

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

İRTİKÂP VE RÜŞVET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yasin Emre EZERÇE
2100006218

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Yasemin Filiz SAYGILAR

EKİM 2023

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

İRTİKÂP VE RÜŞVET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yasin Emre EZERÇE
2100006218

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Yasemin Filiz SAYGILAR

Jüri Üyeleri: Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT

Dr. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN

EKİM 2023

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
GİRİŞ	1
BİRİNCİ KISIM.....	4
KAMU GÖREVLİSİ.....	4
KAMU GÖREVLİSİNİN TANIMI	4
A. Genel Olarak Kamu Görevlisi.....	4
B. Anayasa'ya Göre Kamu Görevlisi Tanımı	9
C. İdare Hukukuna Göre Kamu Görevlisi	16
D. Devlet Memurları Kanununa Göre Kamu Görevlisi	18
E. Ceza Hukukuna Göre Kamu Görevlisi	19
1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Kamu Görevlisi	19
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Kamu Görevlisi	30
F. Değerlendirme.....	38
İKİNCİ KISIM	41
İRTİKÂP SUÇU	41
I. İRTİKÂP SUÇUNUN TANIMI.....	41
Genel Olarak İrtikâp Suçu	41
II. İRTİKÂP SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER.....	43
III. İRTİKÂP SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI	45
A. İrtikâp Suçunun Faili	45
B. İrtikâp Suçunun Mağduru.....	47
C. Fiil	50
1. İcbar Suretiyle İrtikâp	51
1.a. İcbar.....	51
1.b. Nüfuzun Kötüye Kullanılması.....	61
1.c. Suçun Hukuki Konusu	65
2. İkna Suretiyle İrtikâp.....	72
3. Hatadan Yararlanma Suretiyle İrtikap	78
IV. İRTİKÂP SUÇUNUN TAMAMLANMASI VE SUÇA TEŞEBBÜS	81
V. İRTİKÂP SUÇUNDA HUKUKA UYGUNLUK HALLERİ VE KUSURLULUĞU KALDIRAN HALLER	90
VI. İRTİKÂP SUÇUNA İŞTİRAK	92
VII. İRTİKÂP SUÇUNUN MANEVİ UNSURU	95
VIII. İRTİKÂP SUÇUNDA İÇTİMA	96

IX.	İRTİKÂP SUÇUNDA YARARIN SAĞLANMASI VEYA VAAT EDİLMESİ.....	98
X.	İRTİKÂP SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	99
XI.	KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI VE İRTİKÂP SUÇUNUN CEZALANDIRILMASI.....	100
A.	Kamu Görevlilerinin Yargılanması	100
B.	İrtikâp Suçunun Cezalandırılması	106
ÜÇÜNCÜ KISIM		108
RÜŞVET SUÇU		108
I.	RÜŞVET SUÇUNUN TANIMI	108
Genel Olarak Rüşvet Suçu.....		108
II.	RÜŞVET SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER.....	113
III.	RÜŞVET SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI	114
A.	Rüşvet Suçunun Failleri	114
B.	Rüşvet Suçunun Mağduru	119
C.	Eylem	120
Rüşvet Anlaşması.....		120
D.	Görev Kapsamında Olması	129
IV.	RÜŞVET SUÇUNUN KONUSU	132
V.	RÜŞVET SUÇUNUN TAMAMLANMASI VE SUÇA TEŞEBBÜS	139
VI.	RÜŞVET SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK.....	144
VII.	RÜŞVET SUÇUNA İŞTİRAK	148
VIII.	RÜŞVET SUÇUNDA İÇTİMA	149
IX.	RÜŞVET SUÇUNUN MANEVİ UNSURU	150
X.	RÜŞVET SUÇUNDA HUKUKA UYGUNLUK HALLERİ VE KUSURLULUĞU KALDIRAN HALLER	150
XI.	RÜŞVET SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	151
XII.	RÜŞVET SUÇUNUN CEZALANDIRILMASI	152
SONUÇ		154
KAYNAKÇA		163
ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR.....		169

KISALTMALAR

a.g.e. : Adı Geçen Eser

a.g.m. : Adı Geçen Makale

AYM : Anayasa Mahkemesi

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

C.D. : Ceza Dairesi

C.G.K.: Ceza Genel Kurulu

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

D. : Daire

DMK : Devlet Memurları Kanunu

dn. : Dipnot

E. : Esas

ed. : Editör

İçt. bir. : İçtihat birleştirme

K. : Karar

m.d. : Madde

S. : Sayı

s. : Sayfa

T. : Tarih

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TCK : Türk Ceza Kanunu

trc. : Tercüme

vb. : Ve bazı

vd. : Ve devamı

vs. : Ve saire

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

ÖZET

İrtikâp suçu ve istisnalar dışında rüşvet alanın kamu görevlisi olması gerekmektedir. Özel bir niteliğin söz konusu olması gerektiğinden özgü suçlar olarak tanımlanmışlardır. Türk Ceza Kanunu'na göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesine atama, seçilme ve diğer şekillerde katılan kimsedir. Bu tanıma göre kamu görevlisi tanımı, idare hukukundan geniş tutulmuştur. İdare hukukunda aranan, kamu kurum veya kuruluşuna bağlı olarak çalışma şartı ceza hukukunda söz konusu değildir. İrtikâp suçunun faili sadece kamu görevlisi olabileceken, suçun mağduru herkes olabilir. Ayrıca, toplumda bu suçun mağduru olarak kabul edilecektir. İrtikâp suçu; icbar suretiyle, ikna suretiyle veya hatadan yararlanma suretiyle işlenebilir. Bu suçta mağdurun, faile veya başka bir üçüncü kişiye bir yarar sağlaması veya vaat etmesi gerekmektedir. Bu yarar maddi veya manevi her şey olabilir. Ancak bu yararın cinsel olması halinde, rüşvet suçu değil, TCK'da yer alan cinsel istismar veya cinsel saldırı suçları işlenmiş olacaktır. İrtikâp suçu bir zarar suçudur. Bu nedenle irtikâp suçu ilgili kişilere yararın sağlanması ile tamamlanmış olacaktır. Bu nedenle ilgili kişiler yarar sağlanana kadar suça teşebbüs ve iştirak mümkün olacaktır. Rüşvet suçu, çok failli bir karşılaşma suçudur. Bu nedenle, rüşvet verende, alanda suçun failidir. Bu suç, tek bir suçtur. Bu suçun mağduru toplumdur. Bu suçun konusu, menfaat/yarar dır. Bu menfaat/yarar maddi, manevi veya cinsel olabilecektir. Bu suçun işlenebilmesi için tarafların aralarında rüşvet anlaşması yapmaları gerekmektedir. Anlaşmanın, taraflar arasında yapılmasıyla suç tamamlanacaktır. Bu nedenle, anlaşma gerçekleşene kadar suça teşebbüs ve iştirak söz konusu olabilecektir. Rüşvet suçu, teşebbüs suçudur. Bu suçun; teşebbüs aşaması hali, kanunda ayrıca bir madde olarak düzenlenmiştir. Kamu görevlileri hakkında yapılacak soruşturmalarda, yetkili makamlardan izin almak gerekecekken, irtikâp ve rüşvet suçlarının soruşturulabilmeleri için, izin alınması gerekmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Memur, İrtikâp, İcbar, İkna, Hata, Zarar Suçu, Rüşvet, Rüşvet Anlaşması, Karşılaşma Suçu, Teşebbüs Suçu, Menfaat, Özgü Suç, Suçun Tamamlanması, Teşebbüs, İştirak, Kamu Görevlilerinin Yargılanması

ABSTRACT

Except for the embezzlement and exceptions, public official must be the one who accepts the bribe. Due to the fact special features are needs to be considered, they are defined as special offenses. According to the Turkish Penal Code, public servants are persons who are appointed, requested and participate in the performance of public duties. Thus, the definition of public servant has broader scope than administrative management. The obligation of working in connection with a public institution or organization sought in administrative law, is not be considered as a subject in criminal law. While the perpetrator of the crime of embezzlement can only be a public official, the victim of the crime can be anyone. In addition, society will be considered as a victim of this crime as well. Embezzlement can be processed by coercion, by persuasion or by taking advantage of error. In this crime, the victim must provide or promise a benefit to the perpetrator or another third party. This benefit can be anything pecuniary or non-pecuniary. However, if this benefit is sexual, the crimes of sexual abuse or sexual assault in the TCL will be committed, rather than a crime of bribery. The crime of embezzlement is a crime of harm. For this reason, the crime of extortion will be completed with the benefit of the relevant persons. Thus, it will be only possible to attempt and participate in the crime until the relevant persons benefit. Bribery is a multi-perpetrator encounter crime. Therefore, the bribe giver is the perpetrator of the crime in the field. This crime considered as a single crime. The victim of this crime is society. The subject of this crime is interest/benefit. This benefit may be material, moral or sexual. In order for this crime to be committed, the parties must make a bribery agreement between them. The crime will be completed when the agreement is made between the parties. Thus, attempting and participating in a crime will be in a possibility until the agreement is realized. Bribery is an attempted crime. For bribery; The stage of attempt is also regulated as an article in the law. While it is necessary to obtain permission from the competent authorities fort he investigations to be made about public officials, permission is not required to investigate the crimes of extortion and bribery.

Keywords: Public Official, Officer, Extortion, Conviction, Persuasion, Error, Damage Offense, Bribery, Bribery Agreement, Encounter Crime, Attempted Crime, Interest, Specific Crime, Completion of Crime, Attempt, Participation, Trial of PublicServant

GİRİŞ

Günümüzde yürürlükte olan TCK'nın kökeni, günümüzden çok eskilere dayanmaktadır. Bilindiği üzere, ülkemizde ilk yapılan modern ceza hukuku çalışmaları 1889 yılında İtalya'da kullanılmaya başlayan İtalyan Ceza Kanununun çevirisinin ülkemize iktibas edilmiş haliydi. Osmanlı döneminde ise ceza hukuku kuralları olarak İslam dinini temel alan dini hukuk kuralları uygulanmaktaydı.¹

Rüşvet ve irtikâp suçları toplumların tarih boyunca en çok mücadele ettiği suçlardandır.² Bu suçlar doğurdıkları etki, bakımından bütün toplumu ilgilendirmektedir. Bu suçların yaygınlaşması ile birlikte devletin sahip olduğu düzen bozulmakta ve toplumun devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu görevlilerine karşı sahip olduğu güven duygusu geri dönülemez bir biçimde zarar görmektedir. Bu nedenlerle devletler tarih boyunca; rüşvet, irtikap, zimmet, gibi suçların işlenmesinin önüne geçmek ve bu suçları işleyenleri cezalandırmak için birçok önlem almış ve ağır cezalar uygulanmıştır. Modern dönemde de ülkeler ceza kanunlarında, bu suçlarla mücadele edebilmek için, ağır hükümler içeren birtakım düzenlemeler yapılmış ve hatta bazı uluslararası anlaşmalar da yapılmıştır. (Örnek olarak Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi verilebilir.)

Bu suçlara ilişkin hükümlerde bizim modern ceza hukuklarımızda da bulunmaktadır. Bu suçlara ilişkin düzenlemeler, 1926 yılında kabul edilip resmi gazetede yayınlanan, 765 sayılı, 1.06.2005 tarihine kadar yürürlükte kalan, ETCK'da düzenlenmiştir. Ayrıca İrtikap ve rüşvet'e ilişkin düzenlemeler, şuan yürürlükte olan 5237 sayılı 2005'te yürürlüğe girmiş olan, yeni Türk Ceza Kanunumuz da yer almakta olan ikinci kitapta, bu kitabın dördüncü kısmında ve bu kısmın birinci bölümünde 250 ile 254. maddeleri arasında da kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. TCK'nın bu başlıklarına baktığımızda; bahse konu olan bu suçların yürürlükteki TCK'da, kanun koyucu tarafından hususi hükümlerin düzenlendiği kitabın, millete ve devlete karşı işlenen suçlar isimli kısmında, söz konusu bu kısmın kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar olarak isimlendirilen bölümünde düzenlendikleri görülmektedir.

¹ HAKERİ, Hakan, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.9

² Hediye kabul etme, kişinin içinde bulunduğu olumsuz halden yararlanarak çıkar sağlamak gibi durumlar Roma hukukunda suç olarak sayılmıştır. Aynı şekilde dini hukukta da rüşvet eylemleri suç olarak sayılmıştır.

KAHRAMAN, Recep, "Rüşvet Suçu", 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.53-54

Rüşvet suçu gerek roma hukukunda gerekse İslam/Osmanlı hukukunda ciddi bir şekilde cezalandırılmıştır.

DOĞAN, İdris, "Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet Suçu", 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.39-56

Devlet ve millet aleyhine işlenen suçlar kısmı 5237 sayılı TCK'nın son kısmı olup, isminden de anlaşıldığı üzere bütün toplumu ilgilendiren veya ülkenin güvenliğini ilgilendiren suçlardan oluşmaktadır. İdarenin selametine karşı işlenen suçların ne anlama geldiği hakkında bir inceleme yaptığımızda ise söz konusu suçlar ile devletin yönetiminin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi ve toplumun idareye yönelik sahip olduğu güvenin korunması amaçlanmaktadır. Bu suçların genelinin faili kamu görevlisi olsa da bu bölümdeki bazı suçların failleri kamu görevlisi değildir. Zimmet, İrtikap ve Rüşvet (TCK md. 252/2, 5, 6, 8... hariç) gibi suçlarda, suçun faili kamu görevlisidir. Ancak Rüşvet (rüşvet veren), Görevi Yaptırmamak İçin Direnme gibi suçlarda bu suçların faillerinin mutlaka kamu görevlisi olması gerekmez.

Bu açıklamalar göz önüne alındığında bazı istisnalar hariç olmakla birlikte İrtikap ve Rüşvet (istisnai hükümler hariç) suçları birer özgü suçtur. Özgü suçun ne olduğundan bu çalışmanın ileri aşamalarında bahsedilecektir.

Bu çalışmada ilk olarak, kamu görevlisinin tanımı yapılacaktır. Çünkü İrtikap suçunun failinin, rüşvet alanın (istisnai hükümler hariç) kamu görevlisi olması gerekmektedir. Ancak kamu görevlisi, idare hukukunda ayrı ceza hukukunda ayrı olarak düzenlenmiştir. Hatta 765 sayılı, 2005 yılında mülga edilen ETCK ile şu an 2005 yılının haziran ayının başından beri kullanılmakta olan 5237 sayılı yeni TCK'da, kanun koyucu tarafından yapılmış olan tanımlar bile birbirinden farklıdır. Çalışma sırasında, bu tanımlar ve karşılaştırmalar ayrıntılı bir biçimde yapılacaktır.

İkinci olarak İrtikap suçu, ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. İrtikap suçu; fail, mağdur, suçun hukuki konusu, suçun tamamlanması, suça teşebbüs edilmesi, suçun nitelikli hallerinden bahsedilecektir. Bu konular açıklanırken kanun gerekçeleri, Yargıtay kararları vs. de kullanılacaktır. İrtikap suçu hakkında doktrinde söz konusu olan tartışmalardan ve bu tartışmalar hakkında kendi görüşlerimden bahsedeceğim. Bu suçu açıklarken, başka suçlarla da aralarında olan benzerliklerden bahsedilecektir.

Üçüncü olarak bu çalışmada rüşvet suçundan bahsedilecektir. Rüşvet suçu da yukarıda irtikap suçu hakkında söylendiği gibi ayrıntılı olarak, kararlar ve gerekçelerle de desteklenerek açıklanacaktır. Bu suç da açıklanırken tartışmalı noktalardan ve konu hakkında kendi görüşlerimden bahsedeceğim. Ayrıca, rüşvet suçunun diğer suçlarla da benzerlikleri, farklılıklarından bahsedilecek ve karşılaştırılması yapılacaktır.

Daha sonra da kamu görevlilerinin yargılanmasından, soruşturma izni ve ön incelemeden ve rüşvet ve irtikâp suçlarında yapılacak yargılamanın özelliklerinden bahsedilecektir. Ayrıca rüşvet ve irtikâp suçlarından dolayı verilecek cezalardan, görevli ve yetkili mahkemelerden ve diğer ayrıntılardan bahsedilecektir. Ve son olarak da sonuç kısmıyla çalışma bitirilecektir.

Bu çalışmaya ilişkin yol haritası çizildiğine göre; çalışmanın başlayacak olan aşamasında, kamu görevlisinin tanımı, idare hukuku ve ceza hukukunda (765 sayılı mülga kanun ve 5237 sayılı yürürlükteki TCK açısından) yer alan doktrinsel yaklaşımlar, Yargıtay kararları ile birlikte açıklanmaya başlanacaktır.



BİRİNCİ KISIM

KAMU GÖREVLİSİ

KAMU GÖREVLİSİNİN TANIMI

A. Genel Olarak Kamu Görevlisi

Kamu görevlisi sıfatının kesin tanımını yapmak oldukça zorlu bir iştir. Hukukun farklı dallarında yapılan tanımlar birbirini tutmamaktadır. Hatta ülkemizdeki birbirini takip eden mülga ve yürürlükteki kanunlarda dahi yapılan tanımlar birbirlerini tutmamaktadır.³ Örneğin, şuan yürürlükte olmayan mülga ceza kanunumuz ile günümüzde yürürlükte olan, ceza kanunumuz da kanun koyucu tarafından yapılan memur/kamu görevlisi tanımları birbirinden oldukça farklıdır. Hatta idare hukukunda yapılan kamu görevlisi tanımı bu iki kanundan da farklıdır. Bunun nedeni kanun koyucuların bu sıfatın tanımını yapmaya çalışırken kendi hukuk politikalarını, siyasi anlayışlarını göz önünde bulundurmalarıdır. Ülke içerisinde dahi farklı tanımların ortaya çıkması ise ceza hukuku ve idare hukukunun farklı dinamiklere ve niteliklere sahip olmasıdır. Bu nedenle iki ayrı hukuk türünde farklı ihtiyaçlar vardır ve bu tanımlamalar bu ihtiyaçlara göre yapılmıştır.⁴

Kamu görevlileri basit anlatımla, idarenin yerine getirmesi gereken çeşitli işleri, kamu görevlerini, faaliyetlerini yerine getiren gerçek kişilerdir. Kamu görevlileri, kamu idaresinin iş gücü kısmını oluşturur. Kamu kurum ve kuruluşları, kanunen yerine getirmek zorunda oldukları görevlerini ve sorumluluklarını gerçekleştirmek için kamu görevlilerine ihtiyaç duyarlar. Kamu görevlileri, idari teşkilatlanmanın her alanında bulunmaktadır ve İdare'nin görevini onun adına yerine getirdiği için, kanunlarla kamu görevlilerine sıradan bir vatandaştan daha fazla yetkiler verilmiştir. Ancak verilen bu yetkiler aynı zamanda bu kişiler için sorumlulukta doğurmaktadır.

Toplumun ihtiyaçları; kanunların öngördüğü şekillerde, kesintiye uğramadan, sürekli bir biçimde idare adına kamu görevlileri tarafından karşılanır. Kamu görevlileri, kamu tüzel kişiliklerini temsil eden, halkla temas içerisinde bulunan ve vermiş oldukları kararlar ve gerçekleştirdikleri işlemler nedeniyle toplumun yaşayışına, idarelerin işleyişine, kamu görevleri ve faaliyetlerinin gerçekleştirilmesine etki eden gerçek kişilerdir.

³ ERDOĞDU, Ahmet, “Memur Kavramında Yenilik”, Danıştay Dergisi, 1972, Yıl:2, S.4, s.8

⁴ ERDOĞDU, a.g.m, s.8

Ülkemizde eski zamanlardan beri yürürlükte olan kanunların bazılarında kamu görevlisine (eski istemiyle memur) ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlar zaman içerisinde değişime uğramıştır ve farklı hukuk alanlarında yapılan tanımlarda birbirinden oldukça farklıdır.

Ülkemizde eskiden yürürlükte olan mülga ceza kanunumuzun 279 no'lu maddesinde kamu görevlisinin (o dönemki ismiyle memur) tanımı kanun koyucu tarafından yapılmıştır. Bu kanunda kamu görevlisi sıfatı kullanılmamış, bunun yerine memur ve kamu hizmetlisi sıfatları kullanılmıştır. Bu maddeye göre memur/kamu görevlisi; yasamaya, adli işlere (yargıya), idareye ilişkin herhangi bir kamu görevini, geçici veya daimi olarak yerine getirmekte olan, kamu kurum veya kuruluşlarında çalışan kişiler veya geçici ya da daimi olarak bir maddiyat karşılığında ya da herhangi bir maddi karşılık söz konusu olmadan, zorunlu veya ihtiyari olarak herhangi bir kamu görevini yerine getiren kişilerdir. Bahsedilen bu şekillerde; bir kamu/amme vazifesi gören çalışanlar ise memur olarak değil kamu/amme hizmetlisi olarak kabul edileceklerdir.

Bu kanunda yapılan memur/kamu hizmetlisi ayrımı, 2005'te yürürlüğe giren yeni TCK'de söz konusu değildir. Yeni kanunda, eski ceza kanunumuzdaki "*amme/kamu hizmetlisi*" sıfatı ortadan kaldırılmış, memur sıfatı da değişime uğrayarak kamu görevlisine dönüşmüştür.

Şu an yürürlükte olan TCK'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde ise kamu görevlisinin tanımı yapılmıştır. Bu maddeden anlaşılması gereken; kamu faaliyetlerinin gerçekleştirilmesine, geçici veya daimi fark etmeksizin katılan herkes kamu görevlisi olarak kabul edileceğidir.

Kamu görevlisine ilişkin, ceza kanunlarımızda yapılan söz konusu bu tanımlar çok önemlidir. Çünkü kamu görevlileri hakkında ceza soruşturması yapılabilmesi için, suç işlediği iddia edilen kamu görevlisinin kanunda düzenlenmiş olan bu tanımlara uyması zorunludur. Çünkü failin durumu bu tanımlara uymazsa, işlendiği iddia edilen suç oluşmuş olmayacaktır. Somut olaya göre başka bir suç oluşabilmesi mümkündür.

Örneğin, işkence suçunu işlediği iddia edilen failin, yürürlükteki kanunda yapılmış olan tanıma uymaması halinde eziyet, kasten yaralama ... gibi kanundaki diğer suçlar oluşabilecektir. Ya da failin kamu görevlisi olmasının, suçun nitelikli hali olması durumunda, kanunda yer alan kamu görevlisi tanımına uymaması durumunda suçun nitelikli hali değil temel hali söz konusu olacaktır ve failin daha az cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu iki

Kanun'da yer alan tanımlar çalışmanın ileri aşamalarında ayrıntılı olarak anlatılacak, karşılaştırılacak ve tartışılacaktır.

Kamu görevlileri; kamusal faaliyetleri/görevleri yerine getiren gerçek kişilerdir ve bu faaliyetlerin yerine getirilebilmesi için kanun koyucu tarafından önemli yetkilerle ve sorumluluklarla donatılmışlardır. Kamu görevlileri, halkla sürekli olarak temas halindedir. Kamu görevlilerinin, bahsettiğim bu nedenlerle sahip olduğu büyük yetkileri, insanlarla da çokça temas içerisinde olduğundan, kötüye kullanabilmeleri mümkündür. Kamu görevlilerinin, halkla temas içerisinde olması, görevlinin sahip olduğu suç işleme iradesini daha kolay bir şekilde ortaya koymasına yardımcı olur.

Hukuka aykırı bir menfaat, kazanç elde etmek isteyen bir kamu görevlisi, toplumdaki birçok kişi ile temas içerisinde olduğundan dolayı kendisine rüşvet verecek kişileri veya icbar veya ikna edebileceği kişileri daha kolay bir şekilde bulabilecektir. Aynı şekilde bireylerde hukuka aykırı bir fiilde bulunma iradelerini temas halinde oldukları kamu görevlileri aracılığıyla daha kolay bir şekilde gerçekleştirebilmektedirler. Bununla birlikte kamu görevlilerinin görevli oldukları idareye karşı da suç işlemeleri olası ve daha kolaydır.⁵ Bu nedenle TCK'da bu durumun önüne geçmek için birçok suç tanımlanmış ve bu suçlar hakkında ağır cezalar öngörülmüştür.

Kamu görevlilerinin yaptıkları hukuka aykırı fiiller ile ilgili hükümler sadece TCK'da yer almamaktadır. TCK'da yer alan hükümler dışında kalan ve genellikle bu suçlardan daha hafif olan bazı fiiller idarenin sahip olduğu denetim sistemi tarafından disiplin cezaları ile cezalandırılabilirler.

TCK md. 40'ta özgü suç terimi tanımlanmıştır. Buna göre özgü suçlarda, herkes kanunda yer alan suçun faili olamaz. Ancak bazı spesifik nitelikleri taşıyan ve bu nitelikleri nedeniyle çeşitli sorumluluklar yüklenen kişiler kanunlarda yer alan bu suçların faili olabileceklerdir.⁶ Bu spesifik niteliklere verilecek en iyi örnek failin kamu görevlisi olması olacaktır. Bu suçlara örnek olarak, zimmet, irtikâp, ... verilebilir. Ayrıca kanun koyucu sadece bankalarda çalışanların işleyebileceği ayrı bir zimmet suçunu da 5411 sayılı Bankacılık Kanununda düzenlemiştir.

⁵ ERMAN, Sahir, "Ceza Tatbikat ve Tatbikatında Memur", Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C. II, S. 3-4, 1947, s. 236-237

⁶ AKBULUT, Berrin, "Bağıllık Kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S.1, s.183

Eğer suç işlediği iddia edilen kişiler kamu görevlisi olma niteliğine sahip değillerse zimmet, irtikap, gibi suçların failleri olamayacaklardır. Ancak bu kişiler; işlendiği iddia edilen bu suçların işlenişine, suçun azmettirenini olarak veya söz konusu bu suçlara yardım eden sıfatıyla katılabilecek ve bu nedenle cezalandırılacaklardır.

Ceza hukukumuzda kanun koyucu, her zaman kamu görevlilerinin üzerindeki sorumluluğu arttırmamıştır. Bazı durumlarda ise kamu görevlilerini karşılaşılabilecekleri tehlikelere karşı korumaya almıştır. Buna örnek olarak kasten öldürmenin nitelikli hali, kasten yaralamanın nitelikli hali, hakaret suçunun nitelikli hali verilebilir. Örnek olarak verilen bu suçlarda; suçun mağdurunun bir kamu görevlisi/memur olması durumu, bahsedilen bu suçların nitelikli hallerini oluşturacaktır ve gerçekleşen bu haller nedeniyle, suçun faillerine verilecek olan cezayı ağırlaştıracaktır. Mağdurun kamu görevlisi olması durumunda, bu durumun nitelikli hal sayılabilmesi için ilgili suçun mağdurun görevinden dolayı işlenmiş olması aranmaktadır. Yani tek önemli olan failin suçu mağdurun görevinden dolayı işlemesidir. Fiilin kamu görevlisine karşı ne zaman işlendiğinin bir önemi yoktur.⁷ Fail, kendisinin evinde arama yapan ve bulunan deliller ile hapis cezasına mahkûm edilmesi üzerine arama işlemi sırasında görev yapan bir polise karşı, hapisten çıktıktan sonra o polis artık emekli olmuş olsa bile kin duygusu ile işlemiş olduğu kasten yaralama suçu kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılacaktır.

Bazı suçlarda; suçun failinin bir kamu görevlisi olması durumu ise, o suç hakkında kanunda yer almakta olan nitelikli hallerden biri olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal kanun koyucu tarafından, söz konusu olan suçun cezasını arttıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu konuya örnek olarak cinsel suçlar örnek verilebilir. Cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi suçlarda failin kamu görevlisi olması durumunda, faile verilecek ceza arttırılacaktır.

Burada görev suçları hakkında doktrinde yapılan bir ayırımdan da bahsedilmesi gerekmektedir. Bu ayrıma göre görev suçları, gerçek olan ve gerçek olmayan görev suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Yapılan bu ayırımın konusunu “*kamu görevlisi*” unsuru oluşturmaktadır. Yani failin kamu görevlisi olması unsurunun TCK’da düzenlenen bir suçta yer alan bir unsur olması halinde ise söz konusu bu suç gerçek görev suçu olacaktır.⁸ Gerçek

⁷ GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK M.247-266), Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 28

⁸ ÖZGENÇ, İzzet, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.212 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, “Teorik ve Pratik

görev suçlarına, işkence ve irtikap gibi bazı suçlar örnek olarak verilebilir. Örnek olarak verilen İşkence suçunda, bilindiği üzere suçu işleyen kişinin sadece bir kamu da görev yapmakta olan personeller olabilecektir. Eğer bahse konu olan bu suçu işleyen kişi, kamuda görev yapan bir personel değilse TCK'da veya diğer kanunlarda yer alan diğer suçların işlenmiş olup olmadığının kontrol edilmesi, değerlendirilmesi gerekmektedir. Aynı durum irtikap suçu içinde geçerlidir. Bu suçta işkence suçunda olduğu gibi sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir ve bu unsur suçun temel unsurlarındandır.⁹

Ayrımın ikinci kısmını oluşturan gerçek olmayan görev suçlarında ise failin bir sığa sahip olması unsuru, temel unsurlardan biri değildir. Yani kanunda düzenlenmiş olan bir suçun; bir niteliğı veya sıfatı (örneğin, failin kamu görevlisi olması) taşıyan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumu, söz konusu bu suçun kanunda düzenlenen nitelikli hallerinden birini oluşturduğu durumlar da ise oluşan suç doktrinde yapılan ayrımın bu grubunun içerisinde yer almaktadırlar.¹⁰

Başka bir anlatımla kanunda yer alan bir suçun basit/temel halinin bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi gerekmemekteyken, bu suçun nitelikli hallerinde suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi haline ilişkin bir düzenleme yapılmışsa o suç gerçek olmayan görev suçu olarak değerlendirilecektir.¹¹Bu sınıflandırmaya örnek olarak cinsel suçların (Cinsel saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz) nitelikli halleri, resmî belgede sahtecilik suçunun nitelikli hali verilebilir. Örnek olarak verilen bu suçların temel halinde failin kamu görevlisi olması aranmamıştır.

Ancak örnek olarak verilen bu suçların kamu görevlisi tarafından işlenmiş olması halinde, bu suçların nitelikli hallerinin işlendiğinden bahsedilecektir ve faile işlediğı bu suçlardan dolayı daha fazla ceza verilmesi gerekecektir. Bu ayrımda açıklanması gereken son şey suça iştirak haline ilişkindir. Bu suçlarda, suça iştirak edenlerin kamu görevlisi olmaması konusunun incelenmesi gerekmektedir. İştirak konusu da bu ayrıma göre incelenecektir.

Ceza Özel Hukuku", Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1210, AKBULUT, "Bağılılık Kuralı", s.184,

⁹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Ruhan Mustafa/ÖNOK, Murat Rifat, "Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku", Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1210

GÖKCAN, a.g.e, s. 29

¹⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1210, GÖKCAN, a.g.e, s.29, ÖZGENÇ, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", s.212, AKBULUT, "Bağılılık Kuralı", s.184

¹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e. s. 1211

GÖKCAN, a.g.e, s. 29

B. Anayasa'ya Göre Kamu Görevlisi Tanımı

Kamu görevlisine (memur) ilişkin düzenlemeler anayasalarımızda da yer almıştır. Anayasalarımızda kamu görevlisi (memur) kavramı ilk olarak 1921 anayasasında 13. Madde 'de yer almaktadır. Ancak bu maddede memurun tanımı yapılmamıştır. Bu maddede ilin yönetiminden bahsedilerek il meclisinin yönetim kurulu üyeleri sayılmıştır.

Bilindiği üzere 1921 anayasası çerçevesel bir anayasadır. Bu anayasa çok kısadır ve sadece devlet kurumları ve yönetimi hakkında genel bilgiler içermektedir. Bu anayasa sadece 23 maddeden oluşmaktadır ve sadece genel bilgiler içerdiği için memura ilişkin herhangi bir tanımın ve diğer düzenlemelerin yer almaması normaldir. Zaten anayasalarda kamu görevlisine (memura) ilişkin düzenlemelerin olması zorunlu değildir. Bu durum anayasa yapım şekilleri ile alakalıdır. Eğer çok ayrıntılı (kazuistik) bir anayasa söz konusu ise bu metinlerde kamu görevlisine ilişkin hükümler söz konusu olabilir. Ancak çerçevesel bir anayasada kamu görevlisine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması doğaldır. Zaten anayasalar devleti, devlet kurumlarını ve işleyişlerini ve temel hak ve hürriyetleri düzenler. Bu nedenle kamu görevlisinin tanımı ve atanmaları, görevlerine son verilmesi ve diğer disiplin cezaları, kademe atlaması ve özlük hakları gibi diğer durumlar başka kanunlarla da düzenlenebilir.

İkinci olarak, 1924 anayasasının 92., 93. ve 94. maddelerinde memurdan bahsedilmiştir. Ancak bu anayasada da kanun koyucu kamu görevlisinin (memur) tanımını yapmamıştır. Bu maddelerde devlet memuru olabilme ehliyetinden, devlet memurlarının özlük haklarından ve amirin verdiği kanuna aykırı emri yerine getiren memurun amirine itaat etmesi nedeniyle mesuliyetten kurtulamayacakları düzenlenmiştir. Ayrıca anayasanın başka maddelerinde de (örnek md.23) memur sıfatı geçmiştir. Ancak bu kullanımlar memurluğu açıklamak için değil milletvekilliği sıfatına sahip olanların memurluk yapamayacağı tarzında düzenlemelerdir.

1961 Anayasasında ise kamu görevlisine ilişkin hükümler 117. vd. maddelerde yer almıştır. Anayasanın bu maddesine göre; kamu kurum ve kuruluşlarının, bazı idari esaslara göre yerine getirmek zorunda oldukları amme vazifelerinin yapabilmeleri için gerekli olan, daimi ve birincil vazifeler memurlar aracılığıyla yerine getirilir. Bu madde dışında, diğer maddelerde memuriyet güvencesi ve memurların siyasi partilere ve sendikalara girmelerinin yasak olması tarzında düzenlemeler söz konusudur.

117. Madde 'de yer alan tanım, 1982 anayasasının tanımına benzemektedir. Bu maddede yer alan bazı terimler aynı şekilde 1982 anayasasının 128. Maddesinde yer alan kamu görevlisi tanımında da yer almaktadır. İki anayasada da aynı olan “*genel idare esası*” ve “*asli ve sürekli*” gibi terimler 1982 anayasasının ilgili düzenlemesinden bahsederken açıklanacaktır.

Kamu görevlisinin eski ismiyle memurun tanımı 1982 tarihli anayasamızda da yapılmıştır. Bu tanım halen yürürlükteki anayasamızın 128. maddesinde bulunmaktadır. Bu maddeye göre, devletin ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, iktisadi teşebbüslerin, çeşitli idari esaslara göre yapmak zorunda oldukları amme vazifelerini yapabilmeleri için gerekli olan daimi ve birincil vazifeler memurla aracılığıyla yerine getirilecektir.

Yürürlükteki anayasamızın bu maddesi, 1961 anayasasının 117. Maddesi ile benzerlikler içermektedir. Bu benzerliklere rağmen iki anayasa maddesi birbirinin aynısı değildir. 1982 anayasasında, eski anayasaya nazaran önemli değişiklikler yapılmıştır. İki anayasada aynı olan şeylere bakacak olursak bunlar; “*genel idare esaslarına göre yönetim*” ve “*kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler*” dır. 1961 ve 1982 Anayasaları arasındaki farklı olan şeyler ise “*diğer kamu görevlileri*” ile “*kamu iktisadi teşebbüsleri*” unsurlarıdır.

Madde'nin gerekçesinde bahsedildiği üzere yeni anayasada eskisinden farklı olarak dolaylı bir şekilde yapılan bir tanımda bulunulmamıştır. Bunun yerine anayasada, kamu görevlisi hakkında genel bir düzenleme/açıklama yapılmış ve ayrıntıları, kamu görevlisi hakkında geniş bir tanım yapma işini, diğer kanunlara bırakmıştır. Yine gerekçede bu durumun nedeni de söylenmiştir. Buna göre kanun koyucu, anayasada katı (kesin) bir şekilde kamu görevlisinin tanımını yapmayı mümkün görmemiştir. Yukarıda bahsettiğim üzere anayasa metni devletin kurumlarını ve bu kurumların işleyişini ve temel hak ve hürriyetleri düzenlerler. Bu hususlara ilişkin düzenlemeler genel bir şekilde yapılmaktadır. Ayrıntılar ise diğer kanunlara bırakılmıştır.

Anayasa maddeleri, diğer kanunların maddelerine göre daha zor bir şekilde değiştirilmektedir. Bu tür anayasalara sert anayasalar denir. 1982 anayasası 'da bu şekildedir. Bu nedenle kamu görevlisine ilişkin kesin bir tanım anayasada yapılırsa ilerleyen yıllarda gelişen sürece ve değişen ihtiyaçlara göre bu tanımda değişiklikler yapmak pek mümkün olmayacaktır. Çünkü bilindiği üzere anayasa değişikliğinde 3/2, 5/3 gibi özel toplanma ve karar verme sayıları aranmaktadır ve bu değişikliğe ilişkin hükümlerin mecliste, komisyon

görüşmelerinden sonra iki defa görüşülmesi gerekmektedir. Yani bu düzenlemeler mecliste yeterli sayıda milletvekilinin toplanıp olumlu oy vermesi ile bir kez oylanacak, ardından bu düzenleme hakkında mecliste ikinci oylama yapılacaktır.

Bu nedenlerle kesin tanımların Anayasa'da değil de diğer kanunlarda yapılması isabetli olmuştur. Aksi takdirde değişen ve gelişen ihtiyaçlara göre hızlı bir değişiklik imkânı ortadan kaldırılacak ve daha zorlu bir yol izlenmek zorunda kalınacaktır.

Bu madde de bahsedilmesi gereken şeylerden biri de “*genel idare esasları*” dır. Genel idare esasları ifadesi, kesin bir tanımı bulunmayan soyut bir ifadedir. Bu konu hakkında ne anayasada ne de gerekçede herhangi bir açıklama yoktur. Hatta diğer kanunlarda da bu konu hakkında herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bu nedenle konu hakkında idare hukuku doktrininde yer alan açıklamalara bakmak gerekmektedir.

Doktrinde bu konu şu şekilde açıklanmıştır; söz konusu bu ifadeden anlaşılması gereken, kamu hukukuna veya kamusal yönetime ilişkin yönetim yollarıdır. Yani idare teşkilatının, kanunlar tarafından verilen yetkiler nedeniyle sahip olduğu kamu gücünü kullanarak tek taraflı olarak çeşitli idari işlemlerin yapılması ve idarenin yine bu kamu gücünü kullanarak bazı idari kararlar almasıdır.¹²

O zaman bu tanımdaki ifadeyi anayasadaki maddeye uyarladığımızda; idarenin kurumlarının sahip oldukları kamu gücünü kullanarak, yaptıkları idari işlemler ve aldıkları kararlar ile diğer kamu işlerinin yerine getirilebilmesi için yapılması gereken daimi görevlerin kamunun görevlileri aracılığıyla yerine getirilmesi anlaşılmalıdır. Burada idarenin yaptığı işlemleri ve aldığı kararları özel kılan kamu gücü unsurudur. Kamu gücü, kanunların ve anayasanın, devlete ve diğer kamu kuruluşlarına görevleri nedeniyle verdiği üstün ve ayrıcalıklı yetkiden doğmaktadır. Sahip olunan bu kamu gücü idare tarafından sadece kamu yararını sağlamak amacıyla kullanılabilir.

Doktrinde “*genel idare esasları*” hakkında yapılmış olan başka bir tanımda ise; genel idare esasları, kamu idaresi tarafından kanunun emrettiği üzere yerine getirmesi gereken görev ve hizmetlerinin, yine kanunlar tarafından verilen üstün yetkiler aracılığıyla kamu idarelerinin sahip oldukları her türlü ayni ve maddi imkânların ve ihtiyaç halinde idarenin kamu gücünün de kullanılması ile devletin ilgili ve yetkili kurumları tarafından idari işlemler,

¹² GÜNDAY, Metin, “İdare Hukuku”, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s.582

eylemler yapılarak toplumun ve devletin ihtiyaçları sağlanır ve gereken hizmetler yerine getirilir.¹³

Doktrinde mevcut olan bir diğer görüş ise genel idare esasından anlaşılması gerekenin, kamusal yönetim biçimi olması gerektiğidir.¹⁴ Kamusal yönetim biçiminden anlamamız gereken şey ise şudur; özel yönetim biçimlerinde olanın aksine sıradan bireylerin katılmadığı idarenin, kamu kurum ve kuruluşlarının, yetki ve sorumluluk alanlarında olan ve idare hukukunun uygulandığı, İdare tarafından yapılan işlerin sadece kamu görevlileri tarafından yapıldığı bir yönetim biçimidir. Bu yönetim biçimine kamu idareleri tarafından gerçekleştirilen her türlü fiil, işlem ve eylem girecektir. Ancak bu yönetim biçimine giren işlerde özel hukuk sisteminde mevcut olan kurallar uygulanmayacaktır. Bunun yerine idare hukuku kuralları uygulanacak ve kanunlar tarafından, idareye verilen üstün kamu gücü yetkileri kullanılacaktır.¹⁵

Bahsettiğimiz bu “*kamusal yönetim biçimi*” ifadesi, özel işletmecilik esasının karşıtıdır. Kamu iktisadi teşebbüslerinde üretim, satış vb. alanlarda çalışan kişiler bu alanlar, kamusal yönetim biçimi ile değil de özel işletmecilik esasına göre yürütüldüğü için kamu görevlisi olarak sayılmayacaklardır ama söz konusu bu teşebbüslerin yönetim kısımlarında özel işletmecilik esası uygulanmadığı ve bunun yerine bu bölümde kamusal yönetim biçimi uygulandığı için bu bölümde çalışan kişiler kamu görevlisi olacaklardır.¹⁶

Bu görüşleri ve açıklamaları dikkate aldıktan sonra, bu konu hakkında tam olarak şu şekilde bir açıklamada bulunulabilir; Genel idare esasları, Kamu kurumlarının kendilerine verilen üstün yetkiler ve tahsis edilen bütçe ve diğer malvarlıklarını kullanarak, idare hukuku kapsamında kalınarak (Özel hukuk alanlarından iş hukuku, Borçlar hukuku, Ticaret hukuku ... gibi alanlarla bağlantısı olmayacak.) yapılan tek taralı idari işlemler ya da eylemler icra ettikleri veya karar aldıkları, sözleşme yaptıkları yönetim usulleri olarak tanımlanabilir.

Anayasa'nın 128. Maddesinde yer alan bir unsurda “*asli ve sürekli görevler*” dir. Asli, birincil nitelikteki görevlerden anlamamız gereken idarenin sürdürdüğü; kamu sağlığı, kamu güvenliği (kolluk gibi), kamu düzenini korumak gibi ... idarenin ülkenin bütününde

¹³ GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, “İdare Hukuku”, Altıncı Basından Yedinci Tıpkı Basım, Der yayınları, İstanbul, 2015, s. 678

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, Şeref A./TAN, Turgut, “İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar”, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 883

¹⁵ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 1005

¹⁶ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, “İdare Hukuku Dersleri”, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 18. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 622

sürdüğü önemli nitelikteki görev ve sorumlulukları anlaşılmaktadır.¹⁷ Söz konusu madde de belirtildiği üzere bu görevin sürekli olması gerekmektedir. Doktrinde yer alan görüşe göre süreklilik, memurlara tanınan kadroyla eşdeğerdir.¹⁸ Kadrodan anlaşılması gereken; TBMM tarafından, kamu kurum ve kuruluşlarına verilen kamu görevlisi sayısının ve bu kamu görevlilerinin hangi nitelikte olacaklarının belirlenmesidir.¹⁹ Devlet Memurları Kanunu’nun 33/1. maddesine göre yasama organı tarafından kadro tanınmadan kamu görevlileri çalıştırılmayacaktır.

Kişinin yaptığı çalışmanın kısa süreli (geçici) olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde bu kişiler, genel idare esaslarına uygun çalışsalar bile kamu görevlisi sıfatına sahip olamayacaklardır.²⁰ DMK’nın 4/b maddesinde sözleşmeli personel tanımlanmıştır ve bu madde de sözleşmeli personelin geçici olarak görevlendirildiği söylenmiştir. Bundan da anlaşıldığı üzere sözleşmeli personeller, kamu görevlisi olarak kabul edilemeyecektir.

Zaten 4/a maddesinde de sözleşmeli personelden ayrı olarak memur (kamu görevlisi) düzenlenmiştir. Bu düzenlemede anayasanın 128. maddesinde yer alan düzenlemeye paralel bir düzenleme yapılmıştır. Bu iki düzenlemede birbirine oldukça benzeyen birçok hüküm içermektedir.

Kişinin kamu görevlisi olarak sayılabilmesi için, anayasa maddesinin metninden çıkarılan bu şartların hepsinin aynı anda bir kişide bulunması gerekmektedir.²¹ Bu şartların sadece birinin ya da ikisinin bulunması yeterli olmayacaktır. Kamu görevlisi olarak adlandırılacak kişinin maddeden çıkan bütün şartları bulundurması, sağlaması gerekmektedir. Örneğin, kişi maddede yer alan diğer esasları ve unsurları sağlamasına rağmen, yerine getirdiği görevin daimi, devamlı olmaması halinde bu kişi kamu görevlisi olarak Anayasaya göre sayılmayacaktır. Ancak bu kişiler, ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere TCK hükümlerine göre, bir ceza soruşturmasında kamu görevlisi olarak değerlendirilebileceklerdir.

Burada bahsedilmesi gereken bir başka şey ise 1961 anayasasının aksine, 1982 anayasasında ikili bir düzenleme yapılmış olmasıdır. 1961 anayasasında sadece “memur” sıfatı düzenlenmişken, 1982 anayasasında “memur” sıfatı ile birlikte, “diğer kamu görevlileri” sıfatı da düzenlenmiştir.

¹⁷ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, a.g.e, s. 678

¹⁸ GÜNDAY, a.g.e., s. 583

¹⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e, s. 919-920

²⁰ GÖZLER/KAPLAN, a.g.e, s. 622

²¹ GÖZLER/KAPLAN a.g.e, s. 622

Danıştay verdiği kararlardan birinde bahsettiğim bu konu hakkında oldukça ayrıntılı bir şekilde yapılmıştır. Bu karar yargı makamlarının kamu görevlisi hakkındaki yaklaşımını iyi bir şekilde göstermektedir. Bu karara göre; kanun koyucu kamu görevlisi ibaresinden tam olarak ne anlaşılması gerektiğini yasal düzenlemelerde ayrıca belirtmemiştir. Bu nedenle, devlet kurumlarında, herhangi bir amme görevini yerine getiren, yerine getirdiği bu işi kadrolu ve daimi olarak sürdüren, mevcut olan hiyerarşik sistemin bir parçası olan, gerek görev sırasında gerekse görev dışında kanunlar tarafında kendisine sıfat ve statüler verilen, yerine getirmekte olduğu amme vazifesi hakkında gerekli yetkinliğe sahip olan kişiler memur olarak sayılacaklardır.²² O halde, Danıştay tarafından aranan bu şartları karşılayamayan kişiler, yapılan memur tanımının içinde değerlendirilmeyeceklerdir.

Bu kararda, Anayasalarımızda yer alan tanımlara benzer çeşitli kavramlar bulunsa da anayasada yer alan tanıma uymayan bazı kavramlarda mevcuttur. “*Kamu idaresine bağlı olarak sürekli olarak kamu hizmeti görme*” ifadesi aynı anlamda benzer bir ifade ile anayasada da yer almıştır. Sürekli olarak kamu hizmeti görme ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir, tekrardan açıklamaya gerek yoktur.

Hiyerarşinin ve bazı statülerin var olması ifadesinden anlaşılması gereken, çalışan kişinin kamu görevlisi olarak sayılabilmesi için idare ile aralarında bir çalışan/çalıştıran ilişkisinin mevcut olması anlaşılmalıdır. Çünkü hiyerarşi bilindiği üzere, kamu kurumunda mevcut olan bir iç denetim türüdür. Hiyerarşi, kamu kurumunun kendi içerisinde üstlerin astlar üzerinde mevcut olan yetkileridir.

Kararda hiyerarşiye bağlı olmaktan bahsedildiği üzere, bahse konu olan kişinin mutlaka kamu kurumuna çalışan olarak bağlı olması gerekmektedir. Ancak “*kendilerine özgü statü*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Danıştay’ın, söz konusu kararda tanım yapılırken soyut ifadeler kullanması, tanımın eksik bırakılması doğru olmamıştır. Ancak bu tabiri açıklamaya çalışacak olursak, “*statü*” ifadesi, çalışan kişinin kurumun içinde yer alan pozisyonu, durumu anlamına gelmektedir.²³

Bu tanıma göre kişisel statü ifadesinden anlaşılması gereken, memurların sahip oldukları derece ve kademelerdir. Çünkü, statü ifadesinin tanımı en iyi olarak derece ve kademe’ye uymaktadır. Kişilerin kamu kurumları içerisinde sahip oldukları pozisyonlar ile

²² Danıştay 1. D., 1996/131 E., 1996/242 K., 19.12.1996 T., GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e, s. 878-879, Danışma ve İdare Kararları, Birinci Daire Kararları, Danıştay Dergisi, S.94, 1998, s. 83 vd.

²³ STATÜ, <https://sozluk.gov.tr/>, (Çevrim içi Tarih:14.02.2023)

kamu görevlilerinin yer aldıkları dereceler ve dereceler içerisinde yer alan kademeler birbirlerine yaklaşık ifadelerdir.

Gerek görev içinde, gerekse yerine getirdiği görevin dışında, kamu görevini ve bu görevden kaynaklanan görev ve sorumluluklarını koruma ifadesi de yine oldukça soyut ve açıklanmamış bir ifadedir. Yukarıda yaptığım açıklamalarda göz önüne alındığında Danıştay'ın anlayışına göre, kamu görevlilerinin yükseldikleri kademelerin ve derecelerinin sahip oldukları sıfat ve yetkileri, görevleri dışında da koruyacakları, kaybetmeyecekleri anlamına gelmektedir.

Bu kararda anayasadan farklı olarak “kamu hizmetinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olmak” aranmaktadır. Danıştay'ın anlayışına göre kamu görevlisi, yaptığı işin uzmanı olan gerçek kişilerdir. Bilindiği üzere uzman olan kişi, söz konusu olan konu hakkında, yeterli düzeyde bilgiye ve deneyime sahip olan kişi anlamına gelmektedir. Bu ifade ülkemizde en başından beri yürürlüğe giren anayasalarımızın hiçbirinde yer almamaktadır. Kamu görevlisi (memur) ile ilgili detaylı düzenlemelerin yer aldığı 1961 ve 1982 anayasalarının hiçbirinde kamu görevlisinin uzman olmasından bahsedilmemiştir. Ancak yukarıda anlattığım üzere anayasa bu kadar detaylı bir anlatıma sahip olmak zorunda değildir. Detaylı açıklamalar kanun koyucu tarafından başka kanunlara bırakılabilir.

Kararın devamını inceleyecek olursak; Danıştay bahsettiğim bu kararın devamında yukarıda bahsedilen, kendi yaptığı tanımı dikkate alarak doktrinde ve uygulamada haklarında çeşitli tartışmaların bulunduğu bazı meslekler hakkında çeşitli değerlendirmeler yapmıştır.

Danıştay yaptığı bu değerlendirmelerin sonucunda; belediyelerde seçimle iş başına geçmiş olan, meclis ve encümen üyelerini, aynı şekilde il özel idaresinde mevcut olan meclisin ve encümenin seçimle iş başına geçen üyelerini memur olarak saymamıştır. Danıştay'ın bahsedilen bu sonuca ulaşmasının nedeni, meclis ve encümenlerde görev yapan bu kişilerin seçimle göreve gelmesi, daimi olarak bu görevi sürdürmeyip sadece kanunlarda belirtilen sürelerle bu görevleri devam ettirmeleri ve görev yaptıkları yerlerin dışında sahip oldukları unvanların korunmamasıdır. Ancak yürüttükleri bu görevden önce, sahip oldukları mesleklerden dolayı sahip oldukları unvanları koruyacaklardır. Ek olarak geçici veya gönüllü olarak çalışan bazı çalışanlarda, daimi bir görev sürdürmediklerinden kamu görevlisi olarak Danıştay tarafından kabul edilmemişlerdir.²⁴

²⁴Danıştay 1. D., 1996/131 E., 1996/242 K., 19.12.1996 T., GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e, s. 878-879, Danışma ve İdare Kararları, Birinci Daire Kararları, Danıştay Dergisi, S.94, 1998, s. 83 vd.

Kararın bu kısmında belediye meclisi üyeleri ve encümen üyeleri incelenmiştir. Bu karara göre meclis üyeleri ve encümen üyeleri seçimle, belirli bir süre için görev yaptıkları için, kamu görevlisi olarak kabul edilmeyeceklerdir. Danıştay'ın bu yaklaşımı seçimle seçilen bütün görevliler için geçerli olacaktır. Çünkü anayasa metninde de yer aldığı gibi, kamu görevlisinin sürekli olarak çalışması gerekmektedir. Seçimle gelen ve sadece kanunlarında belirtilen süre kadar görev yapan kişiler, söz konusu bu süreklilik unsurunu sağlamayacaktır. Bu yüzden bu kişilerin kamu görevlisi olarak sayılmamaları olağandır. Bu kişilere örnek olarak, il belediye başkanları, milletvekilleri ... verilebilir. Kararın devamında, encümen ve meclis üyeleri hakkında yapılan incelemeye devam edilmiştir. Karara göre kurul halinde çalışan bu meclis ve encümen üyelerinin bu çalıştıkları kurul dışında herhangi bir resmi sıfat taşımadıkları için de kamu görevlisi sayılamayacakları belirtilmiştir. Son kısımda ise geçici veya gönüllü olarak kamuda çalışmakla olan kişilerin kamu görevlisi olarak kabul edilmeyecekleri tekrardan belirtilmiştir. Çünkü bu kişiler de süreklilik unsurunu taşımamaktadır.²⁵

C. İdare Hukukuna Göre Kamu Görevlisi

Bu hukuk sisteminde; kamu tüzel kişilerinde çalışmakta olan kişilerin memur ya da yeni ismiyle kamu görevlisi olarak kabul edilebilmeleri için, bu çalışanın mutlaka bir kamu kurum veya kuruluşuna bağlı olarak çalışmaları yani kamu tüzel kişisi ile aralarında bir çalışan-çalıştıran ilişkisi olması gerekir.²⁶ Ancak idare hukukunda, kamu görevlisinin tanımı tam olarak yapılmamıştır. Doktrinde, kamu görevlisinin birçok tanımı mevcuttur.

Bu tanımların ilki dar anlamıyla kamu görevlisidir. Dar anlamıyla kamu görevlisi tanımı 1982 Anayasasının 128. maddesini temel alınarak yapılmıştır. Bu tanıma göre, siyasi kişilerin ve özel hukuk kurallarının uygulandığı çalışma alanlarının hariç tutulduğu, diğer kamu çalışanları dar anlamıyla kamu görevlisi olarak nitelendirilecektir.²⁷

Doktrinde dar anlamıyla kamu görevlisi tanımında, kişinin “*mesleki bir sifata*” sahip olmasının gerekli olduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre milletvekilleri, bakanlar, belediye başkanları, belediye meclis üyeleri ve encümen üyeleri, devlet başkanlığı mesleki bir

²⁵ Danıştay 1. D., 1996/131 E., 1996/242 K., 19.12.1996 T., GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e, s. 878-879, Danıştay Dergisi, S.94, 1998, s. 83 vd.

²⁶ GÜNDAY, a.g.e, s. 579

²⁷ GÜNDAY, a.g.e, s. 580, GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, a.g.e, s. 659

sıfatla yapılan işler değildir. Bu görevlerde bulunan kişiler bu görevleri bir meslek olarak yapmamaktadırlar, bu kişiler meslek olarak kendi asıl mesleklerini yapmaktadırlar. Bu asıl mesleklerinin yanında halk tarafından seçildikleri makam ve mevkilerin gerektirdiği diğer görevleri de yerine getirmektedirler.²⁸ Kamu görevlisi sıfatı hakkında yapılabilecek en dar yorum ise yürürlükteki Anayasamızın 128 no’lu maddesinde yapılmış olan ikili ayrımın sadece ilki olan “*memur*” kısmının kamu görevlisi olarak kabul edilmesidir. Bu en dar anlamdan çıkarılacak olan sonuç, Anayasanın 128. maddesinde düzenlenen “*diğer kamu görevlilerinin*” (sözleşmeli personeller, ... vb.) en dar anlamıyla kamu görevlisi tanımına dahil olmadıkları, ancak bunların dar anlamıyla kamu görevlileri tanımında değerlendirilecekleridir.

Geniş anlamıyla kamu görevlisi tanımında ise kamu tüzel kişilerinde çalışan herkes kamu görevlisi olarak kabul edilecektir. Buna Milletvekilleri, Bakanlar, Cumhurbaşkanı, ... gibi bütün kamu çalışanları kamu görevlisi olarak sayılacaktır. Buna “*diğer kamu çalışanları*” olarak adlandırılan sözleşmeli personeller, kamu işçileri de dahildir.²⁹

Doktrinde başka bir görüşte ise yukarıda belirtilen geniş tanım, “*en geniş tanım*” olarak nitelendirilip, daha dar bir geniş tanım yapılmıştır. Bu geniş anlamıyla kamu görevlisi tanımında, kamuda çalışan ancak iş hukuku kurallarının uygulandığı işçiler dahil edilmemiştir. Ancak bu tanıma siyasiler, muhtarlar, ... gibi kişiler dahil edilmiştir.³⁰

Ülkemizde ise idare hukukunda kamu görevlisi tanımı olarak “*dar anlamıyla kamu görevlisi*” anlayışı kabul edilmiştir.³¹ Buna göre idare hukukumuz açısından kamu görevlisi olarak yürürlükteki 1982 anayasasının 128. no’lu maddesinde yapılmış olan, memurlar ve diğer kamu çalışanları/personelleri ikili ayrımı kabul edilecektir.

Yukarıda bahsettiğim üzere idare hukukunda kişinin kamu görevlisi olarak sayılabilmesi için diğer hukuk türlerinde yapılan kamu görevlisi tanımlarına göre farklı nitelikler taşıması gerekmektedir. Bu konu hakkında Yargıtay’da verdiği bir kararda ceza hukuku ve idare hukukundaki kamu görevlisi tanımlarını karşılaştırmıştır. Bu karara göre ceza hukukumuzda ile idare hukukumuzda yer almakta olan kamu personeline ilişkin açıklamalar birbirlerinden oldukça farklıdır. Bu karara göre ceza hukukumuzda yer almakta olan kamu personeli tanımı, İdare hukukumuzda yer almakta olan tanımdan oldukça dardır. Yargıtay’ın

²⁸ GÖZLER/KAPLAN, a.g.e, (aktarılan: CHAPUS, Rene, “Droit Administratif General”, 15. Baskı, Montchrestien, Paris, 2001, c. II, s. 7), s. 615

²⁹ GÜNDAY, a.g.e, s. 580, GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, a.g.e, s. 659, GÖZLER/KAPLAN, a.g.e, (Aktarılan: DUPUIS, Georges/ GUEDON, Marie-Jose, “Droit Administratif”, Armand Colin, Paris, 1993 s. 283), s. 614

³⁰ GÖZLER/KAPLAN, a.g.e, s. 614-615

³¹ GÖZLER/KAPLAN, a.g.e, s. 615, GÜNDAY, a.g.e, s. 580

bu konu hakkındaki söz konusu yaklaşımın nedeni, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapmakta olan herkesi kamu personeli/memur olarak kabul etmenin ceza hukukunun gayesine aykırı olduğu iddiasıyla açıklanmıştır. Ayrıca Yargıtay verdiği mülga kanun dönemindeki, eski tarihli bu kararda imamların amme görevini icra etmediklerini kabul etmiş ve bu nedenle de kamu personeli olarak değerlendirilemeyecekleri sonucuna ulaşmıştır.³²

D. Devlet Memurları Kanununa Göre Kamu Görevlisi

Kamu görevlisinin tanımının yapıldığı bir diğer kanun ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunudur. Bu tanım, kanunun 4 no'lu maddesinde yapılmıştır. Bu kanunda da; 1982 tarihli Anayasamızda olduğu gibi, kamu hizmetlerinin asli ve daimi/sürekli olarak gerçekleştirilmesi ve bu hizmetlerin yukarıda açıklandığı üzere, genel idare esaslarına uygun olarak yerine getirilmesi aranmıştır.

Bahsettiğim bu kanunda memurla birlikte sözleşmeli personel ve işçilerde düzenlenmiştir. Bu çalışmanın konusu kamu görevlileri ile bağlantılı olduğundan bahsedilen diğer çalışan sıfatlarından bahsedilmeyecektir.

Aynı kanunun 36. Maddesinde kamu görevlilerine (memurlara) ilişkin sınıflandırmalar yapılmıştır. Bu sınıflandırmalara din, jandarma, eğitim ve öğretim, genel idare gibi çeşitli hizmet sınıfları... örnek olarak sayılabilir. Kanunda yapılan bu sınıflandırmaya giren kişiler kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir.

Burada bahsedilmesi gereken iki şey vardır. Birincisi din hizmetleri sınıfıdır. Söz konusu kanuna göre dini konularda görev yapan kişiler kamu görevlisi olarak kabul edilecektir. Ancak Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında imamlar ve müezzinler kamu görevlisi olarak kabul edilmemiştir.

