11.1982, 2998/4013 (Önder (1994), s. 148).

değiştirip tebliğ ederek yatırılan fazla paraları mal edinilmesi”⁷⁸ olayında ikna suretiyle irtikap kabul edilmemiştir.

İkna suretiyle irtikap suçunu oluşturan hilenin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁷⁹. Mağdurda mevcut bir yanılığdan faydalanarak yarar sağlandığı hallerde hatadan yararlanma suretiyle irtikap söz konusu olacaktır⁸⁰.

5- Hatadan Yararlanma Suretiyle İrtikap

İrtikap mağdurun hatasından yararlanarak işlenilebilir. Bu husus 250. maddenin 3. fıkrasında, “*İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle hatadan yararlanma suretiyle irtikap 765 sayılı Kanununun 209. maddesinin 3. fıkrasından farklı olarak ikna suretiyle irtikap suçuyla bağlantılı bir şekilde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere hatadan yararlanma suretiyle irtikap esasen ikna suretiyle irtikabın bir işleniş şekline ibarettir. Dolayısıyla hatadan yararlanma suretiyle irtikapta kamu görevlisi görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak mağdurda mevcut olan ve kendi icrai hareketinden kaynaklanmayan yanılığdan haksız çıkar sağlamak için faydalanması söz konusudur⁸¹. Ancak kanun koyucu kamu görevlisinin mağduru yanılığa düşürecek herhangi bir davranışı bulunmadığından hatadan yararlanma suretiyle irtikap için ikna suretiyle irtikaba göre ceza siyaseti açısından daha hafif bir yaptırım öngörmüştür.

İrtikabın bu türünde kamu görevlisi kişiyi hataya düşürecek herhangi bir davranışta bulunmamıştır. Ancak, fail, mağdurun düştüğü hataya engel olmamış, bundan yararlanarak haksız çıkar sağlamıştır. Kamu görevlisinin mağdurun sağladığı yarar kapsamına giren çıkarın haksız ve gereksiz olduğunu, verilmemesi gerektiğini bilmesine rağmen susarak, yarar elde etmesi durumu söz konusudur. Mağdurun düştüğü hatanın kimden kaynaklandığı önemli değildir. Hata bizzat kişinin bilgisizliğinden ve dalgınlığından kaynaklanabileceği gibi üçüncü kişilerin aldatici nitelikteki hareketlerinde de kaynaklanabilir. Ancak, failin aldatici nitelikteki hareketlerinden kaynaklanan bir hata var ise, bu durumda ikna suretiyle irtikap suçu oluşacaktır⁸². Örneğin memurun herhangi bir hareketi olmaksızın hataya düşen mağdurun bordroya

⁷⁸ Yarg. 5. CD. 14.05.1991, 1338/2480 (Malkoç (2002), s. 1745).

⁷⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 609.

⁸⁰ Bkz: Madde gerekçesi.

⁸¹ Erman/Özek (1992), s. 78.

⁸² Önder (1994), s. 148; Malkoç (2002), s. 1717.

yapıştırılmak üzere verdiği pulların fazlasını mal edinen memurun fiili hatadan istifade suretiyle gerçekleştirilen irtikap olarak değerlendirilmiştir⁸³.

B- Manevi Unsur

İrtikap kasten işlenebilen suçlardandır. Somut olayda fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak ikna ve hatadan yararlanma şeklinde hareketleri gerçekleştirdiğini, bu yolla kendisine veya başkasına aslında sağlanması gerekmeyen bir yarar veya yarar vaadinde bulunulmasını sağladığını bilmesi ve istemesi suçun oluşumu bakımından yeterlidir⁸⁴. Yeni Kanunda, 765 sayılı TCK.'nun aksine “haksız olarak” ibaresine suç tipinde yer verilmemiştir. Dolayısıyla 765 sayılı Kanuna göre ayrıca failin sağladığı yararın haksız bir yarar olduğunun bilincinde olması gerekli iken⁸⁵, yeni Kanunda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle 765 sayılı Kanun uygulamasında failin elde ettiği yararın hukuka aykırı olduğu bilincinde olmadığı, örneğin kendi hakkını elde etmek bilinciyle hareket ettiği hallerde irtikaba ilişkin kastının bulunmadığı, dolayısıyla bu gibi hallerde irtikap suçunun değil, duruma göre ihkak-ı hak veya görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi⁸⁶. Buna karşılık yeni Kanun yarar sağlamak kastıyla hareket edilmesini suçun oluşumu bakımından yeterli gördüğünden, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kendisinin veya bir yakınının alacağını tahsil etmek de yarar sağlama sayılabileceğinden artık irtikap suçu oluşacaktır⁸⁷.

V- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

A- Teşebbüs

İrtikap suçunun tamamlanma anı bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Baskın olan ve taraftar olduğumuz ilk görüşe göre irtikap bir zarar suçudur ve ancak yararın sağlanmasıyla tamamlanır⁸⁸. Zira, yarar sağlama yukarıda da belirtildiği gibi, yararın failin veya üçüncü kişinin malvarlığına aktarılmasını, failin veya üçüncü kişinin suç konusu şey üzerinde tasarruf

⁸³ Yarg. CGK. 23.02.1942 (Önder (1994), s. 148-149).

⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 663.

⁸⁵ Özgenç (2002), s. 174-175.

⁸⁶ Bakıcı (1988), s. 185.

⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 655.

⁸⁸ Dönmezer (1984), s. 117; Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, C.: II, 5. Bası, İstanbul (Tarihsiz), s. 711; Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 663-664; Özgenç (2002), s. 175; Erman/Özek (1992), s. 82; Soyaslan (2005), s. 507.

yetkisini ele geçirmiş olmasını gerektirmektedir⁸⁹. Buna göre, icbarın mağduru zorlamaya elverişli olup mağdurun bundan etkilenmediği, yine iknaya elverişli hileli davranışların mevcudiyetine rağmen mağdurun aldatılmadığı hallerde teşebbüs aşamasında kalmış irtikaptan söz edilecektir. Bu görüş taraftarları yararın sağlanmasıyla suçun tamamlandığı konusunda hem fikir iseler de, yarar vaadinin sağlandığı hallerde suçun tamamlanma anı bakımından farklı düşünmektedirler. İrtikabın yarar vaadinde bulunulmasının sağlanmasıyla tamamlandığını düşünenler olduğu gibi⁹⁰, yarar vaadinin sağlanması halinde de suçun vadin yerine getirilerek yararın sağlanmasıyla tamamlanacağını, ancak konun koyucunun ceza siyaseti gereğince tamamlanmış suç gibi ceza yaptırımını öngördüğünü kabul edenler de bulunmaktadır⁹¹. Bu görüşe göre yarar vaadinin sağlanmasının söz konusu olduğu hallerde irtikabın tamamlanmış bir fiil gibi cezalandırılabilir olduğu aşamayla, tamamlanma anını ayırmak özellikle iştirak hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından önem arz etmektedir. Buna göre eğer suçun vaatte bulunulmasının sağlanmasıyla tamamlandığı kabul edilecek olursa, sağlanacak yararı kamu görevlisine götüren kişinin suça iştirakinin esasını açıklamak mümkün olmayacaktır⁹².

Diğer görüş irtikabı şekli bir suç olarak kabul etmektedir. Buna göre, kamu görevlisinin yarar sağlaması gerekmeksizin yarar sağlamaya ve bu yolda vaatte bulunmayı sağlamaya yönelik icbarın ve hileli davranışların gerçekleştirilmesiyle tamamlanmaktadır⁹³. Dolayısıyla failin icbara ve iknaya ilişkin hareketleri kısımlara ayrılabiliriyorsa teşebbüs söz konusu olacaktır⁹⁴. Hemen belirtelim ki gerek 765 sayılı Kanunun 209. maddesinin, gerekse 5237 sayılı Kanunun 250. maddesinin öngörmüş olduğu formülasyon irtikabın şekli bir suç olduğunu kabule elverişlidir. Gerçekten madde metninin ifade biçimi, yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmayı sağlamaya yönelik icbar veya iknaya suçun oluşacağı, sanki yararın elde edilmesinin veya bu yolda vaatte bulunmuş olmasının gerekmediği sonucunu çıkarmaya uygundur. Bu nedenle maddedeki düzenlenmenin suçun tamamlanması bakımından yararın sağlanmasının gerekli olduğunu vurgulayacak şekilde formüle edilmesi yerinde

⁸⁹ Erman/Özek (1992), s. 81; Özgenç (2002), s. 171; Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 663.

⁹⁰ Tezcan/Erdem (2002), s. 175; Erman/Özek (1992), s. 82.

⁹¹ Özgenç (2002), s. 175.

