

İRTİKÂP VE RÜŞVET SUÇLARI BAKIMINDAN İCBAR KARİNESİNİN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ*

IMPACT OF THE PRESUMPTION OF COMPELSION ON CRIMINAL RESPONSIBILITY IN TERMS OF EXTORTION AND BRIBERY

Recep KAHRAMAN**

Özet: Kamu idaresinin işleyişinin ve tarafsızlığının hedef alındığı irtikâp ve rüşvet suçlarının her ikisinde de kamu görevlisi, göreviyle bağlantılı olarak haksız menfaat elde etmektedir. Eylemin irtikâp ya da rüşvet suçu olup olmadığının ayrımı haksız menfaat sağlayan bireyin iradesine göre belirlenmektedir. Bireyin iradesinin hür olması halinde rüşvet suçu oluşurken kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin iradeyi baskı altına alması halinde ise irtikâp suçu oluşur.

Anahtar Kelimeler: İrtikâp, İcbar, İrade, Haksız Menfaat

Asbtract: In both the extortion and bribery, where the functioning and impartiality of the public administration is targeted, the public official obtains unfair advantage in connection with his / her duty. The distinction of whether the act is extortion or bribery is determined by the will of the individual who gives unfair advantage. In case the individual's will is free, bribery occurs, and if the acts and actions of a public official put pressure on the individual's will, extortion occurs.

Keywords: Extortion, Compulsion, Will, Unfair Advantage

Giriş

Devlet yapılanmasının oluşmasına bağlı olarak tarihsel süreçte hemen hemen tüm ceza kanunlarında kamu idaresi yasa koyucu tarafından özel olarak korunmuştur. Korunan hukuki değer ya da faille rin kusurluluğundan yola çıkılarak birçok eylem suç olarak düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin kamu idaresine karşı dürüst, işi gördürecek olan kişilere karşı ise tarafsız davranmasının sağlanması amacıyla fiiller yapıtıma bağlanmıştır.

* Bu çalışma, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Rüşvet Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018” isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Dr., Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi İİBF, recepkhrmn@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0991-9692, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.01.2019, Kabul Tarihi: 09.01.2019

Kamu idaresiyle etkileşim arttıkça bireyler hakkı olan veya olmayan iş ya da eylemi kamu idaresinin gücünü kendi yanına çekerek elde etmeye çalışmakta ya da kamu idaresini temsil eden kamu görevlisi, sahip olduğu üstün ve ayrıcalıklı sıfatını kullanarak haksız menfaat elde etmeye çalışmaktadır. Haksız menfaat sağlayan bireyin ya da haksız menfaati elde eden kamu görevlisinin iradesinin öne çıkmasına göre ceza kanunlarında rüşvet ve irtikâp suçları oluşturulmuştur.

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlar içerisinde kamu görevlisinin genellikle suçlanmasının temel sebebi görevinin ifası kapsamında yapılması ya da yapılmaması gereken belli bir işin karşılığında kendisi veya üçüncü kişi lehine haksız menfaat elde etmesidir. Kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmesine bağlı olarak yapısal unsurları açısından birbirine en yakın suç tipleri irtikâp ve rüşvet suçlarıdır. İcbar suretiyle irtikâp suçunda kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle bireyi icbar ederek menfaat elde etmekte iken rüşvet suçunda ise kamu görevlisi bireyin hür iradesi ile menfaat elde etmektedir. Görüldüğü gibi rüşvet ve irtikâp suçlarının ayırt edilebilmesi için bireyin menfaati nasıl sağladığının ortaya çıkartılması gerekir.

İrtikâp suçunun ayırt edici unsuru olan icbar kavramı, kamu görevlisinin menfaat elde etmek amacıyla bireyi zorlaması olarak tanımlanmaktadır. Kamu görevlisinin zorlaması açık olabileceği gibi hal ve hareketlerine bağlı olarak örtülü de olabilmektedir. Doktrin ve yargı kararlarında açık yani sözlü olarak yapılan zorlama, icbar olarak kabul edilmekle birlikte hal ve hareketlere bağlı olarak gerçekleşen işin görülmesi konusundaki isteksizlik hali de icbar sayılmaktadır. Son durum 6352 sayılı kanun değişikliğiyle birlikte 5237 sayılı kanun md. 250/1'e eklenmiştir.

Kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin haksız menfaat elde etmek amacıyla bireyi baskı altına alması halinin irtikâp sayılmasının doktrinde lehine ve aleyhine görüşler bulunmaktadır. Ayrıca hal ve hareketlerin somut olayda bireyi baskı altına almadığı durumlarda sağlanan haksız menfaatin rüşvet suçunu oluşturduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur.

1. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı İşlenen Suçların Genel Prensipleri

Ceza kanunlarında yer alan bazı suçlarda idarenin işleyişi ve tarafsızlığının ihlali hedef alınmaktadır. Bu suçlarda idare kavramı, Kamu ve Devlet kavramlarıyla birlikte kullanılmaktadır. Özünde belli bir teşkilat yapısı tanımlanmış olsa bile Devlet idaresi ve Kamu idaresi kavramları birbiriyle örtüşmemektedir. Kamu idaresi toplumsal ihtiyaçların yerine getirildiği yapıyı karşılarken Devlet idaresi ise yasama - yürütme ve yargı faaliyetlerinin tamamını kapsamaktadır.¹

Kamu idaresine karşı işlenen suçlar, toplumsal faaliyet ve ihtiyaçların yerine getirilmesine doğrudan zarar verdiği için bu suçların toplum aleyhine negatif sonuçları ortaya çıkmaktadır. Bu suçların işlenme sebepleri ve sonuçları birbirine yakın olduğundan suçların ayırımının ve faillerin kusurunun doğru belirlenmesi için belli bir sistem ilk defa 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nda Amme İdaresi Aleyhinde Cürümler başlığıyla oluşturulmuştur.²

2. Sıfat, Nüfuz ve Görevin Kötüye Kullanılmasına Göre Suçların Ayırılması

Kamu görevlisi, kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesinde kamu idaresinin temsilcisi sıfatına sahiptir. Bu sıfatın özel niteliği gereğince kamu idaresine karşı işlenen suçlarda kamu görevlisi olma hali, suçların tamamında suçun maddi unsuruna dâhildir. Bu nedenle sığa sahip olmayan kişinin kamu idaresinin tarafsızlığına ve işleyişine zarar vermesi mümkün olmaz.³

¹ Duygun Yarsuvat, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, *İÜHFİM*, C. 30, S. 3-4, 1964, s. 666; Benzer görüş için ayrıca bkz. Sahir Erman/Çetin Özek, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul, 1992, s.1; Birleştiren ve yöneten sıfatıyla üst kavram olan Devlet idaresinin, toplum için gereken faaliyet ve hizmetleri yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu aktörler Kamu idaresini oluşturmaktadır. Nevzat Güreli, İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1954, s. 3; Benzer görüş için ayrıca bkz. Guiseppa Maggiore, *Diritto Penale: Parte Speciale, Delitti e Contravvenzione*, Bologna, 1948, s. 100.

