



İSTANBUL
BÜYÜKŞEHİR
BELEDİYESİ

T.C.

İSTANBUL BÜYÜKŞEHİR BELEDİYE BAŞKANLIĞI
Teftiş Kurulu Başkanlığı



İSTANBUL
BÜYÜKŞEHİR
BELEDİYESİ

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA VE EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇLARINDA FAİLLİK VE İŞTİRAK DURUMU, İHALE YASAKLISI OLMA DURUMU İŞ VE İŞLEMLERİ İLE KAMU ZARARI İLİŞKİSİ



Mustafa DEMİR

İstanbul Büyükşehir Belediye Müfettiş Yardımcısı

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA VE EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇLARINDA FAİLLİK VE İŞTİRAK DURUMU, İHALE YASAKLISI OLMA DURUMU İŞ VE İŞLEMLERİ İLE KAMU ZARARI İLİŞKİSİ

MUSTAFA DEMİR

ÖZET

Devlet tarafından kamu hizmetleri yerine getirilirken ekonomik dengeleri sağlamak, eşitliği, şeffaflığı, dürüstlüğü ve verimliliği korumak adına, alım ve satımlarda ihale mekanizması işletilmektedir. Kamu ihalesi kısaca, idarenin yüklenicisini seçmek için izlediği, bir dizi ilke ve kurallar çerçevesinde uygulanan bir yöntem olarak tanımlanabilir. Türkiye’de kamu ihalesine ilişkin kuralları düzenleyen önde gelen kanunlar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK), 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’dur (DİK).

Etkin bir ihale sistemi kurulması ve özellikle kamu menfaatlerinin korunması amacıyla, ihale ve sözleşme sürecinde işlenen yasaklanmış fiil ve davranışlar ile suçlara yönelik olarak çeşitli idari ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür. İdari yaptırımlar, yukarıda belirtilen kanunlarda düzenlenmekte iken, cezai yaptırımlar ve suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) düzenlenmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ihaleye ilişkin suçlar iki maddede düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, madde 235’de düzenlenen İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, ikincisi ise madde 236’da düzenlenen Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçudur.

Bu itibarla çalışmamızda ilk olarak ihale kavramı, ihalenin temel ilkeleri, ihale usulleri, ihale süreci ve yukarıda da bahsettiğimiz idari yaptırım olan kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemi ele alınmıştır. Daha sonra ise ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları hakkında genel bilgiler verilmiş; suçun unsurları, özel görünüş şekilleri, yaptırımları, soruşturma ve kovuşturma usulleri incelenmiştir. Son olarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında Kamu Zararı incelenmiş olup ihale suçları ile ilişkisi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu ihalesi, ihale, yasak fiil ve davranışlar, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, kamu zararı.



İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
TABLolar DİZİNİ	viii
ŞEKİLLER DİZİNİ	ix
KISALTMALAR.....	x
1. GİRİŞ.....	1
1.1. Konunun ve Araştırmanın Önemi.....	2
1.2. Araştırmanın Amacı	2
1.3. Araştırmanın Kapsamı ve Ana Hatları.....	3
2. İHALE KAVRAMI, KAMU İHALELERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHSEL GELİŞİMİ, KAMU İHALELERİNİN ÖNEMİ İLE İHALE SÜRECİNDEKİ TEMEL İLKELER.....	3
2.1. İHALE KAVRAMI.....	3
2.2. KAMU İHALELERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ	4
2.2.1. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Dönemi.....	5
2.2.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Dönemi	5
2.2.3. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler	6
2.3. KAMU İHALELERİNİN ÖNEMİ	7
2.4. İHALE SÜRECİNDEKİ TEMEL İLKELER.....	9
2.4.1. Saydamlık (Aleniyet) İlkesi.....	12
2.4.2. Rekabet İlkesi	12
2.4.3. Eşit Muamele (Eşitlik) İlkesi.....	13
2.4.4. Güvenirlilik İlkesi.....	14
2.4.5. Gizlilik.....	14
2.4.6. Kamuoyu Denetimi (Hesap Verebilirlik)	15
2.4.7. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşlanması	15
2.4.8. Kaynakların Verimli Kullanılması	16
2.4.9. Aralarında Kabul Edilebilir Doğal Bir Bağlantı Olmadığı Sürece Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşlerinin Bir arada İhale Edilememesi.....	16
2.4.10. Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünmemesi	17
2.4.11. Açık İhale ve Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün Temel Usul Olması	17
2.4.12. Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.....	18



2.4.13. Gerekli Olan İşlerde Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Raporu Almadan İhaleye Çıkılmaması	18
---	----

3. İHALE TÜRLERİ, İHALE USULLERİ, İHALE SÜRECİ, İHALE SÜRECİNDE YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR İLE KAMU İHALELERİNDE YASAKLILIK

DURUMU	19
3.1. İHALE TÜRLERİ.....	19
3.1.1. Mal Alımı İhaleleri	20
3.1.2. Yapım İhaleleri	21
3.1.3. Hizmet Alım ve Satım İhaleleri	21
3.1.4. Diğer İhale Türleri	22
3.2. İHALE USULLERİ	22
3.2.1. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale usulleri	23
3.2.1.1. Kapalı teklif usulü	23
3.2.1.2. Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü	25
3.2.1.3. Açık teklif usulü	26
3.2.1.4. Pazarlık usulü	27
3.2.1.5. Yarışma usulü	29
3.2.2. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale usulleri	30
3.2.2.1. Açık ihale usulü	30
3.2.2.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü	32
3.2.3. 4734 sayılı Kanun Kapsamında Özel Düzenlemeler İle Belirlenen Usuller	35
3.2.3.1. Danışmanlık Hizmet Alımları	35
3.2.3.2. Bir Alım Yöntemi Olarak Doğrudan Temin	35
3.3. İHALE SÜRECİ.....	38
3.3.1. İhtiyacın Ortaya Çıkması	39
3.3.2. Teknik Şartnamenin ve İhale Dokümanının Hazırlanması	40
3.3.3. Yaklaşık Maliyetin Tespiti	41
3.3.4. İhale Usulünün Tespiti	42
3.3.5. İhale Onayının Alınması	42
3.3.6. İhale Komisyonunun Oluşturulması ve İhalenin İlanı	43
3.3.7. İhaleye Katılma	44
3.3.8. Tekliflerin Sunulması ve Değerlendirilmesi	45
3.3.9. İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması	48
3.3.10. Sözleşmeye Davet ve Sözleşmenin Yapılması	49
3.4. İHALE SÜRECİNDE YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR	50
3.4.1. Genel Olarak	50
3.4.2. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununa Göre İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlar	51



3.4.3.	4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlar	52
3.4.4.	4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlar.....	55
3.5.	KAMU İHALELERİNDE YASAKLILIK DURUMU	56
3.5.1.	Tanımı.....	56
3.5.2.	Hukuki Niteliği.....	57
3.5.3.	Amacı	59
3.5.4.	Uygulanacak Ceza Hukuku İlkeleri.....	60
3.5.5.	KİK'in Yasaklamayla İlgili Hükümlerinin Kapsamı.....	62
3.5.5.1.	Yasaklama İşlemi Yapılacak İhaleler Yönünden Kapsamı.....	63
3.5.5.2.	Yasaklanacak Kişiler Yönünden Kapsamı.....	64
3.5.6.	4734 ve 4735 Sayılı Kanunlara Göre Yasaklama.....	66
3.5.6.1.	4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Yasaklama	66
3.5.6.2.	4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na (KİSK) Göre Yasaklama ...	69
3.5.7.	DİK'e Göre Yasaklama	70
3.5.8.	Yasaklama Kararına Karşı Yasal Başvuru Yolu	71
4.	İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU	72
4.1.	Genel Olarak.....	72
4.2.	Suçun Tarihsel Gelişimi.....	72
4.2.1.	765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Kadar Geçen Dönem.....	72
4.2.2.	765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Durum.....	74
4.2.3.	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme	78
4.3.	Suçla Korunan Hukuki Değer.....	85
4.4.	İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Unsurları	87
4.4.1.	Suçun Maddi Unsurları.....	87
4.4.1.1.	Suçun Faili	87
4.4.1.2.	Suçun Mağduru.....	91
4.4.1.3.	Suçun Konusu	93
4.4.1.4.	Fiil	96
4.4.1.5.	Netice	116
4.4.1.6.	Nedensellik Bağı.....	117
4.4.2.	Suçun Manevi Unsuru	117
4.4.3.	Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	118
4.4.4.	Suçun Nitelikli Unsurları.....	120
4.4.4.1.	Cezayı Ağırlaştıran Hal (Suçun Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle İşlenmesi) 121	
4.4.4.2.	Cezayı Hafifleten Sebep (Zarar Meydana Gelmemiş Olması)	122



4.5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	124
4.5.1. Teşebbüs.....	124
4.5.1.1. Gönüllü Vazgeçme.....	126
4.5.2. İştirak.....	128
4.5.2.1. Suça İştirakin Türleri	130
4.5.2.1.1. Faillik.....	132
4.5.2.1.1.1. Doğrudan Faillik.....	132
4.5.2.1.1.2. Müşterek Faillik.....	132
4.5.2.1.1.3. Dolaylı Faillik.....	132
4.5.2.1.1.4. Yan Yana Faillik.....	134
4.5.2.1.2. Şeriklik.....	135
4.5.2.1.3. Bağlılık Kuralı ve Şeriklerin Cezalandırılmasının Esası	136
4.5.2.1.4. Şerikliğin Türleri.....	136
4.5.2.1.4.1. Azmettirme	136
4.5.2.1.4.2. Yardım Etme.....	138
4.5.2.2. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Açısından İştirak.....	139
4.5.2.2.1. Hileli davranışla yapılan hareketler açısından iştirak	139
4.5.2.2.2. Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Ulaşmayı Sağlamak.....	142
4.5.2.2.3. Cebir, Tehdit ya da Hukuka Aykırı Davranışlarla İhaleye Katılmayı Engellemek143	
4.5.2.2.4. İhaleye Katılmak İsteyen Kişilerin Anlaşma Yapması	143
4.5.3. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda İçtima	144
4.5.3.1. Bileşik Suç	146
4.5.3.2. Zincirleme Suç	146
4.5.3.3. Fikri İçtima	148
4.6. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yaptırım, Soruşturma Ve Kovuşturma Usulü	149
4.6.1. Yaptırım.....	149
4.6.1.1. Ceza	149
4.6.1.2. Güvenlik Tedbirleri.....	150
4.6.2. Soruşturma Ve Kovuşturma Usulü.....	151
4.6.2.1. Görevli Ve Yetkili Mahkem	152
4.6.2.2. Zamanaşımı.....	153
5. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU.....	153
5.1. Genel Olarak.....	153
5.2. Suçun Tarihçesi	155
5.3. Korunan Hukuki Değer	158
5.4. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	158



5.4.1.	Fail.....	158
5.4.2.	Mağdur	161
5.4.3.	Suçun Konusu.....	163
5.4.4.	Fiil.....	165
5.4.4.1.	Hileli Davranış	167
5.4.4.2.	Seçimlik Hareketler	168
5.4.5.	Netice.....	179
5.4.6.	Nedensellik Bağı	180
5.5.	Suçun Manevi Unsuru	181
5.6.	Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	181
5.7.	SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	181
5.7.1.	Teşebbüs	181
5.7.2.	İştirak	183
5.7.3.	İçtima.....	186
5.8.	Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçunda Yaptırım, Soruşturma Ve Kovuşturma Usulü 189	
5.8.1.	Yaptırım.....	189
5.8.2.	Soruşturma Ve Kovuşturma	192
5.8.2.1.	Görevli ve Yetkili Mahkeme	195
5.8.2.2.	Zamanaşımı.....	195
5.9.	İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU İLE EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN KARŞILAŞTIRILMASI	196
6.	KAMU ZARARI	198
6.1.	Kamu Zararı Kavramı	198
6.2.	Kamu Zararının Unsurları.....	201
6.2.1.	Kamu Görevlisi	202
6.2.1.1.	5018 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu Görevlileri	203
6.2.2.	Kamu Görevlisinin Kasıt, Kusur ve İhmali	204
6.2.3.	İllyet Bağı	205
6.2.4.	Zarar (Kamu kaynaklarında azalma veya artışa mani olma).....	205
6.2.5.	Mevzuata aykırı karar, işlem veya eylem	206
6.3.	Kamu Zararının Sorumluları	207
6.3.1.	5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda Yer Alan Sorumlular .	208
6.3.1.1.	Bakanlar	208
6.3.1.2.	Üst Yöneticiler	209
6.3.1.3.	Harcama Yetkilileri.....	210
6.3.1.4.	Gerçekleştirme Görevlileri.....	213
6.3.1.5.	Muhasebe Yetkilisi	214



6.4. Kamu Zararının Belirlenmesinde Esas Alınacak Kriterler	214
6.4.1. Yapılan İş, Alınan Mal Veya Hizmet Karşılığı Olarak İlgili Mevzuatında Belirtilen Ya Da Mevzuatında Öngörülen Karar, Onay, Sözleşme Ve Benzeri Belgelerde Belirlenen Tutardan Fazla Ödeme Yapılması	215
6.4.2. İlgili mevzuatında öngörülen haller dışında, iş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan önce ödeme yapılması	216
6.4.3. Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması	217
6.4.4. İlgili mevzuatı gereğince görevlendirilen komisyon veya kişilerce rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla iş yaptırılması, mal veya hizmet alınması.....	218
6.4.5. Kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması	219
6.4.6. Görevlilere teslim edilen taşınırın zararına uğraması.....	220
6.4.7. İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması	221
6.4.8. Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesi	222
6.4.9. Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması	223
6.5. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA VE EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇLARI İLE KAMU ZARARI İLİŞKİSİ	224
6.5.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı	224
6.5.2. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı	228
7. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ.....	232
KAYNAKÇA	245



TABLÖLAR DİZİNİ

<u>Tablo</u>	<u>Sayfa</u>
Tablo 1: 4734 sayılı Kanun Kapsamında Yapılan Kamu Alımlarının Türlerine Göre Dağılımı	20
Tablo 2: 4734 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu Alımlarının İhale Usullerine Göre Dağılımı	34
Tablo 3: Doğrudan Temin Yoluyla Yapılan Alımların Alım Türüne Göre Dağılımı	38
Tablo 4: Yasaklama Dayanağına Göre Aktif Yasaklama Sayılar	71
Tablo 5: Yasaklamalara İlişkin Özet İstatistikler	72
Tablo 6: Genel Bütçedeki Kamu İdarelerinin Harcama Yetkilileri	210



ŞEKİLLER DİZİNİ

Sekil

Sayfa

Şekil 1: İştirak Türleri. 131

Şekil 2: Kamu Zararının Unsurları..... 201



KISALTMALAR

AB :	Avrupa Birliği
DİK :	Devlet İhale Kanunu
KİK :	Kamu İhale Kanunu
KİSK :	Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunu
KMYKK :	Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu
TCK :	Türk Ceza Kanunu
s. :	Sayılı
CMK :	Ceza Muhakemeleri Kanunu
R.G :	Resmi Gazete
m. :	Madde
S :	Sayfa
E.T :	Erişim Tarihi
C.D :	Ceza Dairesi
E. :	Esas
K. :	Karar
EKAP :	Elektronik Kamu Alımları Platformu
vd. :	Ve Diğerleri



1. GİRİŞ

Devlet, varlığının temeli olan vatandaşlarına hizmet sunmak zorundadır. Bu hizmetleri sunmak için bazen ekonomik hayatta en büyük alıcı ve aynı zamanda da en büyük satıcı rolünü üstlenir. Sunacağı hizmetler için kaynak elde etmek ve bu kaynağı verimli kullanmak ile yükümlüdür. Devletin parasal kamu kaynağını harcarken veya elindeki mal ve hizmet halindeki kamu kaynağını paraya çevirirken yaptığı uygulamalar ekonomik hayata büyük çapta yön vermektedir. Bu tür işlemlerdeki parasal büyüklük herkesin iştahını kabartmakta ve bu parasal büyüklükteki pastadan pay kapmak amacıyla ekonomik suçların işlenmesinde sebep olarak ortaya çıkmaktadır.

Devletin yaptığı harcamalar ve elindeki fazla mal ve hizmetin paraya çevrilmesi işi belli usuller çerçevesinde yapılmaktadır. Devletin ihtiyacını karşılamak veya ihtiyacının fazlasını paraya çevirmek için sözleşme imzalayacağı tarafı seçmek için yararlandığı usullerin en çok kullanılanı ihale olarak adlandırılan usuldür. İhaleden beklenen yararın sağlanması için de bu usulün esaslarını belirlemek ve işlemlerin bu esaslara uygun yapılmasını sağlamak zorunludur. Devlet varlığını sürdürdükçe ihale işlemleri varlığını muhtemeldir ki ekonomik hayata etkisini artırarak devam ettirecektir.

İhaleden beklenen yararın sağlanmasını engelleyen veya azaltan fiiller ekonomik hayata da çok büyük olumsuz etki yapmaktadır. Bu fiiller çok farklı hareketlerle ortaya çıkabilmektedir. Ekonomik hayata en çok etki yapan ve taraflarından biri her zaman devlet olan ihalelerde bu istenmeyen durumun önüne geçmek ve ekonomik hayatın kendi iç dinamikleri içinde varlığını sürdürmesini sağlamak maksadıyla, ekonomik hayata ilişkin suçlar kapsamında ihaleden beklenen yararlara zarar veren veya tehlikeye düşüren bazı fiiller ihaleye fesat karıştırma suçu adı altında suç olarak kabul edilmiş ve bu şekilde ekonomik hayatın işlerliği ve devletin hazinesi korunmak istenmiştir.

İhalenin yapılması ile devletin ekonomik hayata olan etkisi sonlanmamaktadır. İhale yapıldıktan sonra akdedilen sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkacak hukuka aykırı hareketlerin de ekonomiye etkisi yadsınamaz. Bu safhada yapılan fiiller ise edimin ifasına fesat karıştırma suçu olarak düzenlenmiştir.



Devletlerin ekonomik hayattaki rolünün kamu kaynağının ekonomik hayata aktarılmasında çok daha fazla hissedildiği bir gerçektir. Bu gücün kullanılarak usulsüz ve haksız bir şekilde kamu kaynağının topluma paylaştırılmasının huzursuzluklara sebep olacağı açıktır. Bu sebeple özellikle kamu kaynağının topluma aktarılmasında devletin veya bir başka deyişle idarenin kullandığı en temel yöntem olan ihalenin keyfiliğini önlemek için sıkı usûlî esaslara bağlı olarak hayata geçirilmesi elzem haline gelmiş ve bu yönde hem ulusal hem de uluslararası hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştıran hareketlerdeki ihlalin ağırlığı dikkate alınarak bazıları için idari tedbirler, bazıları için ise cezai yaptırımlar düzenlenmiştir. Ağır ihlaller ceza yaptırımını nedeni olmuş, hafif ihlaller ise idari yaptırım nedeni olmuştur (Dilberoğlu, 2015).

1.1. Konunun ve Araştırmanın Önemi

İhaleye ilişkin yolsuzluklar, kamu kurumlarını ve Hazineyi zarara uğratmak suretiyle haksız kazanç elde etmenin en önemli ve en kestirme biçimidir. Genelde yolsuzluğun özelde ise ihale yolsuzluğunun artması, kamusal faaliyetleri ve kamu kaynaklarının etkin kullanımını zarara uğratmakta ve devleti zayıflatmaktadır. Bu sebeple, ihale yolsuzluklarının ve faillerinin tespiti, yolsuzluk yapan faillerin cezalandırılması ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan “yolsuzlukla mücadele” yükümlülüğünün en önemli unsurlarından birisidir.

Ülkemizde de kamu alımları konusunda yapılan harcamaların aşırı boyutlara ulaşması ve son zamanlarda yolsuzlukların sık sık gündeme gelmesi sebebi ile kamu ihalelerinin ve ihale suçlarının incelenmesi büyük önem arz etmektedir. Araştırmamızda da ihale mevzuatı ve ihale suçlarının kamuya vermiş olduğu zararlar ve bu alanda yapılmış olan düzenlemelere yer verilmiştir. Elde ettiğimiz değerlendirme ve sonuç, bu alandaki yanlış veya eksik gördüğümüz düzenlemelere çözüm önerileri getirecek niteliktedir.

1.2. Araştırmanın Amacı

Araştırmada, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile İhaleye Fesat Karıştırmak, Edimin İfasına Fesat Karıştırmak suçları bağlamında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamalarına, Kamu Zararı ile

ilişkilerine, eksikliklerine, uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilerek bu sorunların çözümüne ilişkin önerilerde bulunulması amaçlanmıştır.

1.3. Araştırmanın Kapsamı ve Ana Hatları

Çalışmamızın ana konusu ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları, kamu ihalelerinde yasaklılık durumu ve kamu zararı olmakla birlikte, kamu ihale mevzuatının uzmanlık ve bilgi gerektirmesi sebebiyle ve konunun daha net bir şekilde anlaşılabilmesi için ihalenin öncelikli olarak tanımlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu sebeple, beş ana bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde ihale kavramına, önemine ve tarihi gelişimine yer verilerek ihale sürecine hâkim olan ilkeler anlatılmıştır. İkinci bölümde, ihale türleri ve usulleri, ihale süreci ve bu süreçteki yasak fiil ve davranışlar ile kamu ihalelerinde yasaklılık durumu anlatılmıştır. Üçüncü bölümde, ihaleye fesat karıştırma suçu ayrıntılarıyla tanımlanmıştır. Suç hakkında genel bilgiler verilerek, suç ile korunan hukuki yarar, suçun maddi, manevi ve nitelikli unsurları ele alınmıştır. Suça teşebbüs, suçta iştirak ve suçların içtimai konuları üzerinde durulmuştur. Uygulamada yardımcı olması amacı ile suçun yaptırımına, soruşturma ve kovuşturma usulüne de ayrıca yer verilmiştir. Dördüncü bölümde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu hakkında genel bilgiler verilmiş olup suç ile korunan hukuki yarar, suçun maddi, manevi ve nitelikli unsurları ele alınarak suçun özel görünüş biçimlerine, yaptırım, soruşturma ve kovuşturma usulüne yer verilmiştir. Bu bölümde son olarak ihaleye fesat karıştırma suçu ile edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karşılaştırılması yapılmıştır. Beşinci bölümde ise kamu zararı kavramı, kamu zararının unsurları ve sorumluları, kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak kriterler ile “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları ile Kamu Zararı ilişkisi” incelenmiştir.

2. İHALE KAVRAMI, KAMU İHALELERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHSEL GELİŞİMİ, KAMU İHALELERİNİN ÖNEMİ İLE İHALE SÜRECİNDEKİ TEMEL İLKELER

2.1. İHALE KAVRAMI

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “İhale” kelimesi “İş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma” şeklinde tanımlanmıştır. Bu kavram



10/09/1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 4 üncü maddesinde “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri... ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır. 22/01/2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4 üncü maddesinde ise “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri... ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

2.2. KAMU İHALELERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ

İhale sistemini çok eski tarihlere götürmek mümkünse de tarihimizde modern anlamda ihalenin tipik örneklerinin başında iltizam sisteminin geldiği söylenebilir. İltizam sisteminde devlet vergi toplama görev ve yetkisini belirli süre ile ve açık artırma yöntemi ile mültezim adı verilen kişilere ihale etmektedir. Ancak iltizam sisteminin tam ve doğru anlaşılabilmesinin vergi hukuku ve diğer bazı bilim dalları üzerinden yapılacak analizler ile mümkün olabileceği düşünülmektedir. Zira günümüzde ihale kavramı ile daha çok spesifik alım ya da satımlar anlaşılmakta olup, vergi toplama yetkisi devletlerin asli unsurları arasında sayılabilmektedir (Alper ve Anbar, 2010).

Kamu alımlarının bir düzene bağlanması çalışmaları, Cumhuriyetin kurulmasından öncesine kadar dayanmaktadır. 1857 yılında çıkarılan Nizamname ve buna bağlı kararnamelerle Osmanlı İmparatorluğunda ihaleler gerçekleştirilmiştir (Demirboğa, 2006).

Türkiye Cumhuriyetinin kamu alımlarını düzenleyen ilk kanunu 02.05.1925 tarihinde yürürlüğe giren 661 sayılı “Hükümet Namına Vuku bulacak Müzayede ve Münakasa ve İhale Kanunu” dur. Bu Kanun çeşitli değişikliklerle 1934 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 1934 yılında 2490 sayılı “Arttırma Eksiltme ve İhale Kanunu” yürürlüğe girmiştir. Yaklaşık elli yıl boyunca kamu alımlarını düzenleyen ana mevzuat olma özelliğine sahip bu Kanunda da çeşitli tarihlerde 13 kez değişiklikler yapılmak suretiyle ihtiyaca cevap vermesi sağlanmaya çalışılmıştır (Ekşi, 2013).



2.2.1. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Dönemi

Genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri 10.09.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2886 No.lu Devlet İhale Kanunu ile düzenlenmiştir. Kamunun elindeki malların satılması ya da kiraya verilmesi işlemleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tarafından düzenlenmediğinden 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanacaktır (Keskin, 2006).

Diğer bir ifadeyle mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde, yani kamunun para harcamasını gerektiren işlerinde sadece 4734-4735 sayılı yasalar uygulanacak, harcamayı gerektirmeyen işlerde, yani gelir getirici işlerde ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanacaktır (Uz, 2008).

Ancak kamu ihale sisteminin şekillendiği süreç içerisinde yaşanan çeşitli aksaklıklar ve görülen eksikliklerin 4734 sayılı Kanunun ortaya çıkmasına neden olduğu söylenebilir. Gerek 4734 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, gerekse doktrinde yer alan eleştiriler içerisinde en önem taşıyanlardan birisinin 2886 sayılı Kanun'un, ihalelere ilişkin uluslararası düzenlemeler ve AB direktiflerine uygun olmadığı eleştirisidir. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanun'da göze çarpan en büyük eksikliğin ilgililere ihalelerde söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklara karşı etkili başvuru haklarının sağlanmamış olması ve söz konusu idari başvurunun gerektirdiği, hallerde ihale işlemlerinin yürütmesini durdurabilecek, ihale kararını iptal edebilecek, hakkı ihlal edilenlerin tazminat taleplerini iletebilecekleri bağımsız denetim organlarının bulunmaması öne çıkarılmıştır (Canbazoğlu, 2008).

2.2.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Dönemi

2000'li yılların başlarında, Türkiye'nin 2886 sayılı Kanun çerçevesinde 20 yıldır uyguladığı kamu alımları sisteminde çok büyük değişiklikler yapmasını gerektirecek, uygulamadaki sorunlar ve aksaklıklardan başka ulusal ve uluslararası düzeyde gelişmeler yaşanmıştır. Öncelikle AB adaylığı çerçevesinde mevzuatta, AB müktesebatına uyum amacıyla yapılacak değişiklik ve yenilikler arasında, kamu alımları mevzuatının ilgili AB direktiflerine



uyumlu hale getirilmesi de orta vadeli bir öncelik olarak yer almıştır. Ayrıca AB Komisyonu tarafından hazırlanan yıllık ilerleme raporlarında da kamu alımı düzenlemelerindeki mevzuat uyumsuzluğu ısrarla vurgulanmıştır (Akpınar,2020)

04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4734 sayılı Kanunun 2.maddesinde belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun kapsamındadır.

2886 sayılı Kanunun 1. maddesi, kamu harcaması yapılmasını gerektiren işler ile gelir elde edilmesine yönelik işleri birlikte düzenlemiştir. Farklı nitelikteki işlerin aynı kanunda düzenlenmesinin uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olduğu, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılabilmesi ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgün niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarla düzenlenmesi gerektiği gerekçesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hazırlanarak yasalaşmıştır (Göçerler, 2011).

01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile de kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usuller düzenlenmiş olup çeşitli değişikliklerle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmeleri düzenlemek ve uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla çıkarılan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu halen yürürlükte (Ekşi, 2013).

2.2.3. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler

Yukarıda aktarılan problemlerin 2886 sayılı Kanun ile aşılamayacağını ve ayrıca kamu harcamasını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, nitelikleri gereği kamuya gelir sağlayıcı işlerden ayrı hukuki düzenlemelere tabi olması gerekliliğinin anlaşılması sonucu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tasarıları 04.01.2002 tarihinde Meclis Genel Kurulu’nda kabul edildikten sonra 22.01.2002 tarihli ve



24648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 4734 sayılı Kanun’un Kamu İhale Kurumu’na ilişkin hükümleri Kanun’un yayım tarihinde, diğer hükümler ise 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Kara, 2019).

4734 s. Kanun ile ihale sistemimize getirilmiş olan yenilikler şu şekilde sıralanabilir (Kömürcü, 2006):

- Kamu Kurum ve kuruluşlarının neredeyse tamamı kapsama dahil edilmiştir.
- Kanun sadece harcamaya konu işleri kapsamaktadır.
- Ödeneği, uygulama projesi ve çevresel etki değerlendirme raporu (ÇED) olmadan ihaleye çıkılamayacaktır.
- Tahmini bedel uygulaması kaldırılarak yerine yaklaşık maliyet uygulaması getirilmiştir.
- İhaleye katılımda yeterlik kriterleri ayrıntılı olarak düzenlenmiş, müteahhitlik karnesi yerine iş bitirme belgeleri uygulaması getirilmiştir.
- Avrupa birliği ihale mevzuatına uygun ilan süreleri getirilmiştir.
- Yaklaşık maliyete göre aşırı düşük kalan tekliflerin nedenlerinin sorgulanması sağlanmıştır.
- İhale sonucunun ilanı zorunluluğu getirilmiştir.
- Kamu İhale Kurumu kurulmuştur.

2.3. KAMU İHALELERİNİN ÖNEMİ

İhaleler bir ülkede ulusal ve uluslararası iş çevrelerini, sanayi, ticaret, inşaat sektörlerini, bireysel ve kurumsal kuruluşları etkilemektedir. Madencilik, her türlü alt yapı hizmeti, elektrik, bilgisayar sistemleri, askeri silah ve mühimmat ve telekomünikasyon gibi burada saymadığımız



dev sektörlerde devletin hizmet birimleri kamu ihaleleriyle yerine getirilmektedir. Bu yolla ülkenin ekonomik verimliliğine yadsınamaz katkılar sağlamaktadır. Bununla birlikte kamu yararına yapılan bu alımlar mal ve hizmet alımları ve yapım işleri daha düşük fiyattan satın alma imkanı sunar. Yine ihaleler, kurumlar elden çıkarmak veya kiralamak istedikleri menkul ve gayrimenkul malları piyasa fiyatında veya üzerinde bir paraya satarak, tasarruf sağlamasına yardımcı olur (Akbulut, 2009).

Kamusal harcamaların ve kamu ihalelerinin önemi yalnızca devlet bütçesinin düzenlenmesi açısından değil, ekonominin canlanması, toplam talebin artırılması, para arzının düzenlenmesi, istihdam yaratılması ve gelirin yeniden dağıtılması gibi ekonomik ve sosyal sonuçları da bulunmaktadır. Bu yol ile toplumsal ihtiyaçların yerine getirilmesinde politik bir rol de oynar. Keza devletin ekonomi politikaları, büyük oranda kamu ihaleleri planlamasıyla şekillenir (Özkan, 2015).

Rekabet Kurumu 16.12.2010 T., 2010/3/213 E., 10-78/1625-625 K., sayılı kararında kamu ihalelerinin önemine şu şekilde işaret etmektedir; *“Kamu alımları, genel ekonomi içindeki yüksek payı ve harcanan paranın kamuya ait olması nedenlerinden dolayı üzerinde önemle durulan bir alandır. Kamunun ihtiyacı olan mal veya hizmetlerin en uygun fiyat ve kalitede temin edilebilmesi noktasında alım sürecinde rekabetin sağlanması, kamu alımlarının temel ilkeleri arasında sayılmaktadır. Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde de rekabet ilkesi yer almaktadır. Bu nedenle, rekabetin korunması en az diğer mal veya hizmet piyasalarında olduğu kadar kamu ihalelerinde de önemlidir. Kamu alımlarında rekabetçi açıdan etkin bir alım mekanizması iyi düzenlenmiş bir ihale sistemiyle sağlanabilir. Kaynakların onları en iyi değerleyecek olanlara dağıtımını sağlamak açısından iyi tasarlanmış bir ihale mekanizması en tercih edilen yöntemdir. Ancak ihalelerin amacı yalnızca düzenleyene yüksek gelir getirmesi değil bunun yanı sıra; Mevcut kaynakların optimum etkinlikte dağılımını, hizmetin sunumunda etkili ve sürdürülebilir rekabeti, devlet, yatırımcı ve tüketici için ekonomik değeri tam anlamıyla tesis edecek bir piyasa yapısını sağlamaktır.”*



2.4. İHALE SÜRECİNDEKİ TEMEL İLKELER

İhalede temel amaç, en uygun sözleşmecinin bulunup, idare açısından en elverişli sözleşmenin akdedilmesidir. Bu amaç gerçekleştirilirken tarafların ortak, tutarlı ve güvenilir ilkeler çerçevesinde hareket etmesi arzu edilen husustur. Nitekim bu hususlar ihale mevzuatına da yansımış bulunmaktadır.

4734 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde Kanunun temel ilkeleri, başka bir anlatımla Kanunun uygulanması aşamasında idareler tarafından göz önünde bulundurulması gerekli genel prensipler belirtilmiştir. Kanunun 5'inci maddesinde sayılan temel ilkeler esasen 4734 sayılı Kanunun diğer maddelerinde somutlaştırılmıştır. Bu çerçevede, 4734 sayılı Kanunun diğer maddelerini temelde 5'inci maddenin bir yansıması olarak değerlendirmek mümkündür (Demirel, 2014).

Kanunun 5'inci maddesinde, *“İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.*

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birarada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Cumhurbaşkanlığı hizmetlerinin özelliği ve güvenlik şartlarına uygun şekilde yerine getirilme zorunluluğu nedeniyle Cumhurbaşkanlığınca gerçekleştirilecek her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılabilir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.



İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz. ” hükmü yer almaktadır.

Diğer taraftan Kanunun 5’inci maddesindeki temel ilkelere ek olarak aynı Kanunun 62’nci maddesinde idarelerce uyulması gereken diğer kurallara yer verilmiş olup, idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işleri için ihaleye çıkılmadan önce bu hususlara uyulması zorunludur.

Kanunun 5’inci maddesindeki temel ilkeler;

- Saydamlık
- Rekabet
- Eşit Muamele
- Güvenirlik
- Kamuoyu Denetimi
- İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması
- Kaynakların Verimli Kullanılması
- Aralarında Kabul Edilebilir Doğal Bir Bağlantı Olmadığı Sürece Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşlerinin Bir arada İhale Edilememesi
- Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünememesi



- Açık İhale ve Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün Temel Usul Olması
- Gizlilik
- Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz
- Gerekli Olan İşlerde Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Raporu Almadan İhaleye Çıkılmaması

2886 sayılı Devlet İhale Kanununda ise ihale sürecine hakim olan ilkelere 2'inci maddede; “*Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır.*”

Başka başka istekliler tarafından karşılanması mutlak olan muhtelif işler bir eksiltmede toplanamaz. Ancak, ihalelerinin ayrı ayrı yapılacağı açıklanmak suretiyle ilanları birarada yapılabilir.

Bu Kanunda yazılı hallerden yararlanmak amacıyla ihale konusunu oluşturan işler kısımlara bölünemez. Ancak, istekli çıkmadığı takdirde, alım şekillerini değiştirecek mahiyette olmamak üzere önemli işlerin kısımlara ayrılması mümkündür.

İhaleler kesin zaruret olmadıkça işin mahiyetine göre en uygun fiyatla temini mümkün olan mevsimlerde yapılır.

Arsası temin edilmemiş, mülkiyet ve kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış olan ve gerekli olduğu halde imar durumu, tip yapılarda tatbikat, diğerlerinde avan projeleri ve bunlara dayalı keşifleri bulunmayan yapım işlerinde ihaleye çıkılamaz.

Ancak, arsa temin edilmesi, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı; bina ve benzeri mahiyetteki inşaatlar dışındaki ihalelerde aranmaz.” şeklinde değinilmiştir.



İhaleye fesat karıştırma suçu kapsamındaki fiiller, esas itibariyle ihaleye hâkim olan ilkelere de aykırılık teşkil etmektedir. Bu ilkelerin iyi anlaşılması, ihaleye fesat karıştırma suçunun tespitini kolaylaştıracak için ilkeleri aşağıda tek tek incelemekte yarar görmekteyiz (BAL, Mehmet, 2016).

2.4.1. Saydamlık (Aleniyet) İlkesi

2886 sayılı Kanun'da açıklık, 4734 sayılı Kanun'da ise saydamlık olarak tabir edilen ilkedен kasıt, kamu alımlarının katılımcılara karşı açık ve tarafsız bir tavır içerisinde yürütülmesine imkân veren usullerin işletildiği bir sistemdir. İhalelerde saydamlık, tüm ihale sürecinde ihaleye katılımcı olanlar açısından ihale ile ilgili bilgilere ulaşabilme, öğrenebilme ve görebilmeyi ifade etmektedir (Çalışkan,2003). Bu kapsamda ihalenin başlangıç tarihi, şekli, türü, ihaleye katılım şartları, uygulanacak kriterler, istenen belgeler, teklife dair hususlar, taleplerin ret edilen katılımcılara kararların gerekçesi gibi tüm hususların aleni bir şekilde itiraz edilebilecek mahiyette olması gerekmektedir. Böylelikle ihalenin başlangıcından sonuna kadar tüm aşamalar kamuoyu denetimi, bilgisi ve şahitliği nazarında gerçekleşmesi sağlanmış olacaktır (BAL, Mehmet, 2016).

Saydamlık ilkesi daha fazla katılımcının ihalelere katılmasını sağlaması sebebiyle rekabet ilkesi ile de yakından ilgili olmaktadır. Bu yönü ile eşitlik ve rekabet ilkeleri birbirini tamamlayıcı konumda bulunmaktadır (Sezer, 2002).

2.4.2. Rekabet İlkesi

İhalenin varlık sebebi olan bu ilke ile idareler rekabetin gerçekleşmesine yönelik olarak gerekli ortamı sağlamakta, rekabeti engelleyen türlü davranışlardan kaçınmakta, fiyatların oluşturulmasında hiçbir müdahaleye yer vermeden serbestçe belirlenmesini sağlamaktadır (Sarıtış, 2009).

Rekabet terimi genel bir yarışma ortamı olarak ifade edildiğinde, bu yarışmaya mümkün olduğunca çok sayıda kimsenin katılması, katılımcıların iradelerini özgürce ortaya koymaları, idarenin her katılımcıya eşit mesafede bulunması, adil yarışma kural ve ilkelerine uyulması esasları bu ilkenin temelini oluşturmaktadır (Eker Kazancı, 2007).



Dolayısıyla ihale açısından rekabet; gereksinimlerin en avantajlı ve en iyi şekilde giderilmesi için, ihaleye katılımın mümkün mertebe daha fazla olmasını sağlayacak tarzda ilan edilmesi, eşitlik ilkelerine uygun olarak şekil kurallarının uygulanması, fiyatların hiçbir kısıtlama ve müdahale olmaksızın serbestçe belirlenmesi, adaylar arasında seçimin tüm kişilerce daha önceden bilinen objektif nedenlere dayalı olarak yapılmasını sağlamaktır (Gönen ve Işık, 2008).

İhalede temel amacın, en uygun sözleşmecinin bulunup, en iyi sözleşmenin yapılması olduğu daha önce belirtilmiştir. Bunun temini de şüphesiz rekabet ilkesinin işletilmesiyle mümkün olacaktır. Diğer yandan rekabet ortamının sağlanamadığı kamu harcama ihalelerinde, ihtiyaçların yüksek fiyattan karşılanması sonucunda kamu kaynakları zarar görmektedir (Çalışkan, 2003).

2.4.3. Eşit Muamele (Eşitlik) İlkesi

Eşitlik ilkesi, sadece ihale mevzuatının ve Ceza Kanunu'nun aradığı bir ilke değil, bir değer olarak evrensel hukuksal kavramdır. Yine Anayasal bir değer olarak da Anayasa madde 10'da *"Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. ... Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* hükümleri düzenlenmiştir. Bu cümleden olarak amir hüküm gereğince ihaleyi yapan, idari makamlar her şeyden önce bu yönde hareket etmek mecburiyetindedir. Herhangi bir şekilde bu ilkenin ihlali Anayasaya ve kanunlara aykırılık hususu söz konusu olacaktır (Arıtürk, 2011).

İhale sürecinde eşitlik, ihalelerde adaylara veya aday olabileceklere kısaca tüm isteklilere ihalenin tüm süreçlerinde idare tarafından eşit muamele yapılması olarak tanımlanabilir (Özcan, 2017). Ancak genel ilke, eşitliğin sağlanması olmasına rağmen mutlak eşitlik, eşitlik değildir ilkesi gereğince mutlak eşitliğin bazı durumlarda hakkaniyete uygun düşmeyeceğini düşünmekteyiz. Zira ihalenin konusu gereği bazı durumlarda teknik, ticari, ileri teknoloji ve uzmanlık gerektiren hususlarda bu niteliğe sahip bir takım gerçek veya tüzel kişilere öncelik tanınması gerektiği ihale mevzuatı anlayışından çıkan bir sonuç olduğunu belirtmek gerekir.

Sözgelimi belli istekliler arasında ihale usulünde tüm katılımcılar ve adaylar yönünden eşitlik sağlandığı söylenemez. Aksi durum işin mahiyetine ters düşecektir (Bal, 2016).

2.4.4. Güvenirlilik İlkesi

Güven duygusu insan hayatındaki en önemli duygulardan biridir. Güvenin kaybedilmesi hem kişi hem toplum hayatında çok önemli olumsuzluklara sebep olmaktadır. Bu sebeple ihalelerin yapılmasındaki dayanak noktası olarak değerlendirilebilecek güvenilirlik ilkesi bütün sürecin üzerinde şemsiye etkisi yapmaktadır (Dilberoğlu, 2015).