İkincisi ise, bu kanuna göre hâkimler ve savcılar, subay ve astsubaylar bu kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunlarla birlikte öğretim görevlilerinin sadece mali hakları bakımından bu kanuna tabi olacakları düzenlenmiştir. Ancak bu kanunda yalnızca devlete bağlı olarak faaliyet sürdürmekte olan üniversitelerde çalışmakta olan öğretim görevlilerinden

³² Y.C.G.K., 963 E., 17 K., 20.01.1969 T., DEMİRBAŞ, Timur, "Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", (Aktarılan: Doktrin ve İçtihad Bülteni, 1969/II, s. 7-8) Dokuz Eylül Üniversitesi Fakültesi, C. 3, S. 1-4, 1987, s. 254

bahsedilmiştir. Ancak, vakıflara bağlı olarak faaliyet sürdürmekte olan üniversitelerde çalışmakta olan öğretim görevlileri dahil edilmemiştir.³³

E. Ceza Hukukuna Göre Kamu Görevlisi

Anayasa, Devlet Memurları Kanunu ve idare hukuku doktrininin yanında ceza hukukunda da çeşitli kamu görevlisi tanımları olmuştur. Bu kanunlarda yapılan tanım, kamu görevlileri tarafından işlenen suçları daha çok ilgilendirmektedir. Çünkü, ceza hukukunun ilkeleri ve ihtiyaçları, idare hukukundan çok farklıdır ve bu nedenle TCK'da ayrı bir kamu görevlisi tanımının yapılması gerekmiştir. Rüşvet, irtikap, zimmet gibi suçlar da yer alan “kamu görevlisi” unsuru da ceza hukukunda yer alan tanıma göre değerlendirilecektir. İdare hukukunda doktrinde yer alan görüşlerin veya devlet memurları kanununda söz konusu olan tanımın, Türk ceza hukuk sistemi açısından herhangi bir kıymeti söz konusu olmamaktadır. Ülkemizde geçmişten beri yürürlükte olmuş olan iki ceza kanununda da birbirinden farklı tanımlar yapılmıştır. Bu iki tanımında ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Kamu Görevlisi

Söz konusu bu kanun 1926 tarihinde 1889 tarihli İtalya kökenli Zanardelli ceza kanunu esas alınarak hazırlanmıştır.³⁴ Bu kanunun ilk halinde memurun tanımı İtalya'daki kaynak kanuna uygun olarak yapılmıştır.

Zanardelli kanunu İtalya'da yoğun bir şekilde eleştirilmiştir.³⁵ Bu eleştiriler sonrasında kanunda 1930 tarihinde kanunda çeşitli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Ülkemizde de bu değişiklikler 1936 tarihinde, 765 sayılı kanunumuza değişiklik olarak getirilmiştir ve kaynak olarak kullanılan İtalyan yasasının 1930 tarihli versiyonu ile mülga 765 sayılı eski ceza kanunumuz birbirine eşitlenmiştir.³⁶

³³ DÖNMEZ, Burcu Demren, “ Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 0, S. 94, s. 120

³⁴ SELÇUK, Sami, “Yönetim ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, Yargıtay Dergisi, C.23, S. 1-2, 1997

³⁵ ERMAN, a.g.m, s. 239

³⁶ SOYASLAN, Doğan, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.45, S.1, 1996, s.44

765 sayılı kanunda kanun koyucu birçok memur ve kamu hizmetlisi terimlerinden söz etmiştir. Memur ve Kamu hizmetlisine ilişkin asıl tanım 279. maddede olsa da 236. maddede ya da 279/2. maddede benzer bir anlam taşımakta olan “işçi niteliğine haiz olmayan kamu hizmeti görevlilerinden” bahsedilmiştir. Bahse konu olan bu kanunda, birbirine benzer olan birçok sıfatın kullanılması ve bu sıfatlar hakkında kanun koyucu tarafından bir bütünlük, birlik sağlanamaması nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir.³⁷ Bu eleştiri mantıklıdır. Çünkü, kanunda soyut ifadelerin bulunması ya da benzer birden çok terimin bulunması uygulamada sorun çıkaracaktır. Birbirine benzeyen birden fazla kavram doktrinde ve uygulamada görüş farklılıklarına neden olacaktır. Bu nedenle ceza hukuku uygulamasında birliğin bozulması ihtimali doğacaktır.

765 sayılı kanununda 279. Maddede memurun ve kamu hizmetlisinin tanımı yapılmıştır. Bu maddede 5237 sayılı kanunun aksine kamu görevlisi sıfatı kullanılmamıştır. Bunun yerine memur sıfatı kullanılmıştır. Ancak günümüzde memur sıfatının ceza hukuku bakımından bir kullanılabilirliği yoktur. Sadece halk arasında günlük dilde kullanılmaktadır.

Daha önceden bahsettiğim üzere anayasa ve idare hukuklarında, kamu tüzel kişisinde çalışan kişinin kamu görevlisi olabilmesi için sürekli olarak bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışması gerekmektedir. Ancak 726 sayılı TCK'da çalışanın faaliyetinin sürekli ya da süresiz olmasının veya bir kamu kuruluşuna bağlı olarak, kadrolu olarak çalışmasının bir önemi yoktur. Bundan anlaşılması gereken çalışan kişi ile kamu idaresi arasında istihdam ilişkisi olması gerekmemektedir. İdare hukukunun aksine ceza hukukunda istihdam ilişkisi aranmaz.

Hayatın olağan akışında, genellikle memurlar ile bir kamu kurum veya kuruluşları arasında istihdam bağlantısı söz konusu olur. Ancak kanun koyucu mülga eski ceza kanunumuzda kamu görevlisi (eski ismiyle memur) kavramının tanımını idare hukukundan daha geniş tutarak, kişinin kamu görevini veya hizmetini yerine getirerek bir kamu işini görmesi halinde memur veya kamu hizmetlisi olarak kabul edileceğini kabul etmiştir. Bu kurumların çalışanları bir kamu hizmetini yerine getirmeleri şartıyla geçici olarak bir kamu kurumunda bulunsalar dahi ceza hukuku bakımından kamu görevlisi (memur) olarak kabul edilecektir.³⁸

³⁷ SELÇUK, a.g.m, s.31

³⁸ SOYASLAN, a.g.m, s. 45, ERDOĞDU, a.g.m, s. 16, GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, “Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli kavramı”, Adalet Dergisi, S.1, 1970, s.9, ÖGEL, Ragıp, “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar”, Adliye Ceridesi, S. 7, 1941, s. 475

279. Madde 2 fıkradan oluşur. İlk fıkra memurlardan ve bu memurların kamu görevi görmesinden bahsedilmişken, ikinci fıkra kamu hizmetlisi ve onların gördükleri kamu hizmeti düzenlenmiştir.

Bu fıkralar, kanun metninden de anlaşıldığı üzere birbirlerine çok benzemektedir. Bu fıkralar arasındaki fark, kamu görevi ve kamu hizmeti terimleridir.

Kanuna göre kişinin memur veya kamu hizmetlisi olabilmesi için o kişinin bir kamu görevinde ya da kamu hizmetinde bulunması gerekmektedir. Ancak, kamu görevlisi (memur) olmanın suçun bir unsuru olduğu hallerde suçun failinin bu sıfatlara sahip iken bu özgü suçları işlemeleri ile bu suçların işlendiklerinin bu sıfatlara artık sahip olmadığı bir zamanda (Örneğin emekli olması) ortaya çıkması halleri arasında bir fark yoktur.³⁹ Örneğin memur olan bir kişi, memuriyet görevi sırasında rüşvet aldığı, o emekli olduktan sonra ortaya çıksa da o kişi bir özgü suç olan rüşvet almadan cezalandırılacaktır.

Bununla beraber kişi bu sıfatlara artık sahip olmasa da eskiden sahip olduğu bu sıfatlara dayanarak (Örneğin eskiden polis olan bir kişi, emekli olmasına rağmen eskiden sahip olduğu bu sıfata dayanarak özgü suçlardan birini işlemişse) bir suç işlenmişse, kişi artık kamu görevlisi olmasa da kamu görevlisiymiş gibi özgü suçlardan dolayı cezalandırılacaktır.⁴⁰

Bahsettiğim üzere madde 279/1 kamu görevinden, madde 279/2 ise kamu hizmetinden bahsetmektedir. İlk olarak söylenmelidir ki, bu tabirlerin tanımları kanunda yer almamaktadır ve bu tabirleri açıklama işlemi kanun koyucu tarafından doktrine bırakılmıştır.⁴¹

Ancak şahsi görüşüme göre bu kadar önemli ve birbirlerine yakın anlamlara gelen bu terimlerin açıklanmasının doktrine bırakılmaması doğru değildir. Zaten yukarıda da kanun koyucunun bu tabirleri kullanırken titiz davranmadığına ilişkin yapılan eleştiriyi de belirtmiştim. Bu kanunun yürürlükte bulunduğu dönemlerde bu ayrım hakkında birçok görüş ortaya konulmuştur ve Yargıtay'ın verdiği kararlardaki görüşleri de zaman içinde değişime uğramıştır. Bu nedenle ceza hukukunun uygulanmasında birlik sağlanamamıştır.

Şahsi görüşüme göre, 765 sayılı mülga TCK'da memur (kamu görevlisi) tanımı yapılırken, 657 sayılı sayılı devlet memurları kanununda ya da benzer bir kanunda yapılan tanımlara atıf yapılması gerekmektedir. Kanun koyucunun, TCK'da memur ve kamu

³⁹ ÖGEL, a.g.m, s. 483

⁴⁰ ÖGEL, a.g.m, s. 483

⁴¹ ERMAN, a.g.m, s. 243

hizmetlilerinin tanımını ve bu tanımın sınırlarını genel olarak yapmalı ve diğer ayrıntılı düzenlemeleri bu diğer kanunlara bırakmalıdır. Çünkü, devlet memuru ve hizmetlileri ceza hukukunu, ilgilendirse de asıl olarak idare hukukunun konusudur.

Ceza hukukunun genel kanunu olan TCK'da kamu görevlisi, genel hatları ile tanımlanıp, ayrıntıların diğer kanunlara (Örneğin DMK) bırakılması gerekmektedir. Ancak bu ayrıntılar, kesin hatlarla belirtilmeli, doktrinde yoğun tartışmalara ya da uygulamada birliğin bozulmasına neden olacak şekilde olmamalıdır

Örnek olarak, yukarıda sözünü ettiğim kanunlardan birinde, ceza yargılamasında memur olarak değerlendirilmeyecek, kamu hizmetlisi sayılacak olan meslek grupları belirtilebilir. Devlet Memurları Kanunu'nda zaten memurların sınıflandırması yapılmıştır. Bunun yanında kamu hizmetlilerinin de sınıflandırması yapılabilir ve TCK'da bu maddelere atıf yapılabilir. Ya da devlet memurları kanununda yapılan sınıflandırmada ek bir düzenleme yapılarak, hangi sınıfların kamu görevlisi, hangilerinin kamu hizmetlisi olarak kabul edildiği düzenlenebilirdi. (Örneğin emniyet hizmetleri sınıfında çalışan memurların kamu görevlisi, yardımcı hizmetler sınıfında çalışanların ise kamu hizmetlisi olarak kabul edildiği gibi...)

Kamu görevi ve Kamu hizmeti ayırımı hakkında, doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin ilki, kamu görevi ve hizmeti terimleri arasında herhangi bir farkın söz konusu olmamasıdır.⁴² Bu görüşe göre, bu tabirlerin arasında herhangi bir fark mevcut değildir. Kamu hizmeti kavramının, kamu görevinin içinde ve sadece kamu görevinin bir alt derecesi olarak değerlendirilmiştir. Zaten söz konusu bu kamu görevi/kamu hizmetine ilişkin ayırım sadece 279. madde de mevcuttur. Ne 765 sayılı TCK'nın diğer maddelerinde ne de diğer kanunlarımızda böyle bir kamu hizmeti/kamu görevi ayırımı söz konusu değildir. Bu nedenle bu kavramlar arasındaki farkı açıklamaya çalışmanın gereksiz olduğu ileri sürülmüştür.⁴³

Yargıtay'da ilk olarak, kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının birbirleriyle aynı anlamda olduğuna ilişkin kararlar vermiştir.⁴⁴ Yargıtay bir kararında:

“... Orta ve Lise okullarının âmme hizmeti gören müessesler meyanmdan, hariç tutulmasını-müstelzim bir kıstas teşkil etmeyeceğine ve Maarif Vekâletinin müsaadesine

⁴² KEYMAN, Selahattin, “Memurin Muhakematı Kanunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s. 186

⁴³ SOYASLAN, a.g.m, s. 49-50

⁴⁴ Yargıtay 4. C.D., 12.09.1939 T., 8287/1660, Bkz. ARTUK/GÖKCAN, a.g.e, (Aktarılan: ALİCANOĞLU, Mahmut, Tarihçeli-İzahlı-Notlu Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay İçtihatları ve Adliye Harç Tarifesi Kanunu C. 1, İstanbul, 1951 s. 796) s. 1003

müsteniden ve onun murakabesi altında açılmış olan Yeni Lisenin mevzu faaliyeti âmmeye hizmeti olması itibariyle bu müessesede müdür muavini sıfatıyla vazife görmüş olan suçlunun ceza kanununun 279 uncu maddesi mucibince memur sayılması tabii bulunmasına... “⁴⁵ demiştir. Karardan açıkça anlaşıldığı üzere Yargıtay vermiş olduğu eski tarihli kararlarında kamu hizmeti ile kamu görevini aynı anlamda kabul etmiştir.

Yine Yargıtay başka bir kararında: “... *gardiyanlar kamu hizmeti gördüğünden memur sayılır.*” demiştir.⁴⁶ Bu kararda da yine kamu görevi ile kamu hizmetinin aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Kararda gardiyanların kamu hizmeti gördükleri ama kamu hizmetlisi sayılmayıp, tıpkı kamu görevi görenler gibi memur olarak kabul edilmiştir.

Bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre, söz konusu bu iki kavramın birbirleriyle aynı manaya geldiği iddiasının kabulü, kanun metninde yazanın aksine, kamu tüzel kişilerinde çalışan herkesin kamu görevlisi (Memur) olarak kabul edileceği ve işledikleri suçlarda daha fazla cezayı gerektiren başka bir suçun ya da bir suçun nitelikli halinin olduğu kabul edilecek ve bu kişiler daha fazla bir ceza alma ihtimali ile karşı karşıya kalacaktır. Bu kabul ediliş ile metne bağlılık ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca, kanun koyucunun madde metninde birer fıkra arayla aynı anlama gelen terimlerin kullanması kanun metninin hazırlanmasında önemli bir hata olacaktır. Kanun koyucunun kendini tekrar etmesi ve özellikle bir fıkra sonrasında aynı anlamda olduğu kabul edilen benzer bir terimin kullanılması kabul edilemez bir hata olacaktır.⁴⁷

Bu eleştiriler mantıklıdır. Kanun koyucunun, ilk fıkroda kamu görevini düzenlemesi ve hemen ardından gelen fıkroda kamu hizmetlisini düzenlemesi ancak bu kavramların aynı anlama gelmeleri kabul edilebilecek bir durum değildir. Zaten doktrinde bu görüşün savunanı çok azdır. Yargıtay’da daha sonra söz konusu bu görüşü kararlarında kullanmaktan vazgeçmiştir.⁴⁸

Diğer bir görüş ise, kamu görevi ve kamu hizmeti terimlerinin aynı kavramlar olmadığını, birbirinden farklı kavramlar olarak kanun koyucu tarafından düzenlendiği görüşüdür. Bu görüşte kanun koyucunun, arka arkaya iki fıkroda da birbirleriyle aynı anlama

⁴⁵ Yargıtay 1. C.D., 04.03.1944 T., 39/530, Temyiz Kararları Ceza Kısmı, Daire Kararları, Adliye Dergisi, S.4, 1944, s. 61, ERMAN, a.g.e, s. 253, dn. 69

⁴⁶ Yargıtay 4. C.D., 12.09.1939 T., E. 8287, K. 1660, DEMİRBAŞ, a.g.m (Aktarılan: ŞEKERCİOĞLU, C. Metin, “Ceza Hukukumuzda Memur, 1974, İstanbul, s. 16), s.254

⁴⁷ SELÇUK, a.g.m, s. 33

⁴⁸ TURABİ, Selami, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 7, S.20, 2012, s.95, SELÇUK, a.g.m,34

gelen ifadeleri düzenlenmesinin anlamsız olduğu ve bu ifadeler aynı anlama geliyorlarsa bu düzenlemeler birbirine çok benzer olduklarından, ilk fıkranın hemen ardından düzenlenen ikinci fıkra gerekle olmadığı iddia edilmiştir.⁴⁹

Bu görüş doktrinde yaygın görüş halini almıştır⁵⁰ ve Yargıtay'da verdiği kararlarda kamu görevi ile kamu hizmeti kavramlarının aynı olmadığı yönünde kararlar vermiştir.

Yargıtay'ın birçok kararında bu konu hakkında çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Bu değerlendirmeler önemlidir. Çünkü failin alacağı cezanın artıp atmayacağı ya da daha ağır bir suçun işlenmiş olup olmayacağı belirlenecektir. Yargıtay bir kararında, bir vakıfta sayman olarak görev yapmakta olan bir kişinin ceza hukukuna göre amme vazifesi yerine getirmediğini ve bu nedenle yapılacak olan bir yargılama sırasında vakıfta sayman olarak çalışan kişinin kamu personeli olarak değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle “görevi savsama” suçunun işlendiğinden bahsedilemeyeceği ve bu kişiye de bu suçtan dolayı ceza verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.⁵¹

Bu karara göre bir vakfın saymanı olan kişinin memur olarak kabul edilip bir özgü suçtan cezalandırılması Yargıtay tarafından uygun bulunmamıştır. Yargıtay, saymanın sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfında çalışmasını dikkate almamıştır. Yani kişinin çalıştığı vakfın amacı dikkate alınmamıştır.

Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda; suçu işleyen kişinin bir veznedar mı yoksa amme hizmeti gören bir hizmetli mi olduğu tartışılmıştır. Yargıtay, suç işlediği iddia edilen kişinin kadrolu olarak bu görevi yerine getiriyorsa kamu personeli olarak sayılacağını, ancak bu kişi kadrolu olarak amme vazifesini icra eden bir personel olmayıp da bir amme hizmetini icra etmesi halinde kamu personeli olarak değil amme hizmetlisi olarak sayılacağını açıklamıştır. Ayrıca verilen bu karara göre, suç işlediği iddia edilen kişi aslında bir amme hizmetlisi olsa da kararda belirtildiği üzere amme görevi sayılan veznedarlık işini icra ediyorsa, memur/kamu personeli sayılacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu durumda göre suç işleyen kişi kamu personeli olarak sayıldığından işlendiği iddia edilen suçtan da bu hale göre cezalandırılacaktır.⁵²

⁴⁹ KEYMAN, a.g.m, s. 184

⁵⁰ Bu görüşü savunanlar: ERMAN, a.g.m., s. 243, ÖGEL, a.g.m, s. 473, GÖZÜBÜYÜK, a.g.m, s. 8

⁵¹ Yargıtay 4. C.D., 27.05.1997 T., 4230/4456, Bkz. TEZCAN, Durmuş, “Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve Önleyici Tedbirler”, Prof. Dr. T. Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 674, dn. 114

⁵² Yargıtay 4. C.D, 03.07.1996 T., 5188/6244, DÖNMEZ, a.g.m, (aktarılan: MALKOÇ, İsmail, “Memur Yargılaması”, 2000, s.53) s. 104-105 dn. 31

Bu karardan anlaşılması gereken şey şudur; Yargıtay veznedarlık mesleğinin bir kamu görevi ifa ettiği sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, bu kişi kamu kurumunda hizmetli adı altında çalışıyor olsa bile yaptığı iş veznedarlık olduğundan ve bu iş de kamu görevini ifa ettiği kabul edildiğinden bu kişi memur olarak sayılacaktır. Yargıtay, bu kararında çalışanın sıfatının önemli olmadığını, önemli olanın kişinin yaptığı işin kamu görevi olarak nitelendirilmesi olduğunun tekrardan belirtmiştir.

Yine Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda; bir lisede gece bekçisi olarak çalışan, suç işlediği iddia edilen bir kişinin, o dönem yürürlükte olan ceza kanunumuzun 279 no'lu maddesinin 1 no'lu fıkrasına göre kamu personeli olarak sayılamayacağını, suç işlediği iddia edilen bu kişinin o dönemde ki ceza kanunumuzun aynı maddenin 2 no'lu fıkrasında belirtilen amme hizmetlisi olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Buna göre gece bekçileri, sadece memurların işleyebileceği suçları işleyemeyeceklerdir ve bu suçlardan dolayı cezalandırılmayacaklardır.

Yargıtay tarafından verilmiş olan bazı kararlarda belediye tramvay idaresinde çalışanlar⁵³, bazı kararlarda ise belediyelerde çalışan otobüs şoförleri tarafından yapılan işler kamu görevi olarak sayılmamıştır.⁵⁴ Yargıtay tarafından verilen bu kararlara göre söz konusu bu meslekler de çalışan kişilerin yaptıkları işleri kamu hizmeti olarak kabul etmiştir. Bu kişiler memur (kamu görevlisi) sayılmayacaktır ve daha ağır cezalar almayacaklardır.⁵⁵

1969 tarihli, 1136 tarihli Avukatlık kanunun, birinci maddesinde avukatlık, bir kamu hizmetidir ve serbest bir meslektir. Ancak Yargıtay vermiş olduğu bir kararda avukatları kamu görevlisi olarak kabul etmemiştir. Bunun nedeni yargıtayın kararına göre avukat tarafından yapılan işin parasal karşılığının kamu kurumlarının bütçelerinden verilmemesidir.⁵⁶ Ancak Yargıtay'ın aksine karar verdiği durumlar da vardır.⁵⁷

Yargıtay'ın verdiği bir önemli kararda dini görevliler hakkındadır; bu kararda imamların, din görevlilerinin ceza hukukumuzda göre kamu personeli olarak sayılıp sayılamayacakları tartışılmıştır. Kararda, suç işlediği iddia edilen kişinin kamu personeli olup olmadığı hakkındaki değerlendirme, Diyanet işleri başkanlığının kuruluşu hakkındaki kanunla

⁵³ Yargıtay 4. C.D., 21.03.1950 T., E. 3187, K. 3565, DEMİRBAŞ, a.g.m, (Aktarılan: TİK., 1952, C. 5, s.518), s. 254

⁵⁴ Yargıtay 4. C.D., 31.05.1950 T., E. 16001, K. 719, DEMİRBAŞ, a.g.m, (Aktarılan: TİK., 1952, C. 5, s.518), s. 254

⁵⁵ Demirbaş, a.g.m, s. 254

⁵⁶ Yargıtay H.G.K, 14.09.1983 T., 1980/1714 E., 1983/803 K., DÖNMEZ, a.g.m, (Aktarılan: Y.K.D, C. IX, S. 11, 1983, Kasım, s. 1587) s.110, dn. 50

⁵⁷ "Avukatlar Kamu görevlisidir." Yargıtay 4. C.D., 16.03.1988 T. 670/2036, EROL, Haydar, " Gerekeçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu En Son Değişiklikleriyle", 2005, s. 18

o dönem yürürlükte olan ceza kanununun birlikte incelenmesi ile yapılmıştır. Yapılan bu incelemelerin sonucunda, din görevlilerinin amme vazifesini yerine getirmediikleri ve bu nedenle kamu personeli olamayacakları görüşü kabul edilmiştir. Bu kişiler kamu personeli olarak sayılmadıklarından dolayı sadece bu niteliğe sahip olan kişilerin işleyebilecekleri suçlardan dolayı sorumlu tutulamayacaklar ve duruma göre başka bir suçun işlendiğinden bahsedilebilecektir. Ayrıca bu karara göre bahse konu kişiler hakkında, kamu personellerinin yargılanmasında kullanılan, memurun muhakematı hakkındaki kanunun uygulanabilmesi de mümkün olmayacaktır.⁵⁸

Belirtilen kararda görüldüğü üzere; Yargıtay, imamların yerine getirdiği görevlerin kamu görevi olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir ve dolayısıyla imamların kamu görevlisi olamayacağı sonucunu kabul etmiştir. Fakat yüksek mahkememiz tarafından verilen başka bir kararda yapılan açıklamaya göre, Diyanet İşleri Başkanlığı kurumunda çalışan üst kadrolardaki görevlilerin ve müftülerin, memur olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵⁹

765 sayılı mülga ceza kanunu döneminde; Bilirkişiler⁶⁰, Tanıklar⁶¹, Belediye başkanları⁶² Yargıtay tarafından memur/kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir.

Bu alanda bahsedeceğim başka bir Yargıtay kararı ise şudur: *“İstanbul su ve kanalizasyon idaresi (İSKİ) teknik işleri şefliğinde ustabaşı olarak çalışan sanığın yaptığı hizmetin T.C. Yasasının 279. maddesinin 1. fıkrasında gösterilen kamu görevi niteliğinde olmadığı ve bu nedenle T.C. Yasası uygulamasında memur sayılmayacağı gözetilmeden, yalnız memur sayılanlar için uygulanabilen T.C. Yasasının 230. maddesiyle cezalandırılmasına karar verilmesi ... yasaya aykırıdır”*⁶³ Bu karara göre Yargıtay, İSKİ’de veya benzeri kamu kurumlarında, ustabaşı olarak çalışan kişilerin memur olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmiştir.

Kamu İktisadi Teşebbüslerinin durumundan bahsedecek olursak, KİT çalışanları, 1982 anayasasının aksine, 1961 anayasasında memur olarak kabul edilmemekteydi. 1982 Anayasasının 128. Maddesine göre KİT’lerin genel idare esaslarına göre yürüttükleri işleri kamu görevlileri aracılığıyla yerine getireceklerdir. Ancak yukarıda belirttiğim üzere anayasa ve idare hukukunda yer alan anlayış ceza hukukundan farklıdır. 726 sayılı TCK döneminde

⁵⁸ Yargıtay C.G.K., 23.06.1998 T., 180-242, DÖNMEZ, a.g.m (Aktarılan: MALKOÇ, a.g.e, s.51), s. 110-111

⁵⁹ Yargıtay C.G.K., 20.01.1969 T., 693 E., 969-17 K., DÖNMEZ, a.g.e, s. 110

⁶⁰ “Bilirkişi Kamu görevlisidir.” Yargıtay 4. C.D. 12.04.1999 T. 1050/3400, EROL, a.g.e, s. 17

⁶¹ “Tanık kamu görevi yapan kimsedir” Yargıtay 4. C.D., 08.03.1994 T., 9943/1922, EROL, a.g.e, s.18

⁶² “Belediye Başkanı, TCK uygulamasında memur sayılır” Yargıtay 4. C.D., 16.09.1992 T., 5454, EROL, a.g.e, s. 17

⁶³ Yargıtay 4. C.D., 20.02.1997 T., 354/637, TEZCAN, a.g.m, s. 675, dn. 114

Yargıtay kararlarında KİT çalışanları, memur olarak kabul edilmemiştir. Yargıtay vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararının birinde: “Devlet İktisadi Teşekküllerinin faaliyet ve çalışma elemanlarının Devlet memuru sıfatını haiz olamayacaklarına...”⁶⁴ Denilerek bu çalışanların memur olamayacaklarını kesin olarak ortaya koymuştur.

399 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin, md. 11/b’de, KİT ve diğer ortaklık çalışanlarının; bu kurum ve kuruluşların, paralarına veya benzeri şeyler, senetler gibi sayılan bazı şeylere veya sahip oldukları diğer malvarlıklarına yönelik işledikleri suçlar ile bu kurumların bilanço gibi bazı evrakların ve benzeri olan her türlü belgelerde gerçekleştirilen suçlar ile bu kişilere karşı yerine getirdikleri görevler nedeniyle işlenen suçlar dolayısıyla yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda memurlara ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu madde hükmünden anlaşıldığı üzere rüşvet ve irtikâp gibi suçlarda, söz konusu olan para ve diğer menfaatler kamu kurum ve kuruluşlarına ait olmadığından KİT çalışanları, bu suçlar bakımından memur olarak kabul edilmeyecekti. Yargıtay’ın bu konu hakkında verdiği karar şu şekildedir:

*“Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel rejiminin yeniden düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddelerinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11/6. maddesi uyarınca KİT personelinin ancak, teşebbüslerin ve onlara bağlı ortaklıkların paraları ve para hükmündeki evrak ve senetleri ve diğer mevcutları ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar nedeni ile memur gibi cezalandırılacakları, bunlar üzerinde işlenmeyen suçlarda memur sayılamayacakları gözetilmeden, anılan kararnameye tabi bir Kamu İktisadi Teşebbüsü olan ... Bankasının Pervari Şube Müdürü olan sanığın, kasa anahtarını genel müdürlük genelgesine uygun olarak saklamamaktan ibaret eylemi nedeni ile memur sayılıp, yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır”*⁶⁵

Doktrinde kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki fark hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki subjektif teoridir. Subjektif teoriye göre önemli olan, çalışan ve çalıştıran kamu tüzel kişinin arasında mevcut olan iş ilişkisi, istihdam ilişkisidir.⁶⁶ Yani bu teoriye göre önemli olan, çalışanın bir kamu kurumunda kadroya sahip olmasıdır. Çalışana,

⁶⁴ Yargıtay İçt. Bir. Kararı, 28.03.1945 T., 1945/1 E., 1945/6 K., DEMİRBAŞ, a.g.m, (Aktarılan: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, C. 2, 1980, Ankara, s. 395), s. 255, dn. 22

⁶⁵ Yargıtay 4. C.D., 10.10.1990 T., 4204/4922, TEZCAN, a.g.m, s. 675, dn. 115

⁶⁶ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.1017-1018, ERMAN, a.g.e, s. 247, ERGÜN, Güneş Okuyucu, “Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu”, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.17, DÖNMEZ, a.g.m, s.109

kanunların verdiği görev ve yetkilerin bir önemi yoktur. Kamu görevlisi ile çalışan arasında istihdam ilişkisi olması yeterlidir.

Anayasa mahkemesi 'de verdiği bir kararda bu teoriyi kabul etmiştir. Verilen bu kararda, yeminli mali müşavir olarak görev yapan kişilerin kamu personeli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri incelenmiştir. Kararda yapılan bu açıklamalara göre, mali müşavirler devlet kadrolarında, sürekli olarak görev yapmadıklarından ve kamu kurum/kuruluşlarında hiyerarşik sistem dâhilinde çalışmadıklarından ayrıca da verdiği hizmet karşılığında devletten ücrette almadıklarından dolayı kamu personeli olarak değerlendirilmemişlerdir. Kararda açıklanmış olan görüşe göre, yeminli mali müşavirler serbest meslek erbapları olarak kabul edilmişler ve özel hukuk kanunlarının hükümlerine tabi oldukları açıklanmıştır.⁶⁷

Bu kararda yukarıda bahsettiğim subjektif teori anayasa mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bu kararda yüksek mahkeme, yeminli mali müşavirlerin devletin kadrolu çalışanları olmadıkları için ve devletten maaş da almadıklarından dolayı memur olarak kabul etmemiştir.

Diğer bir teori ise objektif teoridir. Bu teoride, subjektif teorinin aksine, kamu kurumu ile çalışan kişi arasında istihdam ilişkisinin var olup olmadığı dikkate alınmaz. Bu teoride, kamu tüzel kişilerinde çalışanların devletin esaslı faaliyetlerini gerçekleştirmesi halinde memur, çalışanın esaslı bir faaliyetini değil de kamu tüzel kişilerinin diğer yan faaliyetlerini gerçekleştirmeleri halinde, bu yan faaliyetler, sosyal faaliyetler kamu hizmeti olarak sayılacaktır ve bu kişiler kamu hizmetlisi olacaklardır.⁶⁸

Yargıtay'da kararlarında objektif teoriyi esas olarak kabul ettiği bazı kararları mevcuttur. Bu kararlardan birin de Yargıtay; orman işletme müdürlüğünde şoför olan bir kişinin, devlet memurları kanununun hükümlerine göre kamu personeli olarak sayılsa da o dönemde yürürlükte olan ceza kanunu hükümleri uyarınca ceza hukuku açısından kamu personeli olarak sayılmayacaklardır. Karara konu olan bu kişi, sadece kamu personeli olma niteliğine haiz olan kişilerin işleyebileceği suçları gerçekleştiremeyecek ve bu kişiler

⁶⁷ ERGÜN, a.g.e, s. 17, ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, a.g.e, s. 1018

⁶⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, a.g.e, s. 1017, ERMAN, a.g.e, s. 243, DÖNMEZ, a.g.e, s. 108-109

hakkında kamu personellerinin yargılanması ile ilgili yasa olan Memurin muhakematı hakkındaki yasanın hükümleri uygulanmayacaktır.⁶⁹

Yargıtay, ceza hukuku uygulaması bakımından bir kamu kurumunda da olsa şoförlüğü bir kamu görevi olarak kabul etmeyip, memur saymamıştır. O halde bu kişiler, kamu hizmetlisi olarak kabul edilirler. Eğer subjektif teori bakımından değerlendirecek olursak, söz konusu olayda fail, kadrolu olarak kamu kurumunda çalışıyorsa memur olarak kabul edilmeliydi.

Diğer bir teori ise amaç (gaye) teorisidir. Bu görüşe göre, kamu kurumlarının ve kamu kuruluşlarının, yapmaları gereken bazı zorunlu, hizmetler söz konusudur. Objektif teoride olduğu gibi, bu teoride de devletin görevleri de ikiye ayrılmıştır. Bu görevler birincil zorunlu görevler ile yerine getirilmesi zorunlu olmayan ancak yapılışı halinde topluma faydası, yararı olan ikincil görevler olarak ikiye ayrılırlar. Bu görevlerden zorunlu birincil faaliyetleri gerçekleştiren kamu çalışanları memur, ikincil faydalı görevleri gerçekleştirenler kamu hizmetlisi olarak kabul edilecektir.⁷⁰

Amaç (Gaye) teorisinin de Yargıtay tarafından kabul edildiği bazı kararlar mevcuttur: “Belediye greyder operatörü yakınının yaptığı hizmeti kamu görevi niteliği taşımadığı ve T.C. Yasasının 279. Maddesi karşısında memur sayılamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında T.C. Yasasının 271/1 maddesinin uygulanması...”⁷¹

Doktrinde bazı yazarlar Yargıtay’ın objektif teoriyi⁷², bazı yazarlarda gaye teorisinin⁷³ esas alındığını iddia etseler de aslında tam olarak hiçbir teori kesin olarak kabul edilmemiş verilen kararlarda sürekli görüşler değişmiştir. Verilen bu kararlara bakıldığında Yargıtay ve Anayasa Mahkemesinin kamu görevi ve kamu hizmeti arasındaki ayrım hakkındaki

⁶⁹ Yargıtay C.G.K., 29.05.1995 T., 1995/YYB 155- E., 1995/177 K., Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, a.g.e, s. 1018, dn. 16

Aynı teoriyi kabul eden başka bir Yargıtay kararı: Yargıtay Hususi Dairesi, 04.03.1947 T., 173/116, Bkz. TURABİ, a.g.m, (Aktarılan: ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, “Ceza Hukuku Özel Hükümler 5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2016, s. 492), s. 97

⁷⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, a.g.e, s. 1017, DÖNMEZ, a.g.m, s. 109, TURABİ, a.g.m, s. 96, ERGÜN, a.g.e, s. 21-22,

⁷¹ Yargıtay 4. C.D., 01.05.1992 T., 1992/2087 E., 1992/2729 K., KAPLAN, Mahmut, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2015, s 60, dn. 60

⁷² TURABİ, a.g.m, s. 97

⁷³ KAPLAN, a.g.m, s. 60

görüşlerde anlaşılamadığı görülmektedir. Bu mahkemelerin sahip oldukları görüşler sürekli değişmiştir ve sabit bir görüş belirlenememiştir.⁷⁴

Burada son olarak TCK 279/1. ve 279/2. Maddelerde geçen müstahdem terimi açıklanmalıdır. Müstahdem, hür iradesiyle, belirli bir ücret karşılığında, kamu kurumlarında sürekli çalışan kişilerdir.⁷⁵ Başka bir görüşte ise, müstahdemlerin kadrolu çalışan olmayacakları, sürekli ya da geçici olarak kamu kurumlarında çalışan kişiler olarak tanımlanabilirler. Müstahdemlere örnek olarak milletvekilleri, hakimler ve savcılar verilebilir.⁷⁶

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Kamu Görevlisi

Ülkemizde şu an yürürlükte olan ceza kanunu 5237 sayılı TCK dır. Bu kanun TBMM tarafından 2004 yılında kabul edilip resmî gazetede yayınlanmasına rağmen, 2005 yılının haziran ayında yürürlüğe girmiştir.

Bahse konu olan bu kanun yürürlükte olduğu yaklaşık on dokuz sene içerisinde onlarca değişiklik yaşasa da kanunda yer alan tanımları içeren madde hiç değişmemiştir. Yürürlükteki kanunda memur ve kamu hizmetlisi ayrımı yapılmamıştır. Bunun yerine sadece kamu görevlisinin ne olduğu açıklanmış, tanımı yapılmıştır. Yeni ceza kanunumuzun 6 no'lu maddesinin c fıkrasında kamu görevlisinin tanımı, kanun koyucu tarafından yapılmıştır.⁷⁷

Kanunda yer alan düzenlemede görüldüğü üzere, kişinin kamu personeli olarak sayılabilmesi için sahip olması gereken şartlar şunlardır⁷⁸:

1- Öncelikle bir kamu faaliyetinin söz konusu olması gerekmektedir.

2- İkinci olarak bu faaliyete, atama veya seçilme gibi bazı şekillerde veya mümkün olabilecek diğer şekillerde katılma

⁷⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s. 1019

⁷⁵ SELÇUK, a.g.m, 41,

⁷⁶ YARSUVAT, Duygun, "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası, C. 30, S. 3-4, 1964, s. 684-685

⁷⁷ TCK'nın 6/1-c maddesinde kamu görevlisi şu şekilde düzenlenmiştir: "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi"

⁷⁸ ÖZEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s. 1019, SEVÜK, Handan Yokuş, "Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Yargıtay Kararları-AİHM Kararları", Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.405

3- Son olarak da bu katılmanın sürekli, süreli veya geçici olmasıdır.

Maddenin gerekçesi incelendiğinde çok geniş bir kamu görevlisi tanımı yapıldığı açıkça görülmektedir. Buna göre bir idari faaliyetin yerine getirilmesine katılan herkes, parasal bir karşılığın var olup olmadığına veya yerine getirilen vazifenin daimi olup olmadığına bakılmaksızın kamu görevlisi olarak kabul edilecektir.⁷⁹ Gerekçeye göre, avukatlar, noterler görevlerini ilgilendiren bir durumda kamu görevlisi olarak sayılacaktır. Yine gerekçede belirtildiği üzere tercümanlar, tanıklar, bilirkişiler ya da askerler kamu görevlisi olarak kabul edilecektir. Ancak gerçekleştirilen bir ihale ile aslında kamu tarafından yerine getirilmesi gereken bir işin, kamu idaresi ile bağlantısı olmayan bir özel hukuk kişisine verilmesi halinde, ihaleyi alan bu kişi kamu görevlisi olamayacaktır.⁸⁰

Ayrıca madde gerekçesinde kamu tüzel kişilerinde çalışan kişilerin, kamu görevlisi olarak kabulü için aranacak tek unsur kamusal faaliyetin varlığıdır.

Yukarıda bahsettiğim üzere eski ceza kanununda birçok açıklanması gereken soyut ifade yer almaktaydı. Yeni TCK ile söz konusu bu soyutluğun ortadan kaldırılması gerekirken, kanun koyucu kamu faaliyeti gibi yeni bir soyut ifadeler kullanılmıştır. TCK’de kanun koyucu, bir bilinmeyen unsuru, başka bir bilinmeyen unsurla açıklanmıştır.⁸¹

Burada bahsedilmesi gereken ilk şey kamusal faaliyetin tanımı olmalıdır. Kamusal faaliyet bahse konu maddenin gerekçesinde, Anayasamızda ve diğer kanunlarda yer verilmiş olan usullere göre alınan bir “siyasal kararla”, bir işin veya görevin kamu için yürütülmesi olarak tanımlanmıştır.⁸²

Anayasa mahkemesinin verdiği bir kararda kamu hizmetinin ne olduğunun tanımı yapılmıştır. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*’nin görüşünde açıkladığı üzere, bahsedilen karardaki kamu hizmeti tanımı, TCK’da yer alan kamu faaliyetini açıklamaktadır.⁸³

Bu karara göre; kamu hizmeti ifadesi, tam olarak açıklanamamış olan soyut bir kavramdır. Mahkeme tarafından verilen bu kararda, söz konusu kavramı açıklamaya çalışmıştır. Bu ifade, kamu kurum ve kuruluşlarının doğrudan doğruya kendileri tarafından veya bu devlet kurum ve kuruluşlarının denetimi ve kontrolü ile yapılan, bütün toplumun

⁷⁹ GÖKCAN, a.g.e, s.32

⁸⁰ GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Türk Ceza Kanunundaki Bazı Genel ve Özel Nitelikli Kamu Görevi Yükümlülük Suçları Görevi Kötüye Kullanma Zimmet-İrtikâp-Rüşvet ve Denetim Görevini İhmal Suçları”, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.33

⁸¹ ERGÜN, a.g.e, s. 13

⁸² DOĞAN, “Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet Suçu”, s.32, GÖKCAN, a.g.e, s.32

⁸³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s. 1021

ihtiyaçlarını gidermek ve amme faydasını ve kazancını gerçekleştirmek ve korumak için bütün vatandaşlara, ülkeye sunulmakta olan daimi ve muntazam suretle yerine getirilen faaliyetlerdir.

Vatandaşlara sunulan bu hizmetler; ülkeyi oluşturan vatandaşların hayatlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan ve vatandaşların ihtiyaçlarını karşılamak üzere yerine getirilen çalışmalardır. Bu hizmetler, daimi ve muntazam olmalıdır. Bunun nedeni, bu hizmetlerin toplumun yaşayışını ciddi bir şekilde etkilemesidir. Bu hizmetler toplumun gereksinimlerini yeterice karşılayamazsa, insanların yaşayışlarını olumsuz olarak etkileyecek ve zorlaştıracaktır. Bahse konu olan bu hizmetler, ülkenin geneline yayılmış olabileceği gibi bölgesel ve hatta şehirselleşmiş bile olabilirler. Hizmetin kısıtlı bir coğrafyada verilmesi, onu amme hizmeti olmaktan çıkarmayacaktır. Çünkü önemli olan ihtiyaçların karşılanmasıdır ve bu durumda da sınırlı olsa bir yerde yaşayan kişilerin ihtiyaçları giderilmektedir. İdare hukukundan kaynaklanan bazı esaslara göre yürütülen bu hizmetler, gün geçtikçe genişlemektedir.⁸⁴

Bu karardan kamu hizmeti yani kamu faaliyetinin tanımını, toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini gideren hizmetler olarak çıkarabiliriz. Bu hizmetler sürekli olmalı ve gerek yerel gerekse ülke çapında insanların zorunlu ihtiyaçlarını gidermelidir.

Kamu hizmeti hakkında doktrinde de, idarenin vatandaşların “*genel ortak ihtiyaçlarını*” karşılamak için kamu kurum veya kuruluşların tarafından veya bu kurum ve kuruluşların kontrolü altında olarak başkalarına yaptırılan hizmet faaliyetleri olarak tanımlanmıştır.⁸⁵

Doktrinde kamu hizmeti hakkında yapılan bir diğer tanımda; siyasi kurumlar tarafından toplumun, kamunun yararı için yapılan, doğrudan ilgili kamu tüzel kişisi tarafından ya da bu kamu tüzel kişilerinin kontrolü ile başkalarınca, özel kişiler tarafından yürütülen hizmetler olarak tanımlanmıştır.⁸⁶

Bu karar ve tanımların incelenmesi sonucunda kamusal faaliyeti, kamu kurumlarınca, toplumun olmazsa olmaz ihtiyaçlarını gideren, idarenin her işlem ve eyleminde olduğu gibi

⁸⁴ AYM, 23.06.1995 T., 1994/71 E., 1995/23 K.,
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1995/23?EsasNo=1994%2F71&KararNo=1995%2F23>
(Çevrim içi Tarih: 28.02.2023), Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s. 1021, dn. 22
Ayrıca Bkz. AYM, 09.12.1994 T., 1994/43 E., 1994/42-2 K., AYM, 16.07.2020 T., 2018/104 E., 2020/39 K.,
GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.41, dn.71

⁸⁵ DURAN, Lütfi, “İdare Hukuku Ders Notları”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 307

⁸⁶ GÜNDAĞ, a.g.e, s.332

kamu yararı amacını güden, idarenin bizzat kendisinin ya da sıkı denetim ile başka özel kişilere (Örneğin, özel hastaneler ve özel okullar) yaptırdığı faaliyetlerdir. Bu faaliyetlere güvenlik, eğitim, sağlık ... örnek olarak verilebilir. Özellikle eğitim ve sağlık faaliyetleri genellikle devlet eli ile yapılırsa da sıkı denetimlerle başka özel kişilerinde bu faaliyetleri gerçekleştirmesine izin verilmektedir.

Bir kamu hizmetinin yalnızca kamunun zorunlu ihtiyaçlarının giderilmesi için yapılması, bu hizmetlerin kamusal faaliyet olarak sayılmaları için yeterli olmayacaktır. Yukarıda bahsettiğim tanımlardan da anlaşıldığı üzere bu kamusal hizmetlerin ya bizzat kamu kurumları tarafından ya da kamu kurumlarının sıkı denetimi özel kişilere de bu hizmetler yaptırılabilir. Bu nedenle ulaşım hizmeti, aslında bir kamuya yararlı, kamunun zorunlu bir ihtiyacını karşılayan bir hizmet de olsa taksi şoförleri ve benzeri diğer hizmetleri sunan kişiler kamu kurumları ile aralarında söz etmiş olduğum bu bağlantılar mevcut olmadığından bu kişiler kamu görevlisi olarak sayılmayacaklardır.⁸⁷

Bu konu hakkında şöyle bir karar verilmiştir:

“5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" denilmek suretiyle de "kamu görevlisi'nin tanımı yapılmıştır. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Kamusal faaliyet de anılan madde gerekçesinde; "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca; 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.

Bu nedenle; 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (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

⁸⁷ DÖNMEZ, a.g.e, s. 118-119

verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.”⁸⁸

Genel idare esaslarının tanımını yukarıda yapmıştık. Kısaca, kamu yetkileri kullanılarak kamu idarelerince yapılan işlem, eylem ve sözleşmeleri içeren yönetim usulüdür. Yargıtay’ın kararından anlaşılan kamu görevlisinin, kamu yetki ve usullerine göre kamu faaliyetine katılması gerekmektedir.

Kamusal faaliyeti gerek gerekçede gerekse karardan anlaşıldığı üzere Anayasada veya diğer kanunlarda belirtilen usullere göre verilen siyasal kararlara dayanmalıdır. Siyasal kararın ne olduğuna dair bir açıklama yapılmamıştır. Siyasal kararı, yasama ve yürütmenin siyasi kanadının verdiği kararlar ve uyguladıkları politikalar olarak nitelendirebiliriz. O zaman, kamusal faaliyet, anayasa veya kanunların belirlenmiş olduğu usullere dayanan, siyasi mercilerin, hükümetlerin belirledikleri, kamu hizmetlerine ilişkin politikalar ve bu mercilerce alınan kararlardır.

İkinci şart ise bu kamusal faaliyete katılmanın, atama veya seçilme yoluyla ya da diğer yollarla olması gerekmektedir. Buna göre, atama ve seçilme yöntemlerinden bahsedildiyse de ne madde metninde ne de gerekçede veya kararlarda, idare hukukunun aksine istihdam ilişkisi aranmamıştır. Kamusal faaliyete katılma yöntemlerine KPSS ve sonrasında mülakat ile göreve başlayan kamu görevlileri, Cumhurbaşkanı tarafından atanan valiler, seçim ile seçilen Milletvekilleri, Belediye Başkanları⁸⁹, Cumhurbaşkanı, ... gibi⁹⁰ kamu görevlileri örnek olarak verilebilir. Kamusal faaliyetlere katılma hali; kanun koyucu tarafından çok geniş tutulduğundan, bir kamu kurum veya kuruluşunun yerine getirmekte olduğu bir faaliyete katılma yükümlülüğü bulunmadan, kendi rızasıyla katılan kişilerinde, yerine getirdikleri faaliyet açısından kamu görevlisi olarak sayılması gerekmektedir.⁹¹

⁸⁸ Yargıtay C.G.K., 12.04.2011 T., 2010/9-258 E., 2011/46 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrim içi Tarih: 28.02.2023), Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s. 1215, DOĞAN, a.g.e, s.33

⁸⁹ “Saniğin yakınan Macit D...’ın ” borcu nedeniyle suyu kesilen saniğin odasına gelerek Belediye ve Belediye Başkanına sinkaflı sözler söyleyip elindeki cep telefonunu vurup parçaladığı, masayı elleriyle dağıttığı, yardım istemesi üzerine gelen zabıta görevlileri tarafından odasından çıkarıldığı” yolundaki anlatımı karşısında; anılan zabıta görevlilerinin beyanlarına başvurulması ve sonucuna göre; kamu görevlisine görevi veya görevin yürütülüş biçimi ile bağlantılı olarak sözle değil yüzüne kağıt fırlatmak, tükürmek ve benzeri eylemsel davranışlarla da hakaret edilebileceği hususu gözetilip değerlendirilerek saniğin hukuksal durumunun belirlenmesi yerine eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi, ... ” Yargıtay 4. C.D., 21.01.2009 T., 2007/5687 E., 2009/473 K., YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, ” Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, C. I, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.191

⁹⁰ Ek olarak muhtarlar, ihtiyar heyeti üyeleri vs. de seçimle göreve gelerek bir kamu faaliyetini yerine getirmekte olduğundan dolayı ceza hukuku açısından kamu görevlisi olarak kabul edilmelilerdir. GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.53

⁹¹ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.47

Kamu faaliyetlerine katılmanın hukuka uygun şekillerde olmalıdır.⁹² Yani hukuka aykırı bir şekilde bir kamu kurumunda bir mevkiyi işgal eden bir kişi kamu görevlisi olarak kabul edilmeyecektir. Örneğin, Danıştay tarafından görevinden alınan bir belediye başkanının halen görevdeymiş gibi hareket etmesi, söz konusu mevkiyi işgal etmesi durumunda kamu görevlisi olarak kabul edilmeyecektir.

Üçüncü ve son şart ise kamusal faaliyete katılmanın, sürekli, süreli veya geçici olmasıdır. Buradan da görüldüğü üzere yürürlükte olan TCK kamu görevlisini çok geniş olarak kabul etmiştir. Kamu görevliliğinin, herhangi bir kadroya bağlı olması aranmamaktadır. Sürekli olarak görev yapan kaymakamlıkta çalışan bir kamu görevlisi veya nüfus müdürlüğünde çalışan bir görevli, TCK'nin 6 no'lu maddesinin, c bendinde yapılan tanım uyarınca kamu görevlisi olarak sayılacaktır. Bunun yanında geçici olarak kamusal faaliyete katılan görevliler veya seçimle gelen milletvekili, belediye başkanı vesaire de kamu görevlisi olarak kabul edilecektir.

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer husus da yargı mensuplarıdır. Yargı mensupları, TCK'nin 6. no'lu maddesinin 1. Fıkrasında yer alan d bendinde açıklanmıştır. Bu maddede açıklandığı üzere, ülkemizde mevcut olan ilk derece mahkemeleri, üst mahkemeler (istinaf ve temyiz mercileri) ve yüksek mahkemelerde görev yapan hakimler ve savcılar, bunların dışında savunma görevini yerine getiren avukatlar da yargı mensupları olarak kabul edilmiştir. TCK'da yargı mensupları, kamu görevlilerinden ayrı olarak düzenlenmiştir. Ancak kamu görevlisi, TCK'da çok geniş düzenlenmiştir. Yargı görevinin, yukarıda yapmış olduğum kamusal faaliyet tanımına bakıldığında, kamusal faaliyet olarak sayılması gereklidir. Buna göre yargı mensuplarının da (hâkim, savcı, avukat), kamusal faaliyet gerçekleştirdikleri ve diğer şartları da gerçekleştirdikleri görülmektedir. Bu nedenle yargı mensuplarının da kendilerine özel, diğer kamu görevlilerinde söz konusu olmayan bazı farklı düzenlemelere sahip olsalar da 5237 sayılı TCK açısından kamu görevlisi olarak sayılmaları gerekmektedir.⁹³

Kamu iktisadi teşebbüslerinin 5237 sayılı TCK'daki durumuna bakacak olursak, bahsettiğim üzere KİT çalışanları 726 sayılı kanunun uygulandığı dönemlerde çıkarılan 3771 sayılı kanun (399 sayılı KHK) ile KİT çalışanlarının işledikleri suçlar bakımından memur olarak değerlendirilecekleri kabul edilmişti. Bu aşamada 5237 sayılı kanun döneminde KİT çalışanlarının ve söz konusu kanunun durumunu incelemek gerekmektedir.

⁹² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s. 1021-1022

⁹³ DÖNMEZ, a.g.m, s. 114

Bu konu hakkında doktrinde iki yaklaşım vardır. İlk yaklaşıma göre, TCK'da yer alan, genel hükümlerin, diğer özel ceza kanunları hakkında uygulanacağına ilişkin 5. madde hükümleri nedeniyle TCK'nın kamu görevlisine ilişkin hükümlerinin diğer özel ceza kanunları bakımından da uygulanacağı yönündedir. Bu nedenle 3771 ve diğer özel kanunlarda kamu görevlisi sayılmaya ilişkin madde hükümleri ortadan kalkacak, bu kanunlara göre kamu görevlisi olarak kabul edilen kişiler artık TCK md. 6 bakımından tekrar değerlendirilecektir. Bu maddede belirtilen şartlar, söz konusu çalışanlar tarafından karşılanıyorsa o kişiler kamu görevlisi olarak sayılacaktır. 5252 sayılı kanunun geçici md. 1'e göre, diğer yasalarda mevcut olup da, yeni ceza kanununun içerdiği düzenlemelere uygun olmayan hükümleri ancak 31 Aralık 2008 tarihine kadar geçerli olacaktır. Yani yeni TCK'ya aykırı kanun hükümleri ile kamu görevlisi olarak kabul edilen bu kişiler, söz konusu bu tarihe kadar kendi kanunlarına göre kamu görevlisi olup olmadıkları hakkında değerlendirme yapılacaktır ve işledikleri suçlar hakkında da kamu görevlisi olarak cezalandırılacaklardır. Ancak bu kişiler bu tarihten sonra, artık kendi kanunlarına göre değerlendirme yapılmayacak, bunun yerine 5237 sayılı TCK'nın kamu görevlisine ilişkin hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır.⁹⁴

İkinci yaklaşımda ise 5252 sayılı kanunun 3 maddesinin 1 fıkrasına göre, yürürlükten kaldırılmış 765 sayılı TCK'ya yapılan yollamalar, şu an yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'da karşılığı olan maddelere yapılmış olarak kabul edilecektir. Buna göre, bu yollamalara konu olan kişiler şu an yürürlükte olan 5237 sayılı TCK açısından da kamu görevlisi olarak kabul edilecektir.⁹⁵

Benim katıldığım ve doktrinde bazı yazarlar⁹⁶ tarafından kabul edilen görüş, ilk görüştür. Çünkü 5252 sayılı kanunun geçici md.1'de eski kanunlarda yer alan 5237 sayılı TCK'ya aykırı düzenlemelerin, 31.12. 2008'e kadar geçerli olacağı alenen düzenlenmiştir. Bu nedenle diğer kanunlarda yer alan ancak yürürlükteki ceza kanunlarından farklı olan düzenlemeler ancak bu tarihe kadar geçerlidir. Bu tarihten sonra, yürürlükteki TCK'nın hükümlerine göre değerlendirilecektir.

Bu açıklamalar doğrultusunda KİT çalışanlarını ilgilendiren 3771 sayılı kanundaki hükümlerin 31.12.2008 tarihinden itibaren geçersiz olduğu ve artık yürürlükteki ceza kanunumuzun ilgili maddesine göre kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri gerekmektedir.

⁹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s. 1218, DÖNMEZ, a.g.m, s. 123, ERGÜN, a.g.e, s.43

⁹⁵ GÖKCAN, a.g.e, s. 46,

⁹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1219, DÖNMEZ, a.g.m, s. 124

Yargıtay'da verdiği kararda Kamu İktisadi Teşebbüsü çalışanlarını, kamu görevlisi olarak değerlendirmiştir: *“Bir kamu iktisadi teşebbüsü olan ve devletten maaş alan BEDAŞ görevlisi yakınanların 5237 sayılı TCY'nin 6/1-c maddesindeki tanım gereğince kamu görevlisi sayılacaklar ve kendilerine yöneltilen hakaret suçunun yakınmaya bağlı olmadığı gözetilmeden, yakınmadan vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi ...”*⁹⁷

Noterler⁹⁸, Avukatlar⁹⁹, Avukat stajyerleri¹⁰⁰ ve Tanıklar¹⁰¹ Yargıtay kararlarına göre kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir.

Ceza hukuku açısından; kamsal faaliyetin icrasına seçim, atama ve diğer şekillerde katılan herkes kamu görevlisi olduğundan, yani kamu görevlisi kavramı oldukça geniş yorumlandığından dolayı gerek kadrolu gerekse sözleşmeli işçiler bir kamusal faaliyeti yerine getiriyorlarsa kamu görevlisi olarak kabul edilmelilerdir.¹⁰²

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer konu da özel okullarda çalışan öğretmen ve diğer çalışanların durumu ile özel hastanelerde çalışan doktorların durumudur.

Özel okullar hakkında, kanun koyucu 5580 sayılı kanunda bu konu hakkında çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenleme, kanunun 9. maddesinin son fıkrasında yapılmıştır.¹⁰³

⁹⁷ Yargıtay 4. C.D., 15.12.2010 T., 2009/13044 E., 2010719825 K., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.1, s. 173 *“KİT rejimine tabi bulunan PTT Genel Müdürlüğünde 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler kapsamında istihdam edilen personel 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11/b. Maddesi uyarınca ifa ettikleri görevlerden doğan suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılmaktadırlar.”* Yargıtay 4. C.D., 18.01.2012 T., 2010/29481 E., 2012/1100 K. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.1, s.170-171, Yargıtay 4. C.D., 16.06.2010 T., 2010/13771 E., 2010/11870 K, DOĞAN, a.g.e, s.34, dn.65

⁹⁸ *“1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nun 151. Maddesine göre Türk Ceza Kanunu uygulamasında kamu görevlisi olarak sayılan noterlerin, ...”* Yargıtay 5. C.D., 08.03.2010 T., 2006/2609 E., 2010/1858 K., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.1, s.177

⁹⁹ *“Avukatlık mesleği yargılama faaliyetinde “bağımsız savunmayı temsil etmek” (1136 sayılı Av. Kn. M.1) ve bu amaçla” hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararına tahsis etmeyi” gerektiren (Av. Kn. M. 2/2) bir meslek olarak düzenlenmiş ve bu nedenle de 5237 sayılı TCK 'nın 6/1. maddesinde avukatlık “yargı görevi yapan” kamu görevlileri arasında sayıldığı gibi, aynı madde ve fıkranın (c) bendinde yer alan tanım uyarınca, adalet hizmetlerine yönelik kamusal faaliyete kanun gereği usulünce iştirak etmesi dolayısıyla ceza yargılamasında “kamu görevlisi” de sayılmış, ...”* Yargıtay 4. C.D., 17/01/2013 T., 2011/6395 E., 2013/744 K., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C. 1, s.169, Yargıtay 4. C.D., 06.01.2015 T., 2013/21071 E., 2015/196 K., DOĞAN, a.g.e, s.34, dn.66

¹⁰⁰ *“Avukat stajyerlerinin, yanında staj yaptığı avukatın yazılı onayı olmak koşuluyla 1136 sayılı Avukatlık yasasının 26. Maddesinde sayılan işleri yaparken kamu görevlisi sayılacağı, ...”* Yargıtay 4. C.D., 21.03.2012 T., 2012/6813 E., 2012/6671 K., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C. 1, s.170

¹⁰¹ *“TCK'nun 6/1. Maddesinin c bendi uyarınca yargılama sırasında dinlenen tanığın kamu görevlisi olduğu gözetilmeyerek eksik ceza verilmesi ...”* Yargıtay 4 C.D., 13.07.2009 T., 2008/19877 E., 2009/14039 K., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C. 1, s.191

¹⁰² GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.54-55

¹⁰³ 5580 sayılı kanunun md.9'un son fıkrası şu şekildedir: *“Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen*

Buna göre, madde de sayılan bu kişilerin görevlerinden dolayı bir suç işlemesi halinde veya yerine getirilen görevlerden kaynaklı bir nedenle, bu kişilere karşı suç işlenmesi hallerinde sayılan bu kişilerin kamu görevlisi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Özel hastanelerde çalışan doktorlar hakkında ise, 3359 sayılı kanunda, 2014 tarihinde eklenen Ek md. 12’de konu hakkında düzenleme yapılmıştır.¹⁰⁴ Bu maddeye göre, görevleri nedeniyle işlenen suçlar bakımından, bu sayılan kişiler kamu görevlisi olarak kabul edilecektir. Ancak, madde de bu kişilerin görevleri bakımından işledikleri suçlar açısından kamu görevlisi olarak değerlendirilecekleri düzenlenmemiştir.

F. Değerlendirme

Kamu görevlisi kavramı hukukumuzun farklı alanlarında, değişik biçimlerde tanımlanmıştır. Her hukuk dalının kendi gereksinimlerini karşılaması gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu her hukuk dalı için farklı tanımlamalar yapmıştır. Birden fazla tanımın bulunması hukuk sisteminde kargaşaya neden olacağı iddia edilebilir. Ancak özellikle ceza hukuku ile idare hukuku arasındaki farklılıklar nedeniyle benzer kavramlar hakkında farklı tanımlar yapılmıştır. Ancak genel hatlarıyla kamu görevlisi, kamunun gereksinimlerinin karşılanması için kamu kurumlarında çalışan gerçek kişilerdir. Kanunlarla bazı üstün yetkiler verildiğinden ve vatandaşla temas halinde olduklarından dolayı kamu görevlilerinin bu yetkileri kötüye kullanması ihtimali vardır. Bu nedenle kanun koyucu bu ihtimalin ortadan kalkması için çeşitli adli ve idari düzenlemeler yapmıştır. Ayrıca bazı hallerde disiplin sorumluluğu da söz konusu olmaktadır.