² Yarsuvat, s. 674; Kamu idaresine karşı suçlarda suçların işlenme amacı ile kamu görevlisinin ve ona haksız menfaat sağlayan bireyin kusurluluğu farklı olduğundan bu suçların bir bütün olarak ele alınması mümkün olmaz. Edmund Mezger, *Strafrecht II. Besonderer Teil: Ein Studienbuch*, Münih, 1954, s. 268.

³ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 934.

Kamusal faaliyeti yerine getirmekle yükümlü olan kamu görevlisi görevini, mevzuata ve talimatlara uygun şekilde ifa etmelidir. Görevini hukuka uygun şekilde yerine getirme yükümlülüğü olan kamu görevlisi, kamu idaresine ait faaliyetin satın alınamaz olduğu - eşitlik ve tarafsızlık altında icra edildiğine dair toplumda var olan güvenin sorumluluğunu taşımaktadır. Kamu idaresine karşı işlenen suçlar, kamu görevlisine ait olan bu yükümlülüğün ihlaliyle birlikte işlenmektedir.⁴ Yükümlülüğün ihlali kamu görevlisinin, sıfatını, nüfuzunu ve görevini kötüye kullanması olarak ortaya çıkmaktadır.⁵

Kamusal faaliyeti yerine getiren kamu görevlisinin kamu idaresinden aldığı güç, nüfuz olarak ifade edilmektedir. Görevini yerine getiren görevlinin, kamu görevlisi olmanın üstün ve ayrıcalıklı niteliklerini kullanması nüfuzu kullanmak olarak kabul edilmesine karşılık sahip olduğu bu gücü kamunun menfaatlerine aykırı şekilde kişisel çıkarı için kullanması nüfuzunu kötüye kullanmasıdır.⁶ Görevlinin nüfuzunu kötüye kullanması kendi görev alanına giren bir işi yaparken bireyi yetkisini kötüye kullanacağı tehdidiyle zorlamaktır; objektif olarak görevin sübjektif olarak sıfatın kötüye kullanılması halidir.⁷

Kamu görevlisi olma hali sübjektif niteliği gereğince sıfat olarak ifade edilmektedir. Sıfatın kötüye kullanılması ise göreviyle doğrudan bağlantılı olmasa bile kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmek için bireyi zorlamasıdır.⁸ Sıfat ve nüfuz kavramları karşılaştırıldığında kamu görevlisi sıfatının baskı unsuru olarak kullanıldığı görülmekte-

⁴ Mezger, s. 268.

⁵ İlhan Üzülmaz, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikâp Suçu", *SÜHFD*. C.14, 2006, S.2, s. 279; Benzer görüş için ayrıca bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1015; Maggiore, s. 145.

⁶ Mustafa Özen, *İrtikâp ve Rüşvet Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 51; Benzer görüş için ayrıca bkz. Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuk, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 7546; İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 2839; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 23.

⁷ Özen, s. 51; Benzer görüş için ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1015; Şahbaz, s. 2839; Hafızoğulları/Özen, s. 23; Selami Turabi, *İrtikâp Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 81; Üzülmaz, s. 279; Yaşar/Gökcan/Artuk, s. 7546.

⁸ Vincenzo Manzini, *Trattato Di Diritto Penale Italiano: Dei Delitti Contro la Pubblica Amministrazione e L'Amministrazione Della Giustizia*, Torino, 1986, s. 195; Benzer görüş için ayrıca bkz. Özen, s. 54; Maggiore, s. 145.

dir. Kavramlar sübjektif açıdan benzerdir. Ancak objektif açıdan bakıldığında kavramların farklı olduğu görülmektedir. Nüfuzun kötüye kullanılmasında kamu görevlisi, sıfatını görevine dâhil bir iş ya da eylemle ilgili olarak kullanırken sıfatın kötüye kullanılmasında ise iş ya da eylemle illiyet bağının kurulması gerekli değildir.⁹

Görev, yetkilendirilen iş ya da eylemin yerine getirilmesi hali olup mevzuat ve talimatlarla belirlenmektedir.¹⁰ Toplumu oluşturan bireyler adına yürütülen faaliyetlerin kamusal faaliyet olması bu faaliyetlerin kamu gücü adına yerine getirilmesiyle doğrudan bağlantılıdır.¹¹ Bireyler adına yürütülen faaliyetin icrasına belli usul ve esaslar çerçevesinde katılan kişiler kamu görevlisi sayılır. Bu kişiler kamu idaresine ait olan yetkinin kullanılmasında kamu otoritesine bağlı olduklarından bu yetkinin kullanılması sırasında kamu görevlisi olan kişi, faaliyetin gereklerine uygun hareket etmelidir. İşte görevi kötüye kullanma hali bu yükümlülüğün ihlali halinde ortaya çıkmaktadır.¹²

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

⁹ Faruk Erem, İrtikâp Cürmü, Ajan Türk Matbaası, 1964, s. 4; Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre nüfuzun kamu görevlisi tarafından kötüye kullanılmasında görevine dâhil olan işle illiyet bağı bulunmalıdır. "Nüfuz, kamu görevlisinin görevinin vermiş olduğu yetki ve imkânlar nedeniyle 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, kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır". (CGK. 29.01.2013, 5-1269/26).

¹⁰ Manzini, s. 239.