Güvenirlilik ilkesi ile tarafların inisiyatifi azaltılmaya çalışılarak uygulamada birlikteliğin temin edilmesi ve sürecin adım adım tanımlanmış olması hedeflenmektedir. Sonuç olarak süreçteki işlem tanımlarının açık olması, bu ilkenin en önemli unsurunu oluşturmaktadır (Akman, 2003).

Güvenirlilik; ihale sürecinde görevli şahısların, bu süreçteki hal ve hareket ile ortaya konacak kurallar ve standartları ifade etmektedir. Bu bağlamda rüşvet, kayırma ya da etik olmayan sair davranışlar, sağlıklı bir ihale sisteminde olmaması gereken durumlardır. Nitekim kamu kaynaklarının söz konusu olduğu ihale işlemlerine, kamunun olması gerektiği şekilde güven duyması icap etmektedir. İhalelerde güvenilirlik yönteminden kasıt, salt ihale yetkililerine yönelik değil esasen katılımcılar yönünden de beklenen bir özelliktir (Uz, 2005).

2.4.5. Gizlilik

Her ne kadar kamu ihalelerinde aleniyet ilkesi söz konusu olsa da gizlilik ilkesi de çok önemlidir. Bu iki ilkenin bir arada var olması, her ne kadar öyle görünse de, aslında bir çelişki değildir. Zira gerek rekabetin, gerek güvenirliliğin gerekse de eşit muamele ilkelerinin uygulanabilmesi büyük oranda gizlilik ilkesi ile söz konusu olabilmektedir. Hatta bu ilkeler genel itibari ile birbirini tamamlamakta, birlikte var olmaktadır. Örneğin açıklık ilkesi gereği ihale koşullarının herkes tarafından bilinmesi ne kadar gerekirken gizlilik ilkesi gereği yaklaşık maliyetin bilinmemesi de bir o kadar önemlidir. Böylece hem eşitlik hem de rekabet sağlanmakta, bu ilkenin ihlal edilmesi ile de birtakım cezai sorumluluklar ortaya çıkmaktadır (Arslan, 2010).



2.4.6. Kamuoyu Denetimi (Hesap Verebilirlik)

Denetimin ve özellikle kamuoyu denetiminin bulunmadığı bir yerde keyfilik kaçınılmazdır. Bunun önüne geçilebilmesi keyfilikten uzak ve yolsuzluk iddialarının bulunmadığı bir ihale sisteminden söz edilebilmesi için, kamu kaynaklarının kullanımı konusunda halkın bilgilendirilmesi ve kamuoyu önünde hesap verilebilmesi gerekir (Arslan, 2008).

İdare tarafından gazete, diğer yayın araçları ve hatta internet ortamında yapılabilen ilanlar ile kamu harcamalarının hem rekabet ortamında gerçekleşmesi sağlanmakta, hem de kamuoyu tarafından izlenebilir bir ortam sunulmaktadır. Bu şekilde edinilen bilgilerle sadece aday ve istekliler değil, bu sıfatları olmamakla birlikte ileride bu sıfatı haiz olabilecek kişiler de, kamuoyunun denetimi için gerekli araçları kullanarak kamu harcamalarının ihalelerini, koşullarını izleyebilme imkânına kavuşmaktadırlar. Bu duyurularda, ancak gizlilik ilkesinin kapsamı dışındaki konular açıklanabilmektedir (Taşdelen, 2004).

2.4.7. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması

İhtiyaçların uygun şartlarla karşılanmasından, ihtiyaçların en iyi kalitede ve en uygun fiyatlarla temin edilmesi; ihtiyaçların zamanında karşılanmasından ise ihtiyaçların gecikmeden, gerektiği anda karşılanması ve ihalenin en elverişli mevsimde yapılması anlaşılmaktadır. İhale alıcılarının da yine aynı şekilde edimlerini zamanında yerine getirmesi, edimini süresinde ifa etmediği takdirde sözleşmede taraflarca kararlaştırılan cezai şartın etkin hale getirilerek edimlerini yerine getirmelerinin sağlanması anlamına gelmektedir (Taşdelen, 2004).

Bu ilkenin uygulanması temini zorunlu ve acil bir ihtiyaç olmadığı sürece, kamu harcamalarını azami miktarda kullanması sebebi ile vazgeçilmez olmaktadır. Ancak ilkenin kamu görevlilerince ihlali kamu kaynaklarının israfına sebep olmakta ve böylelikle kamuoyunun tepkisini çekmektedir (Demirel, 2017).

2.4.8. Kaynakların Verimli Kullanılması

İdare kendisine yönetme yetkisi veren kamunun kaynaklarını belirli ilkeler doğrultusunda kullanabilir. Bu ilkelerin en önemlilerinden biri verimliliktir. Çünkü kaynaklar sınırsız değildir. Sınırlı kaynaklar ile en iyi sonucu alabilmek için verimlilik ön planda tutulmalıdır. Ayrıca bu ilkenin sağlanması kamuoyu denetiminden idarenin yüzünün akıyla çıkmasını sağlayacaktır. Bu sebeple hem devletin harcamasına yönelik (alım) hem de devlete gelir getirecek (satım) ihalelerde verimlilik sağlanmalıdır. Yani hem alımda hem satımda devlet açısından en uygun bedelin bulunabilmesi önemlidir. Kaynakların verimli kullanılması sadece alımda en ucuz fiyat satımda en yüksek fiyat değildir. Önemli olan piyasadaki en uygun bedelin bulunabilmesidir (Dilberoglu, 2015).

Kaynakların verimli kullanılması konusunda idarelerin yetkili mercileri 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 8 çerçevesinde sorumlu olmaktadır. Bu maddede, *“Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından... sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır.”*, denilmek suretiyle ilgililerin sorumluluk çerçevesi çizilmektedir (Demirel, 2017).

2.4.9. Aralarında Kabul Edilebilir Doğal Bir Bağlantı Olmadığı Sürece Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşlerinin Bir arada İhale Edilememesi

Bu ilke 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenmiş olup buna göre, aralarında kabul edilebilir bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri için birlikte ihaleye çıkılamayacaktır. Bu ilkenin ilk amacı, kanun metninde de açıkça ifade edildiği üzere, eşik değerlerin altında kalınması amacıyla işin bölünmesinin engellenmesidir. Yasanın 63. maddesine bakıldığında yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan işlerin ihalelerine sadece yerli isteklilerin katılması, yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerinde kalan işlerde ise yerli katılımcılara %15 oranında fiyat avantajı sağlanması hususlarında idarelere takdir yetkisi tanınmış olduğu görülecektir. Bu ilke de idareye sağlanan bu takdir yetkisinin, idarece kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla yasaya eklenmiştir (Görmez, 2019).



2.4.10. Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünememesi

4734 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde *“Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.”* hükmü yer almaktadır. Kanunun 8'inci maddesinde de Kanunun uygulanmasında esas alınacak eşik değerler belirtilmiş olup, idarelerin yaklaşık maliyetlerini dikkate alarak öncelikle ihale edilecek işin eşik değerinin altında mı üstünde mi olduğunu belirlemeleri gerekmektedir. Zira ihale edilecek işin eşik değerinin altında olması halinde uygulanacak hükümler farklı, üstünde olması halinde uygulanacak hükümler farklıdır (Demirel, 2014).

İdareler tarafından aynı ihale konusu olabilecek işlerin kısımlara bölünerek, 4734 sayılı Kanunun 22'nci maddesinin (d) bendinde belirlenen parasal limitlerin altında kalmak suretiyle doğrudan temin yönteminin kullanılması da doğru değildir. Zira bu durum Kanunun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Söz gelimi, büyükşehir belediyesi sınırları içinde yer alan bir idarenin yaklaşık maliyeti 50.000 TL olarak belirlenen tadilat işini sırf doğrudan temin yöntemini kullanabilmek amacıyla 30.000 TL ve 20.000 TL olmak üzere iki kısma bölerek doğrudan teminle alım gerçekleştirmesi mevzuata aykırı olacaktır (Demirel, 2014).

2.4.11. Açık İhale ve Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün Temel Usul Olması

4734 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde *“Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeden çıkan sonuç, 4734 sayılı Kanun uygulamasında açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün esas olduğu, pazarlık usulüyle ihale yapılmasının ve bir ihale usulü olmayan doğrudan temin yönteminin kullanılmasının istisna olduğu ve sadece Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceğidir. Bu çerçevede, Kanunun 21'inci maddesinde pazarlık usulü ile ihale yapılabilecek haller, 22'nci maddesinde ise doğrudan temin usulüyle alım yapılabilecek haller sayılmıştır (Demirel, 2014).

Kanunda yer alan açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usullerinin temel usul olduğu ve diğer usullerin sadece Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceği ifadesi, ilk etapta

açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulünün ikisinin de her durumda kullanılabileceği ve herhangi bir özel şarta tabi olmadığı kanısını uyandırmakta ise de, bu doğru değildir. Zira, Kanunda belli istekliler arasında ihale usulünün hangi hallerde kullanılabileceğine ilişkin özel düzenleme mevcuttur (Demirel, 2014).

2.4.12. Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz

Kamu ihale hukukunun karakteristik özelliklerinden biri ekonomiyle doğrudan bağlantısının bulunmasıdır. Bu sebeple idarenin ihale sürecini başlatabilmesi için öncelikle ihale konusu işin ödeneğini ayırmış olması şarttır. Danıştay içtihadına göre, yeterli ödeneği bulunmayan iş için ihale yapılması yasağı; idare bütçesinde oluşan değişimlerin ihale sürecini etkilememesini, bu durumun kamu hizmetini aksatmamasını ve böylece idarî istikrarın sağlanmasını amaçlamaktadır (Üstün, 2018).

2.4.13. Gerekli Olan İşlerde Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Raporu Almadan İhaleye Çıkılmaması

Dünya geliştikçe ve teknolojik faaliyetler arttıkça çevreye verilen zararın telafisinin çok zor olduğu konusu artık herkes tarafından kabul edilmektedir. Özellikle gelişmiş ülkeler kendi yaşadıkları ortamları korumak için hassasiyetlerini arttırmışlardır. Türkiye'nin de üye olmak istediği Avrupa Birliği çevre konusunda hassasiyeti olan uluslararası bir organizasyon olup mevzuatında ve uygulamalarında bu durum açıkça görülmektedir (Dilberoğlu, 2015).

İhale konusundaki Avrupa Birliği uygulamasında "green tender" (çevreci ihale) kavramı ihalelerin çevresel etkileri konusunda önemli bir yer tutmaktadır. Maastricht anlaşmasının 6'ncı maddesinde açıkça çevrenin korunmasının önemli olduğu yazmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Birliği uygulamasında eko etiket uygulaması ve çevresel yasayı ihlal edenlerin ihalelere katılımını yasaklama gibi çevresel önlemler ihale alanında uygulamaya girmiştir (Dilberoğlu, 2015).

Ülkemizde de Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum sürecinde çıkartılan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile çevreye verilen zararın engellenmesi maksadıyla yapım işleri ihalelerinde inşaatların çevreye zararının önlenmesi amacıyla, ihalelerde ÇED raporunun gerekli olduğu



durumlarda ihaleye çıkılmadan önce bu raporun alınmış olunması (olağanüstü durumlar hariç) ön şartı temel ilkeler arasında sayılmıştır (Dilberoğlu, 2015).

3. İHALE TÜRLERİ, İHALE USULLERİ, İHALE SÜRECİ, İHALE SÜRECİNDE YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR İLE KAMU İHALELERİNDE YASAKLILIK DURUMU

3.1. İHALE TÜRLERİ

İhale türlerinden amaç, ceza hukuku ile muhafaza altına alınan ihale türlerinin kamu ihale hukuku açısından tespiti ve önemidir. İhale aşama ve sürecinde meydana gelen belli usulsüzlükleri müeyyide altına alan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 235’inci maddesinde bu hükmün konusunu oluşturan ihaleler “*mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri*” şeklinde belirtilmiştir. Zira 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda belirtilen ihale türleri; “*alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri*” şeklinde tanımlanmış iken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda ihale türleri, “*idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri*” şeklinde ifade edilmiştir. Maddede anılan ‘her türlü kaynak’ deyiminden; kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların tasarrufunda bulunan ve kamu harcaması yapılmasını ihtiyaç kılan kaynakları ifade etmektedir (Gönen ve Işık, 2008).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 235’inci maddesinde belirtilen “ihaleye fesat karıştırma” suçuna ilişkin farklı ihale türlerinden bahsedilmiştir. Çalışma konularımızdan birini Türk Ceza Kanununun ihale sürecinde vuku bulan ihlalleri yaptırımı altına alan 235. maddesi oluşturmaktadır. Bu nedenle TCK’nın 235’inci maddesinde yapılan ayırım çerçevesinde ihale türlerinin ele alınması maksada uygun düşecektir. TCK’nın 235’inci maddesinde ihale türleri; mal veya hizmet alım veya satım ya da kiralamasına ve yapıma ilişkin ihaleler şeklinde sıralanmıştır. Aşağıda bu ihale türlerinin kamu ihale hukuku çerçevesinde hukuki mahiyetlerinin açıklanması gerekmektedir (Bal, 2016).

2021 yılında sonuç bilgisi Kamu İhale Kurumuna gönderilen ve 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %43,56’sı mal alımı, %25,88’i yapım işi, %30,38’i hizmet alımı ve %0,18’i danışmanlık hizmet alımına aittir. İhaleler tutar bazında



değerlendirildiğinde ise ilgili dönemde Kanun kapsamındaki usullere göre gerçekleştirilen toplam kamu alımı harcamalarının %21,53'ü mal alımı, %61,82'si yapım işi, %16,16'sı hizmet alımı ve %0,49'u danışmanlık hizmet alımı olarak gerçekleştirilmiştir.

Tablo 1: 4734 sayılı Kanun Kapsamında Yapılan Kamu Alımlarının Türlerine Göre Dağılımı:

İhale Türü	Kamu Alımı Miktarı (Adet)		Kamu Alımı Tutarı (1000 TL)	
	2021 Yılı	%	2021 Yılı	%
Mal Alımı	28.743	43,56	54.782.640	21,53
Yapım İşİ	17.078	25,88	157.267.017	61,82
Hizmet Alımı	20.049	30,38	41.111.830	16,16
Danışmanlık Hizmet Alımı	121	0,18	1.241.352	0,49
Toplam	65.991	100,00	254.402.839	100,00

Kaynak: (https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2021_yili).

4734 sayılı Kanun mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerini kapsamına almaktadır. Buna göre yaptırılacak işin mal, hizmet veya yapım işlerinden hangisine girdiğinin tespiti önem arz etmektedir. Uygulanacak Kanun ve Yönetmelik hükümleri buna göre belirlenecek, işin yapım tanımı kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, hizmet tanımı kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, mal tanımı kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği düzenlemeleri esas alınacaktır.

3.1.1. Mal Alımı İhaleleri

Mal alımı 4734 sayılı KİK madde 4'te: *“Mal : Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları,”*

ve 2886 sayılı DİK madde 4'te: *“Alım, Satım: Taşınır ve taşınmaz mallar ile her türlü ihtiyaç maddeleri, hizmet ve hakların alım ve satımını, ...”* şeklinde düzenleme altına alınmıştır.



3.1.2. Yapım İhaleleri

Yapım ihalelerinin içeriği, DİK madde 4'te , “ *Her türlü inşaat, ihrazat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj*” şeklinde düzenlenmekte ve daha çok yaptırma esasına dayalı yol, köprü, baraj, kablo döşeme işlemleri gibi ihalelere ilişkin olmaktadır.

KİK m. 4'te ise yapım işlerini, “*Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihrazat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri*” şeklinde ifade edilmektedir. Böylelikle KİK m. 4'te sayılan yapım işleri, DİK kapsamına girmemekte; KİK m. 4 dışında olup, DİK 'te sayılan yapım işleri için DİK uygulanmaktadır (Gönen ve Işık, 2008).

3.1.3. Hizmet Alım ve Satım İhaleleri

Yapım ihalelerinde olduğu gibi hizmet alım ve satım ihalelerine ilişkin olarak da Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nda ayrı düzenlemeler mevcuttur.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 4'te “*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadaastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler*” şeklinde sıralanmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu madde 4'te ise “Kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre çalıştırılan aylıklı, ücretli, yevmiyeli ve sözleşmeli personel istihdamı hariç olmak üzere gerçek veya tüzelkişilere ücret karşılığında yaptırılan araştırma, sondaj, imalat, ilk örnek imalat,



istikşaf, etüt, harita, plan, proje kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetler olarak düzenlenmiştir” (Arıtürk, 2011).

3.1.4. Diğer İhale Türleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 235’te ifade edilen ihale türleri önceki başlıklar altında Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu yönünden ele alındı. Madde metninde ifade edilmeyen ancak Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu’nda ihale olarak bahsedilen “trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisine yönelik ihaleler de mevcuttur. Bu kapsamda, Türk Ceza Kanunu madde 235’te belirtilmeyen bu tür ihalelere fesat karıştırıldığında nasıl hareket edilmesi gerektiği sıkıntısı hâsıl olmaktadır (Arıtürk, 2011).

Failin eyleminin “ihaleye fesat karıştırma” suçunu meydana getirebilmesi için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yahut 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na tabi ihale olması mecburiyeti olmamakla beraber önemli olan bir ihalenin mevcudiyetidir. Bu sebeple de normal şartlarda ihaleye gereksinim duyulmadığı durumlarda sehven veya hatalı yorum neticesinde ihale yoluna gidilmiş ise artık ortada bir ihale bulunduğundan bu ihale fesat karıştırılması durumunda da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun madde 235 hükümlerinin uygulanabileceği iddia edilmiştir. (Arslan, 2010). Ancak Yargıtay’ın müstakar kararlarında suçun oluşumu için mevzuata uygun olarak açılan ve tamamlanan bir ihalenin mevcudiyetinin zaruri olduğuna dair görüşler mevcuttur. Konu ile ilgili olarak “Yargıtay 5 Ceza Dairesi’nin 30.04.2007 tarih, 2006/10848 Esas ve 2007/3041 Karar” sayılı ilamında *“dosyada anlatılı somut olayda ihaleye çıkartma şartlarının oluşmaması ve yapılan ihalenin hukuka aykırılığı sebebiyle ortada gerçek bir ihalenin var olmadığı, ihale koşulları oluşmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı, geline aşama itibariyle kamunun zararı söz konusu olduğundan yetkili şahıslar yönünden eylemlerin görevi kötüye kullanma, üçüncü kişinin eyleminin ise ilgili suça iştirak hükümlerini oluşturacağı”* belirtilmiştir (Tuğrul, 2013).

3.2. İHALE USULLERİ

4734 sayılı Kanun idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak ihale usullerini 18. maddede düzenlemiştir. Bu maddeye göre idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak usuller açık ihale usulü, belli



istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür. 2886 sayılı Kanun'da belirlenmiş bulunan ihale usulleri ise kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulüdür. Görüldüğü üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 2886 sayılı Kanun da yer almakta olan kapalı teklif usulünden vazgeçmiştir. Bunun yanında 4734 sayılı Kanun 4964 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ile daha evvel yasada ihale usulleri arasında sayılan doğrudan temin usulünü ihale usulleri arasından çıkararak 22. maddede ayrıca düzenlemiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulleri temel yöntemler olup diğer ihale usulleri ancak kanunda sayılan özel koşulların varlığı halinde uygulanabilecektir. Ancak bunun istisnası kanunun 48-52. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Şöyle ki, danışmanlık hizmetleri sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilebilecektir. Yani idareler danışmanlık hizmeti alımı ihalelerinde ihale usullerinden belli istekiler arasında ihale usulünü kullanmak zorundadırlar (Görmez, 2019).

3.2.1. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale usulleri

3.2.1.1. Kapalı teklif usulü

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 37. vd. maddeleri kapalı teklif usulünün nasıl yapılacağını açıklamaktadır. Buna göre bu usulde teklifler yazılı olarak yapılmaktadır. Bir zarfın içine teklif mektubu konulup zarf kapatılmaktadır. İstekli, yapışkan yeri imzalamakta veya mühürlemektedir. Zarfın üzerinde isteklinin adı, soyadı ve tebligata esas olarak göstereceği açık adres bulunur. Yeni bir zarfa, içinde teklif mektubu olan bu zarf ile birlikte geçici teminata ait alındı veya banka teminat mektubu ve istenilen diğer belgeler konulmakta ve dış zarf kapatılmaktadır. Dış zarfın üzerinde ise isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi ve teklifin hangi işe ait olduğu bilgisi yer almaktadır. İsteklinin teklif mektuplarını imzalaması ve bu mektuplarda şartname ve eklerinin tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, rakam ve yazı ile açık olarak teklif edilen fiyatın yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddedilerek hiç yapılmamış sayılır (Sancakdar, 2012).

İlanda belirtilen saate kadar, sıra numaralı alındılar karşılığında komisyon başkanlığına teklifler verilir. Alındı numarası zarfın üzerine yazılır. Teklifler iadeli taahhütlü olarak da gönderilebilir. Teklifin bu şekilde yapılması halinde dış zarfın üzerine komisyon başkanlığının



adresi ile hangi işe ait olduğu, isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi yazılır. Posta ile gönderilecek tekliflerin ilanda belirtilen saate kadar komisyon başkanlığına ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir (2886 sayılı Kanun m. 38/1).

Komisyon başkanlığına verilen teklifler herhangi bir sebeple geri alınamaz (2886 sayılı Kanun m. 38/2).

Tekliflerin açılma saati gelince, kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla belirtilir. Ardından dış zarflar hazır bulunan istekliler önünde alınış sırasına göre açılır. İstenilen belgelerin ve geçici teminatın tam olarak verilmiş olup olmadığı aranır. Dış zarfın üzerindeki alındı sıra numarası iç zarfın üzerine de yazılır (2886 sayılı Kanun m. 39/1).

Belgeleri ile teminatı usulüne uygun ve tam olmayan isteklilerin teklif mektubunu taşıyan iş zarfları açılmaz. Başkaca işleme konulmadan, diğer belgelerle birlikte kendilerine veya vekillerine iade olunur ve bunların ihaleye katılmaları mümkün değildir (2886 sayılı Kanun m. 39/2).

Dış zarflar açıldıktan sonra, teklif mektuplarını taşıyan iç zarflar açılmadan önce, ihaleye katılacaklar dışındakiler ihale odasından çıkarılır. Bundan sonra zarflar numara sırası ile açılır. Teklifler komisyon başkanı tarafından okunur veya okutulur ve bir listesi yapılır. Komisyon başkanı ve üyeleri bu listeyi imzalar (2886 sayılı Kanun m. 40/1).

Teklif mektupları şartnameye uymuyorsa veya başka şartlar taşıyorsa ya da Devlet İhale Kanunu'nun 37. maddesinin son fıkrasındaki *“Teklif mektuplarının istekli tarafından imzalanması ve bu mektuplarda şartname ve eklerinin tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen fiyatın rakam ve yazı ile açık olarak yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddolunarak hiç yapılmamış sayılır.”* hükmüne uygun değilse kabul edilmez (2886 sayılı Kanun m. 40/2).



Kapalı teklif usulü ile yapılan artırma ihalelerinde; geçerli en yüksek teklifin altında olmamak üzere, oturumda hazır bulunan isteklilerden sözlü veya yazılı teklif alınarak ihale sonuçlandırılır (2886 sayılı Kanun m. 40/3). Ancak, geçerli teklif sayısının üçten fazla olması durumunda bu işlem, geçerli en yüksek teklif üzerinden, oturumda hazır bulunan en yüksek üç teklif sahibi istekliyle yapılır. Üç teklif ile aynı olan birden fazla teklifin bulunması halinde ise bu istekliler dâhil edilerek yapılır (2886 sayılı Kanun m. 40/4).

Komisyon, uygun gördüğü her aşamada oturumda hazır bulunan isteklilerden yazılı son tekliflerini alarak ihaleyi sonuçlandırabilir. Bu husus, ihale komisyonunca ikinci bir tutanakla tespit edilir (2886 sayılı Kanun m. 40/5).

3.2.1.2. Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 44. maddesi belli istekliler arasında kapalı teklif usulünü ele alır. Buna göre diğer ihale usulleri yerine; uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi; teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir (2886 sayılı Kanun m. 44/1).

Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde Cumhurbaşkanınca bu hususta ayrıca karar alınması şarttır (2886 sayılı Kanun m. 44/2).

Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilerek bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması şarttır (2886 sayılı Kanun m. 44/3).

Bu usulle yapılacak ihalelerde ilan yapılma zorunluluğu yoktur. Gerekli görülen hallerde ihaleye davet edilecek isteklilerin seçimi için 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 17, 18 ve 19. maddeleri hükümlerine bağlı kalınmaksızın önseçim ilanı yapılabilir.

3.2.1.3. Açık teklif usulü

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 46. madde vd. hükümleri açık teklif usulünün nasıl uygulanacağını ele almıştır. Buna göre, açık teklif usulünde ihaleler, isteklilerin ihale komisyonları önünde tekliflerini sözlü olarak belirtmeleri ile yapılmaktadır. Ancak teklifler ilanda belirtilen ihale saatine kadar komisyon başkanlığına ulaşmış ise, 2886 sayılı Kanunu'nun 37. maddesi hükümlerinde bulunan kapalı ihale usulünde tekliflerin hazırlanmasına uygun olarak düzenleyecekleri tekliflerini iadeli taahhütlü bir mektupla da gönderebilirler. Eğer teklif sahibi komisyonda hazır bulunmuyorsa posta ile gönderilen teklif son ve kesin teklif olarak kabul edilir (2886 sayılı Kanun m. 46).

İlanda belirtilen ihale saati gelince, komisyon başkanı, isteklilerin belgelerini ve geçici teminat verip vermemiş olduklarını inceler. Kimlerin ihaleye katılabileceğini bildirir. Katılamayacakların belge ve teminatlarının geri verilmesi kararlaştırılır. Bu işlemler, istekliler önünde, bir tutanakla tespit edilir (2886 sayılı Kanun m. 47/1).

İhaleye giremeyecekler, tutanaktan sonra, ihale yerinden çıkartılır. Diğer istekliler, önce şartnameyi imzaya çağırılır. Sonra, sıra ile tekliflerini belirtmeye çağırılır. Yapılacak teklifler ihaleye ait artırma ve eksiltme kâğıdına yazılır. Bu kâğıt teklif sahipleri tarafından imzalanır (2886 sayılı Kanun m. 47/2).

İlk teklifler bu suretle tespit edilir. Daha sonra, komisyon başkanı, posta ile yapılmış teklifler varsa okutur. Bu teklifler de ihaleye ait artırma ve eksiltme kâğıdına yazılır. Bundan sonra istekliler sıra ile tekliflerde bulunmaya devam ederler. İhaleden çekilen istekliler olursa, bu durum ihaleye ait artırma ve eksiltme kâğıdına yazılır. Çekilen isteklilerin imzaları alınır. Bu istekliler yeniden teklifte bulunamazlar. İlgilinin imzadan çekinmesi halinde durum ayrıca belirtilir (2886 sayılı Kanun m. 47/3).



Tekliflerde yapılan indirim veya artırımların işi uzatacağının anlaşılması durumunda; isteklilerden komisyon huzurunda son tekliflerini yazılı olarak bildirmeleri istenebilir. Daha önce ihaleden çekilmiş olan istekliler ise bu durumda yazılı teklif veremezler (2886 sayılı Kanun m. 47/5).

3.2.1.4. Pazarlık usulü

Bu ihale usulü 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 50. madde vd. hükümlerinde ele alınır. Buna göre, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde teklif alınmasında şekil serbestisi mevcuttur. İhaleler, bir veya daha fazla isteklinin, işin nitelik ve gereğine göre komisyona yazılı veya sözlü teklifi ile ve bedel üzerinde anlaşması şeklinde gerçekleşir. Pazarlığın ne suretle yapıldığı, ne gibi tekliflerde bulunulduğu, üzerine ihale yapılanların neden tercih edildiği pazarlık kararında gösterilir.

Pazarlık usulü ile yapılacak işler, 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinde sayılmıştır.

“Pazarlık usulüyle yapılacak işler:

a) Yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dahil) ve nitelikleri itibariyle her yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, bu Kanunun 1 inci maddesinde gösterilen işler,

b) Silahlı Kuvvetlerin manevra ve planlı tatbikatlarının gerektirdiği ve acele olarak temini zorunlu her türlü ihtiyaçları; Silahlı Kuvvetler için Genelkurmay Başkanlığınca, güvenlik kuvvetleri için İçişleri Bakanlığınca tespit edilecek özel durumlardaki her türlü ihtiyaçları ve taşıma işleri,

c) Önceden düşünülmesi mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gerekip, kapalı veya açık teklif usulünün uygulanmasına yeterli süre bulunmayan işler; diğer ihale usulleriyle temin edilemeyeceği açıkça belli olan işler; bilgisayar alımı, kiralınması, bakım ve onarımı; her çeşit araç ve gerecin yetkili servislerine yaptırılacak periyodik bakım ve onarımları; yedek parça ve lastik alımları,



d) 29 uncu maddeye göre ihalenin yapılmaması veya sözleşmenin bozulması nedeniyle, yeniden yapılacak ihalelerin sonuçlandırılmasına kadar geçecek süre içindeki ihtiyaç maddelerinin alımı,

e) 43 üncü ve 49 uncu maddeler uyarınca, pazarlık usulüyle sonuçlandırılacak işler,

f) İdarelerin, müştereken veya iştirak halinde sahibi bulundukları taşınmaz mallardaki paylarının paydaşlara kiraya verilmesi,

g) Kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen, Devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralanması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralanması ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi,

h) Hazinesin veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki baraj, dalyan, voli yerleri, göller, havuzlar, nehirler ve nehir ağızlarındaki av yerleri ile deniz ve iç sularda belirlenmiş yerlerdeki su ürünleri üretim hakkının, 22.3.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa göre Tarım ve Orman Bakanlığınca kiraya verilmesi,

i) Özellikleri nedeniyle belli isteklilere yaptırılmasında yarar görülen her türlü hizmet, eğitim, araştırma, etüt ve proje, planlama, müşavirlik, keşif, harita, fotoğraf, film, baskı, sergileme, kontrol, muayene işleri ile teknik, fikri ve güzel sanatlarla ilgili çalışmayı gerektiren diğer işler,

j) Para, tahvil, senet, pul, altın, gümüş, mücevher gibi kıymetlerle, güzel sanatlarla ilgili veya tarihi değeri bulunan eşyanın özel ambalaj, koruma, sigorta ve taşıma işleri,

k) Çabuk bozulan, saklanması tehlikeli olan, saklama giderleri değerine veya beklemeden doğacak yararına oranla yüksek bulunan malların satımı,



l) Tek kişi veya firma elinde bulunan taşınır mal, hak ve hizmetlerle, belirli taşınmaz malların alımı veya kiralanması,

m) Ordu binek ve yük hayvanları ile damızlık olarak veya aşı, serum üretmek veya kontrol ve araştırma işlerinde kullanılmak üzere hayvan alımı,

n) Milli Güvenlik nedeniyle gizli tutulması zorunluluğu Cumhurbaşkanınca kabul edilen işler,

o) Hazineye mal edilmiş batık gemiler ile denize düşmüş malların çıkarılması,

p) (Değişik : 2/3/1984 - 2990/8 md.)

Özellikleri nedeniyle yabancı ülkelerden sağlanması zorunlu olan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri.

(a), (b), (c), (d), (i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işler için şartname düzenlenmesi, tahmini bedel tespiti, teminat alınması ve sözleşme yapılması zorunlu değildir.

(i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işlerde Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınır.”

3.2.1.5. Yarışma usulü

Bu ihale usulü, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 52. maddesinde ele alınmaktadır. Buna göre, her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işler gerekli görüldüğünde, idarelerce yarışma ile yaptırılabilirler. Bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya, pazarlıkla ihale edilebilir.

İdareler kuruluş kanunları ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yer alan işlere ilişkin yarışmaların yürütülmesiyle ilgili yönetmelikleri hazırlarlar. Mimarlık, mühendislik proje yarışmalarıyla ilgili yönetmelik Bayındırlık Bakanlığınca hazırlanır.



3.2.2. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale usulleri

3.2.2.1. Açık ihale usulü

Açık ihale usulü, 4734 sayılı KİK madde 19'da düzenlenmiş olup, işin özelliklerinin gerektirdiği yeterliğe sahip bütün isteklilerin teklif verebildiği ve ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakıldığı bir usuldür. İhale isminin açık olmasından kasıt, ihalenin herkese açık olmasıdır. İdare, mal ve hizmet alımı ile yapım işlerindeki ihtiyaçlarını temin etmek için temel ihale usulü olan açık ihale yöntemini kullanacaktır.

Kamu İhale Kurulunun 2004/UM.Z-1474 sayılı kararına göre; açık ihale usulünde teklif veren sayısı ve limitlerine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. İhaleye tek katılımcı olması durumunda verilen teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu ihale komisyonunca kabul edilirse, ihale tek katılımcı olarak ihaleye giren kişiye bırakılabilecektir.(Gök, 2009). Yine Kamu İhale Kurulunun 2005/UM.Z-1097 sayılı kararına göre; açık ihale usulü kavramıyla, tekliflerin açık olması değil, ihale konusunda faaliyet gösteren tüm mal tedarikçilerinin, hizmet sunucularının veya yapım yüklenicilerinin katılabilmelerinin serbest olduğu ifade edilmektedir.

Kanun'da ve idarenin ilan ettiği ihale şartnamesinde yazılı genel şartları taşıyan herkes, bu ihaleye katılabilecektir. İhaleye, istenilen başvuru niteliklerine sahip olan ve usulüne uygun olarak teklif veren adaylar arasından, KİK 10. maddede yazılı yeterlilik değerlendirme kriterlerine göre, en avantajlı teklif veren yüklenici tespit edilerek ihale süreci tamamlanır.

Bu ihale türünde teklifler kapalı zarf içinde hazırlanarak idareye verilir. İhale sırasında istekli ile hiçbir konuda (Fiyat, teknik koşullar, taahhüdün nasıl gerçekleştirileceği, vs.) pazarlık yapılmaz. Sadece KİK madde 37'de sayılı durumlarda, isteklilerden yazılı olarak açıklama yapılması istenebilir (Karagüzel, 2019).

Tekliflerin ne şekilde hazırlanacağı ve idareye sunulacağı hususu ayrıntılı bir şekilde KİK 30. maddesinde belirtilmiştir. Açık ihale usulünde teklifler kapalı bir zarf içinde ihaleyi düzenleyen idareye teslim edilir. Buna göre, teklif mektubu ve geçici teminat da dâhil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulur. Zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu



ve ihaleyi yapan idarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir. Teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulur. Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklif mektubunun ad, soyad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması zorunludur. Mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif teklifler de aynı şekilde hazırlanarak sunulur. Teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında idareye verilir. Bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmez ve açılmaksızın iade edilir. Teklifler iadeli taahhütlü olarak da gönderilebilir. Posta ile gönderilecek tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir. (Karagüzel, 2019).

İstekliler açısından ihaleye katılma ihale dokümanında teklif verme süresi olarak belirlenen sürenin bitimine dek kapalı teklif mektubu usulü ile tekliflerini sunmaları ile gerçekleşmektedir. Tekliflerin sunulmasından sonraki değerlendirme aşaması, tamamıyla tekliflerin şartnameye ve ihale dokümanlarına uygunluğu yönünden değerlendirilmesine ve buna göre ihale sürecinin sonuçlandırılmasına yöneliktir. KİK'in 30'uncu maddesinin son fıkrasında zeyilname düzenlenmesi hariç verilen tekliflerin herhangi bir nedenle geri alınamayacağı ve değiştirilemeyeceği ifade edilmiş, KİK'in 40'ıncı maddesinin birinci fıkrasında ihalenin değerlendirilmesi sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı yazıldığından istekli ile hiçbir konuda pazarlık yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır(Karagüzel, 2019).

Açık ihale usulü saydamlık ilkesinin vuku bulduğu, tam rekabet ortamını gerçekleştirmeye yönelik, teklif ve değerlendirmenin aynı anda yapıldığı, DİK madde 37 ve devamında düzenlenen “kapalı teklif verme usulü (ilan)” gibi temel olarak benimsenmiş bir ihale usulüdür. Açık ihale usulünün dışında bir ihale usulünün seçilmesi halinde, gerekçelerin belirtilmesi gerekir. Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilmesi zorunlu olan bir işin pazarlık usulü veya doğrudan temin usulü ile yaptırılması ihalenin



geçerliliğini etkileyeceği için, denetim makamlarınca ihalenin geçerli görülmemesine de yol açabilecektir (Gönen ve Işık, 2008).

3.2.2.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür (4734 s. Kanun m. 20).

Kanun iki halde belli istekliler arası ihale usulünün uygulanabilir olduğunu belirtmiştir:

a) Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işler ve

b) Yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işleri

Bu noktada tartışılması gereken husus, açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü arasında nasıl bir ilişki olduğudur. 4734 s. Kanun'un 5. maddesine göre açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel ihale usulleridir. Ancak Aynı Kanun'un 20. maddesi bize, belli istekliler arasında ihale usulünün ancak belli bazı hallerde uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla 20. madde hükmü ışığında denilebilir ki; işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmemesi halinde mal ve hizmet alımı ile yapım işi ihaleleri; aynı zamanda yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşmamış olan yapım işi ihaleleri ancak açık ihale usulü ile yürütülebilir. Madde metninde ifade edilen "yaptırılabilir" ibaresinden yola çıkarak, belirtilen şartlardan birisinin sağlanması halinde ise, idarelerin açık teklif usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü arasında tercih yapabilmeye yönelik takdir hakları bulunduğu söylenebilir (Kara, 2019).

Bu usulde idare öncelikle, ihaleye katılmada yeterlilik kurallarının düzenlendiği 10. madde uyarınca, adayların ön yeterlilik koşullarını değerlendirecek, ön yeterlilik değerlendirmesinde asgari koşulları sağlayamayan istekliler yeterli kabul edilmeyeceklerdir. (4734 s. Kanun, m. 20/2-3).

İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir. Teklif veren istekli sayısının üçten az olması



nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir (4734 s. Kanun, m. 20/4).

Teklif veren sayısının üçten az olması halinde uygulanacak usul 4734 s. Kanun'da belirtilmiş ise de, ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması halinde nasıl bir usul izleneceğine ilişkin Kanun'da hüküm bulunmamaktadır. Bu halde öğretilde, şartları oluşmuşsa doğrudan temin ya da pazarlık usulüne ilişkin hükümlerin işletilebileceği görüşü ifade edilmektedir (Uz, 2005).

3.2.2.3. Pazarlık Usulü

İhale usulleri 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 18. maddesinde temel ihale usulleri arasında sayılmış ancak bunun yanında belirli koşulların gerçekleşmesi halinde uygulanacak bir yöntem olarak 21. maddede düzenlemiştir. Buna göre pazarlık usulüne;

a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması,

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,

d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması,

e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi,

f) İdarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları (Bu bentte yer alan eşik değerler ve parasal limitlerin 01.02.2022 tarihinden itibaren uygulanması ile ilgili olarak, 20/01/2022 tarihli ve 31376 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Kurumunun 2022/1 No.’lu Kamu İhale Tebliğinde 728.072,-TL (Yediyüzyirmisekizbinyetmişiki Türk Lirası) güncelleme yapılmıştır),

hallerinde başvurulabilecektir. Burada önemli olan nokta pazarlık usulüne göre alım yapılabilmesi için bu koşullardan birinin gerçekleşmesinin elzem olmasıdır. Çünkü 4374 sayılı Kanun’un 5. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere temel usuller açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü olup diğer usuller kanunun aradığı şartların sağlanması halinde uygulanabilecektir. Dolayısı ile bu şartların sağlanamaması halinde pazarlık usulüne başvurulamayacaktır (Uz, 2005).

Tablo 2’de 2021 yılında Kamu İhale Kurumuna sonuç bilgisi gönderilen 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %71,99’u açık ihale usulü ile, %27,82’si pazarlık usulü ile, %0,19’u ise belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir. Tutar bazında bakıldığında, gerçekleştirilen ihalelerin %70,72’sinde açık ihale usulü, %27,44’ünde pazarlık usulü ve %1,84’ünde ise belli istekliler arasında ihale usulünün uygulandığı görülmektedir. (https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2021_yili).

Tablo 2: 4734 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu Alımlarının İhale Usullerine Göre Dağılımı

İhale Usulü	Kamu Alımı Miktarı (Adet)		Kamu Alımı Tutarı (1000 TL)	
	2021 Yılı	%	2021 Yılı	%
Açık İhale Usulü	47.510	71,99	179.911.089	70,72
Belli istekliler A.İhale	125	0,19	4.678.977	1,84
Pazarlık Usulü	18.356	27,82	69.812.774	27,44
Toplam	65.991	100,00	254.402.839	100,00



3.2.3. 4734 sayılı Kanun Kapsamında Özel Düzenlemeler İle Belirlenen Usuller

3.2.3.1. Danışmanlık Hizmet Alımları

4734 s. Kanun'un 48. maddesine göre *"mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadaastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır."* Maddenin devamında *"danışmanlık hizmetleri, bu bölümde yer alan hükümlere uygun olarak sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilir"* hükmü bulunmaktadır. (Kanun maddesindeki *"teknik, malî, hukukî veya benzeri alanlarda niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olduğu, özel uzmanlık ve deneyim gerektirdiği idarece tespit edilen hizmetler"* ifadesi 5812 s. Kanun'la (RG, T.05.12.2008, S. 27075) madde metninden çıkarılmıştır. Değişiklik öncesi dönemde idarelerin, madde metninde belirtilen işlerle ilgili her tür durumda danışmanlık hizmet alım usulüne başvuramayacağı, ancak ve ancak niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olduğu, özel uzmanlık ve deneyim gerektirdiği idarece tespit edilen işler için bu yola başvurulabileceği, idarenin takdir yetkisinin de denetime açık olduğu ifade edilmekteydi. İlgili değişiklik sonrası idarelerin bu tür alımlarla ilgili takdir yetkisinin daha da genişlediği söylenebilir) (Uz, 2005). Bu nedenle danışmanlık hizmet alımları ayrı bir ihale usulü olmayıp, temelde belli istekliler arasında ihale usulünün farklı bir görünümünü oluşturmaktadır. Şu halde danışmanlık hizmet alımları; 1) Belli istekliler arasında ihale usulü uygulanarak; fakat 4734 s. Kanun m. 48 hükümlerine göre ihale edilir. 2) Ancak yaklaşık maliyeti Kanun'un 13'üncü maddenin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının dört katının altında kalan danışmanlık hizmetleri, hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebilir. Bu halde Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği uygulama alanı bulur. 3) Son olarak ihale konusu iş 4734 s. Kanun'un 21. ya da 22. maddesindeki şartları taşıyorsa, danışmanlık hizmeti pazarlık usulüne ya da doğrudan temin usulüne göre gördürülebilir (Kara, 2019).