⁹² Özgenç (2002), s. 175.

⁹³ Erem, Faruk (1993), **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, C.: II, Ankara 1993, s. 1320; Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 612.

⁹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 612.

olacaktır. Örneğin “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak gerçekleştirdiği icbarla kendisine veya başkasına yarar sağlayan veya bu yolda vaat sağlayan (vaatte bulunduran) kamu görevlisi” şeklinde somutlaştırması düşünülmelidir.

B- İştirak Ve İctima

İrtikaba iştirak bakımından genel hükümler uygulanır. Ancak iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından irtikabın sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü bir suç olduğunu göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Zira, Kanunun 40/2. maddesine göre özgü suçlarda özel faillik niteliğini taşıyan kişiler fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Buna göre irtikap fiillerini birlikte gerçekleştiren, yani fiil üzerinde müşterek hakimiyet kuran kamu görevlileri fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Suçun işlenişine azmettiren veya yardım eden olarak iştirak eden kamu görevlileri, sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır (m. 38-39). Buna karşılık sivil kişiler suçun işlenişine iştirak etmişlerse, suçun işlenişine olan katkılarına göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır.

İrtikap görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmektedir. Dolayısıyla irtikap, görevi kötüye kullanma suçunun ayrıca düzenlenmiş özel bir şeklini oluşturur ve faile ayrıca görevini kötüye kullanmadan ceza verilmez. Ayrıca irtikap suçunu tehditle işlendiği hallerde, tehdit 106. maddedeki tehdit suçunun da unsuru olduğundan, bileşik suç hükümlerine göre hareket etmek gerekmektedir⁹⁵.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından fiilin aynı kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenmesi gerekmektedir (m. 43). İrtikap suçu mağdur bakımından özellik gösteren bir suç tipidir. Bu suçta icbara ve iknaya yönelik hileli davranışlara maruz kalan kişilerin yanı sıra toplumu oluşturan herkesin de mağdur olacağı kabul edilmektedir⁹⁶. Dolayısıyla aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda icbar veya iknaya yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı muhakkaktır. Zincirleme suç hükümleri mağduru belli bir kişi olmayan suç tipleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır (m. 43). İrtikap aynı zamanda toplumu oluşturan herkese karşı işlenen bir fiil olduğundan, mağduru belli kişi olmayan suç tipleri arasında yer almaktadır (m. 43/1, son cümle). Bu nedenle aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik kişilere karşı

⁹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 612-613.

⁹⁶ Özgenç (2002), s. 174.

gerçekleştirilen irtikap fiilleri bakımından da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁹⁷.

VI- YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ

Kanun koyucu irtikapın gerçekleştiriliş şekillerine göre farklı cezalar belirlemiştir. İcbar suretiyle irtikap ağır bir ihlâli belirttiğinden beş yıldan on yıla kadar yaptırım öngörülmüştür (250/1). Kişiyi zorlayarak, zor durumundan faydalanarak, korkutarak veya tehdit ederek yarar sağlayan ve yarar sağlama vaadi temin eden kamu görevlisi, ağır yaptırımla karşılaşacaktır. Buna karşılık görevin sağladığı güveni kötüye kullanarak gerçekleştirilen hileli davranışlarla mağdurun ikna edilmesi suretiyle yarar sağlanması icbara nazaran daha hafif bir ihlâl olarak değerlendirilmiştir. İrtikapın bu türü için üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. İcna suretiyle irtikap kamu görevlisinin mağduru kandırmaya yönelik aktif hareketinin bulunmasını gerektirmektedir. Buna karşılık kişide mevcut hatadan yararlanma suretiyle yarar sağlanması irtikapın hafif halini oluşturmaktadır. Bu nedenle bu fiil için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

İrtikap takibi şikayete bağlı suçlardan olmadığından re'sen kovuşturmaya tabidir. Ancak suçun failinin kamu görevlisi olması nedeniyle 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun⁹⁸ hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Ancak 4483 sayılı Kanunun 2/2. maddesinde “suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklı” olduğu belirtildiğinden, bu suç tipi bakımından 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu⁹⁹ hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Bu Kanunun 17. maddesine göre irtikap suçundan veya bu suça iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Kanuna göre değil, 3628 sayılı Kanuna göre kovuşturma yapılacaktır. 3628 sayılı Kanunun 19. maddesine göre suç haberini alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlayacak, ancak durumu kamu görevlisinin mensup olduğu daireye haber verecektir. Yapılan soruşturma neticesinde yeterli delil bulunursa dava açılacak, aksi takdirde takipsizlik kararı verilecektir¹⁰⁰. Ancak 3628 sayılı Kanunda¹⁰¹

⁹⁷ Aynı yönde bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 613. Karşı görüş için bkz: Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 664.