¹¹ İzzet Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 153.

¹² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7542; Benzer görüş için ayrıca bkz. Şahbaz, s. 2840; Maggioro, s. 145.

getirirken kamu görevlisi olmanın gücünü baskı unsuru olarak kullanılmaktadır. Oysa görevin kötüye kullanılmasında kamu görevlisinin mevzuata ya da talimatlara aykırı davranması yeterlidir.¹³

Rüşvet ve irtikâp suçlarının yukarıda yer alan niteliklere göre ayrılması gerekir. Rüşvet suçu, rüşvet veren ve rüşvet alan kişiler arasında kazanç elde etme amacıyla yapılan bir anlaşma olup kamu görevlisi haksız menfaat elde etmek için bireye baskı uygulamamaktadır.¹⁴ Bu nedenle rüşvet suçu sıfatın ya da nüfuzun kötüye kullanılması hali değildir. Oysa irtikâp suçunda kamu görevlisi göreviyle doğrudan bağlantılı olarak haksız menfaat elde etmek adına bireyi zorlamakta icbar etmektedir. Bu nedenle irtikâp suçunda kamu görevlisi nüfuzunu kötüye kullanmaktadır. İrtikâp suçunda kamu görevlisinin elde ettiği haksız menfaat ile yerine getirdiği görev arasında doğrudan illiyet bağı olduğundan irtikâp suçu sıfatın kötüye kullanılması olarak kabul edilemez.¹⁵

3. İcbar Kavramı ve Özellikleri

Kamu görevlisine sağlanan menfaat, görevin kapsamında ifa edilen işin niteliği vb. unsurlar kamu idaresine karşı işlenen suçlar içerisinde irtikâp suçunun ayırt edici özelliği değildir. İcbar suretiyle irtikâp suçunun ayırt edici özelliği icbar unsurudur. Kamu görevlisinin suçun aktif süjesi, ona menfaat sağlayan bireyin suçun pasif süjesi olmasının sebebi kamu görevlisinin bireyin iradesini baskı altına almasıdır.¹⁶

Kamu görevlisinin, kendisine menfaat sağlayan bireyin iradesine yönelik olarak zor kullanma haline icbar etmek denir. Bireyin icbar edilmesi şekle tabi olmayıp gerçek ya da sözlü, doğrudan ya da dolaylı, açık ya da örtülü olabilir.¹⁷

¹³ Luca Carboni, "La Concussione In: Le Disposizioni Penali della Legge Anticorruzione Numero 190 del 2012", Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2013, s. 29.

¹⁴ Francesco Carrara, Programma dei Corso di Diritto Criminale, C.5, Lucca, 1877, s. 116.

¹⁵ Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, Milano, 1986, s. 778; Benzer görüş için ayrıca bkz. E. Mattevi, "Il Reato Di Concussione: Esperienza di Tangentopoli ed Esigenze di Riforma", In Il Margine, n. 7, 2002, s. 15.

¹⁶ Carboni, s. 33.

¹⁷ Antolisei, s. 780; Benzer görüş için ayrıca bkz. Turabi, s. 5; İrtikâp suçunun düzenlendiği ceza normunda icbar kavramı açıklanmamakla birlikte zorlamanın

İcbar etmeye bağlı olarak kamu görevlisi, bireyin iradesini ve malvarlığını gaspetmektedir. Mağdurun psikolojik durumunu etkilemektedir. Manevi şiddet olan icbarın etkili olmasının sebebi bireyin haksızlığa uğrama korkusudur.¹⁸ Bireyin hakkı olanı elde edememe ya da geç elde etme korkusu birey iradesinin etkilenmesinin temel sebebidir. Bu sebeple irtikâp suçunda icbarın hedefi bireyin meşru hakkıdır. Diğer ifadeyle görevin gereklerine uygun davranmak için irtikâp suçu işlenebilir. Görevin gereklerine aykırı ya da meşru olmayan bir işin yapılmasının karşılığında menfaat sağlanması irtikâp suçunu oluşturmayıp anlaşma varsa rüşvet suçu oluşmaktadır.¹⁹ Örneğin suç işleyen kişiyi serbest bırakmanın karşılığında ya da kaçak elektrik kullanan kişiye ceza kesilmemesinin karşılığında menfaat talep edilmesi irtikâp suçunu oluşturmaz. Sayılan durumlarda menfaat sağlamadığı takdirde bireyin meşru hakkını kaybetme korkusu bulunmadığı için “menfaat sağlamak zorunda kaldım” savunması tutarlı olmaz ve örtülü rüşvet anlaşmasının yapıldığı kabul edilir.²⁰

sınırının belirlenebilmesi mümkündür. Şöyle ki icbarın maddi cebir ya da tehdit boyutunda olmaması gerekir. Diğer ifadeyle icbarın sadece manevi cebiri içermesi gerekir. Tehditle manevi cebirin karıştırılma ihtimali vardır. Tehdit ile birlikte kişinin malına, canına, bedenine, ırzına yönelik bir kötülüğün gerçekleştirileceği ifade edilmektedir. Oysa haksız menfaat sağlanmadığı takdirde bireyin haklı işinin görülmeyeceği korkusu manevi cebir olarak kabul edilmelidir. Erem, s. 15; Benzer görüş için ayrıca bkz. Carboni, s. 29; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. “İcbar sözcüğünün sözlük anlamı, “zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zora başvurma” şeklindedir. İcbar kelimesi manevi cebir anlamındadır. Cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi halinde icbar gerçekleşmiş sayılacaktır”. (CGK. 30.03.2010, 2009/5-167, 2010/70).

¹⁸ Güreli, s. 80.

¹⁹ Aksi düşünce için bkz. Özen, s. 66; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1006.