Anayasamızda kamu görevlisinin tanımı kesin olarak yapılmamıştır. Anayasada bu kavram hakkında sadece genel bir düzenleme yapılmıştır. Kanun koyucu bu konu hakkındaki ayrıntılı düzenlemeyi diğer kanunlarla yapmıştır. Çünkü anayasada değişiklik yapmak, diğer kanun maddeleri hakkında değişiklik yapmaktan daha zordur. Bu nedenle anayasada kesin ve ayrıntılı bir kamu görevlisi tanımı yapılmamıştır. Zaten anayasalar bir kavramı detaylı olarak

suçlardan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır.”

¹⁰⁴ 3359 sayılı kanunun ek 12. maddesi şu şekildedir: “Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır.”

tanımlamakla yükümlü hukuki metinler değildir. Anayasalar devletin kurumlarının ve temel hak ve hürriyetlerinin düzenlendiği metinlerdir.

Anayasaya göre kamu görevlisini tanımlayacak olursak; kamu görevlisi, kanunlarca verilmiş olan yetkileri, bütçeyi kullanarak, devamlı bir şekilde temel gereksinimlerin karşılanmasında çalışan idari işlemler, eylemler ve sözleşmeler yapan personellerdir. Ayrıca Danıştay'da verdiği kararlarda hiyerarşik sistemi, uzmanlaşma, statü, derece ve kademe unsurlarını ön plana çıkarmıştır.

İdare hukukunun kendi gereksinimlerine göre yaptığı kamu görevlisi tanımında, kamu görevlisinin bir kamu kurum veya kuruluşuna bağlı olarak çalışması gerekmektedir. İdare hukuku açısından kamu görevlileri, idarenin kamu yararı gözeterek sürdürdüğü faaliyetleri yerine getiren çalışanlar, personellerdir. Kamu görevlilerinin sınıflandırılması, özlük hakları vs. gibi unsurlarda idare hukukunu ilgilendirmektedir. Ancak idare hukuku kamu görevlilerinin cezai sorumluluğuyla ilgilenmemektedir.

Kamu görevlilerinin işledikleri suçlardan dolayı cezalandırılması veya kamu görevlilerine karşı görevleri nedeniyle işlenen suçların cezalandırılması ceza hukukunun ilgi alanıdır. Mülga ceza kanunumuzda kamu görevlisi adlandırılması yapılmamış, onunu yerine memur kavramı kullanılmıştır. Ancak eski ceza kanunumuzda ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre memur ve amme hizmetlisi olarak üzere iki kavramdan bahsedilmiştir. Bu kavramlar kanunda soyut ifadelerle açıklanmıştır. Soyut ifadeler doktrinde bir çok farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. Doktrindeki bu farklı görüşler Yargıtay görüşlerine de yansımış ve çelişkili kararların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu nedenle uygulamada birlik sağlanamamıştır. Aksi iddia edilmiş olsa da kamu hizmetlisi ve memur kavramları birbirinden farklıdır. Ancak kullanılan soyut kavramlar nedeniyle ortaya çıkan farklı görüşler yüzünden uygulamada bir meslek grubu, bir kararda kamu hizmetlisi olarak kabul edilse de başka bir kararda memur olarak sayılabiliyordu. Bu nedenle bu kanunun uygulandığı dönemde ceza kanununda genel bir tanım yapılarak geri kalan ayrıntılar, kamu hizmetlisi ve memur arasındaki farklar DMK'da sınıflara ilişkin maddede yapılacak bir değişiklikle hallededilirdi.

Yürürlükteki kanunda kamu görevlisi tanımı oldukça geniş bir şekilde yapılmıştır. Kamu faaliyeti yürüten herkes, bu faaliyetin yerine getirilmesine katılma şekline bakılmaksızın kamu görevlisi olarak kabul edilecektir. İdare hukukunun aksine bir kamu kurum veya kuruluşuna bağlı olarak çalışma unsuru 5237 sayılı ceza kanununda aranmamıştır. Bu nedenle KPSS ile bir kamu faaliyetine katılan kişi kamu görevlisi olarak

sayılacakken, seçimle gelen bir belediye başkanı ya da gönüllü olarak bir kamu faaliyetine katılan kişilerde kamu görevlisi olarak sayılacaktır. Mülga kanun, soyut ifadeler nedeniyle eleştirilse de yürürlükteki kanunda da TCK açıklanmayan kamu faaliyeti kavramı kullanılmıştır. Ancak bu kavram, eski kanundaki kavramlar kadar tartışmaya neden olmamıştır. Kamusal faaliyet, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için kamu yararı gözetilerek gerek doğrudan gerekse denetim ile yerine getirilen işlerdir.

Yargıtay kararlarına göre; avukatlar, KİT çalışanları, noterler, belediye başkanları, vb. görevleri yerine getiren kişiler kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca özel okullarda çalışan öğretmenlerin görevleri nedeniyle suç işlemeleri halinde veya bu kişilere karşı görevleri nedeniyle bir suç işlenmesi halinde kamu görevlisi olarak sayılacaklardır. Özel hastanelerde çalışan doktorlar ise, kendilerine yönelik bir görevleri nedeniyle bir suç işlenmesi halinde kamu görevlisi gibi değerlendirileceklerdir.

İKİNCİ KISIM

İRTİKÂP SUÇU

I. İRTİKÂP SUÇUNUN TANIMI

Genel Olarak İrtikâp Suçu

İrtikâp, 5237 sayılı yürürlükteki ceza kanunumuzun, ikinci kitabında, bu kitabın kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığında, 250. madde de kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

İrtikâp suçunun bir diğer ismi yiyiciliktir. İrtikap suçu, sadece kamu görevlisi (eski ismiyle memur) tarafından işlenebilir. Bu nedenle bu suç, özgü bir suçtur. Bu suç ile vatandaşların, devlete ve devletin kurum ve kuruluşlarına karşı duydukları güven azalmaktadır. İrtikâp suçu, ceza kanunumuzda md. 257’de yer almakta olan görevin kötüye kullanılması suçunun daha ağır cezalar içeren özel bir şeklidir.¹⁰⁵

Mülga 765 sayılı TCK’da ise irtikap suçu, 209 ve 210. maddelerde düzenlenmiştir. Ancak 210. Madde 21.11.1990 tarihli 3679 sayılı kanunun 28. Maddesiyle mülga edilmiştir. Bu madde metni şu şekildedir:

“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 diğerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.”

Mülga edilen 210. madde de kanun koyucu, ikna ve hatadan yararlanılarak işlenen irtikâp suçlarını düzenlenmişti. Görüldüğü üzere 210. maddenin hükümleri, 209. maddede birleştirilmiş ve 210. madde mülga edilmiştir. Bu birleştirme, ceza hukukumuzda kaynak olarak kullandığımız İtalyan ceza kanununda gerçekleştirilmiş olan madde birleştirilmesinin 765 sayılı TCK’ya yansıtılmasıdır. Çünkü İrtikap suçu hakkında icbar yoluyla irtikap suçunu

¹⁰⁵ Yargıtay C.G.K., 18.05.1999 T., 5-119-121, Karar için bkz. YAŞAR, Osman, “İçtihatlı Türk Ceza Kanunu”, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.464

içeren madde ile ikna ve hata yoluyla irtikap suçlarını içeren maddenin birleşmesi İtalyan Ceza Hukukunda da gerçekleşmiştir.¹⁰⁶

5237 sayılı TCK'dan bahsedecek olursak, bu kanunda irtikap suçu 2012 yılında yürürlüğe girmiş olan 6352 sayılı kanunla çeşitli değişiklikler yaşamıştır. Maddenin 6352 sayılı değişiklikten önceki hali şu şekildedir: "Görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İkinci fıkra da tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

02.07.2012 tarihli 6352 sayılı kanunun 86. Maddesi ile yapılan değişiklikler sonucunda irtikap suçunun son hali şu şekildedir: "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 fıkra da tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir."

¹⁰⁶ ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, "Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar", Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s.66

Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere, 250. Maddenin 1. fıkrasına 6352 sayılı kanunla şu cümle eklenmiştir: *“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.”*.

Bunun dışında, madde metnine 4. fıkra eklenmiştir. Bu fıkra da: *“İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”* denmektedir. Yani maddenin ilk halinde yer almayan bir takdiri indirim sebebi kanun koyucu tarafından 6352 sayılı kanunla birlikte, 250. Maddeye eklenmiştir. Bu indirim sebebi takdiridir. Çünkü kanun koyucu madde metninde, *“... indirilebilir”* demiştir. Yani indirimin uygulanması hâkim için zorunlu tutulmamıştır.

Bu değişikliklerin dışında söz konusu maddeye herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 5237 sayılı kanunun ilk halinde bu suçları işleyenlere verileceği öngörülen cezalara, 6352 sayılı kanunla dokunulmamış, bu ceza miktarları sabit kalmıştır.

II. İRTİKÂP SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER

Hukuki değer ya da diğer isimleri ile hukuki menfaat, hukuki yarar, ülkemizin hukuk sisteminin meşru saydığı değerlerler, hukuk sisteminin koruduğu değerlerdir.¹⁰⁷

Hukuki değerlerin, temel hak ve hürriyetler oldukları ve bir *“menfaat”* olarak ya da bir hak veya hürriyet olarak kabul edilemeyen bazı ifadelerin hukuki değer olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür.¹⁰⁸

Bu açıklamalar dikkate alındığında, meşru sayılan ve korunan değerlerden anlaşılması gereken şey, benim görüşüme göre anayasamızda yer alan hak ve hürriyetlerle ülkemizin imzalayıp kabul ettiği temel hak ve hürriyetler içeren sözleşmelerde yer alan haklar ve hürriyetlerdir. Bu hak ve hürriyetler, ülkemiz hukuk sistemince meşru olarak kabul edilmekte

¹⁰⁷ ÜNVER, Yener, “Ceza Hukukunda Hukuksal Değer”, trc. ERMAN, Barış Ragıp, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, s.114

¹⁰⁸ SARITAŞ, Erkan, “İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.71, S.2, 2022, s.688

ve bu meşru hak ve hürriyetler hukuk sistemimizce sıkı bir şekilde korunmaktadır. Ceza kanununda yer alan suçlarda, söz konusu bu hak ve hürriyetleri korumalıdır.

İrtikap suçunda hukuki değerle ilgili doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri, bu suçun ceza kanunumuzun özel kısmında düzenlendiği başlık nedeniyle bu suçla korunan hukuki değerın kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰⁹

Diğer bir görüş ise, korunmakta olan değerlerin, dürüstlüğü ve itibarın korunması olduğunu ileri sürmüştür.¹¹⁰ Bundan anlaşılması gereken, kamu görevlilerinin dürüstlüğü ve bu görevlilere karşı halkta olan güvenin ve kamu kurum ve kuruluşlarına karşı halkın sahip olduğu güven duygusunun ve halkın kamu idarelerine karşı sahip olduğu saygının kaybedilmemesi amaçlanmıştır.

Diğer bir görüş ise, kamu görevlilerinin dürüstlüğü ve kamu görevlilerinin toplumda iyi bilinirliklerinin ve sahip oldukları saygınlıklarının korunması ve kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilecek hukuka aykırı herhangi bir hareketle, toplumu oluşturan bireylerin zarara uğramalarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.¹¹¹

Bir başka görüş ise, bu suçun koruduğu hukuki değerin, toplumun kamu görevlilerine ve kamu kurum ve kuruluşlarına yönelik sahip oldukları güven ve inanç duygularının korunması, kamu kurum ve kuruluşlarına ve görevlilerine karşı toplumun sahip olduğu güvenin ve saygının azalmasının ve sarsılmasının önüne geçilmesidir.¹¹²

Diğer bir görüşte ise, toplumu oluşturan bireylerin sahip oldukları özgür iradelerinin korunmasının, korunan hukuki değeri olduğu ileri sürülmüştür.¹¹³

Korunan hukuki değeri hakkında ileri sürülen düşüncelerin hepsi bireyseldir, farklı yaklaşımların ürünüdür. Bu nedenle, hiçbirinin tam olarak yanlış olduğu ileri sürülemez.

¹⁰⁹ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s. 1064, KOCA, Mehmet Reis, "İrtikâp Suçu", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.0, S.6, 2015, s.250 GÖKCEN, İdarenin güvenilirliği ile birlikte kamu kurum ve kuruluşlarının yerine getirdikleri hizmetlerden yararlananların da korunduğunu ileri sürmüştür. GÖKCEN, Hasan Tahsin, "Türk Ceza Kanunundaki Bazı Genel Ve Özel Nitelikli Kamu Görevi Yükümlülük Suçları Görevi Kötüye Kullanma Zimmet-İrtikap-Rüşvet Ve Denetim Görevini İhmal Suçları", 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.630

¹¹⁰ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.66

¹¹¹ SOYASLAN, Doğan, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.684

¹¹² DÖNMEZER, Sulhi, "Özel Ceza Hukuku Dersleri", İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984, s. 114, KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, "Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler", Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 944

¹¹³ ÖZEN, Mustafa, "Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri", Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s. 702

Ancak, eksik oldukları tartışılabilir. Kanun koyucu kanunda hukuki değerler hakkında yapılan herhangi bir kesin değerlendirme veya açıklama yapmamıştır. Bu kavram kanun koyucu tarafından, doktrinde görüşlerin geliştirilmesine karşı açık tutulmuştur.

Benim, bu suçun koruduğu hukuki değerler hakkındaki görüşüm ise şudur; Bahsettiğim bu suç, ceza kanunumuzun yukarıda da bahsettiğim “*kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar*” başlığında yer almıştır. Buradan açıkça anlaşıldığı üzere kanun koyucu, kamu idaresinin güvenilirliğini ön plana çıkarmıştır. Ancak, yukarıda açıkladığım katıldığım görüşe göre, hukuki değerler temel hak ve hürriyetler anlamına gelmektedir. Bu nedenle temel hak veya hürriyet olmayan bu kavram, hukuki değer olarak kabul edilemez. Yine, kamu görevlilerinin ve kamu kurum ve kuruluşlarının saygınlığı da temel hak veya hürriyet olmadığı için korunan hukuki değer olamayacaktır.

Kanun koyucu, bu suç ile tek bir hukuki değeri korumaya çalışılmamıştır. Bu suçun koruduğu değerler birden fazladır. Bu değerlerin, malvarlığı hakkı, vücut dokunulmazlığı, hür irade, zilyetlik gibi çeşitli temel hak ve hürriyetlerin bu suçun koruduğu hukuki değerler oldukları söylenebilir.

III. İRTİKÂP SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI

A. İrtikâp Suçunun Faili

Failliğin ne anlama geldiği, TCK’nın 37. maddesinde açıklanmıştır. Bu madde de düzenlendiğine göre fail, kanuni tanımda bahsedilen suçu oluşturan fiilleri gerçekleştiren kişi veya kişilerdir. Ayrıca, 37/2. maddeye göre kişinin bir suçu işlemek için başka bir kişiyi, araç olarak kullanması halinde suç işlemek için araç kullanan kişi de fail olarak sayılacaktır.

Ceza hukukumuzda genel olarak faillik için iki şart söz konusudur. Bu şartlar, insan olmak ve canlı olmaktır.¹¹⁴ Bu şartlardan, kısaca bahsedecek olursak; insan olmak şartından, suçun failinin sadece gerçek bir kişi olabileceği, bir hayvanın¹¹⁵, ya da insan dışındaki diğer şeylerin fail olamayacakları anlaşılmaktadır. Ayrıca bu şarttan bir tüzel kişinin, herhangi bir suçun faili olamayacağı da anlaşılmaktadır. Tüzel kişiler, irtikap ve rüşvet de dahil olmak

¹¹⁴ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s.426

¹¹⁵ HAKERİ, a.g.e, s.133

üzere herhangi bir suçun faili olamayacaktır. Çünkü belirtildiği üzere fail ancak gerçek bir kişi olabilir. Tüzel kişinin suçun faili olamaması, tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin (çalışanlar vs.) fail olarak kabul edilmesine engel değildir. Yani irtikap suçunda fail, kamu görevlisidir. Gerçek kişilerin dışındakiler, herhangi bir suçun faili olamayacaklardır, bu nedenle de fail olarak cezalandırılmazlar ancak bunlar haklarında güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilebilir.

Diğer bir şart ise, canlı olmaktır. Suçun faili olabilecek olan gerçek kişinin hayatta olması gerekmektedir. Bilindiği üzere Medeni Kanun madde 28'e göre kişilik, sağ olarak ve tamamıyla doğma ile başlar. O zaman bir kişinin, herhangi bir suçun faili olabilmesi için sağ ve tam olarak doğması gerekir. Kişinin fail olabilmesi için halen hayatta, henüz kişiliği sona ermemiş olması gerekmektedir. Kişilikte ölümle sona erecektir.

Ceza hukukumuzda bazı suçlar için aranan özel bir şart vardır. Bu şart suçun failinin, işlendiği iddia edilen bir suçun kanunda düzenlendiği maddede belirtilen sığa sahip olması veya failin, yine ilgili madde de belirtilen özelliklere, niteliklere sahip olmasıdır.¹¹⁶ Bu özel şarta sahip olan suçlara özgü suç veya mahsus suç adı verilmektedir. Bu sıfat ve özelliklere örnek olarak, evli olma (TCK md.230/1), cinsiyet (TCK md.99/2, md.100), kamu görevlisi olma (TCK md.94, md.250) veya sırf askeri suçların işlenebilmesi için asker sıfatına sahip olma (ASCK md.66),¹¹⁷ bir bankanın yönetiminde bulunanların veya diğer çalışanların işleyebildiği banka zimmeti (5411 sayılı Bankacılık Kanunu md.160), ... verilebilir. Bahsetmekte olduğum bu suç, sadece kamu görevlisi sıfatına sahip olan bir kişi tarafından işlenebileceği için bir özgü suçtur.

Yargıtay irtikap suçu ile ilgili bir kararında: *“İrtikap suçu; memurun memuriyet görevini veya sıfatını kötüye kullanarak bir kimseyi kendisine veya başkasına haksız olarak para vermeye sair menfaatler temin veya vaadine icbar veya ikna etmesiyle oluşur. Bu suçun, en önemli özelliği bir görev suçu olması nedeniyle memurun görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken veya o işlemi yapabilecek durumda iken çıkar sağlamasıdır. ...”*¹¹⁸

Bu kararda irtikap suçunun bir özgü suç olduğu açıkça gösterilmiştir. Bunun yanında bu kararda, irtikap suçunu oluşturan fiillerin, failin görev ve yetki alanına girmesi gerektiğinden de bahsedilmiştir. Yani, fail kendi kamu görevinden dolayı sahip olduğu görev

¹¹⁶ DÖNMEZER/ERMAN, a.g.e, C.II, s. 451, HAKERİ, a.g.e, s139

¹¹⁷ Örnekler için bkz. HAKERİ, a.g.e, s.139-140, DÖNMEZER/ERMAN, a.g.e, C.II, s.451-452

¹¹⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 15.03.2004 T., 587/1894, Bkz. YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, "Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu", C. 5, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.7536

ve yetki alanına giren bir fiilden dolayı cezalandırılabilir. Bu konu doktrinde tartışmalara neden olmuş bir konudur. Tezin ileri sayfalarında daha ayrıntılı bir şekilde bahsedilecektir.

İrtikap suçunun failinin sadece kamu görevlisi olabilir. Kamu görevlisinin tanımı önceki sayfalarda ayrıntılı bir şekilde yapılmıştır. Bu konuda daha fazla açıklama yapmaya gerek yoktur.

B. İrtikâp Suçunun Mağduru

Her suçun bir faili olduğuna göre bir mağduru da olmalıdır. Mağdur, suçun pasif süjesi olarak da adlandırılmaktadır.¹¹⁹ Mağdur, failin gerçekleştirdiği fiili ile meydana gelen suçtan zarar gören kişi veya suç nedeniyle zarar gören bir malvarlığı değeri veya bir hak söz konusuysa, o değer, hakkın sahibidir.

Suçta; mağdurun dışında, suçtan zarar görenlerde söz konusu olabilir. Suçtan zarar görenler, failin gerçekleştirdiği fiil ile doğrudan doğruya zarar görmeyip, failin fiilinin etkisiyle zarar gören diğer kişiler olarak tanımlanabilir.¹²⁰ Failin işlediği suç nedeniyle zarar gören tek kişi, bu suçun mağduru olmak zorunda değildir, bununla birlikte başka kişiler de bu suç nedeniyle dolaylı şekillerde zarar görebilir. Bir fiil, doğrudan verdiği zarar yanında, dolaylı olarak başa kişilere de zarar verebilir. Ancak, bir suçta çoğu durumda tek bir zarar gören vardır. O da failin işlediği suçun mağdurudur.¹²¹

Yargıtay bir kararında, mağdur ve suçtan zarar görenleri doktrinden alıntı yaparak, şu şekilde tanımlamıştır: *“Ceza hukukunda ise mağdur kavramı, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişilerdir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak gerçek bir kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri mümkün ise de bunlar mağdur olamayacaklardır. Suçtan zarar gören ile mağdur kavramları da aynı şeyi ifade etmemektedir. Mağdur suçun işlenmesiyle her zaman zarar görmekte ise de suçtan zarar gören kişi her zaman suçun*

¹¹⁹ ÖZEN, a.g.e, s.707

¹²⁰ DÖNMEZER/ERMAN, a.g.e, C.II, s.454

¹²¹ HAKERİ, a.g.e, s. 140

mağduru olmayabilir. Bazı suçlarda mağdur belirli bir kişi olmayıp; toplumu oluşturan herkes (geniş anlamda mağdur) olabilecektir.”¹²²

Yargıtay verdiği bu kararda, açıkça vurgulamıştır ki zarar gören ile mağduru kavramları birbirlerinden farklıdır. Bu nedenle söz konusu bu iki kavramın aynı kişide birleşmek zorunda olmadığı da Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.

Burada, mağdurun tüzel kişi olup olamayacağından da bahsetmek gerekir. Doktrinde bazı yazarlar, tüzel kişilerin, işlenen bir suçun mağduru olabileceklerini iddia etmişlerdir.¹²³ Ancak yukarıda belirttiğim kararda Yargıtay’ın kabul ettiği görüş, tüzel kişilerin herhangi bir suçun faili olamayacağı gibi mağduru da olamayacaklarına ilişkindir. Ancak Yargıtay tüzel kişilerin sadece mağdur olamayacaklarını kabul etmektedir. Yani tüzel kişiler, suçtan zarar gören olabileceklerdir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, devletin de bahse konu olan bu irtikap suçu nedeniyle, zarara uğrayan kişi ile birlikte suçun diğer mağduru olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.¹²⁴

Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre, irtikap suçunun mağdurunun bir tüzel kişi olmasının mümkün olmadığı, suçun mağdurunun sadece gerçek bir kişi olabileceğini savunmuştur.¹²⁵

Bir diğer görüş ise bu suçun mağduru olarak; suçu oluşturan fiillerin gerçekleştirildiği gerçek kişi olarak kabul etmiştir ve devlet tüzel kişiliğinin ve diğer tüzel kişilerin irtikap suçunun mağduru olabilecekleri görüşlerini reddetmiştir. Bu görüşe göre bu tüzel kişiler, suçun mağduru değil suçun zarar görenleri olacaklardır.¹²⁶

Başka bir görüş de ise diğerlerinden farklı olarak, toplumun bu irtikap suçun mağduru olduğu görüşünü ileri sürülmüştür.¹²⁷ Kamu idaresinin güvenilirliğine karşı işlenen suçlar, uyuşturucu kullanma suçu gibi ceza kanunumuz da düzenlenen bazı suçlarda, söz konusu suçun mağdurunun kim olduğu tam olarak belli değildir. Bu durumlarda suçun mağdurunun

¹²² Yargıtay C.G.K., 19.02.2013 T.,2012/6-1490 E., 2013/59 K. Bkz. ŞAHİN, Ozan Giray/EZER, Burcu/ÖZCAN, Numan/ATASOY Kemal, "Yargı Kararları", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2015, s.156, SEÇKİN, Mehmet Beyhan, "Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikayetçinin Hakları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.0, S.15, 2020, s.624, dn.8

¹²³ DÖNMEZER/ERMAN, a.g.e, C.II, s.454-455, KATOĞLU, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Mağdur Kavramının Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, S.2, 2012, s.672

¹²⁴ SOYASLAN, a.g.e, (Aktarılan: MANZİİ V. 1913, s. 100), s.684

¹²⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1280, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s. 1054,

¹²⁶ DÖNMEZER, a.g.e, s.116, ARTUK/GÖKCAN, a.g.e, s.1076

¹²⁷ ÖZGENÇ, İzzet, "Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar", Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.174

bütün toplum olarak kabul edilmiştir.¹²⁸ Uyuşturucu kullanma suçunun faili, uyuşturucu kullanan kişidir. Ancak suçun mağdurunun kim olduğu açıklanamamaktadır. İrtikap suçu, idarenin güvenilirliğine ve saygılığine zarar veren bir suç olduğundan, bu suçun mağduru olarak toplumu kabul etmek gerekmektedir.

İrtikap ve rüşvet gibi suçların toplumda yozlaşmaya neden olması ve topluma ve kamu düzenine zarar vermekte, kamu görevlilerine duyulan saygı ve güveni azaltmakta ve zarar vermektedir. Bu görüşte, irtikap suçu aslında tüm topluma zarara uğratmıştır. Bu nedenle toplumun tamamının, bu suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Başka bir görüşte, bu suç nedeniyle kamu görevlisinin bağlı olarak, görevini sürdürdüğü kamu kurum ve kuruluşlarının, güvenilirliğini ve bu kurum veya kuruluşların saygınlığını olumsuz olarak etkileyecektir. Bu nedenle bu kamu görevlisinin görevini yerine getirdiği, kamu kurum ve kuruluşlarının, bu suçtan zarar görenler olarak kabul edilmeleri gerektiğine yönelik görüşü ileri sürülmüştür.¹²⁹

Bu görüşler değerlendirildiğinde, bu suçun mağdurunun icbara uğrayan, aldatılan ya da hatasından yararlanan gerçek kişi olduğu ve bu kişilerle birlikte bütün toplumun da bu suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Kamu görevlisinin çalıştığı yer ise bu suçtan dolayı zarar gören olacaktır. Çünkü gerek kamu tüzel kişileri gerekse özel tüzel kişiler, Yargıtay kararında da bahsedildiği üzere ancak bir suçtan zarar gören olabilirler. Bir suçun mağduru ise ancak gerçek kişi olacaktır. Tüzel kişinin özel hukuka ya da kamu hukukuna göre kurulmasının bir önemi yoktur. Gerçek kişilerin dışında kalanların, sadece kanundaki suçlardan zarar görenler olabilecekleri açıklanmıştır. Bu nedenle Devlet tüzel kişisi de gerçek kişi değil de kamu tüzel kişisi olduğundan, mağdur değil suçtan zarar gören olarak kabul edilecektir.¹³⁰

¹²⁸ HAKERİ, a.g.e, s.141

¹²⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7538

Yargıtay'da verdiği bir kararda kamu kurumunun suçtan zarar gören olduğunu kabul etmiştir: *"Sanık hakkında icbar suretiyle irtikap suçundan açılan kamu davasının zarar göreni olup, 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 gereken Orman ve Su İşleri Bakanlığına usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması..."* Yargıtay 5. C.D., 13.02.2018 T., 2014/12360 E., 2018/713 K. Bkz. SEVÜK, a.g.e, s.477, dn.265

¹³⁰ Yargıtay'da verdiği bir kararda Devletin suçtan zarar gören olduğunu söylemiştir: *"CMK'nın 260/1. Maddesine göre katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olan Hazinesinin kanun yoluna başvurma hakkının bulunması ve hükmün 19/08/2014 havale tarihli dilekçeyle vekili tarafından temyiz edilmesi karşısında, 3628 Sayılı Kanun'un 18. Maddesindeki "... Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde Maliye Bakanlığı başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır" düzenlemesinin verdiği yetkiye ve CMK'nın 237/2*

Ancak Yargıtay yakın tarihli verdiği kararlarda, İrtikap suçunun mağdurunun bütün toplum olduğunu, irtikap suçunun zararına işlendiği diğer kişilerin ise bu suçtan zarar görenler olacakları kabul edilmiştir.¹³¹ Ancak bu görüşün tam olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu suçun mağdurunun toplum olduğu doğrudur. Fakat yukarıda da açıklandığı üzere, suçtan doğrudan doğruya zarar gören gerçek kişinin de mağdur olarak sayılması gerekmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu görüşü hatalıdır.

C. Fiil

Daha önceden de bahsettiğim üzere, irtikap suçu, üçe ayrılmaktadır. İlki, icbar ile işlenen, ikincisi ise ikna ile işlenen, üçüncüsü mağdurun hatasından faydalanma ile işlenen halleridir. İrtikap suçu, seçimlik hareketli bir suç değildir. Bu suçlar, aynı kanun maddesinin içinde düzenlenmiş olsa da aslında birbirinden farklı bağımsız suçlardır. Yani suçun işlenmesi için madde de fıkralarda yer alan üç farklı hareketin birinin gerçekleşmesi ile madde de düzenlenen irtikap suçunun üç halinden biri işlenmiş olacaktır. Maddenin fıkralarında yer alan birbirinden farklı hareketler, irtikap suçunun aynı halini oluşturmayacaktır. Bu suçlara kanun koyucu tarafından da ilgili fıkralarda farklı cezalar öngörülmüştür.¹³²

Kanun koyucu, irtikap suçunun düzenlendiği madde de açıkça belirtmese de bu üç suç hakkında TCK md.250'de hukuka aykırılık derecesine göre bir önem sıralaması yapmıştır. Cebir içeren, irtikabın en ağır hukuka aykırılık unsurunu taşıyan icbar suretiyle irtikap suçu, aralarında en ağır ceza ile birlikte 1. fıkra düzenlenmiştir.¹³³ İkinci fıkra ise ilk fıkraya oranla daha az hukuka aykırılık unsuru taşıyan ancak mağdurun özgür iradesini ihlal eden ikna suretiyle irtikap suçu, daha az bir cezayla düzenlenmiştir. Üçüncü sırada ise mağdurun düştüğü hatadan yararlandığı, daha hafif hukuka aykırılık unsurunu taşıyan ve en az cezanın öngörüldüğü hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu düzenlenmiştir. Bu sıralama ve bu öngörülen cezalar dikkate alındığında kanun koyucunun bu şekilde bir sıralama yaptığı açıktır.

maddesine dayanılarak Hazinesin kamu davasına katılan olarak kabulüne ... " Yargıtay 5. C.D., 28.12.2017 T., 2014/9814 E., 2017/5715 K. Bkz. SEVÜK, a.g.e, s. 477, dn.266

¹³¹ Yargıtay 5. C.D., 02.07.2019 T., 2015/12516 E., 2019/6680 K., Yargıtay 5. C.D., 10.05.2018 T., 10759/3541 Bkz. GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.635, dn.863

¹³² ÖZGENÇ, a.g.e, s.163

¹³³ YURTCAN, Erdener/İRTİŞ, Begüm, "Rüşvet-Zimmet-İrtikap Görevi Kötüye Kullanma (Kamu Yönetimine Karşı Öteki Suçlar), Güncellenmiş 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.447

1. İcbar Suretiyle İrtikâp

Suçun bu hali, ceza kanunumuzun 250 no'lu maddesinin 1no'lu fıkrasında düzenlenmiştir. Bu halin işlenebilmesi için kamu görevlisinin, yerine getirdiği görevin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullanması ve bu suretle, bir başkasına (faile veya başka bir kişiye) yarar sağlaması veya söz konusu olan bu kişilere, yarar sağlamak için bir vaatte bulunması gerekmektedir.

1.a. İcbar

İcbar, sözlükte zorlama, zorunda bırakma anlamına gelmektedir.¹³⁴ Bu tanım ile kanun düzenlemesini birlikte değerlendirirsek, fail olan kamu görevlisinin, mağduru yarar sağlamaya veya yarar sağlanacağına ilişkin vaatte bulunmasına zorlamasıdır.

Fıkranın gerekçesinde belirtildiği üzere; icbarın düzeyinin, ceza kanunumuzda yer alan diğer bir suç olan yağmanın unsuru olan cebir ve tehdidin seviyesine çıkmaması gerekmektedir. Yoksa irtikap suçunun icbar suretiyle işlenmesi halinin oluşmasından bahsedilemeyecektir¹³⁵

Söz konusu maddenin ilgili fıkrasının gerekçesinde, bu zorlamanın ya da zorunda bırakmanın TCK'da yer alan yağma suçunu oluşturmaması yani icbara ilişkin fiillerin yağma suçunda yer alan zorlama kadar ağır seviyede olmaması aranmıştır. Ancak, bu zorlamanın yine de kişinin iradesini belirli bir seviyede baskı altında tutması gerekmektedir. Yani, zorlamanın ağırlığı yağma suçunun ağırlığına ulaşmasa da mağdurun zorlamanın etkisinden rahat bir biçimde kurutulabileceği bir durumda da olmamalıdır.¹³⁶

Yargıtay'ın uygulamasına göre, icbar terimi manevi cebir anlamına gelmektedir. Söz konusu bu cebir unsurunun manevi tazyikle, zorlamayla gerçekleşmesi gerekmektedir. Mağdur, bu manevi tazyikin doğurduğu korkunun etkisi altında kalarak, bizzat faile veya başka bir kişiye istenen menfaati sağlayacaktır. Ancak söz konusu bu cebrin, manevi değil de

¹³⁴ İCBAR, <https://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi Tarih:08.03.2023)

¹³⁵ ARSLANTÜRK, Mustafa, "Zimmet, İrtikap ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları BAM 6. CD Kapsamındaki Suçlar-I (TCK 247-266 Maddeler)", 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 209, DÖNMEZER, a.g.e, s.116, GÖKCAN, a.g.e, 2022, s. 650

¹³⁶ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.72

maddi olması halinde failin artık icbar suretiyle irtikap suçundan dolayı değil, yağma suçunu işlediği için yargılanacaktır.¹³⁷

Mağdur, failin tarafından uygulanan bu cebirden, zorlamadan, baskıdan kendini kurtarabilmesi için failin talep ettiği yararı sağlamaktadır. Mağdur, bu yararı faile veya başka bir kişiye sağlayarak, uğrayabileceği başka bir zarardan, söz konusu zarara ek olarak uğrayabileceği diğer zararlardan ya da daha büyük bir zararın söz konusu olmasından korunmayı amaçlamaktadır.¹³⁸

Yine başka bir kararda ise icbarın ne olduğu tam olarak açıklanmıştır: *“İcbar kelimesi manevi cebir anlamında olup cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi halinde icbar gerçekleşmiş sayılacak maddi cebir kullanılması halinde ise eylem yağma suçunu oluşturacaktır. Yine manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma imkânı bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dahildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaat edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi, icbar için yeterlidir. Bu nedenle de icbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı, somut olayın özellikleri ve nesnel koşullar nazara alınarak, hâkim tarafından takdir edilmelidir.”*¹³⁹

Karara göre, icbar içeren fiiller ile mağdurun korku duygusunun etkisi altına alınması gerekmektedir. Söz konusu bu manevi cebir, yağma suçunu oluşturan maddi cebir kadar ağır

¹³⁷ Yargıtay C.G.K., 25.11.2014 T., 2014/77 E., 2014/510 K. Bkz. SARITAŞ, a.g.m, s.692-693, dn.30

Maddi cebrin söz konusu olması halinde yağma suçunun oluşacağına ilişkin başka Yargıtay kararları: Yargıtay C.G.K., 30.03.2010 T., 2009/5-167 E., 2010/70 K., Yargıtay C.G.K., 18.05.1999 T., 5-119/121

Kararlar için bakınız; YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7549, dn.2306

¹³⁸ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.72

¹³⁹ Yargıtay C.G.K., 29.01.2023 T., 5-1269/26 Bkz. ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e., s.1067

“TCK’nın 209/1. Maddesinde düzenlenen icbar suretiyle irtikap suçundaki icbar kelimesi manevi cebir anlamındadır. Cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suç işlenmesi halinde icbar gerçekleşmiş sayılacaktır. Maddi cebir kullanılması halinde fiil esasen yağma suçunu oluşturur. Manevi cebrin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket icbar kavramına dahildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaad edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi, icbar için yeterli olup, icbar suretiyle irtikap paranın verilmesi, menfaatin sağlanması veya vaad edilmesi ile tamamlanır.

İcbardan maksat, iradesinin oluşumunu etkileyecek ve yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına neden olacak biçimde şiddet veya tehdit ile baskı yapmaktır. O halde irtikap suçunda icbardan söz edebilmek için failin hareketlerinin yaşamın normal akışı içerisinde bir kimse üzerinde baskı yaratmaya, onu kendisinin tehdit edilmiş olarak hissetmesine elverişli olması gerekir.” Yargıtay, C.G.K, 18.05.1999 T., 119/121, GÖKCAN, a.g.e, s.522

olmasa da mağdurun etkisinden kolay bir şekilde kurtulamayacağı bir şiddette olmalıdır. Yani icbar içeren fiillerin, hafif şiddette olmaması gerekmektedir.¹⁴⁰ Buradan anlaşılması gereken icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturan manevi cebrin, yağma kadar ağır ya da mağdurun kolayca kurtulabileceği derecede hafif olmamalı, ikisinin ortasında bir derecede olmalıdır. İcbar fiili doğrudan mağdura karşı gerçekleştirilebileceği gibi, dolaylı bir şekilde de mağduru etkileyebilir. İcbarın, mağdurun iradesini baskı altına almaya elverişli olmalıdır.

Yargıtay kararında ve doktrinde belirtildiği üzere, somut olayda icbarı oluşturan manevi cebrin varlığı ve bu cebrin, mağdur üzerinde korku oluşturup oluşturmadığı, mağdurun bu cebirden kolayca kurtulup kurtulamayacağı, failin uyguladığı cebrin mağdurun hür iradesini etkileyip etkilemediği gibi unsurlar somut olayda hâkim tarafından değerlendirilecektir.¹⁴¹

Cebrin maddi olması hali, mağdura şiddet uygulanması veya mağdurun vücut bütünlüğü vb. değerlerine yönelik çeşitli tehditlerde bulunulması gibi hukuka aykırılık unsurlarının ağır boyutlarda olduğu çeşitli durumlarda söz konusu olacaktır. Cebrin bu halinde yukarıda belirttiğim ve kanun koyucunun gerekçede de belirttiği üzere ceza kanunumuzda yer alan diğer bir suç olan yağma suçunun işlenmesi söz konusu olacaktır.¹⁴²

Manevi cebrin varlığının, somut olayda hâkim tarafından değerlendirilmesi sırasında kanıtlanabilmesi için somut olayda yeterli delilin bulunması gerekmektedir. Yargıtay verdiği bir kararda icbarın varlığına ilişkin yeterli ve inandırıcı delillerin varlığını aramıştır. Bu derecede delillerin söz konusu olmaması halinde sanığın icbar suretiyle irtikap suçunu işlediği kabul edilmeyecek ve bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır.¹⁴³

Failin manevi cebir içeren fiillerinin, mağduru korku ve baskı altına alması gerekmektedir. Bu manevi cebir nedeniyle mağdurun mental sağlığı baskı altına alınmalı,

¹⁴⁰ Yargıtay başka bir kararında da aynı açıklama yapılmıştır: "İcbar suretiyle irtikap suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket icbar kavramına dahildir. Manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir." Yargıtay 5. C.D., 19.02.2013 T., 2012/2031 E., 2013/1251, YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7566-7567

¹⁴¹ Erman/Özek, a.g.e, s.75, SEVÜK, a.g.e, s.483

¹⁴² SARITAŞ, a.g.m, s.693-694, Artuk/Gökcan, a.g.e, s.1068, YERDELEN, a.g.m, s.450, Evik, a.g.m, s.63

¹⁴³ " ... İncelenen olayda sanığın Haydar'ı icbar ederek özel otosuna benzin aldirttiğine veya almadığı takdirde kendisini ve kardeşini serbest bırakmayacağını söylediğine ilişkin yeterli ve inandırıcı delil yoktur. Aksine icbar etmediğine dair bizzat benzin alan tanık Haydar'ın "sanık bana benzin alırsanız sizi serbest bırakırım diye bir şey söylemedi" şeklinde Ağır Ceza Mahkemesinde duruşmada da tekrarladığı 15.2.1985 tarihli savcılık beyanı bulunmaktadır... " Yargıtay C.G.K., 22.05.1989 T., 138/195, Bkz. YAŞAR, a.g.e, s.467

zarar görmelidir ve bu nedenle mağdur sağlıklı bir şekilde düşünmemelidir.¹⁴⁴ Ancak bu korkunun ve baskının varlığı ve mağduru etki altına alıp almadığı hâkimlerce somut olayda objektif olarak değerlendirilecektir.¹⁴⁵ Objektif değerlendirmeden anlaşılan, icbar fiillerinin mağdurun hür iradesini etkilemeye, baskı altına almaya elverişli olmasıdır. Ancak, mağdurun sübjektif olarak bu manevi cebirden etkilenmesi gerekmemektedir. Ayrıca mağdur, bizzat faile ya da failin göstereceği kişiye sağlayacağı veya vaat edeceği yararın hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerekmektedir.¹⁴⁶

Yargıtay kararlarında manevi cebrin, mağdurun iradesini baskı altına almaya, etkilemeye elverişli olması gerekmektedir. Yüksek mahkeme tarafından verilmiş olan bir kararda; mağduru icbar ederek irtikâp suçu işlediği iddia edilen kişi, kendisini emniyette otomobil hırsızlık şubesinde çalışmakta olan bir polis olarak tanıştırmıştır. Ayrıca, irtikâp suçunun mağdurunun bir arkadaşının da karakolda gözaltında olduğunu ve ifadesi alınırken işkenceye maruz kaldığını ve bu şekilde alınan ifadesinde irtikap suçunun mağduru olan kişi ile araba hırsızlığı suçunda ortak olduklarını söylediğini iddia etmiştir. Polis olduğunu iddia eden kişi, suçun mağdurunu ceza almaktan kurtarma vaadi ile mağdurdan eski parayla beş milyar Türk lirası istemiştir. Bu kişinin, uyguladığı manevi cebirden korkan mağdur bir gün sonra bahsedilen bu paranın yarısı olan iki buçuk milyar Türk lirasını, bir otel de polis olduğunu iddia eden şahısa teslim etmiştir. Yargıtay; icbar halinin varlığı için, bu olayda polislik sıfatına haiz olduğu iddiasıyla suçun mağdurdan para alan şahsın, sadece bu unvanı/sıfatı kullanmasının yeterli olacağı sonucuna ulaşmıştır.¹⁴⁷

Bahsettiğim bu cebrin, mağduru mutlak olarak etkilemesinden söz edilmemiştir. Yani mağduru baskı altına almaya elverişli bir icbar fiili olsa da mağdur failin bu fiilinden etkilenmek zorunda değildir. Mağdurun icbar fiilinden etkilenmemesi durumunda, bu suç teşebbüs halinde kalmış olacaktır.¹⁴⁸ Ancak Yargıtay'ın bu konu hakkındaki görüşü icbar suretiyle irtikap suçuna teşebbüs değil, görevi kötüye kullanmadır.¹⁴⁹

Yargıtay'ın bu konu hakkında verdiği karar şu şekildedir; somut olayda suç işlediği iddia edilen kişi, mağdurun alamadığı iki istihkakının ödenmesi karşılığında elli bin liradan

¹⁴⁴ YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s.448

¹⁴⁵ YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s.450

¹⁴⁶ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.74-75, ÜZÜLMEZ, İlhan. "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikâp Suçu (M.250)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.2, 2006, s.284

¹⁴⁷ Yargıtay 5. C.D., 03.05.2004 T., 133/3635, EROL, a.g.e, s.1183

¹⁴⁸ ÖZGENÇ, a.g.e, s.168, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1286, ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.285, GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.654

¹⁴⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1286

iki kere, yani toplam yüz bin lira ödeme istemiştir. Eğer söz konusu bu parayı teslim etmezse istihkaklarını alamayacağını söyleyerek, istenilen meblağı getirmesi için iki gün sonra saat 14.00'a kadar süre vermiştir. Daha sonra mağdurla yaptıkları diğer bir görüşmede, ilk görüşmede istenilmiş olan yüz bin liradan vazgeçilerek mağdura “*gönlünden ne geçerse ver*” denilmiştir. Bunun üzerine istihkak ödemelerini hiç alamayacağı düşüncesine kapılan ya da ödemelerini alabilmek için çok uzun süreler daha beklemesi gerektiğini düşünen mağdur, elli bin lira vermiştir. Yargıtay’ın görüşüne göre bu olayda söz konusu olan icbar eylemleri, suçun mağdurunu etki altına alabilecek yeterlilikte değildir. Bunun nedeni, suçun failinin kullandığı “*gönlünden ne geçerse*” tarzındaki ifadeler bu suçu işleyebilmek için aranan baskıyı, zorlamayı oluşturmamaktadır. Bilindiği üzere suçun bu halinden dolayı, suç işleyen kişinin cezalandırılabilmesi için icbar içeren eylemlerin suçun mağduru üzerinde belirli bir düzeyde manevi baskı ve zorlamaya neden olması gerekmektedir. Bu kararda söz konusu olan bazı ifadeler nedeniyle, icbar Yargıtay tarafından aranan yeterli düzeye ulaşamamıştır. Bu nedenle, somut olaydaki zorlamanın suçun mağdurunun iradesine etki etmediği kabul edilmiştir. Bu yüzden irtikap suçunun ilk halinin değil, görevin kötüye kullanılması suçunun oluştuğuna karar verilmiştir.¹⁵⁰

Verilen diğer bir kararda, trafik şube de çalışmakta olan suç işlediği iddia edilen kişi, Mardin de minibüs şoförlüğü yapan mağdurdan, emniyet teşkilatının bazı gereksinimlerinin karşılanması için para vermesini istemiştir. Mağdur, vermesi istenilen para karşılığında makbuz isteyince bu sefer suçun faili, mağdurdan başka bir nedenle para vermesini istemiştir. Bu durumda mağdur ve mağdurun aynı işi yaptıkları arkadaşları, yaptıkları minibüs şoförlüğü işini sürdürebilmelerinin zorlaşacağından korkarak, çekinerek bu suçun failine iki yüz elli milyon Türk lirası vermişlerdir. Yargıtay, bu durumda da gerçekleşen icbar eylemlerinin yeterli düzeyde olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle irtikap suçunun icbar suretiyle

¹⁵⁰ Yargıtay C.G.K., 06.11.1989 T., 1989/5-265 E. 1989/355 K., EVİK, Vesile Sonay, “İrtikap Suçu”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, 2007, s.64, KANBUR, Mehmet Nihat, “6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu (TCK m.250)”, (Aktarılan: Y.K.D., 1990, Mart, s.436) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, 2013, s.1191, dn.74, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1286, dn.429, ÖZGENÇ, a.g.e, s.168, dn.16
Başka bir karar:“... Olayda sanığın icbar boyutuna varmayan müşterilerden para isteme ve alma şeklinde gerçekleşen eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu ve 5237 sayılı TCK. Hükümleri de irdelenerek sanığın cezalandırılması gerektiği halde yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, kanuna aykırıdır.” Yargıtay 5. C. D., 08.12.2005 T., 2004/5756 E., 2005/22725 K. Yargıtay Kararları, <https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari?EsasNo1=2004&EsasNo2=5756&Merci=4083>, (Çevrimiçi Tarih:11.03.2023), Bkz. EVİK, a.g.m, s.65, dn.67

işlenmesinin değil de görevin kötüye kullanılması suçunun incelendiği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.¹⁵¹

Bu kararda, failin uyguladığı icbar mağduru etkilememiştir. Çünkü bu olayda icbar belirli bir şiddete ulaşmamıştır. İcbar içeren fiiller yeterli seviyeye, şiddete ulaşmadıklarından dolayı, söz konusu olayda Yargıtay Ceza Genel Kurulu icbar suretiyle irtikap suçu değil de görevin kötüye kullanılması suçunun işlendiğine yönelik bir değerlendirilme yapmıştır. Ancak, bilindiği üzere bir suça teşebbüs edilebilmesi için fail veya faillerin söz konusu suçun, icrai hareketlerine başlamış olması ancak failden kaynaklı olmayan bir nedenle başlamış olduğu bu icra hareketlerini tamamlayamaması gerekmektedir. Kararda geçen olayda, fail icra hareketlerine başlamış ancak failin cebir içeren hareketlerinden mağdur etkilenmediği için yani failden kaynaklı olmayan başka bir nedenden dolayı, suç tamamlanamamıştır. Benim görüşüme göre bu karar hatalıdır. Bu olayda icbar suretiyle irtikap suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır. Doktrinde de bazı yazarlar Yargıtay'ın görevin kötüye kullanılması olarak yaptığı nitelendirmeyi doğru bulmamıştır.¹⁵²

Doktrinde bu görüşün aksini savunanlar da vardır. Bu görüşe göre, mağdur, failin icbarından, baskısından kolayca kurtulabilecekse, diğer görüşlerin aksine rüşvet suçunun oluştuğu iddia edilmiştir.¹⁵³

Bu görüşe göre; icbar fiilinin mağduru etkilemeye elverişli, mağduru baskı altına almaya uygun olması gerekmektedir. İcbar içeren fiiller, belirli bir seviyede, ağırlıkta olmalı ve mağdurun bu fiillerin etkilerinden kolayca kurtulabileceği bir seviyede olmamalıdır. Yukarıda belirtilen görevin kötüye kullanılması kararlarının yanında Yargıtay'ın yeterli seviyeye ulaşmayan icbarın söz konusu olması durumunda icbar suretiyle irtikap suçu veya görevin kötüye kullanılması suçunun değil, rüşvet suçunun işlendiğini kabul eden kararları da vardır.¹⁵⁴

¹⁵¹ Yargıtay 5. C.D., 08.12.2005 T. 5752/22725 GÖKCAN, a.g.e, s.520

¹⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1286, ÖZGENÇ, a.g.e, s.168, dn.16,

Karşı çıkan başka bir görüşte failin mağdurdan para istemesi, mağdurun bu parayı vermemesi halinde, hak ettiği istihkakı hemen alamamasının mağdurun iradesini yeterince baskı altına alan bir durum olduğundan bahsedilmiştir. EVİK, a.g.m, s.64, dn.66

¹⁵³ ÖZGENÇ, a.g.e, s.168-169, YERDELEN, Erdal, "İrtikâp Suçu (TCK mi250)", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, s.452

¹⁵⁴ "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 yaptırarak, bazı noksanlıklarımız var, 5.000.000 verirsene tapu işlerini öncelikle bu gün hallederim" dediği, müştekinin de bu teklifi

Yargıtay, bir kararında: “...Suçun tespiti ve failin yakalanması için seri numaraları tespit edilen 400 TL’nin müştekiler tarafından 11/07/2003 günü orman işletme şefliğindeki odasında sanığa verildiği ve takiben tertibat alan kolluk görevlileri tarafından yakalandığı, paranın sanığa ait yeleğin cebinde bulunduğu anlaşılmakla müştekilerin sanığa herhangi bir vaatte bulunmaksızın ilgili kolluk birimine derhal müracaatla şikayetçi olmalarına ve baskıdan kolayca kurtulma imkanları bulunmasına göre olayda icbar boyutuna ulaşmış bir zorlamadan söz edilemeyeceğinden irtikap suçunun cebir veya ikna unsurlarının yasa, öğreti ve uygulamanın kabul ettiği anlamda oluşmadığı, sabit olan eylemin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nın 212/1, 61. Maddelerinde yer alan rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturacağı, ...”¹⁵⁵

Kararda bahsedildiği üzere, mağdurun faile veya başka bir kişiye yarar sağlamak veya vaatte bulunmak yerine mağdurun, failin icbar içeren fiillerin kolluk görevlilerine veya savcılığa şikâyetle bulunarak, failin uyguladığı bu baskıdan kolayca kurtulabilme imkânı vardır. Yargıtay, bu imkânın söz konusu olduğu durumlarda kanunun aradığı cebir seviyesinin mevcut olmadığını kabul etmiştir ve icbar suretiyle irtikap suçuna teşebbüsten cezalandırılması kanuna aykırı bulmuştur. Rüşvet almaya teşebbüs suçundan cezalandırılma hakkında da yukarıda yaptığım açıklamayı tekrardan hatırlatmak istiyorum. Söz konusu olayda fail elverişli hareketlerle icra fiillerine başlamıştır ancak bu fiiller mağduru etkileyecek seviyeye çıkamamıştır. Mağdur, failin icbarından etkilenmemiştir. Buna göre somut olayda suç, failden kaynaklanmayan bir sebeple tamamlanamamıştır. Bu nedenle irtikap suçunun söz konusu halinin teşebbüs halinde kalmasından bahsedilecektir.

kabul ettiği ve paranın aynı gün öğleden sonra verilmesini müteakip yapılan operasyonla ele geçirildiği anlaşılmış, oluş mahkemece de benzer biçimde kabul edilmiş olmasına göre, tehdit edici ve icbar oluşturan herhangi bir söz ve davranışı olmayan ve henüz memuriyetine ait vazifesini de suistimal 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 irtikap olarak kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 5. C.D., 30.09.1998 T., 2335/3445 YAŞAR, a.g.e, s.467-468, ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.285, dn.56

Benzer bir karar: “5237 sayılı TCK’nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 250/1. Maddesindeki düzenlemeye göre; cebri irtikap suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlamasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesinin gerektiği, somut olayda ne sanıkların kanunun öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı gibi mağdurun meşru zeminde de bulunmadığı bu itibarla irtikap suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, sanıkların görevlerinin gereklerine aykırı olarak %0,50 promil üzerinde alkollü olarak araç kullanan Mehmet hakkında cezai işlem yapmamak suretiyle, yapması gereken bir işi yapmamak için para istemeleri ve Mehmet Ç.’nin da 240,00 TL parayı sanıklara vermesi şeklindeki eylemin, hukuki niteliği itibarıyla rüşvet almak suçu kapsamında kaldığı gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.” Yargıtay 5. C.D., 14.02.2013 T., 2012/488 E., 2013/1194 K. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7568

¹⁵⁵ Yargıtay 5. C.D., 13.02.2013 T. 2012/2883 E., 2013/1141 K. Bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7568-7569

Yargıtay bir başka kararında, ikna suretiyle irtikap ile ilgili olsa da icbar suretiyle irtikap suçunda da uygulanabilecek bir konudan bahsedilmiştir. Bu karar da: *“Sanığın H. ilçe Jandarma Komutanlığında idari işler astsubayı olarak görevli olduğu, katılanın Sarıgöl’de çalınan traktörünün izini takip ederek H.’a geldiği ve sanığa müracaat ettiği, araştırma yapılacağını söyleyerek katılanı gönderdikten birkaç gün sonra telefonla arayarak, arama faaliyetinde kullanılmak üzere 150 TL para istediği, Ziraat Bankası H. Şubesinde görev yapan Süleyman adına havale edilen parayı alması şeklinde gelişen olayda sanığın, katılından parayı traktörü aramada yardımcı olacak kişilere vermek üzere istediği, katılanın kolluğun adli görevini ifa ederken herhangi bir bedel talep edilmeyeceğini bilmesi gerektiği ve parayı üçüncü kişiler için vermesi de gözetildiğinde olayda ikna suretiyle irtikap suçu unsurlarının oluşmadığı; eylemin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği halde yazılı şekilde karar verilmesi ...”*¹⁵⁶

Bu kararda Yargıtay, kolluğun görevlerini ifa ederken herhangi bir şekilde bedel, ücret vs. talep etmeyeceğinin mağdurca bilinmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu karar, ikna suretiyle irtikap suçu hakkında verilmiş olsa da icbar suretiyle irtikap içinde çok rahat bir şekilde uygulanabilir. Bu kabullenişle, kolluk görevlilerinin mağdurdan para talep etmesi halinde, mağdurun kolluk görevlilerinin kendisinden para istememeleri gerektiğini bilmesi ve buna göre hareket etmesi gerekmektedir. Ancak bu kararda şu şekilde bir sorun vardır. İrtikap suçu kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Kolluk görevlileri de dahil olmak üzere hiçbir kamu görevlisi, görevlerini yerine getirirken yasal bir dayanağı olmadığı sürece bedel, masraf talep edemez. Ancak, bu suçun özünde kamu görevlisinin icbar ve ikna suretiyle ya da hatadan yararlanarak mağdurdan yarar sağlanması vardır. Bu sağlanan yarar, tahmin edilebileceği üzere genellikle paradır. Bu görüşün yaygın olarak uygulanması durumunda irtikap, rüşvet gibi suçların uygulanma alanı oldukça daralacaktır. Bu nedenle söz konusu bu değerlendirme benim görüşüme göre hatalıdır.

5237 sayılı ceza kanununun icbar suretiyle irtikap suçuna ilişkin ilk düzenlemesinde yer almayan, ancak daha sonradan 6352 sayılı kanun ile eklenen ikinci bir cümle daha vardır. Bu eklenen cümleye, doktrinde icbar karinesi adı verilmiştir.¹⁵⁷ TCK md. 250/1’de yer alan düzenleme şu şekildedir: *“Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini*

¹⁵⁶ Yargıtay 5. C.D., 13.02.2013 T. 2012/2883 E., 2013/1141 K, YAŞAR, a.g.e, s.

¹⁵⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1060

mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.”

Kanun koyucunun, 6352 sayılı yasayla yaptığı söz konusu bu değişikliğin nedeni, uygulamada icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturan, manevi cebir fiillerini daha kolay tespit etmektir. Çünkü bu tespit kolay olmamakta, yukarıda bahsettiğim tartışmalar ve kararlar göz önünde tutulduğunda, rüşvet, yağma ve görevi kötüye kullanma gibi suçların oluştuğuna ilişkin veya suçun teşebbüs aşamasında kaldığına ilişkin doktrinde ve uygulamada birçok görüş ve karar vardır.¹⁵⁸ Ancak, bu karine ile irtikap suçunun icbar ile işlenmesi hali veya rüşvet ya da kişinin yürüttüğü kamu görevini kötüye kullanması suçunun mu işlendiğine ilişkin tartışmaların azaltılması hedeflenmiştir.¹⁵⁹

Ancak bu düzenleme doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştirinin nedeni fıkra metnine eklenen; mağdurun, kendisini yapmak zorunda hissederek faile veya failin yönlendireceği başka bir kişiye yarar sağlaması ifadesidir. Bu eleştiride rüşvet suçunda da rüşvet veren kişilerin genellikle kendilerini, kamu görevlisine menfaat sağlamak zorunda hissettikleri görüşü iddia edilmiştir.¹⁶⁰

Bir başka eleştiri ise, bu eklenen cümlede anlamı belirli olmayan, soyut ifadelerin kullanılması eleştirilmiştir. Bu eleştiride, “haksız tutum ve davranışlar” ve “mecbur hissetmek” gibi bazı ifadelerinin uygulamada “keyfi” değerlendirmelere neden olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁶¹

İcbar suretiyle irtikap suçu açık olarak işlenebileceği gibi zımni olarak işlenebilir.¹⁶² Burada, bu suçun zımni olarak işlenmesine icbar karinesinin kendisi örnek verilebilir. İcbar karinesinde kamu görevlisinin tutum ve davranışları ile mağduru mecbur hissettirerek menfaat sağlamasından bahsedilmiştir. Kamu görevlisi aktif hareketleri ile mağduru icbar eden hareketler yapmasa da sergilediği tutumla, umursamazlığıyla, jest ve mimikleriyle mağduru kendine veya göstereceği kişiye menfaat sağlaması söz konusu olabilir.

İcbar suretiyle irtikap ile yağma suçu arasındaki bir diğer fark ise, yağma suçunda; failin suçun konusu olan yararı, doğrudan kendi gerçekleştirdiği fiil ile elde ederken, icbar

¹⁵⁸ KANBUR, a.g.m, s.1185

¹⁵⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, a.g.e, s.1060

¹⁶⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, a.g.e, s.1060

¹⁶¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1282-1283

¹⁶² ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1069

suretiyle irtikap suçunda mağdur, icbar içeren fiiller nedeniyle söz konusu menfaati faile veya onun göstereceği kişiye kendisi verecektir veya vaatle bulunacaktır.¹⁶³

Yargıtay verdiği diğer bir kararda: “Müştekinin kızını ameliyat etmek için sanığın 200 TL istediğini ...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”¹⁶⁴

Bu kararda görüldüğü üzere, mağdurun icbar içeren manevi baskıdan ikinci bir kamu görevlisine başvurarak kolayca kurtulabilme olasılığı varsa, bu olasılığın mağdur tarafından diğer kamu görevlisine başvurularak kullanılması gerekmektedir. Aksi takdirde failin işlediği suç, icbar suretiyle irtikap olmayacaktır. Tabi ki, bu kararda müştekinin kızının sağlık durumunun kritik durumda olmaması da göz önünde tutulmuştur. Eğer, müştekinin kızı ağır hasta olsaydı ve mağdurun da acil bir şekilde karar vermesi gerekseydi şahsi görüşüme göre söz konusu bu fiil icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturacaktı. Çünkü söz konusu bu durumda kamu görevlisi tarafından uygulanan manevi baskı ile mağdurun iradesi daha kolay bir şekilde etkilenecektir. Ancak acil bir müdahalenin gerekmemesi halinde, fail tarafından işlenmiş olan suçun görevin kötüye kullanılması olduğu ileri sürülmüştür.¹⁶⁵ Ancak, acil bir durum söz konusu olmadığından mağdurun iradesinin yeterince baskı altında olduğundan söz edilemez. Bu durumda kamu görevlisi, bir işi yapmak için para istemiştir ve karşı tarafta bu isteği kabul ederek bir anlaşma yapılmıştır. Görüldüğü üzere, somut olayda acil bir durumun söz konusu olmaması halinde rüşvet suçu işlenmiş olacaktır.