3.2.3.2. Bir Alım Yöntemi Olarak Doğrudan Temin

Bu usul 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesinde düzenlenmiştir. Doğrudan temin, 2003 değişikliği ile ihale usulleri arasından çıkarılmıştır. Değişikliğin gerekçesinde, esasen bir ihale usulü olmayan doğrudan teminin ihale usulleri arasından çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve



usullerin Kanun'un 22. maddesinde düzenlendiği belirtildiğinden, kamusal bir alım yöntemi olduğu kabul edilmekte de olsa ihale usulleri arasından çıkarıldığı anlaşılmaktadır (Altıparmak, 2014). Dolayısıyla doğrudan temin gibi ihale harici tüm kamu alımları sürecinde kanuni tipe uygun fiil ve davranışlar meydana gelmiş olsa dahi ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır (Çalışkan, 2013). Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun 13-16 Haziran 2013 tarihleri arasında Mardin'de yaptığı hukuki müzakere toplantılarında ihaleye fesat karıştırmak suçu yönünden yapılan değerlendirmeler içerisinde *“Doğrudan teminin bir ihale yöntemi olmadığı, bu nedenle bu usule göre yapılmış alımlarda TCK'nın 235. maddesinin uygulama alanı olmadığı, ancak TCK'nın 257. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği”* belirtilmiştir.

2004 yılı Kamu İhale Genel Tebliği gereğince 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesinde belirtilen hallerde ihtiyaçlar 18. maddede yazılı kurallara uyulmaksızın temin edilebilecektir. Yani bu usulde ilan yapılmaksızın, teminat alınmadan, ihale komisyonu kurmadan ve yasanın 10. maddesinde sayılı yeterlik kriterleri aranmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişinin piyasada fiyat araştırması yapması sonucu elde edilecek veriler ile kamu ihtiyaçları doğrudan temin edilecektir. Fakat alımı yapılacak ihtiyaç veya hizmetin belirli bir süreyi gerektirmesi halinde alımı yapacak olan idarenin takdiri ile sözleşme yapma yoluna da gidilebilecektir. Şu hallerde doğrudan temin usulüne başvurulabilecektir;

a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi,

b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması,

c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması,

d) Büyükşehir belediyesi sınırları dâhilinde bulunan idarelerin 218.395 Türk Lirası, diğer idarelerin 72.752 Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iâşeye ilişkin alımlar (Kamu İhale Kurumu'nun 2022/1 sayılı



Tebliğî ile 20.01.2022 tarihli ve 31725 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanmış olup 2022 yılına ilişkindir),

e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması,

f) Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları,

g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları,

h) 08.01.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanun un 22 ve 36’ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları,

ı) Türkiye İş Kurumunun, 25.06.2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,

i) Seçim dönemi bitmeden önce seçimlerin yenilenmesine veya ara seçime ya da Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulmasına karar verilen hallerde; Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ve filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı ile oy pusulası basım hizmeti alımı, mahalli seçimlerde ise İl Seçim Kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı

hallerinde ihale yetkilisince görevlendirilecek kişinin piyasada fiyat araştırması yapması sonucu elde edilecek veriler ile kamu ihtiyaçları doğrudan temin usulü ile temin edilebilecektir (Görmez, 2019).



2021 yılında sonuç bilgisi Kamu İhale Kurumuna gönderilen doğrudan temin yoluyla gerçekleştirilen kamu alımlarının adet olarak %67,88'i mal alımı, %2,97'si yapım işi, %29,07'si hizmet alımı ve %0,08'i danışmanlık hizmet alımına aittir. Doğrudan teminler tutar bazında değerlendirildiğinde ise ilgili dönemde alımların %61,15'inin mal alımı, %4,93'ünün yapım işi, %33,82'sinin hizmet alımı ve %0,10'unun ise danışmanlık hizmet alımı olarak gerçekleştirildiği görülmektedir.

Tablo 3: Doğrudan Temin Yoluyla Yapılan Alımların Alım Türüne Göre Dağılımı

Alım Türü	Kamu Alımı Miktarı (Adet)		Kamu Alımı Tutarı (1000 TL)	
	2021 Yılı	%	2021 Yılı	%
Mal Alımı	369.899	67,88	8.067.457	61,15
Yapım İşİ	16.169	2,97	651.002	4,93
Hizmet Alımı	158.431	29,07	4.461.440	33,82
Danışmanlık Hizmet Alımı	414	0,08	13.578	0,10
Toplam	544.913	100,00	13.193.476	100,00

Kaynak: (https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2021_yili).

3.3. İHALE SÜRECİ

Kanundaki tanımlama ve mevzuat uyarınca ihale süreci, ihtiyacın ortaya çıkmasından sözleşme düzenlenmesi gereken hallerde sözleşme aşamasına diğer durumlarda ise ihale konusu işin yerine getirileceği ve/veya ihale konusu malın teslim edileceği ve/veya ihale komisyonu ya da ihale yetkilisi tarafından ihale yapılmamasına veya iptal edildiği ana kadar yapılan tüm iş ve işlemleri kapsayan süreç olarak tanımlanmaktadır (Ünal, 2017).

İhalenin süreçleri temel olarak üç aşamadan oluşmaktadır:

HAZIRLIK AŞAMASI

1. İhtiyacın Ortaya Çıkması

2. Teknik Şartnamenin ve İhale Dokümanının Hazırlanması

3. Yaklaşık Maliyetin Tespiti

4. İhale Usulünün Belirlenmesi

5. İhale Onayının Alınması

6. İhale Komisyonunun Kurulması ve İhalenin İlanı

İHALE AŞAMASI

7. İhaleye Katılma

8. Tekliflerin Sunulması ve Değerlendirilmesi

9. İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması

SÖZLEŞME AŞAMASI

10. Sözleşmeye Davet ve Sözleşmenin Yapılması

HAZIRLIK AŞAMASI

3.3.1. İhtiyacın Ortaya Çıkması

Birimlerde ihtiyaç duyulan mal veya hizmet alımına ilişkin talep harcama yetkilisine bildirilir. O yıl bütçesinde ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz (4734 s. Kanun, m. 5).

İdare, ihalelere ilişkin iş ve işlemlere başlamadan önce Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) kapsamında bir ihtiyaç raporu hazırlayacaktır. Hazırlanan bu raporda yer alan bilgiler daha sonra ihale ve ön yeterlik dokümanının hazırlanmasında da kullanılmaktadır. İhtiyaç raporu hazırlandıktan sonra EKAP'tan ihale kaydı yapılarak işlemlere devam



edilecektir. Yapılacak işlemlerin takip edilebilmesi için kaydı yapılan ihaleye sistem tarafından geçici bir numara verilmektedir. İhale onay işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra EKAP'tan İhale Kayıt Numarası (İKN) alınarak daha önceden oluşturulmuş ihtiyaç raporu ile İKN ilişkilendirilir. İKN, ihale onayı ile bağlantılı olup, ihale onayı değiştirildiğinde ve/veya iptal edildiğinde idarece İKN iptal edilmektedir. Aynı işle ilgili olarak yeni bir ihale onayı alındığında ise, idarece yeni bir İKN alınması gerekmektedir (Kamu İhale Genel Tebliği, m. 30).

3.3.2. Teknik Şartnamenin ve İhale Dokümanının Hazırlanması

İhale dokümanı "ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri" ifade eder (4734 s. Kanun, m. 4). Başka bir deyişle ihale dokümanı, istekli olabileceklere satılan bilgi ve belgelerin bütünüdür ifade eder (Arapgirli ve Demirel, 2013).

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlattırılabilir (4734 s. Kanun, m. 12/1).

İdari şartname; mal, hizmet ve yapım işlerine ilişkin yönetmeliklerin ekinde standart form olarak belirtilmiştir. İdarelerin görevi EKAP üzerinden ilgili tip şartnamelerdeki boşlukları mevzuata uygun bir şekilde doldurmaktır. İdari şartnamelerde bulunması gerekli olan asgari hususlar 4734 sayılı Kanun'un 27. maddesinde düzenlenmiştir.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır (4734 s. Kanun, m. 12/2).



İhale dokümanını oluşturan belgelerde çelişkilerin bulunması (örneğin; yaklaşık maliyetin farklı tutarlarda belirtilmesi) durumu, ihalenin iptali sebebi olabilecektir (KİK, K.N. 2011/UH.III-482, T. 31.01.2011). İhale dokümanı ile sözleşme hükümleri arasında çatışma olduğu durumlarda ise ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır (Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne Ekli Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme m. 8/1).

İhale üzerinde kalan istekli tarafından sunulan ürünlerin teknik şartnameye uygun olmadığı anlaşırsa ihale iptal edilir. Konuyla ilgili Danıştay'ın kararı "*İdare Mahkemesi'nce; davacı şirket tarafından sunulan numunelerin şartnameye uyup uymadığının tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği; bilirkişi raporunda özetle; sunulan ürünlerin bir kısmının teknik şartnameye uygun olmadığı belirtilmiştir; bu durumda; davacı şirket tarafından sunulan ürünlerin teknik şartnameye uygun olmadığı anlaşıldığından, ihalenin iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş (...) anılan Mahkeme kararının onanmasına (...) karar verildi.*" şeklindedir. D. 13. Dairesi, E. 2015/2026, K. 2015/3144, T. 15.09.2015, (www.kazanci.com.tr). Aksi durumda ihale dokümanlarının açık, net ve herkes tarafından anlaşılır biçimde hazırlanmaması ve bu nedenle kimi isteklilerin hatalı teklif vermesi, ihale serbest rekabet ilkesine aykırılıktan ötürü iptal edilecektir.

3.3.3. Yaklaşık Maliyetin Tespiti

Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz (4734 s. Kanun, m. 9).

Kamu ihalelerinde yaklaşık maliyetin hesaplanması büyük önem taşımaktadır. Yaklaşık maliyetin hesaplanmasında dört yöntem bulunmaktadır (<http://www.rekabet.gov.tr>): Buna göre;

1. Yaklaşık maliyetin idarece önceki benzer işler için yapılan araştırma ve ihale sonuçlarından hareketle hesaplanması,

2. Yaklaşık maliyetin başka idareler tarafından yapılan benzer ihale tecrübelerinden faydalanılarak hesaplanması,

3. Yaklaşık maliyetin piyasada fiyat araştırması yapılarak, firmalardan teklifler alınarak hesaplanması,

4. Yaklaşık maliyetin iş ile ilgili Bakanlık tarafından belirlenen "birim fiyatlar" kullanılarak hesaplanması yöntemleri uygulanabilir. İdareler genellikle dördüncü yöntemi tercih etmektedirler. Çünkü bu yolla hesaplanan maliyet "resmi fiyatlara" dayanan bir maliyet olacağı için, diğer üç yolun tercih edilmesi ile ortaya çıkabilecek bazı olumsuz isnatlardan korunmuş olacaktırlar.

İhale sürecinde yaklaşık maliyet hesabı iki temel amaca hizmet eder. İlk idareler ihaleye çıkacakları işin yaklaşık olarak ne kadara mal olacağını hesaplayarak bütçe ve finansal durumlarına göre hareket etme imkânı yakalarlar. Diğer yönden ise ihaleye teklif verecek olan isteklilerin kendi aralarında anlaşarak, ihale konusu işin gerçek maliyetinin çok üzerinde teklifler vermek suretiyle idarelerin yüksek fiyatlar üzerinden sözleşmeler yapmasının önüne geçilmektedir (Kaplan, 2012).

3.3.4. İhale Usulünün Tespiti

4734 s. Kanun'da düzenlenmiş ve yukarıda açıklanan ihale usullerinden işin niteliğine uygun düşen usul belirlenerek ihale usulü tespit edilir.

3.3.5. İhale Onayının Alınması

4734 s. Kanun'un "ihale işlem dosyası" kenar başlıklı 7. maddesine göre ihalesi yapılacak her iş için bir işlem dosyası düzenlenir. Bu dosyada ihale yetkilisinden alınan onay belgesi de



bulunmalıdır. İhale yetkilisinden onay alınmadan ihalenin hazırlık aşamasının bitirilmesi hukuken mümkün değildir (Arslan, 2012).

İhale onay belgesi sadece Kanun'da öngörülen ihale usullerinin (açık ihale, belli istekliler arasında ihale ya da pazarlık usulü) uygulandığı hallerde gereklidir. Başka bir ifadeyle doğrudan temin usulü ya da diğer istisnai hükümlere göre yapılacak alımlarda, ihale onay belgesi değil, harcama belgeleri yönetmeliklerinde düzenlenen onay belgeleri doldurulacaktır (Kara,2019).

İhale onay belgesinin imzalanması ihale aşamasına geçişi ve dolayısıyla harcama yapma yetkisini verdiği için (Arslan, 2012), belgenin 5018 s. Kanun'da belirtilen harcama yetkililerince imzalanması gerekmektedir (Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ (Seri No: 1)).

3.3.6. İhale Komisyonunun Oluşturulması ve İhalenin İlanı

Kamu İhale Komisyonu, Kamu İhale Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmektedir. Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği'nin İhale Komisyonu Kurulması ve Çalışma Esasları başlıklı 20.maddesinin (b) bendinde İhale komisyonu, tek sayıda olmak üzere başkan dahil en az beş kişiden oluşur. Üyelerden en az ikisinin ihale konusu işin uzmanı ve diğer bir üyenin muhasebe veya mali işlerden sorumlu personel olması zorunludur. İhale komisyonunun görevlendirilmesi sırasında komisyonun eksiksiz toplanacağı dikkate alınarak, asıl üyeler ile bu üyelerin yerine geçecek aynı niteliklere sahip yeterli sayıda yedek üyenin isimleri ve bu üyelerin komisyonda hangi sıfatla yer alacakları belirtilir (Akpınar, 2020).

İlan ile ilgili konu 4734 sayılı Kanun üç temel madde ile düzenlenmiştir;

4734 s. Kanun'un 13. maddesi ihale ilan süreleri, kuralları ve ön ilan ile ilgili olup süreler ile ilgili temel ölçüt yaklaşık maliyetin eşik değeri aşıp aşmaması hâlidir. Bu durumlara bağlı olarak Kanun'da farklı süreler öngörülmüştür (4734 s. Kanun, m. 13/1). 4734 sayılı Kanunu'nun 13.maddesinin 5.bendinde ön ilanın taşınması gereken şartlar belirtilmiştir. İhale ilanlarında bulunması gereken zorunlu hususlar ilgili Kanunun 24. maddesinde düzenlenmiş

olup ihale dokümanında belirtilmeyen hususlara ilânlarda yer verilemez. Belli istekliler arasında ihale usulünde yapılacak ön yeterlik değerlendirme ilanları ise, ön yeterlik ilanlarda bulunması zorunlu hususlardan olup Kanunun 25.maddesinde düzenlenmiştir (Akpınar, 2020).

4734 sayılı Kanunun 26.maddesinde belirtildiği üzere (13, 24 ve 25.) maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilânlar geçersizdir. Bu durumda, ilân bu maddelere uygun bir şekilde yenilenmedikçe ihale veya ön yeterlik yapılamaz.

Ancak, 13 üncü maddede belirtilen ilânın yapılmaması veya ilân sürelerine uyulmaması halleri hariç, yapılan ilânlarda 24. ve 25. madde hükümlerine uygun olmayan hatalar bulunması durumunda, 13'üncü maddeye göre yirmi beş ve kırk günlük ilan süresi bulunan ihalelerde ilânların yayımlanmasını takip eden on beş gün diğer ihalelerde ise on gün içinde hatalı hususlar için düzeltme ilânı yapılmak suretiyle ihale veya ön yeterlik gerçekleştirilebilir. Nitekim KİK kararında *İhale dokümanında bulunan kimi eksikliklerin ihale ilanına da yansıdığı durumlarda, ihale dokümanında bulunan eksiklikler zeyilname ile düzeltilebilirken, ilanda bulunan eksiklikler için mutlaka bir düzeltme ilanına çıkılması gerekmekte olup, idarenin ihale ilanındaki eksikliği de zeyilname ile düzeltmesi mümkün değildir* (KİK, 2014).

İHALE AŞAMASI

3.3.7. İhaleye Katılma

4734 sayılı Kanunun 28. maddesinde “*İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur. İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir*”.

İhaleye teklif sunmak isteyenler tekliflerini 4734 s. Kanun'un 30. maddesinde belirtilen niteliklere uygun olarak hazırlamalıdır. Tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye ulaşması şarttır. Tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir. Verilen



teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez (Danıştay, 2011).

4734 sayılı Kanunun 11.maddesinde “ihaleye katılamayacak olanlar” düzenlenmiş olup, ikinci fıkrasında belirtilen ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamayacağını aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamayacağını ayrıca üçüncü fıkrasında yer alan ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketlerin de bu idarelerin ihalelerine katılamayacakları belirtilmiştir.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir (4734 s. Kanun, m. 11).

Katılma yasağı kararları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir (4734 s.Kanun, m.58).

3.3.8. Tekliflerin Sunulması ve Değerlendirilmesi

İsteklilerin ihale için hazırlayacakları tekliflerini belirli usul çerçevesinde yerine getirmesi gerekmektedir (Gözler, 2013). Belirtilen usule Kanunun 30.maddesinde yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanunun 30. maddesinde; *“Teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulur. Zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu*



ve ihaleyi yapan idarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir.

Teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulur. Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklif mektubunun ad, soyad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması zorunludur. Mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif tekliflerde aynı şekilde hazırlanarak sunulur.

Teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında idareye verilir. Bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmez ve açılmaksızın iade edilir. Teklifler iadeli taahhütlü olarak da gönderilebilir. Posta ile gönderilecek tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir.

Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez.” şeklinde belirtilmiştir.

Teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye verilir. İhale komisyonunca ihale dokümanında belirtilen saatte kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla tespit edilerek, hazır bulunanlara duyurulur ve hemen ihaleye başlanır. İhale komisyonu teklif zarflarını alınış sırasına göre inceler. 30 uncu maddenin birinci fıkrasına uygun olmayan zarflar bir tutanak ile belirlenerek değerlendirmeye alınmaz. Zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır. (4734 sayılı m.36).

İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. İstekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır. Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan



belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturum kapatılır. (4734 sayılı Kanun m.36 2.fıkrası)

4734 sayılı Kanunun 37. maddesinde “*İhale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını isteyebilir. Ancak bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilmez ve yapılmaz.*

Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36 ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır.” şeklinde belirtilmiştir.

İhale komisyonu verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. Değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir (4734 s. Kanun,m.38).

Kanunun 39. maddesinde; “*İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum*



bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir.” şeklinde belirtilmiştir.

3.3.9. İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması

4734 sayılı Kanunu’nun 40.maddesince ihalenin karara bağlanması ve onaylanması, ilgili Kanun’un 37 ve 38’ inci maddelerine göre yapılan değerlendirme sonucunda, ihale ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır. “Ekonomik açıdan en avantajlı teklif”, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir (Akpınar, 2020).

“En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

İhale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunar. Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen bedeller, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir.

İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.

İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır.”
(4734 sayılı Kanun, m.40)

İhale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir. (4734 sayılı Kanun’un 41.maddesi).



3.3.10. Sözleşmeye Davet ve Sözleşmenin Yapılması

4734 sayılı Kanunu'nun 41.maddesinde belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir (4734 sayılı Kanun'un 42.maddesi).

Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır (4734 sayılı Kanun'un 43.maddesi).

İhale üzerinde kalan istekli, 42 ve 43' üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir. Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir. Ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 42'nci maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye usulüne uygun bir şekilde tebligat yapılır. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir. (4734 sayılı Kanunun 44. maddesi).

İdare, 42 ve 44. maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, istekli sürenin bitmesini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde istekliye geçici teminatı geri verilir ve istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanır (4734 sayılı Kanun 45. madde).



İdarenin sözleşmenin imzalanmaması nedeniyle isteklilere ödemiş olduğu zararlar, sebep olanlara tazmin ettirilir ve ayrıca görevliler hakkında (4734 s. Kanun m.60) idari ve cezai yaptırım uygulanır (4734 sayılı Kanun 45. madde).

Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir (4734 sayılı Kanun 46. madde).

İhalenin sözleşmeye bağlanması, 4734 sayılı Kanunun 46. maddesinde zorunlu tutularak, taahhüdün yerine getirilmesinde ortaya çıkabilecek olan muhtemel ihtilafların önüne geçilmesi amaçlanmıştır (Akpınar, 2020).

3.4. İHALE SÜRECİNDE YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR

3.4.1. Genel Olarak

İhaleyle varılmak istenen sonucun elde edilebilmesi için, Kanunda soyut şekilde bazı ilkelerin öngörülmesi tek başına yeterli değildir. Ayrıca, benimsenen ilkelerin ihale sürecine egemen olmasını sağlayacak mekanizmaların oluşturulması ve bunların ihlali halinde yaptırıma bağlanması gerekmektedir (Arslan, 2008). Ancak bu şekilde caydırıcılık ve etkinlik söz konusu olabilecektir.

Yasal mevzuatlar çerçevesinde, ihaleye hâkim ilkeleri sağlamayı amaçlayan normlar olan DİK m. 83 ve KİK m. 17 ve KİSK m. 25’de yer alan ve ihlali halinde yaptırımları öngörülen yasak fiiller, inceleme konularımızdan biri olan ihaleye fesat karıştırma suçunu da oluşturmaktadır. Konuyla bağlantılı olması dolayısıyla kısaca bunlara değinmek gerekmektedir.

3.4.2. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununa Göre İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlar

İhale sürecinde yasak fiil ve davranışlar DİK Dördüncü Kısımda “İhale İşlerinde Yasaklar ve Sorumluluklar” başlığı ile düzenlenmiştir.

İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında:

- a) *Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,*
- b) *Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak,*
- c) *İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak.*

yasak fiil ve davranışları oluşturmaktadır. (madde 83)

Yukarıda sayılı yasak fiil veya davranışlarda bulundukları anlaşılanlar, bu fiil ve davranışla ihalenin gerçekleştirilmesi aşamasında vuku bulmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete’de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar. Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır. (madde 84)



Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir. (madde 84)

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez. (madde 84)

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler. (madde 84)

İhale, muayene ve kabul komisyon veya heyetlerinin başkan ve üyeleri ile diğer ilgililer, görevlerini kanuni gereklere göre tarafsızlıkla yapmadıkları ve taraflardan birinin zararına yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde haklarında disiplin cezası uygulanacağı gibi, fiil ve davranışlarının özelliğine göre ceza kovuşturması da yapılır. Ayrıca, tarafların bu yüzden uğradıkları zarar ve ziyan da kendilerine ödettilir. (madde 86)

3.4.3. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlar

KİK 17'nci madde ihaleler ile ilgili yasak fiil veya davranışları düzenlenmiştir:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Madde düzenlemesinde yer alan bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama, yasak fiil ve davranışları sergileyenler gerçek ve tüzel kişiler hakkında ceza soruşturması için Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunma, bu işleri yapan görevliler hakkında ilgili mevzuat gereğince disiplin cezası uygulama gibi hükümler uygulanır. (madde 58-59-60).

Yukarıda sayılı yasak fiil ve davranışlar ihale sürecindeki yansımaları ihale sürecinin bütününe yayılmıştır. Yaklaşık maliyetin belirlenmesi ve gizli tutulması bu yasak fiil ve davranışlardandır.

İdarenin ihale yoluyla satın aldığı mal ve hizmetler ile yapım ve onarım işlerinde ödeyeceği ücretin piyasa şartlarında olması için ihale sürecinin başında idare tarafından bir takım piyasa fiyat araştırmaları ile tahmini olarak yaklaşık maliyet hesabı yapılır.

İdare açısından bütçenin doğru ve verimli kullanılabilmesi için yaklaşık maliyet hesabı önemli iken alınacak hizmet/mal veya yapılacak yapım işi için verimliliğin korunabilmesi için de yaklaşık maliyetin gizliliği önem arz etmektedir. Yaklaşık maliyetin doğru ve sağlıklı tespiti, yaklaşık maliyete bağlı bütün düzenlemelere yansarak ihale sürecinin etkinliğini ve işlerliğini temin etmektedir.



Nitekim KİK 9. Maddede: “Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan kişilere açıklanamaz.” ve 62. Madde 1/d bendinde: “İdarelerce bütçesinin programlanmasında, ihalede ise isteklilerce verilen tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere tespit edilen yaklaşık maliyet isteklilere duyurulmaz.” Hükümleri ile kanun koyucu tarafından gizlilik konusunda kesin bir düzenleme yapılmıştır.

Kanunun yaklaşık maliyet konusundaki bu yaklaşımı, rekabet, gizlilik, eşitlik, ihtiyaçların uygun zamanda ve şartlarda karşılanması ilkeleriyle de yakından ilişkilidir. Dolayısıyla bu gizliliğe riayet edilmesine yönelik düzenlemelere uyulması zorunludur. Bu gizliliğe riayet etmeyen danışmanlık hizmet sunucuları, ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı sorumlu olacaklardır.

İhale sürecinin bu aşamasında, yaklaşık maliyete ilişkin gizliliğin ihlali, ihale sürecinde gizli kalması gereken bilgilerin açıklanmasından dolayı, ihaleye fesat karıştırma suçu da oluşabilecektir. Bu husus, TCK 235. madde 2/b bendinde: “Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkasının ulaşmasını sağlamak ...” hükmü ile yaklaşık maliyetin gizliliğini ihlal edilmesi ihaleye fesat karıştırmanın seçimlik hareketlerinden biri olarak belirtilmiştir.

Hileli davranışlarla mevzuata aykırı bir ihale usulünü belirlenmesi halinde, ilgililer bakımından diğer unsurların da oluşması kaydıyla ihaleye fesat karıştırma suçunu gündeme getirebilecektir. Ancak ihalenin hatalı bir usul kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda (Açık ihaleye yerine pazarlık usulünün tercih edilmesi gibi) ihale yetkilileri bakımından görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir (Gök, 2009).

İhale dokümanının cüzü olan ve işin esas niteliğine ilişkin en önemli dokümanlardan teknik şartnameler idareler tarafından bazı durumlarda danışmanlık firmalarına hazırlatılabilir. Böyle durumlarda teknik şartnameyi hazırlayan danışmanlık firmalarının ortak olduğu veya yönetiminde yer alınan şirketler ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketler danışmanlığını yaptıkları işlerin ihalesine katılamayacaklardır. (madde 11)



Birden fazla isteklinin katılımına engel olmak için ihale doküman bedelinin yüksek belirlenmesi, belli kişilerin ihaleye girmesine sağlayacak şekilde şartnameye hüküm konulması, ihale dokümanından sayılan zeyilnamenin, teklif verme gününden en az on gün öncesinde değişikliğe ilişkin bilgi edinmelerini temin edecek şekilde ihale ve ön yeterlik dokümanı alanların tümüne gönderilmemesi gibi yapılacak ihaleye etkili olacak bazı davranışların gerçekleştirilmesi de yasak fiil ve davranışlardan olup ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabilecektir (Sarı, 2019).

İhale ilanının ihale mevzuatına aykırı bir şekilde yapılması, teklifin ihale mevzuatına uygun sunulmaması, hileli davranışlarla teklifin mevzuata ve ihale dokümanlarına uygun olmadığı halde uygun olduğu kabul edilerek değerlendirmeye alınmasının sağlanması, teklifin süresi içerisinde yapılmamış olmasına rağmen süresinde teklif verilmiş gibi hileli davranışlarla süresinden sonra verilmiş teklifin değerlendirilmeye alınmasının sağlanması, cebir veya tehdit kullanmak ya da hukuka aykırı diğer hileli davranışlarla ihaleye teklif verilmesinin engellenmesi, yaklaşık maliyete göre ekonomik açıdan en uygun teklifin belirlenmesi aşamasında mevzuatın öngördüğü şekilde takip edilmesi gereken prosedür takip edilmeden yapılan değerlendirmeler, ihale sürecinde istekliden alınan belgelerin incelenmesi, sonrası varsa eksik belge ve bilgilerin mevzuata aykırı usullerle tamamlanması veya eksik değilmiş gibi işlem yapılması, isteklilerin ihale yetkililerine teslim ettiği bilgi ve belgeler eksik olmadığı halde hileli davranışlarla eksik olduğu gerekçesiyle değerlendirme işlemine alınmaması, ihale komisyonu tarafından aşırı düşük olduğu belirlenen tekliflerle ilgili yazılı açıklamalar istenmeden reddedilmesi veya açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmemesi, katılma yeterliğine sahip olmayan isteklilerin hileli davranışlarla ihaleye katılmasının sağlanması ya da katılma yeterliğine sahip olduğu halde isteklinin ya da isteklilerin katılma yeterliliğine sahip olmadığı gerekçesiyle ihaleye katılımının engellenmesi, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olabilecek yasak fiil ve davranışlardandır (Sarı, 2019).

3.4.4. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlar

KİSK madde 25 uyarınca yasak fiil ve davranışlar şu şekilde sayılmıştır:



“Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*
- b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*
- c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.*
- d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.*
- e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.*
- f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.*
- g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.”*

Sözleşme yönetimi sürecinde görev alanlar açısından; görevi gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmamak, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunmak, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa etmek, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanmak, denetim eksikliği nedeniyle işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması yasak fiil ve davranışlardandır (Ünal, 2017).

3.5. KAMU İHALELERİNDE YASAKLILIK DURUMU

3.5.1. Tanımı

İhaleden yasaklamayı; rekabet, saydamlık, eşitlik ve kamuoyu denetimine açıklık gibi ilkeler merkezli kamu alım sistemini bozmaya yönelik birtakım ihlallerde bulunan gerçek veya

tüzel kişilerin geçici veya sürekli olarak ihalelere katılmaktan menedilmesi olarak tanımlamak mümkündür (Zor, 2006). Yine kavramı, ihalede rekabet serbestisinin istisnai olarak subjektif bakımdan sınırlandırılması (Onar, 1966) olarak da ifade edebiliriz.

İhale sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yer verilen kuralların ve sürece hakim olan temel ilkelerin ihlal edilmesini önleme amacıyla getirilen bu müessese, hakkında uygulandığı gerçek veya tüzel kişiyi ekonomik olarak zor duruma sokacak veya kârdan mahrum bırakacak olması nedeniyle caydırıcıdır (Az, 2021).

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca ihaleden yasaklama kararı verilebilmesi için yasaklamaya konu ihalenin bu kanunlara göre yapılmış olması gerekir. İhale bu kanunlara göre yapılmadıysa, ihalenin tabi olduğu kanunda 4734 sayılı Kanun, 4735 sayılı Kanun veya 2886 sayılı Kanun'a atıf yapılmış olması gerekmektedir. Aksi halde ilerleyen bölümlerde inceleyeceğimiz üzere ihaleden yasaklama kararları için uygulanması zorunlu olan kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır (Az, 2021).

3.5.2. Hukuki Niteliği

Yasaklama işlemine uygulanacak ilkeler ve yasaklama işleminin tabi olacağı hukuki rejimin tespiti bakımından öncelikle hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

İdari işlemi, “idare veya idare adına hareket etmekte olan özel hukuk kişileri tarafından, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belirli bir süreç dahilinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya kişilere ait nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamaları” (Akyılmaz, 2000) şeklinde tanımlayabiliriz. 4735 sayılı Kanun'un “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 26. maddesinin gerekçesinde, “Kamu ihaleleri sonucunda imzalanan sözleşmelerin uygulanması sırasında idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla yasak fiil ve davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında, fiil ve davranışlarının özelliğine göre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına

alınmıştır.” ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda, idarelerce tesis edilen yasaklama işlemi, organik açıdan idarelerce alınan, kişilerin hak ve hürriyetlerine kısıtlama getiren, hukuki alanda hüküm ve sonuçları olan irade açıklaması olması nedeniyle bir idari işlemdir (Az, 2021).

Danıştay’a göre idari yaptırımlar,

“idari düzeni bozucu nitelikteki idari ihlaller sonucunda öngörülen, kişilerin hak ve hürriyetleri açısından sınırlandırıcı etkiler doğuran bireysel nitelikli idari işlemlerdir.”
(Danıştay, K: 2008/4117)

İdari yaptırım kavramını, yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar (Özay, 1985) olarak tanımlayacak olursak bu tanıma göre, idarelerce tesis edilen yasaklama işlemi, kanunlarda yer verilen bazı yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları nedeniyle kişilerin ihalelere katılımlarını kısıtlayarak hukuki alanda sonuç doğurduğundan, idarenin kolluk faaliyeti çerçevesinde uyguladığı bir idari yaptırımdır.

Bu noktada, idari yaptırımlar için yapılan bir takım sınıflandırmalardan ve yasaklamanın bu sınıflandırma içinde nerede yer aldığından bahsedecek olursak,

“idari yaptırımlar için yapılması gereken en doğru sınıflandırma, idari cezalar ve idari tedbirler şeklinde ayrıştırılması, akabinde de idari cezaların kendi içinde regülatif idari cezalar, kabahat cezaları ve disiplin cezaları olarak üç başlıkta toplanması, idari tedbirlerin ise, geçici engelleme, idari iznin geri alınması, eşyaya geçici el koyma ve atipik idari tedbirler olarak ayrıştırılmasıdır.

İdari ceza niteliğindeki yaptırımlar ile idari tedbir niteliğindeki yaptırımları birbirinden ayırt etmek pratik bir zorunluluktur. Çünkü idari cezalara idare hukuku ilke ve kuralları yanında ceza hukukunun çekirdek hukuki güvenceleri de ayrıca uygulanırken, idari tedbirler için idare hukuku ilke ve kuralları ile genel olarak idari yaptırımlar için öngörülen idari usul kuralları dışında ceza hukuku gibi başka hukuk dallarının ilke ve kurallarının uygulanmasına ihtiyaç yoktur.” (Ulusoy,2013).



İdari tedbirler, ihalelerin tabi olduğu temel ilkeleri ihlal edecek durumda olan kişilerin ihale sürecine başından itibaren hiç katılmamalarını temin etmek üzere önleyici nitelikteki uygulamalardır. İdari cezalar ise ilgili mevzuat hükümlerinin ihlali üzerine ihlali bastırıcı ve cezalandırıcı kapsamda uygulanmaktadır (Canbazoglu, 2017).

Danıştay'ın yasaklama işleminin hukuki niteliği hususundaki tutumu, yasaklama işleminin bir idari yaptırım olduğu yönündedir. Bu husus bir kararında,

“ihaleden yasaklama kararının verilebilmesi için kanun metninde sıralanan fiillerin sabit olması yeterlidir. Ancak, ceza hukuku açısından ihaleden yasaklama fiilinin nitelenmesi ve değerlendirilmesi ile idare hukuku açısından bu fiilin nitelenmesini ayrı değerlendirmek gerekir. Çünkü ihalelerden yasaklama işlemi asıl olarak idari yaptırım niteliğindedir. Bu fiilin sübut bulup bulmadığı değerlendirildikten sonra, adli yargı mercilerince verilen cezai sorumluluğa ilişkin kararlar, idari yargı mercilerince ihalelerden yasaklama fiilinin hukuki denetiminde dikkate alınacaktır. Ancak, adli yargı mercilerinin kişilerin cezai sorumluluğuna yönelik verecekleri kararlarda, maddi olayın gerçekleşmediği yönünde tespiti içermesi hâlinde idari işlemin sebep unsuru olarak dikkate alınacaktır. Aksi durumda, idari yargı yerleri, idari yaptırım niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin tüm unsurlarını idare hukuku çerçevesinde değerlendirecektir.” (Danıştay, K:2015/765).

şeklinde dile getirilmiştir.

İhaleden yasaklama işleminin, ihale katılımcılarının mevzuatta belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunması nedeniyle, bu kişileri cezalandırma amacı güttüğü ve araya yargı kararı girmeden idarece tesis edildiği göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda yer verilen Danıştay görüşü ve doktrindeki görüşlerde de genel kabul gördüğü üzere, ihaleden yasaklama idari yaptırım niteliğindedir.

3.5.3. Amacı

Kamu ihaleleriyle, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasıyla beraber sosyal devlet politikalarının geliştirilmesi de amaçlanır. Devlet, ihale politikaları yoluyla bölgesel kalkınma, KOBİ'lerin desteklenmesi, AR-GE çalışmalarına ayrılan kaynakların artırılması, teknoloji



yoğun bir üretim tarzı, yatırım politikalarının kâr maksimizasyonu için gözden geçirilmesi, belli sektörlere yönelik yatırımların desteklenmesi, işsizliğin önlenmesi ya da azaltılması, ödemeler dengesinin kurulması, ihracat ve ithalat politikalarının düzeltilmesi gibi amaçlara ulaşmak için piyasaya yön vermektedir (Özkan, 2014).

Kamu ihaleleri yolsuzluğun en sık karşılaşıldığı alanlardandır. Bu itibarla, kamu alımları sisteminin ayrılmaz bir parçası da sistemi bozucu fiil ve davranışlara karşı en uygun yaptırımların belirlenmesidir.

Yolsuzluğun gerçekleşmesinde yasalardan kaynaklanan nedenler, yasadaki boşluktan; belirsizlikten veya yaptırım ve cezaların caydırıcı olmayışından kaynaklanabilir. Kamu ihalelerinde verilen paranın karşılığının en iyi şekilde elde edilebilmesi için yapılacak ihaleleri düzenleyen etkili bir mevzuatın bulunması zorunludur (Sezer, 2012).

Yolsuzluğu önlemek, ekonomik kamu düzenini korumak amacıyla; şeffaf, güvenilir ve rekabet içerisinde gerçekleşmesi gereken ihalelere, bazı kimselerin statüleri gereği katılmaktan yasaklanması; bazı kimselerin ise mevzuatta belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları nedeniyle katılmaktan yasaklanması öngörülmüştür. Kamu ihale sistemini bozucu fiil ve davranışlar karşılığında ihaleden yasaklama yaptırımı öngörülerek, kişilerin bu davranışlarda bulunmaktan caydırılması suretiyle kamu ihale sisteminin ve ekonomik kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır (Az, 2021).

3.5.4. Uygulanacak Ceza Hukuku İlkeleri

İhale katılımcılarının mevzuatta belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları nedeniyle cezalandırılması amacı güttüğü ve araya yargı kararı girmeden idarece tek yanlı olarak tesis edildiği için idari yaptırım olduğunu kabul ettiğimiz ihaleden yasaklama işleminin, Anayasa Mahkemesi'nce ve doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul edildiği üzere idari yaptırımlar içerisinde idari ceza olduğu düşüncesine katıldığımızı belirtmiştik (Az, 2021).

Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında,

“Anayasa’nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değerin ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir.” (Anayasa Mahkemesi, K:2016/3).

şeklinde dile getirilmiştir.

1982 Anayasası’nın 38. maddesinde,

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.”

düzenlemesine yer verilmiştir.

Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan bu ilkelerin yanı sıra, cezalandırıcı mahiyeti nedeniyle idari yaptırımlar hakkında bir takım ceza hukuku ilkelerinin de uygulanması gerekecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kişilerin hak ve hürriyetlerine kısıt getirmesi sebebiyle ceza hukukunda devletin cezalandırma yetkisi karşısında bireyi



korumayı amaçlayan ceza hukuku ilkelerini idari yaptırımlara da uygulanmaktadır. Bu ilkelerden, suç ve cezaların kanuniliği (bu ilkenin bir sonucu olarak belirlilik, kıyas yasağı ve geriye yürüme yasağı), lehe kanun uygulaması, cezaların şahsiliği, ölçülülük, ne bis in idem ilkesi ile beraber, masumiyet karinesi, gerekçe hakkı, savunma hakkı, susma hakkı, zamanaşımına tabi olma gibi kuralların da uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir.

İhaleden yasaklama yaptırımına yukarıda sayılan ilke ve kuralların tümünün uygulanması noktasında doktrinde görüş birliği yoktur. Danıştay tarafından ise, söz konusu ilkelerden, suç ve cezaların kanuniliği (bu ilkenin bir sonucu olarak belirlilik, kıyas yasağı ve geriye yürüme yasağı), lehe kanun uygulaması, cezaların şahsiliği ve ölçülülük ilkelerinin önüne gelen uyumsuzluklarda uygulandığı görülmektedir.

Danıştay 13. Dairesi'nin 23.12.2016 tarih ve E:2016/3413, K:2016/4367 sayılı kararında da bu ilkelerden bazıları,

“İdarî yaptırımlara, cezalandırma amaçlarının da bulunması nedeniyle temel ceza hukuku ilkelerinden; savunma hakkı, kanunilik, lehe kanunun geçmişe yürümesi, masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır kuralı gibi ilkelerin de uygun olduğu ölçüde tatbik edilmesi gerekmektedir.”

şeklinde dile getirilmiştir. ‘gibi’ ifadesinden burada sayılanlar dışındaki ceza hukuku ilke ve kurallarının da idari yaptırımlar hakkında uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı anlaşılmaktadır.