²⁰ Antolisei, s. 788; Benzer görüş için ayrıca bkz. Manzini, s. 215; Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 36; Hafizoğulları/Özen, s. 82; Güreli, s. 105; Yargıtay çoğu kararında irtikâp suçunda bireyin meşru zeminde olmasını aramıştır. Yargıtay’a göre kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları nedeniyle zorunluluktan kaynaklı olarak kamu görevlisine menfaat sağlanmaz menfaat sağlanmak zorunda kalınır. (5.CD. 14.11.1991, 4222/4990). “Rüşvet suçu 5237 sayılı TCK’nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 252. maddesine göre kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşur. Her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerekir. Taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçu meydana gelir. Cebri irtikâp suçu ise kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp bu sıkıştırma karşısında mağdurun da memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vaat etmesi

İcbar sonucunda bireyin iradesinin ortadan kaldırılmasının sebebi, kamu görevlisinin haksız menfaat talebini geri çevirmesinin olumsuz sonuçlarına bireyin katlanma korkusudur.²¹ İcbar neticesinde bireyin kendi iradesini belirleyebilme ve kontrol edebilme özgürlüğü ortadan kaldırıldığı için kamu görevlisinin menfaat talebi birey tarafından kabul edilmektedir.²²

İrtikâp suçunda icbarın teşvik, telkin boyutunda olmaması, bireyi etkileyebilecek elverişlilikte olması gerekir.²³ Elverişliliğin ne olduğu tanımlanmamış olsa da birey, kamu görevlisine menfaati sağlarken baskıdan kolayca kurtulamayacağı iradesiyle hareket etmeli, kendisini menfaat sağlamaya mecbur hissetmelidir.²⁴ Zımni icbar olan kamu gö-

ile oluşur. Kamu görevlisi açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini yapmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği ya da haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur belli bir şiddete ulaşmış olan bu manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiğini bildiği parayı ve sair menfaatleri kamu görevlisine vermekte ya da vaat etmektedir. Burada mağdur meşru zeminde bulunmaktadır". (CGK. 30.03.2010, 2009/5-167-2010/70) Antolisei, s. 780.

²² Massimo Luigi Ferrante, "I Confini Tra Concussione, Induzione Indebita e Corruzione: Un'ardua Mappatura", Università Degli Studi Di Cassino E Del Lazio Meridionale, 2/2015. s. 11; Benzer görüş için ayrıca bkz. Mattevi, s. 18.

²³ Carboni, s. 28; Kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak ortaya çıkan icbarın bireyi düşündürücü ve sonunda ikna edici olması gerekir. Aksi halde iradesinin kısıtlanması söz konusu olamaz. Ferrante, s. 13; Benzer görüş için ayrıca bkz. Mattevi, s. 18; Söze bağlı açık icbarın belirlenebilmesi kolay olmasına karşın ima ve telkinle karıştırılabilecek hal ve hareketlere bağlı olan icbarın ispatı oldukça zordur. Ancak açık icbar için aranılan yoğunluğun - elverişliliğin örtülü icbar için de somut olayda bulunması gerekir. Antolisei, s. 780; Benzer görüş için ayrıca bkz. Giuseppe Amato, "La Riforma Della Concussione: Concussione e Corruzione Nuovi Ambiti di Responsabilità", In Gnosis, 4/2012, s. 50; Yargıtay'da benzer görüşü savunmaktadır. "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 de icbar kavramına dâhildir". (CGK. 30.03.2010, 2009/5-167, 2010/70). "Kamu görevlisi, haksız tutum ve davranışlara başvurarak karşı tarafın kendisine ya da yönlendireceği kişilere yarar sağlaması konusunda kendini mecbur hissetmesine yol açmış ise, eylemi icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturabilecektir. İrtikâp suçundan söz edebilmek için mağdurun iradesinin baskı altına alınması gerektiği göz önünde tutulacak, icbar boyutuna varan bir baskı söz konusu olmayıp görevlinin yalnızca telkin, öneri ve teşvik niteliğindeki davranışlarına dayanarak yarar sağlanması durumunda rüşvet suçu gündeme gelecektir". (CGK. 29.01.2013, 5-1269/26).

²⁴ Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 25; Benzer görüş için ayrıca bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7548; Turabi, s. 82; Benzer görüşü savu-

revlisinin hal ve hareketlerine bağlı olan zorlamanın, bireyin çekingen ruh hali gibi kişisel durumundan bağımsız şekilde objektif kriterlerle belirlenmesi gerekir.²⁵ Mevcut yasal ve idari işleyiş içinde kamu görevlisine yarar sağlamadığında hakkı olanı elde edemeyeceği veya geç elde edeceği ya da daha büyük zararlar göreceği endişesini taşımaktadır. Bireyi bu endişeye sokan icbarın boyutunun tespitinde kamu idaresinin işleyiş düzeni, mevzuatı, söz konusu işin özelliği ve hayatın olağan tecrübeleri somut olayda hâkim tarafından dikkate alınmalıdır.²⁶

4. 6352 sayılı Kanun’la Birlikte Düzenlenen İcbar Kavramı

4.1. Genel Açıklamalar

İrtikâp suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Kanun md. 250/1’de suçun unsuru olan icbar kavramı açıkça ifade edilmesine karşın kavramın ne olduğuna ve sınırına ilişkin olarak açıklama yapılmamıştır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere icbar, açık ya da örtülü olabilir. Bu nedenle kamu görevlisinin sözlü beyanının yanında hal ve hareketleri de bireyi zorlayabilmektedir. Kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin haksız menfaat elde etmek adına bireyi zorlaması ihtimali 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun’la birlikte 5237 sayılı Kanun md. 250/1’e eklenmiştir. Buna göre “*kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir*”.²⁷

nan İtalyan Yargıtayı’na göre meşru hakkını elde edememe korkusunu yaşayan bireyin kamu görevlisinin talebine boyun eğmesinin önemli bir sebebi olmalıdır. Bu önemli sebep ise kamu görevlisinin uyguladığı baskıdır. Bu baskının sıradan, basit olmaması gerekir. Aksi halde hakkı olanı bireyin hukuk yoluyla elde etme hakkı olduğundan bunu kolayca geri çevirebilecektir. Bu nedenle baskının kamu görevlisini çaresiz bırakması gerekir. (Cass., 24.10.2013, n. 1551) Ferrante, s. 12.

²⁵ Amato, s. 50.

²⁶ Turabi, s. 86.