¹⁶³ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.72, SEVÜK, a.g.e, s.480

¹⁶⁴ Yargıtay, 24.11.2010, 9005/8662, KAYA SEVEN, Çağrı Aşına, “Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu”, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Elvan KEÇELİOĞLU), Ankara, 2020, s.91, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1068, dn.58

“Müşteki A... R...’ın oğlu M... için sanık N... tarafından ameliyat için gün verilip o gün birlikte gittiklerinde ameliyat öncesi sanıklar N... ve A... tarafından ameliyat için 45 milyon lira ödemesi lazım yoksa ameliyat yapılmaz diyerek bu parayı aldıklarının müşteki ve tanıklarca iddia edilmesi karşısında öncelikle ameliyat olma prosedürünün, ameliyat prosedürünün, ameliyat listesinin ne zaman kim tarafından hazırlandığı, sonradan değişmesinin mümkün olup olmadığı gibi hususların hastane kayıtlarının tetkiki ve başhekimlikten sorularak tespiti gerekirse konunun uzmanı bir bilirkişiden, M... R...’ın ameliyatının hayati ve aciliyet taşıyıp taşımadığı hususları araştırılıp açıklığa kavuşturularak, sanıkların para isteme eyleminin müştekiyi icbar boyutunda zorlayıp zorlamadığı, saptanarak, sonucuna göre icbarın varlığı halinde cebri irtikap, icbarın bulunmaması halinde ise, sanık N...’in eyleminin yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak için rüşvet almak diğer sanık A...’in de bu suça katılmaktan cezalandırılmalarının gerektiği gözetilmeden eksik soruşturmayla hüküm kurulması” Yargıtay 5. C.D., 27.05.2004 T., 7790/4316, EROL, a.g.e, s.1181-1182

¹⁶⁵ ARSLANTÜRK, a.g.e, s.211

1.b. Nüfuzun Kötüye Kullanılması

Madde metninde ve gerekçede görüldüğü üzere, kamu görevlisi, icbar suretiyle irtikap suçunu işleyebilmesi için, icbar hareketlerini gerçekleştirirken, failin sürdürdüğü görevin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullanmalıdır. Nüfuz, sözlükte içine geçme, söz geçirme, güçlü olma anlamına gelmektedir.¹⁶⁶ Buna göre icbar suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisine görevinin sağladığı söz geçirme yetkisini ve görevinin kendisine verdiği gücü kötüye kullanması olarak açıklanabilir. Yani, kamu görevlisi, kamu görevinin kendisine verdiği bu yetkileri kötüye kullanmak yerine, başka bir şekilde menfaat sağlamaya çalışırsa icbar suretiyle irtikap suçu oluşmayacaktır.

Mülga 765 sayılı TCK'da ise görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması değil, memuriyet sıfatının veya görevin kötüye kullanılması olarak düzenlenmiştir.

Yargıtay verdiği eski tarihli bir kararda: *“icbar suretile irtikap suçu memurun nüfuz ve kudretini kötüye kullanmak suretile ferdi tazyik etmek ve bunun sonucu ferdin de memurun haksız muamelesini önlemek mecburiyetinde kalarak ona menfaat temin veya vaad etmesi ile oluşur...”*¹⁶⁷ Bu karar mülga ceza kanunumuz döneminde verilmiş olsa da şuan yürürlükte olan ceza kanununda yer alan düzenlemeye uymaktadır. Bu karara göre, İcbar suretiyle irtikap suçunda nüfuzun kötüye kullanılmasından anlaşılması gereken, kamu görevlisinin kanunların kendisine verdiği üstün yetkileri kötüye kullanarak mağduru baskı altına almasıdır.

Verilmiş olan başka bir kararda görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ifadesi şu şekilde açıklanmıştır; İrtikâp suçunun kanunda düzenlenmiş olan ilk halinin gerçekleştirilebilmesi için, kamu personelinin yerine getirdiği vazife nedeniyle kanunun sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması gereklidir. Nüfuz ifadesinden anlaşılması gereken şey, kamu personellerinin yerine getirdikleri vazifeler nedeniyle kanunlar tarafından verilen ayrıcalıklardır. Bahsettiğim bu suçun işlenebilmesi için bu ayrıcalıkların kötüye kullanılması gerekmektedir. Bu suç; kötüye kullanılan bu ayrıcalıklar ile kamu personelinin şahsına veya üçüncü kişiye menfaat sağlanmaktadır.¹⁶⁸

¹⁶⁶ NÜFUZ, <https://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi Tarih:14.03.2023)

¹⁶⁷ Yargıtay 5. C.D., 07.10.1981, 1981/2594 E., 1981/2943 K., Bkz. DÖNMEZER, a.g.e, (Aktarılan: Y.K.D., 1982, Şubat, s.267), s.116

¹⁶⁸ Yargıtay C.G.K, 29.01.2013 T., 2012/1269 E., 2013/26 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 14.03.2023), TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1287, dn.439

Benzer bir karar: *“Öte yandan, icbar suretiyle irtikap suçunun gerçekleşmesi kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmasını gerektirmektedir. Nüfuz, kamu görevlisinin görevinin vermiş olduğu yetki ve imkânlar nedeniyle*

Bu kararlardan açıkça anlaşıldığı üzere, nüfuzun kötüye kullanılması, kamu görevlisinin, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle kanunlar tarafından kendisine verilmiş olan üstün yetkileri, hukuka aykırı bir şekilde kullanarak, kendisine veya bir başka kişiye yarar sağlamasıdır.¹⁶⁹

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer şey ise failin nüfuzunu kötüye kullandığı hallerin, kanunen kamu görevlisinin görev ve yetkilerinin içinde yer almasının gerekip gerekmediğidir. Bu konu hakkında bir görüş birliği yoktur.

Bu görüşlerin ilki, kötüye kullanılan nüfuzun, kamu görevinin mevzuattan kaynaklanan görev ve yetkiye ilişkin sınırlarının içinde olmalıdır. Yani kamu görevlisinin söz konusu iş hakkında görevli olmalıdır.¹⁷⁰

Diğer bir görüş ise kötüye kullanılan nüfuzun kamu görevlisinin görevine ilişkin mevzuat hükümlerinin çizdiği sınırlara uygun olmak zorunda olmamasıdır. Bu görüşe göre, fail tarafından kötüye kullanılan nüfuzun mutlaka mevzuatta o görev için belirtilen hükümlerle sınırlı olması kabul edilmemiştir. Çünkü irtikap suçuna ilişkin düzenlemede failin yerine getirdiği, görevi kötüye kullanması değil, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması aranmıştır.¹⁷¹ Failin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması ifadesi, failin görevini kötüye kullanılmasını da kapsamaktadır.¹⁷² Ancak icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturan işin, kamu görevlisinin genel olarak görevi ile bağlantılı olması zorunludur.¹⁷³ Buna örnek olarak, bir icra dairesi memurunun, kendini sanki trafik polisi olarak görev yapıyormuş gibi gösterip, trafik cezası kesme tehdidi ile yarar sağlaması halinde bu durum görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyecektir.

Diğer bir görüş ise, kötüye kullanılan nüfuzun kamu görevlisinin görev ve yetki sınırlarını belirten mevzuat hükümlerinin tamamen dışında olabileceği görüşüdür. Buna göre kamu görevlisi, kendi görevi ve yetkisi olmasa da sadece kamu görevlisi olduğu için sahip olduğu otoriteyi kullanarak mağdur üzerinde manevi cebir, baskı, zorlama oluşturarak bu suç

sahip olduğu güç ve etkinlik; bunun kötüye kullanılması ise yetki ve imkânların sağladığı ayrıcalıklı üstün konumdan yararlanarak görevlinin kendisi ya da başkasına yarar sağlaması olup, bu suçta kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır.” Yargıtay C.G.K., 29.09.2020 T., 2019/540 E., 2020/390 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi:14.03.2023), SARITAŞ, a.g.m, s.694, dn.37

¹⁶⁹ Benzer bir açıklama için, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1057, GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.647

¹⁷⁰ Bu görüşü savunanlar: SOYASLAN, a.g.e, s.684-685, Özen, a.g.e, s.709-710, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1057, YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s.449

¹⁷¹ YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7546, GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.647

¹⁷² SEVÜK, a.g.e, s.478

¹⁷³ YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7546, GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.647

işleyebilir.¹⁷⁴ Yani yukarıdaki örneğe tekrar bakacak olursak, bir icra memurunun trafik polisiymiş gibi hareket edip mağdura ceza kesme tehdidi ile yarar sağlaması durumunda eğer diğer şartlarda varsa icbar suretiyle irtikap suçu oluşacaktır.

Bu tartışma hakkında Yargıtay'ın görüşüne de bakmak gerekmektedir. Yargıtay verdiği kararlarda kötüye kullanılan nüfuzun kaynağı olan görevin, kamu görevlisinin mevzuatta belirlenen görev ve yetkiye ilişkin düzenlemelere ve sınırlamalara uymasını aramıştır.¹⁷⁵ Yani kamu görevlisi, kendi görevinin sınırları dışında kalan bir fiili işlerse irtikap suçu işlenmiş olmayacaktır.

Benim görüşüme göre, kötüye kullanılan nüfuzun kaynağının, sadece kamu görevlisinin görev ve yetkilerine ilişkin mevzuat hükümleri ile sınırlamak suçla mücadele etme amacına uymamaktadır. Bahsedildiği üzere, kanun koyucu irtikap suçuna ilişkin yaptığı düzenlemede, nüfuzun kötüye kullanılmasını aramıştır, görevin kötüye kullanmasını değil.¹⁷⁶ Bu nedenle, maddeyi sadece kamu görevlisinin görevleriyle sınırlı tutmak doğru değildir. Ayrıca maddenin uygulamasında bu şekilde bir daraltma yapmak, söz konusu kanun düzenlemesini etkisizleştirecek ve bazı durumları, irtikap suçuna ilişkin maddenin yasal korumasının dışında bırakacaktır. Bu nedenle görevin, geniş yorumlanması gerekmektedir. Ancak, maddenin amacını aşmamak, irtikap suçuna ilişkin hükümleri gereğinden fazla genişletmemek ve şüpheli veya sanığın üzerindeki yükü daha da arttırmamak için, suçta söz konusu olan iş ile kamu personelinin hukuken sahip olduğu vazife arasında mutlaka bir bağın söz konusu olması gerekmektedir. Kamu personelinin, sadece yerine getirdiği vazife ve yetkiler nedeniyle sahip olduğu otorite nedeniyle görev ve yetkiye ilişkin hükümlere uymasa da ve hatta arada hiçbir bağ dahi bulunmasa da söz konusu bu suçu işleyebileceğine ilişkin görüş kabul edilemez. Bu durumda dolandırıcılık suçunun işlendiğinden bahsedilebilir.¹⁷⁷

Ancak Yargıtay'ın bu konu hakkındaki görüşü şu şekildedir: “*Müşteki beyanlarına, tanık anlatımlarına, savunmaya, olaya ilişkin tutanaklara ve dosya içeriğine göre K... İlçe*

¹⁷⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1288

¹⁷⁵ “... O nedenle icbar veya iknanın konusu memurun görevine girmiyor ise irtikap suçundan bahsedilemez” Yargıtay 5. C.D., 30.10.2002 T., 7872/6911, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7537, dn.2270

“... Bu suçun, en önemli özelliği bir görev suçu olması nedeniyle memurun görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken veya o işlemi yapabilecek durumda iken çıkar sağlamasıdır.” Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 15.03.2004 T., 587/1894, Bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7536

¹⁷⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7546

¹⁷⁷ Bu durumda, görevin kötüye kullanılması suçunun işlendiği görüşü de ileri sürülebilir. Ancak görevin kötüye kullanılmasının düzenlendiği TCK md. 257’de “... görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, ...” denmiştir. Anlatılan durumda ise kamu görevlisi görevinin kapsamının dışına çıkmaktadır. Bu nedenle görevin kötüye kullanılmasından bahsedilemez.

Jandarma Merkez Karakol Komutanı olarak görev yapan sanığın müştekinin açacağı işyerine ruhsat verilmesi işlemleri için para aldığıın anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'nın 250/1. maddesindeki düzenlemeye nazaran da cebri irtikap suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesi gerektiği, somut olayda sanığın yasanın öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışı bulunmadığı, bu itibarla irtikap suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, sanığın ruhsat verme yetkisinin de bulunmaması karşısında eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı „178

Belirtilen kararda görüldüğü üzere, kamu görevlisinin görev ve yetkisinin sınırlarının dışında hareket etmesi, Yargıtay tarafından görevin kötüye kullanılması suçu olarak değerlendirilmiştir.

Eklenmesi gereken son bir şey ise, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma amacı içeren fiillerin illaki, kamu görevlisinin mesai saatlerinde görevini ifa ederken işlenmesine gerek olmadığıdır. İcbar suretiyle irtikap suçu, görevden kaynaklı nüfuzu kötüye kullanmaya devam edildiği sürece, tatil dönemlerinde (yıllık izin, hafta sonu tatili, idari izin gibi) veya mesai bitiminden sonra da işlenebilir. ¹⁷⁹

İcbar suretiyle irtikap suçunun bu şartının gerçekleşebilmesi için, failin söz konusu kamu görevine, hukuka uygun bir şekilde (atanmış, seçilmiş, ...vesaire) başlamış ve sürdürüyor olması gerekir. Eğer, söz konusu bu görev fail tarafından gasp edilmişse, dolandırıcılık suçunun olduğu söylenebilir. ¹⁸⁰

¹⁷⁸ Yargıtay 5. C.D., 14.02.2011 T., 2010/4251 E., 2011/677 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi:15.03.2023) Bkz. ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1065, dn.46

¹⁷⁹ DÖNMEZER, a.g.e, s.116, YAŞAR/GÖKÇEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7537

¹⁸⁰ ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1065

1.c. Suçun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusu, ceza hukukumuz tarafından korunan, kanunlarda yer alan suçların işlenmesi ile ihlal edilen değerler, haklar ve menfaatler olarak tanımlamıştır.¹⁸¹

Bu suçun konusu mağdurun, faile veya başka bir kişiye yarar sağlaması veya yarar sağlanması hakkında vaatle bulunulmasıdır.¹⁸² TCK md. 250'de; failin yerine getirdiği vazife nedeniyle sahip olduğu nüfuzun, failce kötüye kullanılması ve bu şekilde bir yarar sağlanması denilerek, icbar suretiyle irtikap suçunda düzenlenen yarar unsurundan bahsetmiştir. Bu suçun konusu olan yarar, failin veya başka bir üçüncü kişinin bir avantaj ya da fayda elde etmesi anlamına gelir. Madde metninde de görüldüğü üzere kanun koyucu, bu suçta söz konusu olan yarar hakkında herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Yani söz konusu bu yarar her şey olabilir.

Bu yarar, hayatın olağan akışına bakıldığında genellikle parasal bir faydanın sağlanması şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak, bu yararın para olması zorunlu değildir. Mülga 765 sayılı TCK döneminde "*para veya sair menfaat olarak*" suçun konusu düzenlenmiş olsa da yürürlükteki ceza kanunumuzda bu şekilde, sınırlama yoktur. Buna göre, para bu suçun konusu olabileceği gibi bunun yanında, altın ve gümüş gibi değerli bir objenin faile verilmesi, failin imzaladığı senetlere kefil olunması veya bu senetlerin ödenmesi, failin isteğiyle failin çocuğunun borcunun silinmesi veya bu borcun vadesinin uzatılması, failin borcunun ödenmesi, indirimli veya ücretsiz olarak bir dairenin faile verilmesi, failin maaşına zam yapılması, terfi ettirilmesi, ... gibi yararlarda bu suçun konusunu oluşturabilir.¹⁸³

Burada bahsedilmesi gereken ve doktrinde de tartışma konusu olan manevi yarardır. Manevi yarardan anlaşılması gereken, maddi yararlarda olanın aksine failin veya başka bir üçüncü kişinin malvarlığının aktifini arttıran veya pasifini azaltan bir durum olmayıp bu

¹⁸¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Türk Ceza Hukuku II Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar", https://silo.tips/queue/zek-hafizoullari-trk-ceza-hukuku-zel-hkmler-klere-kari-sular-ders-yl-ders-notlar?&queue_id=1&v=1679004039&u=OTQuNTQuMjQ4LjYy, s.3, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 17.03.2023), HAFIZOĞULLARI, Zeki/GÜNGÖR, Devrim, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69, 2007, s.23, EREM, Faruk, "Suçun Unsurları ve Hümanist Doktrin", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, (Aktarılan: GIANNİTİ, Francesco, "L'oggetto Materiale del reato", Milano, 1966, s.170), 1968, s.23, DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I", (Aktarılan: RANIERI, s.106, ANTOLİSEİ, s. 122), Yeniden Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983 s.379

¹⁸² ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, a.g.e, s.1051, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1280

¹⁸³ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.79, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1076, ÖZGENÇ, a.g.e, s.170, SARITAŞ, a.g.m, s.703, ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, a.g.e, s.1051-1052

kişilerin manevi, ruhani, duygusal durumlarını ilgilendiren, bu hallere artı değerler faydalardır. Bu yararlarla örnek olarak, övgü, cinsel yararlar gibi örnekler verilebilir.

Bu faydaların, icbar suretiyle irtikap suçunun konusu olup olamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bazı görüşler, suçun konusunu oluşturan yarar unsurunu geniş olarak yorumlarken, bazı görüşlerde ise sadece ekonomik, maddi şeylerin bu suçun konusu olduğu ileri sürülmüştür.

Bir başka görüşte ise, bu suçun konusu olarak faile veya başka bir kişiye, maddi ve ekonomik bir katkıda bulunulmasının anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁸⁴ Bu görüşten anlaşılması gereken, irtikap suçunun konusunun, failin veya başka bir üçüncü kişinin malvarlığının aktif kesiminde bir artışın sağlanması ya da malvarlığının pasif kısmında düşüş sağlanması olduğudur.

Doktrinde en çok savunucusu olan görüş ise, irtikap suçunda söz konusu olan konu ise ekonomik, maddi faydalarla birlikte faile veya başka kişiye manevi faydalar sağlayan, övgü, iltifat vb. gibi bazı ruhani, manevi katkılar sağlayan faydaları da suçun konusu olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁵ Bu görüş, yarar kavramını, diğer görüşün aksine, geniş olarak kabul etmiştir. Sadece malvarlığını arttıran yararlar, suçun konusu olarak kabul edilmemiş, manevi yararlarla suçun konusu olarak kabul edilmiştir.

Bu konu hakkındaki farklı bir bakış açısı ise şu şekildedir; bu görüşte 2012 yılında eklenen “İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.” düzenlemesi göz önünde bulundurularak suçun konusu hakkında bir çıkarım yapılmıştır. Bu düzenlemeden yola çıkılarak, bu suçun konusunun “değerlendirilebilen” ve “ekonomik olarak mukayese edilebilen” şeyler olduğu iddia edilmiştir.¹⁸⁶ Bu görüşe göre, irtikap suçunun cezayı azaltan nitelikli hali olan TCK md. 250/4’ün, manevi yararlarla ilişkin bir düzenleme içermemesi nedeniyle, manevi yararlar bu suçun konusunu oluşturamazlar. Çünkü, maddi yararlarla göre daha hafif haksızlık unsuru içeren manevi yararların, hafif cezalandırmanın söz konusu olduğu bu düzenlemede ek olarak düzenlenmemiş olması hatalı bir düzenleme olurdu

¹⁸⁴ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.79, KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.951, ÖZGENÇ, a.g.e, s.170, EVİK, a.g.m, s.60, EREM, Faruk, “İrtikâp”, Adalet Dergisi, S. 9-10, 1958, s.523

¹⁸⁵TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e,1280, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1076, YAŞAR/GÖKÇEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7542, ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, a.g.e, s.1052, SEVÜK, a.g.e, s.499, ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.278, KANBUR, a.g.m, s.1181, YERDELEN, a.g.m, s.461, YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s.448

¹⁸⁶SARITAŞ, a.g.m, s.704-705

ve cezalar arasındaki oran bozulurdu.¹⁸⁷ Bu nedenlerle bu görüşte manevi yararların, suçun konusu olamayacağı ileri sürülmüştür.

Şahsi görüşüme göre, irtikap suçunun konusunun geniş olarak yorumlanması gerekmektedir. Malvarlığının aktifini arttıran, para ve diğer değerli materyallerin verilmesi, faile ücretsiz konut verilmesi, indirimli otomobil satılması gibi ekonomik ve maddi olaylar suçun konusu olabilir. Aynı şekilde, malvarlığının pasif kısmında azalmaya neden olan borçların ödenmesi gibi durumlarda bu suçun konusu olacaktır. Kanun metninde “*yarar sağlanması veya vaat edilmesinden*” bahsedilmiştir. Bu madde metninde kanun koyucu tarafından bir sınırlama yapılmamıştır. Bu nedenle manevi yararlarda irtikap suçunun konusu olabilecektir.

Ancak yukarıda bahsettiğim son görüşten de anlaşıldığı üzere, söz konusu kanun maddesinin md. 250/4 fıkrasının hatalı olarak düzenlendiği açıkça gözükmemektedir. Çünkü suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinde “*menfaat değeri*” ve “*mağdurun ekonomik hali*” düzenlemeleri yapılmıştır.¹⁸⁸ Ancak haksızlık değeri, maddi yararlardan daha az olan manevi yararlar, hafif cezalandırmanın söz konusu olduğu bu halde düzenlenmemiştir.¹⁸⁹ Bu nedenle manevi yararın haksızlık unsurunun diğerlerinden daha az olmasına rağmen, maddi yararın söz konusu olduğu durumlardan daha fazla cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Bu durum ceza hukukumuzda yer alan orantılılık ilkesine aykırıdır. Bu ilkeye göre suçların ağırlığı ile bu suçlara verilecek cezaların birbiri ile orantılı olmalıdır.¹⁹⁰ Ancak kanun koyucu, söz konusu bu maddeyi düzenlerken orantılılık ilkesine uymamıştır. Suçun daha hafif şeklinin, daha ağır şeklinden fazla ceza alması gibi kabul edilemez bir durum söz konusudur.

Burada tartışma konusu olan, bir diğer konu da cinsel yarar konusudur. Bu konu hakkında, yukarıda bahsettiğim, suçun konusu unsurunu sadece maddi ve ekonomik yarar olarak değerlendiren görüşler, doğal olarak her türlü manevi ve cinsel yararların bu suçun konu unsurunu oluşturamayacakları görüşünü savunmaktadırlar.

¹⁸⁷ SARITAŞ, a.g.m, s.704-705

¹⁸⁸ SARITAŞ, a.g.m, s.704-705

¹⁸⁹ SARITAŞ, a.g.m, s.704-705

¹⁹⁰ HAKERİ, a.g.e, s.31

Doktrinde bazı yazarların görüşlerine göre, suçun konusu geniş olarak yorumlanmıştır. Bu nedenle, maddi, manevi veya cinsel her türlü yarar bu suçun konusunu oluşturacaktır.¹⁹¹

Bir başka görüş ise, cinsel yararın irtikap suçunun konusunu oluşturmadığı, bunun yerine cinsel saldırı suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması nitelikli halinin işlendiği görüşü ileri sürülmüştür.¹⁹²

Dönmezer, manevi yararları suçun konusu olarak kabul etmese de cinsel bir yararın sağlanması hali icbar suretiyle irtikap suçunun konusunu oluşturabileceği görüşünü savunmaktadır.¹⁹³

İtalyan Yargıtay'ının görüşlerine göre, faile veya başka bir üçüncü kişiye, bir hayat kadını temin edilmesi durumu irtikap suçunun konusunu oluşturan “*yarar*” unsurunu oluşturduğu kabul edilmiştir.¹⁹⁴ Ancak hayat kadını temin edilmesinin suçun konusu olarak kabul edilmesinin nedeni, failin irtikap suçu nedeniyle normalde hayat kadınına ödeyeceği parayı artık ödemek zorunda olmaması ve bu nedenle malvarlığının aktifinde meydana gelecek olan azalmanın önüne geçmesidir. Ancak, bunun dışındaki cinsel yararlar, irtikap suçunun konusunu oluşturamayacaktır.¹⁹⁵

Faile evlenmeyi kabul etmeyen mağdurun, icbar suretiyle veya ikna suretiyle bahse konu bu evliliğe razı olmasının sağlanması durumunun da irtikap suçunun konusunu oluşturacağı kabul edilmiştir. Ancak bu durumun irtikap suçunun konusunu oluşturabilmesi için failin bu mağdurla gerçekleştireceği bu evlilik nedeniyle parasal veya ekonomik yararlar elde etmesi veya bazı kişisel yararlar elde etmesi gerekmektedir.¹⁹⁶

Şahsi görüşüme göre, irtikap suçunun konusunu oluşturan yararın geniş olarak yorumlanması gerekse de faile veya failin göstereceği birine cinsel bir yararın sağlanması halinde irtikap değil duruma göre cinsel saldırı veya çocuğun cinsel istismarı suçlarının nitelikli halleri oluşur. Çünkü bilindiği üzere ceza hukukumuzda göre kişinin cinsel ilişki hakkında, hür iradesi ile vermiş olduğu rızasının bulunması zorunludur. Hür irade ile verilmiş olan rızanın bulunmaması halinde ise duruma göre çocuğun cinsel istismarı veya cinsel saldırı suçları veya bu suçların nitelikli halleri oluşur.

¹⁹¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1052, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1076,

¹⁹² YAŞAR/GÖKÇEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7543, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1280-1281

¹⁹³ DÖNMEZER, a.g.e, s.119

¹⁹⁴ “İrtikap”, (Akarılan: Manzini, V., s.1384), s.523

¹⁹⁵ EREM, “İrtikap”, (Akarılan: Manzini, V., s.1384), s.523, ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.79, dn,21

¹⁹⁶ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.79

İrtikap suçunun TCK md. 250’de düzenlendiği üzere üç şekli söz konusudur. Bunlardan ilki, mağdurun hür iradesini manevi cebir ile baskı altına alan ve hür iradesini tamamen ortadan kaldıran veya olumsuz etkileyen icbar suretiyle işlenmesidir. İkincisi ise, failin mağduru aldatarak hür iradesini olumsuz etkileyerek kendisine veya başkasına menfaat sağladığı ikna suretiyle irtikap suçudur. Sonuncusu ise failin; mağdurun düştüğü hatadan yararlanarak, yani mağdurun iradesinde mevcut olan bir bozukluğu kendi yararına kullanarak, şahsına veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamaya çalışmasıdır. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, irtikap suçunu oluşturan fiiller ile mağdurun hür iradesi ortadan kaldırılmaktadır veya iradesi olumsuz yönde etkilenmektedir. Bu durumda mağdurun hür iradesinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Bu açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, cinsel yararların irtikap suçunun konusunu oluşturmayacağını bunun yerine duruma göre TCK md.102/3-b veya md. 103/3-e suçları oluşacaktır. Bu suçlar kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanması şeklinde işlenmektedir. Eğer cinsel yararı, TCK’nın 102 ve 103. Maddelerinin konusu değil de irtikap suçunun konusu olarak değerlendirirsek, bu suçların kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması şeklinde işlenen nitelikli hallerinin (TCK md. 102/3-b ve 103/3-e) uygulama alanları daralacaktır.

Ancak yukarıda bahsettiğim gibi, söz konusu yararın fuhuş için kadın temin etme olması durumunda ise, failin işlediği suç TCK md. 102 veya 103 değil, irtikap suçunun düzenlendiği md. 250 olacaktır.

Burada bahsedilmesi gereken son şey, söz konusu olan bu yararın haksız bir yarar olmasının gerekip gerekmediğidir. Mülga 765 sayılı kanunda, kanun koyucu irtikap suçuna ilişkin düzenlemede söz konusu olan yararın “*haksız*” olması gerektiğini düzenlemiştir. Ancak bu “*haksız yarar*” düzenlemesi şu an yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’nın 250. Maddesinde bulunmamaktadır. Doktrinde bu konu hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden birine göre, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ile kamu görevlisi mağdurdan olan bir alacağını tahsil ederse, yani bir haksız yarar sağlanması değil de mağdurun faile olan bir borcunu ödemeye zorlanması halinde herhangi bir suç oluşmayacaktır. Ancak, bu fiillerle mağdurun faile olan borcun ödenmesi dışında başka mağduriyetler ve zararların da söz konusu olması ya da borcun ödenmesiyle beraber haksız

bir yararın sağlanmasının da söz konusu olması halinde ise irtikap suçunun değil, görevin kötüye kullanılması suçunun oluştuğu görüşü ileri sürülmüştür.¹⁹⁷

Diğer bir görüşe göre irtikap suçunun işlenmesinde, fail görevinin sağladığı nüfuzu kullanarak mağdurdan olan alacağını tahsil etse dahi, failin fiillerinin irtikap suçunu oluşturacağı ileri sürülmüştür.¹⁹⁸ Bu görüş ile failin haklı veya haksız fark etmeksizin her türlü yarar sağlanmasının irtikap suçunu oluşturacağı kabul edilmiş ve suçun uygulanma alanı daha geniş olarak değerlendirilmiştir. Bu görüşe göre söz konusu yararın, kamu kurum ve kuruluşlarına sağlanması halinde ise irtikap suçu değil görevin kötüye kullanılması suçu oluşacaktır.¹⁹⁹

Başka bir görüşte, sağlanan yararın kamu görevlisinin bir alacağı olması veya kamu kurum ve kuruluşlarının hakkı olması halinde irtikap suçuna ilişkin unsurların tam olarak gerçekleşmeyeceği, bu nedenle faile irtikap suçundan dolayı ceza verilemeyeceği ancak duruma göre failin görevini kötüye kullanmasından (eski ismi ile memuriyet vazifesini suiistimal etmek) dolayı sorumlu tutulabileceği görüşü ileri sürülmüştür.²⁰⁰

Başka bir görüşte, irtikap suçunun düzenlendiği madde de haksızlığa ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu olmadığı için, her türlü menfaatin sağlanması hallerinde söz konusu bu suç oluşacaktır. Bu görüşte söz konusu olan yararın kamu kurum veya kuruluşlarına ait olması halinde irtikap suçunun oluştuğunu ileri sürmüştür. Ancak, kamu kurum veya kuruluşlarına ait bu yarar, kamu görevlisi tarafından sağlanmış, fakat kamu kurum veya kuruluşlarına bırakılmamış, fail tarafından yarar üzerinde hakimiyet kurulmuş ve malvarlığına dahil edilmiş veya fail söz konusu yararı, kendisine aitmiş gibi kullanılmışsa bu halde irtikap suçunun değil, zimmet suçunun oluştuğu iddia edilmiştir.²⁰¹

¹⁹⁷ ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1078

¹⁹⁸ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.83

¹⁹⁹ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.80-81

Ayrıca, eski tarihi bazı Yargıtay kararlarında yararın kamu kurum ve kuruluşlarına sağlanması halinde görevin kötüye kullanılması suçunun oluştuğu görüşü ileri sürülmüştür. İlgili kararlar için bkz. ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.81, dn.27

Özgenç ise, yararın kamu kurum ve kuruluşlarına sağlanması halinin görevin kötüye kullanılması suçunu oluşturduğu görüşünü kabul etmemiş ve bu görüşleri devletin kişilerden üstün tutulduğu eski anlayışın ürünleri olarak nitelendirmiştir. Yazara göre kanun koyucu gerçek ve tüzel kişiler arasında ayırım yapmamıştır. Bu ifade kamu tüzel kişilerini de kapsamaktadır. Aksi görüşler dayanaksızdır. O halde Özgenç'in bu görüşünden, kamu kurum ve kuruluşlarına yararın sağlanması halinde de irtikap suçunun oluştuğu görüşünü savunduğu anlaşılmaktadır. ÖZGENÇ, a.g.e, s.172

²⁰⁰ EREM, "İrtikâp", s.524

²⁰¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1281

Doktrindeki diğerk başka bir görüşte ise, söz konusu yararın failin görev ve yetkileri ile bağlantılı olup olmadığının incelenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşte, kamu görevlisinin kendi alacağını, yürüttüğü vazifesi nedeniyle sahip olduğu nüfuzunu kötüye kullanarak elde etmesi halinde, ikili bir ayırım yapmıştır. Manevi baskı içeren fiiller ile failin alacağını elde etmesi halinde yağma suçu oluşacaktır. Ancak failin ikna suretiyle söz konusu bu alacağını elde etmesi halinde ise dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Failin, kendi alacağını değil de kamu kurum veya kuruluşlarına ait bir yararı sağlaması halinde ise, kamu görevlisinin görev ve yetkileri ile bağlantılı bir fiil olduğu için irtikap suçunun işlendiğinin kabul edilmesi gerektiği iddia edilmiştir.²⁰²

Doktrinde yer alan bir başka görüş ise, 5237 sayılı TCK md. 250’de, mülga kanunda yer alan “*haksızlık*” unsurunun tekrardan belirtilmesine kanun koyucunun gerek görmediği görüşüdür. Bu görüşe göre mülga 765 sayılı kanunda yer alan “*haksız yarar*” düzenlemesi şuan yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’da da halen geçerlidir. Ancak kanun koyucu, kendini bu unsuru yürürlükteki yeni kanunda tekrardan düzenlemek zorunda hissetmemiştir.²⁰³

Benim görüşüme göre, irtikap suçunda suçun konusunu oluşturan yararın haklı veya haksız olmasının bir önemi yoktur. Çünkü mülga 765 sayılı kanunda “*haksızlık*” unsuru mevcut olsa da günümüzde yürürlükte olan 5237 sayılı kanunda, kanun koyucu “*haksız yarar*” düzenlemesi yapmamıştır. O halde kamu görevlisi, mağdurdan olan kendi alacağını, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak yoluyla tahsil etmiş olması durumunda görevin kötüye kullanılması veya diğerk suçlar değil irtikap suçu oluşacaktır. Aksinin kabul edilmesi, ceza hukukumuzun tipiklik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Çünkü kanun koyucu madde metninde haklı veya haksız, gerçek kişiler veya diğerk kişiler gibi çeşitli ayrımlar yapmamıştır. Kanun koyucu 250 no’lu maddede sadece, failin şahsına veya üçüncü bir kişiye yararın vaat edilmesi veya yararın sağlanmasına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Görüldüğü üzere bu düzenlemede bahse konu olan ayrımların hiçbirisi mevcut değildir. Kamu kurum ve kuruluşları da TCK md. 250’de yer alan “*başkasına yarar sağlanması*” ifadesindeki “*başkası*” kavramına girmektedir.²⁰⁴ Bu nedenle söz konusu yararın kamu kurum ve kuruluşlarına sağlanması halinde, çeşitli görüşlerde iddia edildiğinin aksine, görevin kötüye kullanılması suçu değil irtikap suçu işlenmiş olacaktır.

²⁰² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1052-1053

²⁰³ YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7543

²⁰⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1053

2. İkna Suretiyle İrtikâp

Ceza kanunumuzun 250 no'lu maddesinin 2 no'lu fıkrasında, irtikap suçunun ikinci hali olan ikna yoluyla işlenmesi hali şu şekilde açıklanmıştır: *“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”*

Maddenin gerekçesinde ise suçun bu hali; failin gerçekleştirdiği *“hileli”* davranışlarla, mağduru kandırması²⁰⁵ ve bu şekilde kendi şahsına veya üçüncü bir kişiye yarar sağlanması veya vaat edilmesi için mağduru ikna etmesi olarak açıklanmıştır.²⁰⁶

Madde metninden ve gerekçeden görüldüğü üzere, irtikâp suçunun bu halinin unsurları, suçun failinin aldatıcı hareketlerle mağduru ikna etmesi, bununla birlikte failin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanılmasıdır.

TCK md. 250/1 ve md. 250/2 arasındaki farklar ise, madde 250/2’de görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması unsuru söz konusuysa, 250/1’de görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması aranmıştır. Madde 250/2 hileli davranışlarla ikna edilme aranırken, madde 250/1’de icbar suretiyle (manevi cebir kullanılarak) işlenmesi aranmaktadır. Bunun dışında suçun failinin kamu görevlisi olacağı ve yararın faile veya başkasına sağlanması ya da vaatte bulunulması unsurları ise iki fıkra da aynıdır.

Maddede açıkça gösterildiği üzere ikna suretiyle irtikap suçunun işlenebilmesi için hileli davranışlar aracılığıyla görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle İlk olarak görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılmasının tanımlanması gereklidir. Daha önce de bahsettiğim üzere kamu görevlisinin görevleri, yetkileri ve sorumlulukları hukuki belgelerle (kanun, yönetmelik, vs.) belirlenmektedir. Bu suçta fail, kanunların verdiği üstün yetki ve sorumlulukları kötüye kullanmaktadır. Devlet Memurları Kanunu'nun 8. maddesinden²⁰⁷ anlaşıldığı üzere kamu görevlilerine yönelik, kanunlar aracılığıyla verilen yetkiler ve unvanlar nedeniyle toplumda oluşan bir saygı ve güven duygusu vardır. Kamu görevlisinin bu güven ve saygınlığı koruması ve zedelememesi

²⁰⁵ YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s.450

²⁰⁶ GÖKCAN, a.g.e, s. 468

²⁰⁷ DMK md.8: *“Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar.”*

gerekmektedir. Ancak ikna suretiyle irtikap suçu ile, toplumun kamu görevlisine karşı sahip olduğu bu güven ve saygı duyguları zedelenmektedir.

Kamu görevlisi suç oluşturan fiilleri ile ayrıca liyakat ilkesini de ihlal etmektedir. Liyakat, sözlükte iş vermeye uygunluk, yaraşırılık olarak tanımlanmaktadır.²⁰⁸ Danıştay'ın verdiği bir kararda da liyakat, işin ehline ve hak edene teslim edilmesi olarak tanımlanmıştır.²⁰⁹ Kamu görevlisi; gerçekleştirdiği aldatıcı hareketlerle suçun mağdurunu kandırıp, ikna ederek şahsına veya bir başka bir üçüncü kişiye menfaat sağlamaya çalışması halinde liyakat ilkesini oluşturan uygunluk, yaraşırılık, hak edene teslim gibi unsurları ihlal etmiş olacaktır.

Bu açıklamalar göz önüne alındığında, kamu görevlisi toplumun kendisine duyduğu saygı ve güven duygularını kötüye kullanarak, hileli davranışlarla mağdurun iradesini fesada uğratacak ve bu şekilde kendisine veya bir başkasına yarar sağlayacaktır. Ancak görevin sağladığı güvenin değil de kişisel güvenin kötüye kullanılması halinde ise dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.²¹⁰

Yargıtay ceza genel kurulu verdiği bir kararda: *“İkna suretiyle irtikap (yiyicilik) suçu, memurun, memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanarak, bir kimseyi kendisine veya başkalarına haksız olarak para vermeye ya da sair menfaatler sağlamaya veya vaadine ikna ederek çıkar sağlaması ile oluşmaktadır. Mağdur, memura sağladığı çıkarın yasal olduğunu zannetmektedir. Yasa dışı çıkar sağladığını bilmemektedir. Memur, yalan beyanıyla mağduru kandırmaktadır. Mağdur, yaptığı ödemenin yasa ve yönetmelikler gereğince yapılması gerektiğine inanmakta, failin iknası ile bireyin rızası fesada uğramaktadır. İkna, bireye ödemeye mecbur olmadığı bir parayı ödemek zorunda olduğunu bildirmektir.”*²¹¹

²⁰⁸ LİYAKAT, <https://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 23.03.2023)

²⁰⁹ “Yasa, Devlet Memurluğunu bir meslek olarak kabul etmekte ve Devlet Memurlarına sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkânı sağlanmasını, sınıflar içinde ilerleme ve yükselme işlemlerinin liyakat sistemine dayandırılmasını öngörmektedir. Bu ilkelerle temelinde güdülen amaç, objektif kurallar çerçevesinde işin ehline ve hak edene verilmesinin sağlanması olup kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesinin ise ancak yetişmiş, hizmetin ehli kamu görevlilerince yerine getirilmesi halinde sağlanabileceği kuşkusuzdur.” Danıştay 2. D, 17.04.2007 T., 2005/52 E., 2007/1746 K., <https://karararama.danistay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi:23.03.2023), Ayrıca bkz., GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, a.g.e, s.650, dn.799

²¹⁰ ÖZGENÇ, a.g.e, s.183, ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, a.g.e, s.1061

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmiştir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 24.12.1997 T., 3594/4807 Bkz. ÖZGENÇ, a.g.e, s.183, dn.51

²¹¹ Yargıtay 5. C.D., 17.12.1996 T., 5-269/286, YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7581, GÖKCAN, a.g.e, s. 526 *“İkna suretiyle irtikap suçu memurun kanunen ödenmesi gerekmeyen bir paranın ödenmesi hususunda memurluk sıfatı veya görevini kullanmak suretiyle ferdi ikna etmesiyle teşekkül edeceği, ...”* Yargıtay 5. C.D., 31.05.2004 T., 2003/5174 E., 2004/4397 K., GÖKCAN, a.g.e, s. 528

Bu karar, ikna suretiyle irtikap suçunun özelliklerini iyi bir şekilde tanımlamaktadır. Bu suçta, kamu görevlisi hileli, aldatıcı hareketler ile mağduru kendisine veya başkasına yarar sağlaması için ikna etmeye çalışmaktadır. Kararda hileli hareketler, “*yalan beyanlar*” olarak açıklanmıştır. Mağduru kandırmaya yönelik söz konusu bu yalan beyanlar her şekilde olabilir. Yani sözlü veya yazılı beyanlar olabilir. Yalan beyanın şeklinin, ikna suretiyle irtikap suçun işlenmesine ilişkin herhangi bir etkisi yoktur.²¹² Kararda bahsedilen en önemli unsur ise kamu görevlisinin, mağduru aslında yasal olmayan bir yararın, yasal olduğuna inandırmasıdır. Bu suçta fail, aslında kanunen almaması gereken bir yararın kanuna uygun olduğu konusunda hileli, aldatıcı hareketlerle mağdurun iradesini olumsuz etkileyerek kendisine veya bir başkasına yarar sağlamaktadır.

Madde metninde belirtildiği üzere bu suç “hileli hareketlerle” işlenmelidir. Bir sonraki fıkranın hatadan yararlanma olduğu da göz önünde bulundurulduğunda bu suçun sadece aktif, icrai hareketlerle işlenmesi gerekmektedir.²¹³ Bu suçta fail, mağduru kandırabilmek için aktif bir çaba içerisinde olmalıdır. İhmali hareketle bu suç işlenemez. İrtikâp suçunun bu halinde fail tarafından aldatılmış olan mağdur, sağladığı menfaatin hukuka uygun olduğu düşüncesindedir.²¹⁴

Yargıtay tarafından verilen bir karar şu şekildedir: “*Sanığın çekilen kura sonucunda bayi olmaya hak kazanan katılana daha önce aynı işyerinde başka bir kişiye ait sayısal oyun makinesi bulunmasını kastederek “burada bir makine varken sana bir makine verilmesi zor” dediği, katılanın “gereğini yapın, bana düşen bir görev varsa ben elimi taşın altına koymaya hazırım” şeklinde cevap verdiği, makine bağlanıp çalışmaya başladıktan sonra sanığın Ankara’da bazı kişilere para vererek makineyi bağlattığını söyleyip katılıandan 3.000 TL para*

“İkna yoluyla irtikap suçu memurun kanunen ödenmesi gerekmeyen bir paranın ödenmesi hususunda memurluk sıfatı veya görevini kullanmak suretiyle ferdi ikna etmesiyle teşekkül edeceği, dava konusu hadisede ise sanık tarafından paranın borç olarak istenmesi nedeniyle ikna yoluyla irtikap suçunun, ayrıca sanığın parayı yapması ve yapmaması gereken bir iş içinde istemediği anlaşılacakla rüşvet alma suçunun da teşekkül etmeyeceği, ancak sanığın görevinin ifası sırasında çalıştığı kuruma iş yapan müşterinin bu durumdan istifade ederek borç para almaktan ibaret eyleminin genel memuriyet görevini kötüye kullanma suçunu oluşturacağının kabulü yerine yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 5. C.D., 31.05.2004 T., 6174/4397, EROL, a.g.e, s.1188

²¹² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1062, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1072

²¹³ ARTUÇ/GÖKÇEN, a.g.e, s.1072 ARSLANTÜRK, a.g.e, s. 213

“Sağlık ocağında çevre sağlık teknisyeni olan sanığın, ilçede işyeri bulunan müşterilere giderek, gayri sıhhi müessese ruhsatı almalarının zorunlu bulunduğunu, ruhsatı kendisinin hazırlayacağını ancak masraf olarak para ödemeleri gerektiğini söyleyip, müşterileri buna ikna ederek, her bir müşteriden para aldığı oluşturma uygun olarak kabul edildiğine göre, ruhsatı verecek komisyonda üye bulunan sanığın müşterileri ikna ile menfaat sağladığı, bu durumda eylemin TCK’nın 209/2. Maddesi kapsamında ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturduğu gözetilmeden 218. Madde kapsamında kabulü ile hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” Yargıtay 5. C.D., 14.03.2002 T., 3909/1583, GÖKCAN, a.g.e, s.529

²¹⁴ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s. 660

istediği, istenilen paranın meşru olmadığını bilen katılanın fatura veya makbuz verilmesi halinde parayı verebileceğini belirterek sanığa istediği parayı vermediği, ikna suretiyle irtikap suçunun oluşması için mağdurun hileli davranışlarla kandırılarak fail veya başkasına yarar sağlamasına veya bu yolda vaatle bulunmasına ikna edilmesi gerektiği, somut olayda katılanın istenen paranın meşru olmadığını bilmesini nedeniyle parayı ödemediği, ikna unsurunun bulunmadığı, sanığın yapılması gereken bir işin yapılması amacıyla menfaat temin etmeye çalışma şeklinde gerçekleşen,,,”²¹⁵ Kararda da görüldüğü üzere mağdur, ikna suretiyle irtikap suçu nedeniyle faile veya başkasına sağladığı yararın gayrimeşru olduğunu bilmemektedir. Çünkü fail tarafından, mağdurun iradesi fesada uğratılmıştır. Mağdur sağlanması istenen yararın tamamen yasal, hukuka uygun olduğunu zannetmektedir. Bu suçta, mağdur meşru durumdayken, fail ise gayrimeşru yani yasadışı bir durum içerisinde olacaktır. Çünkü bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Faili ise kamu görevlisidir. Yarar sağlayan ise, rüşvet verme suçunun aksine, mağdurdur ve iradesi fesada uğratılmış, kandırılmıştır. Sağladığı yararın, hukuka uygun olduğunu zannetmektedir. Bu nedenle bu suçta sağlanan yarar nedeniyle bir cezanın verilmesi söz konusu değildir. Zaten, suçun ”mağduru” sıfatına sahip olan bir kişinin ceza hukukumuzda göre suçun faili olarak veya suça iştirak eden olarak kabul edilmesi ve bu nedenlerle bu kişinin cezalandırılması mümkün değildir.²¹⁶

TCK md. 250’nin ilk fıkrasında failin yerine getirdiği vazifesi nedeniyle sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanması unsuru kanun koyucu tarafından aranmışken, irtikap suçunun bu versiyonunda, failin yerine getirdiği vazife nedeniyle sahip olduğu güvenin kötüye kullanılması aranmıştır. Bu iki fıkra da suç içeren fiillerin mağdurun kanun, yönetmelik, vs. hukuki belgeler ile belirlenmiş olan görevinin sınırları içerisinde kalması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Yargıtay bir kararında: “*İkna suretiyle irtikap suçu memurun görevine giren bir hususta görev ve sıfatını kötüye kullanarak kişiyi yasa dışı çıkar sağlamaya ikna etmesi ile oluşacak ve bu durumda mağdur kandırıldığı için sağladığı çıkarın haksız olduğunu bilemeyecektir. Oysa somut olayda Trafik Tescil Şube Müdürlüğünde işlem yaptıran ilgililerin gönüllü olarak Şanhurfa Emniyet Müdürlüğü ve Karayolları, Yaptırma, Onarma ve Malzeme Tayini Derneği adına yaptıkları bağışları alan şubede görevli sanıkların, karşılığında makbuz kesmeyerek, Derneğin hesabına aktarmayıp mal edinmeleri eylemlerinin, sanıkların dernek üyesi olmamaları ve dernek adına para toplama yetkilerinin de*

²¹⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7542

²¹⁶ HAKERİ, a.g.e, s.141

bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.”²¹⁷

İcbar suretiyle irtikap suçunda da olduğu gibi, ikna suretiyle irtikap suçunda da failin fiilinin, mağduru etki altına almaya elverişli olması gerekir.²¹⁸ İrtikâp suçunun bu halinde, hile içeren fiiller ve somut olayda mevcut olan diğer faktörler hakimlerce detaylı bir şekilde incelenmeli ve değerlendirilmelidir.²¹⁹ Yargıtay’da verdiği bir kararda: *”...yapılması gereken bir iş için para alınması olayında; ikna edici, hileli, tehdit veya icbar içerikli söz ya da eylemi olmayan sanığın para isteğinin mağdur tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren sanığın eyleminin 29.12.2008 olan suç tarihi itibarıyla görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerekirken...”²²⁰* demiştir. Kararda da görüldüğü üzere icbar suretiyle irtikap suçundaki Yargıtay görüşü ile ikna suretiyle irtikap suçundaki görüş aynıdır. İki suçta da yüksek mahkeme, mağdurun hür iradesini etkilemeye, bozmaya elverişli fiiller aramaktadır.

Yine icbar suretiyle irtikap suçunda olduğu gibi, ikna suretiyle irtikap suçunda da söz konusu suçu oluşturan fiillerin mağduru aldatmaya, kandırmaya objektif olarak elverişli olması aranmaktadır. Yani mağduru ikna etmeye yönelik bu fiiller, ortalama bir insanı

²¹⁷ Yargıtay 5. C.D., 09.03.2009, 2007/14471 E., 2009/2776 K., YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7581 KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.955, dn.164

Ayrıca Yargıtay’ın aynı görüşte olduğu başka bir karar: *“...Yenidere bölgesi İşletme şefi olarak şefliği içinde çalışan bütün memurların amiri olduğu, her çeşit nakliyat yollarının güzergahlarını tayin ve bütün tesisat ve inşaat işlerine ve bunlara ait plan ve keşif raporlarını hazırlamak ve ormanların korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yapmak hususlarında görevli olan sanığın görev ve sıfatını kötüye kullanma suretiyle müşterileri ikna ile menfaat sağladığı bu durumda eylemin ikna suretiyle irtikap suçlarını oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...”* Yargıtay 5. C.D., 26.11.2007 T., 2006/10980 E., 2007/9398 K. YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7581-7582

“Suç tarihinde Suluova Cumhuriyet Savcılığı yazmanı olan sanığın, evrak ile birlikte adliyeye gelen yakınana ön ödemelik suç olduğu ve bir miktar para vermesi gerektiğini söyleyerek, memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle kanunen ödemesi gerekmeyen bu parayı ödemesi hususunda yakınanı ikna ettiğinin ve makbuzsuz para aldığının anlaşılması karşısında, eylemin ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturup oluşturmayacağının ve delillerin nitelendirilmesinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olacağı gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, duruşmaya devamla hüküm kurulması,” Yargıtay 4. C.D., 16.02.2004 T., 1727/1435, EROL, a.g.e, s.1190

“Oluşa göre, olay tarihinde Ş... Sulh Ceza Mahkemesi zabıt katibi görevinde bulunan sanığın, derdest veya sonuçlanmış bazı dava dosyalarının sanıkları olan müşterilere keşif, posta veya temyiz parası adı altında ya da para cezası olarak bir miktar para vermeleri gerektiğini söyleyerek, memuriyet sıfatını kötüye kullanmak suretiyle kanunen ödenmesi gerekmeyen bu paraların ödenmesi hususunda müşterileri ikna edip, kendilerinden makbuzsuz paralar alarak haksız çıkar sağladığı anlaşılmış bulunması karşısında, sanığın sabit olan eylemlerinin ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek yazılı şekilde görevi kötüye kullanmaktan hüküm kurulması,” Yargıtay 5. C.D., 29.02.1996 T., 4264/523, EROL, a.g.e, s.1190-1191

²¹⁸ ÖZBEK/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, a.g.e, s.1062, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1072, KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.955

²¹⁹ YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s.4450-451

²²⁰ Yargıtay 5. C.D., 24.01.2013 T., 613/761, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1072

aldatmaya elverişli olması yeterlidir. Somut olayda mağdur, failin söz konusu hileli fiillerinden etkilenmemesi halinde ise ikna suretiyle irtikap suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.²²¹ Ancak doktrinde bir görüşte mağdurun, failin hileli fiillerinden etkilenmediği ancak faili yakalatmak için yarar sağladığı hallerde ikna suretiyle irtikap suçunun değil de görevin kötüye kullanılması suçunun oluşacağı iddia edilmiştir.²²²

Şahsi görüşüme göre, fail hileli fiillerle icrai hareketlere başlamış ancak mağdur bu hileli fiillere inanmamışsa, bu durum ikna suretiyle irtikap suçunun teşebbüs halini oluşturacaktır. Mağdurun, söz konusu hileli fiillere inanmaması failin şahsından kaynaklanmamıştır. Yani suçun tamamlanamaması, failden kaynaklanmamaktadır. İcrai hareketlere de başlanmıştır bu nedenle görevin kötüye kullanılması suçunun işlendiği görüşü kabul edilemez.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer durum ise susmadır. Susma durumu failin bir harekette bulunmadan bekleyerek, mağduru ikna etmeye çalışmasıdır. Hayatın olağan akışında, susma durumunun insanları aldatabildiği görülmektedir. Ancak, ikna suretiyle irtikap suçunda, failin aktif, icrai hareketlerde bulunması gerekmektedir. Susma ise pasif bir durumdur. Zaten susma durumu; tam olarak ceza kanunumuzun 250 no'lu maddesinin 3 no'lu fıkrasında düzenlenen irtikap suçunun üçüncü ve son haline ilişkin hükümlere uymaktadır. Bu nedenle somut olayda susma durumu söz konusu ise, TCK md. 250/2 değil md. 250/3 olacaktır.²²³ Ancak görüşüme göre, fail susmasa ancak jest ve mimikleriyle mağduru aldatacak hareketlerde bulursa ikna suretiyle irtikap suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Çünkü jest ve mimikler, aktif ve icrai hareketlerdir.

İkna suretiyle irtikap suçu hakkında bahsettiğim bu unsurlar dışındaki diğer unsurlar (mağdur, fail, suçun konusu gibi...) önceden bahsettiğim icbar suretiyle irtikap suçu ile aynıdır. Bahsedilen başlık altında yapılan açıklamalar bu konu içinde geçerlidir. Bu nedenle bu başlık altında tekrardan anlatılmayacaklardır.

²²¹ ÖZGENÇ, a.g.e, s.185-186, KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.955

²²² ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.77

Yargıtay'ın verdiği eski tarihli bazı kararlarda bu şekildedir. Kararlar için bkz. ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.77, dn.14 Erman/Özek'in bu görüşü ve Yargıtay'ın bu kararları da Özgenç tarafından eleştirilmiş, kabul edilmemiştir.

²²³ ÖZBEK/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, a.g.e, s.1062

3. Hatadan Yararlanma Suretiyle İrtikap

İrtikâp suçunun, hatadan yararlanma suretiyle işlenmesi bu suçun üçüncü ve son halidir. İrtikap suçunun bu türünde, ceza kanunumuzun 250 no'lu maddesinin 3 no'lu fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: *“İkinci fıkra da tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

Bu halin düzenlendiği fıkranın incelenmesi ile irtikâp suçunun bu halinin mağdurun içinde bulunduğu hata hali, tecrübesizlik hali gibi bazı durumlardan faydalanarak işleneceği görülecektir.²²⁴ Ayrıca madde gerekçesine göre; irtikâp suçunun bu hali, yukarıda açıklanan irtikâp suçunun ikna ile işlenmesi halinin farklı bir versiyonudur.²²⁵

Görüldüğü üzere, irtikap suçunun bu hali ile yukarıda bahsettiğim suçun mağduru ikna ederek işlenmesi hali birbirleri ile bağlantılı oldukları ve suçun mağdurun içinde bulunduğu hatadan faydalanarak işlenmesi halinin, irtikap suçunun mağduru ikna ederek işlenmesi halinin pasif hareketlerle işlenen hali olduğudur. Suçun, mağdurun içinde bulunduğu hata durumundan faydalanarak işlenmesi hali, bu suçun mağduru ikna ederek işlenmesi halinin haksızlık unsurunun daha az hali olduğu, bu nedenle daha az ceza verilecek olan halidir.

Kanun koyucu, uyguladığı suç politikası nedeniyle, irtikap suçunun işlenebileceği her türlü hali cezalandırılabilir hale getirmiştir. Manevi cebrin bulunduğu icbar hali de hileli davranışlarla aldatma şeklinde işlenen hali de mağdurun düştüğü hatadan yararlanarak yani ihmali davranışlarla işlenebilecek hali de cezalandırılmıştır. Ayrıca hatadan yararlanma; ihmali davranışla işlenen ikna suretiyle irtikap suçu olduğundan, kanun koyucu irtikap suçunun bu versiyonunun, irtikap suçunun mağdurun ikna edilerek işlenmesi versiyonundan daha az ceza verileceğine ilişkin kanunda düzenleme yapmıştır.²²⁶

İrtikap suçunun bu halinde failin herhangi bir icrai, aktif hareketinin bulunmaması gerekmektedir. Fail, gerekçede de gösterildiği üzere bu irtikap suçunun bu halini ihmali hareketlerle işlemektedir. Mağdur, faile veya başka bir kişiye yarar sağlaması gerektiğine ilişkin bir yanlış içindedir. Fail ise mağdurun bu yanlışını ortadan kaldırmayıp, bu yanlışından yararlanıp, kendisine veya başkasına yarar sağlamaktadır.²²⁷ Demek ki kanun

²²⁴ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.661-662

²²⁵ GÖKCAN, a.g.e,2022, s.628

²²⁶ ÖZBEK/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, a.g.e, s.1063

²²⁷ ÖZBEK/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, a.g.e, s.1063-1064, ÖZGENÇ, a.g.e, s.188-189

YURTCAN/İRTİŞ, yanlışın tamamen suçun mağdurunun şahsından kaynaklanması halinde irtikâp suçunun bu halinin işlenmiş olmayacağı görüşünü ileri sürmüştür. Ancak bu iddianın kabul edilebilmesi mümkün değildir.

koyucu, kamu görevlisine mağdurun içinde bulunduğu bu yanılgıdan kurtarma görevini yüklemiştir.²²⁸ Kamu görevlisi, söz konusu bu yanılgıyı düzeltmeli ve mağdura doğru bilgiyi açıklamalıdır.

Doktrinde yer alan bir başka görüşte ise, somut olayda mağdurun kendiliğinden bir yanılgı içerisinde olması gerektiğini, ancak mağdurun yanılgı içerisinde olmasında failin aktif bir katılımının, aktif bir fiilinin varlığının söz konusu olması halinde, ikna suretiyle irtikap suçunun değil dolandırıcılık suçunun oluşacağını iddia etmiştir..²²⁹

Ancak doktrinde yer alan bu iddiaya olumlu bakılabilmesi söz konusu değildir. Suçun bu hali, yukarıda da açıklandığı üzere irtikap suçunun mağduru ikna etme suretiyle işlenmesi halinin, ihmali hareketle işlenen farklı bir çeşididir. Yani somut olayda aktif bir hareket söz konusu ise, ikna suretiyle irtikap suçunun işlendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Yargıtay'da verdiği bir kararda failin aktif herhangi bir hareketinin bulunmaması gerektiğinin kabul etmiştir: *"PTT T. Otogar Şube Müdürlüğünde memur olarak görev yapan sanığın; 19/10/2009 tarihinde kuruma gelerek 2 ayrı kişiye toplam 3.500,00 TL'lik havale işlemi yapmak üzere gerekli belgeleri dolduran Yusuf Ç. 'ın havale edeceği 3.500,00 TL yerine hata sonucu 11.500,00 TL olarak verdiği paranın 8.000,00 TL'sini bu kişiye iade etmeksizin alıkoyduğu, mesai bitiminden sonra fazla para yatırdığını fark eden Yusuf Ç. 'ın kurum yetkilileri ile irtibata geçmesinden sonra kurum şefi tarafından çağrılan sanığın, 7.800,00 TL paranın aynı yerde bulunmasını sağladığı şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda;*

*Sanığın aktif hiçbir söz ve davranışı olmadan, yanlışlıkla fazla yatıran kişinin bu hatasından yararlanarak, kendisine yarar sağladığı ve bu şekilde TCK'nın 250/3. Maddesinde düzenlenen hatadan yararlanmak suretiyle irtikap suçunu işlediği gözetilmeksizin, dosya kapsamına uygun düşmeyen yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde görevi kötüye kullanılma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması, kanuna aykırıdır."*²³⁰

Yargıtay'ın verdiği kararda da görüldüğü üzere, aktif bir davranış olmadan, ihmali hareketle işlenen irtikâp suçu hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikâp suçu oluşacaktır. Her ne kadar failin aktif bir eylemi olmadan bu suç işlenecek olsa da, failin suçun

Çünkü irtikâp suçunun, suçun failinin aktif hareketleriyle işlenmesi halinde irtikâp suçunun ikna suretiyle işlenmesi hali söz konusu olacaktır. İrtikâp suçunun hatadan yararlanılarak işlenmesi halinin söz konusu olabilmesi için failin aktif hareketinin bulunmaması zorunludur. Bu nedenle bu görüş kabul edilemez. YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s.451

²²⁸ ÖZGENÇ, a.g.e, s.189

²²⁹ DÖNMEZER, a.g.e, s.122

²³⁰ Yargıtay 5. C.D., 13.05.2013 T., 2012/7234 E., 2013/4924, YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7582

mağdurunun yanılığ ı içerisinde olduğunun farkında olması gerekmektedir.²³¹ Eğer aktif hareketlerle mağdur kandırılıp, bir yarar sağlanmışa ikna suretiyle irtikâp suçu oluşacaktır.