3.5.5. KİK’in Yasaklamayla İlgili Hükümlerinin Kapsamı

Bu başlık altında, hangi ihalelerdeki fiil ve davranışlar nedeniyle yasaklama işlemi yapılacağı, yasaklama işleminin kimler hakkında yapılacağı ve yasaklama kararının yürürlükte olduğu süre içerisinde yasaklı kişinin hangi ihalelere katılamayacağı konularında açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

3.5.5.1. Yasaklama İşlemi Yapılacak İhaleler Yönünden Kapsamı

KİK, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları bütün ihaleleri (olası tüm ihaleleri) kapsamamakta, sadece (Kanun'un amacına ilişkin) 1, (kapsamına ve bir kısım istisnasına ilişkin) 2 ve (istisnalarına ilişkin) 3. maddelerinde, idare, kaynak ve iş türleri itibarıyla sınırları çizilmiş alanda yer alan ihaleleri kapsamaktadır. Kanun'un genel kapsamı böyle olmakla birlikte, Kanun'dan istisnaları düzenleyen 3. maddenin son fıkrasındaki, "Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanun'a tabi değildir." hükmünden anlaşıldığı üzere, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını konu alan yasaklama işlemi, Kanun'da belirtilen sebeplerin ortaya çıkması halinde, Kanun'a tabi ihalelerin yanı sıra, Kanun'a tabi olmayan (3. maddede belirtilen) ihalelerde de yapılacaktır. Diğer bir ifadeyle; Kanun'un ihalelerden yasaklamaya ilişkin hükümleri ("Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı dördüncü kısmında yer alan 58, 59, 60 ve 61. maddeleri ile bu maddelerin yollama yaptığı 17 ve 11. maddeler başta olmak üzere, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımıyla bağlantılı tüm hükümleri) -kendi mevzuatında yer alan ve özel hüküm teşkil eden hükümler saklı kalmak kaydıyla- Kanun'un kapsamına giren ihalelerle birlikte (aşağıda açıklanıp eleştirileceği üzere, 2. maddenin son fıkrası hariç) 3. maddede sınırları çizilen ihalelere de uygulanacaktır (Torun, 2019).

Burada, 2. maddenin son fıkrasında Kanun'dan istisna tutulan ihalelerde de KİK'in yasaklamaya ilişkin hükümleri uygulanarak yasaklama işlemi yapılıp yapılamayacağı konusunu tartışmak gerekmektedir. Kanun'un 2. maddesinin son fıkrası şöyledir:

"(Değişik ikinci fıkra: 13/2/2011-6111/176 md.) Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır."



Öncelikle, yukarıda belirtilen fıkayla düzenlenen hususların, istisnaları düzenleyen 3. maddede yer alması, daha açık bir ifadeyle, TMSF'nin ihalelerinin tümüyle, kamu bankalarının ihalelerinin ise büyük oranda (yapım ihaleleri hariç) Kanun'dan istisna edilmesine yönelik hükümlerin 2. madde yerine 3. maddede yer alması daha uygun olurdu. Bu fıkranın 3. madde yerine 2. maddede yer alması nedeniyle, 3. maddenin son fıkrası olan, “Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir.” hükmünün, 2. maddenin son fıkrasında yer alan (TMSF ve kamu bankalarına ilişkin) hükmün kapsadığı ihalelerde uygulanması bizce mümkün değildir. Bununla birlikte, (aşağıda da belirtileceği üzere) 58. maddedeki “(...) 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil (...)” ibaresi nedeniyle, ihalelere katılmaktan yasaklanan kişinin 2. maddenin son fıkrasında KİK'den istisna edildiği belirtilen ihalelere girmesi de mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle, 2. maddenin son fıkrasıyla düzenlenen hususların 3. maddeye aktarılması, bu suretle, Kanun'un kapsamının düzenlendiği 2. maddesinde ifade edilen sınırlar içerisinde kalmakla birlikte Kanun'un 3. maddesindeki istisna hükümleri nedeniyle Kanun'a tabi olmadan gerçekleştirilen tüm ihalelerde Kanun'un ceza ve ihalelerden yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağını açık bir şekilde ifade edilmesinin sağlanmasında fayda bulunduğu görüşünderiz (Torun,2019).

3.5.5.2. Yasaklanacak Kişiler Yönünden Kapsamı

KİK'in 58/2 maddesinde yer alan; “Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında, (...) yasaklama kararı verilir.” Hükmünden, istekli ile birlikte kimler hakkında yasaklama işlemi yapılacağı anlaşılmaktadır. TTK'nin 124. maddesine göre, ticaret şirketleri: kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olup, kolektif ve komandit şirketler şahıs, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ise sermaye şirketi olarak sınıflandırılmıştır. Bu ayırım, ortakların sorumluluklarının sermaye paylarıyla sınırlı olup olmadığı esasına göre yapılmıştır. TTK bu sınıflandırmayı yaparken kooperatif şirketleri sınıflandırma dışı tutulmuştur. Kooperatifler hakkında yasaklama işlemi yapılması halinde KİK'in yukarıda belirtilen hükmüne göre, kooperatifle bağlantılı herhangi bir kişinin de yasaklanmasının mümkün olmadığı açıktır. Ortak girişimler (iş ortaklığı veya konsorsiyum) bağlamında uygulamanın ne şekilde olacağına KİGT ile (m. 28.1.7.) açıklık getirilmiştir. Buna



göre, yasak fiil ve davranışta bulunan ortak girişim üyeleri hakkında yasaklama işlemi yapılacak, diğer bir ifadeyle, bu fiil ve davranışlara (yetkili organları, yöneticileri veya herhangi bir kişi aracılığıyla) iştirak etmeyen ortak girişim üyeleri yasaklama işleminin kapsamı dışında tutulacaktır (Torun, 2019).

Yasaklanan şirketin unvan değişikliği, birleşme, bölünme veya tür değişikliği yoluyla unvanının ve ortaklık yapısının değişmesi halinde yasaklamanın (öngörülen sürenin sonuna kadar) devam edip etmeyeceği konusunda Kanunda açık bir düzenleme yoktur. Unvan değişikliği, bölünme veya tür değişikliği halinde yasaklama kararının etkilerinin devam edeceği açıktır. Birleşme halinde ise, (TTK m. 136'da düzenlenen, devralma veya yeni kuruluş şekillerinden hangisiyle gerçekleşirse gerçekleşsin) devralan ve yasaklı olmayan şirket yönünden (yasaklılığın devam edip etmeyeceği hususunda) durum tartışmalı olarak görünebilir ise de, bizce, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının amaç ve işlevi dikkate alınarak, devralan veya yeni oluşan şirketin de yasaklamanın kapsamında yer aldığı kabul edilmesi gerekmektedir (Kaya, 2006). Birleşen şirketlerden yasaklı olmayanın, basiretli bir tacir gibi hareket ederek, birleştiği (devraldığı) şirket hakkında bir yasaklama kararı olup olmadığını araştırması ve dikkate alması yükümlülüğünde olduğu ve hatta durumu bildiği (bir karine olarak) kabul edilmelidir. Aksi görüşün kabulü halinde, birleşme usulünün, yasaklılık yaptırımından kaçınmanın bir aracı olarak kullanılmasına uygun zemin hazırlanmış olacaktır. Öte yandan, birleşme sonucu oluşan yeni şirket ile KİK m. 58/2'de belirtilen nitelikte irtibatlı olan kişiler bakımından da tartışmalı bir durum olduğu açıktır. Bu hususlarda (Kamu İhale Kurumu tebliğleriyle düzenleme yapmak yerine) bir kanuni düzenleme yapılmasında (idari yaptırımlarda kanunilik ve belirlilik ilkeleri de dikkate alınarak) fayda olduğu görüşündeyiz (Torun, 2019).

Kanun'da, istekli sıfatına sahip kişi ile yukarıda belirtilen çerçevede bu kişiyle irtibatlı olan bazı kişiler hakkında yasaklama işlemi yapılması açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, yasak fiil ve davranışı gerçekleştiren ve fakat kendisi istekli veya belirtilen çerçevede istekliyle irtibatlı olan kişilerden (şirket ortakları) olmayan kişi veya kişiler hakkında yasaklama işlemi yapıp yapılmayacağı konusunda açık ve net bir düzenleme yoktur. Örneğin, ihale isteklisi şirketin ortağı veya temsilcisi olmamakla birlikte, ihalenin bu istekli üzerinde kalması halinde çeşitli şekillerde bundan yarar sağlayacak bir kişinin (veya bu kişiyle irtibatlı başka bir kişinin)



yasaklı fiil ve davranışta bulunması durumunda bu kişi veya temsilcisi olduğu tüzel kişi hakkında da (belirli koşullar altında) yasaklama işlemi yapılacak mıdır? Kanun'un 58. maddesindeki, *"17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında (...) "* ifadesinin, failler hakkında da yasaklama işlemi yapılacağı anlamına geldiği düşünülebilir ise de, bu hususta madde metninden kaynaklanan bir tereddüt olduğu açıktır. Bu eksikliğin giderilmesi için 58. maddede düzenleme yapılması; yasaklama kurumunun amaç ve işlevi dikkate alınarak, yasaklama kapsamına alınacağı kanunda açık ve net olarak belirtilen kişilerden olmamakla birlikte yasaklı fiil ve davranışları gerçekleştiren kişiler hakkında da (belirli kurallar ve koşullar çerçevesinde) yasaklama işlemi yapılacağının maddede açıkça belirtilmesi gerektiği görüşündeyiz (Torun,2019).

3.5.6. 4734 ve 4735 Sayılı Kanunlara Göre Yasaklama

Yasaklama kararı verilmesini gerektiren fiil ve davranışlar her ne kadar ihale sürecinin sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası aşamaları açısından 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmiş ise de söz konusu düzenlemeler paralellik arz etmektedir.

3.5.6.1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Yasaklama

KİK'de ihalelere katılmaktan yasaklama kurumuna ilişkin temel düzenlemeler, Kanun'un "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı dördüncü kısmının "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 58. maddesinde yer almaktadır. Maddede sayılan yasaklama sebepleri, yukarıda da bahsetmiş olduğumuz Kanun'un "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 17, "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 11, "Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu" başlıklı 44, "Çerçeve anlaşmalar" başlıklı Ek 2, "Birden fazla idarenin ortak ihtiyaçları için ihale yapılması" başlıklı Ek 7 ve "İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40. maddesiyle irtibat kurularak değerlendirilmelidir.

KİK'in, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemine ilişkin temel düzenlemeleri içeren 58. maddesi şöyledir:

"17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine



ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur. İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.”

KİK’de süreli ve sürekli olmak üzere iki tür yasaklama öngörülmüştür. KİK’in “İsteklilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 59. maddesinin 1. fıkrasında süreli yasaklama yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit



edilmiş olsa dahi, Kanun'un "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesinde beş bent halinde düzenlenen fiil ve davranışlardan TCK'ye göre suç da teşkil edenlerin işlenmesi nedeniyle (bu fiillerin failleri hakkında) mahkemece cezaya hükmolunması halinde, hükmolunacak cezanın yanı sıra ve idarece Kanun'un 58. maddesine göre uygulanan yasaklamanın süresini takiben uygulamaya girecek şekilde, ihale isteklisi veya yüklenicisi ve fiil ve davranışlarda bulunanlarla birlikte (fıkra da yapılan atıf dolayısıyla) KİK m. 58/2'de belirtilen gerçek ve tüzel kişiler hakkında da, bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar, KİK kapsamındaki kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklamaya da hükmedilir.

KİK'in "İsteklilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 59. Maddesinde,

"Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.



Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.” denilmiştir.

3.5.6.2. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na (KİSK) Göre Yasaklama

KİK’de olduğu gibi KİSK’de de bu yaptırıma yer verilmiştir. KİSK’in 27. maddesindeki düzenlemenin KİK’in 59/2 maddesindekiyle paralellik gösterdiği, neredeyse aynı içerikte olduğu görülmektedir.

KİSK’in “Yüklenicilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 27/1 maddesine göre; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, Kanun’un “Yasak fiil veya davranışlar” başlıklı 25. maddesinde yedi bent halinde düzenlenen fiil ve davranışlardan TCK’ye göre suç da teşkil edenlerin işlenmesi nedeniyle bu fiillerin failleri hakkında mahkemece cezaya hükmolunması halinde, hükmolunacak cezanın yanı sıra ve idarece Kanun’un 26. maddesine göre uygulanan yasaklamanın süresinin tüketilmesinden hemen sonra uygulanmak şartıyla, yüklenici ve fiil ve davranışlarda bulunanlarla birlikte (fıkra yapıları atıf dolayısıyla) KİSK m. 26/2’de belirtilen gerçek ve tüzel kişiler hakkında da, bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar, Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklamaya hükmedilir. KİK ve KİSK’e göre yasaklamanın kişiler yönünden kapsamının aynı olduğu görülmektedir (Torun, 2019).

KİK m. 59/1’de yer alan ve ihale sürecinde işlediği fiil nedeniyle hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin (m. 58/22’de belirtilen kişilerle birlikte) dava sonuna kadar Kanun kapsamındaki ihalelere katılmalarının önlenmesini sağlayan tedbir niteliğindeki hükümle paralel nitelikte bir hükmün KİSK’de (KİK m. 59’un KİSK’deki karşılığı olan m. 27’de) yer almadığı görülmektedir. Bizce bu bir eksikliktir. KİSK m. 27’ye de bu yönde bir hüküm konulmasının isabetli olacağı görüşünderiz (Torun, 2019).



3.5.7. DİK'e Göre Yasaklama

KİK ve KİSK'de olduğu gibi DİK'de de, süreli ve sürekli olmak üzere iki biçimde bu yaptırıma yer verilmiştir. DİK'in 85. maddesinde yer alan düzenlemenin, KİK'in 59/2 maddesiyle genel olarak paralellik göstermekle birlikte farklı yönlerinin de bulunduğu, şöyle ki, DİK'deki düzenlemenin KİK ve KİSK'deki düzenlemeye göre yasak fiil ve davranışlar ve haklarında yasaklamaya hükmedilecek kişiler yönünden kapsamının daha dar, yasaklı kişilerin katılamayacağı ihaleler yönünden ise kapsamının daha geniş olduğu (DİK'e göre uygulanan yasaklamanın bütün ihalelere katılımı engellemesine karşın KİK'e göre uygulanan yasaklamanın sadece KİK'e tabi ihaleleri kapsadığı); öte yandan, bu hükmün (KİK'den farklı olarak) sözleşme (edimin ifası) sürecinde gerçekleştirilen yasak fiil ve davranışları da kapsadığı görülmektedir.

DİK'in "Ceza sorumluluğu ve sonuçları" başlıklı 85/1 maddesinde süreli yasaklama yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre; iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi, Kanun'un 83/c maddesinde yazılı fiil ve davranışlarda bulundukları tespit edilenler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında, bu fiilleri nedeniyle hükmedilen cezanın yanı sıra, bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten yasaklamaya da hükmedilir. DİK'in 83/c maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar; sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmaktır.

Maddenin 2. fıkrasında, KİK'in 59/2 maddesindeki hükme benzer bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, bu hüküm (KİK'dekinden farklı olarak) hem ihale ve hem de sözleşme sürecini kapsamaktadır. Buna göre, Kanun kapsamına giren işler dolayısıyla haklarında soruşturma açılan müteahhitlere yargılama sonuna kadar yeni iş verilmez.

Maddenin 4. fıkrasında sürekli yasaklama yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre; rüşvet verme suçu ile 765 sayılı (eski) TCK'nin 339, 340 ve 342. maddelerine göre bu Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında tekerrür hükümleri uygulananlar, mesleklerini icradan men olunurlar ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamazlar. 765 sayılı (eski)



TCK'nin 339, 340 ve 342. maddeleri, 5237 sayılı TCK'deki 204 ve 205. maddelere tekabül etmektedir. Rüşvet suçu ise TCK'nin 252. maddesinde düzenlenmiştir.

Maddenin 5. fıkrasına göre, bu mahkûmiyete ilişkin kararlar, ilgililerin meslek ve müteahhitlik sicillerine işlenir.

DİK'e tabi ihalelerin ihale ve sözleşme süreçlerinde işlenen fiiller nedeniyle mahkemece hükmedilen söz konusu yaptırımlara ilişkin hükümlerin KİK'de aynı öngörülen yaptırımlara ilişkin hükümlerle tam bir uyum içerisinde olmadığı görülmektedir. Bu durum, farklı kanunlara tabi olsa bile esasen aynı amaca yönelik yaptırımlarda kanun koyucunun farklı yaklaşımlarda bulunmuş olması nedeniyle bizce eleştiriyi hak etmektedir. Bu hususta (iki Kanun arasında) birliğin (ya da, en geniş oranda bir paralelliğin) sağlanmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

Tablo 4: Yasaklama Dayanağına Göre Aktif Yasaklama Sayılar

Yasaklamanın Dayanağı Kanun	Hakkında Kamu Davası Açılanlar	Yasaklama	Toplam	%
2886	20	1.500	1520	22,90
4734	2.373	817	3.190	48,05
4735	0	1.724	1.724	25,97
Diğer	4	21	25	0,38
TCK	175	5	180	2,71
Toplam	2.572	4067	6.639	100

Kaynak: https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2021_yilsonu.pdf

3.5.8. Yasaklama Kararına Karşı Yasal Başvuru Yolu

4734 sayılı Kanunun 58. ve 4735 sayılı Kanunun 26. maddelerine göre yasaklama kararları; yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş



gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Yasaklama kararına karşı Kamu İhale Kurumuna şikayet yolu ile başvurulması söz konusu olmayıp, karar Resmi Gazetede yürürlüğe girdikten sonra, buna ilişkin yasal başvuru yolu 60 günlük süre içerisinde yürütmenin durdurulması istemli idare mahkemesinde açılacak iptal davasıdır. Ayrıca, yasaklanan kişi ya da firmaya yasaklama ile ilgili olarak herhangi bir tebligat yapılması gerekmediği de bilinmelidir (Sırabaşı, E.T. 02.01.2022).

Tablo 5: Yasaklamalara İlişkin Özet İstatistikler

Yasaklama Özet Tablo	Yasaklama Sayısı
31.12.2021 Tarihi İtibariyle Aktif Yasaklama Sayısı	6.639
2021 Yılında Kaydı Alınan Toplam Yasaklama Sayısı	4.578
2021 Yılında Kaydı Alınıp 31.12.2021 Tarihi İtibariyle	3.906

Kaynak: (https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2021_yili).

4. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

4.1. Genel Olarak

Kamusal faaliyetlerin yakın zamanlara kadar sınırlı olmasının bir sonucu olarak (Balcı, 2004), ticari ve iktisadi hayatın özel hukuk yaptırımlarıyla düzenlenmesi nedeniyle ekonomik suçların nispeten yeni bir geçmişi olsa da ortak yönleri tespit edilen bazı suç tiplerinin incelenmesi neticesinde devlet idaresi aleyhine işlenebilecek suçlar yönünden ihaleye fesat karıştırma suçu için tarihsel bir gelişimden bahsetmek mümkün olacaktır (Arslan, 2017).

4.2. Suçun Tarihsel Gelişimi

4.2.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Kadar Geçen Dönem

Ekonomik bir suç olan ihale suçlarının tarihi çok eskilere dayanmamaktadır. Kişilere ve mallara karşı işlenen klasik suçlardan çok daha sonra, toplumsal ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Modern ulus devletlerin ortaya çıkması sonucu gelişen burjuva sınıfının üretim ve ticareti ele geçirmesiyle, özel ticari ilişkilerin yanında kamu sektörü ile arasında bir



pazar oluşmuştur. Parlamenter demokrasiye geçildikten sonra, yalnızca monarşinin değil halk meclislerinin de hazine üzerinde etkinliğinin arttığı, toplumsal gereksinimlerin daha çok ciddiye alınarak giderilmeye çalışıldığı, buna paralel olarak kamusal satın almaların arttığı bir döneme girilmiştir. Halkın hazine üzerinde söz sahibi olmasıyla birlikte bir denetim mekanizması olarak rekabetçi, saydam nitelikte, yerindelik ve eşitlik ilkesi içerisinde ihale kavramı ortaya çıkmıştır (Dülger, E.T 07.11.2021).

Çoğu göçebe olarak Orta Asya’da yaşamış olan Türkler, İslamiyet’ten önce Uzakdoğu kültürü etkisi altında kalmış olmakla birlikte, kendilerine özgü bir hukuka sahip olmuşlardır. Kaynak sorunu nedeniyle yeterli bilginin bulunmadığı bu dönemdeki Türk Devletlerinin ceza hukukunda incelenen suç tipine yakın bir suç düzenlemesine rastlanmamaktadır (Arslan,2017).

Kamu alımlarına ilişkin ilk düzenleme, esasen Fransız Ceza Kanunu’ndan tercüme edilen, 1274 sayılı 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’ndadır. Bir memurun devlet adına bir şey satın alırken, satarken ya da herhangi bir şey yaptırırken, ücret ve miktarda oynama yapması halinde bu fiilin hırsızlık olacağı düzenlenmiştir. Yine aynı kanunun üç maddeden oluşan altıncı faslında, devletin mali işleriyle ilgilenen memurlardan sirkat ve irtikâp fiilini işleyenlere verilecek cezalar yer almaktadır (Gökçen, 1999).

1858 tarihli bu Kanun ihaleye fesat karıştırma suçunu hukuk tarihimizde ilk düzenleyen metin olma özelliği taşımaktadır. Kanunun, Birinci Babının, Dördüncü Faslında bulunan 83. maddede: *“Her kim Devlet-i Aliye hesabına olarak iştirasına veyahut bey”ine veya imaline memur olduğu her nev”i eşyanın şirasında ve beha ve miktarında ve imalinde fesad karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikab eyler ise sarık olacağından madde-i sabıkada tayin olunan mücazatı görür.”* düzenlemesi ile devlet adına yapılan satın alma ve satımlara fesat karıştıran memurların cezalandırılacakları belirtilmiştir (Gökçen, 1999).

İkinci Babın, Onuncu Faslının 238. maddesinde ise;

“Beynennas müzayedeye bey” ve Şira veyahut icar ve isticar olunacak emval ve emlakın müzayedesine kavlen veya fiilen zarar veren eşhas onbeş günden üç aya kadar hapis ve bir meci diye altından yüz meci diye altınına kadar ceza-i nakdi ile mücazat olunur.” denilmek



suretiyle halk arasında yapılacak menkul ve gayrimenkul malların satım alma, kiraya verme ve kiralınmasına ilişkin müzayedelere fesat karıştıranlara verilecek ceza belirtilmiştir.

4.2.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Durum

765 sayılı, 1926 yürürlük tarihli Türk Ceza Kanunu'nun özellikle 205 ve 208. Maddeleri ile, 362, 366, 367 e 368. Maddelerinde devlet alım ve satımına fesat karıştırmak, kamu taahhütlerine hile karıştırmak, arttırma ve eksiltmelere fesat ve hile karıştırmak suçları düzenlenmiştir.

205. madde:

“Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırmak her ne suretle olursa olsun irtikâp eylerse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve zarar kendisine ödetilir.”

şeklindeydi.

765 sayılı TCK'nın 205. maddesindeki bu düzenlemede yer alan suçun, memuriyet görevinin kötüye kullanılmasının nitelikli hali olduğu görüşü ile güveni suiistimalin nitelikli hali olduğunu veya başlı başına zimmet fiilinin gerçekleştiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Yine suçun faili açısından suçun failinin memur olabileceği görüşü ile herhangi bir kimse olabileceğini savunanlar da bulunmaktaydı.

Kanunun 208. maddesinde ise,

“Devlet memurlarından her kim, idaresine ve nezaretine memur oldukları işlerde Devlet için az veya çok eşya veya malzeme alım veya satımında gizli veya aşikâr, gerek doğrudan doğruya kendisi, gerek başkası vasıtasıyla veya ortaklık suretiyle kendi kazancı için ticaret eder veya imalat yahut inşaatı götürü şekilde deruhde edenlere ortak olursa üç seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Eğer bu gibi alış verişte komisyon alınır yahut nakit veya meskukat mubadelesinde kazanç sağlanırsa ağır hapis cezası beş seneden az olamaz.”



düzenlemesiyle devlet nam ve hesabına eşya satın alınmasında ve satılmasında hileli davranışlar içerisinde bulunanlar yaptırım altına alınmıştı.

Maddenin ikinci fıkrasında, suçun ilişkin yaptırımlarda ağırlaştırılmayı gerektiren nitelikli haller düzenlenmiştir. Buna göre failin, birinci fıkrada düzenlenen işlerde komisyon alması, kâğıt veya madeni para takasında kendine kazanç elde etmesi halinde en az beş sene olmak üzere hapis cezası ile yaptırıma tabi tutulacağına yer verilmiştir.

361. Madde:

“Her kim iltizam ettiği taahhüdü icra etmeyerek resmi bir daireye veya bir hizmeti amme ifasına yahut bir musibeti ammenin önünü almağa elzem olan erzak ve eşyanın fıkdanına sebebiyet verirse bir seneden üç seneye kadar hapse ve yirmi beş liradan aşağı olmamak üzere iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi- ye mahkûm olur. Taahhüdün icra olunmaması failin yalnız ihmal ve teseyyübünden ileri gelmiş ise bir seneye kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.” düzenlemesi ile kamu tarafını teşkil eden idareye verilen taahhüdün yerine getirilmemesi hali yaptırım altına alınmıştı.

362. madde:

“Bir kimse yukarıdaki maddede yazılı olan erzak ve eşyanın nev'inde ve keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud'a irtikap ederse altı aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla beraber yirmi beş liradan iki yüz liraya kadar ağır cezai nakdi itasına mahkûm olur. Resmi daireye veya bir hizmeti ammeye mahsus olarak itası taahhüt olunan sair levazıma hile ve hud'a karıştırdığı takdirde failin göreceği ceza iki seneye kadar hapis ve yüz elli liraya kadar cezayı naktidir.” düzenlemesi ile idareye verilen taahhüdün yerine getirilmesinde hileli davranışta bulunma ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.

765 sayılı Kanunda bir kimsenin görevi veya unvanı itibariyle vakıf olduğu fenni bilgilerin ve sanayiye ilişkin sır kapsamındaki bilgilerin açıklanmasını 364 ve 365. maddeler ile yaptırıma bağlanmıştı.



Buna göre, “Bir kimse sıfat veya memuriyeti yahut meslek ve sanatı icabınca vakıf olup ta gizli tutmağa mecbur olduğu fenni keşif ve ihtiralara, yahut sınai tatbikata müteallik malûmatı ifşa ederse mutazarrır olan kimsenin şahsi davası üzerine altı aya kadar hapse ve onbeş liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.”

Bu düzenlemede yer alan suçun nitelikli hallerine 365. Maddede yer verilmiştir:

“Yukarıdaki maddede yazılan sırlar Türkiye’de sakin olmayan bir ecnebiye yahut memurlarına ifşa olunmuş ise faili bir aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı naktiye mahkum olur.”

Hükümet nam ve hesabına yapılan müzayedelere fesat karıştırma suçu mülga kanunun 366. maddesinde aynen,

“Her kim Hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayede ve müna- kasada şiddet veya tehdit ile veya hediye vait ve itasiyle veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti meni veya ihlal yahut müzayede ve münakasada pey sürenleri çekilmeğe sevk ederse üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur. Eğer fail kanunen veya Hükümet tarafından müzayede veya münakasaya memur olan kimse ise bir seneden üç seneye kadar hapis ve elli liradan dört yüz liraya kadar ağır cezayı nakti hükmolunur.”

düzenlemesi ile yaptırım altına alınmıştı.

Kanundaki düzenlemede yer alan “rekabetin men ve ihlali” ve “müzayede ve münakasada pey sürenleri çekilmeye sevk etmek” fiillerinin iç içe geçerek birbirlerini kapsadığını söylemek mümkün olmakla birlikte “artırma ve eksiltme” hususları da suçun tespitinde ehemmiyet arz etmekte idi.

367. madde ile resmi daireler marifetiyle yapılan veya beyannas olarak ifade edilen kişiler arasında yapılan müzayedeye fesat karıştırma suçu şu şekilde düzenlenmiştir:



“Gerek resmi daireler marifetiyle ve gerek beynennas bilmüzayede alınıp satılacak yahut kiraya verilip alınacak mal ve mülklerin müzayedesinde yukarıdaki maddede gösterilen suretlerden biriyle rekabeti meni veya ihlal yahut müzayedeye pey sürenleri çekilmeğe mecbur edenler bir aydan üç aya kadar hapse ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı naktiye mahkûm olur.”

Maddede resmi daire marifetiyle yani kamu tarafından yapılan veya kişilerin yaptığı müzayedelerde fesat karıştırma suçu düzenlenmişti. Bu maddenin uygulanabilmesi için, fesat karıştırma fiilinin işlendiği ihalenin, mal ve mülklerin alımına, satımına veya kiralanmasına ilişkin bir ihale olması gerekiyordu. Kamu idaresi adına yapılan artırımlar bu maddedeki suçun konusunu oluşturmaktaydı. Resmi daire marifetiyle yani kamu tarafından yapılan bir ihale olması durumunda da maddenin uygulanabilmesi mümkündü.

Para veya sair bir menfaat mukabilinde ihaleden çekilmesi halinde de ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşacağına dair mülga kanunun 368. Maddesinde düzenleme yapılmıştır:

“Bir kimse kendisine veya başkasına vadolunmuş para veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye veya münakasaya devamdan istinkaf suretiyle resmi müzayedeye fesat karıştırırsa altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayı naktiye mahkum olur.”

Madde düzenlemesindeki suçun oluşması için, resmi daireler yani kamu tarafından yapılan veya resmi daireler nam ve hesabına olmaksızın kamu adına yapılmış faaliyetler kapsamında kabul edilen bir ihalenin mevcudiyeti gerekirdi (Sarı, 2019).

765 sayılı mülga TCK’da ihaleye fesat karıştırma suçları, devlet nam ve hesabına yapılan ve hükümet nam ve hesabına yapılan ihalelere fesat karıştırma ayrımı ile düzenlenmiştir. Bu ayrım da 765 sayılı Kanunun uygulanmasında bir takım sıkıntılara sebep olmuştur. Örneğin, devlet adına yapılan ihaleler ile hükümet adına yapılan ihaleler farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bir ihalenin devlet hesabına mı hükümet hesabına mı yapıldığı ile ilgili tespit her hangi bir kıstas bulunmamaktadır. Bu açıdan 765 sayılı Kanundaki düzenlemeler hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmamakla eleştirilmiştir (Özgenç, 2013).

Yine 765 sayılı mülga TCK'nın uygulandığı dönemde ihale sürecine veya edimin ifasına fesat karıştırmadan da ihaleye fesat karıştırma suçunun hangi fiillerle işlenebileceği, yani fesat karıştırmının tezahür şekilleri gösterilmemişti (Sarı,2019).

Devlet İhale Kanunu'nun uygulama alanının daralması ve ihtiyaçlara cevap vermemesi ve en önemlisi de Avrupa Birliği uyum sürecinin etkisi ile kamu ihalelerinde bir takım ilkeleri hâkim kılmak için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilmiştir (Sarı,2019).

4.2.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme

5237 sayılı TCK'nın 2'nci Kitabının 3'üncü kısmında yer alan *“Topluma Karşı Suçlar”* başlığı altında *“Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar”* isimli dokuzuncu bölümünde 235'inci madde ile *“İhaleye Fesat Karıştırma”* suçu düzenlenmiştir;

“Madde 235- (1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

(3) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) İhaleye fesat karıştırma suçunun;

a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.

b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.”



Mülga olan 765 sayılı TCK'da ise ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği 205-208'inci maddeleri “*Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*” bölümünde, 366-368'inci maddeler ise “*Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*” bölümünde yer almıştır. Oysa ihaleye fesat karıştırma suçu hem hukuki konusu itibarıyla hem de kriminolojik yönüyle “ekonomik suç” olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü ihaleler üzerinde yapılan fesat eylemleri ile ekonomi dinamikleri ve sisteminin doğal işleyişi bozulmaktadır. Ayrıca serbest rekabet mekanizması ortadan kalkmaktadır. Ekonomi üzerindeki etkisi nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçunun “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmesi isabetlidir (Sucuoğlu, 2019).

İhaleye fesat karıştırma suçlarına ilişkin 765 sayılı TCK'da yer alan dağınık ve karmaşık düzenleme, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle son bulmuştur. Öncelikle suç tipleri tek bir fıkra altında toplanmıştır. Ayrıca hükümet ihalesi ve devlet ihalesi kavramlarının yarattığı karmaşaya 5237 sayılı TCK döneminde son verilmiştir. İhale kavramı daha net olarak ortaya konulmuş ve gereksiz bir tartışmaya mahal verilmemiştir. Ayrıca eylemler arasındaki hakkaniyetsiz ceza farkı da büyük oranda ortadan kaldırılmıştır (Sucuoğlu, 2019).

İhaleye fesat karıştırma suçu bazı suç tipleri bakımından “*özgü suç*” niteliğindedir. 5237 sayılı TCK'nın 235'inci maddesinin birinci fıkrasında fail “*fesat karıştıran kişi*” biçiminde ifade edilmişse de, ikinci fıkrada düzenlenen seçimlik suçların her birinde farklı fail profili karşımıza çıkmaktadır. Mesela 235/2-a bendinde düzenlenen hileli hareketlerle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu yalnızca ihale komisyonu başkan ve üyeleri tarafından işlenebilmektedir. Bu fıkra yönünden bakıldığında üçüncü kişilerin tipik eylemi gerçekleştirmeleri mümkün değildir (Sucuoğlu, 2019).

Kapsadığı ihaleler yönüyle 235'inci madde, yalnızca belirtilen nitelikteki ihalelere fesat karıştırma eylemlerini cezalandırmaktadır. Bu fıkrada ihaleler, hem ihaleyi yapan kurum bakımından hem de ihalenin konusu bakımından sınırlandırılmıştır. Burada kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelerden bahsedilmiştir. Bu kurum ve kuruluşlar, genel bütçeye dahil merkezi ve taşra idareleri ile belediyeler ve özel idareleri kapsamaktadır. Bu idarelerin kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere bizzat yaptıkları ihaleler birinci fıkra içerisinde

değerlendirilmektedir. İhalenin konusu, yalnızca mal veya hizmet alım satımları ya da kiralamaları, ayrıca yapım işlerine ilişkin ihaleler ile sınırlandırılmıştır (Sucuoğlu, 2019).

Suçla konu edilen ihaleler ve ihaleyi gerçekleştiren kurumların kapsamı, 235'inci maddenin birinci fıkrasının uzantısı olan beşinci fıkra ile genişletilmiştir. Buna göre ihaleye fesat karıştırma eylemleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralama işlerinde de uygulama alanı bulmaktadır (Sucuoğlu, 2019).

235'inci maddenin beşinci fıkrasında bahsi geçen meslek kuruluşları kanunla kurulurlar ve Anayasa'nın 135'inci maddesine göre kamu kurumu niteliğindedir. Meslek kuruluşlarının özerk bütçeleri ve kendilerince belirledikleri yönetimleri bulunmaktadır. Üyelerinden topladıkları aidatlar ve para cezaları ile kanunen almaya yetkili oldukları harç ve resimler başlıca gelir kaynaklarıdır. Gösterdikleri faaliyetler gereği ihtiyaç duydukları işler için mal ve hizmet alım satımı yapabilirler. Meslek kuruluşlarının mal ve hizmet alım satımları Kamu İhale Kanunu hükümlerince yapılmaz. Ancak Kamu İhale Kanunu'nun geçici 4'üncü maddesi uyarınca bu kuruluşlar kendi ihale usullerini iç düzenlemeleri ile belirleyebilmektedirler. İhale işleri, meslek kuruluşlarının bizzat ihdas ettiği yönetmelik ve yönergeler ile düzenlenir. Kamu İhale Kanunu'na tabi olmasalar da bu kuruluşların yaptıkları ihaleler, TCK'nın 235'inci maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmektedir (Sucuoğlu, 2019).

Kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler, aslında bir kamu hizmetinin görülmesi amacı taşımayan fakat ilgili kanunlar tarafından kamu kurumu tarafından yapılması zorunlu görülen ihaleler anlamına gelmektedir. Bunun en bilinen örneği 2004 sayılı İcra İflas Kanunu gereği icra ve iflas daireleri tarafından haciz işlemi yapılan taşınır, taşınmaz malların ve hakların cebri icra yöntemiyle paraya çevrilmesi işlemidir. Bunun gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca ortaklığın giderilmesi davaları sonucunda gerçekleşen paraya çevirme işlemleri sebebiyle yapılacak ihaleler de TCK. 235'inci maddesi kapsamındadır (Sucuoğlu, 2019).

TCK'nın 235'inci maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihaleler mal ve hizmet alım satımı ve kiralamaları ile yapım ihalelerini kapsar. Bu madde dışında yapılacak ihaleler ihaleye fesat karıştırma suçuna konu edilmezler. Örneğin trampa veya aynı hak tesisine ilişkin bir işle ilgili fesat karıştırma eylemleri 235'inci maddeye göre değil, şartları oluşuyor ise 257'nci maddede yer alan görevi kötüye kullanma ve 158'inci maddede düzenlenen kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturur (Sucuoğlu, 2019).

İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin suç tipleri TCK'nın 235'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlemiştir. Seçimlik eylemlerden her hangi birinin işlenmiş olması halinde, fail 235'inci madde dolayısıyla sorumlu olacaktır. Bu nedenle seçimlik hareketli bir suçtur. Ancak seçimlik hareketler içerisinde yer almayan bir eylem, ihale mevzuatına aykırı olsa dahi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Bu yönüyle ise bağlı hareketli suçlardandır. Örneğin ihale ilan sürelerine uyulmaması Kamu İhale Kanunu 13. maddesine aykırı olmakla birlikte, 235/2 maddesinde belirtilen seçimlik hareketlerden olmadığından fesat karıştırma olarak kabul edilmez (Sucuoğlu, 2019).

İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 235. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, hileli hareketlerle işlenen fesat karıştırma eylemlerine yer vermiştir. Dört alt bent içerisinde düzenlenen hileli fesat karıştırma hallerinde, “hile” bulunması ortak unsurdur. Hileden anlaşılması gereken, bir vakıa hakkında var olan durumun aksine gerçek dışı bir durum yaratılması ve muhatabın yanıltılmasıdır (Özgenç,2013).

235/2-a-1 ve 235/2-a-2 maddelerinde düzenlenen eylemlerde öncelikle ihaleye katılma yeterliliğinin belirlenmesi icap eder. Bu maddelerde ifade edilen eylemler, ihale yeterliliği bulunan kişilerin ihaleden engellenmesi, ihale yeterliliği bulunmayan kişilerin ise ihaleye katılımının sağlanması şeklinde tezahür ederler. Bir kişinin ihale yeterliliği olup olmadığı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 10 ve 11. maddeleri ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 6. maddesine ve ihale şartnamesinde öngörülen koşullara göre belirlenmektedir (Arslan, 2010).

Bu iki maddede düzenlenen eylemler çoğu zaman birbiriyle çakışmaktadır. Örneğin, ihale komisyonu tarafından bir kişiye özel olarak şartname hazırlanması ile TCK'nın 235/2-a-1



maddesine göre ihale yeterliliği olmayan o kişinin ihaleye katılması sağlanmışsa da, aynı zamanda söz konusu şartname nedeniyle diğer katılımcılar ihaleden engellenmiş olmaktadır. (TCK. 235/2-a-2) (Akbulut, 2009).

TCK'nın 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerinde yer alan düzenlemeler, şartnameye aykırı olan tekliflerin kabul edilmesi, şartnameye uygun tekliflerin ise reddedilmesi eylemlerini içermektedir. Bu kapsama yalnızca mal alım ihaleleri girer. Hizmet ihalelerine ilişkin teklifler bu madde kapsamı dışında kalır (Sucuoğlu, 2019).

Hileyle işlenen ihaleye fesat karıştırma eylemlerinde, suçun oluşumu için usulsüz olarak ihaleye katılması sağlanan kişinin ihaleyi kazanması gerekmez. Veya şartnameye aykırı olmasına rağmen değerlendirmeye alınan teklife ihalenin kalması zorunlu değildir. Bu suçların oluşumu için bir zarar meydana gelmesi de zorunlu değildir. Zarar ortaya çıkmamışsa veya hesaplanamamışsa, suç yine oluşacak ancak maddede öngörülen ceza miktarı daha düşük olacaktır (Sucuoğlu, 2019).

Ayrıca hileyle işlenen fesat karıştırma eylemlerinin tümünde asli fail ihale komisyonunda yer alan kamu görevlisi olmalıdır. Bu suça iştirak eden üçüncü kişiler ise eylemlerinin niteliğine göre azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla sorumlu olurlar (Sucuoğlu, 2019).

TCK'nın 235/2-b maddesinde gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suçu düzenlemiştir. Hangi belge ve bilgilerin gizli kalacağı hususu Kamu İhale Kanunu 9 ve 61'inci maddede sayılmıştır. Ayrıca ihale şartnamesinde de hangi belgelerin gizli tutulması gerektiği düzenlenebilir. Bu suçun oluşumu için hile unsuru aranmaz. Suçun tamamlanması için üçüncü kişilere gizli belgeleri her hangi bir yolla ulaştırılması yeterlidir (Akbulut, 2009).

TCK. 235/2-c maddesi cebir, tehdit ve hukuka aykırı eylemlerle ihaleye fesat karıştırma eylemlerini düzenlemiştir. 108. maddede düzenlenen cebir suçu ile 106. maddede düzenlenen tehdit suçu 235/2-c maddesinde ifade edilen suçun unsurlarıdır. Bunun yanında fesat karıştırma kastıyla işlenen hukuka aykırı her eylem bu maddenin unsuru olmaktadır. Örneğin hürriyeti

tahdit yoluyla işlenmesi halinde, ihaleye fesat karıştırma suçu, 235/2-c maddesi uyarınca hukuka aykırı eylemle işlenmiştir (Arıtürk, 2011).

TCK'nın 235/2-d maddesinde düzenlenen bir diğer seçimlik hareket ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık yada gizli anlaşma yapmalıdır. Bu anlaşma her hangi bir şekle tabi değildir. Yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. İhaleye katılacak istekliler arasında fiyat ve ihale şartlarının etkilemek amacıyla anlaşma yapılmasını düzenlemektedir. İhale sürecinde yapılan gizli anlaşmalar serbest rekabeti bozmaktadır. Katılımcıların veya kamunun zararına sonuçlanan ihalelerde gizli anlaşma bulunması durumunda bu maddeye göre ceza tertip edilecektir. Anlaşma, idarenin ihale şartlarının istekli lehine değişmesini veya meydana gelmesini sağlama biçiminde olabileceği gibi idare aleyhine sonuçlanarak katılımcının daha fazla kâr etmesini sağlamak şeklinde de olabilir. Ya da ihalenin belli bir kimse üzerinde kalması yada engellenmesi üzerine bir anlaşma yapılabilir (Sucuoğlu, 2019).