²⁷ İrtikâp suçunun düzenlendiği md. 250/1’de icbar kavramı yer almasına karşın 6352 sayılı Kanun’la birlikte birinci fıkranın devamına kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin de icbar sayılmasına ilişkin hükmün eklenmesinin amacını yine 6352 sayılı Kanun’la birlikte kaldırılan görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği md. 257/3’te aramak gerekir. Kanun koyucu, görevin gereklerine uygun harekete bağlı olarak işlenen görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen üçüncü

Somut olayda bireyin aslında menfaat sağlama iradesi bulunmakla birlikte kamu görevlisinin hal ve hareketleri menfaat elde etmeden işi yapmayacağını göstermiş olabilir. Kamu görevlisi açıkça talepte bulunmamakta, açıkça icbar etmemekte (zorlamamakta) ancak işi yapmayacağını düşündüren hareketler sergilemektedir. Gerçekten menfaat sağlama düşüncesi olmamasına rağmen zorunluluk dolayısıyla birey, kamu görevlisinin teklifini kabul eder. Bu durumda kamu görevlisinin hareketleri bireyi icbar etmiş sayılır. Bu durum icbar karinesi olarak ifade edilmektedir.²⁸

4.2. Düzenlemenin Lehine Olan Görüşler

İcbar karinesinde kamu görevlisinin hareketleri nedeniyle meşru bir işinin yapılmayacağı endişesine kapılan birey haklı görülmektedir.²⁹ Kamu görevlisine haksız menfaat sağlayan bireyin iradesinin serbest olup olmadığını belirlemek amacıyla irtikâp suçunun unsuru olan icbarın tespit edilmesi gerekir. Eklenen icbar kavramı kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin tespitinin yapılmasına yardımcı olabilir.³⁰

Kamu görevlisi menfaat sağlama konusunda karşı tarafı zorlamak amacıyla dolaylı hareketlere başvurmaktadır. Bu durum irtikâp suçunda sorumluluk alanını genişlettiği gibi görevinin gereklerine uygun hareket etmek suretiyle işlenen rüşvet suçunun alanını da daraltmış olup rüşvet suçunda bireyin gerçek anlamda cezalandırılmasının nedeni olarak serbest iradesi olduğunu ortaya çıkarmıştır.³¹

İcbarın tanımına göre birey kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışlarına muhatap olmaktadır. Metne göre kamu görevlisinin davranışlarının haksızlığı yasa kapsamında belirlenir. Bu durumda

fıkayı kaldırmıştır. Kanun koyucu görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında işlenen irtikâp suçunda icbar kavramı yer almasına karşın ikinci cümlede kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin de icbar sayıldığını belirtmektedir. Bu iki durum karşılaştırıldığında görülmektedir ki kanun koyucu, görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında sağlanan haksız menfaati rüşvet suçu olarak değil irtikâp suçu olarak görmektedir. Bu nedenle icbar karinesinin irtikâp suçuna eklenmesinin amacı rüşvet ve irtikâp suçlarındaki ayrımı netleştirmektir. İzzet Özgenç, *TBMM Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi*, 24 (2), 31.05.2012, s. 17.

²⁸ Domenico Carcano, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale*, 2010, Milano, s. 165.

²⁹ Üzülmüş, s. 285.

³⁰ Hafızoğulları/Özen, s. 21; Benzer görüş için ayrıca bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7550.

³¹ Özen, s. 60.

kamu görevlisi yasalarla çizilmiş görev alanının dışına çıkarken hukuka aykırı - haksız davranmaktadır. Kanun metnine, icbar tanımının eklenmesinin ana sebebi ise uygulamada icbarın var olup olmadığı konusunda yapılan değerlendirmelerden kanun koyucunun endişe etmesi olup yerinde bir düzenlemedir.³²

4.3. Düzenlemeye Yönelik Olarak Doktrinde Yapılan Eleştiriler

6352 sayılı Kanun'la birlikte 5237 sayılı Kanun md. 250/1'e eklenen icbar karinesine yönelik olarak doktrinde farklı eleştiriler yapılmaktadır.

Birinci eleştiriye göre 6352 sayılı Kanun'la birlikte kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin icbar kabul edilmesinin amacı belirsizdir. Doktrinde bir görüşe göre kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin bireyi baskı altına aldığı kanun koyucu tarafından açıkça vurgulandığı için kanun koyucu açıkça icbarın tanımını yapmaktadır.³³ Diğer görüşe göre ise irtikâp suçunu düzenleyen normun içerisinde icbar kavramı kullanılmasına karşın devamında hal ve hareketlerin de açıkça icbar sayılması icbar kavramını ve sonucunda irtikâp suçunun alanını genişletmektedir.³⁴

İkinci eleştiriye göre ceza yasaları temel hak ve hürriyetleri doğrudan etkilediğinden suça ilişkin tanımların açık yapılması gerekir. Oysa icbar kavramının içerdiği "kamu görevlisinin hal ve hareketleri" ifadesinin muğlaklığı nedeniyle eklenen fıkra irtikâp ve rüşvet suçunun kolayca ayrılabilmesine hizmet etmemekte iki suçun somut olayda karıştırılmasına sebep olabilmektedir.³⁵

Üçüncü eleştiriye göre esasen kamu görevlisine haksız menfaati kendi iradesiyle sağlayan birey, sorumluluktan kurtulmak amacıyla, kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak "kendimi menfaat sağlamak zorunda hissettim" savunmasını yaparak rüşvet veren olmaktan kurtulabilmektedir. Diğer ifadeyle bireyin tek başına savun-

³² Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Zimmet - Rüşvet - İrtikâp - Görevi Kötüye Kullanma, Adalet Yayınevi, 2015, s. 28.

³³ Hafızoğulları/Özen, s. 21.

³⁴ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 1062.