Ancak Yargıtay verdiği bir başka kararda: “*Sanığın, Burdur Sanayi ve Ticari İl Müdürlüğünde ölçü ve ayar memuru olarak görevli olduğu, suç tarihinde katılanlara ait akaryakıt istasyonunda yakıt tankının ölçü ve ayarını yaptığı, bu işin bedelini soran katılanlardan işlem bedeli olarak 200 TL aldığı, böylece kendinin aktif bir davranışı olmadan katılanların hatasından faydalanarak parayı alması şeklinde gelişen olayda eylemin TCK’nın 250/3. Maddesinde yer alan hatadan yararlanarak irtikap suçuna uyduğu gözetilmeden ikna suretiyle irtikap suçundan hüküm kurulması.*”²³²

Yargıtay’ın bu kararı hatalıdır. Çünkü bu kararda failin icrai, aktif bir hareket söz konusudur. Fail, mağdurlardan işlem bedeli olarak 200 TL istemiştir. Yukarıda açıkladığım üzere, hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu ihmali bir davranışla, aktif bir davranış olmadan işlenebilir. Bu olayda aktif bir davranış olduğundan dolayı ikna suretiyle irtikap suçundan ceza verilmesi gerekmektedir.²³³

şu ana kadar bu başlık altında bahsettiğim konularda, hep mağdurun yanılarak faille yarar sağlamasından bahsedilmiştir. Ancak bir de fail tarafından mağdura yasal, hukuka uygun bir şekilde sağlanması gereken bir yararın (örneğin para), olması gereken miktardan az olması ve durumun mağdur tarafından anlaşılmaması hali söz konusudur. Bu şekilde yarar sağlaması halinde ise doktrinde zimmet suçunun oluşacağı kabul edilmiştir.²³⁴ Çünkü bu durumda fail kendisine görevi nedeniyle zilyetliği bırakılan bir şeyi, yine görevi nedeniyle bir başkasına vermesi gerekirken tamamını veya bir kısmını kendi malvarlığına geğirmiştir. Bu nedenle bu durumda zimmet suçunun işlendiğinin kabulü gerekmektedir.

Madde metninden de görüldüğü üzere bu suçun işlenebilmesi için, görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması gerekmektedir. Bu unsur, icbar suretiyle irtikap suçundan farklı, ikna suretiyle irtikap suçu ile aynıdır. Bu nedenle bu unsuru ikna suretiyle irtikap suçunda açıkladığımdan dolayı tekrara düşmemek adına bu başlık altında tekrardan açıklamayacağım.

²³¹ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.663

²³² Yargıtay 5. C.D., 09.10.2012 T., 2010/2419 E., 2012/10002 K., YAşAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7583

²³³ ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1074

Yargıtay’ın aynı şekilde hatalı olarak verdiği bir başka karar için bkz. Yargıtay 5. C.D., 23.05.2013 T., 8027/5644, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1074, dn.79

²³⁴ ÖZBEK/BACAKSIZ/DOğAN/TEPE, a.g.e, s.1064, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1074, YAşAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7557, GÖKCAN, a.g.e., 2022, s.662-663

Ayrıca, suçun konusu, faili, mağduru gibi konular hakkında da gerekli açıklamalar önceki sayfalarda ayrıntılı olarak açıklandığından burada tekrardan açıklanmayacaktır.

IV. İRTİKÂP SUÇUNUN TAMAMLANMASI VE SUÇA TEŞEBBÜS

Bahsedilmesi gereken bir diğer konu da doktrinde de tartışmalı olan, teşebbüs ve suçun tamamlanması konularıdır. Bu aşamada ilk olarak kısa bir şekilde teşebbüsün ve unsurlarının kısa bir şekilde açıklamak gerekmektedir.

Teşebbüs, ceza kanununun 35 no'lu maddesinde düzenlenmiştir. Ceza kanunumuzun bu maddesinin metninden anlaşıldığı üzere, bir suçun işlenmesinin teşebbüs aşamasında kalabilmesi için:

- Bir suçun kasten işlenmesi
- Failin elverişli hareketlerde bulunması
- İcra hareketlerinin gerçekleştirilmesine başlanması
- İcra hareketlerinin, suçun failinin elinde olmayan bazı nedenlerle tamamlanamaması

Unsurların somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

İlk unsur, suçun kasten işlenebilen suçlardan olmasıdır. Kasıt, bilindiği üzere bilmek ve istemek anlamına gelmektedir. Fail, icra ettiği fiili ve bunun sonuçlarını bilmemeli ve bu fiiller sonucunda ortaya çıkacak neticenin de gerçekleşmesini istemesi gerekmektedir. Ceza kanunumuza göre kasıt asli, taksir ise istisnadır. Teşebbüs hakkındaki düzenlemeye de bakıldığında taksirle işlenebilen bir suçun teşebbüs aşamasında kalamayacağı anlaşılmaktadır. Zaten, taksirle işlenen bir suç istenmeden işlenen bir suçtur. İstenmeden işlenebilen bir suça teşebbüs edilebilmesi düşünülemez. Bunun dışında kabahatler kanununda düzenlenen kabahatlere de teşebbüs söz konusu olamayacaktır.²³⁵

İkinci unsur ise, failin, fiillerinin suçu işlemeye elverişli olmasıdır. Söz konusu elverişlilik, suçun işlenmesinin her aşamasında olmalıdır. Elverişlilik, bir suçun işlenebilme gücü, yetki ve yeteneğidir. Yani, fail suçu icra edebilecek hareketlere başlayabilme, bu hareketleri sürdürebilme ve sonunda da suçun işlenişini tamamlayabilme gücüne ve

²³⁵ HAKERİ, a.g.e, s.486

yeteneğine sahip olmalıdır. Bunun içine failin kullandığı araçların suçu işleyebilmek için yeterli olması, failin gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olması gibi durumlar dahil edilebilir.

Elverişli hareket hakkında iki görüş söz konusudur. Bu görüşlerin ilki objektif teoridir. Bu teori, failin suçu işleme ve tamamlama yeterliliğini değil, suçun işlenmesinde kullanılan araç ve gereçlerin, somut olaydaki suçu işlemek ve tamamlamak için yeterli olmasını aramıştır.²³⁶ Bu teoriye örnek olarak, failin acemi olması nedeniyle hırsızlık için geldiği evin kapısını açamasa da kapıyı açmak için kullandığı aletlerin kapıyı açmaya elverişli olmasını yeterli olarak kabul etmişlerdir. Yargıtay'ın da verdiği bazı kararlarda bu teoriyi kabul etmiştir.²³⁷

İkinci teori ise subjektif teoridir. Subjektif teoride ise, failin yeteneği ön plandadır. Failin suçu işleyebilme yeteneği, suçu işlemek için kullandığı aletlerin yeterliliği gibi unsurlardan daha ön plandadır.²³⁸ Yani, Failin elinde bir tabanca varsa da fail bu silahı nasıl kullanacağını bilmiyorsa elverişli olarak kabul edilmeyecektir.

Benim şahsi düşünceme göre, subjektif teorinin kullanılması gerekse de somut olayın özelliklerine göre bu iki teorinin birlikte kullanılmaları da söz konusu olabilir. Failin elinde yeterli ekipman olsa da fail bunların nasıl kullanılacağını bilmiyorsa elverişlilik unsurunun gerçekleştiğinden söz edilemez. Elindeki aletin nasıl kullanacağını bilmeden veya bu aleti kullanma yeteneğine sahip olmadan failin fiilinin suçu işlemeye elverişli olduğunu ileri süremeyiz. Ancak, suçun işlenmesine tamamen engel olan bazı durumlarda (örneğin şaka bıçağı ya da diğer oyuncak silahların suçun işlenmesinde kullanılması gibi...) objektif teorinin de subjektif teori ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Çünkü bu durumlarda, failin fiili hem objektif olarak hem de subjektif olarak elverişsizdir. Bu durumda söz konusu suçun işlenebilmesi herkes için imkânsızdır.

Üçüncü şart, suçun işlenmesi için failin icrai hareketlere başlamış olmasıdır. Bir suçun teşebbüs aşamasında kalabilmesi için icrai hareketlerin fail tarafından gerçekleştirilmeye başlanmış olması gereklidir. Aksi halde hazırlık hareketleri veya henüz tasarı, düşünce halinde kalan bir suç ceza hukukumuz tarafından, suç olarak kabul edilmemiştir ve bu nedenle de cezalandırılmayacaktır. Hazırlık faaliyetlerinde suç henüz işlenmeye başlamamıştır. Bir kişinin sahip olduğu cinayet işleme fikri nedeniyle bıçak alması

²³⁶ DÖNMEZER/ERMAN, a.g.e, C.1, s.482-483

²³⁷ Yargıtay 1. C.D., 31.10.2007 T., 7983, Yargıtay 1. C.D., 05.04.2002 T., 1197, Kararlar için bkz. HAKERİ, a.g.e, s.487-488, dn.19-20

²³⁸ DÖNMEZER/ERMAN, a.g.e, C.1, s.482-485

durumu bir hazırlık faaliyetidir. Bu fiil cezalandırılmaz çünkü bu bıçak alma fiili ile kanundaki tipik hareket gerçekleşmemiştir. Ayrıca, kanun düzenlemesinin koruduğu hukuki değerler tehlike altına girmemiştir. Fail halen söz konusu suç işleme fikrinden vazgeçebilir. Ancak hazırlık hareketleri, başka bir suç veya kabahati oluşturabilir. Örneğin ruhsatsız silah almak gibi. Aynı şekilde failin söz konusu suç düşünme aşaması da cezalandırılmayacaktır. Ayrıca failin bu fiilleri doğrudan doğruya gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Burada bahsedilmesi gereken başka bir konu ise ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. İhmali olarak işlenebilen suçlar, doktrinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bunlar salt ihmali suçlar ve garantörsel ihmali suçlardır. Salt ihmali suçlar, suçun işlenmesi için gereken icrai hareketlerin kasten yapılmaması şeklinde oluşur.²³⁹ Salt ihmali suçlara teşebbüs edilebilmesi ceza hukukumuzda göre mümkün değildir. Ancak salt ihmali fiillerle işlenen bu suçların bölümlere ayrılabilmesi mümkün ise bu suçlara teşebbüsün mümkün olacağı kabul edilmiştir.²⁴⁰ Salt ihmali suçlardan farklı olarak, garantörsel ihmali suçlarda kanun koyucu, bir kişiye söz konusu suç sonucu ortaya çıkacak olan neticeyi önlemek için görev ve sorumluluk yüklemiştir, bu durumda failin ihmali hareketinin icrai bir harekete eşit olması gerekmektedir.²⁴¹ Garantörsel ihmali suçlarda ise salt ihmali suçların aksine suç teşebbüs edilebilmesi mümkündür.²⁴²

Dördüncü unsur, failin yukarıda bahsedilen icrai hareketleri kendisinin elinde olmayan bazı nedenler (mağdurdan kaynaklanan sebepler, polisin gelmesi, ... gibi) yüzünden tamamlayamamasıdır. Bir suçun tamamlanabilmesi için, failin fiilinin kanunda düzenlenen suç tipine tamamen uyması gerekmektedir. Aksi takdirde fiil suç tipine tam olarak uymadığından söz konusu suç tamamlanamamış olacaktır.²⁴³ Bir suçun teşebbüs halinde kalabilmesi için, bu suçun failden kaynaklanmayan çeşitli sebeplerle tamamlanamaması gerekmektedir. Eğer suçun tamamlanamamasının nedeni failden kaynaklanmaktaysa, suç teşebbüs edilmesinden değil failin gönüllü vazgeçmesinden bahsetmek gerekmektedir.²⁴⁴

²³⁹ Yargıtay C.G.K, 05.07.2013 T., 2012/1-1570 E., 2013/339 K., ÖZGENÇ, İzzet, "Görünüşte ihmali suçlarla ilgili Yargıtay Kararı", [https://izzetozgenc.com/makale/gorunuste-ihmal%C3%AE-suclarla-ilgili-yargitay-karari-\(Cevrimiçi_Erişim_Tarihi:23.03.2023\)](https://izzetozgenc.com/makale/gorunuste-ihmal%C3%AE-suclarla-ilgili-yargitay-karari-(Cevrimiçi_Erişim_Tarihi:23.03.2023)), s.1

²⁴⁰ TOZMAN, Önder, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.84, 2009, s.175

²⁴¹ Yargıtay C.G.K, 05.07.2013 T., 2012/1-1570 E., 2013/339 K., ÖZGENÇ, a.g.m, s.1, TOZMAN, a.g.m, s.164

²⁴² ÖZGENÇ, a.g.m, s.166

²⁴³ TOZMAN, Önder, "Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2008, s.121

²⁴⁴ HAKERİ, a.g.e, s.499

İrtikâp suçunun tamamlanması konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konu hakkında birçok görüş yazarlar tarafından doktrinde ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, İrtikâp suçunun düzenlendiği TCK'nın 250 no'lu maddesinin 1 no'lu ve 2 no'lu fıkralarında yer alan, irtikap suçunun mağduru icbar ederek işlenmesi ve irtikap suçunun mağdurun ikna edilmesi ile işlenmesi hallerinde, suçun konusu olan yararın faile veya başka birine sağlanması veya bu yararın sağlanacağı hakkında bu kişilere vaatte bulunulması hallerinde suç tamamlanmış olacaktır.²⁴⁵ Bu görüş, madde metninde geçen “*yararın sağlanması veya vaat edilmesi*” unsurunu doğrudan kabul etmiştir.

İkinci bir görüşte ise, irtikap suçu, suçun konusu olan yararın faile veya başka bir üçüncü kişiye vaat edilmesiyle tamamlanmış ancak söz konusu bu yararın bu kişilere sağlanması halinde ise irtikap suçu sona ermiş olacaktır.²⁴⁶ Suçun sona ermesi evresi, suçun tamamlanması evresinden sonraki evredir.²⁴⁷ Suçun tamamlanması ve sona ermesi halleri özellikle suça iştirak halinde önemli sonuçlara neden olmaktadır. İştirakin ne zamana kadar gerçekleştirebileceğine ilişkin genel görüş; bir suça iştirak edilebilmesinin, o suç tamamlanana kadar gerçekleştirebileceğini kabul etse de suçun sona ermesi evresini kabul eden yazarlar, söz konusu suçun tamamlanması evresi ile suçun sona ermesi evreleri arasında suça iştirak edilebilmesinin mümkün olduğunu kabul ederler.²⁴⁸ Ancak suçun sona ermesi evresi, Alman ceza hukuku ve Alman doktrininde kabul görmüş olsa da Türk Ceza hukukunda, uygulamada ve ceza hukuku doktrininde çok da kabul gören bir evre olmamıştır.²⁴⁹

Üçüncü bir görüşe göre irtikap suçu, mağdurun faile veya başka bir üçüncü kişiye, söz konusu yararı sağlaması ile tamamlanacaktır.²⁵⁰ Bu görüşe göre, faile veya başka bir kişiye, suçun konusu olan yararın vaat edilmesiyle irtikap suçu tamamlanmış olmayacaktır.²⁵¹ Bu görüşte iştirak hakkında da bir açıklama yapılmıştır. Buna göre, irtikap suçu suçun konusu olan yararın faile veya başka bir üçüncü kişiye vaat edilmesi ile tamamlanmadığı için, yararın vaadi ile vaat edilen bu yararın sağlanması aşamaları arasında irtikap suçuna iştirakin mümkün olduğu ileri sürülmüştür.²⁵²

²⁴⁵ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.82, DÖNMEZER, a.g.e, s.118, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1067, ÜZÜLMEZ, a.g.m, s.293

²⁴⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1295

²⁴⁷ TOZMAN, Önder, “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2008, s.126

²⁴⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1295, dn.481

²⁴⁹ TOZMAN, “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, s.127

²⁵⁰ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1078

²⁵¹ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1079

²⁵² ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1079

Bir başka görüşe göre, irtikap suçu yararın faile veya başka bir üçüncü kişiye sağlanması ile tamamlanmış olacaktır. Suçun konusu olan yararın vaat edilmesi halinde ise irtikap suçu henüz tamamlanmış değildir. Yararın vaat edilmesi hali, sadece kanun koyucunun suçla mücadele politikası nedeniyle suçun tamamlandığı kabul edilen ve bunun üzerine tamamlanmış suç üzerinden failin cezalandırıldığı bir durumdur. İrtikap suçu, bu görüşe göre mağdurun vaat ettiği yararın faile veya başka bir üçüncü kişiye sağlanması ile tamamlanacaktır. Aksinin benimsenmesi halinde yararın vaat edilmesi ile vaat edilen yararın bu kişilere sağlanması aşamaları arasında, yararın vaat edilmesi halinde kanun koyucu tarafından suçun tamamlandığı kabul edildiğinden suça iştirak edilebilmesinin mümkün olmayacağı iddiası ileri sürülmüştür.²⁵³ Bu görüş, suçun tamamlanması ile sona ermesi arasında bir ayrım yapmamıştır. Bu görüşte yazarlar suçun sona ermesi evresinin varlığını kabul etmemişlerdir. Suçun konusu olan yarar unsurunun, faile veya başka bir kişiye sağlanmasıyla birlikte irtikap suçunun tamamlanacağını veya vaat edilen yararın faile veya başka bir üçüncü kişiye sağlanması ile söz konusu bu suçun tamamlanacağı görüşünü ileri sürülerek, irtikap suçu tamamlanana kadar söz konusu bu suça iştirak edilebilmesinin mümkün olacağı iddiasında bulunulmuştur.²⁵⁴

Doktrindeki bir başka görüşe göre, irtikap suçu suçun konusu olan yararın sağlanması veya bu yararın vaatte bulunulması ile tamamlanacaktır. Bu görüşte vadin sağlanması, yerine getirilmesi aranmamıştır. Bu suçun icbar ve irtikap suretleriyle işlenilen hallerinde, suçun neticesi hareketinden ayrılabilmesi için TCK md. 250/1. ve 2. Fıkralarda düzenlenen bu suçlara teşebbüs edilebilmesi mümkündür. Ancak TCK md. 250/3'te düzenlenen irtikap suçunun hatadan yararlanma suretiyle işlenmesi halinde, suçun hareketi neticesinden ayrılamamaktadır. Bu nedenle irtikap suçunun üçüncü ve son hali olan, hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçunda suça teşebbüs edilebilmesi mümkün değildir.²⁵⁵

Başka bir görüşte ise, TCK'nın 250 maddesinin metninde yer alan '*Yararın sağlanmasına icbar ve ikna etme*' ifadesini yorumlayarak irtikap suçunun, suç işlemeye elverişli hareketlerle manevi baskı ve zorlama içeren veya aldatıcı, kandırıcı hareketler yapılarak, mağdur üzerinde icbarın veya iknanın gerçekleştirilmesi ile tamamlanacağı görüşünü ileri sürülmüştür.²⁵⁶

²⁵³ ÖZGENÇ, a.g.e, s.175, KOCA/ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.958, YERDELEN, a.g.m, s.467

²⁵⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1295, dn.481

²⁵⁵ EVİK, a.g.m, s.71

²⁵⁶ ÖZEN, a.g.e, s.725

İrtikap suçunun gerekçesinde ise: “Yarar vaadinde bulunulması hâlinde de kamu görevlisinin tamamlanmış icbar suretiyle irtikap suçundan dolayı sorumlu tutulması gerek-mek-tedir. Bu durumda aslında icbar suretiyle irtikâp suçu henüz tamamlanma-mıştır; ancak, izlenen suç politikası gereğince, failin tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.”²⁵⁷ denmektedir.

Gerekçede görüldüğü üzere, kanun koyucuya göre suçun konusu olan yararın faile veya başka birine vaat edilmesi ile aslında henüz irtikap suçu tamamlanmamıştır. Suçun tamamlanması, yararın bahse konu kişilere sağlanması ile olacaktır. Ancak kanun koyucu 5237 sayılı TCK hazırlanırken uygulanan suç politikası gereğince, yararın vaat edilmesi halinde de irtikap suçunun tamamlanmış olduğunu kabul etmiştir. Kanun koyucu, vaat edilme halinde de suçun tamamlanmış olarak sayması ile, irtikap suçuna ilişkin kanun düzenlemesinin kapsamını genişleterek, suç aslında tamamlanmasa bile tamamlanmasına yakın olan bir halinin ceza almaktan kurtulmamasını amaçlamaktadır.

Benim görüşüme göre, irtikap suçu bir zarar suçudur. Bu suçların oluşabilmesi için suçun işlenmesiyle bir zararın oluşması gerekmektedir.²⁵⁸ İşlenen suç ile, suçun mağdurunun malvarlığında bir azalmanın olması halinde de zarar suçu söz konusu olacaktır.²⁵⁹ İrtikap suçunda da mağdurun mal varlığında bir azalma söz konusudur. Mağdurun malvarlığındaki azalma ise yararın sağlanması ile gerçekleşecektir. Bu azalma, mağdurun malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde olabilir. İrtikap suçunun zarar suçu olması nedeniyle, yararın vaat edilmesi ile irtikap suçu tamamlanmış olmayacaktır. Ancak gerekçe de belirtildiği üzere kanun koyucu, yararın vaat edilmesini de suç politikası nedeniyle tamamlanmış olarak kabul etmiştir.

Daha önceden de söylediğim üzere irtikap suçunun teşebbüs halinde kalabilmesi için bahsedilen bu suçun elde olmayan bazı sebeplerle tamamlanamaması gerekmektedir. Suçun tamamlanması ve teşebbüsün şartları yukarıda açıklanmıştır. Şimdi ise bu açıklamalar ve doktrinde yer alan görüşlere ve Yargıtay'ın kararlarına göre irtikap suçunun teşebbüs aşamasında kalmasından bahsedilecektir.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından ileri sürülen başka bir görüşe göre, irtikap suçunun neticesinin hareketten ayrılabilirdiği bazı hallerinde (İrtikap suçunun ceza kanununun 250 no’lu maddesinin 1 no’lu ve 2 no’lu fıkralarında düzenlenen versiyonları) suça teşebbüs

²⁵⁷ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.628

²⁵⁸ HAKERİ, a.g.e, 176

²⁵⁹ ÖZGENÇ, İzzet, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.221

edilebilmesi söz konusu olacaktır. İrtikap suçunun üçüncü hali olan hatadan yararlanarak işlenmesi hali yukarıda açıklandığı üzere irtikap suçunun ihmali hareketlerle işlenen halidir. Bu nedenle irtikap suçunun bu halinin teşebbüs aşamasında kalması zor bir ihtimaldir. Çünkü bu suçta teşebbüsün söz konusu olabilmesi için suçu oluşturan hareketlerin bölümlere ayrılabilir olması gerekmektedir.²⁶⁰

Bir başka görüşte, icbar ve ikna suretiyle irtikap suçlarının failin elinde olmayan bir nedenle tamamlanamaması halinde ya da mağdurun faile veya başkasına yarar sağlamaması veya bu kişilere yarar hakkında bir vaatte bulunmaması hallerinde irtikap suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. İrtikap suçunun üçüncü hali olan hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçunun işlenmesi halinde ise, aynı yukarıda belirtilen görüşte olduğu gibi düşük bir ihtimalde olsa bu suça teşebbüsün mümkün olabileceği görüşü ileri sürülmüştür.²⁶¹

Başka bir görüşte, failin suçu işlemeye elverişli hareketlerle icbar veya ikna suretiyle irtikap suçlarını işlemeye başlaması ancak mağdurun failin baskısından, zorlamasından etkilenmemesi veya aldatılamaması veya failin bu baskı veya aldatıcı hareketlerinden etkilenmiş olsa da faile veya başkasına yarar sağlamaması hallerinde bu suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ileri sürülmüştür.²⁶²

Doktrinde başka bir görüşte ise irtikap suçunun icra fiillerinin failin elinde olmayan çeşitli nedenlerle tamamlanamayabileceği, bu nedenle irtikap suçuna teşebbüs edilebilmesinin mümkün olduğu görüşü ileri sürülmüştür.²⁶³

Yargıtay ise verdiği kararlarda irtikap suçuna teşebbüsün mümkün olduğu görüşünü kabul etmiştir.²⁶⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu irtikap suçuna teşebbüs hakkında verdiği bir karar şu şekildedir.: “*Sanığın, suç kastının yoğunluğu ile ısrarlı söz ve davranışlarına rağmen, 60.000 TL tutarındaki haksız çıkarı sağlayamamasına göre, eylemi teşebbüs aşamasında kaldığından TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca 2/3 oranında indirim yapılması da hukuka uygundur.*”²⁶⁵

²⁶⁰ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.82, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1295, DÖNMEZER, a.g.e, s.118, EVİK, a.g.m, s.71-72

²⁶¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1067-1068

²⁶² ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1078, Koca/Üzülmez, a.g.e, s.958

²⁶³ SOYASLAN, a.g.e, s.688

²⁶⁴ YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7560

Yargıtay 5. C.D, 05.02.2013 T., 2012/2030 E., 2013/853 K. Bkz. YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7560, dn.2344

²⁶⁵ Yargıtay C.G.K, 29.01.2013 T., 2012/1269 E., 2013/26 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi:28.03.2023) Ayrıca aynı karar için bkz. ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1070

Bu karara göre Yargıtay irtikap suçunun teşebbüs aşamasında kalmasını mümkün görmüştür. Somut olayda fail tarafından, mağdur üzerinde manevi baskı ve zorlama oluşturulmuştur. Ancak, mağdur bu baskıya rağmen faile yarar sağlamamıştır. Bu nedenle bu olayda irtikap suçunun yarar sağlanması veya vaat edilmesi unsuru gerçekleşmemiştir. Mağdur, failin baskısı sonucunda yarar sağlamadığı için irtikap suçu tamamlanamamıştır. Bu nedenle somut olaydaki suç, teşebbüs aşamasında kalmıştır. Görüldüğü üzere suç, failin elinde olmayan bir nedenden dolayı yani mağdurun yararı sağlamaması nedeniyle tamamlanamamıştır.

Yargıtay verdiği birçok kararda mağdurun yarar sağlayacak veya vaat edecekmiş gibi yaparak aslında faili yakalatması durumunda suça teşebbüsün söz konusu olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu konu hakkında şu şekilde karar vermiştir: “...’ın olaya yakın verdiği beyanlara, 20.03.2002 tarihli para teslim ve arama tutanaklarına, tanık beyanlarına ve dosya içeriğine göre Vergi Dairesi Müdür Vekili olan sanık M..... C.’nin vergi mükellefi olan müdahili mali araştırmaya tabi tutup fazla vergi cezası keseceğinden bahisle korkutarak komşusu ve arkadaşı olan diğer sanık vasıtasıyla para talep ettiği, katılanın isteği kabul etmiş gözükmekle 20.03.2002 günü C.Savcılığı’na müracaat edip durumu bildirdiği, suçun ve faillerin belirlenmesi amacıyla tespiti yapılan para ve çekin katılan tarafından sanık N.....’ye ait işyerinde teslim edilmesini müteakip yapılan operasyonla suça konu çek ve paranın sanığın işyerinde bulunan kutuda gizlenmiş olarak bulunduğunun anlaşılması karşısında, sabit olan ancak, henüz menfaat veya menfaat vaadinin sağlanamamış olması ve olayın ortaya çıkarılması için para ve çekin verilmiş olması nedeniyle teşebbüs aşamasında kalan cebri irtikaba teşebbüs ve buna katılma niteliğinde olan suçlardan dolayı sanıkların mahkumiyetleri yerine, oluşa ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı biçimde beraatlerine karar verilmesi,”²⁶⁶

Söz konusu bu kararda; mağdur, failin manevi baskısından korkmamıştır ve faili yakalatmak için savcılıkla iş birliği yapmıştır. Bu iş birliği illaki savcılıkla yapılmak zorunda

²⁶⁶ Yargıtay 5.C.D., 05.10.2011 T., 2007/4995 E., 2011/21609 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi:28.03.2023)

Benzer bir karar: “Suç tarihinde, Metin Sabancı Baltalimanı Kemik Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi müdürü olarak görev yapan sanık Muzaffer’in, kendisine her türlü kötülüğü yapacağını beyan ederek 07/12/2009 tarihli ihale sözleşmesine istinaden hastaneye hizmet sunan, yüklenici Nazlı Yemek Gıda Tem. Taah. San. Tic. Ltd. Şti.’nin yetkilisi olan katılıandan menfaat temin etmeye çalıştığı, dava konusu somut olayda, başından beri katılanın sanığa herhangi bir menfaat sağlama taraftarı olmadığı gibi, onu yakalatmayı amaçlayan anlaşmasının da serbest irade ürünü bulunmaması karşısında fiilin icbar suretiyle irtikap suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu...” Yargıtay 5. C.D., 22.05.2013 T., 2012/8113 E., 2013/5589 K., YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, a.g.e, C.5, s.7585

değildir, kolluk güçleri ile de iş birliği yapılabilir. Bu durumda, manevi baskı ve zorlamalar nedeniyle failin baskı altında kalması ve bu nedenle yarar sağlaması veya vaat etmesi durumu söz konusu değildir. Mağdur, failin baskısı nedeniyle yarar sağlamamış, bu baskıya karşı direnmiştir. Bu nedenle kanundaki tipik suçun unsurları oluşmamış ve suç teşebbüs halinde kalmıştır.

Şahsi görüşüme göre, irtikâp suçunun teşebbüs aşamasında kalabilmesi mümkündür. Fail elverişli hareketlerle, mağdur üzerinde manevi baskı kurmak, zorlamak veya hileli davranışlarla mağduru aldatmaya çalışmaktadır. Ancak fail, icra hareketlerine başlamasına rağmen bu fiiller failin elinde olmayan bir nedenle tamamlanamayabilir. Örneğin mağdur, failin kurmaya çalıştığı manevi baskıdan ve zorlamadan etkilenmemiş olabilir ya da failin hileli hareketlerine rağmen mağdur aldatılamamış olabilir. Bu durumlarda, mağdurun faile yarar sağlamaması halinde irtikap suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Ayrıca belirttiğim üzere kanun koyucu madde gerekçesinde faile veya başka bir kişiye “*yararın vaat edilmesi*” halinde de irtikap suçunun tamamlanacağını açıklamıştır. Bu durumda da failin suç işlemeye elverişli hareketlerine rağmen mağdur, faile veya başka bir kişiye yarar vaat etmemişse irtikap suçunun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekecektir. Bu durumda suç yararın vaat edilmesi ile tamamlanacağı için yukarıda belirttiğim bazı tartışmalarda da yer alan iştirak sorunu ortaya çıkacaktır. Vaat ile irtikap suçu tamamlandığı için bu yararın vaat edilmesi aşaması ile vaat edilen yararın faile veya başka bir kişiye sağlanması aşamaları arasında irtikap suçuna iştirak mümkün değildir. Ancak benim görüşüme göre, bahsettiğim bu suç menfaatin sağlanması ile tamamlanacaktır. Bu menfaatlerin vaat edilmesi halinde de suç, vaat edilen menfaatin faile veya bir başkasına sağlanması ile tamamlanacaktır. Buna göre, vaat etme ile vaat edilen yararın sağlanması aşamaları arasında, irtikap suçuna iştirak etmek mümkündür. Ancak kanun koyucu, yararın vaat edilmesi ile suçun tamamlandığını kabul etmiştir. Bu nedenle, yararın vaat edilmesi ile vaat edilen yararın sağlanması aşamaları arasında, irtikap suçuna iştirak mümkün olmayacaktır.

Hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçunda ise suç ihmalî hareketle işlenmektedir. İhmalî hareketle işlenen suçlara yukarıda açıkladığım üzere teşebbüs teorik olarak zor bir ihtimalde olsa mümkündür.

Suçun teşebbüs aşamasında kalmasından sonra bahsedilmesi gereken bir diğer şey ise gönüllü vazgeçmedir. Suç tamamlanmadan, fail gönüllü olarak işlediği suçtan vazgeçerse,

işlemekten caydığı bu suçtan dolayı ceza verilmeyecektir.²⁶⁷ Ancak failin suçu işlemekten vazgeçtiği ana kadar gerçekleştirdiği bazı fiillerin, kanunlarda yer alan suçlardan bazılarını oluşturması halinde bu fiiller cezalandırılacaktır.²⁶⁸ Gönüllü vazgeçmeden irtikap suçunda uygulanıp uygulanamayacağından bahsedecek olursak; irtikap suçu, kanun koyucunun düzenlemesi nedeniyle kamu görevlisine suçun konusu unsurunu oluşturan yarar/menfaatin vaat edilmesi ile tamamlanacaktır. Gönüllü vazgeçmenin hükümlerinin uygulanabilmesi için söz konusu suçun tamamlanmamış olması gereklidir.²⁶⁹ Yani irtikap suçunda mağdur, karşı tarafa bir yararı sağlayacağına ilişkin herhangi bir vaatte bulunana kadar, failin gönüllü vazgeçmesi mümkündür. Ancak yararın vaadinden sonra, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. İrtikap suçunda, gönüllü vazgeçme hükümleri sadece yürürlükteki ceza kanunumuzun 250 no'lu maddesinin 1 no'lu ve 2 no'lu fıkralarında yer almakta olan hallerinde uygulanabilecektir.²⁷⁰

V. İRTİKÂP SUÇUNDA HUKUKA UYGUNLUK HALLERİ VE KUSURLULUĞU KALDIRAN HALLER

Bilindiği üzere hukuka uygunluk halleri, Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi, Mağdurun rızası, Görevin ifası, Meşru müdafaa, Hakkın kullanılması ve kanun hükmünün icrasdır.

İrtikap suçunda, hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi, görevin ifası, meşru müdafaa veya hakkın kullanılması hukuka uygunluk hallerinin uygulanabilmesi söz konusu değildir. Çünkü kanun hükmü, kamu görevlisinin irtikap suçunu oluşturacak şekilde yarar sağlamasını yasaklamıştır. Bu nedenle suç olan bir eylemin hukuka uygun bir amiri veya bir hakkı oluşturması düşünülemez. Suç olan bir fiilin, kamu görevlisinin görevi olamayacağı da malumdur. İrtikap suçunu oluşturan fiillerin meşru müdafaaı oluşturamayacağı da açıktır.

Kanun hükmünün icrasından bahsedecek olursak; kanun koyucu hukuk sistemimizde bazı durumlarda masraf, harç vesaire adı altında çeşitli ücretlerin alınmasını düzenlemiştir. Ancak, bu ücretlerin tahsili yasaldir. Bu şekilde sağlanan yararlar, kamu görevlisinin

²⁶⁷ HAKERİ, a.g.e, s.512-515

²⁶⁸ HAKERİ, a.g.e, s.520

²⁶⁹ HAKERİ, a.g.e, s.512

²⁷⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1067

malvarlığına dahil olmamaktadır. Bu yararlar, yargılama, icra süreçleri ve diğer hallerde karşılanması gereken masraf ve benzeri harcamaları karşılamaktadır. Bu açıklamalara göre irtikap suçunda kanun hükmünün icrası halinin uygulanamayacağı görülmektedir.

Mağdurun rızası durumunda ise daha önceden de açıklandığı üzere irtikap suçu değil rüşvet suçu işlenmiş olacaktır. İrtikap halinde mağdurun iradesi fail tarafından baskı altına alınmıştır veya kandırılmıştır ya da mağdur yanılgı halindedir failde bu yanılgıdan yararlanmıştır. Açıkça gözüktüğü üzere, irtikap suçunda mağdurun rızasının söz konusu olması mümkün değildir. Rıza halinde, mağdurun yararı faile veya başka bir kişiye kendi isteği ile sağlaması gerekirdi. Bu durumda da irtikap suçunun işlendiğinden söz edilemez.

Ceza hukukumuzda göre, kusurluluğu etkileyen haller, hukuka aykırı emir, zorunluluk hali, cebir ve tehdit ve haksız tahriktir.

Hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin, irtikap suçunda uygulanabilmesi söz konusu değildir. Çünkü konusu suç olan bir emrin uygulanması halinde; hukuken bağlayıcı bir emirde söz konusu olsa, hem söz konusu emri veren amir hem de amiri tarafından verilen bu emri yerine getiren kişi suç işlemiş olacaktır. Buna göre, görevlinin kendisine verilen yazılı ve bağlayıcı emri uyguladığı bu nedenle cezalandırılmaması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Zorunluluk halinin ve haksız tahrikin de irtikap suçunda uygulanabilmesi mümkün değildir.

Cebir ve tehdit ile kamu görevlisinin suç işlemeye mecbur bırakılması hali ise irtikap suçunda söz konusu olabilecektir. Bu halin uygulanabilmesi için kanun koyucu TCK md. 28'te, cebir ve tehdidin kamu görevlisinin karşı koyamayacağı bir seviyede olmasını aramıştır. Bu seviyeye ulaşan bir cebir ve tehdidin var olduğu durumda kamu görevlisi irtikap suçundan cezalandırılmayacak onun yerine kamu görevlisini cebir ve tehdit ile irtikap suçunu işlemeye mecbur eden kişi fail olarak değerlendirilecek ve cezalandırılacaktır.²⁷¹ Ancak, cebir ve tehdit kamu görevlisinin karşı koyamayacağı bir seviyeye ulaşmamışsa bu halin uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır ve kamu görevlisi irtikap suçunun faili olarak kabul edilip cezalandırılacaktır.

²⁷¹ ÖZEN, a.g.e, s.724

VI. İRTİKÂP SUÇUNA İŞTİRAK

Bu çalışmanın önceki sayfalarında irtikâp suçunun failinin sadece kamu görevlisi olabileceğini ve irtikâp suçunun özgü bir suç olduğu açıklanmıştır. Aynı şekilde ceza kanunumuzun 40 no’lu maddesinin 2 no’lu fıkrası da yukarıda açıklanmıştır.

Maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere, suça iştirakin mümkün olabilmesi için suçun failinin gerçekleştirdiği eylemlerin kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerekmektedir.²⁷² Anlaşıldığı üzere taksirli suçlarda iştirak mümkün olamayacaktır. Kanunda suçun işlenebilmesi için kast haricinde başka sübjektif unsurların varlığı da aranmışsa, suça iştirak edilebilmesinin mümkün olabilesi için aranan bu şartlarında gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁷³ Kanun koyucu suçun failinin kusur yeteneğine haiz olmasını md. 40’ta belirtmemiştir.²⁷⁴ Ayrıca suça iştirak edilebilmesi için failin suçu gerçekleştirmek için harekete geçmesi²⁷⁵ ve sonuç olarak suçun tamamlanmış olması veya tamamlanmamış olsa da teşebbüs halinde kalmış olması gerekmektedir.²⁷⁶ Kanunun ilgili maddesinde görüldüğü üzere gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olması, yani kanunumuzda yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanamaması gerekmektedir.²⁷⁷ Ek olarak, suça iştirak için şeriklerin özgür iradeleri ile ve isteyerek faille işbirliği yapmaları ve suçu oluşturan gerekmektedir.²⁷⁸

Failin fiilinin suçun nitelikli halini oluşturması halinde, ikili bir ayrımın yapılması gerekmektedir. Bu ayrım fiili ve şahsi haller olarak yapılacaktır. Fiili nedenler ise hafifletici ve ağırlaştırıcı olmak üzere olmak üzere ikiye ayrılacaktır. Hafifletici fiili hal, suçun işlenmesine katılan kişilerin sıfatına bakılmaksızın hepsi için uygulanacaktır.²⁷⁹ Ağırlaştırıcı fiili halde ise, şeriklerin bu nitelikli hale iştiraktan sorumlu tutulabilmesi için bu nitelikli halin işleneceğini bilmeleri ve istemeleri gerekmektedir.²⁸⁰ Şahsi nedenlerde aynı şekilde

²⁷² EKİCİ ŞAHİN, Meral “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.3, 2015, s.649

²⁷³ AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s.194

²⁷⁴ AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s. 182

²⁷⁵ EKİCİ ŞAHİN, a.g.m, s.647

²⁷⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.544, KAYMAZ, Seydi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, GAZİ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.2, 2012, s.123

²⁷⁷ SAVAŞCI TEMİZ, Bilgehan, “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65, S.4., s.2502

²⁷⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.542, SAVAŞCI TEMİZ, a.g.m, s.2497

²⁷⁹ EKİCİ ŞAHİN, a.g.m, s.666, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.549

²⁸⁰ AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, s.212-213, KAYMAZ, a.g.m, s.130-131

ağırlaştırıcı ve hafifletici olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Şahsi hafifletici nedenden sadece bu nedene sahip olan kişiler yararlanacaktır.²⁸¹ Şahsi ağırlaştırıcı hallerden ise bu nedene sahip olan kişiler etkilenecektir. Şerikler ise bilmeleri, suç konusu üzerinde hâkimiyet sağlamaları, suçun işlenişini kolaylaştırmaları gibi durumlarda bu hallerden sorumlu tutulacaklardır.²⁸²

Bu açıklamalardan ve çalışmanın başında yapılan tanımlardan da anlaşıldığı üzere söz konusu olan irtikâp suçunun temel hali bir sığata/niteliğe (kamu görevlisi) sahip olan kişiler tarafından işlenebildiğinden dolayı geręek görev suçudur. Bu nedenle md. 40/2 hükümleri uygulanacaktır. Kamu görevlileri, bu suçun failleri olabilecekken bu sığata sahip olmayanlar azmettiren veya yardım eden olabileceklerdir. Ancak suçun işlenişine katılan, kamu görevlisi olmayan bu kişilerin bahse konu olan bu sıfatlara sahip olabilmeleri için failin sahip olduğu niteliğı bilmeleri gerekmektedir.²⁸³

Söz konusu irtikâp suçunu işleyebilecek olan kişi, sadece bir memur (yeni ismiyle kamu görevlisi) olabilecektir. Görüldüğü üzere, aranan bu sığata sahip olmayanların bu suçun faili olamayacağı açıktır. Ancak bu suçun faili bir kişi olmak zorunda değildir. İrtikâp suçunda, birden fazla kamu görevlisi, bu suçu “müşterek faillik” sıfatıyla birlikte işleyebilirler.²⁸⁴

Çalışmanın ilk sayfalarında geręek görev suçları ve geręek olmayan görev suçlarını açıklamıştım. Bu konu suça iştirak açısından da önemlidir. Geręek görev suçlarında yukarıda da bahsettiğim üzere suçun temel halinin failinin kamu görevlisi olması bu gruptaki suçların temel unsurlarındandır. Bu nedenle bu suçlarda iştirak halinde TCK’nın 40/2. maddesi hükümleri uygulanacak ve bu suça iştirak edenler eğer kanunda yer alan şartları sağlamıyorsa, yani kamu görevlisi değillerse, bu suçların failleri olamayacaklardır.²⁸⁵ Ancak bu kişiler söz konusu suçta diğier sıfatlarla bulunabileceklerdir. (TCK md. 40/2) Yani bu kişiler suçun faili olamasalar da bu suça yardım eden ya da azmettiren olabilecek ve bu nedenle cezalandırılacaklardır.

Geręek olmayan görev suçlarında yani suçun temel halinin herkes tarafından işlenebildiğı ancak nitelikli hallerinde bazı sıfat/niteliklere sahip olmanın arandığı suçlarda

²⁸¹ EKİCİ ŞAHİN, a.g.m, s.669, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.550

²⁸² EKİCİ ŞAHİN, a.g.m, s.672, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.550, KAYMAZ, a.g.m, s.133

²⁸³ SAVAŞÇI TEMİZ, a.g.m, s.2506

²⁸⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1070, ÖZEN, a.g.e,727

²⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e., s. 1211

GÖKCAN, a.g.e, s. 29

iştirak hususu ise şu şekildedir; söz konusu olan bu suçlara iştirak eden ancak kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan kişiler için bu suçun sadece kanundaki temel/basit halini işlemiş oldukları kabul edilecektir ve bu kişiler buna göre cezalandırılacaklardır.²⁸⁶

Bu kişiler söz konusu suçun nitelikli haline iştirak eden olarak değil de suçun temel/basit halinin faili olarak kabul edileceklerdir. Bunun nedeni ise ceza hukukumuzda yer alan “*failliğin şerikliğe asliliği*” ilkesidir.²⁸⁷ Bu nedenle kişinin gerçekleştirdiği fiilin, suçun kanundaki düzenlemenin temel/basit halini oluşturması ve bu kişinin suçun temel/basit halinin faili olması durumunda, aynı zamanda failin gerçekleştirdiği bu fiilin temel suçun nitelikli halini de oluşturması durumunda temel suçun failliğinin, suçun nitelikli halinin şerikliğine daha üstün geleceğini ve bu nedenle bu nitelikli hale iştirak eden kişi sadece temel/basit suçun faili olarak kabul edilecektir ve ona göre cezalandırılacaktır.²⁸⁸

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere irtikâp suçu, temel hali bir sığata/niteliğe (kamu görevlisi) sahip olan kişiler tarafından işlenebildiğinden dolayı gerçek görev suçudur. Bu nedenle md. 40/2 hükümleri uygulanacaktır. Kamu görevlileri, bu suçun faileri olabilecekken bu sığata sahip olmayanlar azmettiren veya yardım eden olabileceklerdir.

Suçun nitelikli haline iştirak durumunu değerlendirecek olursak; “ekonomik hal” ve “yararın değeri” unsurları fiili hallerdir. Sıfat, suçun konusunun miktarı, zarar gibi kavramlar fiili hal ile ilgilidir.²⁸⁹ Yukarıda açıkladığım üzere fiili hafifletici halden suçun işlenmesine katılan herkes yararlanacaktır. Bu nedenle fail tarafından irtikap suçunun hafifletici nitelikli halinin işlenmesi halinde, bu hafifletici halden suça iştirak edenlerde yararlanacaktır.

Kanun koyucu, TCK md. 251’de müşterek faillik hakkında özel bir düzenleme yapmışır. TCK md. 251/1’de şu düzenleme yapılmışır: “*Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur*”

Kamu kurum ve kuruluşlarının denetiminde vesayet ve hiyerarşı gibi denetim yolları kullanılmaktadır. Hiyerarşik sistem nedeniyle, kamu görevlisinin hiyerarşik amiri, kamu görevlisinin yaptığı işlemler üzerinde geniş yetkilere ve denetim gücüne sahiptir. Hiyerarşik amir, kamu görevlisine talimat verebileceğı gibi, kamu görevlisinin yaptığı işlemi iptalde

²⁸⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s. 1211 (Aktarılan: KÜPER, Wilfried, “Straferecht Besonderer Teil”, Definitionen Mit Erläuterungen, Heidelberg, II, 4 s. 3 ; ARZT, Gunther/WEBER, Ulrich, “Straferecht Besonderer Teil” Lehrbuch.5, s. 422), GÖKCAN, a.g.e, s. 29

²⁸⁷ GÖKCAN, a.g.e, s. 29

²⁸⁸ GÖKCAN, a.g.e, s. 29

²⁸⁹ KAYMAZ, a.g.m, s. 126-127

edebilir. TCK md. 251/1'de düzenlenen bu hüküm, kamu görevlisini denetlemekle yükümlü olan amirin, irtikap suçu işleyen kamu görevlisi hakkında denetim görevini yerine getirmemesi durumunda irtikap suçunun "*müşterek faili*" sayılacağını düzenlemiştir. Bu suç, kasten işlenebilecektir. Yani denetlemekle yükümlü olan kamu görevlisi, bilerek ve isteyerek bu suça göz yummaktadır, müdahale etmemektedir.

Kanun düzenlemesinde açıkça görüldüğü üzere, kamu görevlisi olmayan kişiler irtikap suçunun faili olamazlar. Ancak bu kişilerin, irtikap suçunun azmettirenini veya yardım edenini olabilmeleri mümkündür.

Daha önceden de bahsettiğim üzere, irtikap suçunda yararın faile veya başkasına sağlanması gerekir. Yararın başkasına sağlanması durumunda, "*başkası*" olarak nitelendirilen kişi, bu yararın irtikap suçu sonucunda oluştuğunu bilmesi ve söz konusu bu yararı istemesi halinde "*yardım eden*" eden olarak değerlendirilecek ve cezalandırılacaktır.²⁹⁰

Suçun iştirakin ne zamana kadar mümkün olduğuna yönelik tartışma, yukarıda irtikap suçunun tamamlanması ve suça teşebbüs edilmesi konuları tartışılırken açıklanmıştır. Bu nedenle tekrara düşmemek adına aynı konulardan bu başlık altında tekrardan bahsedilmeyecektir.

VII. İRTİKÂP SUÇUNUN MANEVİ UNSURU

İrtikâp suçu, TCK md. 250'de görüldüğü üzere sadece kasti fiillerle gerçekleştirilebilen bir suçtur. Bu suçun kasti fiillerin aksine taksirli fiillerle gerçekleştirilebilmesi, kanun koyucu tarafından düzenlenmediği için mümkün değildir. Bilindiği üzere taksir istisnai bir durumdur. Bu nedenle, bir suçun taksirli halinin cezalandırılabilmesinin söz konusu olabilmesi için mutlaka kanun koyucunun kanunda suçun taksirle işlenebileceğine ilişkin düzenleme yapmış bulunması gerekir. Ancak kanun koyucu ne irtikap ne de denetim görevinin ihmali hakkında bu suçların taksirle işlenebileceklerine ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle bu suçlar taksirle işlenemezler. Ancak irtikap suçunun olası kast ile işlenebilmesi de söz konusudur.²⁹¹

²⁹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1069

²⁹¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1066

İrtikap suçunun işlenebilmesi için failin suçu oluşturan icra hareketlerini gerçekleştirirken, kendisine veya bir başka üçüncü kişiye yarar sağlamayı veya bu kişilere yarar vaadinde bulunmayı bilerek ve isteyerek yapması gerekmektedir. Fail ek olarak, yerine getirdiği kamu görevini sürdürebilmesi için kanunların kendisine sağladığı yetkiler nedeniyle oluşam nüfuzunu veya doğrudan yerine getirdiği görevini kötüye kullandığını ve söz konusu irtikap suçunu işlerken gerçekleştirdiği icra hareketlerinin irtikap suçunu oluşturmaya yeterli ve elverişli hareketler olduklarını bilmesi ve istemesi gerekmektedir.²⁹² Mülga ceza kanunumuzda, sağlanacak veya vaat edilecek menfaatin haksız bir menfaat olması aranmıştı. Bu nedenle eski kanunun uygulandığı dönemlerde fail, sağlanan veya vaat edilen yararın haksız olduğunu da bilmesi gerekmekeydi.²⁹³ Şu an yürürlükte olan ceza kanunumuzda ise daha önce de açıklandığı üzere bu şekilde bir düzenleme yoktur. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'ya göre failin, sağlanan veya vaat edilen yararın haksız bir yarar olduğunu bilmesi aranmamaktadır.

VIII. İRTİKÂP SUÇUNDA İÇTİMA

Daha önceden de söylediğim üzere bahsettiğim bu suç, failin yerine getirdiği görevin kötüye kullanılması suçunun spesifik bir işleniş türüdür. Bu halde, irtikap suçunun söz konusu olduğu bir durumda, faile irtikap suçunun yanında ayrıca diğer suç nedeniyle ikinci bir cezalandırma yapılmayacaktır.²⁹⁴

Zincirleme suç, ceza kanunumuzun 43no'lu maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: *“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 temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.”*

İrtikap suçunda, zincirleme suça ilişkin belirtilen bu madde hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Kamu görevlisi, aynı kasıtlı, aynı mağdura, irtikap suçunu

²⁹² ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1077, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1294, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1066, ÖZGENÇ, a.g.e, s.174

²⁹³ ÖZGENÇ, a.g.e, s.174, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1066

²⁹⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1068, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1080

farklı vakitlerde birden fazla işleyebilecektir.²⁹⁵ Bu suçun, zincirleme suç olarak gerçekleştirilmesi halinde, suçun failine sadece bir kez irtikap suçundan ceza verilecektir ancak faile verilecek bu ceza madde de gösterildiği üzere dörtte bir oranından dörtte üç oranına kadar arttırılacaktır. Zincirleme suçta, hâkimin kanunda gösterilen söz konusu bu arttırımı yapması zaruridir. Ancak, arttırma oranları kanunda düzenlenen sınırlar da göz önünde bulundurularak, somut olayda hâkim tarafından takdir edilecektir. İrtikap suçunun mağdurunun birden fazla olması durumunda, somut olayda suçun mağduru sayısı kadar irtikap suçunun oluştuğunun kabulü gerekmektedir.²⁹⁶

Ceza kanunumuzun 43 no’lu maddesinin 2 no’lu fıkrasında kanun koyucu aynı neviden fikri içtima hükmünü düzenlemiştir. İlgili madde şu şekildedir: “*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır.*” Kamu görevlisi, irtikap suçunu oluşturan tek bir fiille irtikap suçunu birden fazla mağdura karşı işlemişse, söz konusu bu durumda aynı neviden fikri içtimanın söz konusu olduğundan bahsedilebilir. Fail, icbar içeren hareketlerle veya hileli hareketlerle birden fazla mağdur üzerinde baskı kursa veya aldatırsa ya da mağdurların içinde bulundukları hatalarından yararlansa, bu durumda aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Buna göre faile, yukarıda da bahsettiğim üzere irtikap suçundan dolayı verilecek ceza dörtte bir oranından, dörtte üç oranına kadar arttırılarak hakim tarafından verilecektir.

Fikri içtima ise TCK md. 44’te düzenlenmiştir. Bu hüküm şu şekildedir: “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*” İrtikap suçunun hükümleri incelendiğinde, bu suçta fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı görülmektedir.

Ayrıca TCK md. 212’de yer alan özel içtima hükümleri nedeniyle, irtikap suçu ile birlikte, özel belge veya resmî belge fark etmeksizin, belgede sahtecilik suçunun da fail tarafından işlenmesi halinde, faile irtikap suçu ile birlikte belgede sahtecilik suçundan da ayrıca ceza verilecektir.²⁹⁷

²⁹⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1068, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1080

²⁹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1295, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1069

²⁹⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1069, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1080-1081

IX. İRTİKÂP SUÇUNDA YARARIN SAĞLANMASI VEYA VAAT EDİLMESİ

İrtikâp suçunun unsurlarından biri de faile veya başka bir üçüncü kişiye yarar sağlanması veya bu yararın vaat edilmesidir. Madde metninde görüldüğü üzere, bu yarar sağlamanın veya yararı vaat etmenin illaki suçun failine yapılmasına gerek yoktur. Söz konusu bu yarar sağlama veya yarar vaat etme suçun faili dışında başka bir kişiye de gerçekleştirilebilir.

Yarar sağlamaktan anlaşılması gereken, suçun konusunu oluşturan yararın faile veya başka bir üçüncü kişiye temin edilmesi, teslim edilmesi, verilmesi, kullandırılması, ... dır. Bu terim, kanun koyucu tarafından irtikap suçu hakkında oldukça geniş olarak kabul edilmektedir.²⁹⁸ Çünkü daha önceden de bahsettiğim üzere irtikap suçunun konusu olan "yarar" unsuru doktrinde ve uygulamada oldukça geniş olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle bu yararın sağlanmasının da birçok farklı yolu olacaktır. Yarar sağlamak, söz konusu yarar/menfaat üzerinde failin veya başka bir üçüncü kişinin tasarruf yetkisini tamamen elde etmesi anlamına gelecektir.²⁹⁹ Ancak bilindiği üzere özel hukukta bazı taşınır ve taşınmaz malların mülkiyetinin nakli için bazı özel şartlar mevcuttur. Örneğin, bir taşınmaz satışının gerçekleşebilmesi için satışın tapuda gerçekleşmesi gerekmektedir. İrtikap suçunda, söz konusu yararın mülkiyetinin faile veya başkasına geçirilişi sırasında kanun koyucunun kanunlarda öngördüğü bu şekil şartlarının yerine getirilmesi aranmayacaktır.³⁰⁰

Vaat etme, ise irtikap suçunun konusu olan yarar unsurunun mağdur tarafından faile veya başka bir üçüncü kişiye taahhüt edilmesidir.³⁰¹ Yararın vaat edilmesinin, yarar sağlamada da olduğu gibi herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Çünkü, irtikap suçunda söz konusu olan yarar bir suçun konusudur ve bu nedenle bu yararın vaadi kanuna aykırıdır. TBK md. 20'ye göre bir sözleşmenin içeriği kanuna aykırı ise o sözleşme batıldır. Zaten hukuken batıl olduğundan yarar vaaadinin, kanunlarda öngörülen şekil şartlarına uyup uymadığının pek bir önemi de yoktur.³⁰² İrtikap suçunda yararın vaat edilmesi herhangi bir şekilde olabilir, bu yarar vaadi yazılı bir şekilde olabileceği gibi sözlü de yapılabilir.³⁰³

²⁹⁸ ÖZGENÇ, a.g.e, s.171

²⁹⁹ ÖZGENÇ, a.g.e, s.171, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, 1066, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1294, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1064,

³⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1294, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1064

³⁰¹ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.81

³⁰² ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1066

³⁰³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1064, ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.81, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1066

Örneğin bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kanunen noterde yapılması gerekirken, irtikap suçu kapsamında bu vaat, noterde değil de taraflar arasında sözlü olarak ya da adi yazılı olarak yapılması halinde de irtikap suçu oluşmuş olacaktır. Zaten gerek yarar sağlamada gerekse vaat etmede şekil şartlarına uyulmasını beklemek hayatın olağan akışına da uymaz.

Son olarak, ceza kanunumuzun 250 no’lu maddesinin 3 no’lu fıkrasında yer almakta olan, mağdurun içinde olduğu hata durumundan faydalanma ile işlenen irtikap suçunda, mağdurun, suçun failine veya başka bir kişiye bir yarar vaat etmesi mümkün değildir.³⁰⁴

X. İRTİKÂP SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ

Kanundaki irtikap düzenlemesinin ilk halinde nitelikli hale ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak kanun koyucu 2012 yılında 6352 sayılı kanunla TCK md. 250’ye 4. fıkrasını eklemiştir. Bu fıkra ile kanun koyucu, irtikap suçuna bir hafifletici nitelikli hal düzenlemesi yapmıştır.

Eklenen fıkra şu şekildedir: “*İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.*”

Buna göre, hâkim somut olayda suçun mağdurunun ekonomik halini ve suçun konusu olan yararın değerini dikkate alacaktır. Bu değerlendirmeye göre hâkim, kanunda gösterilen sınırlar içerisinde bir indirim oranı takdir edecek ve faile verilecek olan cezada indirim yapacaktır. Fıkra metninde “*menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik hali*” denmiştir. Bu nedenle somut olayda bu iki unsurun hakim tarafından birlikte incelenmesi, değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁰⁵ Örneğin mağdurun ekonomik durumu iyiye ve yararın değeri de yüksek değilse hâkim madde de geçen oranlara göre faile verilecek cezada indirim yapabilecektir. Ayrıca madde metninde “*... İndirilebilir*” denmiştir. Yani kanun koyucu, bu durumda faile indirim uygulanmasını zorunlu tutmamıştır.

³⁰⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1294

³⁰⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1294, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1077

Ayrıca, doktrinde somut olayda faile uygulanacak cezada indirim yapılabilmesi için dikkate alınacak olan *"menfaat değeri"* unsurunun faile veya başka bir üçüncü kişiye sağlanan veya bu kişilere vaat edilen yararın değeri değil de faile veya başka bir kişiye sağlanması istenen veya bu kişilerin vaat edilmesini istedikleri yararın değeri olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.³⁰⁶

Ancak madde metninde *"irtikâp edilen"* denmiştir. Yani yararın failin tasarruf edebileceği bir durumda olması gerekmektedir. Bu nedenle faile sağlanmayan bir yararın üzerinde tasarruf edebilmesi söz konusu olamayacağından failin amaçladığı ancak ulaşamadığı yararların indirim sebebinde değerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Bu durumda sadece faile veya başka bir kişiye sağlanan, temin edilen yararın değerinin dikkate alınması gerekmektedir. Ek olarak, yararın sağlanmasının yanında, yararın ilgililere vaat edilmesi de söz konusu bu indirim nedeninde söz konusu olabilecektir.³⁰⁷

XI. KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI VE İRTİKÂP SUÇUNUN CEZALANDIRILMASI

A. Kamu Görevlilerinin Yargılanması

Çalışmanın bu kısmında kısaca kamu görevlilerinin yargılanmasından bahsedilecektir. Açıklandığı üzere, irtikâp suçunun faili kamu görevlisidir. Kamu görevlilerinin yargılanması hakkında bazı özel düzenlemeler söz konusudur. Bu konu, rüşvet suçunu da ilgilendirse de gerekli açıklamalar, sadece bu başlıkta yapılacaktır ve Rüşvet konusunda tekrarlanmayacaktır.