235'inci maddenin 3'üncü fıkrasının (a) bendi ile 4'üncü fıkrasında genel hükümlerden ayrı bir içtima hükmü öngörülmüştür. 235/3-a maddesine göre cebir ve tehdit yoluyla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında işlenen eylemin, yaralama ve tehdit suçlarının neticesi sebebiye ağırlaşan hallerini meydana getirmesi durumunda bu suçlar hakkında gerçek içtima kuralı uygulanacağı ifade edilmektedir. 235/4 maddesinde ise ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kamu görevlileri tarafından menfaat temin edilmesi halinde, rüşvet veya irtikap suçları için yine gerçek içtima kuralı gereği ayrıca cezalandırılacağı düzenlenmiştir (Sucuoğlu, 2019).

Sonuç olarak 5237 sayılı TCK'da düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu, ayırım yapmaksızın tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra teknik olarak kamu kurumu sayılmayan ama korunmaya değer gördüğü kamuya yararlı dernek, kooperatifler gibi kuruluşların ihalelerini kapsayacak şekilde geniş bir çerçeve çizmiştir. Bu nedenle TCK 235'inci maddesi ile kanun koyucunun ihale mevzuatı ile bağlı kalmadığını, bilakis ihalelerin niteliğine göre bir ayırım yapmak suretiyle sınırı belirlediğini söylemek gerekir. Gelgelelim bu maddede yer alan suç tipleri de sayıca fazladır ve ceza sorumluluğunu genişletici hükümler içermektedir (Sucuoğlu, 2019).



Ayrıca söylemek gerekir ki, ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen bu hüküm, 4734 sayılı Kanun'da yer alan ihaleye egemen olan ilkelerin tamamını karşılamaktadır. Gerçekten 235'inci maddenin ihale kavramını geniş anlamda ele alması özellikle rekabet ve açıklık ilkelerinin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca maddede seçimlik olarak öngörülen her bir suç tipi ile ihaleye egemen olan ilkeler korunmaya çalışılmıştır (Özkan, 2014).

Bir başka açıdan; TCK'nın 235'inci maddesinde yer alan ihlal hallerine benzer hükümler Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nun yasaklanan fiil ve davranışlar biçiminde düzenlendiğini ve karşılığında bir takım idari yaptırımlara tabi tutulduğunu görmekteyiz. İhale hukukuna aykırılık teşkil eden haksız fiillerin, bu hukuk disiplininde yaptırımla karşılanmasına rağmen ayrıca ceza normu ile düzenlenmesinin bir bakıma ceza hukukunun "son çare" olması prensibine aykırı olduğu düşüncesini akla getirebilir. Belirtmek gerekir ki, ihalede yasak fiil ve davranışların tamamı ceza normuna konu edilmemektedir. Yalnızca haksızlık derecesi yüksek eylemler ceza kanununda yer almaktadır. Bu nedenle suç ve ceza politikası gereği kanun koyucunun ihaleye egemen olan ilkelerin ihlal edilmesi hususunda idari yaptırımı yeterli görmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değer dikkate alındığında, ceza hukukunun ihale hukuku ihlallerini göz ardı edemeyeceği ortadadır. Yalnızca ülkemizde değil, uluslararası anlaşmaların bir gereği olarak Kıta Avrupası ülkeleri başta olmak üzere pek çok ülkenin ceza kanunlarında ihaleye fesat karıştırılması eylemlerini düzenlediğini görmekteyiz (Sucuoğlu, 2019).

4.3. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bir toplumda barış, huzur, nizam ve adaletin sağlanabilmesi için kurulu bir hukuk düzeninin varlığı şarttır. Bu hukuk düzeninin gereklerinden biri de ister gerçek olsun ister tüzel olsun, kişilere bazı hak ve hürriyetlerin tanınması ve tanınan bu hak ve hürriyetlerin korunmasıdır. Bu hak ve hürriyetleri korumak için de yasa koyucular ceza kanunlarında suçlar öngörerek bu hak ve hürriyetlere ilişkin mevcut ihlalleri cezalandırmak, olası ihlalleri de önlemek istemişlerdir. Bu istemin hukukta terim olarak karşılığı, suçla korunan hukuki değerdir (Kaya, 2020).



Gerçek veya tüzel kişilerin veya devletin sahip olduğu hak ve hürriyetleri korumak için ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen fiiller, bu hak ve hürriyetlerden birden fazlasını ihlal edebilir. Yasa koyucu TCK'yı hazırlarken bu suçların konularına ilişkin bir ayırım yapmakta, bu doğrultuda aynı konulara ilişkin olan suçları gruplaştırarak TCK'da aynı başlık altında düzenlemekte, bu suçları birer birer düzenlerken de bu hak ve hürriyetlerin arasında bir öncelik sıralaması yapmakta, bu sıralamada daha öncelikli ve önemli olarak gördüğü hak ve hürriyeti suçla korunan hukuki değer olarak kabul etmektedir (Soyaslan, 2012).

Yargıtay 5.Ceza Dairesinin 26.03.2013 tarihli ve 4411/2346 sayılı kararında *"ihaleye fesat karıştırma suçunda korunan hukuki yarar, kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi, ekonomik ve ticari yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunmasıdır"* şeklinde yer almaktadır.

Fesat karıştırma niteliğindeki davranışların olumsuz sonuçları arasında, bu süreçte bazı kişilerin haksız yollardan çıkar elde etmesi ve bu yüzden idarenin toplum nezdindeki itibarının sarsılması, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerin bu isteklerini gerçekleştirememeleri, hatta dile getirememeleri yer almakta olup, idare de ihaleye konu mal, hizmet veya iş hakkında gereksiz ve oldukça yüksek meblağlı harcamalarda bulunmakta, maddi olarak zarara uğramakta ve kendisine en uygun olan teklifi alıp kabul etme olanağından mahrum bırakılmaktadır (Kaya, 2020).

Doktrinde, ihaleye fesat karıştırma suçuyla hangi hukuki değer korunmaya çalışıldığına ilişkin birçok görüş mevcuttur. Bu bağlamda ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değer, karma niteliklidir. Yargıtay da verdiği kararlarda karma nitelikli olma görüşünü benimsediğini ifade etmiştir. Yasa koyucunun bu suçu öngörerek korumak istediği hukuki değerlerin neler olduğunu açıklamak gerekirse; toplumun idarenin ihale sürecindeki işlemleri dürüstlük ilkesine uygun bir şekilde yürüttüğüne dair idareye ve ihale sürecini yürütmesi için idare tarafından görevlendirilen kişilere duyduğu güveni korumak istediği, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alan kişilerin, ihaleyi yapan idarenin ve dolayısıyla da devletin mali açıdan kayba uğramasını önlemeye çalıştığı görülmektedir (Kaya, 2020).

İhaleye fesat karıştırma suçunun TCK'da ekonomiye ve ticari hayata ilişkin suçlar kapsamında yer aldığı dikkate alındığında, yasa koyucunun bu suçu düzenleyerek ekonomik sistemin şeffaf ve serbest bir rekabet ortamında işlediği yönünde toplum tarafından idareye duyulan güveni korumaya ve ekonomide istikrar ve dengeyi sağlamaya çalıştığı görülmektedir (Demirel, 2017).

4.4. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Unsurları

4.4.1. Suçun Maddi Unsurları

4.4.1.1. Suçun Faili

TCK'nin 37/1. maddesini göz önünde bulundurarak, bir suçun kanuni tarifindeki fiili icra eden kişi veya kişileri fail olarak tanımlamak mümkündür. Suçun kanuni tarifindeki fiili icra eden kişi tek olabileceği gibi (müstakil fail) birden fazla da olabilir (müşterek fail). Kanundaki faile ilişkin düzenleme bakımından önemli olan husus, “kanuni tarifteki fiili gerçekleştirmenin” ne şekilde yorumlanacağı veya anlaşılacağıdır. Madde gerekçesinde bu ifadenin sadece suçun kanuni tarifindeki fiili bizzat gerçekleştirme şeklinde anlaşılması gerektiği, suçun kanuni tarifinde gösterilen fiili icra etmemekle birlikte, gerçekleştirdiği katkı suçun icrası bakımından önemli bir fonksiyon icra eden kişinin de suçun kanuni tarifindeki fiili işlemiş sayılacağı belirtilmek suretiyle, gerçekleştirdiği katkıyla fiil üzerinde hâkimiyet kuran kişinin fail sayılacağı belirtilmiş ve bu görüş doktrinde de destek bulmuştur. Buna göre, suçun kanuni tarifindeki fiili icra eden veya bir suçun kanuni tarifindeki fiil üzerinde gerçekleştirdiği katkı ile hâkim olan kişi suçun faili olacaktır. Kişinin iradesine hâkim olduğu kişi vasıtasıyla bir suçun kanuni tarifindeki fiili gerçekleştirmesi de mümkündür. Bu durumda 37/2. maddede düzenlenmiş bulunan dolaylı faillik söz konusu olacaktır (Arıtürk, 2011).

Türk Ceza Kanunu madde 20 bağlamında fail sadece bir insan olabilir. Zira ceza hukuku anlamında hareket yeteneği sadece insana ait bir niteliktir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği de göz önünde tutulduğunda öğretide tüzel kişilerin suç faili olamayacakları ileri sürülmektedir. Ancak tüzel kişilere, ihlal edilen suçun neticesi olarak güvenlik tedbirleri uygulanır. Bu sebeple tüzel kişileri de haklarında güvenlik tedbirleri uygulanan suç faili olarak kabul etmek gerekmektedir (Soyaslan vd., 2014).



Bunun dışında kanundaki suç tanımlarında suçların kimler tarafından işleneceği gösterilmektedir. Bu hususta temel kural her suçun herkes tarafından işlenebileceğidir. Ancak kanun koyucu kimi suçlar bakımından, gerek işlenen fiilin niteliğinden gerekse suç politikası mülahazalarından farklı bir tercihte bulunabilmektedir. Böylelikle karşımıza herkes tarafından işlenebilen (genel) suçlar ve belli kişiler tarafından işlenebilen (mahsus) suçlar ayrımı çıkmaktadır (Arıtürk, 2011). Bazı suçlar yasal düzenleme gereği sadece belli şahıslar tarafından işlenebilir. Mesela “zimmet, irtikap, rüşvet” gibi suçların işlenebilmesi için failin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu suçlara özgü suçlar denmektedir (Soyaslan, 2012).

İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin olarak fail olabilecekler bakımından herhangi bir özellik aranmamıştır. Dolayısıyla belli bir ihaleyle ilintili olarak Türk Ceza Kanunu’nun 235/2 maddesinde belirtilen seçimlik hareketlerden herhangi birini gerçekleştiren herkes, suçun faili olabilecektir. Suçun kanuni tanımında “fesat karıştıran kişi”nin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple ihaleye fesat karıştırma, herkes tarafından işlenebilecek bir suç olarak kabul edilmektedir. Zira kanun metninde, fail olabilmek için suç tanımından herhangi bir nitelik kabul edilmiş değildir. Bu sebeple, ihaleye fesat karıştırma özgü suçlar olarak değil, herkesin fail olabildiği “genel” suçlar sınıfında yer almaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin fail yönünden genel kural bu olmasına rağmen 235/2-a maddesinin 3 ve 4 nolu bendinde hüküm altına alınan “Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,” ve “Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.” şeklindeki eylemlerin mahiyeti gereği özgü suç niteliği taşıdığını düşünmekteyiz (Bal, 2016).

Yargıtay birçok kararında “ihaleye fesat karıştırma, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde; 2 inci fıkranın a ve b bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, d bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde tereddüt bulunmadığı...” şeklinde görüş savunmuştur. Benzer şekilde “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 26.09.2012 tarih, 2012/3921 Esas, 2012/9472 Karar” sayılı ilamında “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 235 madde metninde belirtilen seçimlik hareketlerde



fail olabilecek kişiler tek tek sayılmış, kanunun 2 nci maddesinde belirtilen suçun özgü suç olacağını” tekrarlamıştır. Yine “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 11.10.2012 tarih, 2012/4397 Esas, 2012/10176 Karar” sayılı ilamında da özgü suç konusunda aynı tanımları ifade etmiştir.

Soyaslan’a göre de 235 inci maddenin 2 nci fıkrasının 3 ve 4 üncü bentlerindeki seçimlik hareketler ancak kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebileceğinden “özgü suç” niteliği taşır (Soyaslan, 2012).

Hafizoğulları ve Özen’e göre Kanunun, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan ihalelerde, ihaleye fesat karıştıran kişi dediğinden, suçun faili herkes değil, sadece “ihale sürecine” katılan kimseler olmaktadır. Bunlar, ihale yapmakla görevli kamu görevlileri ve genelde ihaleye katılan kimselerdir. Kamu kurum ve kuruluşu adına ihaleyi ancak ihale yapmaya hukuken yetkili kılınan kamu görevlisi yapabildiğinden, ihaleye fesat karıştırmaya suç, hem kamu görevlisi hem de teklif vererek ihale sürecine katılan kişi bakımından mahsus suçtur (Hafizoğulları ve Özen, 2012).

Doktrinde Yargıtay’ın aksine, sadece Kanunun 235/2-a maddesinin 3 ve 4 numaralı alt bentlerinde düzenlenen fiillerin, ihalenin tabi olduğu mevzuata göre yetkili kişiler tarafından işlenebileceği, bu bentlerde her ne kadar maddede açıkça belirtilmese de fiili olarak gerçekte birer özgü suç söz konusu olduğu savunulmaktadır. Buna göre, sözgelimi Kamu İhale Kanunu kapsamında bir ihalenin söz konusu olduğu durumlarda, bu kanun ile belirlenmiş ihale yetkilisi tarafından bu fiiller işlenebilir. Üçüncü bir kişinin bu fiilleri işleyebilmesi mümkün değildir. Zira buna göre, “teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak” ya da “teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak”, ancak bir ihale yetkilisi tarafından gerçekleştirilebilecek hareketlerdir (Arslan, 2012). Dolayısıyla bu madde ve bentlerinde belirtilen fiiller, yapıları itibariyle kamu görevlileri tarafından işlenebilir.

TCK 235/2-a maddesinin 3 ve 4 numaralı bentlerinin özgü suç nitelikli olduğuna dair yorumlara aksi görüş olarak; Kanunun 235/5 hükmünden de anlaşılacağı üzere, kamusal faaliyet icra etmeyen ihale düzenleyicisinin de kanunun 235/2-a bendinde sayılı eylemleri



gerçekleştirmesi ve bu hal ile ihaleye fesat karıştırması mümkündür. Bu açıdan kanunun 235/2-a maddesinde sayılan suçların genellikle kamu görevlileri tarafından işlenebilmesi ile birlikte doğrudan doğruya özgü suç olarak nitelendirilmesi isabetli olmayacaktır. Zira 235/5 hükmü uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında kabul edilecek eylemler, “kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşların iştiraki ile kurulmuş şirketler ile birlikte, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alımı veya satımlarına ya da kiralamalarda” vücut bulduğu halde yine kanunun 235 inci maddesi uyarınca ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bir başka ifade ile 235/5 madde ve fıkra kapsamına girip de kamusal faaliyet görmeyen ve kamu görevlisi olmayan ihale düzenleyicisi ve ihale komisyonu üyeleri ile ihalede görev alan yetkili ve sorumlularının, bu kişiler kamu görevlisi olmasa da görevli olarak katıldıkları ihaleler 235/5 madde ve fıkra kapsamına girdiği takdirde suçun faili olabileceklerdir (Bal, 2016).

Kanaatimizce bu görüş mahiyeti itibariyle iki yönden yanlıştır. Birincisi 235/5 gereğince ihalede görev alan ihale düzenleyicisi, ihale komisyon üyeleri ve ihalede görev alan yetkili ve sorumlular, görevli oldukları idari işlemler dolayısıyla zaten kamu görevlisi olarak faaliyet gösterirler. Bu şahısları kamu görevlisi olarak kabul etmemek doğru değildir. Zira bu görevliler, görevleri gereği kamu görevi ifa etmektedirler. İkinci husus ise bu şahıslar, kamu görevlisi olarak kabul edilmese dahi 235/5 mahiyeti gereği istisnai hüküm içermektedir. Ceza Kanunu’nun 40/2 maddesinde özgü suçlara kamu görevlisi olmayan şahısların iştiraki durumunda azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olunacağı belirtildiği gibi 235/5 madde ve fıkrası da benzer niteliktedir. Bu istisnai hüküm ile belirtilen kişiler de temel madde olan 235 maddesi doğrultusunda sorumlu tutulacaktır. 40/2 madde ve fıkrası kaide hükmü değiştirmedeği gibi 235/5 madde ve fıkrası da kaide hükmü değiştirmeyeceği düşüncesindeyiz (Bal, 2016).

Gerçek ve tüzel kişiler ayrımı yönünden ihaleye fesat karıştırma, ancak gerçek kişiler tarafından işlenebilecek bir suçtur. Diğer bir deyişle bu suçun faili gerçek bir kişi olabilir. Tüzel kişiler bu suçun faili olamaz. Bununla beraber, ihaleye fesat karıştırma suçu “bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye



kullanılması suretiyle, ya da bu özel hukuk tüzel kişisi yararına” işlenmiş olabilir. Böyle bir fiilin işlenmesinin neticesinde mahkûmiyet söz konusu olursa, tüzel kişi hakkında iznin iptaline ve müsadereye güvenlik tedbiri olarak hükmedilebilecektir (Arslan, 2012).

Ayrıca suçun faili olabilmek için failin ihale sürecinde artırma ve eksiltme işlemine katılmış olması da önemli değildir. Suç, ihalede teklif sahibi kişilerden biri tarafından işlenebileceği gibi, teklif sahibi olmayan üçüncü herhangi bir kişi de fail olabilecektir. Çünkü bir ihalede artırma veya eksiltme işlemine katılmayan kişilerin de, ihalede katılımcı durumunda olan kişileri çekilmeye zorlayabilmesi hayatın olağan akışı içerisinde (Eker Kazancı, 2007). Nitekim kanun koyucu suç tanımında failin mutlaka teklif veren veya teklif alanlardan birisi olmasını aramamış, fesat karıştıran kişi demekle yetinerek herkes tarafından bu suçun işlenebileceğine işaret etmiştir (Bal, 2016).

“İhaleye fesat karışırma” suçunu bir kimse tek başına işleyebilir. Sözgelimi ihale komisyonundaki bir kimsenin maddenin 2-b bendine göre gizli tutulması gereken bilgileri başkalarına ulaştırma eylemini gerçekleştirmek için bir başkasının yardımına ihtiyaç duymayacak ve bu suçu tek başına işleyebilecektir. Bir başka anlatımla bu suçun d bendi hariç çok failli olarak işlenmesi zorunlu değildir. Zira 235/ 2 maddesinin d bendinde düzenlenen “ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını özellikle fiyatı etkilemek için aralarında gizli veya açık anlaşma yapmaları” birden fazla faili gerektirdiğinden çok failli, bunun dışındaki durumlar tek kişi tarafından işlenebilecek bir eylem özelliği taşımaktadır (Bal, 2016).

4.4.1.2. Suçun Mağduru

Mağduru ve suçtan zarar göreni tanımlamak gerekirse, eğer bir kimse failin suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmesi hasebiyle doğrudan olarak etkilenmişse ve zarara uğramışsa o kimse mağdurdur, dolaylı olarak etkilenmişse ve bu etkilenme sebebiyle yasal olarak kendisine suç teşkil eden fiilin kovuşturulmasını talep etme hakkı verilmişse suçtan zarar görendir (Kaya, 2020).

Mağduru geniş ve dar anlamda olarak ikiye ayırmak gerekir. Geniş kelimesi daha fazla sayıda olma veya kişiyi kapsama anlamına geldiği için, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi neticesinde toplumu oluşturan bireylerin geniş anlamda mağdur olduğunu ifade etmek gerekir. İdarelere ihale sürecini işletirken dürüst ve rekabete uygun bir şekilde davranma yükümlülüğü getirilmesinin amaçlarından birisi de, toplumu oluşturan bireylerin menfaatlerinin zarara uğramasını önlemektir. Zaten madde 235'teki suçun TCK sistematigi içinde topluma karşı suçlar kategorisinde yer alması da toplumun geniş anlamda mağdur olarak kabul edildiğinin bir kanıtıdır. Bu suçun işlenmesi sebebiyle dar anlamda mağdur olarak kabul edilen kimseler ise, suça konu hareketlerin yöneldiği kimselerdir, yani ihale sürecini yürütmekle yükümlü ve yetkili olan kimseler ile ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli koşulları taşıyan kimselerdir (Demirel, 2014).

İhale sürecinde katılımcı olarak yer alan kişilerle birlikte, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma niyetinde olan kimselerin de mağdur olarak kabul edildiğine ilişkin Yargıtay kararları mevcuttur. Bu kararlardan birine örnek olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 14.02.2011 tarihli ve E. 2009/155, K. 2011/727 sayılı kararı verilebilir. Bu kararda, ihaleye fesat karıştırma suçundan zarar gördüğü ve kamu davasına katılma hakkı bulunduğu anlaşılan sanık müdafinin davaya katılma talebinin reddedildiği ve bu redde ilişkin kararın yasaya aykırı bulunduğu ifade edilmiş, CMK madde 237/2'nin verdiği yetki uyarınca müdafinin katılma talebinin kabulüne hükmedilmiştir (Soyaslan vd., 2014).

Hem faillik hem de mağdurluk sıfatı tek bir kişide birleşmeyeceğinden, suçu işleyenlerin ve bu suç kapsamında iştirakçi olarak kabul edilen kimselerin mağdur olmaları mümkün değildir (Demirel, 2014).

Herhangi bir suçun işlendiği hallerde mağdur sıfatını haiz olamayacak kişilerden biri de tüzel kişilerdir. Çünkü tüzel kişilerin sahip oldukları özellikler, mağdur sıfatını haiz olmalarına engel olmaktadır. Bu yüzden bir suçun işlenmesi neticesinde menfaati ihlal edilen tüzel kişiler, ancak suçtan zarar gören olabilirler. Bu durumda, madde 235'te sayılan ihaleye fesat karıştırma fiillerinin gerçekleştirilmesi sonucunda maddi zarara uğrayan veya ihaleye katılımı engellenen tüzel kişiler, suçtan zarar görendir (Bal, 2016).



4.4.1.3. Suçun Konusu

Her suçun bir konusu vardır. Ceza hukukunda suçun konusu, suçun maddi ve hukuki konusu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suçun hukuki konusu kanun maddesinde yer alan hukuki varlık veya menfaattir. Failin hareketi buna yöneliktir. Suçun maddi konusu ise suça konu olan madde eşya veya insandır (Soyaslan vd., 2014).

Suçun konusu, suç tipine bağlı olarak değişmektedir. Hırsızlık, mala zarar verme, zimmet, güveni kötüye kullanma suçlarında suçun konusu maldır. Mağdur ise mal sahibi veya kamudur. Yaralama ve hakaret suçlarında mağdur yaralanan ve hakarete uğrayan kişi, suçun konusu ise kişinin vücudu veya şerefidir. Suçun işlenmesi ile korunan hukuki değer ihlal edilmekte, suç konusu ise zarar görmekte veya tehlikeye düşmektedir (Bakıcı, 2008).

Konusu itibariyle suçlar, mala, mal varlığına, cana, şerefe zarar veren zarar suçu ve suçun konusu üzerinde bir zarar verme tehlikesi olan tehlike suçu olarak ayrılmaktadır (Bakıcı, 2008).

“İhaleye fesat karıştırma suçunun” konusunu 235 inci maddede niteliği belirtilen ihaleler teşkil etmektedir (Arslan, 2017).

Madde gerekçesinde; “Suçun konusu, mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale ya da kiralama ihalesidir. İhalenin konusunun, suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihale olmasıdır.” “Kamu adına yapılan satım ve kiraya verme işlemlerinde bedel artırımı esası; buna karşılık mal veya hizmet alımları ve kiralama gibi işlemlerde ise, bedel eksiltme esası kabul edilmiştir. Buna göre, artırımlarda tahmin olunan bedelden aşağı olmamak üzere, teklif olunan bedellerin en yükseği; eksiltmelerde ise, tahmin olunan bedelden fazla olmamak üzere, teklif olunan bedellerden tercihe layık görüleni bulunup; iş, o teklifi verenin üzerine bırakılmaktadır. En çok artırmanın veya eksiltenin icabını kabul mahiyetindeki irade bildirimi ve bu iradenin oluşumunu sağlayan şartlar esas alınmak suretiyle sözleşme imzalanmasına kadarki idari işlemlerin tümü,



ihale sürecini oluşturmaktadır. Sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale süreci de sona ermektedir (Bal, 2016).

“İhaleye fesat karıştırma suçunun” oluşabilmesi için yapılan ihalenin “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu” veya “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu” hükümlerine tabi bir ihalenin varlığı şart değildir. Bunlar dışındaki bir kanuna göre, örneğin Özelleştirme Uygulamaları Hakkındaki Kanunu’na göre yapılan ihaleler de bu suçun konusunu oluşturacaktır. Burada önemli olan bir ihalenin varlığıdır. Hatta normal şartlar altında ihaleye tabi olmadığı halde yanlış yorum veya başka bir nedenle ihale yapılmış olsa bile, artık ortada bir ihale bulunduğundan bu ihaleye fesat karışması halinde TCK’nın 235 inci maddesi uygulanabileceği ileri sürülmüş ise de Yargıtay bu suçun oluşması için mevzuata uygun olarak çıkılıp tamamlanan bir ihalenin varlığını aramaktadır (Bal, 2016).

Diğer yandan, suçun konusunu oluşturan ihale, kamu kurum ve kuruluşları adına yapılanlarla sınırlı değildir. TCK’nın 235 inci maddesinin 5 inci fıkrasına göre ihaleye fesat karıştırma suçuna dair hükümler “kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurumu veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunlar bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler” adına yapılan ihalelerde de uygulanacaktır. Buna göre, salt kamu kurum ve kuruluşları adına ve hesabına yapılanlar değil, kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan ihaleler de ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmaktadır. Sözgelimi “2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu”nun 114 ve devamı maddelerine göre icra dairelerince yapılan ihaleler kamu kurumu ve kuruluşları aracılığı ile yapılmaktadır (Koca ve Üzülmüş, 2012).

Yine “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 19.09.2013 tarih, 2012/15981 Esas, 2013/8973 Karar” sayılı ilamında “...adliye duruşma salonunda, açık artırma yöntemi ile satış ihalesi öncesi, ihaleye katılmak isteyen katılımcının darp edilmesi eyleminin, ihaleye fesat karıştırma suçunu teşkil edeceği...” şeklinde görüş bildirmiştir.

Doğrudan temin, artırım veya indirim esasına göre işlemediği için kanun koyucu tarafından ihale usulü olmaktan çıkarıldığı açıklanmıştı. Gerçekten doğrudan temin, teknik



manada TCK'nın 235 inci maddesi bağlamında ihale fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmamaktır. Buna göre, doğrudan temin esasıyla yapılan alımlarda vaki olduğu iddia edilen usulsüzlüklerin ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında ele alınması, suçun konusunun yokluğu nedeniyle mümkün değildir. Ancak doğrudan temin yönteminde piyasa araştırması aşamasında gerçekleştirilen usulsüzlükler kamunun zararına neden olmak kaydıyla görevi kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturacaktır (Koca ve Üzülmöz, 2012).

Bu suçun oluşabilmesi için önemli olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihale olması gerektiği 1 inci fıkrada vurgulandıktan sonra maddenin 5 inci fıkrası ile başka hangi kurumların yaptığı ihaleler için, TCK'nın 235 inci maddesinin uygulanacağı, hangi tür ihalelerin bu suça konu olacağı belirtilmiştir. Buna göre ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturabilecek ihaleler ve bu ihaleleri yapacak tüzel kişileri şu şekilde belirleyebiliriz:

“Kamu kurum ve kuruluşları adına/hesabına yapılan”;

- “Mal veya hizmet alımına veya,
- Mal veya hizmet satımına veya,
- Kiralamalara veya,
- Yapım ihalelerine”

“Kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla yapılan”;

- “Artırma veya,
- Eksiltmelere”,

“Kamu kurum ve kuruluşları dışında kalan”;

- “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,



- Kamu kurum ve kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,

- Kamu kurum ve kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar,

- Kamu yararına çalışan dernekler”,

“Kooperatifler adına yapılan”;

- “Mal veya hizmet alımına,

- Mal veya hizmet satımına,

- Kiralamalarına,”

ilişkin ihalelerdir. Yalnızca bu sayılan ihaleler, “TCK’nın 235 inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma” suçunu oluşturur. Bunun dışında kalan birimler tarafından meydana gelecek ihaleye fesat eylemi, birim yöneticilerinin kamu görevlisi olması durumunda TCK 257 nci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Yöneticiler kamu görevlisi değil ise hukuki sorumluluk söz konusu olacaktır (Yaşar vd., 2014).

Yargıtay uygulamalarında (örneğin, Y5CD, 02.07.2015, E. 2013/14111, K. 2015/13337) *“değişiklik gerekçesi ile birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde, doğrudan temin yönteminin bir ihale usulü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olduğu, bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacağı, koşullarının varlığı halinde başka suçların oluşabileceği”* kabul edilmektedir (Yaşar vd., 2014).

4.4.1.4. Fiil

Ceza hukukunda fiil, dış dünyada etkileri bulunan iradi tipik insan davranışları olarak nitelendirilmektedir (Sarı, 2019). Neticeyi esas alarak suç teorisini oluşturan klasik ceza hukuku

teorisinde fiil; hareket, netice ve nedensellik bağıny kapsayan üst bir kavram olarak kabul edilmiş iken, fiili esas alan yeni ceza hukuku doktrinde fiil üst bir kavram değil, maddi unsurlardan biridir. Bu yeni anlayışta, her suçun mutlaka bir neticesinin bulunduğu ilkesi geçerli değildir. Bir suç tanımında netice unsur olarak ayrıca yer almakta ise, ancak o zaman maddi unsurlar arasında netice incelemeye tabi tutulmaktadır. Bir suç tipinde neticeye unsur olarak yer verilmişse, bunun tabii sonucu olarak nedensellik bağıny varlığını da araştırmak gerekmektedir (Özgenç, 2013).

Açıklamalar çerçevesinde ihaleye fesat karıştırma suçu incelendiğinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için fesat karıştırma teşkil eden hareketlerin icrasının yeterli olduğu, kanuni tarifte neticeye unsur olarak yer verilmediğı görölmektedir. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçlarındandır. Gerçekten 235. madde ihaleye fesat karıştıranların cezalandırılacağı belirtilmiş, suçun oluşumu için başkaca bir sonucun ortaya çıkması aranmamıştır. Bu husus ihaleye fesat karıştırmayn görünüm şekillerinin gösterildiğı 235/2. maddede “ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engellemek”, “ihaleye katılmasını sağlamak”, “değerlendirme dışı bırakmak”, “değerlendirmeye almak”, gizli bilgilerin başkalarına ulaşmasını sağlamak”, “cebir veya tehditle ya da hukuka aykırı başkaca bir yolla ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engellemek” ve “ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek için anlaşma yapmak” şeklinde somutlaştırılmıştır. Dikkat edilirse, maddede belli bir fiilin işlenmesi, örneğin ihale şartları çerçevesinde gizli kalması gereken bilgileri başkalarına ulaştırmak, yeterli görölmüş, bunun sonucu olarak bir başka unsurun daha gerçekleşmesi aranmamıştır (Arıtürk, 2011).

Buna göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için 235/2. maddede gösterilen hareketlerin icrası yeterlidir. Kanun koyucu suçun oluşumu bakımından, bu fiillerin sonucunda ayrı bir unsurun daha gerçekleşmesini aramış değildir. Suçun oluşumu için 235. maddede ihaleye fesat karıştırılması aranmıştır. Dolayısıyla bu maddi unsurun gerçekleşmesi bakımından ihaleye fesat karıştırılması gerekmektedir (Arıtürk, 2011).

Fiil, genelde hareket, netice ve bu iki terim arasında neden-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağından ibaret bulunmaktadır. Ancak hukukta hareketten, mutlaka hukuki değeri haiz bir neticenin hasıl olması zorunlu kılınmış değildir. Bazı suçlar hareketten ayrıca hukukun



değer izafe ettiği bir neticenin meydana gelmesini zorunlu kılarken, bazı suçlar hukukun değer izafe izafe ettiği bir netice aramaksızın salt hareketten ibaret bulunmaktadır. Dolayısıyla netice ve buna bağlı olarak nedensellik bağı, fiilin zorunlu bir unsuru değildir. Ancak hareket fiilin zorunlu bir unsurudur. Bir hareket yoksa ortada, ne bir fiil ne de bir suç vardır (Hafızoğulları ve Özen, 2012).

Hareketin sayısına göre suçlar, tek hareketli suçlar, çok hareketli suçlar, itiyadi suçlar ve seçimlik hareketler olmak üzere ortaya çıkmaktadır. Hareketin şekline göre suçlar ise icrai suçlar, ihmali suçlar, ihmal suretiyle icrai suçlar, karma hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar ve bağlı hareketli suçlar olarak şekillenmektedir (Bakıcı, 2008).

İhaleye fesat karıştırma suçunun fiilini açıklamadan önce öncelikli olarak suçun temelini teşkil eden ‘fesat’ ve ‘hile’ kavramlarından ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Fesat sözlükte, ‘sakatlık, iradeyi sakatlayan haller, yapılan bir işin hukuki bakımdan sakatlık taşıması’ anlamına gelmektedir. Öğretide “fesat karıştırma” deyiminden, “failin kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla devlet alım, satım veya yapımına ilişkin ihale sürecinde başvurduğu her nevi hile ve desise yahut kullandığı cebir, şiddet veya tehdidin anlaşılacağı” şeklinde ifade edilmiştir (Bal, 2016).

TCK madde 235/2 fıkrasında suç teşkil eden hareketler sayılmıştır. Buna göre;

“a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,



4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak,

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak,

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.”

şeklindeki eylemler suçun hareketleridir.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu ihaleye fesat karıştırma sonucunu doğurabilecek bütün fiilleri değil, yukarıda madde metni belirtilen 2’nci fıkrada hangi hallerin ihaleye fesat karıştırma sayılacağını tadadi olarak belirtmek suretiyle bağlı hareketli, hareketin sayısına göre ise seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlemiştir. Suçun hangi hareketlerle işlenebileceği kanunda açık bir şekilde ifade edilmekle birlikte, bu hareketlerden sadece birinin işlenmesiyle ihaleye fesat karıştırma suçu tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla sayılı hareketlerden dışında meydana gelen bir eylem dolayısıyla bu suç oluşmayacaktır. Zira aksi durum kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir (Bal, 2016).

İhaleye fesat karıştırma suçunun 1. fıkrasında fiil, “kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştırmak” olarak tanımlamış ve 2. fıkrasında “aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır” diyerek “aşağıdaki halleri” tahdidi olarak saymış bulunmaktadır. Kanun böylece kuralına teknik olarak pek uygun olmayan, seçimlik ve aynı zamanda kendine özgü, bağlı hareketli bir suça vücut vermiş olmaktadır. Gerçekten gerekçede, “bütün bu seçimlik hareketlerden herhangi birinin veya bir kaçının gerçekleştirilmesi durumunda ihaleye



fesat karıştırma suçu işlenmiş olur” denerek bu fıkra hükmünde bir tek suça mı yoksa birden çok suça mı yer verildiği tereddütleri giderilmiştir (Hafızoğulları ve Özen, 2012).

Madde metninde hile aranan eylemler yönünden kapsamdaki suçun oluşabilmesi için salt hile unsuru ve seçimlik hareketlerden birinin işlenmesi yeterli olmayıp, maddede belirtilen hareketler ile hile arasında nedensellik bağı, bir sebep sonuç ilişkisi olması gereklidir. Bu bağı, kusurlu, yani kast derecesinde kusura sahip olduğu tespit edilen failin iradesi ile icra ettiği hareket sonucunda neticenin gerçekleşmesine neden veya yardımcı olduğu veya suça teşebbüs ettiğinin anlaşıldığı anda şart nazariyesine uygun olarak kurabilmeliyiz. Bir eylemin hile sayılabilmesi için, herhangi bir şekilde gerçeğin gizlenmesi veya farklı gösterilmiş olması gerekir. Bu farklı göstermenin sonucu olarak da bir kısım kişilerin iradesi sakatlanmaktadır. Hilenin hangi hareketlerle yapıldığının bir önemi yoktur. Hileli hareketlerin arandığı alt bentlerde neticenin elde edilmediği durumlarda ihaleye fesat karıştırma suçu gerçekleşmiş olmayacaktır. Sözelimi madde alt bendinde belirtilen “hileli davranışlarla teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak” suçunda olduğu gibi (Bal, 2016).

Belirtmek gerekir ki yine alt bentlerde sayılı “cebir veya tehdit eylemlerinin mutlaka ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek” maksatlı işlenmesi gerekir. Aksi durumda sadece cebir veya tehdit suçundan dolayı fail hakkında cezaya hükmolunacaktır (Şen ve Aksüt, 2014).

Ayrıca madde metninde “mal veya hizmet alımı veya satımına”, “kiralamalarına ilişkin ihaleler”, “yapım ihaleleri”, “ihaleye katılma yeteneği”, “ihale koşullarına sahip olma”, “ihale süreci”, “teklif”, “şartname”, “ihale mevzuatı” gibi vs. terimlerini kullanmakta, dolayısıyla teknik olarak İhale Mevzuatına göndermede bulunmaktadır. Böylece normatif unsurlara yer vererek ihlali suç olan eksik bir ceza normuna vücut vermektedir. Bu sebeple hükmün uygulanmasında eksiklik, normun her normatif unsuru için ihale mevzuatına gidilmek suretiyle giderilecek ve hükmün tamamlanması sağlanacaktır. Bu olmadıkça, normatif unsurlarını tanımda, kapsamını ve sınırlarını belirlemede, ihale mevzuatına gitmeden normu uygulamak mümkün olmaz (Hafızoğulları ve Özen, 2012).



Bu açıklamalar çerçevesinde, md. 235/2’de ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilen fiilleri aşağıda ayrı ayrı incelemekte fayda görülmektedir.

“Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye ve İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek”

Rekabet ortamının sağlanabilmesi için, ihaleye katılma yeterliliğine sahip tüm katılımcıların herhangi bir engelleme ile karşılaşmadan ihaleye katılabilmeleri gerekir. Aynı şekilde yasal engeller dolayısıyla ihaleye katılmaları mümkün olmayanlar ile ihalenin konusu veya yöntemi itibarıyla gerekli yeterlilik ölçütlerini sağlamayanların, ihalenin başında bu süreçten bertaraf edilmeleri de rekabet ortamının sağlanmasının bir gereğidir. Bu husus ihaleye hakim olan ilkelerinden biri olan yeterlilik ilkesi kapsamında olup, ihlali durumunda ihaleye fesat karıştırma suçu bağlamında yargılama söz konusu olacaktır (Soyaslan vd., 2014).

İhaleye katılma yeterliği ve şartlarını taşıyan bir kişinin “hileli davranışlarla ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesi” halinde TCK’nın 235/2-a maddesine uygun bir fiil gerçekleştirilmiş olacaktır. Maddede herhangi bir sınırlama olmadığından, katılımı engellemeye elverişli her türlü hileli davranış bu kapsamda değerlendirilebilecektir (Arslan, 2012).

Hile kişilerin hür iradeleri ile tercihte bulunmalarına engel olmalıdır. Kişilerin iradelerini etkilemeksizin olayları değiştirmek, objelerde güdümlene yapmak hile sayılmaz (Arslan, 2012).

İcrai ya da ihmali bir davranışla gerçekleştirilebilen hilenin bir olayla ilgili olması gerekli değildir. Gerçeğin gizlenmesi de hileyi teşkil eder. Hilenin oluşması için muhakkak birinin kandırılması gerekmez. Maddenin 2’nci fıkrasının a bendinde sayılan dört grup fillerden birinin hile ile işlenmesi yeterlidir. Alternatif fillerden birinin hile ile icrasının tamamlandığı anda ihaleye fesat karıştırma suçu oluşur. İcrasına başlanmakla birlikte elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması halinde teşebbüs olur (Özgenç, 2013).

Bir kimsenin yapılan ihaleye katılabilmesi için, “ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına” sahip olması ve Kamu İhale Kanunu’nun 11 ve “Devlet İhale Kanunu’nun 6’ncı



maddesi gereğince ihaleye katılmaktan yasaklanmamış olması gerekir. İhaleye katılmak için aranan tek şart, ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olmak ve yasaklı bulunmamak gerekir. TCK'nın 235/2-a,1 maddesinde belirtilen bu suçun oluşabilmesi için mağdurun ihaleye katılmasının hileli hareket ile engellenmesi gerekmektedir. Mağdurun ihaleye katılması cebir veya tehdit kullanmak suretiyle engellendiği hallerde 235/2-a,1 fıkra ve bendi değil 235/2-c fıkra ve bendinde belirtilen cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenen hüküm tatbik edilecektir. Kanunun 235/2-c bendinde "cebir veya tehdit kullanılarak veya hukuka aykırı davranışlarla" bu eylemleri yapanların cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Dikkat edildiği takdirde 235/2-c fıkra bendinde düzenlenen hukuka aykırı davranışlar deyimini 235/2-a fıkra ve bendindeki hileli davranışlar deyimini de kapsamaktadır. Bu sebeple madde içerisinde tekrara konu düzenleme yapıldığı söylenebilir (Şen ve Aksüt, 2014).