³⁵ Ersan Şen, Yorumluyorum II: Yeni Düzenlemede İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 464.

ması, kamu görevlisinin eyleminin irtikâp suçunu oluşturması için yeterli görülmektedir.³⁶

Dördüncü eleştiriye göre görevin gereklerine uygun davranması için kamu görevlisine menfaat sağlanması halinde bireyin bunu mecbur kaldığı için yaptığının ispatı zordur. Bu durumda icbarın varlığı tespit edilemediğinde birey rüşvet suçundan dolayı sorumlu tutulabilmektedir.³⁷

Beşinci eleştiriye göre 6352 s. Kanun değişikliği ile birlikte irtikâp suçuna eklenen icbar karinesi, “masumiyet karinesine” zarar vermektedir. Şöyle ki kamu görevlisine haksız menfaat sağlayan bireyin sosyal, kültürel ve öznel durumu, somut olayda icbarın varlığının değerlendirilmesi sırasında dikkate alınmaktadır. Bu durumda sanık kamu görevlisi, kendisine haksız menfaati sağlayan bireyin sübjektif durumu nedeniyle cezalandırılmaktadır. Mağdur olarak görülen bireyin “para vermezsem işimin yapılmayacağını hissettim” cümlesinden sonra kamu görevlisinin somut olaydaki hal ve hareketlerinin icbar olmadığını ispatlama yükü sanık kamu görevlisine yüklenmiş olmaktadır.³⁸

Altıncı eleştiriye göre kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak zorlamanın açıkça irtikâp suçunu oluşturduğuna yönelik düzenlemelerden sonra görevin gereklerine uygun davranmanın karşılığında kamu görevlisi haksız menfaat elde ettiğinde uygulamada öncelikli olarak rüşvet suçu değil irtikâp suçu değerlendirilmektedir. Somut olayda önce irtikâp suçunun işlenmesi olasılığı değerlendirilir ve kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin icbar sayılmadığı anlaşıldığında rüşvet suçundan dolayı hüküm kurulur. Görüldüğü gibi kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak zorlamanın kanuna eklenmesiyle birlikte rüşvet suçu ikame suç olarak değerlendirilmektedir. İrtikâp suçuna nazaran tarihsel derinliği daha fazla olan rüşvet suçunun boşluk olması halinde değerlendirmeye alınması rüşvetin özel suç tipi niteliğini ortadan kaldırmakta görevi kötüye kullanma suçu gibi genel ve tamamlayıcı bir suçu tipine dönüştürmektedir.³⁹

³⁶ Koray Doğan, “Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim”, Nevzat Toroslu’ya Armağan, 2015, s. 345; Benzer görüş için ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1000.

³⁷ Ahmet Ceylanı Tuğrul, *Zimmet - Banka Zimmeti - Rüşvet ve İrtikâp Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1158.

³⁸ Şen, s. 463.

³⁹ İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet - İrtikâp - Rüşvet Suçları*, Ankara, 2010, s. 317.

6352 sayılı Kanun’la birlikte irtikâp suçuna eklenen icbar karinesi, rüşvet suçu ile irtikâp suçunun ayırımının yapılmasına hizmet etmemekte hatta ayırımı daha da çelişkili hale getirmektedir. Açık icbarın yanında kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin de kanun metninde yer almasıyla birlikte icbarın şiddeti azaltılmış ve irtikâp suçunun alanı oldukça genişletilmiştir. Özellikle görevin gereklerine uygun iş ya da eylemin karşılığında haksız menfaat elde edilmesi, birey ile kamu görevlisinin hür iradesine bağlı anlaşmanın sonucu olsa bile irtikâp suçundan dolayı hüküm kurulması ihtimali artmaktadır.

4.4. 6352 sayılı Kanun’la Birlikte Düzenlenen İcbar Karinesinin Suçun Niteliğine Etkisi

Rüşvet suçu yapısı gereği ortak karar ve irade birliğinin sonucu olarak işlenir. Bu durum rüşvet anlaşmasının gereğini açıklar. Rüşvetin çok failli suç olması rüşvet anlaşması çerçevesinde oluşmasıyla doğrudan ilgilidir. Oysa irtikâp suçunda icbar edilen birey suçun mağduru olduğundan irtikâp suçu çok failli suç değildir. İrtikâp suçunun çok failli suç olmasını engelleyen bireyin icbar edilmesi olduğundan somut olayda kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin doğru değerlendirilmesi halinde suçun niteliğinde hata yapılması olasılığı fazladır.⁴⁰

İrtikâp suçu ile rüşvet suçunun unsurlarının benzerliğinden dolayı fiilin rüşvet suçunu oluşturup oluşturmadığı belirlenirken özellikle irtikâp suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığının doğru tespit edilmesi gerekir. Göreve dâhil olan işin yapılmasının karşılığında haksız menfaat elde edilmesine bakılarak yapılan ayırım tek başına rüşvet ve irtikâp suçlarının ayrılabilmesi için yeterli olmaz. Sonuçta her iki suçta da kamu görevlisi haksız menfaat amacını taşımaktadır. Tespitin yapılabilmesi için fiilin, zorlama unsurunu taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır.⁴¹

⁴⁰ Manzini, s. 212.

⁴¹ Manzini, s. 210; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. “Devlet hastanesinde ortopedi uzmanı olarak görevli doktor katılanın kardeşlerinden ameliyatı yapmak için para istemiştir. Olayda katılanın hayati tehlikesinin bulunmaması, aynı hastanede birden fazla ortopedi uzmanının bulunması gözetildiğinde irtikabın icbar unsurunun bulunmadığı, sanığın teklifinin katılanın kardeşleri tarafından kabul edilmesi üzerine ameliyatı yaptığı ve eylemlerinin 765 sayılı Yasa’nın 212/1. maddesine göre basit rüşvet suçuna vücut vereceği.....” (5. CD. 17.02.2011, 2010/11226, 2011/942). “Suç tarihinde zabıt katibi olarak görev yapan sanığın, Ahmet Saraç’tan 1232 lira adli para cezası alıp Yargıtay Başsavcılığı’na 5326 sayılı

6352 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte irtikâp suçuna eklenen icbar karinesinin somut olayda bulunması halinde suçun niteliğine etki- si konusunda doktrinde değişik görüşler bulunur.