Anayasamızın 129/6. maddesine göre kamu görevlileri hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi, kanun koyucunun düzenlediği istisnai bazı hükümler dışında yetkili makamlar tarafından verilecek bir soruşturma iznine bağlıdır. Kanun koyucu, kamu görevlilerinin yargılanması durumunda, kamu görevlisi olmayan diğer kişilerin yargılanmasından farklı olarak bazı düzenlemeler yapmıştır. Kamu görevlilerinin yargılanması usulü, ceza yargılamasındaki *"yargılama birliği"* ilkesinin bir istisnasıdır. Yargılama birliği, devletin ulusal egemenliğinden dolayı, kamu görevlisi olan veya olmayan

³⁰⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1065

³⁰⁷ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1077

diye bir ayırım yapılmadan, ülkesinin bütün vatandaşlarına ceza yargılaması sırasında aynı yargılama usulünün, kurallarının uygulanmasıdır.³⁰⁸

Ülkemizde çokça eleştirilmesine rağmen uzun süreler (1913-1999) Memurun Muhekematı Kanunu, kamu görevlisi yargılanmasında uygulanmıştır. Bu kanunla uygulanan kamu görevlileri (memurlara) özel yargılama sistemi, doktrinde yeterince bağımsız bir yargılama usulü olmaması ve ciddi bir yargılama usulü olmaması gibi nedenlerle eleştirilmiştir.³⁰⁹ Bu kanunun, kamu görevlileri üzerinde diğer vatandaşların aleyhine bir imtiyaz yarattığını ve söz konusu bu imtiyaz nedeniyle ceza hukukundaki “*kanun önünde eşitlik*” ilkesine aykırı olduğu görüşü ileri sürülmüştür.³¹⁰ Bu kanunun yerine kanun koyucu, 2 Aralık 1999 tarihinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanunu kabul etmiş ve 4 Aralık 1999 tarihinde resmî gazetede yayınlamıştır. Bu kanun, kamu görevlilerinin bütün işledikleri suçlarda değil, yalnızca yerine getirdikleri görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bakımından uygulanacaktır.³¹¹ Bu suçlar dışında kalan, diğer işledikleri suçlar bakımından ceza hukukumuzun genel yargılama usulü kanunu olan Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) uygulanacaktır.³¹² Kamu görevlilerinin; yerine getirdikleri görevleri nedeniyle işledikleri suçlar hakkında soruşturma yapılabilmesinin izin şartına bağlanmasının nedeni, bu kişilerin görevlerini rahat ve özgür bir şekilde yerine getirebilmeleri olanağının sağlanmasıdır.³¹³

Söz konusu kanunun kapsama alanı 2. madde de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır*”

Kanun maddesinde görüldüğü üzere kanun koyucu, 4483 sayılı kanunun uygulama kapsamını, 5237 sayılı yürürlükteki TCK’da yer alan md.6’da yapılan kamu görevlisi tanımıyla aynı olarak düzenlemiştir.³¹⁴ Ancak bu kanun 1999 tarihli olsa da söz konusu kanun

³⁰⁸ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.487

³⁰⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, a.g.e, s.497

³¹⁰ EREM, Faruk, “Ceza Usulü Hukuku”, Genişletilmiş 5. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s.698

³¹¹ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/Bacaksız, Pınar/TEPE, İlker, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.893, ÖZTÜRK, Bahri (ed.), “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.790

³¹² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s.893

³¹³ YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.635

³¹⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s.892

maddesi mülga 765 sayılı TCK'nın değil 5237 sayılı yürürlükteki TCK'nın kamu görevlisi tanımına uymaktadır. 4483 sayılı kanunun 2/3. maddesine göre, fail olan kamu görevlisinin ağır cezayı gerektiren bir suçüstü halinin söz konusu olması halinde ise bu durum söz konusu kanunun uygulanma alanının kapsamı dışında kalacaktır.

Bir kamu görevlisinin sürdürdüğü görevi nedeniyle bir suç işlemesi halinde, bu suçun soruşturma makamları tarafından soruşturulabilmesi için yetkili makamlardan soruşturmanın yapılabilmesi için izin verilmesi gerekmektedir. Bu izin verilmeden soruşturma makamlarının (savcılık, sulh ceza hâkimi, ...) söz konusu suç hakkında soruşturma başlatmaları veya söz konusu bu soruşturmayı yürütmeleri mümkün değildir. Söz konusu bu izin, fail tarafından gerçekleştirilen eylem ile ilgilidir.³¹⁵ Soruşturmanın yapılabilmesi için söz konusu bu izni verecek “yetkili makam” ise suç işlediği iddia edilen kamu görevlisinin bağlı olduğu makamdır.³¹⁶ Soruşturma izninin yetkili makamca verilmesi; bu yetkili makamların, suç işlediği iddia edilen kamu görevlisi hakkında işlediği iddia edilen, yürüttüğü görevinden kaynaklı suçlar hakkında soruşturma yapılmasında kamu yararının mevcut olduğunun kabul edilmesidir.³¹⁷

4483 sayılı kanunun 3. maddesi kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılmasına izin vermeye yetkili olan makamları şu şekilde listelemiştir:

a) Bir ilçede çalışmakta olan kamu personelleri ve diğer çalışanlar hakkında soruşturma yapılması için izin vermeye yetkili olan makam, kaymakamdır.

b) Bir ilde veya merkez ilçede çalışmakta olan kamu personelleri, kaymakamlar ve diğer çalışanları hakkında soruşturma yapılabilmesi için izin vermeye yetkili olan makam, validir.

c) Bölgelerde organize olan kamu müesseselerinde çalışan kamu personelleri ve diğer çalışanlar hakkında, soruşturma yapılabilmesi için gereken izin bu kişilerin çalıştıkları yerin valisi tarafından verilir.

d) Cumhurbaşkanlığına ve Cumhurbaşkanlığı ile bağlı olan kuruluşlar ile bakanlıkların merkez teşkilatları ve bağlantılı diğer müesseselerinde çalışan kamu personelleri ve diğer

³¹⁵ ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.68

³¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s.893-894

³¹⁷ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Beta yayınevi, İstanbul, 2013, s.592

Çalışanlar hakkında soruşturma yapılabilmesi için gerekli olan izni vermeye yetkili olan makam, çalıştıkları yerdeki üst amirleridir

e) b ve c şıklarında yer alan durumlar hariç olarak, cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanmış olan kamu personelleri ve diğerk çalışanlar hakkında soruşturma yapılabilmesi için gerekli izni vermeye yetkili olan makam Cumhurbaşkanı ya da ilgili Bakanlardır.

f) Millet Meclisinde alışan kamu personelleri ve diğerk çalışanlar hakkında soruşturma yapılması hakkındaki izin Meclis genel sekreteri tarafından, genel sekreter ve bu sekreterin yardımcıları için soruşturma izni Meclis Başkanı tarafından verilecektir

g) Cumhurbaşkanlığı makamında çalışan kamu personelleri ve diğerk çalışanlar hakkında soruşturma izni Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı tarafından, Bu makamda yer alan kişi hakkında ise soruşturma izni Cumhurbaşkanı tarafından verilecektir.

h) Bir il ve ilçenin belediye başkanları ya da bir büyükşehrin belediye başkanı ile bu belediyelerin ve il özel idarelerinin genel meclislerinin üyeleri hakkında soruşturma yapılabilmesi için izin vermeye yetkili olan makam İçişleri Bakanıdır.

i) Belde başkanları ve belde meclisinin üyeleri hakkında soruşturma yapılmasına ilişkin izin kaymakam tarafından, merkez ilçelerdeki belde belediye başkanları ve bu beldelerin meclis üyeleri hakkında soruşturma yapılmasına ilişkin izin bu kişilerin çalıştıkları vilayetin valisi tarafından verilecektir.

j) Köyler ve mahalleler de muhtar olarak görev yapanlar hakkında ve diğerk çalışanlar hakkında soruşturma yapılmasına ilişkin izin ilçelerde kaymakam tarafından, merkez ilçelerde ise valiler tarafından verilecektir.

İlgili makamlardan soruşturma yapılabilmesi için izin verilebilmesi ve soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için kamu görevlisinin görevi nedeniyle işlediğı iddia edilen suç hakkında yapılan ihbar veya şikâyetin 4483 sayılı yasanın 4 no'lu ve 3 no'lu düzenlemelerine göre, *soyut ve genel olmamaları, kamu görevlisinin suç işlediğı iddiasıyla yapılan ihbar veya şikâyetlerde ilgili kişilerin veya suçu oluşturan olayların belirtilmesi, söz konusu suça ilişkin iddiaların ciddi bulgulara/delillere ve belgelere dayanması, kamu görevlisinin görevi nedeniyle suç işlediğinden bahisle ihbarda veya şikâyetinde bulunan kişinin ihbar veya şikâyetine ilişkin hazırladığı dilekçesinde ad, soyadı, imza, iş veya ikametgâh adresinin doğru bir şekilde belirtilmiş bulunması* zorunludur. Söz konusu ihbar veya şikâyet; zaten önceden

soruşturma makamları veya soruşturma izni vermeye yetkili olan makamlarca sonuçlandırılmış ise işlendiği iddia edilen bu suç hakkında ihbar veya şikâyet edenin elinde yeni deliller/bulgular mevcut değilse yetkili makamlarca işleme konulmayacaktır.³¹⁸

Soruşturma izni yetkili makamlar tarafından verilinceye kadar soruşturma işlemlerinin yapılamayacağı yukarıda belirtilmişti ancak kanun koyucu 4483 sayılı kanunun 4/1. maddesinde düzenlediği üzere, soruşturma makamları sadece “*ivedilikle toplanması gereken*” veya “*kaybolma ihtimali bulunan*” delil ve belgeleri tespit edecektir.

Soruşturma izni, doktrinde yer alan bir görüşe göre geri alınabilecek bir karardır. Bu iznin geri alınabilmesinin nedeni, söz konusu bu soruşturma izninin bir idari işlem olmasından dolayıdır.³¹⁹ Yetkili merciler tarafından verilmiş olan söz konusu iznin geri alınmasının mümkün olamayacağını iddia eden bir görüşte mevcuttur.³²⁰ Ancak Danıştay bu konu hakkında verdiği bir kararda kamu görevlisinin işlediği iddia edilen bir suçun soruşturulması için yetkili makamlarca verilen soruşturma izninin geri alınabilmesinin mümkün olmadığını kabul etmiştir.³²¹

4483 sayılı yasanın 5 no’lu maddesinin 1 no’lu fıkrasına göre soruşturma için izin vermeye yetkili olan merci/makam, kamu görevlisinin suç işlediği iddiasını şikâyet veya ihbar ile ya da başka herhangi bir şekilde öğrenilmişse, bu iddialar hakkında bir ön inceleme yapacaktır.

Aynı kanunun 5/2 maddesinde yapılan diğer bir düzenlemeye göre bu inceleme doğrudan soruşturma yapılabilmesi için izin vermeye yetkili olan makam tarafından yapılabileceği gibi bir veya daha fazla denetim görevlisi tarafından da yapılabilir. Bu

³¹⁸ ÖZTÜRK, a.g.e, s.793

³¹⁹ CENTEL/ZAFER, a.g.e, s.592

³²⁰ Bu görüşe göre; soruşturma izni kavramı, ceza muhakemesindeki resen soruşturma ilkesinin bir istisnasıdır. Bu görüşte istisnanın dar bir şekilde yorumlanmasının gerekli olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle, geniş bir şekilde yorumlama manasına gelecek olan ve zaten kanunun da ilgili maddelerinde yer almayan, verilmiş olan iznin geri alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir. ŞAHİN/GÖKTÜRK, a.g.e, s.69

³²¹ “ Görüleceği üzere 4483 sayılı Kanun, kapsam içine aldığı memurlar ve diğer kamu görevlilerine özgü, CMUK’tan ayrı ve özel bir ceza soruşturma usulü kanunudur. Gerek soruşturma izni verilmesine kadar gerekse soruşturma izni verilmesinden sonraki süreç Kanun’da açıkça düzenlenmiş ve verilen soruşturma izinlerinin geri alınabileceğine ilişkin bir hükme ise yer verilmemiştir. Öte yandan, yöntemine uygun verilen ön inceleme emrine dayalı olarak yürütülen ve yetkili merciin bilgi alanı içine girmesi nedeniyle verilen soruşturma izni kararına konu olan memur ya da diğer kamu görevlisinin eyleminin, yetkili merci tarafından soruşturma kapsamı dışına çıkartılması, kamu düzenine aykırı ve kamu vicdanını sarsıcı bir uygulamaya yol açacağından ve 4483 sayılı Kanunda da soruşturma izni kararlarını kaldırma yetkisinin memurlar veya kamu görevlilerinin ilgilerine göre bölge idare mahkemesi veya Danıştay 2. Dairesine verilmiş bulunduğundan, aksine bir düşüncenin kabulü mümkün görülmemektedir.” Danıştay 2. D., 24.10.2002 T., 2002/932 E., 2002/3581, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 13.03.2023)

inceleme, suç işlediği iddia edilen kamu görevlisinin üstü, amiri konumundaki başka bir kamu görevlisi aracılığıyla da yapılabilir. Ancak ön inceleme kural olarak, suç işlediği iddia edilen kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılmasına yönelik izin vermeye yetkili olan makam/merci veya söz konusu bu makam/mercinin görevlilerince yapılacaktır.³²²

4483 sayılı kanunun 8/1. maddesine göre soruşturma yapılmasına yönelik izin sadece söz konusu olan şikâyet veya ihbarda belirtilen, işlendiği iddia edilen suça ilişkin, ihbar/şikâyetteki iddialar ve olaylarla sınırlıdır.

Kamu görevlisinin soruşturmasına yönelik yetkili makamlarca gerekli iznin verilmesi, ilgili makamların sürdürdükleri ön inceleme süreciyle birlikte en fazla 30 gün içinde tamamlanmalıdır. Ancak bir zorunluluk halinin söz konusu olması halinde sadece bir kereye mahsus olmak üzere, söz konusu bu süre 15 gün daha uzatılabilir. İzin vermeye yetkili olan makam, soruşturmaya ilişkin izin hakkında verdiği kararı suç işlediği iddia edilen kamu görevlisine ve ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirecektir.

Yetkili makamların, işlendiği iddia edilen suç hakkında soruşturma iznini vermeleri halinde, savcılık işlendiği iddia edilen suça ilişkin soruşturma aşamasını en baştan başlatacak ve iddia edilen suçun işlendiğine yönelik yeterli suç şüphesinin var olup olmadığını araştırarak, çeşitli incelemelerde bulunacak ve yapılması gereken diğer soruşturma işlemlerini yerine getirecektir.³²³ Savcılık, yaptığı incelemeler ve araştırmalar sonucu elde ettiği delilleri değerlendirecektir ve bu değerlendirme sonucunda, somut olayın özelliklerine göre takipsizlik kararı da verebilir.³²⁴

Ön inceleme sonucunda verilen karar hakkında, kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılmasına yönelik izin verilmesi halinde ilgili kamu görevlisi, soruşturma yapılmasına yetkili makamlarca izin verilmemesi halinde ise Cumhuriyet Başsavcılığı veya suç işlendiği iddiasıyla şikâyetle veya ihbarda bulunan kişiler itiraz edebilecektir. Bu kararlara yönelik itiraz süresi ise 10 gündür ve bu süre izin vermeye yetkili makamın verdiği kararın ilgililere tebliğ edilmesinden itibaren başlayacaktır. (4483 sayılı kanun md 9/1-2)

Burada bahsedilmesi gereken diğer bir konu ise yargı mensupları hakkında suç işledikleri iddiasıyla yapılacak soruşturmanın nasıl başlatılacağıdır. Hâkimler ve savcılar hakkında soruşturma yapılabilmesi için gerekli olan söz konusu izni vermeye yetkili olan

³²² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, "Ceza Muhakemesi Hukuku", s.894

³²³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, "Ceza Muhakemesi Hukuku", s.893

³²⁴ ÖZTÜRK, a.g.e, s.794

makam adalet bakanlığıdır. Bakanlık, ceza işleri genel müdürlüğünün de söz konusu bu izin hakkındaki görüşlerini alarak soruşturma izninin verilip verilmemesi hakkında gerekli kararı verecektir. Avukatlar hakkında soruşturma yapılması da hakim ve savcılarla aynı şekilde Adalet bakanlığının vereceği izine tabi tutulmuştur.³²⁵

B. İrtikâp Suçunun Cezalandırılması

İrtikâp suçunda verilecek olan cezalar, suçun icbar suretiyle işlenmesi halinde 5-10 yıl, ikna suretiyle işlenmesi halinde 3-5 yıl, hatadan yararlanma şeklinde işlenmesi halinde ise, 1-3 yıldır.

İrtikâp suçu, ilgili maddelerde düzenlenmediği için şikâyet tabi değildir. Bu suçun, soruşturması ve kovuşturması yetkili ve görevli makamlarca resen yapılacaktır. Ancak bu suçların yargılamalarının görüleceği, mahkemelerin görevleri hakkında da ayırım yapılmalıdır. İrtikâp suçunun, icbar suretiyle veya ikna suretiyle işlenmesi halinde yargılamadaki görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olacaktır. Ancak suçun hatadan yararlanma suretiyle işlenmesi halinde ise yargılamada görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır. İşlenen suçun ceza miktarının, 2 yıl ile 10 yıl arasında (10 yılda dahil) olduğu durumlarda, bu suçlar asliye ceza mahkemesinde yargılanacaktır. Ancak kanun koyucu; irtikâp suçunun, icbar suretiyle irtikâp ve ikna suretiyle işlenmesi halleri hakkında özel bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeye göre irtikâp suçunun söz konusu bu halleri ağır ceza mahkemesinde yargılanacaktır. Suçun yargılanacağı yetkili mahkeme ise irtikâp suçunun işlendiği yer mahkemeleri olacaktır.

Kanun koyucu, kamu görevlilerinin yargılanmasında bazı suçlar hakkında özel düzenleme yapmıştır. İrtikâp suçu da bunlardan biridir. Kanun koyucunun, 3628 sayılı yasanın 17 no'lu maddesinde düzenlendiği üzere; irtikâp ve rüşvet gibi sayılan bazı suçlarda, 4483 sayılı yasada yer alan hükümler uygulanmayacaktır. Ancak kaymakamlar ve valiler hakkında bu hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Görüldüğü üzere; irtikâp suçunun yargılanmasında, soruşturma yapılabilmesi için yetkili makamlardan izin alınması gerekmemektedir. Ancak bu kanun maddesi; valiler, kaymakamlar ve müsteşarlar gibi bazı kamu görevlileri hakkında uygulanmayacaktır. Yani bu

³²⁵ CENTEL/ZAHER, a.g.e, s.593

makamlardaki kamu görevlileri hakkında, halen yetkili makamlardan soruşturma izninin alınması gerekecektir.



ÜÇÜNCÜ KISIM

RÜŞVET SUÇU

I. RÜŞVET SUÇUNUN TANIMI

Genel Olarak Rüşvet Suçu

Çalışmanın bu kısmında bahsedilecek olan bu suç, yürürlükteki yeni ceza kanunumuzun, özel hükümlerin düzenlendiği bölümde, irtikap suçu ile aynı kısım ve bölümde 252 no'lu ve 254 no'lu maddeler arasında kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

Mülga kanunumuzda ise, rüşvet düzenlemesi, devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler başlıklı üçüncü bap'ında, üçüncü fasılda 211. Madde ve devamındaki diğer maddelerde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, 1990 yılında 3679 sayılı kanunla önemli derecede değişikliğe uğramıştır. Ayrıca, 2003 yılında da 4782 sayılı kanunla yeni fıkra eklenmiştir. Bilindiği üzere, 2004 yılında yeni ceza kanunumuz kabul edilmiş ve 2005 yılında bu kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, rüşvet suçuyla ilişkin düzenlemeleri de içermektedir. Bu kanunda, 2012 tarihinde yapılan bazı önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler ile rüşvet suçu günümüzdeki halini almıştır.

Rüşvet, kelime anlamı olarak bir işin hukuka aykırı olarak yapılabilmesi için kolaylık sağlanması amacıyla, faile yarar sağlanması veya hukuka aykırı olarak, bir işin yapılmasını hızlandırma amacıyla yarar sağlamak anlamına gelmektedir.³²⁶

5237 sayılı kanunda rüşvet, failin vazifesini yerine getirmesiyle ilgili bir işi yerine getirmesi veya yerine getirmemesi için ona veya başka üçüncü kişiye fayda sağlanması olarak tanımlanmıştır. Buna göre, ceza hukukumuzda rüşvet suçunun söz konusu olabilmesi için önemli olan noktalar, bir işin yerine getirilmesi veya yerine getirilmemesi için faile veya başka bir kişiye fayda sağlanması ve söz konusu bu işin failin yerine getirdiği görevin ifasından kaynaklanmasıdır.

Rüşvet, hukuka uygun veya aykırı fark etmeksizin, kamu görevlisinin görevini ifa ederken bir işin yerine getirilmesi veya getirilmemesi için kendisine veya başka bir üçüncü

³²⁶ RÜŞVET, <https://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 04.04.2023)

kişiyeye yarar sağlanması için rüşvet verenin ve rüşvet alanın anlaşması ile oluşacaktır.³²⁷ Bu anlaşma doktrinde rüşvet anlaşması olarak adlandırılmaktadır. Bu anlaşma, rüşvet suçunun zorunlu unsurudur. İrtikap suçunun aksine, rüşvet suçunda ihmali hareketle suçun işlenmesi kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir.

Yargıtay'da verdiği eski tarihli bir kararda rüşveti şu şekilde tanımlamıştır: *“Rüşvet suçu, bir memurun, kanun ve nizam hükümlerine göre yapmağa mecbur olduğu şeyi yapmak için, fertle haksız bir menfaat mukabil yapmamak veya yapmağa mecbur olduğu şeyi yapmamak veyahut yapmamağa mecbur olduğu şeyi yapmak için, fertle haksız bir menfaat mukabilinde veya vaadi üzerinde anlaşmaya varmasıdır.”*³²⁸

Yürürlükteki kanunumuzda yer alan, rüşvet suçuna ilişkin düzenlemeler, eski kanunumuzda suç olarak kabul edilen, rüşvet suçunun basit halini içermemekteydi. 5237 sayılı kanunun rüşvet düzenlemesinin ilk halinde, sadece eski ceza kanunumuzda bulunan rüşvet suçunun nitelikli olarak adlandırılan haline ilişkin olan düzenlemeler rüşvet suçu olarak kabul edilmişti.³²⁹ Yeni düzenlemenin ilk halinde, failin sürdürdüğü vazifesinin gereklerine uygun olan bir işi yerine getirmesi veya yerine getirmemesi durumu rüşvet suçu olarak kabul edilmemiştir.³³⁰ Ancak bir kamu personelinin; vazifesinin gerektirdiklerine aykırı olarak, bir işin yerine getirilmesi veya yerine getirilmemesi için faile yarar sağlanması durumu rüşvet suçu olarak düzenlenmiştir.³³¹ Mülga 765 sayılı kanunda yer alan rüşvet suçunun temel, basit halinin yeni hazırlanan kanuna alınmaması, söz konusu bu halin somut olayda gerçekleşmesi halinde TCK'deki rüşvet suçunun değil de kanundaki diğer bir suç olan görevin kötüye kullanılması suçunun (TCK md.257/3) işlendiğinin kabul edilmesi, kanun koyucunun suçla ve yolsuzlukla mücadelesi açısından anlaşılabilir bulunmamıştır ve doktrinde eleştirilmiştir.³³²

Söz konusu bu düzenlemeler arasındaki bu farklılığın nedeni, kanun koyucunun uyguladığı suç politikasıdır.³³³ Yeni ceza kanunumuz hazırlanırken, eski yasadan farklı bir

³²⁷ YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, “Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, C. 6, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.7623-7624

³²⁸Yargıtay 5. C.D., 27.04.1983 T., 360/1432, GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi Cilt: II (Hususi Kısım- Cürümler) (Madde 125-281) “, Genişletilmiş 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, İstanbul, s.755

³²⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1072

³³⁰ DOĞAN, Koray, “Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu 'ya Armağan, C.1, Ankara, 2015, s.342, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1298

³³¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1298-1299, Doğan, a.g.m, s.343

³³² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1299

³³³ GÖKCAN, a.g.e, s.546

siyasi yaklaşım ile hazırlanmış ve kanun koyucunun suçla ve yolsuzlukla mücadeleyle bakış açısı değişmiştir. Bu nedenle, rüşvet suçunun basit hali yeni kanunda düzenlenmemiştir.

Bu eleştiriler ve uygulamada gerçekleşen bazı durumlar nedeniyle (irtikap ve rüşvet suçlarında, suç teşebbüs aşamasında kalmasına rağmen TCK md. 257/3'ün gerçekleştiğine ilişkin kararların verilmesi) kanun koyucu 6352 sayılı kanun ile, basit rüşvete ilişkin düzenlemeyi 5237 sayılı TCK'ya eklemiştir ve ayrıca TCK md. 257/3'ü kaldırmıştır.³³⁴

Bu değişikliklerde, bazı uluslararası sözleşmelere taraf olmanın ortaya çıkardığı bazı yükümlülüklerinde etkisi vardır. Ülkemiz; Avrupa konseyinin, birleşmiş milletlerin ve OECD'nin irtikâp ve rüşvetle mücadeleyle ilişkin bazı sözleşmelerine taraf olmuş ve bu sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmektedir.³³⁵

Ancak bu düzenlemeyle, doktrinde eleştirilen sorunlar ve uygulamadaki sorunlar çözülsün de 765 sayılı mülga TCK'nın aksine, rüşvet suçunun basit hali ile nitelikli hali arasında verilecek ceza bakımından kanun koyucunun herhangi bir fark içermeyen bir düzenleme yapması eleştirilmiştir.³³⁶ Rüşvet suçuna ilişkin bu düzenlemeler, rüşvet suçunun

³³⁴ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1086-1087

Bu konu hakkında Yargıtay Ceza Genel Kurulu şu şekilde karar vermiştir: “Rüşvet suçu, bir tarafta rüşvet veren ile diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisinin yer aldığı bir karşılaşma suçu, dolayısıyla da çok failli bir suçtur. 5237 sayılı TCK'nun 252. maddesinde; “bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır” şeklinde tanımlanmak suretiyle yalnızca “nitelikli rüşvet suçu” ceza yaptırımına bağlanmış iken, 05.07.2012 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nun 252. maddesinde yapılan değişiklikle öncekinden farklı olarak “basit rüşveti” de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikle 5237 sayılı TCK'nun 252. maddesinin birinci fıkrasında; “Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracıl vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde “rüşvet veren” bakımından, ikinci fıkrasında ise; “Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracıl vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrafta belirtilen ceza ile cezalandırılır” biçiminde ifade edilmek suretiyle de “rüşvet alan kamu görevlisi” açısından “rüşvet suçu” tanımlanmıştır. Bu suretle de, sağlanan menfaatin “kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı” bir işin yapılması amacına yönelik olması şartı kaldırılarak, görevinin gereklerine uygun davranması için kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili TCK'nun 257/3. maddesindeki görevi kötüye kullanmak suçu kapsamından çıkartılarak rüşvet suçuna dönüştürülmüştür.” Yargıtay C.G.K., 24.03.2015 T., 2013/247 E., 2015/60 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/#collapseDetayl%C4%B1Arama>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 05.04.2023), Bkz. AKÇİN, İhsan, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar Zimmet Suçu (m.247) - İrtikap Suçu (m. 250) - Rüşvet Suçu (m. 252)”, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s..585

Benzer bir karar, Yargıtay 5. C.D., 05.05.2015 T., 7652/11209 Bkz. AKÇİN, a.g.e, s. .585-586

³³⁵ TBMM, 24. Yasama Dönemi, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 278, s.126, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 17.04.2023), AKÇİN, a.g.e, s.584

³³⁶ DOĞAN, a.g.m, s.343

basit ve nitelikli hali olmaktan çıkmış, sadece rüşvet suçunun farklı işleniş hallerine dönüşmüştür.

Madde gerekçesinde rüşvet suçunun, kamu hizmetlerinde eşitlik, liyakat gibi bazı ilkeleri ihlal ettiği açıklanmıştır. Ayrıca bu suç düzenlemesi ile kanun koyucu tarafından, kamu görevlisine karşı toplumdaki bireylerin sahip oldukları güvenin, saygının, kamu görevlisinin herhangi bir şekilde satın alınamaz olduğuna ilişkin algının zarar görmesinin, sarsılmasının önüne geçmek amaçlanmıştır.³³⁷

Kamu görevlileri, kamu hizmetlerinden doğan sorumluluklarını yerine getirirken vatandaşların hepsine eşit olarak davranmalıdır. Ancak kamu görevlisi, kendisine veya bir başka kişiye yarar sağlanması nedeniyle bazı kişilere ayrıcalık sağlayarak eşitlik ilkesinin bozuyorsa rüşvet suçunun işlendiğinden bahsedilecektir. Ayrıca, irtikap suçunda liyakat hakkında yaptığım açıklamalar rüşvet suçunda da geçerlidir. Liyakat, işin ehline ve hak edene teslim edilmesi anlamına gelmektedir. Rüşvet alan kamu görevlisi, suç işleyerek, yozlaşarak, kamu görevlisinin satın alınamayacağı algısına zarar vererek, yerine getirdiği işin ehli ve hak edeni olmadığını açıkça göstermiştir.

Gerekçede de belirtildiği üzere; bahse konu olan bu suç bir karşılaşma suçudur.³³⁸ Buna göre, bu suç çok faille gerçekleştirilebilen bir suçtur. Bu suçta anlaşmanın tarafları bir iştirak ilişkisi yoktur.³³⁹ Bu suç; rüşvet alan ve veren olarak, aynı gayeyi hedefleyen iki kısımdan oluşmaktadır. Rüşvet alan ve veren olarak iki kısımdan bahsedilse de ortada sadece bir tek suç gerçekleşmektedir.³⁴⁰

Sadece birden fazla failin bir araya gelerek işleyebileceği suçlar doktrinimizde çok failli suçlar olarak adlandırılmıştır.³⁴¹ Çok failli suçların fail sayısı dışında diğer suçlardan herhangi bir farkı bulunmamaktadır ve iştirak vb. diğer kavramlarla bağlantısı bulunmamaktadır.³⁴² Çok failli suçlarda, bütün faillerin kanundaki tipik harekete uygun fiillerinin mevcut olması ve bunlardan en az birinin cezalandırılabilir halde olması gerekmektedir.³⁴³ Bu suçlar iki bölüme ayrılmaktadır. Bu bölümler, hukukumuzda yakınsama

³³⁷ GÖKCAN, a.g.e, s.646

³³⁸ ARSLANTÜRK, a.g.e, s.245

³³⁹ ÖZBEK, a.g.e, s.1060, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s. 1316

³⁴⁰ GÖKCAN, a.g.e, s.646, ARSLANTÜRK, a.g.e, s.246

³⁴¹ ÖZGENÇ, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", s.592

³⁴² KAHRAMAN, a.g.e, s.76

³⁴³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", s.529

suçları ve karşılaşma suçları olarak adlandırılmıştır.³⁴⁴Yakınsama suçlarında, failler amaçladıkları aynı sonuca ulaşabilmek, amaçlanan sonucu gerçekleştirebilmek için zorunlu olarak aynı yönde birlikte hareket etmektedirler.³⁴⁵ Aynı yönde hareket eden bu kişiler, suçun failleri olacaktır ve bu durum başka kişilerin şerik olarak suça iştirak etmesini engellemez.³⁴⁶ Karşılaşma suçlarında, diğerinde de olduğu gibi yine failler aynı sonucu gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Ancak bu sefer failler yakınsama suçlarının aksine, zorunlu olarak farklı taraflardan hareket etmektedirler.³⁴⁷ Farklı taraflardan gelen bu kişiler suçun failleri olacaktır. Bu kişilerden birinin suçun mağduru olarak sayılması mümkün değildir ve bu kişilerin fail olması başka kişilerin şerik olarak suça iştirak etmelerine engel olmamaktadır.³⁴⁸ Bu suçlara örnek olarak gerekçede de bahsedildiği üzere rüşvet suçu verilebilir.

Rüşvet suçunda, rüşvet verende rüşvet alanda aynı amacı hedeflemektedirler. Ancak iki tarafta birbirlerinden farklı yönlerden gelerek, aynı amacın gerçekleşmesi için çabalamaktadırlar.³⁴⁹ Rüşvet veren sağladığı yarar karşısında diğer fail olan kamu görevlisinde ayrıcalık beklerken, rüşvet alanda diğer fail olan rüşvet verene sağlayacağı ayrıcalıklar karşısında kendisine veya bir başka kişiye yarar sağlanmasını beklemektedir. Bu nedenle rüşvet suçunu, çok failli bir suç ve bu suçların karşılaşma suçları grubu suçlarından ve kanun koyucu rüşvet veren ve rüşvet alan olarak iki ayrı fail sıfatından bahsederek ayırım yapsa da, rüşvet suçunu tek bir suç olarak nitelendirebiliriz.³⁵⁰ Ancak mülga ceza kanunumuzda rüşvet suçu şuan yürürlükte olan kanunun aksine tek suç değildi. Rüşvet verme ve rüşvet alma fiilleri kanun koyucu tarafından ayrı ayrı suçlar olarak kabul edilmişti.³⁵¹ Özgenç, 765 sayılı mülga TCK'da söz konusu olan bu durumu, irtikap suçunun tek bir suç olduğunu ileri sürerek, bu düzenlemenin çelişkili olduğunu ileri sürerek eleştirmiştir.³⁵²

³⁴⁴ÖZGENÇ, İzzet, "Suç Teorisi", [https://cms.hacibayram.edu.tr/api/files/1/Hac%C4%B1bayram%20AHBV/turkcemer\(tr-TR\)/Slaytlar/Prof.Dr.I%CC%87zzetOzgenc-Suc%CC%A7%20teorisi.pdf](https://cms.hacibayram.edu.tr/api/files/1/Hac%C4%B1bayram%20AHBV/turkcemer(tr-TR)/Slaytlar/Prof.Dr.I%CC%87zzetOzgenc-Suc%CC%A7%20teorisi.pdf), (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 05.04.2023), s.96

³⁴⁵ÖZGENÇ, Suç Teorisi, s.97, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1089

³⁴⁶ÖZGENÇ, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", s.593

³⁴⁷ÖZGENÇ, "Suç Teorisi", s.99,

³⁴⁸ÖZGENÇ, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", s.594

³⁴⁹Yargıtay kararında rüşvet suçunun taraflarının tek bir hedefi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş olan kişiler olarak nitelendirerek, bu suçun tek ve çok failli bir suç olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 5. C.D., 13.12.2018 T., 2015/4186 E., 2018/9648 K., KAHRAMAN, a.g.e, s.78

³⁵⁰ÖZGENÇ, a.g.e, s.195

³⁵¹ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1074

³⁵²ÖZGENÇ, a.g.e, s.195

II. RÜŞVET SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER

İrtikap ve rüşvet suçları, TCK'nın özel hükümler bölümünde kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Bu nedenle irtikap suçunun koruduğu hukuki değerler ile rüşvet suçunun koruduğu hukuki değerler birbirlerinin aynıdır.³⁵³

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, rüşvet suçu ile kanun koyucu tarafından koruma altına alınan değer, idarenin ve kamu hizmetlerinin düzgün ve yeterli şekilde, aksatılmadan sürdürülebilmesi ve kamu görevlisinin birileri tarafından “*satın alınması*”nın önüne geçerek toplumda idareye ve kamu görevlilerine yönelik olarak oluşacak tepkilere karşı kamu kurum ve kuruluşlarını korumaktır.³⁵⁴

Doktrinde genel olarak kabul edilen diğer bir görüşe göre rüşvet suçunun koruduğu hukuki değer, kamu görevlileri aracılığıyla kamu hizmetleri yerine getirilirken, kamu görevlilerinin vatandaşa karşı eşit, tarafsız, dürüst davranması ve toplumu oluşturan bireylerin, kamu kurum ve kuruluşlarına ve kamu görevlilerine duyduğu güvenin, saygının zedelenmemesi ve ayrıca kamu görevlisinin satın alınamayacağına yönelik toplumda söz konusu olan algının da zarar görmesinin engellenmesidir.³⁵⁵

Kanun koyucu, madde gerekçesinde rüşvet suçu ile korunan hukuki değerleri açıklamıştır. Buna göre bu suçla; idarenin faaliyetlerinin, adil olarak ve liyakatli bir şekilde yapılmasını, bu faaliyetleri yapan kişilerin hiçbir kimse tarafından satın alınamayacağına ilişkin inancının korunması ve hem idareye hem de idarenin personellerine duyulan saygı ve güven duygularının hedeflenmiştir.³⁵⁶ Bu görüşte sayılanlara ek olarak, başka bir görüşte verimlilik ve eşitlik unsurlarının dahil olduğu iddia edilmiştir.³⁵⁷

Görüldüğü gibi, doktrindeki hakim görüş rüşvet suçunun TCK'da bulunduğu bölüm başlığı ve madde gerekçesinden esinlenerek oluşmuştur.

³⁵³ AKÇİN, a.g.e, s.586, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1091

³⁵⁴ SOYASLAN, a.g.e, s.694

³⁵⁵ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1091-1092, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1074, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1302 Özgenç, a.g.e, s.193, ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.90, DÖNMEZER, a.g.e, s.97, AKÇİN, a.g.e, s.586, GÖKCEN, a.g.e, 2022, s.798, ÖZBEK, Veli Özer, “Ekonomi Ceza Hukuku: Özel Hükümler 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Ekonomik Suçlar”, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.1030

³⁵⁶ GÖKCEN, a.g.e, s.546

³⁵⁷ DOĞAN, a.g.e, s.78

Yargıtay'ın da verdiği kararlarda, rüşvet suçu ile korunan hukuki değerler hakkında doktrindeki hakim olan görüşe uyduğu görülmektedir: “...6352 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce 5237 sayılı Yasaya göre ise “kamu hizmetlerinin eşitlik ve liyakat açısından adalete uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve satın alınamaz oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin korunması amacıyla...”³⁵⁸

Benim görüşüme göre, irtikap suçunda da daha önceden açıkladığım üzere, korunan hukuki değerler hukuk sistemimizin meşru saydığı yani anayasamızda veya taraf olduğumuz temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan temel hak ve hürriyetlerdir. Konunun başında da bahsettiğim üzere, irtikap suçu ve rüşvet suçunun koruduğu hukuki değerler birbiri ile aynıdır. Bu nedenle rüşvet suçu ile korundan hukuki değerlerin; malvarlığı hakkı, vücut dokunulmazlığı, hür irade, zilyetlik gibi çeşitli temel hak ve hürriyetlerin bu suçun koruduğu hukuki değerler oldukları söylenebilir.

III. RÜŞVET SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI

A. Rüşvet Suçunun Failleri

Bahsedildiği üzere, rüşvet suçu çok faili, tek bir suçtur. Buna göre, rüşvet suçunun birden fazla faili vardır. Bunlar, rüşvet veren ve rüşvet alandır. Bu nedenle, ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Rüşvet alanın kamu görevlisi olması zorunludur.³⁵⁹ Kamu görevlisi sıfatının, suçun işlendiği anda mevcut olması gerekmektedir.³⁶⁰ Yani failin rüşvet aldığı, kamu görevliliğinden emekli olduktan sonra ortaya çıksa da failin kamu görevlisi olması şartı sağlanmış olacaktır ve fail rüşvet suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Kamu görevlisinin tanımı, çalışmanın başlarında ayrıntılı olarak yapıldığı için burada tekrar yapılmayacaktır.

³⁵⁸ Yargıtay 5. C.D., 22.01.2015 T., 2013/13904 E., 2015/1502 K., AKÇİN, a.g.e, 586-587

Yargıtay başka bir kararda da aynı görüşü savunmuştur: “...6352 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce 5237 sayılı Yasaya göre “kamu hizmetlerinin eşitlik ve liyakat açısından adalete uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve satın alınamaz oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin korunması amacıyla...” Yargıtay 5. C.D., 04.11.2015 T., 2015/5947 E., 2015/15951 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 06.04.2023), Bkz. AKÇİN, a.g.e, s.586-587

³⁵⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1076, AKÇİN, a.g.e, s.587

³⁶⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1076

Rüşvet veren, hakkında ise kanun koyucu söz konusu maddelerde herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bu suçun faili herkes olabilecektir. Yani bir kamu görevlisi olmayan bir vatandaş tarafından rüşvet verilebileceği gibi, kamu görevlisi tarafından başka bir kamu görevlisine de rüşvet verilmiş olabilir.

Kanun koyucu, 252. maddede rüşvet suçuna ilişkin bazı özel düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler ile suçun işlenmesine çeşitli şekillerde katılan bazı kişiler suçun müşterek failleri olarak kabul edilmiştir.

TCK md. 252/5’te şu düzenleme yapılmıştır: *“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”*

Buna göre, rüşvet suçunun işlenmesine herhangi bir şekilde aracılık eden kişilerde, suçun müşterek failleri olarak kabul edilip cezalandırılacaklardır. Aracılık fiilinin nasıl gerçekleşeceği kanun koyucu tarafından açıklanmamıştır. Kanunda rüşvet teklifinin karşı tarafa iletilmesi, anlaşmanın sağlanması veya rüşvetin temini için aracılık fiillerinden bahsedilmiştir. Anlaşmanın gerçekleştirilmesi, teklifin iletilmesi veya rüşvetin nasıl temin edileceği hakkında kanun koyucu tarafından herhangi bir sınırlandırma veya şart getirilmemiştir, bu aracılık faaliyetleri herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilecektir. Rüşvet suçuna aracılık eden kişinin, kamu görevlisi olması da gerekmemektedir.

Rüşvete aracılık etmeye ilişkin düzenleme mülga edilmiş eski kanunumuzda yer almaktayken, yürürlükteki kanunumuzun ilk halinde kanun koyucu tarafından yer verilmemişti. Ancak, 2012 tarihli 6352 sayılı kanunla yapılan düzenlemelerle, söz konusu bu düzenleme yeniden ceza kanunumuza eklenmiştir.³⁶¹ Bu düzenlemenin TCK’dan çıkarılması suçla ve yolsuzlukla mücadele politikası açısından doğru bir hamle olmamıştır. Rüşvet veren, rüşvet alan ve hatta bu suça aracılık eden herkes hakkında, adli makamların gerekli soruşturma ve kovuşturmaların yapmaları ve ilgilileri cezalandırılmaları gerekmektedir. Aracılık edenlerin, madde kapsamının dışında bırakılarak, somut olaya göre yardım eden olarak kabul edilebilmeleri yolsuzlukla mücadele için yeterli değildir. Ancak kanun koyucu, 6352 sayılı kanun ile yaptığı bu hatadan dönmüştür.

³⁶¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1076

Diğer bir özel düzenleme ise, TCK md. 252/6 dır. Bu düzenleme şu şekildedir: *“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.”*

Bu fıkra da yer almakta olan “dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi” ifadesi hakkında doktrinde farklı bir görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre üçüncü kişiye dolaylı olarak yarar sağlanabilmesi için, söz konusu bu yararın ilk olarak faile sağlanması, bu yararın daha sonradan da fail tarafından üçüncü kişiye devredilmesi gerekmektedir.³⁶² Ancak bu görüşün kabulü halinde, rüşvet anlaşmasının taraflarının bir başka kişiye yarar sağlanması üzere anlaşmaları halinde, bu yararı kabul eden üçüncü kişinin durumunun ne olacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Zaten rüşvet alanın, sağlanan menfaati bir başkasına devretmesi ve devralan kişinin, devraldığı bu menfaatin rüşvet suçundan kaynaklandığını bilmesi pek olası değildir. Bu nedenle kanun koyucunun burada kastettiğinin, tarafların anlaşması dolayısıyla yararın bir başka kişiye sağlanması olarak kabul edilmesidir. Çünkü bu halde üçüncü kişinin, sağlanan menfaatin suç kaynaklı olduğunu bilmesi daha olasıdır.

Bu düzenlemeye göre, somut olayda yararın kamu görevlisinin bizzat kendisine değil de başka bir üçüncü kişiye sağlanması halinde, yarar sağlanan diğer kişinin de rüşvet suçunun müşterek fail olarak kabul edilip cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Tüzel kişilerin, rüşvet kabul eden yetkili gerçek kişileri de söz konusu bu suçun müşterek failleri olarak kabul edilecek ve bu hükümlere göre cezalandırılacaklardır. TCK md. 252/5’te olduğu gibi md 252/6’da da bu kişilerin kamu görevlisi olmaları gerekmemektedir.

TCK md. 252/8’de kanun koyucu şu düzenlemeyi yapmıştır:

“Bu madde hükümleri;

- a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,*
- b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,*
- c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,*
- d) Kamu yararına çalışan dernekler,*

³⁶² YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s.586

e) Kooperatifler,

f) Halka açık anonim şirketler,

adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi, bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.”

Kanun koyucu bu düzenleme ile rüşvet suçunun uygulama kapsamını genişletmiştir. Bu durum yolsuzlukla mücadele açısından önemli bir durumdur. Bu düzenlemeyle birlikte, kısmide olsa kamu gücünü kullanan, kamu yararının amaç olarak kabul edildiği, çeşitli kamu hizmetlerini yerine getiren kurum ve kuruluşlar adına hareket eden gerçek kişilerinde sadece yerine getirdikleri görevlerinin ifasıyla sınırlı olarak rüşvet suçunu işleyebilecekleri veya rüşvet suçuna aracılık etmeleri nedeniyle bu suçun müşterek failleri olarak kabul edilebilecekleri düzenlenmiştir. Bu fıkra hükmüne göre, TCK md. 252'nin 5. ve 6. fıkralarında da olduğu üzere, söz konusu bu kişilerin kamu görevlisi olup olmadıkları önemli değildir. Yani sayılan bu kurum ve kuruluş, dernek ve vakıflar ... vb. adına hareket eden kişilerin, rüşvet suçunun faili olabilmeleri için ceza hukukumuzda göre kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmemektedir.

Ayrıca kanun koyucu TCK md. 252/8'de, kooperatifler ve halka açık anonim şirketler adına hareket eden gerçek kişilerin de rüşvet suçunun işlenmesinde fail olabileceklerini kabul etmiştir. Kanun koyucu bu madde de “... Kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın” düzenlemesini yapmıştır. Bu nedenle, söz konusu bu tüzel kişiler adına hareket eden gerçek kişilerde, rüşvet suçunun faili olabilmeleri için kamu görevlisi olmak zorunda değildirler. Dikkat edilmelidir ki, kanun koyucu sadece halka açık anonim şirketler hakkında düzenleme yapmıştır. Halka açık olmayan anonim şirketler adına hareket eden gerçek kişiler söz konusu rüşvet suçunun faili olamayacaktır.

Ayrıca kanun koyucu TCK md. 252/9 ile de özel bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenleme şu şekildedir:

“Bu madde hükümleri;

- a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine,*
 - b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere,*
 - c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine,*
 - d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere,*
 - e) Bir hukuki uyumsuzluğun çözümü amacıyla başvurulmuş tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere,*
 - f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine,*
- görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır.”*

Bu düzenlemenin gerekçesine göre; söz konusu düzenleme, 17 Aralık 1999 tarihinde Paris’te imzalanan ve Türkiye’nin de taraf olduğu, 01.02.2000 tarihli TBMM’nin de 4518 sayılı kanunla uygun bulunduğu ve Bakanlar kurulunun da 09.03.2000 tarihinde, 2000/385 sayılı bakanlar kurulu kararı ile onayladığı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinden kaynaklanan, ülkemizin yerine getirmesi gereken bazı yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi amacıyla kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.³⁶³

Aslında bu fıkra ile, TCK’da yer alan rüşvet düzenlemesinin tamamının, fıkra da sayılan bu yabancı veya uluslararası kurum ve kuruluşlar adına hareket eden kişiler hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir.

³⁶³ AKÇİN, a.g.e, s.579

Bu fıkraya göre de rüşvet suçunun söz konusu olabilmesi için, somut olaydaki söz konusu işin failin yerine getirdiği göreviyle ilgili olması gerekmektedir. Ayrıca, bir uluslararası ticari işlem hakkında ya da haksız bir yararı elde etmek veya muhafaza etmek amacıyla yarar sağlanması veya vaat edilmesi hallerinde de rüşvet suçu oluşacaktır. Ayrıca, suça aracılık edenler hakkında da rüşvet suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

B. Rüşvet Suçunun Mağduru

Belirtildiği üzere, rüşvet suçu çok failli bir suçtur. Rüşvet alanda, rüşvet verende suçun failidir. Bu nedenle, rüşvet suçunda mağdurun kim olacağı hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, irtikap suçundaki doktrinde yer alan görüşlerde olduğu gibi rüşvet suçunda da suçun mağdurunun devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin olduğu ileri sürülmüştür.³⁶⁴

Ancak doktrinde yazarlar tarafından daha çok desteklenen diğer bir görüş ise, rüşvet suçunun mağdurunun bütün toplum olduğu görüşüdür.³⁶⁵

Doktrinde yer alan bir başka görüşte ise, suçun mağdurunun belirlenmesinde rüşvet suçu ile kanun koyucunun korumak istediği hukuki değerlerin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Yazar'ın kabul ettiği hukuksal değer görüşü nedeniyle, bu suçun mağduru, rüşvet suçu ile hem devlet hem de toplum zarar gördüğünden ikisi de bu suçun mağduru olacaktır. Ancak devlete ve kamu kurum ve kuruluşlarına olan güven ve saygınlık sarsıldığından, zarar gördüğünden dolayı devlet tüzel kişiliği rüşvet suçunun birinci dereceden, toplum ise rüşvet suçunun ikinci dereceden mağdurları olacaktır.³⁶⁶

Mağdur hakkında gerekli açıklamaları, yukarıda yapılmıştır. Bu nedenle, devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin mağdur olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, mağdur değil ancak suçtan zarar gören olacaklardır. Mağdursuz suç

³⁶⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, (Aktarılan: GÜRELLİ, Nevzat, "İrtikap ve Rüşvet Cürümleri", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1954, s.76) s.1077-1078

³⁶⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1078, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1102, ÖZGENÇ, a.g.e, s.200, GÖKCAN, a.g.e, s.553, BAYTEMİR, Erdal, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.0, S.88, 2010, s.343

³⁶⁶ ÖZEN, a.g.e, s.738

olamayacağından³⁶⁷ bu suçun mağdurunun toplum olduğunun kabulü gerekmektedir. Çünkü suçun mağdurunun belli olmadığı (örneğin rüşvet suçunda) durumlarda, bu suçların mağdurunun bütün toplum olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.³⁶⁸ Rüşvet alanın ve verenin fail olduğu, kamu kurum ve kuruluşlarının suçtan zarar gören olduğu bu suçta, suçun mağduru toplum olacaktır.

Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'da, 2005 tarihinde 5377 sayılı kanunla yaptığı değişikliğinin 6. maddesi ile, TCK md. 43/1'e son bir cümle eklemiştir. Bu ekleme şu şekildedir: *“Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”*

Bu değişikliğin gerekçesi şudur: *“Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir”*³⁶⁹

Gerekçede düzenlendiği üzere kanun koyucu, bu suçtan mağdur olanın belirli bir kişi olmadığını kabul etmiştir. Ayrıca bu suçta kanun koyucu tarafından, bütün toplumun bu suçun mağduru olacağını kabul etmiştir. Bu suçta, rüşvet veren ve rüşvet alan fail olduğundan, suçun mağdurunun kim olacağı konusu belirsiz kalmıştır. Kamu kurum ve kuruluşları da suçun zarar göreni olduğundan, bu suçun mağdurunun toplum olduğunun kabulü gerekmektedir.

C. Eylem

Rüşvet Anlaşması

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için rüşvet veren ile rüşvet alan arasında, bir işin yapılması veya yapılmaması ve bunun karşılığında bir yararın sağlanması hakkında anlaşmanın gerçekleşmesi gerekmektedir³⁷⁰. Kanun koyucu, rüşvet anlaşmasını 5237 sayılı TCK'da açıkça düzenlenmiştir. Kanun koyucu TCK md. 252/3' te rüşvet anlaşmasının adını kanunun ilgili maddesinde şu şekilde geçirmiştir: *“Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması*

³⁶⁷ ÖZGENÇ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.224

³⁶⁸ HAKERİ, a.g.e, s.141

³⁶⁹ KATOĞLU, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Mağdur Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, S.2, 2012, s.687

³⁷⁰ KAHRAMAN, a.g.e, s.153-154, ÖZBEK, a.g.e, s.1034-1035

halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur” Fıkra hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere bu suç rüşvet veren ile alan arasında yapılacak bir anlaşma ile gerçekleşecektir. Rüşvet anlaşması, bu suçun zorunlu unsurlarından biridir. Rüşvet anlaşması gerçekleşmediyse, rüşvet suçunun işlenmesinden de bahsedilemeyecektir.

Kanunumuzun, 252 no’lu maddesinin, 3 no’lu fıkrasının gerekçesinde, bir işin yerine getirilmesi veya getirilmemesi için suçun taraflarının kendi aralarında bir sözleşme yapması gerektiğini ve bu sözleşmenin gerçekleşmesi ile bahsedilen bu suçun tamamlanacağını açıklamıştır.³⁷¹

Kanun koyucunun hem madde de hem de gerekçede de açıkça düzenlediği üzere rüşvet suçu, tarafların bu suç hakkında anlaşmaları ile işlenmiş olacaktır. Ayrıca kanun koyucu, suç siyaseti nedeniyle henüz faile veya başka bir kişiye yarar sağlanmamış olsa da anlaşma aşamasında suçun tamamlandığı kabul edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, verdiği bir kararda: “... diğer taraftan rüşvet suçu bir anlaşmayla oluştuğundan, tarafların rızalarının gerçekte uyum halinde olmasının koşul bulunduğu, oysa müştekinin, sanıkları, kendilerini serbest bırakmaları konusunda atlatmak amacıyla hareket ederek rıza göstermiş görüldüğü (görünüşte rıza) (dış rıza) bu durumda rüşvet anlaşmasının oluşmasının mümkün bulunmadığı ve ortada icrasına başlamış bir rüşvet alma suçunun veya buna teşebbüsünde söz konusu olmadığı, sanıkların pasaport kanunundan kaynaklanan adli görevlerin ifası sırasında yasa dışı çıkar sağlamaktan ibaret eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu varılmakla direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”³⁷²

Kararda açıkça görüldüğü üzere, bu anlaşmanın gerçekleşebilmesi için tarafların anlaşmanın şartları hakkında iradelerinin birbirlerine uyması gerekmektedir. TBK’da da düzenlendiği üzere, sözleşme/anlaşma tarafların hür ve birbirine uyan iradeleriyle kurulacaktır. Ancak birbirine uyması gereken bu iradeler; açık bir şekilde olabileceği gibi, şüphe gerektirmeyecek bir şekilde zımni olarak da olabilecektir.³⁷³ Rüşvet suçu da bir anlaşma ile oluştuğundan, özel hukukta yer alan anlaşmaya ilişkin yer alan bu “*tarafların birbirine uyan ve hür iradelerinin bulunması*” hükmünün bu anlaşma hakkında da uygulanması gerekmektedir. Bu anlaşma tarafların hür iradesiyle değil de cebir, baskı, hile

³⁷¹ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.795

³⁷² YAŞAR, a.g.e, s.465

³⁷³ KAHRAMAN, a.g.e, s.155

gibi kişinin iradesinin bozan çeşitli nedenlerin mevcudiyeti ile gerçekleşirse, rüşvet suçunun işlenmesinden değil, irtikâp suçu işlenmesinden bahsedilecektir.³⁷⁴

Yargıtay'da verdiği kararlarda, rüşvete ilişkin bu anlaşmanın tarafların serbest iradeleri ile gerçekleşmesi gerektiğini açıkça söylemiştir: *“Dava konusu olaya gelince; Doğubeyazıt'ta görev yapan trafik ekibinin, şoförlerden rüşvet aldığı istihbaratını alan Ağrı Emniyet Müdürlüğünde görevli sivil polis ekibi; suç ve suçluları ortaya çıkartmak için operasyon düzenleyip tanık H... K..’nin kamyonuna binerek, daha önceden seri numarası alınan 1.000.000 lirayı uzatıp “bunu ruhsatnamenin içine koy, yolda trafik polisleri evrakını istediğinde bu ruhsatı ver” demeleri üzerine; Hasan’ın parayı ruhsatın içine koyarak olağan trafik kontrolü için durdurulduğunda evraklarını isteyen sanığa ruhsatnameyi verdiği ve sanığın ruhsatname içindeki parayı alıp ruhsatı iade ettiği, söz konusu paranın yapılan aramada üstünde ele geçirildiği, tanık H...’nin görevlilerce verilen talimat üzerine hareket etmiş olması nedeniyle serbest irade ürünü olan bir anlaşmadan söz edilemeyeceği dolayısıyla rüşvet suçunun unsurları oluşmadığı, ...”*³⁷⁵

Rüşvet anlaşmasında, yukarıda belirttiğim özel hukuka ilişkin hür irade şartı uygulanacak olsa da bunun dışında kanunlarda anlaşmalar hakkında öngörülen şekil şartlarından, herhangi birinin rüşvet anlaşması hakkında uygulanması söz konusu

³⁷⁴ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.808, ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.96

³⁷⁵ Yargıtay 5. C.D., 10.12.2003 T., 2245/7192, EROL, a.g.e, s.1204

Yargıtay başka bir kararında aynı konuya dikkat çekmiştir: *“Trafik polis memuru sanıkların olay günü kontrol için müştekinin otosunu durdurdukları, sanık Şahin’in otogazlı olmasına rağmen ruhsata işlenmediğini ve fenni muyanesinin geçtiğini, bunun 50 milyon küsur cezası olduğunu ve aracı bağlayacaklarını söylediği, diğer sanığında bunun için aşağı indiği, sanık Şahin’in bunun üzerine 2 şişe viski istediği, müştekinin kabul eder gibi gözüküp diğer sanığın yanına giderek iki şişe viskiye işin halledildiğini söylediği, sanıkların bir işlem yapmayarak bıraktıkları müştekinin ertesi gün şikayetçi olup sanık Şahin’in viski şişelerini alırken yakalattığı, sanık Şahin’in bu şekilde gerçekleşen eyleminin yakalatma amacıyla yapılan anlaşmanın serbest irade ürünü olmaması nedeniyle, nitelikli rüşvet almaya kalkışma vasfında olduğu diğer sanık Lokman’ın da bu suça iştirak ettiği gözetilmeden görevi kötüye kullanma suçundan hükümlülüklerine karar verilmesi...”* Yargıtay 5. C.D., 12.02.2004 T., 8805/696, EROL, a.g.e, s.1205

“Vergi denetmeni sanığın usulsüzlük cezası kesmeme karşılığında katılardan iki milyar lira rüşvet istediği, talep edilen parayı esasen vermek istemeyen katılanın durumu emniyete bildirdiği, seri numaraları alınan paraların sanığa verilmesini müteakip yapılan operasyonla yakalandığı, 5237 sayılı TCK’nın 252/1. Maddesine göre, rüşvet suçunun tamamlanması için iki tarafın rüşvet konusunda anlaşmaya varmasının gerektiği, olayda ise rüşvet verme düşüncesinde olmayan katılanın suçun tespiti ve sanığın yakalanmasını temin amacıyla talebi kabul etmiş gibi gözüküp parayı verdiği, bu durumdan iki tarafın serbest iradesine dayanan rüşvet anlaşmasının varlığından söz edilemeyeceği ve bu nedenle sanığın eyleminin rüşvet almaya teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilmeden, ...” Yargıtay 5. C.D., 20.03.2006 T., 1974/2074, GÖKCAN, a.g.e, s.591

“Müşteki ile sanık arasında olay öncesi belli ve sanığın görevine dahil bir konuda serbest irade ile karşılıklı rızaya dayalı rüşvet sözleşmesi yapıldığının kanıtı bulunmadığı gibi sanığın yükletilen suçu işlediği yolunda savunmasının aksini kabule yeter kuşkudan uzak, tarafsız, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.” Yargıtay 5. C.D., 30.09.2004 T. 2003/8754 E., 2004/6237 K. GÖKCAN, a.g.e, s.603

olmayacaktır. Taraflar, söz konusu bu rüşvet anlaşmasını herhangi bir şekilde yapabilirler, taraflar bu anlaşmayı adi yazılı olarak yapabilecekleri gibi başka şekillerde veya sözlü olarak da yapabilirler.³⁷⁶ Rüşvet suçunda sağlanacak söz konusu bu yarar, anlaşma anında rüşvet verenden rüşvet alana veya başka bir kişiye doğrudan sağlanabileceği gibi taraflar arasında anlaşmadan sonra da sağlanabilir.³⁷⁷ Ancak rüşvet verenle alan ya da başka bir kişi arasında yarar sağlandıktan sonra rüşvet anlaşmasının gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Zaten böyle bir durumun gerçekleşmesi de hayatın olağan akışına aykırıdır. Yani anlaşma en erken anlaşmadan kaynaklanan yararın sağlanmasından önce, en geç ise anlaşmadan kaynaklanan söz konusu bu yararın rüşvet alana veya başka bir kişiye sağlanması anında gerçekleşmelidir. Aksi takdirde, somut olaya göre irtikap veya görevi kötüye kullanma suçları oluşabilir.

Burada bahsedilmesi gereken başka bir konuda, görünüşte rızanın söz konusu olmasıdır. Rızanın görünüşte olmasından anlaşılması gereken; anlaşmanın taraflarından birinin gerçekte karşı tarafla anlaşma niyetinin olmaması ve bu kişinin iradesinin aslında karşı tarafı yakalatmaya yönelik olmasıdır.