Etkin rekabet ortamının sağlanabilmesi için ihaleye katılma yeterliliğine ve belirtilen koşullara sahip bütün katılımcıların, herhangi bir engel ile karşılaşmadan ihale sürecindeki işlemlere ve nihayetinde ihaleye katılabilmeleri gerekir. Zira bu husus rekabet ortamının sağlanması adına olmazsa olmaz koşuldur (Arslan, 2012).

TCK'nın 235 inci maddesinin 2 nci fıkrasının a bendinde hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırma fiilleri cezalandırılmıştır. Bu bent kapsamında suçtan söz edebilmek için hileli bir davranışın gerçekleşmesi ve bu hile nedeniyle kişilerin ihaleye veya ihale sürecine katılmalarının engellenmesi gerekir. Dolayısıyla sadece hileli davranış suç oluşturmaz. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırmanın bu şekli çok hareketli bir suç özelliği taşımaktadır (Koca ve Üzülmmez, 2012).

İhaleye fesat karıştırma, ihaleye katılma yeterliliğinin sağlanması bakımından etkisiz bir belge eksikliği bahane edilerek hileli davranışlarla katılımcıların ihaleye katılmasının engellenmesi şeklinde de gerçekleşebilir. İhaleye katılabilmek için gerçekleştirilen başvurunun, usulsüz bir şekilde (hileli davranışlarla) yeterli şartlarının taşınmadığı gerekçesiyle kabul edilmemesi ihaleye katılmanın engellenmesini teşkil edecektir. Bu kapsamda, örneğin ihale dokümanında belirtilen saat ve tarih içerisinde teslim edilen teklifin, kayıt defterlerinde değişiklik yapılarak veya kasten geç kayda girerek başvurunun süresinde gerçekleştirilmediğinden bahisle katılımcının ihaleye alınmaması, yeterlilik şartlarının



sağlanmış olmasına rağmen, ihaleyi bir başkasının uhdesinde bırakabilmek için katılımcıyı yanıltmak suretiyle yeterlik şartlarını yerine getiremediğine ikna etmek, bu kapsamda değerlendirilecektir. İhaleyi gerçekleştiren yönetimin ihale, istemediği bir firmanın uhdesinde kalması üzerine, bu firmayı devre dışı bırakmak için başvurunun zamanında yapılmadığı bahane edilerek ihaleyi iptal ettiği hallerde bu madde kapsamında bir ihlal söz konusu olacaktır. Ancak bu tür bir iptali haklı nedenlere istinaden yapmamış olması ve iptal sebebinin hile teşkil etmesi gerekmektedir (Arslan, 2012).

Genel anlamda ihaleye katılma yeterliliği ihale mevzuatına göre belirlenir. Ancak ihalelerin uygulama yönetmeliğin 15/A maddesine göre ihaleye katılabilmesi için öncelikle tapuda malik olmalı ve üçte iki çoğunlukla anlaşılan paydaşlardan olması gerekmektedir. Buna göre üçte iki çoğunlukla anlaşılan paydaşlardan birisinin hileli bir davranışla ihaleye katılmasının engellenmesi suç oluşturur. Sadece teklif verilmesi aşamasındaki hileli davranışlar suç olmayıp sözleşmenin imzalanması sürecindeki hileli davranışlar da suç sayılmıştır. Üçte iki çoğunlukla anlaşılan paydaşın dışında birisinin ihaleye katılmasının engellenmesi halinde, hile olmasına rağmen ihaleye katılma yeterliliği bulunmayan kişinin fail bunu bilmese bile öğreti ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağı ileri sürülmektedir (Meran, 2011).

Hileli hareketlerle bir katılımcının ihaleye katılımını engelleyen kişi, genellikle ihale sürecinde yetkili bir kamu görevlisi olmaktadır. Ancak kamu görevlisi olmayan kişilerin de bahsedilen eylemleri icra etmesi mümkündür. Sözgelimi ihale sürecinde rakip pozisyonda olan kişi veya kişilerin, karşı tarafı, ihalenin katılım koşulları veya süresi konusunda hileli bir takım davranışlarla aldatmak suretiyle ihaleye girmesine engel olmasında bu maddenin fıkra ve bendinde hüküm altına alınan suç işlenmiş olacaktır (Soyaslan vd., 2014).

Belirtmek gerekir ki kanun koyucu sadece teklif verilmesi ve teklifin değerlendirilmesi aşamasındaki hileli davranışları değil, bu aşamadan sonra sözleşmenin imzalanması sürecindeki hileli davranışları da ihaleye fesat karıştırma kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliliği ve koşullarını sağlamış olan bir katılımcının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması veya ihaleyi kazanmasına rağmen sonraki süreçte hileli davranışlarla sözleşme imzalanmasına engel olunması halinde ihaleye fesat karıştırma söz konusu olacaktır. Sözgelimi ihaleye katılma yeterliliğini sağlayan katılımcıya,



bir ön değerlendirme raporuyla, ihale için yeterliği sağlayamadığının bildirilmesi, yine yeterliliği sağlayan bir katılımcının ihaleyi gerçekleştiren kurum yetkilisi tarafından aranarak ihaleden elendiğinin bildirilmesi, ihaleye fesat karıştırma suçunun sz konusu olduğu eylemlerdir (Bal, 2016).

“Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 27.2.2012 tarih, 2012/6166 Esas, 2012/3772 Karar” sayılı ilamında “...açık ihale usulü ile ihaleye gidilecek satın almalarda, doğrudan temin yoluna gitmek ihaleye katılma yeterliliğine sahip olanları ihaleye almamak anlamı taşımaktadır” şeklinde değerlendirme yapmıştır (Soyaslan vd., 2014).

“Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak”

Kamu adına yapılacak işlerin ehil olanlar tarafından üstlenilmesini sağlamak amacıyla düzenlenecek ihalelere katılabilmek için bir takım şartları taşıyor olmak aranmış, bu şartlara haiz olmayanların baştan ihaleye girmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu çerçevede, ihaleye katılma yeterlik ltleri ve şartları mevzuatla düzenlenmiştir. Buna göre, ihaleye katılma yeterlik ve şartlarına sahip olmayanların ihaleye katılmalarının engellenmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ihaleye katılma yeterlik ve şartlarına sahip olmayan kişilerin hileli davranışlarla ihaleye katılmaları mümkündür. Çeşitli şekillerde ortaya çıkabilecek bu gibi hallerde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır (Arslan, 2012).

Bir başka görüş ise 235/2-a,2 bendinde belirtilen fiil, ihalede görev alan bir kamu görevlisi tarafından işlenebileceğinden özgü suç niteliğindedir. Nitekim “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 26.9.2012 tarih, 2012/3921 Esas, 2012/9472 Karar” sayılı ilamında da “235/2-a fıkra bendinde hüküm altına alınan suçun ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen suç olduğu, suça iştirak eden üçüncü kişilerin azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olabilecekleri” şeklinde görüş belirtmiştir (Koca ve zlmez, 2012).

Ancak doktrinde suçun özgü suç olmadığı, kamu görevlisi olmayan kişilerin de bu suçu işleyebileceği görüşü de mevcuttur. Madde metninde suçun ancak ihale görevlileri tarafından işlenebileceği şeklinde bir yazılış tarzı olmasına rağmen belirtilen hileli hareketler üçüncü kişinin ihale görevlisine karşı yapılarak ihaleye katılmak suretiyle de işlenebilir. Sözgelimi



maliyeye borcu olan kimse, böyle bir borcunun olmadığına dair maliyeden bir yazı alarak veya kendisi bu şekilde bir evrak tanzim ederek ihaleye katıldığı durumda anılan suç oluşacaktır. Yine ihaleye katılmak için belirli şartları yerine getirmek zorunda olan kimsenin, bu şartları yerine getirmiş gibi hileli davranışlarda bulunarak veya getirdiğine ilişkin evrak tanzim edilerek ihaleye alınması hususu da ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında olacaktır. Yine ihaleye katılabilmek için geçici teminat vermek zorunda olan bir kimsenin, bu teminatı vermediği halde vermiş gibi hareket ederek ihaleye katılması durumunda anılan suç gerçekleşmiş olabilecektir. Ancak Yargıtay, benzer durumda yani ihaleye katılma yeterlilik ve koşullarında sahip olmayan kişilerin sahipmiş gibi, sözgelimi sahtecilik yapmak suretiyle belge ibraz ederek ihaleye girmelerini ihaleye fesat karıştırma suçunun kapsamı dışında kalacağını savunmaktadır. “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 1.6.2012 tarih, 2012/4679 Esas, 2012/6085 Karar” sayılı ilamında “emsal nitelikte kamu görevlisi olmayan şahısların sahte belge tanzim etmek suretiyle ihaleye katılmaları durumunda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağını” belirtmiştir (Bal, 2016).

İhaleye fesat karıştırmanın bu işleniş şeklinde, aslında ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan bir kişinin “hileli davranışlarla, yeterliğe veya koşullarına sahip olduğundan bahisle ihaleye katılması veya ihaleye katılmasının sağlanması” söz konusudur. Bu şekilde gerçekleşen eylem neticesinde ihale yetkilisi, yeterlik şartlarını taşımadığını tespit ettiği isteklileri ihale dışında bırakması gerekirken, şartları sağlıyormuş gibi değerlendirmeye aldığı takdirde ihaleye fesat karıştırmış olacaktır (Bal, 2016).

Bu suçun oluşması için, katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olmayan bir kimsenin ihaleye katılmış olması gerekir. Hileli hareket ile ihaleye katılmak, suçun oluşumu için yeterli olup ayrıca katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan bu kimsenin ihaleyi almış olması, suçun tamamlanması için zorunlu değildir. İhaleyi başka bir kimsenin alması durumunda da suç tamamlanmış olacaktır (Tuğrul, 2013).

Uygulamada sıkça rastlanılan, ihale görevlilerinin ihale ile ilgili fiyatın belirlenmesi veya ihalenin belli bir istekliden bırakılması maksadıyla görevi kötüye kullanma durumu da kanunun 235/2 madde kapsamının dışında değerlendirilmelidir. Zira ortada TCK’nın 235/2-a,1,2 fıkra bendindeki, “hileli hareketlerle ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip bir kişinin

ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek” veya “ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan bir kişinin ihaleye katılımını sağlamak” niteliğini haiz bir işlem bulunmamaktadır. Yeni bir düzenlemeye gidilerek, ihale ile ilgili fiyatın tespitinde, bir takım katılımcıları ihale dışı bırakmak suretiyle görevinin gereklerine aykırı işlem tesis eden ihale görevlileri hakkında ceza sorumlulukları yoluna gidilmelidir (Şen ve Aksüt, 2014).

“Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak” Yahut “Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Halde Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak”

İhale yolunun işletilmesinin temelinde en uygun bedelle en kaliteli hizmetin veya malın alınması yatmaktadır. Dolayısıyla bir ihale sürecinde en uygun fiyata ulaşılmasının engellenmesinde olduğu gibi en kaliteli mal veya hizmet alımının engellenmesi halinde de fesat söz konusu olacaktır. Bu şekilde tezahür edebilecek ihlaller maddenin bu bendi yoluyla yaptırım altına alınmıştır (Arslan, 2012).

Mal alım ihalelerinde, ihale konusunu oluşturan malın hangi niteliklere haiz olacağı hususu ilgili yönetimce ihale mevzuatının öngördüğü esaslar çerçevesinde şartnamelerle belirlenir. Bir katılımcının teklif ettiği mal, şartnamede belirtilen niteliğe haiz olmasına rağmen, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında hileli davranışlarla, sözgelimi malın esasa etkili olmayan bir özelliği taşımadığından bahisle teklifin değerlendirme dışında bırakılması kanunun 235/2-a,3 ve 4 fıkra bendinde belirtilen suç oluşturacaktır (Meran, 2011).

Doktrinde, bentte geçen “teklif edilen malların değerlendirilmesi”nden söz edilmesinden hareketle, bu şekilde hukuka aykırı bir fiilin tezahürüne sebebiyet verecek ihalenin ancak bir mal alımına ya da mal alım ve satımına ilişkin ihale olabileceği ileri sürülmüş, bu düzenleme diğer ihaleleri kapsamaması nedeniyle örneğin hizmet, kiralama ve yapım ihalelerini kapsamaması nedeniyle eleştirilmiştir.251 Madde metni lafzının ‘teklif edilen edimin’ ifadesi kullanılması durumunda daha kapsayıcı ve daha isabetli bir düzenleme olacağı belirtilmiştir. 252 Zira ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olması nedeniyle bu bent

yalnızca mal alım ve satım ihalelerinde uygulanabilecek niteliktedir. Bu şekilde düzenleme nedeniyle hizmet ihaleleri, kiralama ihaleleri ve yapım ihalelerinde bu bendin uygulanması mümkün olmayacaktır. Hal böyle iken hizmet alım ve satım ihalelerinde, kiralama ya da yapım ihalelerinde de belirtilen eylemin gerçekleşmesi mümkündür (Eker Kazancı, 2011).

Suçun oluşumu için, şartlara haiz olan bir malın değerlendirmeye alınmayarak ilgilinin ihaleye girmesinin engellenmesi veya şartnamede gösterilen özelliklere haiz olmayan bir malın aranılan nitelikleri taşıdığından bahisle değerlendirmeye alınıp ilgisinin ihaleye dâhil edilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Özellikle ikinci durumda, yani şartnamede belirtilen özellikleri taşımamasına rağmen teklif ettiği malları değerlendirmeye alınan kişinin ihaleyi kazanmış olması şart değildir (Arslan, 2012).

Teklifleri değerlendirmeye almak veya değerlendirme dışı bırakmak ihale komisyonuna ait bir yetki olduğundan söz konusu suç ancak bu komisyonda görevli olan başkan ve üyeler tarafından işlenebilir (Soyaslan vd., 2014).

Kanunun 235/2-a maddesinin 3 ve 4 numaralı alt bentlerinde düzenlenmiş bu fiillerin, ihalenin tabi olduğu mevzuata göre yetkili kişiler tarafından işlenebileceği, bu bentlerde her ne kadar maddede açıkça belirtilmese de fiili olarak gerçekte birer özgü suç söz konusu olduğu savunulmaktadır. Buna göre, sözgelimi Kamu İhale Kanunu kapsamında bir ihalenin söz konusu olduğu durumlarda, bu kanun ile belirlenmiş ihale yetkilisi tarafından bu fiiller işlenebilir. Üçüncü bir kişinin bu fiilleri işleyebilmesi mümkün değildir. Zira buna göre, “teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak” ya da “teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak”, ancak bir ihale yetkilisi tarafından gerçekleştirilebilecek hareketlerdir. Dolayısıyla bu madde ve bentlerinde belirtilen fiiller, yapıları itibarıyla kamu görevlileri tarafından işlenebilir (Arslan, 2012).

Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere Yargıtay birçok kararında “ihaleye fesat karıştırma, her ne kadar bir kısım öğretilde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde; 2 inci fıkranın a ve b bentlerinde sayılan hallerde



ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, d bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde tereddüt bulunmadığı...” şeklinde aksi yönde görüş savunmuştur.

Her teklifin, ilgili kanunun öngördüğü usul ve esaslar göz önünde bulundurularak hazırlanan şartnameye uygun olması gerekmektedir. Şayet şartnamede yer alan tüm koşulları yerine getirmiş olmasına rağmen, koşullar yerine getirilmemiş gibi bir değerlendirme yapılarak teklife konu mallar ihale dışı bırakılırsa ihaleye fesat karıştırılmış olur. Ancak kanun koyucu bu hareketin ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verebilmesi için, söz konusu teklifin mal alımına yönelik bir ihaleye ilişkin olmasını aramıştır. Dolayısıyla mal satımı veya kiraya vermeye ilişkin ihaleler bu kapsamda değerlendirilmez. Keza hizmet alımına ilişkin ihaleler de karakteri gereğince bu hareketle ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmasına elverişli değildir. Fakat kiralama ihalelerinde ihale konusu taşınır veya taşınmaz bir mal olduğu için, bu tür ihalelere TCK madde 235/2-a-3 kapsamında fesat karıştırılabilir. Yapım ihaleleri ise karma nitelikli olduklarından, bu tür ihalelerin hizmete ilişkin kısımda değil yalnız mala ilişkin kısmında TCK madde 235/2-a-3 söz konusu olabilir (Bal, 2016).

Teklifin değerlendirme dışı bırakılması, ihalenin karar bağlanmasında hiç dikkate alınmaması demektir. Dolayısıyla bu ihtimalde teklif sahibinin ihaleyi alabilmesi de mümkün değildir. Teklifin değerlendirmeye alınmasından kastedilen de, diğer tekliflerle birlikte aynı hukuki değerde görülmesidir. Bu bakımdan ihalenin aslında değerlendirmeye bile alınmaması gereken teklif sahibine bırakılması mümkün olmakla birlikte, suçun oluşumu için şart değildir (Artuk vd., 2009).

“Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına ve Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak”

Gizlilik, KİK madde 5’te sayılan ihalenin temel ilkelerindendir. Rekabet ortamının düzgün sağlanabilmesi için tekliflerle ilgili olarak ihale mevzuatına göre veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere, ihale sürecinde görev alan kişiler haricinde bilhassa hiçbir istekli tarafından ulaşılmamış olması gerekmektedir (Sarı, 2019).

İhale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgiler mevzuatta düzenlenmiştir.

Genel olarak bu gizli bilgiler;

1. Yaklaşık Maliyetin Gizliliği

2. Tekliflerin Gizliliği

3. Bilgi ve Belgelerin Gizliliği

şeklinde sıralanabilir.

KİK 5 ve 61. maddeleri uyarınca ihale sürecinde gizli kalması gereken en önemli bilgi KİK 9. Maddede düzenlenen, ihale ve ön yeterlik ilânlarında açıklanmayan idarece belirlenen ve ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan kimseye açıklanamayacak olan yaklaşık maliyettir. Yaklaşık maliyetin açıklanması gizliliği ihlal eder ve diğer unsurların gerçekleşmesi ile ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur (Sarı, 2019).

KİK madde 39'a göre, isteklilerce verilmiş olan tekliflerin ihale dokümanında belirtilen saatte açılması gerekir. Bu saatten önce tekliflerin açılması ve ihaleyle ilgili olsun veya olmasın başkalarına ulaşmasının sağlanması halinde madde düzenlemesinde yer alan suç tipi gerçekleşmiş olacaktır (Sarı, 2019).

KİK madde 61'de ihale sürecine ve tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ifşa edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, sadece isteklilerin sundukları teklifler değil, belli bir ihaleyle ilgili olarak mali ve ekonomik, mesleki ve teknik yeterliğin tespiti için sunulan belgeler de gizli tutulması gereken belgelerdendir (Sarı, 2019).

İdareler yapacakları ihalelerde KİK ve DİK uyarınca rekabet ortamını sağlayabilmeleri için gizli bilgilerin başkalarına ulaşması noktasında sorumludurlar. Bu noktada gizli kalması

gereken bazı bilgilerin isteklilere veya üçüncü kişilere ulaştırılması rekabet ortamını bozacaktır (Sarı, 2019).

İdareler tarafından kamu ihalelerinde en ucuzun değil en verimli olanın en elverişli fiyata alınması veya yapılması için yaklaşık maliyet hesapları ihale en üst yetkilisinin onayı ile danışmanlık hizmet sunucularına hesaplattırılabilir (Sarı, 2019).

Danışmanlık hizmeti verilirken görevliler, tekliflere ilişkin gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, işin yaklaşık maliyetini açıklayamaz veya başkalarına ulaşmalarını sağlayamazlar (Sarı, 2019).

KİK “Bilgi ve Belgeleri Açıklama Yasağı” başlıklı 61. maddesinde bu husus,

“Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60’ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır” şeklinde vurgulanmıştır.

Gizli tutulması gereken bilgiler sadece yaklaşık maliyetle sınırlı tutulmamış, ihale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgiler sayılmıştır. Örneğin KİK 39. maddesine göre, isteklilerce verilmiş olan tekliflerin ihale dokümanında belirtilen saatte açılması gerekirken bu saatten önce tekliflerin açılması ve ihaleyle ilgili olsun veya olmasın başkalarına ulaşmasının sağlanması halinde ihaleye fesat karıştırma suçu gerçekleşmiş olacaktır (Sarı, 2019).

İhale yetkilisinin gizliliği ihlal etmesi suç tipinin gerçekleşmesi için yeterli görülmemiş, başkalarının bu bilgilere ulaşmış olması aranmıştır. Bilgilerin üçüncü şahıslara ulaştırılması, öğrenmelerini sağlayacak şekilde faş edilmesi ve yayınlanması şeklinde tezahür edebilir. Bununla birlikte belli bir teklifle ilişkilendirilemeyen bilgi açıklamaları bu suç kapsamında



değerlendirilmeyecektir. Taraflardan birinin zarar görmesi şartı aranmamış, gizli kalması gereken bilgilerin ulaşması ile suç tipi gerçekleşmiş olacaktır (Sarı, 2019).

Gizli kalması gereken bilgilerin tümünün veya bir kısmının açıklanmış olması, suçun oluşumu açısından önemli değildir. Ancak kısmi açıklamanın söz konusu olduğu hallerde, açıklanan kısmın ilgili olduğu teklifler açısından bilgi edinmeyi sağlayacak nitelikte olması gerekir (Doğanyigit, 2018).

Tekliflerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgileri açıklayan bizzat ihale görevlisi olabileceği gibi, bizzat teklif sahibi veya dışarıdan üçüncü bir kişi dahi olabilir. Dolayısıyla bu suç tipi bakımından failin ihale sürecinde görevli olup olmadığı hususu önemli değildir (Sarı, 2019).

Tekliflerle ilgili olup mevzuata ve şartnameye göre gizli kalması gereken bilgiler başkalarına bir fiil ile ulaştırılabileceği gibi ihmali olarak da ifşa edilmesine sebep olunabilir. Örneğin, gizli bilgileri içeren belgeleri başkalarının ulaşabileceği yerlere kasten bırakmak bu suçu oluşturacaktır (Sarı, 2019).

“Cebir ve Tehdit Kullanmak Suretiyle ya da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmasını Engellemek”

Engellemeden kasıt; ihaleye katılmama, katılmışsa çekilme olabilir (Özcan, 2015). Madde 235/2-c kapsamındaki suç, ihaleye katılma yeterliğine sahip olan bir kişinin ihalenin gerçekleştirildiği saatten önce cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer yollarla ihaleye girmesini engellemek suretiyle oluşabileceği gibi, ihaleyi kazanan kişi sözleşme imzalamak için davet edildikten sonra, cebir veya tehdit yoluyla veya hukuka aykırı diğer davranışlarla bu kişinin sözleşme imzalamasına engel olunması suretiyle de oluşabilir (Yüksektepe, 2018).

Cebirde, cebrin yöneldiği kişinin üzerinde mutlaka fiziksel kuvvet uygulanır ve bu kişi veya başka bir kişi cebri uygulayan kişinin isteği doğrultusunda davranmaya zorlanır (Bal, 2016). Hile de cebir de yöneldikleri kişinin iradesine etki etmeyi amaçlamalarına rağmen,



hilede fiziksel güç kullanmadan bu amaca ulaşmaya çalışılırken, cebirde fiziksel güç kullanılmaktadır. Bu bent kapsamında yer alan cebir, kişinin ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma yönündeki mevcut veya beklenen iradesini veya direncini kırabilmek için fiziksel olarak zorlanması şeklinde gerçekleşecektir. Zorlama fiilini gerçekleştiren fail, bu fiili ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma niyetinde olan kişi üzerinde gerçekleştirebileceği gibi, bu kişiyi fiziksel olarak etkilemesi kaydıyla bir eşya üzerinde de gerçekleştirebilir. Kişinin etkisiz hale getirilerek zorla bir yerde hapsedilmesi, hipnotize edilmesi, ilaç verilerek uyutulması, kişiye zorla alkol veya uyuşturucu madde, eter, gaz, uyutucu ilaç verilmesi, (Özcan, 2015) şamar atılması, kişinin kolunun kıvrılması, iteklenmesi, kişiye vurulması, omuz atılması, tekmelenmesi vb. hareketler, kişiyi bedensel olarak etkilediği için cebir kapsamında değerlendirilir (Meran, 2011).

Madde 235/2-c kapsamındaki suçu oluşturan bir diğer davranış, tehdittir. Tehdit; failin istediği şekilde davranmadığı takdirde mağdura veya onun yakınına karşı gerçekleştirilecek suç teşkil eden bir fiilin, haksızlığın, kötülüğün, tecavüzün mağdura bildirilmesidir. Madde 235/2-c kapsamındaki suçun meydana gelmesi için, tehdidin, cebrin veya hukuka aykırı nitelikteki başka fiillerin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli bütün nitelikleri taşıyan kişilerin ihaleye katılmalarını engellemek amacıyla gerçekleştirilmiş olması ve bu tehdidin, cebrin veya hukuka aykırı nitelikteki başka fiillerin gerçekleştirilmesiyle ihaleye katılacak olan kişilerin ihaleye katılmaktan vazgeçmiş olmaları gerekir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 21.02.2013 tarihli ve E. 2012/3486, K. 2013/1316 sayılı kararında, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli nitelikleri haiz olmayan istekliye karşı gerçekleştirilen cebir veya tehdit eylemlerinin, md. 235/2-c kapsamındaki suçu ve bu suça teşebbüsü meydana getirmeyeceğine, bu eylemlerin diğer suçlara vücut vermesi halinde bu suçlardan dolayı ceza verilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Kaya, 2020).

Tehditle gerçekleştirileceği belirtilen zararın bizzat gerçekleştirileceğinin veya üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirileceğinin ifade edilmesi arasında, suçun oluşabilmesi bakımından bir fark yoktur. Tehdit, mağdurun yüzüne karşı yapılabileceği gibi, kendisine ulaşmak kaydıyla gıyabında da yapılabilir. Suçun oluşabilmesi için, mağdurun tehdit ile gerçekleştirileceği iddia edilen zararın gerçekleştirileceğine inandırılmış olması ve bu sebepten dolayı ihaleye katılmaktan vazgeçmesi yeterlidir. Yani tehdit konusu sonradan gerçekleşmemiş olsa bile suç



oluşur. Bu noktada önemli olan husus, mağdurun iradesinin istenilen doğrultuda etkilenmiş olmasıdır (Özcan, 2015). Hem cebir hem de tehdit eylemleri mağdurun yakınına karşı gerçekleştirilebilmekte olup, mağdurun yakınına karşı gerçekleştirilen cebir veya tehdit eylemlerinin madde 235/2-c'deki suçu teşkil edebilmesi için, mağdur yakını olarak sayılacak kişilerle mağdur arasındaki ilişki hakiki ve yakın bir bağa dayanmalıdır (Özcan, 2015). Tehdidin sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleştirilmesi, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmamakta olup, bu durumda şartları mevcutsa tehdit, yağma, şantaj suçları oluşabilir. Çünkü madde 235/2-c'de yer alan suçun oluşabilmesi için, ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılımın engellenmiş olması gerekir (Özcan, 2015). İhale süreci tamamlandıktan sonra ihaleye usulsüz bir şekilde katılan bir isteklinin, ihale sürecinde belirlenememiş bu usulsüzlüğünü bilen bir diğer isteklinin, kendisine belirli bir menfaat sağlamaması halinde bu usulsüzlük hakkında Kamu İhale Kurumuna itirazda bulunacağına dair söylemi, ihaleye fesat karıştırma suçunu değil, madde 107'deki şantaj suçunu oluşturur. Fakat usulsüzlüğü bulunmayan ve ihaleyi kazanan kişinin kendisinden beklenen menfaati yerine getirmemesi halinde, süreci uzatmak amacıyla bu kişi hakkında itirazda bulunmak, genel bir suç tipi olan tehdit suçu kapsamına girer (Bal, 2016).

Madde 235/2-c kapsamındaki suçu oluşturan bir diğer husus, hukuka aykırı davranışlarda bulunmaktır. Hilenin, cebrin veya tehdidin kapsamına girmeyen fakat madde 235'teki suça vücut veren tüm davranışlar, hukuka aykırı davranış olarak değerlendirilir. Hukuka aykırı diğer davranışlara örnek olarak; idarenin olumsuz tutum ve davranışlarla istekliyi haklarını kullanmaktan vazgeçirmeye çalışması, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilere gerçek dışı telkin, ikaz ve uyarılarda bulunması, ihale yetkisinin istekliye ihaleyi kazanması durumunda hak ediş karşılığının ödenmeyeceğini veya geç ödeneceğini söylemesi, ihale yapılacak yerin kapısının kilitlenmesi, isteklilerin içeriye alınmaması, ihale yapılacak olduğu halde yalan söyleyerek ihale yapılmayacağını belirtilmesi, ihale yapılmasını önlemek için ihalenin yapılacağı salonun yıkılmasının sağlanması, ihalenin gerçekleştirileceği mekanın fuzuli sebeplerle işgali, ihale komisyonunun ihalenin nasıl yapılacağını görüşmesinin veya duyurmasının engellenmesi verilebilir. Ancak ihaleye katılımı engellemeye yönelik gerçekleştirilen davranışlarda bir hile varsa, madde 235/2-a-1 hükmü uygulanacaktır. Maddenin gerekçesinde de, isteklilerin ihalenin saat kaçta, hangi tarihte, nerede yapılacağı hususlarında yanıltılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen sürelerin geçirilmesi hileli davranış



olarak kabul edilmiş ve bu hallerde, madde 235/2-a-1 hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir (Kaya, 2020).

“İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları”

Madde 235/2-d kapsamındaki anlaşmanın, ihale şartlarını veya fiyatı etkilemeye yönelik olması gerekir. Anlaşmanın konusu ihale şartlarını veya fiyatı etkilemeye yönelik değilse, madde 235/2-d kapsamındaki suç oluşmaz. Suçun bu şekliyle oluşmayacağı bir duruma örnek olarak, her iki şirketin de ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli nitelikleri taşımamalarına rağmen birleşip, bu nitelikleri taşıy hale gelerek ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaları hali verilebilir. Madde 235/2-d’deki suçun olduğu durumlara örnek olarak; ihaleyle yüklenilen edimin teslim süresinin uzatılmasına, bu edimin ifasında kullanılacak malzemelerin kalitesiz malzemelerden seçilmesine, fiyatın istekli lehine değiştirilmesine yönelik anlaşmalar yapılması, isteklinin lehine ve idarenin aleyhine olacak şekilde fiyat oluşturulmasını sağlamak, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerden birkaçının ihalede hiç teklif vermemesine veya kabul edilemeyecek teklifler verilmesine, verilecek tekliflerin önceden kararlaştırılmasına, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen bazı kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesine ve ihaleyi önceden belirlenen bir kişinin kazanmasını sağlamaya yönelik anlaşmalar yapılması, örneğin, aynı sektörde faaliyet icra eden girişimler tarafından pazarın paylaşılmasına veya fiyatların, karın, maliyetlerin belirlenmesine yönelik anlaşmalar yapılması, arz ve talep hareketlerinin denetlenmesine, rakip firmaların faaliyetlerinin zorlaştırılmasına, faaliyet alanlarının daraltılmasına veya hedef gösterilerek pazarın dışında bırakılmalarına yönelik davranışlarda bulunulması verilebilir (Kaya, 2020).

Bu bent kapsamındaki anlaşma, hali hazırda gerçekleştirilmekte olan bir ihaleye de, gelecekte gerçekleştirilecek bir ihaleye de ilişkin olabilir. Anlaşmadaki taraflar, bu anlaşmayla, anlaşmaya taraf olan kişilerin ne kadar mal elde edeceğini, bu kişiler arasında yapılacak iş bölümünün nasıl belirleneceğini belirleyebilirler (Özcan, 2015).



İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin, henüz anlaşmayı yapmadan önce anlaşma hakkında gerçekleştirdikleri müzakereler hazırlık hareketi niteliğindedir. Madde 235/2-d kapsamında yer alan suç, anlaşma yapıldığı an oluşur. Doktrindeki bir diğer görüşe göre de suç, teklifin ihale yetkilisi makama verildiği anda oluşmaktadır (Kaya, 2020).

Madde 235/2-d'deki suçun oluşabilmesi için, anlaşmayı yapan kişilerin ihaleye katılanların çoğunluğunu oluşturması şartı aranmamıştır. Bu yüzden, anlaşmanın iki kişi arasında yapılmış olması halinde dahi bu bent kapsamındaki suç oluşacaktır. İhalenin anlaşmaya dahil olmayan bir üçüncü kişi tarafından kazanılmış olması, suçun oluşmasına engel değildir (Bal, 2016).

Bent kapsamındaki suçun oluşabilmesi için, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler arasında bir araya gelme arzusunun var olması ve bu kişilerin bu anlaşmayı yaparak hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiklerinin bilincinde olmaları gerekir (Özcan, 2015).

Yargıtay önceden, 5. Ceza Dairesi'nin 22.09.2008 tarihli ve E. 2008/8361, K. 2008/7873 sayılı kararında olduğu gibi, md. 235/2-d'deki suçun oluşabilmesi için anlaşma yapmanın yeterli olmadığını, bu anlaşmanın sonucu olarak ihale şartlarının veya fiyatın da etkilenmiş olması gerektiğini savunmuşsa da, sonradan 5. Ceza Dairesi'nin 18.04.2013 tarihli ve E. 2012/4500, K. 2013/3662 sayılı kararında olduğu gibi, suçun oluşabilmesi için ihale şartlarının veya fiyatın etkilenmiş olmasının gerekmediğini savunmaya başlamıştır (Özcan, 2015).

Suçun oluşabilmesi için, faile anlaşma ile somut menfaat temini teklif edilip edilmemesi, bu menfaatin nakdi veya gayri nakdi olup olmaması, geleceğe yönelik olup olmaması, menfaat teklif edilen kişinin bu menfaati elde edip etmemesi, menfaat teklif edenin bu menfaati temin edip etmemesi, anlaşmayı yapan kişilerin anlaşma doğrultusunda hareket edip etmemesi, anlaşmanın yapılış sebebini teşkil eden amaca ulaşamaması önemli değildir (Özcan, 2015).

Bent kapsamındaki anlaşmalar, açık veya gizli olarak yapılabilir. Yapılan anlaşmanın şekli konusunda madde 235/2-d'de herhangi bir belirleme yer almamaktadır ve bu yüzden anlaşma sözleşme şeklinde yapılmasa da madde 235/2-d'deki suç oluşacaktır. Ancak madde 235/2-d kapsamında suçun oluşabilmesi için, bu anlaşmanın varlığı mutlaka ispatlanmış



olmalıdır. Sadece anlaşmanın varlığı yönündeki mesnetsiz fikir yürütmelerinden yola çıkılarak, anlaşmada yer aldığından şüphelenilen kişilere yargısız infaz yapılmamalıdır. Aksi takdirde kanunsuz suç ve ceza olmaz ve şüpheden sanık yararlanır ilkelerine aykırı hareket edilmiş olur (Kaya, 2020).

4.4.1.5. Netice

Her hareketin neticesi olması sebebiyle suçun maddi unsurları arasında sayılan netice, fiilin meydana getirdiği değişiklik olarak tanımlanır. Ceza Hukuku açısından ise fiilin meydana getirdiği değişikliğin suçun kanuni tanımında yer aldığı hali suçun maddi unsuru olan neticedir (Arslan, 2017).

Suçun icra hareketleri tamamlanmasına rağmen failin iradesi dışında netice gerçekleşmemesi halinde suça teşebbüsten bahsedilecektir. Dolayısıyla netice suçun önemli bir maddi unsurudur. Fakat istisnai olarak bazı suçlar sırf hareket suçu olduğundan burada suçun oluşması için neticenin gerçekleşmiş olması önem arz etmemektedir. Örneğin, kasten öldürme suçunun neticesi için ölüme neden olan fiil ile birlikte ölümün gerçekleşmesi de aranırken yalan tanıklık yapma suçunda tanığın gerçeğe aykırı beyan vermesi yeterli görülmüştür (Sarı, 2019).

Bu çerçevede, ihaleye fesat karıştırma suçundan bahsedebilmek için fesat karıştırmayı teşkil eden hareketlerin icrasının yeterli olduğu, kanuni düzenlemede neticeye unsur olarak yer verilmediği görülmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçu yapısı itibarıyla hareket suçu olduğundan fesat karıştırma suçunu oluşturan fiillerin yerine getirilmesi ile suç tipi oluşmuş olur. Örneğin, isteklilerin ihaleye katılımını engellemek, gizli tutulması gereken belgeleri başkalarına ulaştırmak, gibi fiillerin gerçekleşmesi ile ihalenin iptali, kamunun veya kişilerin zarar uğraması veya rekabet ortamının bozulması aranmaksızın suç gerçekleşmiş olur (Sarı, 2019).

İhaleye fesat karıştırma suçunda netice yaptırımının alt veya üst sınırdan uygulanması noktasında önem arz etmektedir (Sarı, 2019).

4.4.1.6. Nedensellik Bağı

Maddi unsurun alt unsurları olan hareket ve neticeyi birbirine bağlayan nedensellik bağıdır. Hareketin tamamlanması ile suçun oluştuğunu kabul eden neticesiz suçlarda nedensellik bağı aranmaz ancak yapılan hareketin bir neticeye ulaşması istenen neticeli suçlarda ise yapılan hareket ile hukuk âleminde değer atfedilen netice arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir (Dilberoğlu, 2015).

Hem neticeli hem neticesiz suç olan bir başka deyişle hem zarar hem tehlike suçu olan ihaleye fesat karıştırma suçunda zarar suçu niteliğindeki seçimlik hareketler için nedensellik bağı aranacaktır. Eğer seçimlik hareketler tamamlanmış ancak ihale nedeni ile oluşan kamusal zarar tamamlanan seçimlik hareketler ile ilişkilendirilemiyorsa, ihaleye fesat karıştırma suçu gerçekleşmeyecektir (Koca ve Üzülmüş, 2012).

Bununla beraber cebir veya tehdit ile ihaleye katılımın engellenmesi seçimlik hareketinde herhangi bir zarar aranmadığından cebir veya tehdit ile ihaleye katılımın engellenmesi vukua geldiğinde nedensellik bağı aranmadan suçun oluştuğu söylenecektir. Çünkü neticesiz suçlarda hareket ile ilişkilendirilmesi gereken bir netice bulunmamaktadır (Dilberoğlu, 2015).

4.4.2. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, işlenen fiille fail arasındaki manevi bağı ifade etmekte, bu bağ kurulmadıkça suçun oluşmasından bahsetmek mümkün olmamaktadır. Failin işlediği fiille arasındaki manevi bağ ile anlatılmak istenen, bu kimsenin haksızlığın unsurlarının tümü bakımından kasten veya taksirle hareket etmiş olması demektir (Özbek vd. 2016).

İhaleye fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kast kavramı TCK md. 21’de, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde düzenlenmektedir. Buna göre failin almaya, satmaya, yapmaya yetkili olduğu bir çeşit malın veya eşyanın alımına, satımına veya yapımına fesat karıştırmaya yönelik ayrıca bir kastının olması aranmamaktadır. Burada failin hangi saik ile hareket ettiğinin bir önemi bulunmamakta, hareketin sonucunu bilip istemesi yeterli olmaktadır. Bu halde failin bilgisizliği, tedbirsizliği,



dikkatsizliği yani kastı olmaksızın yaptığı hareketi ile bu suç meydana gelmemektedir (Demirel, 2017).

İhaleye fesat karıştırma suçunda TCK md. 235/ 2-d uyarınca anlaşmak suretiyle ihaleye katılan veya katılmak isteyenlerin ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla hareket etmeleri gerekmekte, bu yönüyle d bendinde amaç suç söz konusu olmaktadır. Bu bent dışındaki haller bakımından suçun meydana gelmesi için fail maddi unsurların gerçekleştiğini bilerek hareket etmektedir (Demirel, 2017).

Bu suç doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kast ile de işlenebilmektedir. Bazı görüşlere göre, olası kastta fail neticeyi kabullenip göze almakta ve fiili gerçekleştirmektedir. Ancak aksi düşüncede olanlara göre ise fesat karıştırma eylemi, kastın bilme ve isteme anlamının ötesinde daha bilinçli bir hukuka aykırı fiil işleme iradesini ve hatta hileyi içerdikten suçun olası kast ile işlenmesi mümkün olmamaktadır (Demirel, 2017).

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, 6459 sayılı Kanun md. 12 ile TCK md. 235’de yapılan değişiklikle ihaleye fesat karıştırma suçunun zarar suçuna dönüştürülmeye çalışıldığı düşünülenlere göre kanunda sayılan seçimlik hareketleri yapan failin ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarını zarara uğratma kastının da aranmasını gerektirmektedir. Aksi görüşü savunanlar ise bu suçı “tehlike suçu” olarak kabul etmekte, anılan kanun ile yapılan değişikliklerin suçun sadece nitelikli hallerine ilişkin olduğu görüşünü benimsemektedir. Dolayısıyla faillerin kamuya zarar verme kastları aranmamaktadır (Demirel, 2017).

4.4.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir fiil ilgili ülkenin hukuk düzeni tarafından korunmakta olan hak ve menfaatleri ihlal ediyorsa, o fiil o hukuk düzeninin tümü bakımından hukuka aykırı bir fiildir. Fakat bazı durumlarda bir fiilin gerçekleştirilmesi TCK tarafından yasak olarak kabul edilmekle beraber, başka bir düzenlemede çeşitli nedenlerle o fiilin gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilebilmektedir. İşte bu fiilin gerçekleştirilmesi gerektiği herhangi bir düzenlemede ifade edilmişse, bu fiil hukuka uygun bir fiile dönüşmektedir. TCK’da da bir fiili hukuka uygun hale getiren durumlar md. 24’teki “*kanun hükmü ve yetkili mercii tarafından verilen emrin ifası* ”,

md. 25'teki “*meşru müdafaa*” ve md. 26'daki “*hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası*” olarak sayılmıştır (Arslan, 2017).