Birinci görüşe göre somut olayda icbarın varlığı durumunda ya da hal ve hareketlerin icbar sayıldığıнын kesin olması durumunda icbarın elverişli olduğu kabul edilir ve irtikâp suçu oluşur. Aksi halde icbarın olmaması ya da tespit edilememesi halinde rüşvet suçu oluşur.⁴² İkinci görüşe göre icbarın elverişli olmaması durumunda kamu görevlisine yarar sağlandığında rüşvet suçu oluşur. Bu durumda birey elverişsiz icbardan kolayca kurtulabilme imkânına sahip olmasına karşın bunu

Yasa yönünden yeniden değerlendirilme yapılmak üzere dönen dosyasını arşive kaldırma veya yok etme karşılığında 785 lira istemesi ve bunun Ahmet tarafından kabul edilmesi biçiminde gerçekleşen olayda ikna edici, hileli ya da icbar içerikli söz ya da eylemi olmayan sanığın para isteğinin Ahmet Saraç tarafından kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren eylemin rüşvet alma suçu olarak kabul edilmesi gerektiği....” (5. CD. 02.05.2013, 2012/7223, 2013/4388); “Malatya 1. Bölge Müdürlüğü’nde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olarak görev yapan sanığın, murisinden intikal eden gayrimenkullerin ifrazını yaptırıp tapusunu almak isteyen şikâyetçiden “senin işin çok” diyerek yapmak zorunda olduğu işi yapmak için 35.000.000 lira istediği, para vermek istemeyen şikâyetçinin önce müdürü aradığı, bulamaması üzerine müdüre vekalet edene giderek durumu bildirdiği, bunun üzerine vekilin işini yapması konusunda sanığı uyardığı, sanığın bu uyarıdan sonra şikâyetçiyi yine arayarak işini yapmak için bu sefer 25.000.000 lira istediği....teklifin kabul edilmemesi nedeniyle eylemin rüşvet almaya eksik teşebbüs olarak nitelendirilmesi...” (5. CD. 2001/3037, 2001/4857).

⁴² Güreli, s. 105; Benzer görüş için ayrıca bkz. Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 89; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. “İcbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dâhil olduğu, manevi cebirin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerektiği, ... Orman İşletme Müdürlüğü’nde orman muhafaza memuru olarak görev yapan sanığın, sorumluluğundaki bölgede ağaç kesim işçisi olarak çalışan katılan ...’ın kardeşi olan ve yine aynı bölgede kesim ve nakliye işi yapan ...’a kesimini yaptıkları ağaçlar için görevi dâhilinde düzenlemesi gereken sevk irsalıyesi ve istihkaka karşılık kendisine menfaat sağlanmadığı takdirde bahsi geçen belgeleri vermeyeceğini söylemesi ve ...’ın da kardeşi olan katılan- dan bu işi halletmesini istemesi üzerine katılanın suçüstü yapılmasını sağlamak amacıyla önceden kolluk ve Cumhuriyet Savcılığını haberdar ederek sanığa 5.000 TL’yi teslim etmesi sonrasında bu şahsın suçüstü yakalanması şeklinde gelişen davaya konu somut olayda, katılanın önceden sanığın çalıştığı kuruma şikâyetle bulunması, kolluk ve Cumhuriyet Savcılığını da haberdar etmek suretiyle sanığın yakalanmasını sağlaması karşısında, sanığın, öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere Kanun’un öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan davranışlarının bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı...”. (5. CD. 26.09.2018, 2014/10954, 2018/6249).

yapmamıştır.⁴³ Üçüncü görüşe göre somut olayda icbar elverişli olmasına karşın cesaretinden dolayı bu durum bireyi etkilememiştir. İcbarın objektif değerlendirme sonucunda elverişli yoğunluğa ulaşmasına karşın bireyin çekinmemesi durumunda icbarın varlığı kabul edilir ve irtikâp suçu teşebbüs aşamasında kalır.⁴⁴

Kamu görevlisine haksız menfaatin sağlandığı somut olayda kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olan icbarın bulunması veya bulunmamasına göre irtikâp ya da rüşvet suçundan dolayı sorumluluğun doğması mümkündür. Bu sonuçların gerçekleşmesine ilişkin olarak üç farklı ihtimal bulunur: Birinci ihtimale göre icbarın somut olayda bulunmaması halinde bireyin iradesi sakatlanmadığı için kamu görevlisine sağladığı haksız menfaat rüşvet suçunu oluşturur. Bu durumda birey, işinin yapılmayacağı endişesini taşımadan kamu görevlisine haksız menfaat sağlamış olur. Kamu görevlisi ile görevde dâhil olan belli bir işin yapılması ya da yapılmaması konusunda anlaşmış kabul edilir. İkinci ihtimale göre somut olayda icbarın varlığına rağmen icbar elverişsizdir. Bu durumda iki olasılık ortaya çıkmaktadır: Birinci olasılığa göre birey elverişsiz icbardan etkilenmeden menfaat sağlamış ise rüşvet suçu oluşur. İkinci olasılığa göre ise icbar elverişsiz olmasına karşın birey bu durumdan etkilenerek kamu görevlisine menfaat sağlamıştır. Önemli olan icbarın nesnel olarak varlığı olup bireyin sübjektif durumu icbarın varlığının değerlendirilmesinde dikkate alınmadığından birey iradesi sakatlanmamış kabul edilir rüşvet suçu oluşur. Üçüncü ihtimale göre somut olayda icbar elverişli olmasına rağmen birey kamu görevlisinin icbarından etkilenmemiştir. İcbardan etkilenmemiş bireyin işinin vaktinde görülmeyeceği endişesi taşınamaması cesaretinden kaynaklanmış olabilir. Bu durumda menfaati sarıh iradesiyle sağlamış olur ki yapılan zımnî rüşvet anlaşması gereğince rüşvet suçu işlenmiş olur.

⁴³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 998; Benzer görüş için ayrıca bkz. Üzülmüş, s. 287; Benzer görüşü savunan İtalyan Yargıtay'na göre irtikâp suçunun aksine rüşvet anlaşmasını kuran taraf iradelerinin samimi olması gerekir. Kamu görevlisinin icbarından bireyin kolayca kurtulma imkânı varken bunu yapmayarak menfaat sağlaması irtikâp suçunu oluşturmayıp rüşvet suçu sayılmalıdır. (Cass. 1972, n. 830) bkz. Carcano, s. 140.

⁴⁴ Üzülmüş, s. 287; Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre somut olayda icbar elverişli olmasına karşın bireyin cesareti yani sübjektif durumu nedeniyle endişeye kapılmaması halinde irtikâp suçu teşebbüs aşamasında kalır. (5. CD. 19.04.2000, 226/1290).