⁹⁸ Bkz: 4/12/1999 tarih 23896 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁹ Bkz: 4.5.1990 tarih 20508 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 615.

¹⁰¹ 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun

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.

SONUÇ

5237 sayılı Kanunun irtikap suçuna ilişkin 250. maddede öngörülen düzenleme esas itibarıyla 765 sayılı Kanunun irtikaba ilişkin 209. maddesiyle örtüşmektedir. Ancak yeni Kanunda irtikaba ilişkin düzenleme suçun unsurları yönüyle belirgin hale getirilmiştir. Öncelikle irtikabın gerçekleştiriliş şekilleri bakımından irtikap-kamu görevi bağlantısı ayrıca belirlenmiştir. İrtikap-kamu görevi bağlantısı icbar yoluyla irtikap bakımından, görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle icbar etmek şeklinde; ikna suretiyle irtikap bakımından görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak ikna etmek şeklinde belirlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca ikna suretiyle irtikap suçunun unsurları da 765 sayılı Kanunun 209. maddesine göre belirgin hale getirilmiştir. İknanın hileli davranışlarla gerçekleştirileceği belirtilmiş, ancak hileli davranışların kamu görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması da aranmıştır.

765 sayılı Kanunda icbar suretiyle irtikap için altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis, ikna suretiyle irtikap bakımından dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis ve hatadan yararlanma suretiyle irtikap bakımından ise iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken; yeni düzenlemede icbar suretiyle irtikap bakımından beş yıldan on yıla kadar hapis, ikna suretiyle irtikap bakımından üç yıldan beş yıla kadar hapis ve irtikabın en hafif halini oluşturan hatadan yararlanma suretiyle irtikap bakımından bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Buna göre yeni Kanunda irtikap suçları bakımından 765 sayılı Kanuna göre daha hafif yaptırımlar öngörülmüştür. Yeni Kanunda irtikap suçu

Kapsamına giren suçlardan bahsedilmekle birlikte, 1609 sayılı Kanunun yerini 3628 sayılı Kanun almıştır. Dolayısıyla 53. maddedeki 1609 sayılı Kanuna yapılan atıflar 3628 sayılı Kanuna yapılmış saymak gerekmektedir.

bakımından cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren herhangi bir nitelikli hale yer verilmemiştir (karşılaştığımız 765 s. TCK. m. 219).

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner (2005), **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Ankara 2005.

Bakıcı, Sedat (1998), **Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, Açıklamalı Zimmet-İrtikap-Rüşvet Suçları**, Ankara 1988.

Dönmezer, Sulhi (1984), **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1984.

Erem, Faruk (1993), **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, C.: II, Ankara 1993.

Erman, Sahir/Özek, Çetin (1992), **Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1992

Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, C.: II, 5. Bası, İstanbul (Tarihsiz)

Mahmutoğlu, Fatih Selami (2004), “TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanununun Tasarısı Hakkında Görüş”, in: **Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar** (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004.

Malkoç, İsmail (2002), **(Son Değişiklik Ve İçtihatlarla) Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C.: II, Ankara 2002.

Malkoç, İsmail (2004), “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar -“İrtikap”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc> (31.03.2004).

Önder, Ayhan (1994), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul 1994.

Özgenç, İzzet (2002), **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, 1. Bası, Ankara 2002.

Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık (1999), **Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu**, C.: II, Ankara 1999.

Soyaslan, Doğan (2005), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara 2005.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan (2002), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2. Bası, İzmir 2002.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, in: **Türk Ceza**

Kanunun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat (2006), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2006.

Toroslu, Nevzat (2005), **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 1. Baskı, Ankara 2005.

Üzülmez, İlhan (2005), “Yeni Ceza Kanununda Zimmet Suçu (M. 247-249)”, in: **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2005/5.

Yarsuvat, Duygun (1965), “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Naci Şensoy Hatıra Sayısı**, C.: XXX, 1965/3-4.

Yaşar, Osman (2001), **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2001.

Yenidünya, A. Caner, (2005), “2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme”, in: **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi**, 2005/5.