Madde 24'teki “*kanun hükmü ve yetkili mercii tarafından verilen emrin ifası*” adlı hukuka uygunluk sebebinin ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından uygulanması mümkündür. Şöyle ki, ihale sürecindeki tekliflerle alakalı olan ve gizlenmesi zorunlu olan bir bilgiyi ele geçirip bu bilgiyi amirine ileten bir kolluk memurunun bu fiili, herhangi bir kanun hükmü tarafından bu fiili gerçekleştirme hususunda kendisine yetki verilmiş olması koşuluyla, hukuka uygun bir fiil niteliğini haiz olup suça vücut vermeyecektir. Memurun gizlenmesi zorunlu olan bir bilgiyi ele geçirip bunu amirine iletmesinin hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği durumlardan birine örnek olarak, bu memurun bu bilgiyi CMK md. 119 uyarınca kendisine verilmiş olan bir arama emrini yerine getirirken ele geçirmiş olması verilebilir (Arslan, 2017).

Madde 25'teki “*meşru müdafaa*” adlı hukuka uygunluk sebebinin yapısı sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçunda uygulanması ihtimali çok düşüktür. Madde 26'daki “*hakkın kullanılması*” adlı hukuka uygunluk sebebinin ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından uygulanması mümkündür. Şöyle ki, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaya ilişkin koşulları haiz olmadığı halde birtakım hileli fiilleri gerçekleştirmek suretiyle ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaya çalışıyorsa ve bir gazeteci bu gerçek veya tüzel kişinin hileli fiillerle ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaya çalıştığına ilişkin somut delillere sahipse, 5187 sayılı Basın Kanunu md. 3 uyarınca bu gazetecinin hileli davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişinin teklifleriyle alakalı olan ve gizlenmesi gereken bilgileri duyurması veya haber yapması suç teşkil etmeyecektir. Çünkü 5187 sayılı Kanun md. 3 uyarınca bir gazeteci basın özgürlüğü kapsamında hileli davranışlarda bulunularak ihale sürecinde katılımcı olarak yer alınmaya çalışıldığına ilişkin haber yapma hakkına sahiptir (Arslan, 2017).

İhaleye fesat karıştırma suçunda “*ilgilinin rızası*” adlı hukuka uygunluk sebebinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü “*ilgilinin rızası*” adlı hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edebilmek için, mağdurun üzerinde hiçbir şarta bağlı olmaksızın tasarrufta bulunabileceği bir hakka sahip olması ve bu hakkına ilişkin olan bir fiile rıza göstermesi gerekir.

İhaleye fesat karıştırma suçuyla korunmaya çalışılan hukuki değer ve bu suça vücut veren fiillerin yapıları incelendiğinde mağdurun bu fiiller üzerinde hiçbir tasarruf hakkının olmadığı görülmektedir (Arslan, 2017).

4.4.4. Suçun Nitelikli Unsurları

Kanunda suçlar tanımlanır iken öncelikle herkes tarafından gündelik yaşamda işlenebilen suçun temel şekli düzenlenmektedir. Bununla birlikte fiile, faile, mağdura veya suçun konusuna dair cezanın arttırılması veya azaltılmasını düzenleyen hükümlere nitelikli haller denmektedir. Öğretide bunlara ağırlaştırıcı sebepler ve hafifletici sebepler de denildiği görülmektedir (Soyaslan vd. 2014).

Kanunun 235/3 maddesinde bu anlamda ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hem ağırlaştırıcı, yani cezanın alt ve üst sınırını artıran, hem de hafifletici yani cezanın alt ve üst sınırını azaltan hükümlere yer verilmiştir.

Ağırlaştırıcı ve hafifletici haller olarak düzenlenen suçun nitelikli halleri TCK'nın 235/3 madde ve fıkrasında iki bent halinde düzenlenmiştir. Buna göre 11.04.2013 tarihli 6459 sayılı değişiklik neticesinde *"ihaleye fesat karıştırma suçunun"*;

- *"Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur."*

- *"İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise bu fıkranın a bendinde belirtilen haller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur"* şeklinde düzenlenmiştir (Bal, 2016).



4.4.4.1. Cezayı Ağırılaştıran Hal (Suçun Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle İşlenmesi)

6459 sayılı Kanunun 12’nci maddesi ile TCK’nın 235 inci maddesinin 3’ncü fıkrasında yapılan “Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.” şeklindeki değişiklikle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali düzenleme altına alınmıştır. Bu maddede düzenleme altına alınan eylem, kanunun temel şeklini düzenleyen 235/1 maddesinin nitelikli halidir. Bu sebeple öncelikle temel düzenleme olan 235/1 maddesinin ihlal edilip edilmediğine bakılacaktır. Temel maddenin ihlalinin tespiti sonrasında nitelikli hal olan cebir veya tehdidin araç olarak kullanılması durumunda nitelikli hal düzenlemesi uygulanacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, cebir veya tehdidin, ihale süreci içerisinde olması gerektiğidir. İhale sonrası ortaya çıkacak olan cebir veya tehdit, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır (Koca ve Üzülmüş, 2012).

Cebir, “kişiye karşı fiziksel güç kullanarak, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesi”dir. Tehdit, “mağdurun güvenlik duygusunu, iç huzurunu etkileyici, onu endişeye, korkuya sevk etmeye elverişli her türlü hareketler”dir (Bal, 2016).

Cebir bizzat ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılması engellenmek istenen kişiye yönelik olması gerektiği halde, tehdidin konusunu oluşturan kötülüğün bizzat kişiye yönelik olması şart değildir. Muhatabın kendisine kötülük yapılmasından etkilenebileceği bir yakınına yönelik tehditler de dikkate alınmalıdır (Arslan, 2017).

Madde metninde ifade edilen cebir, maddi cebir olup fiziken güç kullanılmasıdır. Mağdur üzerinde kullanılan cebir, TCK’nın 86/2 maddesi kapsamında kaldığı sürece ayrıca yaralamadan dolayı da cezaya hükmolunmaz. Suçun işlenmesi için gerçekleştirilen cebir kapsamında kabul edilir. Ancak ihaleye fesat karıştırma suçu işlenirken TCK’nın 86/1 veya 87 nci maddesindeki yaralamalar söz konusu olursa ayrıca nitelikli yaralamadan da ceza tayinine gidilecektir (Tuğrul, 2013).



Tehdidin mağduru kendisinden istenileni yapmaya zorlayacak nitelikte olmalıdır. Tehdit ve cebrin iradeyi etkilemeye elverişli olduğu hususunun belirlenmesinde Kanunun 106 ncı maddesi göz önüne alınmalıdır. Tehdidin ihaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engellemeye yönelik olması gerekir. İhale tamamlandıktan sonraki tehdit veya cebir ihaleye fesat karıştırma suçuna konu edilemez. Bu gibi hallerde kanunun tehdit ve cebir suçlarına ilişkin 106 ve 108 inci maddelerine gidilmesi gerekir (Bal, 2016).

Özbek’e göre 235/2-c’de cebir veya tehdit ibaresine yer verilmiştir. Bu sebeple bu düzenleme dolayısıyla ayrıca madde 235/3’deki düzenlemeye gerek bulunmamaktadır (Özbek vd. 2016). Her ne kadar kanun koyucunun bu fıkra dolayısıyla mükerrer düzenleme yaptığı düşünülmüş ise de TCK 235/2-c maddesindeki cebir veya tehdit sadece anılan bent yönünden geçerlidir. Oysaki nitelikli hal olan TCK235/3 maddesindeki düzenleme ihaleye fesat karıştırma suçunun tüm fıkra ve bentlerine şamildir. Dolayısıyla 235/3 düzenlemesi gereksiz değil ancak 235/2-c deki cebir veya tehdit gereksizdir diyebiliriz. Zira 235/3 deki nitelikli hal olan cebir veya tehdit 235/2-c fıkrasına da zaten uygulanabilecektir (Bal, 2016).

4.4.4.2. Cezayı Hafifleten Sebep (Zarar Meydana Gelmemiş Olması)

6459 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, md. 235/3-b’de bu suçun işlenmesi sonucunda kamunun zarar görmesi halinde md. 235/1 uyarınca hükmolunan temel cezanın yarı oranda artırılacağı, bu artırımın yapılabilmesi için de kamu zararının varlığının tespit edilmesinin yeterli olacağı ve kamunun ne kadar zarar gördüğünün hesaplanmasının şart olmadığı ifade edilmekteydi. Madde 235/3-b’nin değişiklikten sonraki halinde bu suça konu fiillerin gerçekleştirilmesi sonucunda md. 235’te belirtilen kuruluşlar nezdinde kamu zararının meydana gelmemesi veya md. 235/3-a’daki nitelikli halin oluşmaması durumunda fail hakkında hükmolunacak hapis cezasının en az bir yıl en fazla üç yıl olacağı ifade edilmiştir (Kaya, 2020).

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda kamu zararının oluştuğu tespit edilmişse, verilecek cezadan indirim yapılmamakta olup, kamu zararı meydana gelmemişse, suçun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi dışındaki hallerde, md. 235/3-b gereği cezadan indirim yoluna gidilmektedir (Demirel, 2017).

Kamu kurum ve kuruluşlarının manevi zarara uğraması mümkün olmadığı için, md. 235/3-b’de bahsedilen zarardan maddi zarar anlaşılmalıdır. Madde 235/3-b’de yer alan nitelikli halin uygulanabilmesi için, maddi bir zararın meydana gelmiş olması yeterlidir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, zararın miktarının kesin olarak belirlenmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Miktarı kesin olarak belirlenemese de zararın gerçekleştiği aşikâr ise md. 235/3-b uygulanabilecektir (Kaya, 2020).

Yargıtay, zararın tespiti için gerektiğinde bilirkişi raporu alınması gerektiğini ifade etmiştir. Hakim, zararın meydana gelip gelmediğini somut olayın özelliklerine göre bizzat belirleyebileceği gibi, bu belirlemeyi yapması için bilirkişiye de başvurabilir. Zarar meydana geldiğinde, md. 235/3-b’de yer alan nitelikli halin uygulanabilmesi için, zararın md. 235/1 ve 235/5’de sayılan kurum ve kuruluşlar açısından meydana gelmiş olması gerekir. Bu kişiler dışındaki kişilerin zarara uğradığı hallerde bu nitelikli hal uygulanamaz (Kaya, 2020).

Kamu zararının meydana geldiği hallere örnek olarak; belirlenen tutardan fazla ve füzuli ödeme yapılması, ihalenin hak etmeyen bir kişi üzerinde bırakılması ve bunun sonucunda da daha fazla kamu harcamasının yapılması, edimi yüklenen kişiye edimi yerine getirmesini beklemeden edim karşılığı ücretin ödenmesi ve ücreti alındıktan sonra edimin bu kişi tarafından yerine getirilmemesi, edimi yerine getiren kişinin bu edimi yerine getirmesi karşılığında aldığı paranın diğer kişiler tarafından istenebilecek ortalama para tutarından fazla olması, kiralamaya ilişkin bir ihale neticesinde menkul veya gayrimenkul bir malın daha ucuza kiraya verilmesi veya daha pahalıya kiralanması, vergilendirme ve kamu hizmetlerinde bulunma süreçlerinin yürütülmesi sırasında bu yürütmeyi gerçekleştirmekle görevlendirilmiş kişiler tarafından ilgili mevzuata uyulmaması ve bu yüzden kamu idaresinin faiz, gecikme zammı gibi kamu kaynaklarında azalmaya yol açacak ödemelerde bulunması verilebilir (Demirel, 2017).

Yargıtay CGK’nun 08.12.2009 tarihli ve E. 2009/136, K. 2009/281 sayılı kararına konu olayda, idare halkın içme suyu ihtiyacını bir şirkete karşılatmış ve yapılan ihale bitmeden ödeme yapmıştır. Yapılan bu erken ödeme neticesinde kamu idaresi faiz kaybına uğramıştır. Yargıtay, burada kamu idaresinin faiz kaybına uğradığını, ancak bu kayıp ivedi ve öncelikli olarak karşılanması gereken su ihtiyacının hemen karşılanması neticesinde meydana geldiği



için kamu zararı olarak değerlendirmemiştir ve bu kaybın münhasıran kamu zararını oluşturmaya yeterli olmadığını belirtmiştir (Gök, 2018).

4.5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

4.5.1. Teşebbüs

Suç teşkil eden eylemlere başlanırken “suç yolu” adı verilen ve çeşitli aşamaları bulunan bir süreç söz konusu olmaktadır. Bu süreçte öncelikle bir suç işleme kararı alınmakta, (düşünme evresi) sonrasında bunu gerçekleştirmeye yönelik hazırlıklar yapılmakta (hazırlık hareketleri), suça uygun hareketlerin icrası (icra hareketleri) ve ayrıca kanunun aradığı sonucun (netice)gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olmaktadır (Artuk vd. 2015).

Buna göre, teşebbüsün gerçekleşebilmesi için, kasten işlenen bir suçun varlığı, bu suçun elverişli hareketlerle icrasına başlanmış olması, icra hareketi niteliğindeki hareketlerin bulunması ve elde olmayan sebeplerle icrasına başlanan hareketlerin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen elde olmayan sebeplerle neticenin gerçekleştirilememiş olması gerekmektedir (Arıtürk, 2011).

Teşebbüs, bir suçun icrasına başlanıp elde olmayan sebeplerle tamamlanamamasını ifade ettiğine göre, ilk olarak bu suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağına belirlenmesi ve buna göre teşebbüs halinin açıklanması lazımdır. Bir suç, sırf hareket suçu ise, yani maddi unsurları arasında netice bulunmamakta ise, icra hareketi niteliğindeki fiillerin işlenmeye başlamasında bunların tamamlanması anına kadar teşebbüse elverişlidir. Eğer ortada neticeli bir suç bulunmaktaysa, bu suç hem icra hareketlerinin tamamlanmasına kadar hem de icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra netice gerçekleşinceye kadar teşebbüse elverişlidir (Arıtürk, 2011).

İhaleye fesat karıştırma suçu, bir netice suçu olmayıp salt hareket suçudur. Dolayısıyla fesat oluşturan hareketin yapılması ile suç tamamlanır. Ayrıca herhangi bir sonucun ortaya çıkmasına, ihalenin yapılmasına, ihalenin iptal edilmesine, fiyatların etkilenmesine, ihale koşullarının değişmesine veya rekabetin bozulmasına gerek yoktur. Bu sebeple ihaleye fesat karıştırma suçu, kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Ancak suçu oluşturan icra hareketleri

kısımlara bölünebildiği ölçüde ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs mümkündür (Tuğrul, 2013).

İhaleye fesat karıştırma, salt hareket suçu olduğu, netice aranan bir suç olmadığı nedeniyle suçun tamamlanması 235/2 nci maddede belirtilen seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi ile tamamlanır. Bu sebeple “hileli davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek”, “ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak”, “teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak” ya da “teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak” ile tamamlanır. Yine “tekliflerle ilgili olup ihale mevzuatına ve şartnamesine göre gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak”, “cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye katılmasını engellemek”, “ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları” ile tamamlanır (Bal, 2016).

Bu kapsamda, icra hareketlerinin tamamlanıncaya kadar ihaleye fesat karıştırma teşebbüse elverişlidir. İcra hareketlerinin bölünebilirliği hallerde teşebbüs gerçekleşebilecektir. Sözelimi 235/1- a maddesi kapsamında “ihaleye katılımı engellemeye veya sağlamaya yönelik hileli bir davranışlar” gerçekleştirilmiş, kişilerin ihaleye girmesi engellenememiş veya ihale sürecindeki işlemlere katılması engellenememiş ise aynı şekilde hileli davranışlar gerçekleştirilmiş “ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılması sağlanamamış” ise, hileli davranışlara rağmen “şartnamede belirtilen nitelikleri taşıyan malların taşımadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılmasında başarılı olunamamış” veya tersi söz konusu olmuş ise, yani “şartnamede belirtilen özelliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alınması sağlanamamış” ise, icrasına başlanmış fakat elde olmayan sebeplerle tamamlanamamış bir fiilden, kısacası teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan bahsedilecektir (Arslan, 2012).



Bunun dışında tekliflerle ilgili olup mevzuata ve şartnameye göre gizli kalması gereken bilgileri, başkalarına ulaştırmak için uhdesine alan ve fakat ulaştıramadan yakalanan kişinin hareketinin de teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekmektedir. Aynı şekilde bu kapsamdaki bilgileri başkalarına ulaştırmaya yönelik icra hareketlerini gerçekleştirmesine rağmen, örneğin e-mail veya posta yoluyla göndermesine rağmen bilgilerin muhataplarına ulaşmamış olması halinde de teşebbüs aşamasında kalmış fiil söz konusudur (Bal, 2016).

İhaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüsün mümkün olmasıyla ilgili olarak Yargıtay 5. Dairesi'nin 18.04.2013 tarih, 2012/4500 esas ve 2013/3662 karar numaralı Kararında,

“TCK'nın 235/2-d maddesindeki sadece ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerce işlenebilecek olan ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için öğretide de çoğunlukla benimsendiği üzere, ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşmanın yapılması suçun tamamlanması için yeterli olup, fiyatların etkilenip etkilenmemesi ve ihalenin tamamlanıp tamamlanmamasının önemli olmadığı,

Dava konusu olayda ise; ihaleye girmek için teminat yatırdıkları anlaşılan sanıkların açık artırma suretiyle satışı gerçekleştirilecek orman emvallerinin fiyatını etkilemek amacıyla aralarında yaptıkları paylaşımı kağıda aktardıkları sırada olay yerinde bulunan görevli polis memurlarınca olaya müdahale edilmesi ve ihaleye fesat karıştırıldığına bildirilmesi üzerine ihalenin ertelendiği, bu itibarla, ihaleye katılmak isteyen sanıkların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaya teşebbüs ettikleri, sanıklardan A. tarafından düzenlenen ve sanıkların hangi tip emvale pey süreceklerini gösterir adli emanetin 2007/157 sırasında kayıtlı bulunan iki sayfadan ibaret belge içeriği, tanıklar B. ve H.'in beyanları ile tüm dosya kapsamından anlaşıldığı ve sanıkların mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması,” denilmektedir.

4.5.1.1. Gönüllü Vazgeçme

TCK'nın 36. Maddesinde gönüllü vazgeçme ile ilgili olarak “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin

gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” denilmektedir.

İcra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi veya kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde işlemeyi kastettiği suçtan cezalandırılmayacak, o ana kadar gerçekleştirdiği fiillerin hangi suçu oluşturduğuna bakılacaktır. Gönüllü vazgeçme, suçun tamamlanması safhasına kadar gerçekleşebilir. Suçun tamamlanmasından sonra etkin pişmanlık söz konusu olabilir. Gönüllü vazgeçme tüm suçlar bakımından geçerli olacak şekilde genel hükümler arasında düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık ise, sadece belli suç tipleri bakımından özel hükümler kısmında öngörülmüştür. İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından etkin pişmanlığa ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır (Arıtürk, 2011).

Gönüllü vazgeçme, bu vazgeçmenin gönüllü olduğu, failin kendi iradesiyle dışarıdan herhangi bir zorlama ve etki söz konusu olmaksızın gerçekleştiği hallerde sonuç doğuracaktır. Dışarıdan gelen bir nedenle, örneğin kolluğun müdahalesi üzerine veya olay yerine birilerinin gelmesi yüzünden, icraya devam edilmediği veya neticenin gerçekleştirilemediği hallerde gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde, ihaleye fesat karıştırmaya yönelik fiillerin icrasına başlandıktan sonra, KİK tarafında söz konusu ihalenin iptal edilmesi halinde de teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun varlığını kabul etmek gerekmektedir (Arıtürk, 2011).

Yukarıda yaptığımız açıklamalara göre, sırf hareket suçlarından olan ihaleye fesat karıştırma suçunda gönüllü vazgeçme hareketlerin icrası tamamlanıncaya kadar mümkün olacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Örneğin ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye katılmasını engellemek amacıyla cebrin uygulanmaya başlandığı ancak failin daha sonra iradi olarak cebrin devamından gönüllü olarak vazgeçtiği, aynı şekilde failin mağduru ihaleye girmesini engellemek amacıyla özgürlüğünden yoksun hale getirdiği, ancak ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılması mümkün olacak şekilde daha sonra kendiliğinden serbest bıraktığı hallerde gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Bu gibi hallerde, gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen fiilin oluşturduğu suçtan dolayı failin cezalandırılması lazımdır. Yukarıdaki örneklere göre, failin gönüllü vazgeçme anına kadar



gerçekleştirdiği fiiller, cebir (m. 108) ve hürriyeti tahdit (m. 109) suçlarını oluşturmaktadır (Arıtürk, 2011).

4.5.2. İştirak

Genel Olarak

Suç bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişi tarafından da işlenebilir. Kanunun suç saydığı bir fiilin birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesine suça iştirak denmektedir. Ancak farklı kişilerin birbirlerinden habersiz aynı suçu işlemeleri suçun iştirak halinde işlendiğini göstermez. Bu durumda rastlantısal olarak birleşen farklı kişilerin davranışlarının her biri örneğin karının ve sevgilinin birbirlerinden habersiz olarak kocaya zehir vermeleri durumunda olduğu gibi birbirinden bağımsız bir suç oluşturur. Bu kişilerde aynı suçu işleme isteğinin olması, iştirak hükümlerinin uygulanmasına sebep olmaz, çünkü bu kişilerden hiçbirinde diğerrinin davranışına katılmak iradesi yoktur (Dilberoğlu, 2015).

Suça iştirake ilişkin genel özellikler şu şekilde sıralanabilir:

1. Suça İştirak İçin Kasten ve Hukuka Aykırı İşlenmiş Bir Fiilin Varlığı Gerekir

Taksirle işlenen suçlarda birden fazla kişinin suça katılması halinde iştirak kuralları uygulanmaz. Sadece kasıtlı işlenen suçlara iştirak etmek mümkündür. Suçun doğrudan ya da olası kastla işlenmesinin önemi yoktur.

2. Birden Fazla Fail Olmalıdır

Suça iştirak için birden fazla failin bulunması gerekir. Ceza Kanunumuzdaki bazı suçlar zorunlu olarak çok faille işlenebilir. Bu suçlara, zorunlu çok failli suçlar denir. Bu suçlarda iştirak hükümleri uygulanmaz. Zira birden fazla failin olması zorunluluğunu kanun koyucu göstermiştir. Örneğin: Örgüt, rüşvet, kamu görevinin terki, suç için anlaşma vb. zorunlu çok failli suçlardır. Bu tür çok failli suçlara da iştirak etmek mümkündür. Mesela kamu görevini terk etmeleri için kamu görevlilerinin azmettirilmesi gibi.



3. Katılma İradesinin Gösterilmesi Gerekir:

Katılma iradesi gösterilmeden suça iştirak etmek mümkün değildir.

Arkadaşına arabasını veren kişi, arkadaşı araba ile uyuşturucu kaçırsa katılma iradesi olmadığı için uyuşturucu kaçırma suçuna iştirakten sorumlu tutulamayacaktır.

Suç için önceden anlaşmak gerekmez. Katılma iradesi suç işlenirken de gösterilebilir. Hatta katılma iradesi gösteren kişilerin birbirini tanıması da gerekmez. Katılma iradesi gösterilmesi yeterlidir.

Hırsızlardan haberdar olduğu için ve ev sahibine zarar vermek maksadıyla, evin kapısını açık bırakan hizmetçi, hırsızları tanımasa bile hırsızlığa iştirakten sorumlu olacaktır.

4. Suça İştirakten Dolayı Sorumlu Tutulabilmek için İlgili Suçun En Azından Teşebbüs Aşamasına Varmış Olması Gerekir:

Hırsızlık için merdiven sağlayan kişi, ancak fail hırsızlığın icra hareketlerine başladığında araç sağlayan olarak sorumlu olur.

5. Katılma iradesi En Geç Suç Tamamlanana Kadar Gösterilmelidir:

Ceza hukukunda suç tamamlandıktan sonra suça iştirak etmek mümkün değildir. Fakat bu eylem başka bir suç teşkil edebilir. Örneğin: Suç eşyasını satın alma, suçluyu övme, suçluyu saklama vb.

6. Katılma İradesi Gösterilen Suç Tüm Failler İçin Aynı Olmalıdır:

İştirak iradesini gösteren kişiler doğrudan veya dolaylı şekilde katılma iradesini gösterdikleri suçtan sorumlu olurlar.



Bir evde hırsızlık yapmak için azmettirilen F, hırsızlık bittikten sonra taciz suçunu işlerse azmettiren A, doğrudan veya dolaylı olarak katılma iradesi olmadığı için taciz fiilinden sorumlu olmayacaktır.

A, B, C hırsızlık için D'nin evine girmiş; içerde B, D'yi öldürmüş ise A ve C öldürmekten dolayı sorumlu değildir.

A, gazeteci B ile B'nin gazete köşesinde işadamı C'ye hakaret etmesi konusunda anlaşmış fakat Gazeteci B hakaret fiili ile birlikte iftira da ederse A iftira suçundan dolayı sorumlu olmaz.

7. Failler birbirinden habersiz hareket ediyorsa iştirak söz konusu olmaz.

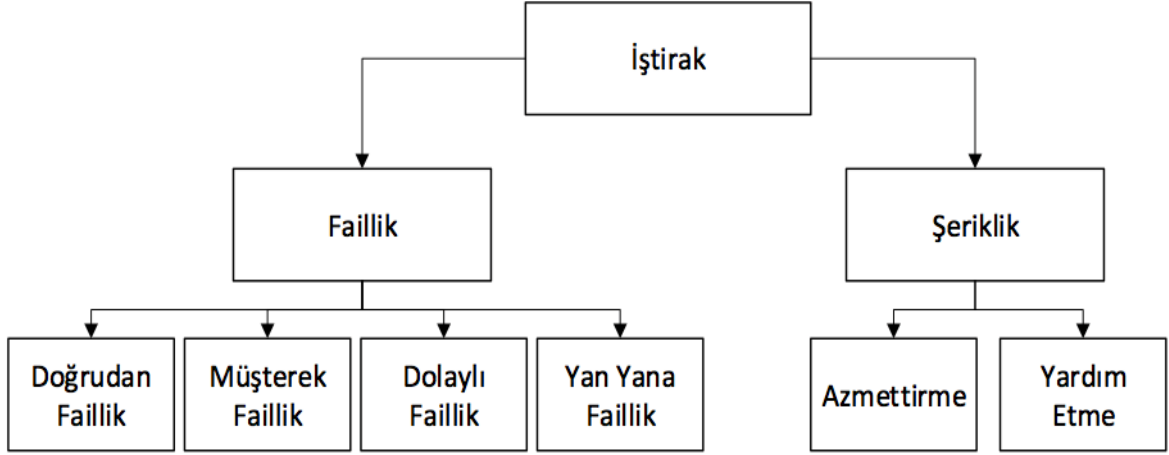
B'ye birbirinden habersiz olarak zehir veren A ve C arasında iştiraktan söz edilemez. Çünkü faillerin suç işlemek konusunda ortak bir amacı yoktur (<https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr>, 04.01.2022).

4.5.2.1. Suça İştirakin Türleri

Türk Ceza Kanununda suça iştirak, faillik ve şerikliği kapsayan üst bir kavram olarak kabul edilmiştir. Faillik, doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik ve yan yana faillik kavramlarını içermektedir. Şeriklik ise azmettirme ve yardım etmeyi kapsamaktadır.



Şekil 1: İştirak Türleri



Kaynak: (<https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr>, 04.01.2022).

TCK m.37’ye göre, “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”. Bu tanım çerçevesinde hukukumuzda faillik ve şeriklik ayrımı fiil üzerinde kurulan hakimiyete dayanmaktadır. TCK m.37’ye göre, Fiili icra eden, suçun işlenişine yaptığı katkıyla fiil üzerinde hâkimiyet kuran suç ortağı, “fail”dir.

Fail fiil üzerinde hâkimiyet kurarak suçun konusuyla doğrudan temas halinde iken; şerik için böyle bir doğrudan temas söz konusu değildir. Hukukumuzda bu kişilerin sorumluluğunda bağlılık kuralı esas alınmaktadır. Bağlılık kuralına TCK m.40’da yer verilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, “Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır”. Bu çerçevede şeriklerin ceza sorumluluğu, bağlılık kuralının gereği olarak, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin varlığına bağlıdır. Buna göre, azmettirenin ve yardım edenin sorumluluğunun doğumu açısından işlenişine katıldıkları fiil bakımından asıl failin, somut olayda kasten hareket etmesi ve işlemiş olduğu fiilin hukuka aykırı olması gerekli ve yeterlidir (<https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr>, 04.01.2022).

4.5.2.1.1. Faillik

4.5.2.1.1.1. Doğrudan Faillik

Yasal tipe uygun olan haksızlığı hareketleriyle tek başına bizzat icra eden kişi doğrudan faildir. Başka bir anlatımla suçun objektif ve sübjektif tüm unsurlarını tek başına gerçekleştiren kişi doğrudan (müstakil) faildir (Koca ve Üzülmöz, 2012).

4.5.2.1.1.2. Müşterek Faillik

Birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirip suçun yasal tanımında yer alan fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurmaları halinde söz konusu olan iştirak şekli müşterek failliktir (Yaşar vd., 2014).

Müşterek faillikten söz edebilmek için iki unsurun aynı anda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunlar fiilin birlikte icra edilmesi (objektif unsur) ve birlikte suç işleme kararıdır. (sübjektif unsur) (Koca ve Üzülmöz, 2012).

5237 s. TCK'nın 37/1. maddesinde ise “suçun kanuni tarifinde yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” hükmü müşterek faillik kurumu şeklinde düzenlenmiş olup, madde gerekçesi “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu itibarla yeni TCK'nın sisteminde “Fiili birlikte gerçekleştiren kişiler” müşterek failler olarak ifade edilmiştir (Özgenç, 2013).

4.5.2.1.1.3. Dolaylı Faillik

TCK m.37/2'ye göre, bir suçun, bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlendiği hallerde dolaylı faillik söz konusudur. Dolaylı faillikte arkadaki kişi aracının iradesi üzerinde hakim bir pozisyona sahiptir. Bu kişi aracı olarak kullanılan kişinin iradesine hakim olarak bir suçun işleniş sürecini elinde tutmaktadır. Dolaylı fail, söz konusu fiilden dolayı, o suç kendisi icra etmiş gibi cezalandırılacaktır.

Failin suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle veya cebir, tehdit zoruyla iradesine baskı yapmak suretiyle işlettirdiğinde dolaylı faillik söz konusu olur. Dolaylı faillikte,



arka plandaki kişi, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hakimiyet kurmaktadır. Bu hakimiyet nedeniyle, suçun işlenmesinden fail olarak sorumlu tutulmaktadır.

Akıl hastasına birisini öldürmesini öğreten bir kimse akıl hastası öldürme suçunu işlediğ zaman öldürmeyi öğreten kimse, dolaylı fail olarak sorumludur.

Notere, yanılgıya düşerek sahte vekletname dzenletilmesi, sahte vekletnameyi bilmeden düzenleyen noter değil, dzenlettiren kimse belgede sahtecilik suçu sebebiyle dolaylı fail durumundadır.

Tapu memuruna kendin taşınmak maliki olarak göstererek, bu taşınmazın başkasına satışının gerçekleştirilmesi durumunda, resmi belgede sahtecilik yapılmıştır. Bu durumda da dolaylı faillik söz konusudur.

A, hedef tahtasının arkasına B'yi bağlamıştır. Bundan habersiz olan C'ye on ikiden vurmasını söyleyerek C'yi ldrtrse A ldrme suçunun (dolaylı) faili olarak sorumlu tutulur.

Suçun işlenmesinde kusur yeteneğ olmayan kişilerin araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek olan ceza artırılır. Zira bu durumda sadece suç işlenmemekte, kendisini yönlendirme yeteneğ olmayan kişiler istismar da edilmektedir.

F, tam akıl hastası olan T'nin eline M'yi öldürmesi için silah vermiştir. Yani F, M'nin öldürülmesinde kusur yeteneğ olmayan T'yi kullanmıştır. F, olayda dolaylı fail olarak sorumlu olacak. Kusur yeteneğ olmayan birini suçun işlenmesinde kullandığı için cezası bir miktar arttırılacaktır.

Dolaylı fail, aracı üzerindeki hakimiyetini, bu kişideki bildiğ bir noksandan faydalanarak kurmaktadır. Dolaylı fail, aracı üzerindeki hakimiyetini çeşitli şekillerde kurabilir. Dolaylı failliğın bu şekillerini şöyle sıralayabiliriz:



- Zorlama yoluyla iradeye hakimiyet: Bir kişi tehdit veya cebir yoluyla bir diğerini suç işlemeye zorlarsa, işlenen suç bakımından zorlayan dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır. Nitekim bu durum TCK m.28 açıkça düzenlemiştir: "Karşı kayamayacağı veya kurtulamayacağı ce bir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır". Böylelikle arka plandaki kişi fail üzerinde kurduğu hakimiyetle fiil üzerinde de hakimiyet kurmaktadır. Eğer kişi mutlak kuvvet kullanımı yoluyla araç konumuna indirgenmişse (örneğin bir yere fırlatılmış ve bunu onucunda bir kişi yaralanmışsa), bu durumda kuvvet kullanan doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır.

- Araç konumundaki kişinin hataya düşürülmesi: Örneğin, A, çalılıkların arkasında hasmı B'nin bulunduğunu görür ve elinde tüfek bulunan C'ye çalılıkların arkasında tavşan bulunduğunu söyleyerek ondan ateş etmesini ister. B, uzağı iyi göremeyen C'nin ateşi sonucunda ölür. Burada A, C'yi yanılgıya düşürerek onun iradesi üzerinde hâkimiyet kurmuştur ve kasten öldürme suçundan dolayı fail sıfatı ile sorumludur.

- Kusur yeteneği bulunmayan kişilerin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması: Örneğin sekiz yaşındaki bir çocuğun bir kadına laf attırılmak suretiyle cinsel taciz suçunda araç olarak kullanılması. Yine akıl sağlığı yerinde olmayan bir kişinin yaralama suçunda araç olarak kullanılması halinde bu kişiyi araç olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır (<https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr>, 04.01.2022).

4.5.2.1.1.4. Yan Yana Faillik

Birden fazla kişinin aralarında dolaylı faillik, müşterek faillik ya da şeriklik ilişkilerinden biri olmaksızın kanuni tipte belirtilen eylemi gerçekleştirdiği hallerde yan faillik söz konusu olmaktadır. Failliğin bu türünde birden fazla şahıs aralarında iştirak iradesi olmaksızın hareket etmekte tek başına sonucu gerçekleştirmeye uygun şartları bizzat oluşturmaktadır. Örneğin, birden fazla kişinin bildirim yükümlülüğü altında olduğu bir suç tipinde her bir fail diğerinin suçuna iştirak etmiş sayılmaz. Bu faillik türü bir suçu gerçekleştirmek için birbirinden bağımsız hareket edilen hallerde söz konusu olmakta ve daha çok taksirli suçlarda uygulama imkanı bulmaktadır. Örneğin iki kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları neticesinde



yaptıkları bir trafik kazasında sürücüler yan faildir. Yan faillik 5237 s. TCK'nın 22/5. maddesinde “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.” şeklinde düzenlenmiştir (Koca ve Üzülmmez, 2012).

Kasten işlenen suçlar açısından ise yan yana faillik söz konusudur. Birbirinden habersiz biçimde harekette bulunan failler tarafından aynı konu üzerinde aynı suçun aynı anda işlendiği durumda yan yana faillik söz konusu olur. Örneğin, ortak düşmanlarına iştirak iradesi olmaksızın tesadüfen ateş edip öldüren failler arasında yan yana faillik ilişkisi vardır (Koca ve Üzülmmez, 2012).

4.5.2.1.2. Şeriklik

Bir suçun işlenişine katılan fakat gerçekleştirmiş olduğu katkıyla suçun yasal tanımında yer alan eylem üzerinde hakimiyet kuramayanlara şerik denilmektedir. Şeriklik ise kasıtlı olarak işlenen ve hukuka aykırı fiile faillik niteliğinde olmayan katkı sağlamak suretiyle kasıtlı hukuki değer ihlali olarak tanımlanmaktadır. Türk Ceza Yasasında iştirakte şeriklik statüsü açısından “Azmettirme” ve “Yardım Etme” kurumlarına yer verilmiştir. Yasa verilecek ceza bakımından faillik ve suç ortaklığı ayrımı yaptığı gibi, suç ortaklığı içerisinde de ağırlık dercesine göre azmettiren ve yardım eden ayrımı yapmıştır. Bu ayrım uyarınca azmettiren suçun tam cezasıyla cezalandırılırken yardım eden yönünden bir ceza indirimi söz konusudur. Azmettirenin suçun tam cezasıyla cezalandırılması onun doğrudan fail olduğu anlamına gelmez. Çünkü azmettiren iştirakte bağlılık kuralı uyarınca başkası tarafından bir suçun işlenmesi halinde cezalandırılmaktadır. Yargıtay’a göre, suçun icrasına iştirak etmekle birlikte, işlenişine bulunduğu katkının niteliği gereği kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmeyen diğer suç ortaklarına “Şerik” denilmekte olup, 5237 sayılı TCK’da şeriklik, azmettirme ve yardım etme olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir (Ceza Genel Kurulu, 2013/1-634 E, 2015/315 K, 13. 10. 2015 T). Buna göre, kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmeyen veya özel faillik vasfını taşımadığı için fail olamayan bir suç ortağı, gerçekleşen fiilden 5237 sayılı Kanunun 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı uyarınca sorumlu olmaktadır (Toptimur, 2017).

4.5.2.1.3. Bağlılık Kuralı ve Şeriklerin Cezalandırılmasının Esası

Hukukumuzda suçun işlenişine fiil üzerinde hakimiyet kurmadan katkı sağlayan şeriklerin cezalandırılmasında bağlılık kuralı esas alınmaktadır. Bağlılık kuralı, TCK m.40'ta düzenlenmiştir. Buna göre, “Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır”. Şu halde şeriklerin cezalandırılması, suçun failinin gerçekleştirdiği fiille bağlantılıdır. Başka bir anlatımla şerikin kanuni tanıma uygun haksızlıktan sorumluluğu, suçun konusuyla doğrudan bir bağlantısı olmadan sadece faille bağlantısı sebebiyle ve ancak bağlılık prensibi vasıtasıyla mümkün olmaktadır. Fail tarafından fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi, şeriklerin ceza sorumluluğunun gündeme gelmesi bakımından gerekli ve yeterlidir. Şayet bir kişi suç işlemeye azmettirilmiş ya da suç işlemesi için silah temin edilmiş ancak kişi buna rağmen suçu işlememiş yahut fiili hukuka uygun hale getiren bir neden vaki olmuşsa, bu halde şeriklerin ceza sorumluluğu gündeme gelmez (<https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr>, 04.01.2022).

Diğer yandan, suça fail ve şerik olarak iştirak eden herkesin kusurluluğuna ya da cezalandırılmasına dair diğer koşullar kendisi bakımından önemlidir. Yani, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığına rağmen, örneğin failin şahsi cezasızlık nedeninden yararlanması, azmettiren bakımından bir etki doğurmayacaktır. Mesela, A'yı babasının evinden hırsızlık yapmaya ikna eden B, bu suçun işlenmesi halinde azmettiren konumundadır. Ancak A, suçu üstsoyuna karşı gerçekleştirdiğinden ortada bir şahsi cezasızlık nedeni vardır (TCK m.167/1-b) ve A hakkında cezaya hükmolunmaz. Ancak B, ortada A tarafından işlenmiş kasten ve hukuka aykırı bir fiil bulunduğundan cezalandırılacaktır (<https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr>, 04.01.2022).

4.5.2.1.4. Şerikliğin Türleri

4.5.2.1.4.1. Azmettirme

Azmettirme kelimesi Arapça kökenli olup, Arapça “Azm” isminin “ettirmek” yardımcı fiiliyle birleşerek Türkçeleşmesinden oluşmuştur. Azmettirmenin sözlük anlamı “Bir suçu veya herhangi bir işi kesinlikle yapmasına karar verdirmek” şeklinde iken bu kavramın hukuk



sözlüğündeki yeri ise “Bir suçu işlemeye kandırıp karar verdirtme” şeklinde tanımlanmıştır. 5237 s. TCK'nın 38. maddesinde “Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi işlenen suçun cezası ile cezalandırılır” denilmiş; fakat azmettirme teriminin kavramsal yahut yasal bir tanımı yapılmamıştır. Azmettirmenin tanımına yasa koyucu TCK m. 38 in gerekçesinde “Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir.” demek suretiyle bu kavramı tanımlamıştır (Toptimur, 2017).

Kısaca azmettiren, suçu, iradesi üzerinde etkili olduğu ve fiil üzerinde doğrudan hakimiyet kuran bir başkasına işletmektedir.

Azmettirmeyi dolayı faillikten ayıran en önemli nokta fiili hakimiyet prensibidir. Arkadaki kişi fiilin icrası sırasında üstün konumdaysa, yani hadiseleri başından sonuna kadar kontrolünde bulundurmaktaysa dolaylı faildir. Azmettiren ise suçun işlenişi esnasında olayların seyrine hakim olamamaktadır.

Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde ceza bir miktar artırılır. Azmettirilen, dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişiden farklı olarak azmettiren adına suç işlediğinin bilinci ve görevi ile hareket etmektedir. Dolaylı faillikte araç olarak kullanılan şahıs ise hür iradeye sahip değildir. Azmettiren ile azmettirilen arasındaki ilişki; para, hatır, dostluk vb. bir ilişkiye dayanabilir, bu ilişkinin somut olayda önemi yoktur.

Azmettirmede fail özgür iradesi ile hareket ediyorken, dolaylı faillikte suç işleyen kimse suç işlediğinin farkında değildir.

Azmettirilen, suçu azmettiren adına işlediğini bilir. Oysa dolaylı faillikte fail suçta kullanıldığını bilmez

Azmettirmenin koşulları

- Bir kişiye suç işleme kararının verdirilmesi: Kişinin henüz suç işlemem kararı oluşmamışken bir fiili işlemesi hususunda karar vermesinin sağlanmasıdır. Bir kişiyi suç

işlemeye karar verdirmek için belli bir süre devam eden çaba ve tekrarlayan iknaya yönelik faaliyetler tek azmettirme kapsamında değerlendirilir.

Belli bir suç işleme konusunda kararını vermiş bir kişiyi, planladığı suç yerine başka bir suç işleme konusunda karar değiştirtme halinde de azmettirme söz konusu olabilir. Örneğin hırsızlık yapmayı planlayan bir kişinin dolandırıcılığa ikna edilmesi halindeki durum budur.