Sonuç

Görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, kamu görevlisinin görevine giren bir iş dolayısıyla hareket etmesinden çok daha geniş bir ifadedir. Bu durumda kamu görevlisi görevine giren bir iş dolayısıyla haksız menfaat sağlarken kamu görevlisinin memuriyet sıfatından dolayı birey baskı altına alınmaktadır.

6352 sayılı Kanun değişikliğinden önce görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen md. 257'ye göre görevi kötüye kullanma suçu üç farklı şekilde işlenebilmekteydi: 1) Görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama; 2) görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama; 3) görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama. Değişiklikle birlikte üçüncü fıkra hükümden çıkartılmıştır. Görevin gereklerine uygun davranmak için haksız menfaat sağlanması artık görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmamaktadır. Görevin gereklerine uygun davranmanın karşılığında haksız menfaat birey ve kamu görevlisinin anlaşmasıyla elde edilmişse rüşvet suçu, kamu görevlisinin zorlamasıyla elde edilmişse irtikâp suçu oluşmaktadır. 6352 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte üçüncü fıkranın kaldırılması ve aynı zamanda irtikâp suçunun düzenlendiği md. 250/1'e kamu görevlisinin hal ve hareketlerinin de icbar sayılmasına dair hükmün eklenmesi arasında bir bağ kurmak gerekir. Şöyle ki kanun koyucu kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun bir iş ya da eylemi yapması ya da yapmamasının karşılığında haksız menfaat elde etmesini rüşvet suçu olarak değil irtikâp suçu olarak görmek arzusundadır. Bu durumu pekiştirmek amacıyla kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı zorlama hali açık norm olarak irtikâp suçuna eklenerek irtikâp suçunun alanı genişletilmiştir.

Kamu görevlisinin görevine giren belli bir işin yapılması ya da yapılmamasının karşılığında bireyin haksız menfaat sağlamanın irtikâp suçu sayılmasının koşulu somut olayda icbarın varlığının belirlenmesidir. Aksi halde menfaat bireyin hür iradesine bağlı olarak sağlanmış olacağından rüşvet suçu oluşur. 6352 sayılı Kanun değişik-

liğiyle kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bağlı olarak bireyin, işinin görülmeyeceği endişesi taşımamasının da icbar sayılmasıyla birlikte rüşvet ve irtikâp suçunun ayırımında kullanılan icbar kavramı belirsiz hale gelmiştir.

6352 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte irtikâp suçuna eklenen icbar karinesi, kamu görevlisinin hal ve hareketlerini bireyin baskı altına alınmasının sebebi olarak kabul ettiğinden irtikâp suçunda icbarın şiddeti azaltılmaktadır. Bu durumda kamu görevlisine haksız menfaat sağlayan bireyin iradesinin sarıh olup olmadığı konusunda somut olayda çelişki artmaktadır. Bu çelişkiyi ortadan kaldırmak adına somut olayda icbarın varlığının irtikâp ve rüşvet suçlarına etkisinin değerlendirilebilmesi için kamu görevlisinin hal ve hareketleri ile bireyin iradesi arasındaki illiyet bağına bakılmalıdır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle menfaat sağlama konusunda kendisini mecbur hissetmesi gerekir. Aksi halde sadece kamu görevlisinin hal ve hareketlerine bakılarak yorumlanan icbarın somut olayda değerlendirilmesi kamu görevlisi aleyhine haksız ceza yaptırımına yol açabilirken haksız menfaat sağlayan bireyin de cezasız bırakılmasına neden olabilir.

Kaynakça

- Amato Giuseppe, “La Riforma Della Concussione: Concussione e Corruzione Nuovi Ambiti di Responsabilità”, *În Gnosis*, 4/2012, s. 49-55.
- Antolisei Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II*, Milano, 1986.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Carboni Luca, “La Concussione În: Le Disposizioni Penali della Legge Anticorruzione Numero 190 del 2012”, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2013, s. 23-35.
- Carcano Domenico, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale*, 2010, Milano
- Carrara Francesco, *Programma dei Corso di Diritto Criminale, C.5*, Lucca, 1877.
- Doğan Koray, “Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim”, *Nevzat Toroslu’ya Armağan*, 2015, s. 337-361.
- Yurtcan Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Zimmet- Rüşvet- İrtikâp- Görevi Kötüye Kullanma*, Adalet Yayınevi, 2015.
- Erem Faruk, *İrtikâp Cürmü*, Ajan Türk Matbaası, 1964.
- Erman Sahir/Özek Çetin, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, İstanbul, 1992.

- Ferrante Massimo Luigi, "I Confini Tra Concussione, Induzione Indebita e Corruzione: Un'ardua Mappatura", Università Degli Studi Di Cassino E Del Lazio Meridionale, 2/2015. s. 1-36.
- Gürelli Nevzat; İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1954.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Maggiore Guiseppe, Diritto Penale: Parte Speciale, Delitti e Contravvenzione, Bologna, 1948.
- Malkoç İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet- İrtikâp- Rüşvet Suçları, Ankara, 2010.
- Manzini Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano: Dei Delitti Contro la Pubblica Amministrazione e L'Amministrazione della Giustizia, Torino, 1986.
- Mattevi E., "Il Reato Di Concussione: Esperienza di Tangentopoli ed Esigenze di Riforma", İn İl Margine, n. 7, 2002, s. 14-23.
- Mezger Edmund, Strafrecht II. Besonderer Teil: Ein Studienbuch, Münih, 1954.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar-Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Özen Mustafa, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Özgenç İzzet, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Özgenç İzzet, *TBMM Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi*, 24 (2), 31.05.2012, s. 16-20.
- Şahbaz İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Şen Ersan, Yorumluyorum II: Yeni Düzenlemede İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Tuğrul Ahmet Ceylani, Zimmet-Banka Zimmeti-Rüşvet ve İrtikâp Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Turabi Selami, İrtikâp Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Üzülmüş İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikâp Suçu", *SÜHFD*. C.14, 2006, S.2, s. 273-298.
- Yarsuvat Duygun, "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", *İÜHFM*, C. 30, S. 3-4, 1964.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.