Mülga 765 sayılı TCK'da görünüşte rıza durumunda; Yargıtay, TBK md. 19'da düzenlenen muvazaa hükümlerine dayanarak, anlaşmanın taraflarının gerçek iradelerinin birbirlerine uymadığından, görünüşteki bu rızayı geçerli olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle ortada taraflar arasında gerçekleşen bir rüşvet anlaşması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle failin rüşvet almadan değil, görevi kötüye kullanmadan ceza verilirdi.³⁷⁸

6352 sayılı kanunla değişen TCK md. 252/4'te, rüşvetin kamu görevlisine teklif edilmesi ancak rüşvetin kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi veya kamu görevlisince rüşvet istenmesi ancak karşı tarafın kamu görevlisine istediği rüşveti vermeyi kabul etmemesi hallerinde rüşvet teklif eden veya rüşvet isteyen kişilerin, kanunda düzenlenmiş olan suçun tamamlanmış halinden ceza verileceği ancak bu halde faile verilecek olan cezanın hakim tarafından kanun hükmü gereğince yarı oranında indirileceği düzenlenmiştir. Doktrindeki bazı yazarlara göre 6352 sayılı kanunla değiştirilen bu maddenin görünüşte rıza durumunda da uygulanması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür.³⁷⁹

³⁷⁶ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1091, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1078

³⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1091

³⁷⁸ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.97, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1079

³⁷⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1080-1081 KAHRAMAN, a.g.e, s.188

ÖZBEK, 2021 baskılı Ekonomi Ceza Hukuku kitabında da aynı düşüncüyü savunmuştur. Bu görüşe göre, görünüşteki rıza halinde, rüşvet suçu teşebbüs aşaması halinde kalmıştır. Ancak kanun koyucu md. 252/4'te teşebbüs halini düzenlenmiştir ve bu nedenle bu fıkranın uygulanacağı iddia etmiştir. ÖZBEK, a.g.e, s.1036-1037

Yazar, 6352 sayılı kanunla gelen bu değişikliktten önce ise görünüşteki rıza durumunda, rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmiştir.³⁸⁰

Diğer bir görüşte ise, görünüşteki rıza durumunda taraflar arasında gerçekleşen bir rüşvet anlaşmasından söz edilemeyeceği iddia edilmiştir. Bu görüşe göre bahse konu rüşvet anlaşmasında, tarafların aslında gerçek iradelerin yansıtmadıkları görünüşteki rıza halinin söz konusu olması halinde, rüşvet suçunun teşebbüs halinde kaldığının kabulü gerekmektedir.³⁸¹

Diğer bir görüşte ise, gerçek rıza veya görünüşte rıza ayrımı yapmayıp, rüşvet isteyen veya teklif edeni yakalatmak amacıyla verilmiş bile olsa anlaşmaya verilen bu rızayı geçerli saymıştır ve rüşvet suçunun oluştuğu kabul edilmiştir. Karşı tarafı yakalatma amacıyla hareket eden kişi hakkında ise TCK md. 254/2’de düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri nedeniyle ceza verilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür.³⁸²

Yargıtay ise bu durumda, arada görevin kötüye kullanmaya suçunun işlendiğine dair kararlar vermiş olsa da³⁸³ genellikle rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı şekilde kararlar vermiştir.³⁸⁴

Yargıtay’ın bu halde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul ettiği kararlara örnek verecek olursak: “Müşteki beyanlarına, tanık anlatımlarına, tıbbi belgelere ve dosya içeriğine göre Karasu Devlet Hastanesinde kadın doğum uzmanı olan sanığın, yeşil kart sahibi olan müştekinin eşinin sezaryenle doğumunu yaptırmak ve tüplerinin bağlanması için 300.000.000 lira para istediği, müştekinin, mali durumunun kötü olduğunu ve ödeyemeyeceğini söylemesi üzerine neticede 100.000.000 liraya indiği, yeterli parası olmayan ve yeşil kartı olması nedeniyle para talebini haksız bulan müştekinin Kaymakamlığa müracaatıyla soruşturmanın

³⁸⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1080

³⁸¹ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1090, ÖZGENÇ, a.g.e, s.208, GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.811

³⁸² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1308

³⁸³ Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1080, dn.253

Ayrıca bu kararda da görünüşte rıza söz konusudur: “Dava konusu olaya gelince; Doğubayazıt’ta görev yapan trafik ekibinin, şoförlerden rüşvet aldığı istihbaratını alan Ağrı Emniyet Müdürlüğünde görevli sivil polis ekibi; suç ve suçluları ortaya çıkartmak için operasyon düzenleyip tanık H... K...’nın kamyonuna binerek, daha önceden seri numarası alınan 1.000.000 lirayı uzatıp “bunu ruhsatnamenin içine koy, yolda trafik polisleri evrakını istediğinde bu ruhsatı ver” demeleri üzerine; Hasan’ın parayı ruhsatın içine koyarak olağan trafik kontrolü için durdurulduğunda evraklarını isteyen sanığa ruhsatnameyi verdiği ve sanığın ruhsatname içindeki parayı alıp ruhsatı iade ettiği, söz konusu paranın yapılan aramada üstünde ele geçirildiği, tanık H...’nin görevlilerce verilen talimat üzerine hareket etmiş olması nedeniyle serbest irade ürünü olan bir anlaşmadan söz edilemeyeceği dolayısıyla rüşvet suçunun unsurları oluşmadığı,... “Yargıtay 5. C.D., 10.12.2003 T., 2245/7192, EROL, a.g.e, s.1204

³⁸⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1308, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1080 Ayrıca bkz.: Yargıtay C.G.K, 24.05.2016 T., 2014/624 E., 2016/266 K., DOĞAN, a.g.e, s. 100, dn.366, Yargıtay 5. C.D., 11.03.2020 T., 2016/8121 E., 2020/10065 K., ÖZBEK, a.g.e, s.1062-1063, Yargıtay 5. C.D., 21.01.2020 T., 2015/12830 E., 2020/611 K., ÖZBEK, a.g.e, s.1064

başladığı, suçun tespiti amacıyla seri numaraları önceden tespit edilen paraların müşteki tarafından hastane odasında sanığa verildikten sonra polisçe yapılan operasyonla yakalandığının anlaşılması ve oluşan mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında, sezaryen ile doğum yaptırma ve tüplerin bağlanması tıbbi işlemlerinin doktorun görevleri arasında bulunduğu, bunların yapılmasına tıbbi zaruret veya istek üzerine karar verilmesinin durumu değiştirmeyeceği, bunun için para istenmesinin de rüşvet niteliğinde olduğu, müştekinin beyanlarında sanığa serbest iradeyle para vermeyi kabul ettiğini gösteren bir açıklamanın yer almadığı, para vermeden veya verme taahhüdünde bulunmadan sanığı yakalatmak amacıyla başvuruda bulunduğu, rüşvet anlaşmasının tamamlanamadığı, bu itibarla sabit olan eyleminin basit rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, oluşturma uygun değişmeyen gerekçelerle TCK'nın 240. maddesi gereğince mahkûmiyet kararı verilmesi ...³⁸⁵

Şahsi görüşüme göre, görünüşteki rıza durumunda rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekmektedir. Çünkü, rüşvet istenmesi veya rüşvet teklifine bulunulması ile suçun işlenmesine yönelik icrai hareketler başlanmış olacaktır ancak rüşvet anlaşmasındaki söz konusu rıza karşı tarafı yakalatmak için verilmiş olduğundan ve tarafların gerçek iradeleri birbirlerine uymamıştır. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda icra hareketleri başlamış ancak suç tamamlanamamıştır.

Doktrinde geçen TCK 252/4 düzenlemesi ise şu şekildedir: “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

³⁸⁵ Yargıtay 5. C.D., 15.03.2004 T., 3039/1794 EROL, a.g.e, s.1206

“Şikâyetçilerden H... A...’ın 1.05.2000 günlü müracaatında ifade ettiği üzere başlangıçta sanıklar tarafından istenen rüşvet miktarını kabul etmeyen şikâyetçilerin sanıkları yakalatmak amacıyla istenen 80.000.000 lirayı vereceklerini belirtip C. Savcılığına başvuruda bulundukları ve bu suretle alınan tertibat üzerine üzerlerindeki rüşvet konusu para ile sanıkların yakalandıkları, şikâyetçilerin baştan beri para verme düşüncesinde olmadıkları ve bu nedenle rüşvet anlaşmasının gerçekleşmediği gözetilerek, sanıkların rüşvet almaya eksik teşebbüste bulunmaktan cezalandırılmaları yerine yazılı şekilde tamamlanmış rüşvet alma suçundan hüküm kurulması...” Yargıtay 5. C.D., 07.04.2004 T., 726/2699 EROL, a.g.e, s.1204

“Çorum Devlet Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olarak görev yapan sanığın özel muayenehanesinde bir süre önce safra kesesi rahatsızlığı nedeniyle başvurmuş bulunan müştekinin sigortalı annesini hastaneye yatırıp birkaç gün sonra ameliyat etmek için müştekiden “ameliyat parası” adı altında 150.000.000 lira para istediği müştekinin bu parayı veremeyeceğini söylemesi üzerine 100.000.000 liraya indiği müştekinin parayı vermeyi kabul etmiş gibi görünmesi üzerine ameliyatı yaptığı, müştekinin gelişen bu olaylar karşısında durumu C. Savcılığına ihbar etmesiyle temin ve numaraları tespit edilen 100.000.000 liranın sanığa müştekinin oğlu tarafından verilmesinden hemen sonra cebindeki söz konusu paralarla yakalanmış olduğu anlaşıldığından, müştekinin kabul etmemesi nedeniyle rüşvet anlaşmasının oluşmadığı da nazara alındığında sanığın eyleminin, yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet almaya teşebbüs niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 5. C.D., 07.06.2004 T., 8194/4641, EROL, a.g.e, s.1206

görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.”

Söz konusu fıkra anlaşıma tamamlanamamıştır. Somut olayda rüşvet teklifinin veya isteminin karşı tarafça hiç kabul edilmemesi aranmıştır. Madde hükmünde karşı tarafın rüşvet isteğinin veya diğer tarafın rüşvet teklifinin reddi aranmaktadır. Ancak görünüşteki rızada kişinin gerçek iradesini yansıtmasa da bir rıza vardır. Bu nedenle görünüşteki rıza durumunda TCK md. 252/4 hükmünün uygulanması mümkün değildir.

TCK md. 254/2 hükmü ise şu şekildedir: “Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.”

Bu fıkra hükümlerinin uygulanabilmesi için, rüşvet anlaşmasının tamamlanması ancak resmi makamlarca henüz öğrenilmemiş olması gerekmektedir. Ancak açıklandığı üzere, görünüşteki rızada tarafların karşılıklı birbirlerine uyan iradeleri de söz konusu değildir. Bu durumda tarafların birbirlerine uyan gerçek iradeleri söz konusu olmadığından anlaşma tamamlanamamıştır. Ayrıca, kararlarda da görüldüğü üzere, kendilerinden rüşvet istenen kişiler bu teklifi ya polise ya da savcılığa bildirmektedir ve faile seri numaraları alınmış paralar teslim edilmektedir. Bu nedenle henüz anlaşma tamamlanmasan resmi makamların zaten haberleri olmaktadır. Bu nedenle söz konusu TCK md. 252/4 fıkrasının da görünüşte rıza durumunda uygulanabilmesi mümkün değildir.

Görünüşteki rızadan sonra değinilmesi gereken bir diğer konu ise “kışkırtıcı ajan” kullanımıdır. Ajanın faaliyetleri ile anlaşmayı kabul eden karşı tarafın, doktrindeki bir görüşe göre gerçek iradeleri birbirlerine uymasa da verdiği rıza geçerlidir.³⁸⁶ Bu görüş, tarafların gerçek iradelerini umursamamış, sadece rüşvet anlaşmasının kabul edilmesini yeterli görmüştür. Diğer bir görüşte ise; ortada kişilerin gerçek iradelerini yansıtan bir anlaşma olmadığından dolayı faillerin rüşvet suçu ile suçlanmamaları, bunun yerine görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaları gerektiği iddia edilmiştir.³⁸⁷ Şahsi görüşüme göre, aynı görünüşteki rıza da olduğu gibi, icrai hareketlerin başladığı ancak tarafların gerçek iradeleri söz konusu olmadığından dolayı suçun teşebbüs halinde kaldığının kabul edilmesi gerekecektir.

³⁸⁶ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.98

³⁸⁷ KAHRAMAN, a.g.e, s.188

Bahsedilmesi gereken bir diğer konu ise, rüşvet anlaşmasının herhangi bir şarta bağlı olarak yapılıp yapılamayacağıdır. Rüşvet anlaşmasının herhangi bir şarta bağlanıp bağlanamayacağını en iyi şekilde bir örnek üzerinden inceleyebiliriz. Bu nedenle bu konuyu bir örnek üzerinden açıklayacak olursak: Bir ihaleye fesat karıştırılması durumunda, bir kişinin kamu görevlisine ihaleyi kanuna aykırı olarak kendisine vermesini ve eğer ihaleyi kendisine verirse, ihale sonrasında kamu görevlisine belirli bir miktarda paranın vereceğine ilişkin bir teklifte bulunabilir ve kamu görevlisi de bu teklifi kabul edebilir. Bu örnekte görüldüğü üzere tarafların rüşvet anlaşmasını şarta bağlı olarak yapabilmeleri mümkündür.

Doktrinde de yaygın olarak kabul edilen görüş, tarafların aralarındaki rüşvet anlaşmasını şarta bağlı olarak yapılabileceğidir.³⁸⁸ Ancak Yargıtay verdiği kararlarda, rüşvet anlaşmasının şarta bağlı olarak yapılabileceğini kabul etmemiş ve anlaşmanın şarta bağlanması durumunda rüşvet suçunun oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 04.05.1987 tarihli 1986/5-600 E., 1987/245 K. sayılı kararında rüşvet anlaşmasının neden şarta bağlanamayacağını açıklamıştır: “*Rüşvet sözleşmesinin konusu, işin yapılması veya yapılmaması olduğundan, şarta bağlı rüşvet sözleşmesi yapılamaz. Zira şart gerçekleşmezse, rüşvet sözleşmesinin gereği yerine getirilmeyecektir. Başka bir deyişle anlaşma ortadan kalkacaktır.*”³⁸⁹

Görüldüğü üzere, Yargıtay tarafların anlaşmaya koydukları şartların daha sonradan gerçekleşmemesi halinde, rüşvet anlaşmasının ortadan kalkacağından beisle, rüşvet suçunda tarafların anlaşmayı şarta bağlayamayacaklarına yönelik görüş belirtilmiştir.

Yargıtay’ın bu konudaki kararlarına örnek verecek olursak: “*Sanığın suç tarihinde 1. Kadastro Müdürlüğünde Kadastro Teknisyeni olarak görev yaptığı ve katılanın davalı olduğu A. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/54 Esas sayılı dosyasında mahkemece keşifte fen bilirkşisi olarak görevlendirildiği ve düzenlendiği raporu yerinde bulmayan katılanın, sanıkla bu rapor ile ilgili olarak yaptığı görüşme sırasında, sanığın katılana “rapora itiraz et, hakim yeniden keşif çıkarsın, karşı taraf beşyüz milyon verdi, sende bir milyar ver, keşifte senin lehine rapor vereyim” demesi üzerine katılanın “hakim seni tekrar keşfe götürmezse ne olacak” dediğinde de, sanığın bu kez; “biz birbirimizden haberdarız, senin vekilin benim” şeklinde söylemesi üzerine katılanın, sanığın istediği parayı kısmen verip sanığa suçüstü yaptırarak yakalatması şeklinde gelişen ve sonuçlanan eylemde; yeniden keşif yapılıp*

³⁸⁸ ÖZGENÇ, a.g.e, s.210, ARTUK/GÖKÇEN, a.g.e, s.1090, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1310, ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.110, GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.808, DOĞAN, a.g.e, s. 98

³⁸⁹ AKÇİN, a.g.e, s.634

yapılamayacağı, yapılsa bile sanığın yeniden bilirkişi olarak görevlendirilip görevlendirilmeyeceğinin belli olmaması, şarta bağlı rüşvet anlaşmasının yapılamaması ve sanığın kendisi rapor düzenlemese de, düzenleyen kişilere katılan lehine rapor düzenleteceğini ima etmesi nedeniyle oluşan eylemin 5237 sayılı TCK'nın 255. maddesinde düzenlenen “yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama” suçunu oluşturduğu halde rüşvet almaya teşebbüs suçundan hüküm kurulması ...³⁹⁰

Yargıtay'ın söz konusu bu görüşünün nedeni bahsedildiği üzere, anlaşmadaki şartın gerçekleşmemesi halinde taraflar arasındaki rüşvet anlaşmasının ortadan kalkmasıdır. Ancak, kanun koyucu ceza kanununun 252 no'lu maddesinin 3 no'lu fıkrasında “Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.” düzenlemesini yapmıştır.

Yani taraflar bir kez anlaştığında suç tamamlanmış olarak kabul edilecektir ve yine suç tamamlanmış gibi ceza verilecektir. Bu nedenle, taraflar arasındaki rüşvet anlaşmasının şarta bağlanmış olup da söz konusu bu şart gerçekleşmese bile rüşvet veren ve rüşvet alanın tamamlanmış rüşvet suçundan dolayı cezalandırılması gerekmektedir. Anlaşmanın şartının gerçekleşmemesi ve bu nedenle taraflar arasındaki rüşvet anlaşmasının ortadan kalkması, rüşvet suçunun tamamlanmasını ve faillerin cezalandırılmasını engellemeyecektir.

Tarafların aralarında yapmış oldukları anlaşma ile kararlaştırdıkları iş, hukuken yok hükmünde ise rüşvet suçunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir.³⁹¹Söz konusu işin, kesin hükümsüz olması halinde ise rüşvet suçunun gerçekleşmesi söz konusu olmayacakken, nispi butlan ile sakat olması halinde ise bahse konu olan bu işlem iptal edilene kadar gerçekleştirilmiş olan eylemler bu suçu meydana getirebilecektir.³⁹²

Burada bahsedilmesi gereken diğer bir konu ise, kanun koyucunun eski kanunda düzenlediği ancak daha sonra yeni kanunda yer verilmeyen “Haklı iş için rüşvet” dir. 765 sayılı TCK'nın 213/2 fıkrasında düzenlediği üzere failin haklı bir iş için rüşvet vermesi halinde faile para cezası verilecekti: “Haklı bir hususun temini için rüşvet veren veya başka

³⁹⁰ Yargıtay 5. C.D., 22.03.2012 T. 3414/2533, AKÇİN, a.g.e, s.635-634

Ayrıca Yargıtay 5. C.D., 05.10.2017 T., 8415/4202 ve Yargıtay 5. C.D., 28.09.2016 T., 3248/8032 sayılı kararlar da örnek olarak verilebilir. GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.809, dn.1045

³⁹¹ KAHRAMAN, a.g.e, s.128, ÖZBEK, a.g.e, s.1043,

Ancak başka bir görüşte anlaşmanın yok hükmünde olmasının suçun oluşumunu engelleyeceğini kabul etmemiştir. Bunun görüşün nedeni, kanun koyucunun işlemin hukuken yok olmasını aramamasıdır. Ancak bu görüş kabul edilemez. Çünkü yok hükmündeki bir işlem hukuken hiç gerçekleşmemiştir, yoktur. Bu nedenle olmayan bir işlemden dolayı kişinin cezalandırılması mümkün değildir. DOĞAN, a.g.e, s.126

³⁹² KAHRAMAN, a.g.e, s.128-129, ÖZBEK, a.g.e, s.1043

yararlar temin eden kimseye, verdiği para veya temin ettiği menfaatin on katı ağır para cezası verilir.”³⁹³ Bu düzenleme şu an yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’da yer almamaktadır. Bu nedenle haklı/hukuka uygun bir işin yerine getirilmesi amacıyla rüşvet verilmesi halinde de failler hakkında kanunda öngörülen hapis cezaları verilmesi gerekmektedir. Ancak Yargıtay verdiği bir kararda haklı bir husus için rüşvet teklif edilmesini kamu görevlisine yerine getirdiği görev nedeniyle hakaret suçu (TCK md.125/3) olarak değerlendirmiştir.³⁹⁴

D. Görev Kapsamında Olması

Kanun koyucu, ceza kanunumuzun 252 no’lu maddesinin 1 no’lu fıkrasında “Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için... “düzenlemesi yapmıştır. Rüşvet suçunun söz konusu olabilmesi için yapılacak veya yapılmayacak olan işin rüşvet alan kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili olması gerekmektedir. Görevin ifası ifadesinden de anlaşılması gereken, söz konusu işin kamu görevlisinin görevi kapsamında olmasıdır.

Adalet komisyonu raporunda açıklandığı üzere; kamu görevlisinden yerine getirilmesi veya yerine getirilmemesi istenen bir işin, kamu çalışanının yürüttüğü vazifesinin kapsamına girmesi gerekmektedir.³⁹⁵ Kamu görevlisinin görevlerin neler olduğu ise kanun koyucu tarafından kanunlar, yönetmelikler ve diğer hukuki belgelerle belirlenmiştir. Söz konusu işin, kamu görevlisinin görevine ilişkin bu düzenlemelerin dışında olması halinde rüşvet suçundan bahsedilemeyecektir. Bu durumlarda, nüfuz ticareti suçunun veya dolandırıcılık suçunun işlendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.³⁹⁶

³⁹³ 765 sayılı TCK’nın uygulandığı dönemlerde Yargıtay verdiği kararlarda rüşvetin haklı bir iş karşılığı verilip verilmediğinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir: “Saniğin, gümrük giriş kapısında sırada bekleyen kamyonları sollayarak trafik ve sıra düzenini bozan arkadaşı diğer sanık Z... hakkında yasal işlem yapılmaması için görevli komiser suçu konusu parayı verdiğinin tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında idari emirlere riayetsizlik veya 2918 sayılı yasaya aykırı davranmaktan yapılan bir soruşturma bulunup bulunmadığı, varsa akıbeti araştırılarak sonucuna göre haklı bir işin yerine getirilmesi hususunda rüşvet vermek suçunun oluşup oluşmayacağının belirlenmesi gerekirken noksan soruşturmaya dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 5. C.D., 04.02.1999 T., 4756/208, YAŞAR, a.g.e, s.478

“Saniğin, rüşvet teklifine konu dolandırıcılık suçundan verilen beraatına ilişkin kararın temyiz edilmeyerek kesinleştiği anlaşılmış olduğuna göre; kendisini serbest bırakması için teklif ettiği rüşvet görevli baş komiser tarafından kabul edilmeyen saniğin haklı bir hususun temini için rüşvet vermeye eksik teşebbüs durumu oluşturduğu gözetilmeden TCK’nın 213/2 ve 61. Maddeleri yerine 213/1. Maddesi ile mahkûmiyetine karar verilmesi,” Yargıtay 5. C.D., 24.10.1996 T., 3131/3575, YAŞAR, a.g.e, s.479

³⁹⁴ Yargıtay 5. C.D., 04.07.2019 T., 2016/6715 E., 2019/6736 K., ÖZBEK, a.g.e, s.1070

³⁹⁵ TBMM, Dönem:24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:278, s.126, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 17.04.2023)

³⁹⁶ ÖZGENÇ, a.g.e, s.201, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1094

Ancak söz konusu işin yapılmasının veya yapılmamasının, tamamıyla kamu görevlisinin görevinin alanında kalması da gerekmemektedir.³⁹⁷ Kamu görevlisi olan icra müdürünün, rüşvet karşılığında bir kararı vermesi ancak bu kararın icra dairesindeki başka bir kamu görevlisi tarafından uygulanması gerekiyorsa veya icra dairesinde çalışan bir kamu görevlisinin rüşvet karşılığı yaptığı bir işin, icra müdürünün onayına tabi olması hallerinde de rüşvet suçunun işlendiği kabul edilecektir.

Doktrinde yazarlar arasında görevin geniş veya dar yorumlanması hakkında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar, kamu görevlisinin görev kapsamını dar olarak yorumlamıştır ve sadece kamu görevlisinin kanun ve yönetmeliklerle kamu görevini sürdürebilmesi için belirlenmiş olan kendi görev ve yetkileri ile sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur.³⁹⁸ Hukuk tarafından belirlenen bu sınırların aşılması halinde, somut olaydaki mevcut durumlara göre nüfuz ticareti, dolandırıcılık veya irtikâp suçlarının oluşacağı görüşü ileri sürülmüştür.³⁹⁹

Bazı yazarlar ise, görev unsurunun kapsamının daha geniş anlaşılması gerektiği görüşünü savunmuşlardır. Bu yazarlara göre, sadece kamu görevlisinin kanun ve yönetmeliklerle kendisine verilen görev ve yetkileriyle değil kamu görevlisinin çalıştığı dairenin, kurumun, görev ve yetkilerinin de bu suçta görev unsurunun kapsamı alanı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁰⁰

Komisyon raporu ve madde gerekçesine bakıldığında ise, görev unsurunun dar olarak yorumlandığı ve “görevine girme” veya “göreviyle bağlantılı” gibi çeşitli terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay’da görev unsurunu dar yorumlayarak, söz konusu işin kamu görevlisinin görev ve yetkisi içerisinde olması gerektiği görüşünü kabul etmiştir.⁴⁰¹

³⁹⁷ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.815

³⁹⁸ DÖNMEZER, a.g.e, s.98, GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.813, SOYASLAN, a.g.e, s.700, ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.93, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1085, YURTCAN/İRTİŞ, a.g.e, s. 584, DOĞAN, a.g.e, s.123, ÖZBEK, 2021 tarihli kitabında da aynı görüştedir. ÖZBEK, a.g.e, s.1042

³⁹⁹ GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.813, DOĞAN, a.g.e, s.121-122

⁴⁰⁰ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1094, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1305, ÖZEN, a.g.e, s.741, BAYTEMİR, a.g.m, s.350

⁴⁰¹ Konu hakkında kararlar için, GÖKCAN, a.g.e, s.555, dn.11,14,15,16, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1095

“Köy muhtarı olan sanığın 2022 sayılı kanuna göre oluşa müstahak olan kimselere karşı herhangi bir zorluk çıkarmadan, gerçeğe uygun biçimde yoksulluk ilmi haberini vermiş bulunmasına, ancak yaşlılıklarını ve kimsesiz oluşlarını ileri sürerek ve ricaları üzerine, bu işe ait diğer muamelelerin ikmal için, ilçe merkezine gidip dönme ve orada kaldığı sırada yaptığı zaruri masraflar ile, emeğine karşılık olmak üzere, tarafların anlaşması neticesi, maaşlarından kendiliklerinden verdikleri bir miktar parayı aldığı, maaşa müstahak olanların, soruşturma aşamalarında savunmayı destekler mahiyetteki ifadeleri ile anlaşılması karşısında, bu suretle verilen paranın kabul edilmesinin, rüşvet suçu mahiyetinde olmadığı gibi, görevle de bir ilgisinin bulunmadığı göz önünde

Benim şahsi görüşüme göre, rüşvet suçunda görev unsurunun Yargıtay kararlarının aksine geniş olarak yorumlanması gerekmektedir. Yürürlükteki ceza kanunumuzun 4 no'lu maddesinde kanun koyucu, vatandaşların ceza kanunlarında yer alan maddeleri bilmemesinin mazeret sayılmayacağı düzenlemesini yapmıştır. Ancak, kamu görevlilerinin görev ve yetkileri ceza kanunlarında değil idare hukukundan kaynaklıdır. Bu nedenle toplumu oluşturan bireyler, kamu görevlilerinin görev ve yetkilerini eksiksiz olarak bilmek zorunda değildir. Bu nedenle bir vatandaş, bir işin görülmesi için bir kamu kurum veya kuruluşuna gittiğinde, karşısındaki kamu görevlisinin hangi işi yapmaya görevli ve yetkili olduğunu genellikle bilmemektedir ve bilmek zorunda da değildir. Bu nedenle, görev unsurunun kapsamı geniş tutulmalıdır. Ancak bu kapsamın sınırı, kamu görevlisinin çalıştığı daire, şube vesaire ile sınırlı olmalıdır. Bir asayiş şube polisinin, trafik polisiymiş gibi hareket edip hız kurallarını ihlal eden bir araca ceza kesme bahanesi ile durdurup, ceza kesmeme karşılığında rüşvet alması halinde rüşvet suçu değil dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır.⁴⁰² Görev unsurunun, kamu görevlisinin çalıştığı şube, daire, kurum gibi çeşitli sınırlamalar ile kısıtlanmaması halinde kamu görevlileri üzerindeki yük artacak ve bu geniş uygulama alanı keyfiyetlere neden olabilecektir.

tutulmadan sanığın rüşvet aldığına dair..." Yargıtay 5. C.D., 18.12.1981 T. 3602/3910, GÖZÜBÜYÜK, a.g.e, C.II, s.756-757

"Kendisine rüşvet teklif edilen tanık jandarma uzman çavuş İ... A...'ün olay günü itibarıyla trafik denetimi ile görevli olup olmadığı sorulup saptanmadan ve sanığın 2918 sayılı yasanın 36. maddesi uyarınca cezalandırılması için tutulan 27.05.2001 günlü trafik cezası tutanağı nedeniyle hakkında ne gibi işlem yapıldığı araştırılıp sonucuna göre haklı bir hususun temini için rüşvet verme suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılmadan noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 5.C.D., 19.11.2003 T., 4747/6651, EROL, a.g.e, s.1205

"Sanığın rüşvet teklif ettiği polis memurlarının olay tarihinde görevli olup olmadıkları araştırılmaksızın ve rüşvet teklif edilen işle ilgili olarak yapılan işlem sonucu araştırılarak sonucuna göre haklı bir işin yerine getirilmesi hususunda rüşvet verme suçunun oluşup oluşmayacağının belirlenmesi gerekirken eksik soruşturmaya dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 5.C.D., 22.03.2004 T., 4052/2018, EROL, a.g.e, s.1205

Ayrıca bkz. Yargıtay C.G.K, 20.12.1971 T., 5-51/417, GÖZÜBÜYÜK, a.g.e, C.II, s.752-753-754

⁴⁰² Ancak kamu personelinin hukuki belgelere göre belirlenen vazifesinin sınırlarını kastı olmadan ihlal ederek, sanki görevliymiş gibi hareket etmesi hali disiplin suçu olarak nitelendirilip cezalandırılacaktır. Bahsedilen bu halde, suç işlediği iddia edilen kişinin mağduru kandırarak kendisine veya başka bir kişiye yarar temin etme niyeti/kastı yoktur. Bu nedenle suç işlediği iddia edilen kişinin, bu durumda dolandırıcılık suçunu işlediğinden bahsedilemeyecektir. KAHRAMAN, a.g.e, s.134

IV. RÜŞVET SUÇUNUN KONUSU

Rüşvet suçunun konusu 5237 sayılı kanunda, kanun koyucu tarafından şu şekilde açıklanmıştır: “Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, ... “Kanun koyucunun düzenlemesinde açıkça belirtildiği üzere, rüşvet suçunun konusu, menfaat (yarar)dır.

Kanun koyucu, mülga 765 sayılı TCK’da şu an yürürlükteki TCK’nın aksine daha ayrıntılı bir açıklama yapmıştır. Bu kanunda suçun konusu şu şekilde gösterilmiştir: “*Ceza Kanununun tatbikinde memur sayılanların, kanunen veya nizamen yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları veya başkalarına aldındıkları para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler ile bu maksatla alıp sattıkları veya ihale eyledikleri taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark rüşvet sayılır*”

Mülga kanunda suçun konusu “*para, hediye ve diğer menfaatler, ihale edilen taşınır ve taşınmazların gerçek bedelleri ile ihale bedeli arasındaki fahiş fark*” dur. Sayma şeklinde belirtilenlerin yanında diğer menfaatler de denilerek, rüşvet suçunun konusunu geniş tutulmuştur. Bu nedenle maddi, manevi her türlü menfaat suçun konusu olarak kabul edilmeliydi. Ancak doktrinde diğer menfaat kavramından sadece ekonomik yararların anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştü. Bu nedenle manevi veya cinsel yararlar bu suçun konusu olamayacağı iddia edilmişti.⁴⁰³ Diğer bir görüş ise, kanunda sadece diğer menfaat denildiğinden ve başka bir açıklamada söz konusu olmadığından maddi ve manevi her türlü menfaatin suçun konusu olabileceği ileri sürülmüştü.⁴⁰⁴

Mülga kanun döneminde rüşvet suçunun konu unsurunu oluşturan menfaat/yararın miktarının az ya da çok olmasının ise herhangi bir önemi yoktu.⁴⁰⁵ Bu suçta sağlanacak olan

⁴⁰³ ÖZGENÇ, a.g.e, s.196

⁴⁰⁴ DÖNMEZER, a.g.e, s.99

⁴⁰⁵ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.99 Ancak yazar, ekonomik değerinin olmadığını iddia ettiği sigara, gazoz gibi bazı ekonomik\maddi değeri düşük şeylerin rüşvet suçunun konu unsurunu oluşturmayaacağı görüşünü ileri sürmüştür. Ancak görüldüğü üzere, sayılan bu şeylerin az da olsa bir değeri mevcuttur. Menfaat\Yararın değerinin az veya çok olmasının öneminin olmadığı görüşünü ileri sürdükten sonra, yapılan bu açıklama önceki görüş ile çelişkilidir. Bu görüş Özgenç tarafından da eleştirilmiştir. ÖZGENÇ, a.g.e, s.196, dn.

söz konusu menfaatin değeri, az da olabilir çok da. Her hâlükârda rüşvet suçu işlenmiş olacaktır.⁴⁰⁶

İhale edilen veya alınan, satılan şeylerin ihale/alım-satım değerleri arasında fark olması, ihale/alım-satım bedelini düşük gösterip aslında gerçek bedellerin daha fazla olması ve bu fazla olan kısmın kamu görevlisi tarafından kendisine alınması halinde rüşvet suçunun değil, zimmet suçunun olduğu ileri sürülerek, kanun koyucunun mülga 765 sayılı kanunda yaptığı rüşvet suçunun konusuna ilişkin düzenleme eleştirilmiştir.⁴⁰⁷

765 sayılı mülga TCK'da olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'da da sağlanan menfaatin miktarı önemli değildir.⁴⁰⁸ Yargıtay'ın bu konu hakkındaki görüşleri şu şekildedir: *"P. ilçesi bölge trafik şube müdürlüğünde görevli polis memuru olan sanıklar, Y.K ve N.G'nin olay tarihinde yol kontrolü yaptıkları sırada, aracıyla seyreden müşteki M. 'yi durdurdukları, sanık Y. 'nin evraklarına bakıp önce hatalı sollama yaptın dediği, müştekinin hiçbir aracı geçemedim demesi ile bu defa, aracın muayene süresi geçmiş sen ne iş yapıyorsun otoyolu bağlamamız gerekir diye söylediği, müştekinin elektronik eşya satışı yaptığını söylemesi ile bir telefon hafıza kartı verirsen hakkında işlem yapmadan bırakırız dediği, müştekinin de bunu kabul ederek kartı sanık Y'ye verdiği, peşinden yanlarına gelen N'nin bana da bir kart ver yoksa aracı bırakmam dediği, müştekinin sanık N'ye de bir adet telefon kartını verdiği ve sanıklarca muayene süresi 24.05.2004 tarihinde dolmuş olduğu halde hiçbir yasal işlem yapılmadan müştekiyi bıraktıkları, müşteki yola devam ederken olayın verdiği kızgınlık, pişmanlıkla polisi*

⁴⁰⁶ "Sanığın suç tarihinde Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı Zabıta Müdürlüğünde, şikâyet takibinde görevli ekip amiri olarak görev yaptığı sırada Dikmen Öveçlerde Ş... I... 'a ait kamyonla kaçak kömür götürülürken, aracı durdurduğu kamyonun kasasına çıkarak aracı kontrol ettiği ve kamyon sürücüsünü görevli geldiği araca davet ettiği, görevli araç sürücüsü zabıta memuru N... H... 'nun ceza yazmak için ceza makbuzunu çıkarttığına "ceza yazmaya gerek yok, 3-5 kuruş versin bırakalım" dedikten sonra 10 milyon lira istediği, araç sürücüsünün de 5 milyon lirayı vermeyi teklif ettiği, sanığın kabul etmemesi üzerine sırf kömürü alınıp da kamyonu çekilmesin diye 2 milyon lira daha vererek 7 milyon lira ödediği bunun üzerine aracın ve sürücünün bırakıldığı olayda, eylemin rüşvet alma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisine..." Yargıtay 5. C.D., 10.02.2004 T., 7571/601, EROL, a.g.e, s.1207

"Suç tarihinde Halk Bankası Atatürk Oto Sanayi Sitesi Şubesi Müdürü olan sanığın, müştekiye kredi verme karşılığında 100.000.000 lira istediği, 50.000.000 liraya anlaştıkları, ancak müştekinin durumu banka müdür yardımcısına iletmesi üzerine olaydan haberdar edilen bölge müdürünün müştekiyle görüşerek, olayı değerlendirmek amacıyla sanıkla tekrar görüşmelerini sağladığı, banda alınan telefon konuşmasından önce müştekinin kredisini aldığı, telefon görüşmesinde anlaştıkları 50.000.000 liranın 40.000.000 liraya indirildiği, ancak para ödenmeden konunun resmileştirilerek sanığın görevinden alındığı anlaşılmakla, eyleminin tamamlanmış basit rüşvet alma suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..." Yargıtay 5.C.D., 03.06.2004 T., 8181/4567, EROL, a.g.e, s.1207

⁴⁰⁷ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.99, ÖZGENÇ, a.g.e, s.196-197

⁴⁰⁸ ÖZBEK, ekonomik değerın yüksek olmayan bazı durumların (kamu görevlisine yiyecek veya içecek bir şeyler almak gibi) bu suçu oluşturmayacağını, ancak duruma göre disiplin suçu veya görevin kötüye kullanılması suçundan dolayı cezalandırmanın mümkün olabileceği görüşündedir. ÖZBEK, a.g.e, s.1045 Ancak kanunda açıkça görüldüğü üzere bir işin yapılması veya yapılmaması için sağlanan menfaat hakkında ekonomik herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Bu nedenle rüşvet suçunun meydana geldiğinin kabulü gerekmektedir.

*arayarak ihbarda bulunması şeklinde gerçekleşen eylemde; sanıkların yapılması gereken yasal işlemi yapmamak için, müştekiden hafıza kartı istemek suretiyle anlaşma teklif ettikleri, yasal zeminde bulunmayan müştekinin 'de bunu kabul ederek iki adet kartı sanıklara vermesi karşısında, davranışları icbar boyutuna varmayan ve karşılıklı kabul ve rızaya dayalı olduğu anlaşılan eylemde sanıkların fiilinin yapılması gerekeni yapmamak için rüşvet almak suçunu oluşturduğu...*⁴⁰⁹

Karardan açıkça anlaşıldığı üzere, Yargıtay rüşvet suçunda sağlanan menfaatin değeri hakkında herhangi bir sınırlama yapmamıştır. Alt sınır, üst sınır veya asgari bir değer mevcut değildir. Suçun konusu, bir telefon hafıza kartı olabileceği gibi, bir evin veya arabanın rüşvet alana sağlanması şeklinde de olabilir.

Şu an yürürlükte olan 5237 sayılı kanunda da rüşvet suçunun konusu hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak bu konu hakkındaki doktrindeki hâkim görüş, suçun konu unsurunu oluşturan menfaat/yararın kapsamının geniş tutularak maddi veya manevi fark etmeksizin her şeyin bu suçun konusu olabileceğini kabul etmiştir.⁴¹⁰

Manevi menfaatlerin yanında cinsel menfaatlerin de bu suçun konusu olup olamayacağının incelenmesi gerekmektedir. Cinsel menfaatin, rüşvet suçunun konusu olabileceğine ilişkin görüş doktrinde hâkim olan görüştür.⁴¹¹ Ancak doktrindeki başka bir görüş, sadece ekonomik faydaların rüşvet suçunun konusu olabileceğini kabul ettiğinden, manevi veya cinsel menfaatlerin rüşvet suçunun konusu olamayacağını kabul etmiştir.⁴¹²

Yargıtay'ın konu hakkındaki görüşü şu şekildedir: *“Sanık B.B’nin, G.Ş ile birlikte A. ilçesi K. jandarma komutan yardımcısı tanık M.A’la görüşerek, fuhuş için başkalarına kadın tedarik etme eylemlerini görmezden geldikleri takdirde kendilerine ücretsiz olarak Romen kadın temin edebilecekleri teklifinde bulundukları, tanıgın sanıkları yakalatmak amacıyla bu teklifi kabul eder gibi görüldüğü, sanıkların irtibat kurmak için bıraktıkları cep telefonu*

⁴⁰⁹ Yargıtay 5. C.D., 08.06.2006 T., 3680/5083, Akçin, a.g.e, s.605

“Sanığın yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmamak için gayrimeşru zeminde bulunduğu belirlenen müştekiden bir şişe cin, bir şişe rakı almaktan ibaret eyleminde, uygulama ve öğretinin kabul ettiği anlamda icbardan söz edilemeyeceği cihetle cebri irtikap ve müştekinin verdiği içkilerinin gayrimeşru alındığını bilmesi nedeniyle ikna suretiyle irtikap suçunun unsurları bulunmadığı gözetilmeden nitelikli rüşvet alma suçu yerine yanlış nitelendirme sonucu yazılı şekilde ikna suretiyle irtikap suçundan hüküm kurulması...” Yargıtay 5. C.D., 26.04.2004 T., 2003/4860 E., 2004/337 K., AKÇİN, a.g.e, s.604

⁴¹⁰ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1102, DÖNMEZER, a.g.e, s.99, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1305, DOĞAN, a.g.e, s.110

Soyaslan, suçun konusu olarak para ve faydalı başka bir şey demıştır. Faydalı şey oldukça geniş bit kavramdır. Dolayısıyla Soyaslan'ın menfaati geniş anlamda kabul ettiğini ileri sürebiliriz. SOYASLAN, a.g.e, s.700

⁴¹¹ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1102, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1305, DOĞAN, a.g.e, s.110

⁴¹² ÖZGENÇ, a.g.e, s.196

numarası ile yapılan görüşmeye uygun olarak bu olay nedeniyle hakkında fuhuş için başkalarına kadın temin etme suçundan mahkumiyet hükmü kesinleşen E.S. isimli şahıs aracılığıyla sanıkların yabancı uyruklu kadınları belirlenen otele fuhuş yapmaları amacıyla gönderdikleri, oluşumu bu şekilde kabul edilen olayda sanığın, yapmaya mecbur olduğu adli görevini yapmaması için görevli memura 765 sayılı TCK'nın 211. Maddesi kapsamında 'menfaat' olarak değerlendirilen ücretsiz fuhuş amaçlı kadın tedarik etme teklifinde bulunma eyleminden rüşvet teklif etme suçunu oluşturduğu...⁴¹³

Görüldüğü üzere, Yargıtay verdiği kararda cinsel menfaatlerin de rüşvet suçunun konusu unsurunu oluşturduğunu kabul etmiştir. Ancak kararda, karşı tarafı yakalatma amacıyla rüşvet anlaşmasının kabul edilmesi durumu söz konusu olduğundan, 5237 sayılı TCK'da md. 252/4'te düzenlenen hükümlere göre cezalandırılmasına karar verilmiştir. Görünüşteki rıza yukarıda açıklanmıştır. Şahsi görüşüme göre, failin TCK md. 252/4 'ten cezalandırılması uygun olmamış, somut olayda suç teşebbüs aşamasında kaldığından failin rüşvete teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekmektedir.

Doktrinde bazı yazarlar, kamu görevlisine çeşitli hediyelerin verilmesi halinin rüşvet suçunun konusu unsurunu oluşturamayacağını ileri sürmüştür.⁴¹⁴ Bu görüşe göre, kamu görevlisine sağlanan çeşitli ikramlar, hediyeler ve gelenek olarak yerleşmiş olan bazı şeylerin kamu görevlisine sağlanması rüşvet suçunu oluşturmayacaktır. Ancak bu hediyelerin, bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığında verilmesi halinde disiplin suçu olabilmeleri mümkündür.⁴¹⁵

Kanun koyucu, Devlet Memurları Kanununda, kamu görevlilerinin hediye istemelerine ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Devlet Memurları Kanunun 29. Maddesi şu şekildedir: *"Devlet memurlarının doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat sağlama amacı ile hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları yasaktır"* Görüldüğü üzere kanun koyucu, kamu görevlisinin menfaat sağlamak için başkalarından hediye almasını yasaklamıştır. Demek ki, kamu görevlisinin hediye alması rüşvet suçunu değil, DMK md. 29 nedeniyle

⁴¹³ Yargıtay 5. C.D., 26.04.2004 T., 2003/4860 E., 2004/337 K., AKÇİN, a.g.e, s.604

Ayrıca Yargıtay'ın 5. C.D. 20.11.2007 T., 10651/19002 sayılı kararında da fuhuş için kadın sağlanmasının rüşvet suçunun yarar unsurunu oluşturacağı görüşü kabul edilmiştir. GÖKCAN, a.g.e, 2022, s.801, dn.1016

⁴¹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1305, ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.99

Kamu personelinin yerine getirdiği vazifesi ile ilgili olmayan bir menfaat sağlama durumu, rüşvet suçunu meydana getirmeyecektir. Ancak somut olaydaki duruma göre disiplin suçu meydana gelebilir. ÖZBEK, a.g.e, s.1045-1046

⁴¹⁵ ÖZGENÇ, a.g.e, s.196, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1305

disiplin suçu söz konusu olacaktır. Ancak, kamu görevlisinin, yılbaşı, doğum günü gibi nedenlerle değil de bir işin yerine getirilmesi veya yerine getirilmemesi nedeniyle teşekkür etmek vb. nedenlerle hediye kabul etmesi halinde rüşvet suçunun oluşacağını kabul etmek gerekir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu suçun konusunu *"menfaat/yarar"* olarak belirlemiştir. Bu nedenle, bu suçun konusu maddi veya manevi menfaat olabilir. Cinsel menfaatler açısından değerlendirecek olursak; bilindiği üzere rüşvet suçunda, rüşvet verende, rüşvet alanda gayrimeşru durumdadır ve rüşvet suçunun failleridir. Rüşvet anlaşması için tarafların serbest, hür iradelerinin söz konusu olması gerekmektedir. Kişinin bir işin görülmesi karşılığı, manevi baskı ile cinsel ilişkiye girmeye zorlanması halinde bu kişinin hür iradesi olmadığından cinsel saldırı veya istismar suçunun oluşacağı irtikap suçunda açıklanmıştır. Ancak rüşvet suçunda taraflar serbest iradeleri ile bu rüşvet anlaşmasını yapmışlardır ve dolayısıyla söz konusu menfaatleri de serbest/hür iradeleri ile sağlamaktadırlar. Bu nedenle, cinsel menfaat halinde irtikap suçunda söylediğimin aksine rüşvet suçunun oluştuğunu, cinsel menfaatlerin rüşvet suçunun konusu olabileceğini kabul etmek gerekir.

Manevi menfaatlerin, suçun konusunu oluşturacağını söylesek de bir işin yapılması veya yapılmaması nedeniyle sıradan manevi menfaatlerin (selam verme, gülümseme, ...) bu suçun konu unsuru olarak kabul etmemek gerekmektedir.⁴¹⁶ Kişilerin bu sıradan ve hafif menfaatler nedeniyle, ağır yaptırımlara tabi tutmak ceza hukukunun orantılılık ilkesi nedeniyle kabul edilebilecek bir durum değildir. Ancak somut olaydaki duruma göre disiplin suçunun işlendiğinden bahsedilebilir.

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer konu ise suçun konusu olan menfaatin miktarının, değerinin belirli olması gerekip gerekmediğidir. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararı şu şekildedir: *"Sanığın içerisinde yurda kaçak yollardan girmiş 22 kişi bulunan minibüsüyle Van ilinden Erciş istikametine doğru seyrederken jandarma görevlilerince yakalandıkları, diğer sanık O'nun önerisiyle serbest bırakılmalarını sağlamak amacıyla jandarma görevlilerine miktarını açıklamadan para teklif ettiği, ancak öneri kabul edilmeyerek karakola götürüldükten sonra karakol komutanının "ne kadar verecektin" diye sorması üzerine diğer şahıslardan toplanan 300 doları cebinden çıkarıp yetkililere verdiği ve bu durumun tutanağa bağlandığının dosya içeriğinden anlaşılmasına ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre, önerilen para miktarının belirtilmemesinin rüşvet teklif etme*

⁴¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1075, dn.234

suçunun unsuru olmayıp, bu belirsizliğin TCK'nın 219/3. Maddesinde yer alan ceza indiriminin sanık yararına uygulanmasını gerektirdiği gözetilmeden rüşvet teklif etme suçu yerine yazılı şekilde memura hakaretten hüküm kurulması...”⁴¹⁷

Kanun koyucu, kanun maddesinde suçun unsurları arasında menfaatin miktarının, değerinin belirli olmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle, taraflar yaptıkları rüşvet anlaşmasında menfaatin değerini, miktarını belirlememiş olsalar bile rüşvet suçu işlenmiş olacaktır.

765 sayılı TCK'nın md. 219/3 düzenlemesi şu şekildedir: “202 ila 218 inci maddelerde yer alan cürümler dolayısıyla alınan veya verilen rüşvet veya yararın değeri hafif olduğu takdirde verilecek cezanın yarısı, pek hafif olduğu takdirde üçte ikisi indirilir” Bu düzenleme, 5237 sayılı TCK'da özel kısımda söz konusu değildir. Ancak kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nın md. 61/1'in d bendinde cezanın belirlenmesinde “suçun konusunun önem ve değeri” düzenlemesini yapmıştır. Buna göre suçun değeri azsa, diğer unsurlarda dikkate alınarak sanığa rüşvet suçuna ilişkin maddede öngörülen cezanın alt sınırına yakın bir ceza verilecektir. Eğer Yargıtay'ın görüşünü kabul edecek olursak mülga kanundaki md. 219/3'ün değil de TCK md. 61/1-d'nin sanık yararına uygulanmasından bahsedilebilir. Ancak söz konusu bu suçun konusunun değerinin az olmasının, rüşvet suçu için bir öneminin bulunmadığı görüşü de ileri sürülmüştür.⁴¹⁸

Yargıtay'ın kararında yer alan, menfaatin belirli olmaması unsurunun kanunda yer almadığı bu nedenle somut durumda rüşvet suçunun işlenmesinden bahsedileceği açıklamasına katılmaktayım.

Kararı mülga 765 sayılı TCK md. 219/3 ya da 5237 sayılı TCK md. 61/1-d açısından değerlendirecek olursak; Yargıtay bu maddelerin uygulanmasına menfaatin miktarının, değerinin belirsiz olması nedeniyle karar vermiştir. (Somut olaydaki 300 dolarlık rüşvet teklifi ile ilgili değildir.) Fail, miktarı/değeri belirsiz bir menfaat sağlayacağını söylediğinde, bu menfaat 765 sayılı TCK'nın 219/3 maddesinde düzenlendiği şekilde rüşvetin miktarının, değerinin az olacağı anlamına gelmemektedir. Somut olayda, anlaşma sırasında miktarı/değeri belirlenmeyen ancak işin yapılması veya yapılmaması durumunda sağlanacak yarar büyük bir değere de sahip olabilecektir. Ancak mevcut durumda temel ceza hukuku ilkelerinden olan şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması gerekir. Çünkü menfaatin belirsizliği halinde

⁴¹⁷ Yargıtay 5. C.D. 07.05.2001 T., 2000/6413 E., 2001/3033 K., AKÇİN, a.g.e, s.608-609

⁴¹⁸ DOĞAN, a.g.e, s.112

sağlanacak menfaatin miktarı az da olabilir çok da. Ancak bu miktar hakkında bir şüphe söz konusudur. Bu nedenle sanığın daha az ceza almasını gerektirecek hükümlerin uygulanması gerekecektir.

Yargıtay'ın bu konu hakkında verdiği daha yakın tarihli bir karar şu şekildedir: *“Olay tarihi olan 09/06/2003 günü geceleyin saat 04.00 sıralarında devriye görevi yapan jandarmalar tarafından M. N. lisesinde hırsızlık yaparken suçüstü yakalanan sanığın, kendisini yakalayan müşteki uzman jandarma Çavuş M.S'ye üzerindeki montu göstererek 'bu montu al, beni bırak, ben seni daha sonra görürüm' dediği ancak müşteki tarafından bunun kabul edilmeyerek sanık hakkında tutanak düzenlendiği ve taraflar arası anlaşma sağlanmadığı, bu şekilde gerçekleşen eylemin rüşvet vermeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...”*⁴¹⁹

Somut olayda lisede hırsızlık yaparken suçüstü yakalanan kişi, kamu görevlisine rüşvet teklif etmiştir. Ancak kamu görevlisi, suçüstü yakalanan bu kişinin rüşvet teklifini kabul etmemiştir. Bu nedenle suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Ancak Kanun koyucu, TCK md. 252/4 'te bu durum hakkında özel bir düzenleme yapmıştır. Rüşvetin teklif edilmesi ancak karşı tarafça kabul edilmemesi halinde rüşvet verme nedeniyle faile verilecek olan ceza, faile kanun hükmü gereğince hakim tarafından yarı oranında indirilerek verilecektir. Ancak dikkat edildiği üzere, karar 2013'te verilse de suç 2003 tarihinde işlenmiştir. Bu nedenle kanun düzenlemelerinin hangisi suçun failinin lehine olacaksa o maddenin somut olayda hakim tarafından uygulanması gerekecektir. Ancak yukarıda yaptığım açıklamalarında dikkate alınması gerekmektedir. Bahsedilen bu hususlara göre temel ceza belirlenip, bu ceza üzerinden teşebbüs veya 252/4 düzenlemelerine göre gerekli indirimlerin yapılması gerekmektedir. Ancak somut olayda bu konuya ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

Rüşvet suçunda, suçun konusunu oluşturan menfaatin rüşvet alana (kamu görevlisine veya TCK md. 252/8-9 fıkralarında belirtilen kişiler) veya üçüncü bir kişiye sağlanması gerekmektedir. Suçun konusunu oluşturan menfaatin illaki rüşvet alan veya üçüncü kişiye doğrudan sağlanması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Söz konusu bu menfaat doğrudan rüşvet veren tarafından değil de bir aracı vasıtasıyla da ilgililere sağlanabilir.⁴²⁰

⁴¹⁹ Yargıtay 5. C.D., 12.02.2013 T. 2654/1088, AKÇİN, a.g.e, s.609

⁴²⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1086

Doktrinde, rüşvet suçunun menfaat sağlanmasının yanında, menfaat vaadi ile de işlenebileceği kabul edilmiştir.⁴²¹

V. RÜŞVET SUÇUNUN TAMAMLANMASI VE SUÇA TEŞEBBÜS

Doktrinde rüşvet suçunun tamamlanması anına ilişkin birbirinden farklı birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden birine göre, suçun konusu olan menfaatin rüşvet alana veya başka bir üçüncü kişiye sağlanması durumunda, bu suç tamamlanmış olacaktır. Ancak kanun koyucu, uyguladığı suç siyaseti nedeniyle rüşvet anlaşmasının taraflar arasında yapılması ile bu suçun tamamlanmış olduğunu kabul etmiştir.⁴²²

Başka bir görüşte ise, irtikap suçunda da olduğu gibi suçun tamamlanması ve suçun sona ermesi ayrımını yaparak, rüşvet anlaşmasının taraflar arasında yapılması ile rüşvet suçunun tamamlandığını. Ancak rüşvet suçunun konu unsurunu oluşturan menfaatin, rüşvet alana veya başka bir kişiye sağlanmasıyla sona ereceğini ileri sürmüştür.⁴²³ Bu durum daha sonra açıklanacağı üzere, suça iştirak ile ilgili farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

Doktrindeki başka bir görüşte ise, TCK md. 252/3 hükmüne uygun bir şekilde rüşvet suçunu meydana getiren rüşvet anlaşmasının, anlaşmanın tarafları arasında gerçekleşmesi ile suçun tamamlanacağı görüşünü ileri sürmüştür.⁴²⁴

765 sayılı mülga TCK döneminde, rüşvet suçunun suçun konusu olan menfaatin rüşvet alana veya başka bir kişiye sağlanması ile tamamlanacağı görüşü ileri sürülmüştü.⁴²⁵ Ancak bazı yazarlar o dönemde 5237 sayılı TCK dönemindeki görüşlerle benzer olacak şekilde, rüşvet suçunun menfaatin sağlanması ile tamamlanacağı görüşünü ileri sürmüşlerdi.⁴²⁶

Kanun koyucu, TCK md. 252/3 'te yaptığı düzenleme şu şekildedir: *“Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur”* Görüldüğü üzere kanun koyucu rüşvet suçunun taraflarının, kendi aralarında anlaşmaları

⁴²¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1088, ÖZEN, a.g.e, s.750

⁴²² ARSLANTÜRK, a.g.e, s.252, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1092, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1103, ÖZGENÇ, a.g.e, s.205-206, DOĞAN, a.g.e, s.132, ÖZBEK, a.g.e, s.1057

⁴²³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1314

⁴²⁴ SOYASLAN, a.g.e, s.696

⁴²⁵ DÖNMEZER, a.g.e, s.100, ÖZGENÇ, a.g.e, s.205

⁴²⁶ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.102

halinde söz konusu rüşvet suçunu tamamlanmış olarak kabul ederek, suçun faillerinin buna göre cezalandırılacağını düzenlemiştir.

Aslında bu suçun ne zaman tamamlanmış olacağı rüşvet suçunun düzenlendiği maddenin gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre, bu suç ilgililere faydanın sağlanması durumunda tamamlanmış olacaktır. Ancak kanun koyucunun suç ve yolsuzluklu mücadele anlayışı nedeniyle, taraflar arasında bu suça ilişkin bir anlaşmanın yapılmasıyla tamamlanmış gibi kabul edilecektir.⁴²⁷

Görüldüğü üzere, konu başlığının en başında belirtilen ilk görüş ile madde gerekçesi birbiri ile aynıdır. Rüşvet suçu, rüşvet alana veya başka bir kişiye menfaatin sağlanması ile tamamlanacaktır. Ancak kanun koyucunun izlediği suç politikası nedeniyle, rüşvet anlaşmasının taraflar arasında gerçekleşmesiyle birlikte rüşvet suçunun tamamlanmış gibi kabul edileceğine ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Suç aslında anlaşmanın yapılmasıyla tamamlanmamış olmasına rağmen, kanun koyucu tarafından tamamlanmış gibi kabul edilerek ceza verilmesinin nedeni ise toplumun idareye, kamu kurum ve kuruluşlarına duyduğu güven ve saygı gibi duyguların korunmasıdır.⁴²⁸

Yargıtay'ın görüşü de bu şekildedir: *“5237 sayılı Yasanın 252/1. maddesi rüşvet teklif veya vaat etmeyi suç olmaktan çıkarmamakla birlikte rüşvet konusunda anlaşmaya varmayı veya vermeyi suçun tamamlanması için gerekli saydığından, önceki yasadan farklı olarak bu suça teşebbüsün olanaklı hale getirildiği, ...”*⁴²⁹

Yargıtay, rüşvet anlaşmasının taraflar arasında yapılmasıyla birlikte bu suçun tamamlanacağına yönelik karar vermiştir. Ayrıca kararda “veya vermeyi” ifadesini kullanarak rüşvetin verilmesi yani menfaatin sağlanması ile de suçun tamamlanacağını kabul etmektedir.

Rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinden bahsedecek olursak, yukarıdaki belirtilen Yargıtay kararında rüşvet suçunun neticesi harekete bitişik suç olmasından bahsedilmiştir: *“765 sayılı TCK'nın nitelikli rüşvet verme suçunu düzenleyen 213/1. maddesine göre; rüşvet vaat veya teklif edilmesiyle suçun tamamlandığı, neticesi harekete bitişik suç olduğundan teşebbüse elverişli bulunmadığı, önerinin memur tarafından kabul*

⁴²⁷ GÖKCAN, a.g.e, s.546

⁴²⁸ KAHRAMAN, a.g.e, s.151

⁴²⁹ Yargıtay 5. C.D., 07.01.2013 T., 2011/12355 E., 2013/7 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 26.04.2023)

*edilmemesinin suçun oluşumuna engel teşkil etmediği; buna karşılık...*⁴³⁰ Rüşvet suçunun, neticesi harekete bitişik suç olarak kabul edilmesi halinde, söz konusu rüşvet suçuna teşebbüs edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak, suçu oluşturan hareketlerin bölümlere bölünebiliyorsa rüşvet suçuna teşebbüs söz konusu olabilecektir.

Doktrinde diğer bir görüşte, rüşvet suçunun bir tehlike suçu olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür.⁴³¹ Tehlike suçlarında, somut olayda herhangi bir zararın ortaya çıkması gerekmez, bu zararın söz konusu olabileceği herhangi bir tehlikenin somut olayda söz konusu olması yeterlidir.⁴³² Kanun koyucu TCK md. 252/3'te suçun taraflar arasında gerçekleşen anlaşmayla tamamlanmış gibi kabul edileceğini düzenlediğinden, somut olayda ilgililere henüz herhangi bir menfaat sağlanmadan yani herhangi bir zarar söz konusu olmadan, sadece bu zararın oluşabilme tehlikesinin var olması halinde bu suçun tamamlanmış olacağı görüşü ileri sürülmüştür. Bu nedenle, rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kalması hali, ancak tarafların aralarında rüşvet anlaşması yapmaya çalışmaları, ancak bu anlaşmayı yapmada başarılı olamamaları halinde söz konusu olacaktır.⁴³³

6352 sayılı kanunla TCK md. 252'de; *“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.”* belirtilen bu değişiklik yapılmıştır.

Metinde görüldüğü üzere, suçun teşebbüs aşamasında kalması hali, rüşvet suçunun bir özel işleniş haline çevrilmiştir. Bu durumda verilecek ceza bir ve ikinci fıkralara göre

⁴³⁰ Yargıtay 5. C.D., 07.01.2013 T., 2011/12355 E., 2013/7 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 26.04.2023)

“Kısa ve gerekçeli kararda indirim maddesinin TCK'nın 219/3 yerine 213/3 olarak yazılması daktilo hatası olarak kabul edilmiş TCK'nın 213/1. Maddesinde rüşvet teklifinin de cezalandırıldığı ve bu nedenle suça teşebbüsün mümkün olmadığı gözetilmeden TCK'nın 61. Maddesi ile cezadan indirim yapılması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” Yargıtay 5. C.D., 22.01.1998 T., 5128/502 YAŞAR, a.g.e, s.479

“Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 21.12.1992 tarih ve 5/339-359 sayılı kararında belirtildiği üzere, TCK'nın 3679 sayılı yasayla değişik 213/1. Maddesinde öngörülen rüşvet verme suçuna teşebbüsün mümkün olmayacağı gözetilmeyerek eylemin eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü ile cezadan TCK'nın 61. Maddesi ile indirim yapılması,” Yargıtay 5. C.D., 01.07.1993 T., 1789/2762, YAŞAR, a.g.e, s.480

“Maddede rüşvetin vaad veya teklif olunmasıyla suçun tamamlanacağı kabul edilmiş, vaadin tutulması veya teklifin kabul edilmesi şartı aranmamıştır. Bu nedenle rüşvet vaad veya teklif etme suçu neticesi harekete bitişik suçtur ve teşebbüse elverişli bulunmamaktadır. Bu itibarla, vaad veya teklifin kabul edilmemesi suçun tamamlanmasına engel olmayacak ve fail hakkında teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır.” Yargıtay C.G.K., 20.09.1993 T., 5-171/195, YAŞAR, a.g.e, s.477

⁴³¹ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.102

⁴³² HAKERİ, a.g.e, s.177

⁴³³ ERMAN/ÖZEK, a.g.e, s.102

belirlenip daha sonra bu cezadan kanundaki düzenleme gereğince yarı oranda indirim yapılacaktır. Bu tür düzenlemeleri içeren suçlar, doktrinde kalkışma (teşebbüs) suçları olarak isimlendirilmiştir. Kalkışma suçları, istisnai suçlar olduğundan bu suçun teşebbüs halinin cezalandırılacağına ilişkin düzenlemelerin mutlaka ilgili suça ilişkin maddelerde düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁴³⁴

Aslında kanun koyucunun neden bu şekilde bir düzenleme yaptığı açıktır. Kanun koyucu, izlediği suç politikası nedeniyle önemli gördüğü, devlet ve toplum için tehlikeli bulunduğu bazı suçlarda, daha sert ve ciddi önlemler alma yoluna gitmiştir. Rüşvet suçunda da suç aslında teşebbüs aşamasında kalmış olsa da kanun koyucu özel bir düzenleme yaparak TCK md. 35'in yerine bu düzenlemenin uygulanmasını tercih etmiştir.

Yargıtay 6352 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden önce verdiği bazı kararlarda, teklifin kamu görevlisince reddi halinde, rüşvet suçunun değil de hakaret suçunun nitelikli hali olan kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunun işlendiğine karar vermiştir. Yargıtay'ın verdiği bu kararlara örnek olarak şu karar verilebilir: *"5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde "rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir İşi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır" denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarıldığı, ancak sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen haklı hususun temini için rüşvet teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle aynı Yasa'nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden lehe kanun belirlenirken eylemin 5237 sayılı Yasa'nın 252/1. maddesine temas ettiğinden bahisle 765 sayılı Yasa'nın lehe olduğu sonucuna varılması,...*⁴³⁵

Yine Yargıtay 6352 sayılı kanun öncesi verdiği bazı kararlarda ise, kamu görevlisine rüşvet teklif edilmesini, kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret olarak değil, rüşvet verme suçuna teşebbüs olarak kabul etmiştir. Bu kararlara örnek olarak şu karar verilebilir: *"5237 sayılı Yasa'nın 252/1. maddesi rüşvet teklif veya vaat etmeyi suç olmaktan çıkarmamakla birlikte, rüşvet konusunda anlaşmaya varmayı veya vermeyi suçun*

⁴³⁴ HAKERİ, a.g.e, s.178

⁴³⁵ Yargıtay 5. C.D., 12.05.2008 T. 2006/1435 E., 2008/4255 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 27.04.2023)

tamamlanması için gerekli saydığından önceki yasadan farklı olarak bu suça teşebbüsün olanaklı hale getirildiği, dosyadaki somut olaya gelince, sanığın polis memuru olan tutanak tanıklarına kendisini bırakmaları karşılığında rüşvet vermek istediği, bunun üzerine polis memurlarınca 05.12.2001 tarihli tutanak tutularak paranın zapt edildiği ve anlaşmanın sağlanmadığı, eylemin rüşvet vermeye teşebbüs suçunu oluşturduğu ve sanık hakkında TCK'nın 35. maddesi de uygulanarak lehe olan yasanın saptanması gerektiğinin gözetilmemesi,... ⁴³⁶

6352 sayılı kanunla yapılan değişiklikler sonrasında, kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret veya rüşvet vermeye teşebbüs gibi birbirinden farklı görüşleri içeren kararların verilmesinin olanağı kalmamıştır. Rüşvet teklif edilmesi, ancak söz konusu bu teklifin kabul edilmemesi halinde TCK md. 252/4 uygulanacak ve rüşvet teklif eden fail cezalandırılacaktır.

Yargıtay'da verdiği kararlar da bu görüşü kabul etmektedir: *"5237 sayılı TCK'nin rüşveti düzenleyen 252. maddesinin 05/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesi ile değişik 4. fıkrasında suç için özel teşebbüs hükmünün düzenlendiği ve suç tarihinin de yasa değişikliğinden önce olduğu gözetilerek, özel ve genel teşebbüs hükümlerine göre uygulama yapıp lehe olan hükmün belirlenmesi yerine, genel teşebbüsü düzenleyen TCK'nin 35/2. maddesi uyarınca 1/4 oranında indirim yapılması suretiyle fazla ceza tayini,...* ⁴³⁷

Bilindiği üzere kanun koyucu rüşvet suçunun, taraflar arasında rüşvet anlaşmasının yapılmasıyla birlikte tamamlandığını kabul etmiştir. Bu durumda suç tamamlandığından dolayı bu suçta gönüllü vazgeçme söz konusu olamayacaktır. Çünkü gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için söz konusu suçun henüz tamamlanmamış yani rüşvet anlaşması yapılmamış olması gerekmektedir.⁴³⁸ Taraflar arasında rüşvet anlaşmasını

⁴³⁶ Yargıtay 5. C.D., 05.05.2010 T., 2006/6417 E., 2010/3342 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 27.04.2023)

"Rüşvet verme suçunda 5237 sayılı Kanunun 252. Maddesi ile teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının olanaklı hale getirildiği ve aynı yasanın 35. Maddesi de nazara alınarak lehe kanun değerlendirilmesinin yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, kabule göre de 765 sayılı yasanın lehe olduğunun kabulü ile ilk hükmün aynen infazına karar verildiği halde 5237 sayılı kanunun 51 ve 63. Maddelerinin tatbik edilmesi suretiyle karma uygulama yapılması kanuna aykırıdır." Yargıtay 5. C.D., 08.06.2006 T., 5723/5203, GÖKCAN, a.g.e, s.581

"Sanığın rüşvet istemesine karşın müştekinin bu öneriyi kabul etmediği dolayısı ile taraflar arasında rüşvet anlaşması gerçekleşmediği, müştekinin sanığın suçüstü yakalatmak için C. Savcısına müracaat ederek numaraları tespit edilen 30.000.000 lirayı sanığa verdiğinin anlaşılması karşısında eylemin rüşvet almaya eksik kalkışma aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı gerekçelerle eylemin tamamlandığının kabulü ile hükme varılması kanuna aykırıdır." Yargıtay 5. C.D., 11.02.2004 T., 2002/9284 E., 2004/611 K., GÖKCAN, a.g.e, s.599

⁴³⁷ Yargıtay 5. C.D., 23.11.2021 T., 2018/3325 E., 2021/5707 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/index>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 27.04.2023)

⁴³⁸ HAKERİ, a.g.e, s.512

yapmışlar ve bu nedenle bu suç tamamlandıysa artık somut durumda etkin pişmanlığın söz konusu olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.⁴³⁹

VI. RÜŞVET SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK

Etkin pişmanlık; suç tamamlandıktan sonra suçu işleyen failin, işlediği suç hakkında pişmanlık göstermesi halinde söz konusu olacaktır. Etkin pişmanlık nedeniyle somut olayda faile verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi faile gösterdiği pişmanlık nedeniyle hiç de ceza verilmeyebilir. Pişmanlık gösterme, failin oluşan zararı tazmin etmesi, işlenen suçun resmi mercilere ihbar edilmesi, var olan suç örgütünün dağıtılması, ... gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir.⁴⁴⁰

Etkin pişmanlık, TCK'nın genel kısmında kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Kanun koyucu, TCK'nın ikinci kitabında (özel kısım) yer alan her suç için değil, sadece düzenlenen bazı suçlarda etkin pişmanlığa ilişkin çeşitli düzenlemeler yapmıştır.

Etkin pişmanlık, ceza hukukumuzda istisnai bir durumdur. Bu nedenle failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için mutlaka kanunda o suçta etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bit düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Failde aranacak olan bu pişmanlık duygusunun ciddi olması gerekmektedir.⁴⁴¹ Yani fail sadece kendisine ceza verilmesi ihtimalinden kurtulmak için pişman olduğunu iddia etmesi yeterli değildir. Failin gerçekten işlediği bu suçtan dolayı pişman olmasının hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Etkin pişmanlığın düzenlendiği suçlara, organ ve doku ticareti, zimmet ve rüşvet örnek olarak gösterilebilir.

Etkin pişmanlık, TCK'da kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar bölümünde sadece zimmet ve rüşvet suçlarında düzenlenmiştir. İrtikap suçunda etkin pişmanlık söz konusu değildir. Bu nedenle irtikap suçunda, bu suç tamamlandıktan sonra fail herhangi bir şekilde pişman olsa da alacağı cezada herhangi bir şekilde indirim yapılması ya da faile ceza verilmemesi söz konusu olmayacaktır.

⁴³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1315

⁴⁴⁰ HAKERİ, a.g.e, s.521

⁴⁴¹ HAKERİ, a.g.e, s.522

TCK md. 254/1’de rüşvet alanın pişman olmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu fıkranın hükmü şu şekildedir: “*Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*”

Rüşvet alanın, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için kanun maddesinde iki şartın söz konusu olmasından bahsedilmektedir. Bu şartlardan ilki pişmanlığın, bu suçun resmi makamlar tarafından öğrenilmesinden önce gerçekleşmesidir. 5237 sayılı kanunda “*resmi makamlar*” ifadesi, 6352 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde “*soruşturmaya başlanmadan önce*” tabiri kullanılmıştı.

5237 sayılı TCK’nın ilk halindeki “*soruşturmaya başlanmadan önce*” ifadesinden anlaşılması gereken, yapılacak ceza muhakemesinde, soruşturmanın henüz başlamamış olmasıdır. Bu kanunun ilk haline göre, idari makamların söz konusu rüşvet suçunu öğrenmeleri ve bu suç hakkında idari soruşturma yapmaları hali bu ifadenin kapsamında olmayacaktır.⁴⁴²

Ancak yapılan 2012 tarihli değişikliklerle eklenen “*resmi makam*” ifadesi herhangi bir sınırlama içermediğinden idari makamları da kapsayacaktır. Bu nedenle, idari makamlarca söz konusu bu rüşvet suçunun öğrenmeleri halinde etkin pişmanlığa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.⁴⁴³ Ancak kanun koyucunun 6352 sayılı kanun ile yaptığı bu değişiklik, soyut bir düzenleme olduğu nedeniyle ve maddenin uygulamasında çeşitli keyfiyetlere neden olabileceği ve bu maddenin uygulanma alanını daraltacağı için doktrinde eleştirilmiştir.⁴⁴⁴

Resmi makamlar ifadesinden anlaşılması gereken, bu düzenleme hükmüne göre adli makamlar ve idari makamlardır. Adli makamlardan anlaşılması gereken, savcı, kolluk kuvvetleri (polis, jandarma, ...)dir. İdari makamlardan anlaşılması gereken ise, bahse konu kamu görevlisinin çalıştığı kamu kurum veya kuruluşur.⁴⁴⁵

Ancak kanun metninde “*resmi makamlar*” ifadesi kullanılmıştır ve bu makamlar hakkında herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu nedenle idari makamların tamamının bu

⁴⁴² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1095

⁴⁴³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1095, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1312, ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1109

⁴⁴⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1095, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1312

⁴⁴⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1096-1097

kapsam içerisinde değerlendirilmesi gereklidir.⁴⁴⁶ Ancak bu tabir aşırı derecede geniştir. Bu nedenle uygulamada keyfiyete neden olma ihtimali söz konusudur. Hatta rüşvet suçu için düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını engelleyebilecektir. Bu nedenle, 6352 sayılı kanunla getirilen bu düzenleme yerinde değildir. 5237 sayılı düzenlemenin ilk halinde olduğu gibi “*soruşturmaya başlamadan önce*” ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

İkinci şart ise “*aynen teslim*” şartıdır. Maddede rüşvet alanın, aldığı menfaati “*aynen iade etmesi*” şartı aranmıştır. Aynen iade/teslimden anlaşılması gereken, suçun konusu olan menfaatin tamamının bahsedilen bu resmi makamlara teslim edilmesidir. Söz konusu bu menfaatin sadece bir kısmının yukarıda açıklanan resmi makamlara teslim edilmesi halinde rüşvet suçunda düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır. Kanunda rüşvet alanın sağlanan menfaati teslim etmesinden bahsetse de söz konusu olan bu menfaatin failin avukatı, vekili veya failin başka bir aile üyesi tarafından yapılan teslim de yeterli olacaktır.⁴⁴⁷ Ancak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesinin söz konusu olabilmesi için yukarıda da söylediğim üzere failin işlediği suç hakkında gerçekten pişman olması gerekmektedir.⁴⁴⁸ Fail, işlediği suçtan dolayı gerçekten pişmansa, menfaatin resmi makamlara kim tarafından teslim edildiği çok da önemli değildir. Menfaatin tesliminin, soruşturmaya yetkili olan makamlara yapılması gerekir. Resmi makamlar geniş yorumlandığına göre maddenin devamındaki “*soruşturmaya yetkili makam*” ifadesinin de geniş yorumlanması mantıklı olacaktır. Bu nedenle soruşturmaya yetkili makamların hem adli hem de idari soruşturma makamları olduklarını kabul etmek gerekecektir.

Madde de failin ciddi bir pişmanlık içerisinde olması halinde, “*cezaya hükmolunmaz*” denmiştir. Bu nedenle rüşvet alanın, suçun tamamlanması sonrasında pişman olup, sağladığı menfaatleri soruşturma makamlarına aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçunun işlenmesinden dolayı kamu davası açılacaktır. Ancak bu davanın sonucunda hâkim tarafından

⁴⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, idari makamlardan rüşvet alanın çalıştığı kurum veya kuruluş ile hiyerarşi veya vesayet makamlarının anlaşılması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak madde metni resmi makamlar demıştır ve sınırlamada yapmamıştır. Bu nedenle idari makamların hepsinin kabul edilmesi gerekmektedir.

⁴⁴⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1097

⁴⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, rüşvete ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesinde failin pişmanlık hissetmesine ilişkin bir ifade olmadığından, rüşvet suçunda failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için pişman olması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak, bilindiği üzere failin pişman olması etkin pişmanlığın unsurudur. Failin ciddi şekilde pişman olmadan etkin pişmanlıktan yararlanması söz konusu olamaz. İsmi ‘etkin pişmanlık’ olan bir düzenlemeden failin pişman olmadan yararlanması kabul edilemez.

etkin pişmanlık nedeniyle “ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verilmesi gerekmektedir.

449

Rüşvet verenle alan arasında anlaşma yapıldıktan sonra failin bu anlaşmadan dolayı pişman olup, yetkili makamlara başvurması durumunda da fail hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır ve pişmanlık gösteren hakkında “ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verilecektir.

Etkin pişmanlığın ikinci hali, rüşvet veren veya rüşvet vermek üzere karşı tarafla anlaşılan kişinin pişmanlığıdır. Fıkra metni şu şekildedir: “*Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.*”

Burada bahse değer olan şey, rüşvet verenin yetkili makamlara haber vermesidir. Buradaki yetkili makamlarında yukarıda görüldüğü üzere geniş olarak yorumlanması gerekmektedir. Bunun dışındaki diğer unsurlar etkin pişmanlığın ilk hali ile aynıdır. Pişmanlık gösteren hakkında, ceza muhakemesi sonucunda cezaya hükmolunmayacaktır ve hâkim tarafından “ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verilecektir.

Etkin pişmanlığın üçüncü hali ise iştirak edenlerin pişman olmasıdır. Fıkra hükmü şu şekildedir: “*Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*”

Bu düzenlemedeki durumda yukarıdakiler ile aynıdır. Bu nedenle tekrardan açıklama yapmaya gerek yoktur.

Etkin pişmanlığa ilişkin hükümler, çalışmanın önceki sayfalarında bahsedilen yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmayacaktır.

⁴⁴⁹ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1109

VII. RÜŞVET SUÇUNA İŞTİRAK

TCK md. 40/2'ye göre: “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.” İrtikâp suçunda olduğu gibi rüşvet suçu da gerçek görev suçudur. Bu nedenle md. 40/2 uygulanmalıdır. Bu düzenlemeye göre kamu görevlisinin işlediği suçun işlenişine katılan ancak kanundaki kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan diğer şahıslar, söz konusu bu suçun müşterek faili olarak değerlendirilmeyecek olup sadece bu rüşvet suçunun azmettireni veya yardım edeni olabileceklerdir.⁴⁵⁰ Ancak kanun koyucu 6352 sayılı kanunla yaptığı değişiklikle rüşvet suçuna herhangi bir şekilde aracılık edenleri, lehine menfaat sağlanan üçüncü kişileri ve maddenin 8. ve 9. fıkralarında sayılan bazı kurum kuruluş, devlet, dernek vs. de çalışan kişilerin kanundaki kamu görevlisi sıfatına sahip olmasalar da bu suçun faili olabileceklerini düzenlemiştir. Kanun koyucunun düzenlediği bu hallerde, kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan diğer kişilerinde bu suçun müşterek faili olabilmeleri mümkündür.⁴⁵¹

Rüşvet suçuna iştirak, müşterek faillik, azmettirme veya yardım etme şeklinde ortaya çıkabilir. Doktrinde bir görüş, suçun tamamlanması evresi ve suçun sona ermesi evresi ayrımı yapmıştır. Bu görüşte suç, tarafların arasında rüşvet suçuna ilişkin anlaşmanın yapılması ile tamamlanacak ancak suçun konusu olan menfaatin, anlaşmanın taraflarından rüşvet alana veya başka bir kişiye sağlanmasıyla sona ermiş olacaktır ve bu suç sona erene kadar, rüşvet suçuna iştirak edilebilmesi mümkün olacaktır.⁴⁵² Ancak benimde katıldığım diğer görüşe göre, bir suça iştirak edilebilmesi söz konusu bu suç tamamlanıncaya kadar mümkün olacaktır. Buna göre rüşvet suçunda sadece söz konusu bu suç tamamlanıncaya kadar suça iştirak edilebilmesi söz konusu olacaktır. Önceki sayfalarda bahsettiğim üzere, rüşvet suçu aslında söz konusu menfaatin ilgililere sağlanması ile tamamlansa da kanun koyucu izlediği suçla mücadele politikası nedeniyle taraflar arasında rüşvet anlaşmasının yapılması ile birlikte bu suçun tamamlandığını kabul etmiştir. Bu nedenle taraflar arasında rüşvet anlaşması yapılana kadar rüşvet suçuna iştirak edilebilecektir.⁴⁵³

Rüşvet suçunun nitelikli haline iştirakten bahsedecek olursak; rüşvet suçunda rüşvet alanın bazı sıfatlara sahip olması aranmıştır. Bu durumda fiili bir nitelikli halin varlığı söz

⁴⁵⁰ ÖZBEK, a.g.e, s.1060-1061

⁴⁵¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, a.g.e, s.1100

⁴⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e, s.1314

⁴⁵³ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1105

konusudur. Bu nedenle şeriklerin nitelikli halden sorumlu tutulabilmeleri için ağırlaştırıcı nedeni (kanunda sayılan sıfatların olayda söz konusu olması) bilmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde şerikler nitelikli halden dolayı sorumlu tutulamayacaklardır.

VIII. RÜŞVET SUÇUNDA İÇTİMA

Rüşvet suçu, yukarıda açıkladığım irtikap suçunda da olduğu gibi, TCK'daki görevin kötüye kullanılması suçunun özel bir halidir. Bu nedenle, rüşvet suçunun işlenmesi halinde rüşvet suçunun faillerine ayrıca söz konusu görevin kötüye kullanılması suçundan dolayı ek bir ceza verilmesi söz konusu olmayacaktır.

Rüşvet suçu, kanundaki zincirleme suça ilişkin ilgili hükümlerin uygulanmasına uygundur. TCK md. 43/2'de düzenlenen aynı neviden içtima hükümlerinin de rüşvet suçu bakımından uygulanması mümkündür. Rüşvet alan, gerçekleştirdiği bir fiili ile birden fazla kişiyle, aralarında rüşvet anlaşmasını yapıp, kendisine veya bir başkasına menfaat sağlayabilir. Ancak doktrinde bu suçta fikri içtimi hükümlerinin uygulanamayacağı ileri sürülse de,⁴⁵⁴ bu suçta fikri içtima hükümlerinin uygulanması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

TCK md. 212 hükmü gereğince, faillerin rüşvet suçunu işlerken sahte resmi veya özel belgeleri kullanmaları halinde, işlenen suçun faillerine hem sahtecilik hem de rüşvet suçundan dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir.

TCK md. 235/4 hükmü şu şekildedir: *“İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.”* Bu fıkra göre, menfaat karşılığı bir ihaleye fesat karıştıran faile işlediği bu suçun cezasının yanında ayrıca belirtilen bu madde hükmüne göre rüşvet suçundan da ceza verilecektir. Kanun koyucu, TCK md. 236/3'te edimin ifasına fesat karıştıran kişi için de aynı düzenlemeyi yapmıştır.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1100

⁴⁵⁵ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1107

IX. RÜŞVET SUÇUNUN MANEVİ UNSURU

Rüşvet suçu, kanunda düzenlendiği üzere sadece kasten işlenmesi söz konusu olabilen bir suçtur. Bu nedenle bu rüşvet suçunun, taksirle işlenebilmesi mümkün olmayacaktır. Kast, bilindiği üzere bilmek ve istemek anlamına gelmektedir. Buna göre; bu suçun faillerinin, aralarında yaptıkları rüşvet anlaşmasını ve söz konusu bu anlaşma nedeniyle anlaşılan menfaatin sağlanmasını, bilerek ve isteyerek yapmaları gerekmektedir. Doktrinde yer alan bir görüşte, rüşvet suçunun olası kastla işlenebilmesinin söz konusu olduğu da iddia edilmiştir.⁴⁵⁶ Ancak hayatın olağan akışında olası kastla rüşvet suçunun işlenebilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Rüşvet anlaşması, daha önceden de bahsedildiği üzere anlaşmanın tarafları arasında *“bir işin yapılması veya yapılmaması”* için gerçekleştirilir. Bu nedenle faillerin bahse konu bu suçu işleyebilmeleri için sadece suç işleme kasıtlarının bulunması yeterli olmayacak, bu kasıtlarla birlikte söz konusu bu amacın da rüşvet anlaşmasında mevcut olması gerekecektir.⁴⁵⁷ Yani rüşvet suçu sadece faillerde kastın bulunması ile değil, kastın yanında özel bir amacın bulunması ile işlenebilecektir.

X. RÜŞVET SUÇUNDA HUKUKA UYGUNLUK HALLERİ VE KUSURLULUĞU KALDIRAN HALLER

Rüşvet suçunda, 5237 sayılı TCK’da kanun koyucu tarafından düzenlenen hukuka uygunluk hallerine ilişkin kanun düzenlemelerinin uygulanabilmeleri mümkün değildir. Özellikle, rüşvet suçunun diğer tarafın rızası nedeniyle hukuka uygun hale gelmesinden bahsedilemez. Zaten kanun koyucu, tarafların rızalarıyla, serbest iradeleriyle yaptıkları rüşvet anlaşması ve anlaşmanın karşılığında menfaat sağlanmasını suç olarak kabul etmiştir.

Kusurluluğu kaldıran hallerde ise, zorunluluk hali, haksız tahrik, amirin emrinin yerine getirilmesi gibi hallerin bu suçta uygulanması mümkün değildir. Cebir ve tehditten

⁴⁵⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, a.g.e, s.1092

⁴⁵⁷ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e, s.1103

bahsedecek olursak, çalışmanın önceki sayfalarında bahsedildiği üzere yağma suçunda aranacak seviyeye ulaşmayan manevi cebir veya tehdit, rüşvet suçunu değil yukarıdaki sayfalarda bahsettiğim icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturacaktır. Ancak somut olayda, irtikâp suçunda aranan sınırları aşan maddi cebir veya tehdidin söz konusu olması halinde ise yağma suçu oluşacaktır.

XI. RÜŞVET SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ

Konunun başında açıkladığım, 765 sayılı kanunda yer alan nitelikli rüşvet suçuna ilişkin düzenleme, 5237 sayılı kanunun ilk halinde düzenlenmese de 6352 sayılı kanunla birlikte tekrardan TCK’da yer almıştır. Ancak suçun bu şekline, kanun koyucunun öngördüğü ceza miktarı, rüşvet suçunun kanunda düzenlenen temel haline ilişkin verilecek olan ceza miktarı ile aynıdır. Bu nedenle artık suçun bu halini, rüşvet suçunun nitelikli hali olarak değil de suçun bir işleniş şekli olarak kabul etmek gerekmektedir.

Ceza kanunumuzda rüşvet suçunun nitelikli halleri, kanun koyucu tarafından 252 no’lu maddesinin 7 no’lu fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre;

“Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin;

- Yargı görevi yapan,
- Hakem,
- Bilirkişi,
- Noter veya
- Yeminli mali müşavir olması halinde,

Verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.”

Doktrinde, kanun maddesinde yer alan bu sıfatların sadece suçun taraflarından kamu görevlisi olan (rüşvet alan) kısmında söz konusu olması halinde, rüşvet suçunun nitelikli hallerinden birinin işlenmiş olacağına ilişkin görüş ileri sürülse de⁴⁵⁸ kanun koyucu söz konusu bu fıkranın metninde rüşvet alan veya rüşvet verenle ilgili herhangi bir ayırım yapmamıştır. Zaten ilgili maddelerde; rüşvet alanla, rüşvet verenin ikisinin de kamu görevlisi sıfatına sahip olmalarını engelleyen herhangi bir durum da söz konusu değildir. Madde de düzenlenen bu sıfatlara sahip olanların, rüşvet suçunu işlemeleri halinde bu faillere verilecek

⁴⁵⁸ ÖZEN, a.g.e, s.764 ARSLANTÜRK, a.g.e, s.258

olan ceza kanun düzenlemesi hükmü uyarınca, üçte bir oranından yarısına kadar arttırılacaktır. Kanun koyucu, burada somut olayın özelliklerine göre yargılamayı yürüten hâkime takdir yetkisi tanımıştır.

Maddede yer alan yargı görevi yapan kişilerden anlaşılması gereken, TCK md. 6/1-d'ye göre ilk derece, bölge adliye/idare mahkemeleri veya yüksek mahkemeler fark etmeden her türlü adli veya idari hâkim, savcılar ve avukatlardır. Düzenlemedeki hakem sıfatından anlaşılması gerekende tahkim yargılaması usulünde görev yapmakta olan hakemlerdir. Ayrıca bu fıkayla birlikte bilirkişiler, noterler ve yeminli mali müşavirlerde bu düzenlemenin içinde yer almışlardır.

XII. RÜŞVET SUÇUNUN CEZALANDIRILMASI

Rüşvet suçunda ise, suçun nitelikli halleri haricinde 4-12 yıl arasında ceza verileceği öngörülmüştür. Buna göre, bu suç hakkında görevli olan mahkeme ağır ceza mahkemesi, yetkili olan mahkeme ise rüşvet suçunun işlendiği yer mahkemeleri olacaktır. Bu suçta, irtikâp suçunda da olduğu gibi, görevli ve yetkili makamlarca resen kovuşturulacaktır. Şikâyet aranmaz.

İrtikap suçunda da söylediğim gibi kanun koyucu kamu görevlilerinin yargılanması ile ilgili olarak bazı suçlar hakkında çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler rüşvet suçunu da kapsamaktadır. Kanun koyucunun, 3628 sayılı yasanın 17 no'lu maddesinde düzenlendiği üzere; rüşvet suçunda 4483 sayılı yasada yer alan hükümler uygulanmayacaktır. Ancak kaymakamlar ve valiler hakkında bu hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Rüşvet suçunun yargılanmasında, soruşturma yapılabilmesi için yetkili makamlardan izin alınması gerekmemektedir. Ancak bu kanun maddesi; valiler, kaymakamlar ve müsteşarlar gibi bazı kamu görevlileri hakkında uygulanmayacaktır. Yani bu makamlardaki kamu görevlileri hakkında, halen yetkili makamlardan soruşturma izninin alınması gerekecektir.

Ayrıca rüşvet suçunda, TCK md. 254/10 düzenlemesindeki; rüşvet veren, alan, rüşvete aracılık eden veya menfaat sağlanan diğer kişiler hakkında bu kişilerin Türkiye sınırları içinde bulunmaları halinde resen soruşturma yapılacaktır.⁴⁵⁹



⁴⁵⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, a.g.e, s.1101

SONUÇ

Kamu görevlisinin tanımı hukukun farklı alanlarına göre değişmektedir. Bu nedenle bu kavram hakkında birçok tanım yapılmıştır. Bu tanımların birbirlerinden farklı olmalarının nedeni, her hukuk dalının kendi gereksinimlerini karşılamaya çalışmasından kaynaklanmaktadır.

Kamu görevlileri; kamunun ihtiyaçlarını karşılamak için kamu kurum ve kuruluşlarının yaptıkları faaliyetleri yerine getirmekte olan gerçek kişilerdir. Kamu kurumlarının iş gücü unsurunu oluşturmaktadırlar. Kamu kurum ve kuruluşlarının yerine getirdikleri faaliyetlerde vatandaşla karşı karşıya kalan, vatandaşın bir ihtiyacı veya şikâyeti olduğunda doğrudan müracaat ettiği kişilerdir. Bu faaliyetleri yerine getirebilmeleri için kanun koyucu tarafından bazı üstün yetki ve sorumluluklar verilmiştir ve vatandaşlarla da birebir temas halinde olduklarından dolayı bu yetkilerin kötüye kullanılabilmesi ihtimali doğmuştur.

1921 ve 1924 anayasalarında kamu görevlisi hakkında bir tanım içermemektedir. Ancak 1961 ve 1982 anayasalarında kamu görevlisi kavramının tanımı yapılmıştır. Ancak bu tanımlar kesin değildir. Kanun koyucu anayasada genel bir düzenleme yapıp, ayrıntılı düzenlemeyi kanunlara bırakmıştır. Çünkü anayasada kesin olarak bu kavram hakkında tanım yapmak, değişen ihtiyaçlara göre kavramda değişiklik yapmayı zorlaştıracaktır. Çünkü anayasa maddeleri, kanun maddelerine göre daha zor değişecektir.

Anayasaya göre kamu görevlisini tanımlayacak olursak; kamu görevlisi, kanunlarca verilmiş olan yetkileri, bütçeyi kullanarak, devamlı bir şekilde temel gereksinimlerin karşılanmasında çalışan idari işlemler, eylemler ve sözleşmeler yapan personellerdir. Ayrıca Danıştay'da verdiği kararlarda hiyerarşik sistemi, uzmanlaşma, statü, derece ve kademe unsurlarını ön plana çıkarmıştır.

İdare hukukunun kendi gereksinimlerine göre yaptığı kamu görevlisi tanımında, kamu görevlisinin bir kamu kurum veya kuruluşuna bağlı olarak çalışması gerekmektedir. Doktrinde bu kavram hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu kavramı geniş yorumlayarak anayasadaki seçimle gelen görevlileri ve kamu kurumlarındaki işçileri de bu kavrama dâhil edenler olduğu gibi dar yorumlayarak sadece anayasadaki kamu görevlisi kavramını kabul eden yazarlar da mevcuttur. Ancak genel kabul, kamu görevlisi kavramının dar yorumlanmasıdır. Bunun nedeni, aynı yetkinin verilmediği kişilerin aynı sorumluluk altında olmasının önüne geçilmesidir.

Mülga ceza kanunumuzda ise memur ve amme hizmetlisi olmak üzere iki kavramdan bahsedilmiştir. Ancak bu kavramların tanımları oldukça soyut ifadeler içerdiğinden dolayı, uygulamada ve doktrindeki görüşlerde birlik sağlanamamaktadır. İlgili maddeye göre kamu vazifesini yerine getiren personel memur, kamu hizmetini yerine getiren personel ise kamu hizmetlisi olacaktır

Mülga kanunun ilgili maddesinde arka arkaya düzenlenen bu fıkralarda düzenlenen bu iki benzer kavram, doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bazı yazarlar kamu görevi ile kamu hizmeti kavramlarının aynı olduğunu iddia etse de benimde katıldığım görüşe göre bu iki kavram birbirinden ayrıdır. Çünkü kanun koyucunun aynı kavramı farklı isimle, aynı madde içinde düzenlemesi büyük bir hata olurdu.

Kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki fark hakkında doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür. Bir teoriye göre kamu kurumuna bağlı olarak çalışan kişiler memur olarak kabul edilirken diğer bir teoride idarenin esaslı işlerini yapanlar memur, diğer işleri yerine getirenler kamu hizmetlisi olarak kabul edilmiştir. Üçüncü bir teoride ise, idarenin faaliyetlerini zorunlu olanlar ve zorunlu olmayıp yapılmasında fayda bulunanlar olarak iki bölüme ayrılmıştır. Zorunlu faaliyetleri yerine getirenler memur, diğer işleri yerine getirenler ise kamu hizmetlisi olarak sayılmıştır. Yargı makamlarının bu üç teoriye de kararlarında yer verdikleri görülmektedir. Üç teorinin de kararlarda kullanılmış olması uygulamada birliğin mevcut olmadığını göstermektedir.

5237 sayılı kanun düzenlemesine göre kamu görevlisi olarak sayılabilmek için, kamusal bir faaliyetin yerine getirilmesine katılmak gerekmektedir. Bu katılım, atama. Seçilme yöntemleri ile gerçekleştirilebileceği gibi başka şekillerde de söz konusu olabilir. Kanun koyucu bu kanunda, kamu görevlisi kavramını oldukça geniş bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre kamusal bir faaliyetin icrasına; gönüllü olarak, geçici olarak, ekonomik bir karşılığı olmadan katılanlarda kamu görevlisi olarak kabul edilecektir.

Kamusal faaliyet kavramından anlaşılması gereken, kamu yararı amaçlanarak toplumun karşılanması gereken bazı önemli ihtiyaçlarının yerine getirilmesidir. Bu faaliyetler doğrudan idare tarafından yapılabileceği gibi idarenin denetimi altında başkalarına da yaptırılabilir.

Yargıtay kararlarına göre; avukatlar, KİT çalışanları, noterler, belediye başkanları, vb. görevleri yerine getiren kişiler kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir.

Bu çalışmada ele aldığım diğer bir konu ise irtikâp/yiyicilik suçudur. Bu suç bir özgü suçtur. Bunun nedeni, suçun failinin sadece belirli bir niteliğe sahip olan (kamu görevlisi) bir kişi olmasından dolayıdır. Ayrıca bu suç, görevin kötüye kullanılması suçunun özel bir işleniş halidir. Yani irtikâp suçu nedeniyle ceza verilen faile ayrıca bu suçtan da ceza verilmeyecektir.

Bu suç ile korunan değer hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür. Genel olarak korunan hukuki değer olarak, kamu kurum ve kuruluşlarına ve kamu görevlilerine yönelik olan güven ve saygı duygularını korumak ve itibarın zedelenmesinin önüne geçilmesi olarak kabul edilmiştir. Ancak suç ile korunan hukuki değerden anlaşılması gereken hukuk sisteminde koruma altına alınmış olan hak ve hürriyetlerdir. Bu nedenle bu suç ile anayasamızdaki vücut dokunulmazlığı, malvarlığı, zilyetlik gibi hak ve hürriyetler koruma altına alınmıştır.

Aksini iddia eden görüşler mevcut olsa da Yargıtay'ın görüşüne göre suçun mağduru tüzel kişi olamaz. Tüzel kişiler sadece suçtan zarar gören olabilecektir. Bu nedenle kamu kurumları bu suçun mağduru olamaz. Kamu idaresinin güvenliğinin karşı işlenen suçlarda toplumun suçun mağduru olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle bu suçta, doğrudan irtikâp eylemlerine maruz kalan gerçek kişi ve bununla birlikte bütün toplum bu suçun mağduru olarak kabul edilmelidir.

Bu suçun üç farklı işleniş hali söz konusudur. Üç hali de birbirinden bağımsız suçlardır. Bu hallerin ilki icbar suretiyle irtikaptır. Suçun bu halinde, kamu görevlisinin mağduru zorlaması ve iradesini baskı altına alması gerekmektedir. Yargıtay, bu suçta söz konusu olan icbar kavramını manevi baskı olarak kabul etmiştir. Ancak bu baskı, cebir, zorlamanın yağma suçunda mevcut olan seviyeye çıkmaması gerekmektedir. Aksi takdirde yağma suçu oluşacaktır.

İcbar içeren fiillerin, suçun mağduru olan kişiyi etkileyebilecek kuvvette olmalıdır. Bu değerlendirme objektif açıdan yapılacak, sübjektif bir değerlendirme yapılmayacaktır. Mağdur failin söz konusu bu fiillerinden etkilenmeyebilir. Bu durumda fail elverişli hareketlerle suçun icrasına yönelik hareketlerde bulunmuştur. Ancak mağdur bu baskıdan etkilenmemiştir. Bu nedenle irtikâp suçu teşebbüs halinde kalmıştır. Ancak Yargıtay hatalı bir şekilde görevin kötüye kullanılması suçunun işlendiğini kabul etmiştir. Ayrıca mağdurun başka bir kişiye müracaat ederek, failin uyguladığı baskıdan kurtulabilme olasılığı mevcutsa bu suç oluşmayacaktır.

6352 sayılı kanunla gelen değişikliğe göre; kamu görevlisinin fiilleri nedeniyle mağdur, işinin yapılmayacağını, yetersiz bir biçimde yapılacağını veya geciktirileceğini zannederek kendini yarar sağlamak zorunda hissediyorsa icbarın var olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, doktrindeki tartışmaları ve uygulamada mevcut olan karışıklıkları ortadan kaldırmaktır. Ancak bu düzenleme doktrinde, rüşvet suçunda da rüşvet verenin kendisini menfaat sağlamak zorunda hissedebileceği nedeniyle eleştirilmiştir. Yani bu düzenleme ile tartışmalar azaltılmak istense de başarılı olunamamıştır.

Bu suçun işlenebilmesi için failin yerine getirdiği görevin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullanması gerekmektedir. Nüfuzun kötüye kullanmasından anlaşılması gereken; kamu görevlisinin kanunların verdiği üstün yetkileri kendi çıkarına kullanmasıdır. Burada ise görev kavramı hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür. Yargıtay'da dâhil olmak üzere, doktrinde bir kısım yazarların kabul ettiği görüşe göre görev kavramı, kamu görevlisinin sadece kanunlar ve yönetmeliklerle belirlenen yetkileri ile sınırlı tutulmalıdır. Aksini savunanlar ise görev unsurunu geniş yorumlayarak, kamu görevlisini kendi yetki ve sorumluluklarının dışındaki hareketlerinin de bu suçu oluşturacağını iddia etmişlerdir. Ancak bu düzenlemede, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması aranmıştır, görevin kötüye kullanılması değil. Bu nedenle görev unsuru dar yorumlanamaz. Ancak yinede gerçekleştirile fiilin, failin göreviyle bağlantılı olması gerekmektedir. Aksi takdirde başka suçların oluştuğundan söz edilecektir.

Suçun ikinci işleniş hali ise ikna suretiyle irtikaptır. Suçun bu halinin işlenebilmesi için, failin hileli ve aldatıcı davranışlarla mağdurun iradesini bozması ve kandırması gerekmektedir. Burada fail aktif bir çabasının bulunması gerekmektedir. Kamu görevlisi yerine getirdiği görev nedeniyle söz konusu olan güveni kötüye kullanmaktadır. Bu güvenin kötüye kullanılması görevle ilgili değilse dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Suçun diğer işleniş hali ise hatadan yararlanma suretiyle irtikaptır. Suçun bu hali ikna suretiyle irtikap suçunun pasif hareketlerle işlenen halidir. Ancak Yargıtay'ın bu konu hakkında bazı hatalı kararları da mevcuttur. Kararda failin aktif bir hareketi olmasına rağmen hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu nedeniyle ceza verilmesi söz konusudur. Ancak bu karar hatalıdır. Bu suçun 3. hali sadece pasif hareketlerle işlenebilecektir. Suçun işlenebilmesi için aktif bir çaba söz konusuysa irtikap halinin hata ile işlenmesi hali işlenemeyecektir.

Bu suç hakkındaki en önemli konulardan biri ise suçun konusu unsurudur. Bu suçun konusu yarardır. Yarar unsuru doktrinde tartışmalı olan bir unsurdur. Doktrindeki bir görüşe göre, yarar kavramı sadece ekonomik unsurları içermektedir. Diğer bir görüş ise yarar

kavramını geniş yorumlayarak maddi, manevi, cinsel her türlü hali irtikap suçunun konusu olarak saymıştır. Ayrıca cinsel yararlarında suçun konusu olup olamayacakları hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür. Yararın sadece ekonomik olacağını iddia edenler cinsel yararı bu suçun konusu olarak kabul etmemiştir. Geniş yorumlayanlar için cinsel yararlar da bu suçun konusunu oluşturacaktır. Ancak bilindiği üzere irtikap suçu ile mağdurun iradesi baskı altına alınmaktadır. Yani kişinin hür iradesi yoktur. Bu nedenle irtikâp suçunun konusu cinsel yarar olamaz. Bu halde TCK'da yer alan cinsel istismar, cinsel saldırı gibi suçların olduğu kabul edilmelidir.

Yarar unsuru hakkında bahsedilmesi gereken bir diğer unsur ise haksızlık unsurudur. Doktrinde suçun konusunun haksız olup olmaması hakkında bir çok görüş mevcuttur. Mülga kanunda haksızlık unsuru kanun koyucu tarafından düzenlenmişse de 5237 sayılı kanunda haksızlık kavramı düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde yararın yürürlükteki kanunda haksızlık unsurunun devam ettiğini veya haksızlık unsurunun düzenlenmesine gerek olmadığı gibi çeşitli düşünceler iddia edilmiştir. Ancak kanunda bu şekilde bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle her türlü yararın bu suçu oluşturacağı kabul edilmelidir.

Doktrinde yararın kamu görevlisinin çalıştığı kamu kurumuna sağlanması halinde görevin kötüye kullanılması suçunun işlendiği iddia edilmiştir. Ancak bu görüşün kabul edilebilmesi söz konusu değildir. İrtikap suçunda söz konusu yararın kamu idaresine sağlanması halinde de irtikap suçu işlenmiş olacaktır. Çünkü kanun koyucu başkasına menfaat sağlanmasını halinde de bu suçun işleneceğini kabul etmiştir. Kamu kurumlarının da bu başkası unsuru içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

İrtikap suçunda mağdur, kamu görevlisini yakalatmak amacıyla adli mercilerle anlaşarak yarar sağlayabilir. Bu durumda mağdurun gerçek iradesi faile menfaat sağlamak değildir. Bu halde kararlar ve doktrindeki görüşler göz önüne alındığında suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerekecektir.

Diğer bir konu ise suçun tamamlanması ve teşebbüstür. Suçun tamamlanması şu nedenle önemlidir. Suç tamamlanana kadar, suça iştirak ve teşebbüs mümkün olacaktır. Doktrinde suçun ne zaman tamamlanacağına ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüş yararın sağlanması ile suçun tamamlanacağını kabul ederken diğer görüş, yararın vaat edilmesiyle suçun tamamlanacağını ancak yararın sağlanmasıyla sona ereceğini ve sona erme anına kadar iştirak ve teşebbüsün mümkün olacağını kabul etmiştir. Başka bir görüşe göre

yararın vaat edilmesi ile suç tamamlanmamıştır. Ancak kanun koyucunun suçla mücadele politikaları nedeniyle vaat halinde tamamlanmış olarak kabul edilecektir.

İrtikap suçu, zararın meydana gelmesi ile tamamlanacaktır. Bu nedenle zarar meydana gelene kadar suça iştirak ve teşebbüs mümkün olacaktır. Buna göre yarar faile veya üçüncü kişiye sağlandığında suç tamamlanmış olacaktır. Ancak kanun koyucunun uyguladığı politika nedeniyle yararın vaat edilmesi halinde de aslında zarar henüz meydana gelmiş olmasa da suç tamamlanmış olarak kabul edilecektir. Bu tür suçlar doktrinde zarar suçları olarak adlandırılmaktadır.

Bu suça teşebbüs edilebilmesi mümkündür. Suç tamamlanana kadar teşebbüs mümkündür. Yani suçun konusu olan yararın ilgililere sağlanana kadar teşebbüs mümkün olacaktır. Ancak kanun koyucu yararın vaadi ile de suçun tamamlanacağını kabul ettiğinden dolayı, suçun konusu olan yarar vaat edilene kadar irtikap suçuna teşebbüs edilebilmesi mümkün olacaktır. Suçun üçüncü hali olan hatadan yararlanmada ise suçu oluşturan filer bölünebiliyorsa suça teşebbüs edilebilmesi mümkün olacaktır.

Bu suçun temel hali bir niteliğe/sıfata sahip olan kişiler tarafından işlenebildiği için gerçek görev suçu olarak tanımlanmıştır. Gerçek görev suçlarında ceza kanunumuzun 40. maddesinin 2. fıkrası uygulanacaktır. Yani bu suçun işlenişine katılan ancak kamu görevlisi olmayan kişiler yalnızca azmettiren ve yardım eden olabileceklerdir.

Başka bir kamu görevlisi bu suça iştirak ederek müşterek fail olabilecekken, bu sıfata sahip olmayanlar ise sadece azmettiren ve yardım eden olabileceklerdir. Kamu görevlisini denetlemekle yükümlü olan amirleri ise bu suça kasten göz yumdularsa bu suçun müşterek faili olacaklardır.

Hazırladığım çalışmanın diğer kısmı rüşvet konusunu içermektedir. Bu suç, irtikap suçunun da olduğu gibi ceza kanunumuzun kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında yer almaktadır. Rüşvet fiili ile devletin ve kurumlarının, kamu görevlilerinin saygınlıklarını zedelemekte ve güven duygusunu ortadan kaldırmaktadır.

Rüşvet suçu en basit tabirle, tarafların bir işin yapılması veya yapılmaması için yarar sağlanması hakkında anlaşmalarıdır. Bu suçun faili genellikle kamu görevlisi olsa da kanun koyucu uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan bazı yükümlülükleri nedeniyle istisnai düzenlemelerde de bulunmuştur. Mülga kanunda bu suç, basit ve nitelikli hal olarak ikiye ayrılmaktayken, şuan yürürlükte olan kanunun ilk halinde mülga kanundaki suçun basit hali

düzenlemesi yapılmamıştı. Bu durum uygulamada verilen kararlar hakkında bazı tartışmaları ortaya çıkarmıştı. Daha sonra bu tartışmalar sona erdirilerek suçun basit hali eklendi. Ancak basit hal ile nitelikli halin cezası aynı tutularak, nitelikli hali sadece suçun diğer bir işleniş şekline dönüştürülmüştür.

Bu suç ile korunan değerler, irtikap suçu ile aynıdır. Bu nedenle de vücut bütünlüğü, malvarlığı, zilyetlik gibi temel hak ve hürriyetlerdir. Suçun mağduru hakkında da tartışmalar söz konusudur. Kamu görevlisinin görev yaptığı tüzel kişi, tüzel kişiler mağdur olamayacağından dolayı suçtan zarar gören olacaktır. Bu suçta, rüşvet veren ile rüşvet alan fail olarak kabul edilmiştir. TCK md. 43/1'in gerekçesinde bu suçun mağdurunun toplum olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle bu suçun mağdurunun bütün toplum olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Rüşvet suçu tarafların aralarında yaptıkları bir anlaşma ile gerçekleşecektir. Bu anlaşmayla bir işin yapılması veya yapılmaması ve bunun karşılığında bir yarar sağlanması için taraflar aralarında uzlaşacaklardır. Her anlaşmada olduğu gibi tarafların serbest iradelerinin birbirlerine uyması gerekmektedir. İradeyi bozan durumların söz konusu olması halinde irtikap suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Taraflardan birinin karşı tarafı yakalatmak için hareket etmesi haline görünüşte rıza denir. Bu durumda Yargıtay'ın bu konu hakkındaki görüşü net değildir, Mahkemenin görevin kötüye kullanılması nedeniyle cezalandırılmasına karar verdiği gibi rüşvet suçunun teşebbüs halinde kaldığına ilişkin kararları da mevcuttur. Doktrinde ise rüşvetin teşebbüs halinde kaldığı, rüşvet suçunun tamamlandığı ancak görünüşte rıza gösterenin etkin pişmanlıktan yararlanacağı ya da görevin kötüye kullanılması gibi görüşler ileri sürülmüştür.

Bu durumda taraflardan biri rüşvet isteyerek veya teklif ederek icrai bir harekette bulunmuştur. Ancak karşı taraf bu teklifi gerçek iradesiyle kabul etmemiştir. Bu nedenle suç tamamlanmamıştır. Bu nedenle görünüşteki rıza halinde suçun teşebbüs halinde kaldığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Görünüşteki rıza ile benzer bir diğer konu işe kışkırtıcı ajan kullanımıdır. Doktrinde rızanın gerçek iradeyi yansıttığı ve rüşvet suçunun tamamlandığı veya görevin kötüye kullanıldığına ilişkin görevler söz konusudur. Ancak bu durumda da görünüşteki rızada yapmış olduğum açıklamalar geçerlidir. Bu halde rüşvet teklifi veya rüşvet alınması hakkında hür irade ile verilen geçerli bir rıza söz konusu değildir. Bu nedenle rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Diğer bir durum ise anlaşmanın şarta bağlanmasıdır. Yargıtay bu durumda rüşvet suçunun oluşmadığı görüştedir. Bu görüşe göre şart gerçekleşmezse anlaşma ortadan kalkacaktır ve dolayısıyla suçta oluşmayacaktır. Ancak kanunu göre anlaşma bir kere yapılmakla tamamlanır. Şart geri alınsa bile suç bir kere tamamlanmış olacaktır. Bu nedenle, şarta bağlı anlaşma ile de bu suç oluşabilir.

Rüşvet suçunda, görev unsuru tartışmalıdır. İrtikap suçundaki tartışmalar rüşvet suçunda da mevcuttur. Doktrinde kimi yazar dar olarak yorumlamışken kimi ise geniş olarak yorumlamıştır. Yargıtay görev kavramını dar yorumlayarak, sadece kanunlarla failin görevine giren işleri kabul etmiştir. Ancak aynı irtikap suçunda olduğu gibi rüşvet suçunda da görevin geniş yorumlanması gereklidir. Vatandaşların, kamu görevlilerinin görev ve yetkilerinin sınırlarını bilmesine gerek yoktur. Ayrıca ceza hukukundaki kanun maddelerini bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi bu durumda geçerli olmayacaktır. Çünkü bu görevlilerin yetki ve sorumlulukları idare hukukundan kaynaklanmaktadır ve idare hukukunda böyle bir ilke yoktur. Bu nedenle vatandaşların daha iyi korunabilmesi için görevin kapsamının geniş tutulması, kamu görevlisinin görev ve yetkileri ile bağlantılı olan her işlemi bu kavram içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde bir bağlantı söz konusu değilse dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Suçun konusu yarardır. Yararın az ya da çok olmasının bir önemi yoktur. Her halükarda bu suç oluşacaktır. Yarar unsurunun geniş olarak yorumlanması gerekmektedir. Maddi ve manevi her türlü yarar bu suçun konusunu oluşturacaktır. Cinsel yararlar, irtikap suçunun aksine bu suçun konusunu oluşturacaktır. Çünkü burada taraflar hür iradeleriyle anlaşmaktadır. Bu nedenle cinsel suçlar oluşmayacaktır. Kamu görevlilerinin hediye kabul etmesi durumunda DMK md.29'daki disiplin suçunu oluşturacaktır. Ancak bir işin yapılması veya yapılmaması için hediye alınmışsa rüşvet suçunun oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Bu suçun yararın sağlanması ile tamamlanması gerekirken kanun koyucunun suçla ve yolsuzlukla mücadele politikası nedeniyle tarafların aralarında anlaşması ile suçun tamamlanacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle anlaşma gerçekleşene kadar suça iştirak ve teşebbüs mümkün olacaktır. Suçun yararın sağlandığı anda tamamlanacağı kabul edilseydi yarar sağlanana kadar iştirak ve teşebbüs mümkün olacaktı.

Kanun koyucu bu suç teşebbüs suçu hali olarak düzenlemiştir. Yani suçun teşebbüs hali kanunun ilgili maddesinde ayrıca düzenlenmiştir Buna göre rüşvet teklif edilmesi veya istenmesi karşı tarafça kabul edilmemişse fail yarı oranla indirilerek cezalandırılacaktır.

Yargıtay, mülga kanun döneminde rüşvet teklifinin reddini kamu görevlisine hakaret olarak kabul etmişken yeni kanun dönemindeki kararlarında suçun teşebbüs aşamasında kaldığına yönelik kararlar vermiştir. Ancak 2012 tarihli 6352 sayılı değişikliklerle gelen teşebbüs suçu düzenlemesi sonrasında bu durumda TCK md. 252/4 maddesi uygulanmalıdır.

Bu suçta irtikaptan farklı olarak etkin pişmanlık hükümleri kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

Suç tamamlanana kadar iştirak mümkündür. Ancak kamu görevlisi olmayanlar, kamu görevlileri tarafından işlenen rüşvet suçunda müşterek fail olamayacaklardır. Sadece azmettiren veya yardım eden sıfatlarıyla iştirak edebileceklerdir. Ayrıca kanun koyucu hakim, savcı, avukat, noter, bilirkişi, hakem, yeminli mali müşavir görevlerini yerine getiren kişilerin bu suçu işlemesi halinde verilecek cezaların arttırılacağı düzenlenmiştir.

Kamu görevlilerinin yargılanması Anayasa gereğince farklı düzenlemelere bağlanmıştır. Bu durum yargılamada birliği bozduğu için eleştirilse de kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin kanun düzenlemesi halen yürürlüktedir. Kamu görevlilerinin işledikleri suçların soruşturulabilmesi için kanunun ilgili maddesinde sayılan yetkili makamlardan izin alınması zorunludur. Ancak, rüşvet ve irtikap suçlarında kanun düzenlemesi gereğince, soruşturma yapılabilmesi için yetkili makamlardan izin alınması gerekmemektedir. Bu nedenle, bu suçların işlendiğine dair sadece ilgili makamlara yapılacak bir bildirimle bu suçlar hakkında soruşturma yapılabilecektir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S.1

AKÇİN, İhsan, ”Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar Zimmet Suçu (m.247) - İrtikap Suçu (m. 250) - Rüşvet Suçu (m. 252)”, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019

ARSLANTÜRK, Mustafa, “ Zimmet, İrtikap ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları BAM 6. CD Kapsamındaki Suçlar-I (TCK 247-266 Maddeler), 1. Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara, 2021

ARTUK, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet, ”Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021

BAYTEMİR, Erdal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.0, S.88, 2010

CENTEL, Nur/ **ZAFER**, Hamide, ”Ceza Muhakemesi Hukuku”, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Beta yayınevi, İstanbul, 2013

Danışma ve İdare Kararları, Birinci Daire Kararları, Danıştay Dergisi, S.94, 1998

DEMİRBAŞ, Timur, ”Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Fakültesi, C. 3, S. 1-4, 1987

DOĞAN, İdris, “Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet Suçu”, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020

DOĞAN, Koray, ”Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu ’ya Armağan, C.1, Ankara, 2015

DÖNMEZ, Burcu Demren, “ Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 0, S. 94

DÖNMEZER, Sulhi, ”Özel Ceza Hukuku Dersleri”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984

DÖNMEZER, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, ”Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983

- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II", Yeniden Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983
- DURAN**, Lütfi, "İdare Hukuku Ders Notları", İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982
- EKİCİ ŞAHİN**, Meral, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", C. 54, S.3, 2015
- ERDOĞDU**, Ahmet, "Memur Kavramında Yenilik", Danıştay Dergisi, 1972, Yıl:2, S.4
- EREM**, Faruk, "Ceza Usulü Hukuku", Genişletilmiş 5. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978
- EREM**, Faruk, "İrtikâp", Adalet Dergisi, S. 9-10, 1958
- EREM**, Faruk, "Suçun Unsurları ve Hümanist Doktrin", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1
- ERGÜN**, Güneş Okuyucu, "Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu", 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
- ERMAN**, Sahir, "Ceza Tatbikat ve Tatbikatında Memur", Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C. II, S. 3-4, 1947
- ERMAN**, Sahir/**ÖZEK**, Çetin, "Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar", Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992
- EROL**, Haydar, "Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu En Son Değişiklikleriyle", 2005
- EVİK**, Vesile Sonay, "İrtikap Suçu", Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, 2007
- GİRİTLİ**, İsmet/**BİLGİN**, Pertev/**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman, "İdare Hukuku", Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, Der yayınları, İstanbul, 2015
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin, "Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK M.247-266), Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin, "Türk Ceza Kanunundaki Bazı Genel ve Özel Nitelikli Kamu Görevi Yükümlülük Suçları Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet-İrtikap-Rüşvet ve Denetim Görevini İhmal Suçları", Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022

GÖZLER, Kemal/**KAPLAN**, Gürsel, "İdare Hukuku Dersleri", Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 18. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2016

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, "Alman, Fransız, İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi Cilt: II (Hususi Kısım-Cürümler) (Madde 125-281)" , Genişletilmiş 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, "Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli kavramı", Adalet Dergisi, S.1, 1970

GÖZÜBÜYÜK, Şeref A./**TAN**, Turgut, "İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar", Güncelleştirilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018

GÜNDAY, Metin, "İdare Hukuku", 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017

HAFIZOĞULLARI, Zeki/**GÜNGÖR**, Devrim, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69, 2007

HAKERİ, Hakan, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

KAHRAMAN, Recep, "Rüşvet Suçu", 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019

KANBUR, Mehmet Nihat, "6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu (TCK m.250)", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, 2013

KAPLAN, Mahmut, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2015

KATOĞLU, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Mağdur Kavramının Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, S.2, 2012

KAYA SEVEN, Çağrı Aşına, "Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu", Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Elvan Keçelioğlu), Ankara, 2020

KAYMAZ, Seydi, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu", GAZİ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.2, 2012

- KEYMAN**, Selahattin, "Memurin Muhakematı Kanunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, "Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler", Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- KOCA**, Mehmet Reis, "İrtikap Suçu", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.0, S.6, 2015
- KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010
- ÖGEL**, Ragıp, "Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar", Adliye Ceridesi, S. 7, 1941
- ÖZBEK**, Veli Özer, "Ekonomi Ceza Hukuku: Özel Hükümler 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ekonomik Suçlar", Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker, "Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler", Genişletilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017
- ÖZEN**, Mustafa, "Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri", Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2017
- ÖZGENÇ**, İzzet, "Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar", Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002
- ÖZGENÇ**, İzzet, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022
- ÖZTÜRK**, Bahri (ed.), "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022
- SARITAŞ**, Erkan, "İcbar Suretiyle İrtikap Suçu (TCK m. 250/1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.71, S.2, 2022

SAVAŞCI TEMİZ, Bilgehan, “ İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65, S.4, 2016

SEÇKİN, Mehmet Beyhan, ”Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikayetçinin Hakları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.0, S.15, 2020

SELÇUK, Sami, ”Yönetim ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, Yargıtay Dergisi, C.23, S. 1-2, 1997

SEVÜK, Handan Yokuş, ”Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Yargıtay Kararları-AİHM Kararları”, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

SOYASLAN, Doğan, ”Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.45, S.1, 1996

SOYASLAN, Doğan, ”Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016

ŞAHİN, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022

ŞAHİN, Ozan Giray/**EZER**, Burcu/**ÖZCAN**, Numan/**ATASOY** Kemal, ”Yargı Kararları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2015

Temyiz Kararları Ceza Kısım, Daire Kararları, Adliye Dergisi, S.4, 1944

TEZCAN, Durmuş, ”Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve Önleyici Tedbirler”, Prof. Dr. T. Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Rıfat Murat, “Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku”, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020

TOZMAN, Önder, “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2008

TURABİ, Selami, ”Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 7, S.20, 2012

ÜNVER, Yener, ”Ceza Hukukunda Hukuksal Değer”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003

ÜZÜLMEZ, İlhan. "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu (M.250)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.2, 2006

YARSUVAT, Duygun, "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası, C. 30, S. 3-4, 1964

YAŞAR, Osman, "İçtihatlı Türk Ceza Kanunu", Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001

YAŞAR, Osman/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa, "Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu", C. I, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

YAŞAR, Osman/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa, "Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu", C. 5, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

YAŞAR, Osman/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa, "Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu", C. 6, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

YENİSEY, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022

YERDELEN, Erdal, "İrtikâp Suçu (TCK mi250)", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2

YURTCAN, Erdener/**İRTİŞ**, Begüm, "Rüşvet-Zimmet-İrtikap Görevi Kötüye Kullanma (Kamu Yönetimini Karşı Öteki Suçlar)", Güncellenmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Türk Ceza Hukuku II Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar", https://silo.tips/queue/zek-hafizoullari-trk-ceza-hukuku-zel-hkmler-klere-kari-sular-ders-yl-ders-notlar?&queue_id=-1&v=1679004039&u=OTQuNTQuMjQ4LjYy, s.3, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 17.03.2023)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://karararama.danistay.gov.tr/>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1995/23?EsasNo=1994%2F71&KararNo=1995%2F23> (Çevrim İçi Tarih: 28.02.2023)

<https://sozluk.gov.tr/>

ÖZGENÇ, İzzet, "Görünüşte ihmali suçlarla ilgili Yargıtay Kararı", <https://izzetozgenc.com/makale/gorunuste-ihmal%C3%AE-suclarla-ilgili-yargitay-karari-> (Çevrimiçi Erişim Tarihi:23.03.2023)

ÖZGENÇ, İzzet, "Suç Teorisi", [https://cms.hacibayram.edu.tr/api/files/1/Hac%C4%B1bayram%20AHBV/turkcemer\(tr-TR\)/Slaytlar/Prof.Dr.I%CC%87zzetOzgenc-Suc%CC%A7%20teorisi.pdf](https://cms.hacibayram.edu.tr/api/files/1/Hac%C4%B1bayram%20AHBV/turkcemer(tr-TR)/Slaytlar/Prof.Dr.I%CC%87zzetOzgenc-Suc%CC%A7%20teorisi.pdf), (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 05.04.2023)

TBMM, Dönem:24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:278, s.126, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, (Çevrimiçi Erişim Tarihi: 17.04.2023)