Suçun icra tarzına ilişkin fikir değişikliğine neden olunması halinde azmettirmeden değil, yardım etmeden bahsedilir. Örneğin, silahla yağma işlemeye karar vermiş bir kişiye daha uygun olduğuna ikna ederek yanına bıçak almasının sağlanması halinde olduğu gibi.

- Azmettirilen fiilin işlenmiş olması: Azmettirmenin konusunu objektif ve sübjektif unsurları itibarıyla tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiil oluşturmaktadır

- Böyle bir hareket olmadıkça azmettirmenin varlığından, azmettirenin şerik olarak cezai sorumluluğunun doğduğundan söz edilemeyecektir. Azmettirmeden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için bu fiilin ya tamamlanması ya da teşebbüs aşamasına ulaşması gerekir. Suç işleme kararını verdiren kişinin sorumlu tutulabilmesi için failin tipe uygun ve hukuka aykırı hareketinin varlığı yeterlidir, ayrıca onun kusurlu hareket etmiş olması gerekli değildir

- Azmettirenin kasten hareket etmesi: Azmettirmeden bahsedilmesi için azmettirenin hem failde suç işleme kararının verdirilmesine yönelik hem de işlenmesi gereken suça ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla azmettirenin çift yönlü kastının bulunması gerekmektedir. Azmettirenin olası kastla hareket etmesi yeterlidir. Belirlenebilir olmayan bir suça yönelik kasttan bahsedilemez. Yani genel olarak suç işlemeye azmettirmek mümkün değildir. Bu halde ancak TCK'nın Kamu Barışına Karşı Suçlar bölümünde m.214'te yer alan suç işlemeye tahrik suçu gündeme gelebilir (<https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr>, 04.01.2022).

4.5.2.1.4.2. Yardım Etme

Şerikliğin bir diğer şekli ise yardım etmedir. Yardım niteliğindeki eylemlerle bir başkasının işlediği suça katılanlar iştirakleri uyarınca yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulurlar. Yardım eden maddi ve manevi nitelikteki katkısı ile asıl failin işlemekte olduğu suça katılarak



asıl failin suçu işlemek için önündeki engelleri kaldıran, suçun işlenmesi için fırsat, imkan, araç ve bilgileri sağlayan, yol gösteren, faili suç işlemek hususunda cesaretlendiren, kararını kuvvetlendiren, kısacası suçun işlenişini olası kılan, hızlandıran, desteklendiren, kolaylaştıran kişidir. Yardım etme, bir başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının kasten desteklenmesini de ifade eder. Yardım etmeyi bağlılık kuralıda dikkate alınarak başkası tarafından işlenen kasti bir suçta kasten destekte bulunmak şeklinde de tanımlayabiliriz (Toptimur, 2017).

4.5.2.2. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Açısından İştirak

Suçta İştirak ile ilgili bu açıklamalardan sonra ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan yedi seçimlik hareket suça iştirak açısından aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır.

4.5.2.2.1. Hileli davranışla yapılan hareketler açısından iştirak

Hileli davranışlarla; ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek

Bu hareketin bir özgü suç olduğunu yukarıda fiil bölümünde açıklamıştık. Özgü suç niteliğinde olan bu hareket neticesinde oluşacak ihaleye fesat karıştırma suçuna hareketin özel faili olan ihale yetkilisi ve ihale komisyon üyeleri haricindeki kişiler TCK'nun 40'inci maddesi uyarınca sadece azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebilirler. Eğer ihale komisyon üyeleri beraberce bir suç işleme iradesi ile bu bentte sayılan hileli hareketleri icra ederlerse müşterek fail olarak suçu işlemiş olacaklardır. Bu durumda aynı hareketleri değil birbirini tamamlayan hileli hareketleri yapmaları yeterli olacaktır. Örneğin bir üye sunulan evrak üzerinde evrakın olumsuz olmasını sağlayacak nitelikte değişiklik yaparken bir başka üye gerçek olan (uygun olan) bir hususun gerçek olmadığına (uygun olmadığına) yönelik bir rapor düzenleterek inceleme dosyasına ekleyebilir. Bu durumda raporu düzenleyen yardım eden sıfatını alacaktır (Dilberoğlu, 2015).

Bir başka halde eğer birden fazla ihale komisyon üyesi birbirlerinden habersizce farklı istekliler için veya aynı istekli için anılan hileli hareketi yaparlar ise ortada suça iştirak durumu



bulunmayacak her bir ihale komisyon üyesi kendi fiili nedeniyle suçun faili olarak cezalandırılacaktır (Dilberoğlu, 2015).

İhale yetkilisi, ihale komisyonu kararı üzerinde yasal olarak bir müdahalede bulunamadığından ihale komisyon üyeleri ile müşterek fail durumunda bulunabilmeleri ihale komisyon üyelerinin kendi aralarında müşterek fail olabilmelerine oranla daha sınırlıdır. İhale yetkilisi ihale komisyonunun bentte tanımlanan hareketine ancak komisyon karar verdikten sonra kendisinin incelemesi aşamasında iştirak edebilir. Bu sebeple ihale yetkilisinin ihale komisyonunun yetkisinde kalan işlemlerde ihale komisyonunun davranışlarını yönlendirmesi için baskı ve telkinlerde bulunması, suçta kanunilik ilkesi gereğince ihale komisyonu üyeleri bentte tanımlanan seçimlik hareketi yapmış ise ihaleye fesat karıştırma suçuna azmettirme olarak değerlendirilmelidir. Bu baskı ve telkinlere rağmen ihale komisyonu üyeleri bentte tanımlanan seçimlik hareketi yapmamış ise şartları varsa görevi kötüye kullanma suçunun olduğu değerlendirilebilir (Dilberoğlu, 2015).

Hileli davranışlarla; İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak

Suç bu bentte yer alan hareket yönünden de özgü suç niteliği taşıyan bir hareket olduğu için bu hareket neticesi oluşacak ihaleye fesat karıştırma suçuna ihale yetkilisi ve ihale komisyon üyeleri haricindeki kişiler TCK'nun 40'ıncı maddesi uyarınca sadece azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebilirler. Eğer ihale komisyon üyeleri beraberce bir suç işleme iradesi ile hareket ederler ve bu alt bentte tanımlanan hareketleri icra ederlerse müşterek fail olarak suç işlemiş olacaklardır. Bu durumda ihale komisyon üyelerinin aynı hareketleri değil birbirini tamamlayan hareketleri yapmaları yeterli olacaktır. Örneğin bir komisyon üyesinin sunulan bir evrak üzerinde ihaleye katılma yeterliliği bulunmayan isteklinin ihale devamını sağlayacak değişikliği yaparken bir diğer komisyon üyesinin bu yapıları görüp itiraz etmeden yapıları onay vermesi ve ihaleye katılma koşullarına sahip olmayan isteklinin ihale sürecindeki işlemlere katılmasına devamını sağlamaları halinde her iki komisyon üyesi de suçun müşterek faili olacaklardır. Bununla beraber ihale komisyonuna sunulan evrakta değişiklik yapan ihale komisyon üyesi aynı zamanda sahtecilik suçu ile ilgili özel hüküm nedeniyle sahtecilik suçundan da sorumlu olacaktır (Dilberoğlu, 2015).



Birden fazla komisyon üyesi birbirlerinden habersizce farklı istekliler için veya aynı istekli için anılan hileli hareketleri yaparlar ise ortada suça iştirak durumu bulunmayacak her komisyon üyesi kendi fiili nedeniyle suçun faili olarak cezalandırılacaktır (Dilberoğlu, 2015).

İhale yetkilisi, ihale komisyonu kararı üzerinde yasal olarak bir müdahalede bulunamadığından ihale komisyon üyeleri ile müşterek fail durumunda bulunabilmeleri ihale komisyon üyelerinin kendi aralarında müşterek fail olabilmelerine oranla daha sınırlıdır. İhale yetkilisi ihale komisyonunun bentte tanımlanan hareketine ancak komisyon karar verdikten sonra kendisinin incelemesi aşamasında iştirak edebilir. Bu sebeple ihale yetkilisinin ihale komisyonunun yetkisinde kalan işlemlerde ihale komisyonunun davranışlarını yönlendirmesi için baskı ve telkinlerde bulunması, suça kanunilik ilkesi gereğince ihale komisyonu üyeleri bentte tanımlanan seçimlik hareketi yapmış ise ihaleye fesat karıştırma suçuna azmettirme olarak değerlendirilmelidir. Bu baskı ve telkinlere rağmen ihale komisyonu üyeleri bentte tanımlanan seçimlik hareketi yapmamış ise şartları varsa görevi kötüye kullanma suçunun olduğu değerlendirilebilir (Dilberoğlu, 2015).

Hileli davranışlarla; Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak

Bu alt bentte düzenlenen seçimlik hareket de özgü suç niteliğinde olduğundan (Akbulut, 2009) ihale komisyonu haricindeki kişiler TCK'nun 40'inci maddesi uyarınca ancak azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak edebilirler. Bu konuda ihale komisyonu üyeleri birlikte veya tek başlarına bu suçu işleyebileceklerdir (Dilberoğlu, 2015).

Hileli davranışlarla; Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak

Bu alt bentte düzenlenen seçimlik hareket de özgü suç niteliğinde olduğundan (Akbulut, 2009) ihale komisyonu haricindeki kişiler TCK'nun 40'inci maddesi uyarınca ancak azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak edebilirler. Bu konuda ihale komisyonu üyeleri birlikte veya tek başlarına bu suçu işleyebileceklerdir (Dilberoğlu, 2015).

Yukarıda açıklanan dört seçimlik hareket için de dolaylı faillik (TCK m.37/2) mümkün değildir. Yargıtay görüşü de aynı doğrultudadır (Dilberoğlu, 2015).

Konu ile ilgili Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 17.4.2014 tarih ve 2013/1005 E. , 2014/4345 K. sayılı kararında “....5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, “d” bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 235/2-(a-2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, faili bulunmayan bir suça iştirakinde söz konusu olamayacağı dikkate alınarak yargılama konusu olayda iştirak ilişkisinin tespiti yönünden öncelikle ihale sürecinde görev alan sorumluların belirlenmesi amacıyla suç duyurusunda bulunulması,” şeklinde belirtilmiştir.

4.5.2.2.2. Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Ulaşmayı Sağlamak

Maddenin 2'nci fıkrası (b) bendinde düzenlenen tekliflerle ilgili olup ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak fiilinin de özgü suç niteliği taşıdığı yukarıda açıklanmıştı. Bu sebeple bu fiil içinde sadece azmettirme ve yardım eden şeklinde suça iştirakin mümkün olduğunu tekrar etmek gerekir (Gülel, 2012). Özel faillik durumunda sadece özgü suçun faili olabilir. Bu hareketin faili ise sadece ihale komisyon üyeleri değil görevi gereği bu bilgilere erişme yetkisi olan kişilerdir. Bu kişiler hem ihale komisyon üyeleri hem de ihale süreci içinde görev almış diğer kişiler (örneğin yaklaşık maliyet tespit komisyonu üyeleri) olabilir. Yine bu kişiler arasında müşterek faillik durumu oluşabilir. Suçu işleme özelliğine sahip kişilerin birbirlerinden habersiz anılan bilgileri



(iletilen bilgiler de birbirinden farklı bilgiler olabilir) yetkisiz kişilerin eline ulaştırmaları durumunda her bir fail kendi davranışı nedeni ile sorumlu olacaktır (Dilberoğlu, 2015).

4.5.2.2.3. Cebir, Tehdit ya da Hukuka Aykırı Davranışlarla İhaleye Katılmayı Engellemek

Maddenin 2'nci fıkrası (c) bendinde düzenlenen cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlar ile ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek hareketinde ise suça iştirakin tüm şekilleri uygulanma olanağı bulacaktır. Bu hareket özgü suç niteliğinde olmadığı için cebir ve tehdit ile veya hukuka aykırı hareketleri icra eden kişilerin fiillerine birlikte fail, dolaylı fail, azmettiren veya yardım eden olarak katılmak mümkündür. Her hangi bir özel durum mevcut olmadığı için her türlü hareket ile suça iştirak edilebilir (Gülel, 2012).

Konu ile ilgili Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.9.2014 tarih ve 2013/3317 E. , 2014/8838 K. sayılı kararında “...Katılan Tarık D.....'in oluşa uygun istikrarlı anlatımları, bu hususu doğrulayan adli rapor, olayın oluş biçimi, hayatın olağan akışı ve tüm dosya kapsamı karşısında sanık Zafer A....'ın, Kocaali Devlet Hastanesince 16/12/2008 tarihinde düzenlenen temizlik hizmet alımı ihalesine teklif vermek üzere gelen katılanın "siz ihaleye girmeyin, size istediğiniz kadar para veririm" şeklindeki teklifi kabul etmemesi üzerine Zabit T.....'yla birlikte saldırıp basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralayarak ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemeye çalışmalarına rağmen katılanın ihaleye katılarak kazanması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda eylemin TCK'nın 235/2-c, 35. maddelerinde düzenlenen cebir kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması...” şeklinde belirtilmiştir.

4.5.2.2.4. İhaleye Katılmak İsteyen Kişilerin Anlaşma Yapması

Maddenin 2'nci fıkra (d) bendinde ise ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları hali de özgü suç niteliği taşıdığından ve suçun bu kişiler tarafından işlenmesi gerektiğinden bu hareket nedeni ile oluşan suça da dolaylı fail olarak katılmak mümkün değildir. Çok failli suç



niteliğinde olan anlaşma yapma fiiline ancak azmettiren veya yardım eden sıfatı ile iştirak edilebilir (Akbulut, 2009).

Konu ile ilgili Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 06.6.2013 tarih ve 2013/15727 E. , 2013/6195 K. sayılı kararında *"Araca ilişkin satış işlemlerini yapması nedeniyle ihaleye girmesi yasak olan icra müdürü sanık Mustafa adına alınması amacıyla ihaleye girerek gerekli işlemlerin yapılması konusunda sanıkların başından beri fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ettikleri, ihale öncesinde 23 kayıt sıra nolu tapeden açıkça anlaşılacağı üzere sanık Necip tarafından kendisi gelmese dahi ihalenin takip edilmesini sanık Hüseyin'den istediği, yaptıktan anlaşma uyarınca Hüseyin'in Mustafa adına ihaleye girdiği, açık artırma aşamasında tanık Hüseyin K.....'ın tellalin "sattım" demesi öncesinde pey sürmesine rağmen icra müdürü Mustafa A..... tarafından, süre dolduktan sonra pey sürüldüğü gerekçesiyle bu teklifin değerlendirmeye alınmadığı, bu durumun tanık beyanları ile de doğrulandığı, maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere anılan maddenin 3. fıkrasındaki nitelikli halin uygulanması için zararın meydana gelmiş olması yeterli olup meydana gelen zararın miktarının tam olarak belirlenmesine gerek bulunmadığı, bu nedenle de eylemde zararın oluştuğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu, diğer taraftan Mustafa'nın azmettirmesiyle diğer sanıkların ihale şartları ve fiyatı etkilemek için anlaştıkları dikkate alındığında sanıklar Necip ve Hüseyin'in eylemlerinin TCK'nın 235/2-(d), (3). maddelerine sanık Mustafa'nın eyleminin ise TCK'nın 38/1. maddesi delaletiyle anılan madde ve fıkralara uyduğu, ancak hükümden sonra 30/04/2013 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6459 sayılı Yasanın 12. maddesi ile TCK'nın 235. maddesinde değişiklik yapılması karşısında, TCK'nın 7/2. madde-fıkrasındaki "suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmü nazara alınarak sanıkların hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilememesi" şeklinde belirtilmiştir.*

4.5.3. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda İçtima

Türk Dil Kurumuna göre içtima kelime anlamı olarak “toplanma” demektir. TCK genel gerekçede ceza hukukunun temel prensiplerinden birinin ne kadar fiil varsa o kadar suç, ne kadar suç varsa o kadar ceza olduğu vurgulanmıştır. Ortada birden fazla suçun bulunmasına rağmen çeşitli nedenlerle faile tek cezanın verildiği durumlarda “ suçların içtimai” durumu söz



konusudur. Fail tarafından bir fiille birden fazla suçun işlenmesi durumunda kural olarak da birden fazla suç işlenmiş olur. Türk ceza hukukunda fiil kadar suç, suçun miktarı kadar yaptırım uygulanması esas olmakla birlikte bu durumun istisnai halleri düzenlenmiştir. Suçun yaptırıma tabi tutulmasındaki temel maksatlardan biri suç düzenlemesi ile korunan hukuki değer olduğundan zarar gören hukuki değer miktarınca suç olduğundan bahsedilebilir. Hukuki değer bazı hallerde tek bir fiille zarar görebilirken bazı hallerde tek bir fiile birden fazla değer zarar görebilmekte veya bir hukuki değerın zarar görmesi için birden fazla fiilin gerçekleştirilmesi gerekebilmektedir. Bununla birlikte bazı hallerde suçu oluşturan fiillerin farklı zamanlarda birkaç kez gerçekleştirilmesi gerekebilmektedir. Ceza hukukunda bu farklı hallerin suç ve yaptırım bakımından doğru uygulanabilmesi için “içtima müessesesi” düzenlenmiştir. Suçun gerçekleşmesi açısından gerçekleşebilecek bu hallerde faile verilecek cezanın tek olması için düzenlenen kriterleri içeren içtima müessesesi ile failin gerçekleştirdiği fiillerin birden çok suç tipine konu olması halinde bunların tek bir suç tipinde birleştirilmesi amaçlanmıştır. Suçların içtimanın bulunduğu durumlarda failin cezai sorumluluğunda içtima müessesine konu cezalar tek tek belirlenmemekte, bu suçların birinin cezası alınmak suretiyle ve bu cezada belli bir miktar artırım yapılarak veya yapılmayarak cezalandırma yoluna gidilmektedir (Hakeri, 2013).

Suçların içtimai müessesesi TCK Beşinci Bölümde düzenlenmiştir. Kanundaki düzenlemeye göre, bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43/1) ve nihayet fikri içtima (m. 43/2, 44/1) suçların içtimanın söz konusu olduğu hallerdir.

Kanunda suçların içtimai müessesesi ile düzenlenen bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimanın ihaleye fesat karıştırma suçunda da gerçekleşmesi mümkündür. Ancak evvelinde ihaleye fesat karıştırmada gerçek içtimanın da mümkün olduğunu belirtmek gerekmektedir (Sarı, 2019).

Nitekim 235. maddenin 4. Fıkrasında:

“İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.” düzenlemesi ile gerçek içtimaa göre hareket edilmesi gerekliliği hâsıl olmuştur. Bu hüküm uyarınca, ihale yetkilisinin menfaat temin etmesi



ile onun hakkında ihaleye fesat karıştırmanın dışında olayın özelliğine bağlı olarak irtikâp, rüşvet veya görevi kötüye kullanma gibi suçlardan da ceza davası açılacaktır (Artuk vd, 2014).

4.5.3.1. Bileşik Suç

TCK 42. Madde uyarınca:

“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

Kanundaki bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere bileşik suçlarda hukuken tek bir fiil ve tek bir suç olmasına rağmen birden fazla hukuki değerin korunması söz konusudur.

Bileşik suç hükümleri ihaleye fesat karıştırmada da söz konusudur. Örneğin, cebir veya tehdit ile bir isteklinin ihaleye katılımının engellenmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçu ile birlikte cebir veya tehdit suçundan da bahsedilmeyecektir. Ancak ihaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit yolu ile işlendiği hallerde nitelikli hal gereği ceza ağırlaştırılacaktır. Cebir veya tehdit uygulanırken daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller gerçekleşmişse tehdit suçundan da ayrıca cezaya hükmolunacaktır (Arslan, 2017). (madde 235/3-a)

Bir başka içtima hali olarak; ihale mevzuatına ve şartnamelere göre tekliflerle ilgili gizli tutulması gereken bilgilerin üçüncü kişi ya da kişilere bildirildiği hallerde, aynı zamanda ticari sır niteliğindeki belgelerin açıklanması da gerçekleştiğinden normların içtimaı söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda özel normun uygulanması önceliği açısından ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hüküm uygulanacaktır (Arslan, 2017).

4.5.3.2. Zincirleme Suç

TCK 43. Maddede düzenlenen Zincirleme Suç:

“(1) 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. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Zincirleme suç hükümleri uygulandığında failin fiilleri adeta toplanmakta ve tüm fiiller tek bir suç haline gelmektedir (Sarı, 2019).

Zincirleme (müteselsil) suç müessesesindeki düzenlemelerin uygulanabilmesi için ilk şart; suçun farklı zamanlarda bir kereden fazla işlenmesidir. Ancak failin işlediği her bir suçun niteliği farklı ise bu durumda zincirleme suçtan bahsedilemeyecektir. Yargıtay uygulamasına göre; “aynı suçtan anlaşılması gerekenin, aynı suç tipi olduğu”, kanunda düzenlenen suç tipleri itibariyle aynı isimli suçların mevcut olması halinde aynı suçtan söz edilecek, suçun isimlerinin farklı olması halinde aynı suçtan bahsedilemeyecektir (Sarı, 2019).

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için ikinci şart; işlenen suçun yöneldiği mağdur ya da mağdurların aynı olmasıdır. Mağdurların farklı kişilerden oluşması halinde zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanmayacaktır (Sarı, 2019).

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için üçüncü şart; işlenen bu suçların “aynı suç işleme kararı” altında işlenmesidir. Failin aynı suç işleme kararını icra edip etmediğini anlamak için suçun işlendiği zaman, yer ve failin kastı değerlendirilerek sonuca ulaşılır. Fiiller arasında hukuki ve fiili kesinti meydana gelmişse, işlenen her fiil için ayrı bir suçtan bahisle zincirleme suça ilişkin düzenlemeler uygulanmayacaktır (Sarı, 2019).

Zincirleme suç hükümleri, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında kanundaki özel düzenleme nedeniyle uygulanmaz (Sarı, 2019).

İhaleye fesat karıştırma suçunda fesat karıştırma teşkil eden fiiller aynı mağdura yönelik olabilir. Örneğin aynı isteklinin aynı ihaleye yetkilisi farklı ihalelere katılmasının engellenmesi halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir hal gerçekleşecektir. Bunun dışında ihaleye fesat karıştırma suçunda kamu esas mağdur olduğundan kanundaki yeri bakımından da herkesin mağdur olduğu suçlardandır. Örneğin bir ihale yetkilisinin yetkili olduğu ihalelere değişik zamanlarda fesat karıştırma suçunu işlemesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu noktada ihaleye fesat karıştırma suçunu teşkil eden fiillerin farklı zamanlarda gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir. Fesadın kanuni düzenlemedeki seçimlik hareketlerden hangisiyle gerçekleştirildiği önemli değildir. Örneğin ihale yetkilisi bir ihalede tekliflerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgileri başkalarına ulaştırarak, diğer bir ihalede ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip bir kişiyi hileli davranışlarla sahip olmadığından gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakarak fesat karıştırdığı takdirde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir (Arslan, 2017).

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek şekilde ihaleye fesat karıştırma istekliler tarafından da gerçekleştirilebilir. Bir isteklinin aynı zaman dilimi içerisinde katıldığı farklı ihalelere dair aynı suç işleme kararının icrası kapsamında fesat karıştırma suç tipini oluşturacak fiilleri işlemesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır (Sarı, 2019).

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından suçu oluşturan temel haller ile nitelikli haller aynı kapsamda değerlendirilecektir. Örneğin, bir ihalede ihaleye fesat karıştırma gerçekleştirildikten sonra, diğer bir ihalede suçun kamunun zararına neden olma şeklindeki nitelikli hali ile suç işlenmiş olursa, zincirleme suç hükümleri uygulanarak nitelikli şekilde ceza tayin edildikten sonra, bu ceza üzerinden artırım yapılacaktır (Sarı, 2019).

4.5.3.3. Fikri İçtima

Fikri içtima, TCK madde 44'te:

“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde, failin işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olabileceği ancak “non bis in idem” ilkesi gereği, bir fiil için sadece bir kez yaptırıma tabi tutulabileceği, işlediği fiilin birden fazla suç tipini oluşturması halinde uygulanacak cezanın ağırlaştırılarak failin bir fiil için birkaç kez yaptırıma tabi tutulmasının engellenmesinin amaçlandığından bahsedilmiştir (Sarı, 2019).

İhaleye fesat karıştırma suçunda da fail, esas olarak bu fiili icra ederken başkaca suçlar işlemiş olabilir. Örneğin, ihaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip ve kendi adına ihaleye katılmak isteyen isteklilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmamaları için topluca tehdit edildiği veya hürriyetlerinden yoksun bırakıldıkları halde fikri içtima kapsamına giren ihaleye fesat karıştırma suçu vücut bulacaktır. Bununla birlikte, ihaleye teklif veren birden fazla isteklinin teklifleriyle ilgili ihale mevzuatına göre gizli kalması gereken bilgilerin yer aldığı bir belgenin diğer şahıslara ulaştırıldığı hallerde, bir fiille birden fazla kişi mağdur edilerek suç işlenmiş olacaktır. Bu hallerde fail işlediği suça ilişkin olarak en ağır cezayı gerektiren yaptırıma tabi tutulacaktır (Arslan, 2017).

4.6. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yaptırım, Soruşturma Ve Kovuşturma Usulü

4.6.1. Yaptırım

5237 sayılı TCK, kabahat türünden eylemleri suç olmaktan çıkardığı ve bu tür eylemler ayrı bir kanunla (5326 sayılı Kabahatler Kanunu) idari yaptırıma bağladığı için, ceza hukukuna özgü yaptırımlar sistemini ana konusunu oluşturan “suçlar”ın karşılığı olarak düzenlemiştir. Ceza hukukunda suç karşılığında iki tür yaptırımın uygulanması söz konusu olup bunlar, ceza ve güvenlik tedbirleridir (Soyaslan vd, 2014).

4.6.1.1. Ceza

5237 sayılı TCK, hürriyeti bağlayıcı ceza olan ve bazı özel durumlar dışında ceza infaz kurumlarında infaz edilen hapis cezasının “sürelî” olanını ayrı tutarak düzenleme yapmış ve sürelî hapsin karşılığı olan “süresiz” hapis cezası yerine bu alanda yerleşmiş “müebbet” terimini kullanarak sürelî olmayan, yani ömür boyu devam eden hapis cezasını nitelendirmiştir (İçel, 2013).

Türk Ceza Kanunu'nun 45 inci maddesi gereğince "*suç karşılığında uygulanan cezalar, hapis ve adli para cezası*"dır. İhaleye fesat karıştırma suçunun temel şeklinin cezası 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun cebir veya tehdit suretiyle işlenmesi halinde 5 yıldan aşağı olmamak üzere cezaya hükmolunacaktır. İhaleye fesat karıştırma suçu neticesinde kamu zararı meydana gelmemiş ise fail hakkında 1 yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilecektir (Bal, 2016).

TCK'nın 61 inci maddesinde belirtilen hususlar çerçevesinde, önce suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel ceza belirlenecek ve varlığı halinde nitelikli hal nedeniyle ceza artırımına veya indirime gidilecektir (Bal, 2016).

Ayrıca suç dolayısıyla faile verilecek ceza 1 yıldan fazla olduğu takdirde TCK'nın 50 nci maddesi gereğince seçenek yaptırımlarına çevrilemeyecektir. Yine faile verilecek ceza iki yıldan fazla olduğu takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun failleri hakkında TCK 235'te yer alan cezai yaptırımlar dışında KİK ve DİK'te düzenlenen idari yaptırımlara da hükmedilecektir. (KİK m.58, DİK m.83-87).

4.6.1.2. Güvenlik Tedbirleri

Ceza hukukunda ikinci yaptırım türü olarak güvenlik tedbiri uygulanması ön görülmüştür. Tedbirin amacı suçu işleyen failin kişiliğini düzeltmek ve tehlikeli birisinden toplumu kurtarmaktır. Türk Ceza Kanunu'nda gerçek kişiler için güvenlik tedbiri olarak 53'üncü maddede belli haklardan yoksun kılma, 54'üncü maddede eşya müsadere, 55'inci maddede ise kazanç müsadere düzenlenmiştir. Tüzel kişiler için ise 60'ıncı maddede izninin iptali ve müsadereler düzenlenmiştir (Soyaslan vd, 2014).

Suçu işleyen gerçek kişi olduğu takdirde kanunda belirlenen hapis cezası ile birlikte 53'üncü madde hükmolunan hak yoksunlukları da uygulanacaktır. Suçta kullanılan bir eşya olduğu yahut suçtan kazanç sağlanması durumunda ise 54 ve 55 maddeleri gereğince müsadere hükümleri de uygulanacaktır (Bal, 2016).



Suçu işleyen kimse kamu görevlisi ise TCK'nın 53'üncü maddesinin 1 ve 5'inci fıkrası gereğince hak yoksunluğuna da hükmolunacaktır (Yaşar vd, 2014).

Suçun işlenmesi dolayısıyla yararına haksız menfaat sağlanan bir tüzel kişi ise TCK'nın 242'nci maddesi uyarınca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Tüzel kişilere yönelik tedbirler TCK madde 60'da düzenlemeye alınmıştır. Buna göre tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirleri iznin iptali ve müsadere (Bal, 2016).

İzin iptali için kasten işlenen bir suç olmakla birlikte (incelediğimiz ihaleye fesat karıştırma suçu gibi) bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan "özel hukuk tüzel kişiliğinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması" suretiyle tüzel kişi yararına işlenmesi gerekmektedir (Hakeri, 2013).

"Özel hukuk tüzel kişileri" bakımından öngörülen ikinci güvenlik tedbiri de "müsadere"dir. Buna göre; "tüzel kişi yararına işlenen suç ile müsadereyi gerektiren bir sonuç oluşmuşsa suça ilişkin eşya ve maddi çıkarların müsaderesine" hükmedilecektir. Bu halde müsadere şartlarının oluşması aranmaktadır (Bal, 2016).

4.6.2. Soruşturma Ve Kovuşturma Usulü

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen bir kimse hakkında soruşturma veya kovuşturmanın başlatılabilmesi için şikayetin, alınması gereken iznin veya başka herhangi bir şartın varlığı gerek madde 235'te gerekse de başka bir yasal düzenlemede aranmamıştır. Dolayısıyla bu suçla ilgili soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için şikayet bulunması veya bir makamdan izin alınması gerekmez. TCK madde 12 ve 13'teki suçlar hakkında Adalet Bakanı yargılama yapılmasını istemeden yargılama süreci başlatılamaz ve ihaleye fesat karıştırma suçu bu suçlardan biri değildir. İhaleye fesat karıştırma suçu, kamu görevlisi veya memur sıfatını haiz olan bir kimse tarafından işlenmişse, her ne kadar bu kişilerin yargılanmasına ilişkin hükümler içeren 4483 sayılı Kanun'da bu kişiler hakkında yargı sürecinin başlatılabilmesi için izin alınması gerektiği ifade edilmişse de, bu kimseler hakkında bu makamdan izin alınmadan yargı sürecinin başlatılabileceği ve bu yargılama süreci hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı, 3628 sayılı Kanun madde 17'de



belirtilmiştir. Ancak bu hüküm valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz (m. 17/2). Yine 3628 sayılı Kanun madde 19 uyarınca, Cumhuriyet Savcısı aynı Kanun madde 17’de belirtilen suçların işlendiğini öğrendiğinde, sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlayacak ve durumu atamaya yetkili amire veya aynı Kanun madde 8’de sayılan mercilere bildirecektir (Kaya, 2020).

4.6.2.1. Görevli Ve Yetkili Mahkeme

İhaleye fesat karıştırma suçu, 5235 sayılı Kanun’un 12. maddesine göre, bu madde kapsamında belirtilen suçlardan biri olmadığı için ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektirmediği için, 5235 sayılı Kanun’un 11. maddesi gereği asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir (Kaya, 2020).

6459 sayılı Kanun’un 14. maddesi ile TCK’ya eklenen geçici madde uyarınca, 6459 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi olan 30.04.2013 tarihinden önce açılan davalarda, ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili ağır ceza mahkemelerinde görülmekte olan davalar görülmeye devam edilecek, 30.04.2013’te ve daha sonraki bir tarihte açılacak olan davalarda ise görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleri olacaktır (Arslan, 2017).

Bununla beraber, görevli mahkemenin failin özelliklerine veya sıfatına göre değiştiği durumlar da söz konusu olabilir. Mesela fail çocuksa, 5395 sayılı Kanun’un 25 ve 26. maddeleri uyarınca çocuk ağır ceza mahkemesi, valiyse 2797 sayılı Kanun’un 14. maddesi uyarınca Yargıtay’ın ilgili ceza dairesi, kaymakamsa 4483 sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca il ağır ceza mahkemesi görevli mahkeme olacaktır (Arslan, 2017).

Yetkili mahkemeye gelince, CMK madde 12/1 uyarınca suçun işlendiği yerin mahkemesi davaya bakma yetkisine sahiptir. İhaleye fesat karıştırma suçu bu suçu teşkil eden hareketin yapıldığı an olduğu için suçun işlendiği yer, suçu oluşturan fiilin gerçekleştirildiği yerdir ve dava da bu yer mahkemesinde görülür. Suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde yetkili mahkeme, CMK madde 12/2 uyarınca son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesidir (Arslan, 2017).



4.6.2.2. Zamanaşımı

İhaleye fesat karıştırma suçunda olağan dava zamanaşımı süresi on beş yıldır (m. 66/d). Bu suçun işlenmesi sebebiyle kamu zararı meydana gelmişse veya bu suç cebir uygulanmak veya tehdide başvurmak suretiyle işlenmişse, dava zamanaşımı süresi yine on beş yıl olmakla beraber, bu suç sonucunda kamunun zarara uğramaması durumunda fail hakkında hükmedilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar olduğundan, bu gibi hallerde dava zamanaşımı süresi m. 66/e uyarınca sekiz yıldır (Demirel, 2017).

Madde 68/1-d-e uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçunda ceza zamanaşımı süresi, bu suçun işlenmesiyle kamu zararı meydana gelmişse veya bu suç cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmişse yirmi yıl, diğer hallerde ise on yıldır. Ceza zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi mahkemenin kesin ve son kararını verdiği veya cezanın uygulanmasının kesintiye uğradığı tarihtir ve ceza mahkumiyeti süresindeki kalan gün sayısı esas alınarak bu süre hesaplanır (m. 68/5) (Demirel, 2017).

5. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

5.1. Genel Olarak

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 236. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu suç TCK'nın topluma karşı suçlar kısmının ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde yer almaktadır. Aynı bölüm altında ayrıca ihaleye fesat karıştırma, fiyatları etkileme, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma, ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması, mal veya hizmet satımından kaçınma ve tefecilik suçları düzenlenmiştir. Bu suçlar düzenlenerek toplumda ekonomik, sınai ve ticari hayatın güven içinde sürdürülmesi amaçlanmakta; serbest rekabet ilkesine aykırılık teşkil eden bazı fiiller yaptırım altına alınmaktadır (Koca ve Üzülmöz, 2013).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihaleye fesat karıştırma suçundan hemen sonra düzenlenmiştir. Her ne kadar bu sistematik suçun kapsamı hakkında bazı çağrışımlarda bulunsa da salt bu sistematikten yola çıkarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu hakkında doğru



sonuçlara varılamaz. Öncelikle belirtmek gerekir ki söz konusu iki suç birbirinden tamamen bağımsız ve farklı suç tipidir. Bu iki suç arasında ilişki genellikle suçların zaman bakımından birbiri ardına işlenebilir olmasıdır. İleride de bahsedileceği üzere genel olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği sürecin sona ermesiyle beraber başlayan yeni süreç olan sözleşme süreci boyunca işlenebilen bir suçtur (Arslan, 2012).

Bu tür bir suç tipinin düzenlenme amacını anlayabilmek için öncelikle tamamen özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerle idarenin taraf olduğu sözleşmeler arasındaki temel farkların ortaya konulması gerekir. Özel hukuka tabi sözleşmeler bakımından hakim olan ilke sözleşme serbestisi ilkesidir. Taraflar sözleşmenin ve edimin her aşamasında anlaşarak edim konusunda değişiklik yapabilirler. Edimin sözleşmeye uygun ifa edilmemesi halinde ise kural olarak sadece hukuki sorumluluk doğar. Hatta tarafların irade ve beyanlarında isteyerek meydana getirdikleri uygunsuzluk hali olarak tanımlanan muvazaanın bile yaptırımı sadece hukukidir (Eren, 2014). Kamu ihale sözleşmelerine bakıldığında ise sözleşmenin imzalanma aşamasına kadar olan kısmın idare hukuku kurallarına, sözleşme aşamasının özel hukuk kurallarına tabi olduğu görülmektedir (Sarıtış, 2009). Bunun sonucu olarak da sözleşmenin tarafı olan kişinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi kural olarak sadece hukuki sorumluluk doğuracaktır (Demir, 2013). Ancak sözleşme aşaması bakımından Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu ile bazı düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un 6. ve 7. maddelerinde sözleşmelerin türleri ve içeriğinde yer alması zorunlu unsurlar düzenlenmiştir. Ayrıca tip sözleşmelerin oluşturulmasında yüklenicinin katkıda bulunması mümkün değildir. Yine Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 19, 20, 21 ve 22. maddelerinde sözleşmenin feshi bakımından idareye ayrıcalıklar tanınmaktadır. Yüklenicinin sözleşmenin imzalanmasından sonra fiyat farkına ilişkin hükümlerde değişiklik talep etmesi yasaklanmıştır ve böylece yüklenici vergi, harç vb. mali yükümlülüklerde artış olması halinde fiyat farkı isteyemeyecektir. Belirtilen örnekler sonucunda her ne kadar Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 4/3'te "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur" hükmü yer alsa da ihale sonucu imzalanan sözleşmelerin tam olarak özel hukuk hükümlerine tabi olduğu söylenemez. İhaleye dayalı sözleşmeler bakımından kamu yararı ve kamu malı söz konusu olduğu için özel hukuktan farklı



düzenlemelere gidilmesi doğaldır. Bu farklılığın sonucu olarak ve kamu yararına verilen önemden dolayı bazı hileli hareketlerin ayrı bir suç türü olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki kamu ihaleleri ve sözleşmeleri bakımından mevzuata aykırı her davranış suç olarak değerlendirilemez. Hem ihaleye fesat karıştırma suçu hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağlı hareketlidir. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nda açıkça belirtilen fiillerden birinin işlenmesi gerekir. Bununla birlikte sözleşmeye veya şartnameye aykırı bazı davranışlar ise suç olarak düzenlenen davranışların yanı sıra Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu m. 25 vd. idari yaptırıma tabi yasak fiiller olarak düzenlenmiştir (Kılıç, 2017).

5.2. Suçun Tarihçesi

Diğer ekonomik suçlar gibi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun da geçmişi kişilere ve malvarlığına karşı işlenen suçlara kıyasla çok eskilere dayanmadığı söylenebilir. Ekonomik suçlar bakımından daha yeni olan bir olgu ise günümüzde bu suçların artık iktisadi ve sosyal istikrar bakımından gerçek anlamda bir risk oluşturmalarıdır (İçel ve Ünver, 2009). Öncelikle ekonomik suç kavramının bir üst kavram olduğunu ve hukuki bir nitelik değil, kriminolojik bir nitelik taşıdığını söylemek mümkündür. Ekonomik suçluluk kavramı 20. yüzyılda oluşmaya başlamasına rağmen kesin bir tanıma sahip değildir. Ancak bu kavramı seçilen ekonomik sistem fark etmeksizin tamamen veya kısmen mevcut ekonomik düzenin kurumlarını tahrip eden, ekonomik düzene zarar veren, ekonomik düzeni tehlikeye sokan, toplumsal ilişkilerdeki güveni sarsan davranışlar olarak tanımlamak mümkündür. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bireyler arasındaki ekonomik görünümlü suçlar ekonomik suçluluk kavramına dahil değildir. Bu kriterleri dikkate alındığında edimin ifasına fesat karıştırmanın bir ekonomik suç olduğunu söylemek mümkündür (Kılıç, 2017).

Edimin ifasına fesat karıştırma beyaz yaka suçu olarak değerlendirilebilir. Ancak bu, kamu görevlisi fail bakımından söylenebilecek bir önermedir. Daha sonra bahsedileceği üzere failin kamu görevlisi olmadığı durumlar da mümkündür. İhale mevzuatına bakıldığında her kamu görevlisine muayene ve kabul görevi verilmediği de görülmektedir. Söz konusu görev belli kamu görevlilerine verilerek onlara güven duyulduğu gösterilmektedir. Ancak bu kamu görevlileri sözleşmenin ifasında hileli hareketler yaparak kendilerine duyulan güveni ihlal etmiş

olacaklardır. Her ne kadar beyaz yaka suçluluğu teriminin ortaya konulduğu zamanlarda edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağımsız bir suç olmasa da bu açıklamalara dayanılarak söz konusu kapsamda değerlendirilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki ülkemizde ve dünyada son zamanlarda geçmişe nazaran artmakta olan bir refah seviyesinden bahsedilebilir. Kimi yazarlara göre ekonomik refahın arttığı dönemlerde kolay kazanç elde etme arzusu da artmaktadır. Buna bağlı olarak da ekonomik suçlarda artış meydana gelmektedir. Günümüzde de özellikle hileli hareketlere başvurulmak suretiyle gerçekleştirilen ekonomik suçlarda artış söz konusudur. Bu artış beraberinde söz konusu suç tiplerinin daha ayrıntılı düzenlenmesi ve incelenmesi gerekliliğini doğurmaktadır (Kılıç, 2017).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ortaya çıkışı ihale kavramının ortaya çıkmasıyla mümkün olmuştur. İhale kavramı ise burjuva sınıfının kamu sektörü dışında üretim yapması ve sonrasında devlete satmaya başlamasıyla ortaya çıkmıştır. Ancak günümüzdeki şeklini alması bakımından en önemli kilometre taşının serbest piyasa ekonomisine geçiş olduğunu söylemek mümkündür. Serbest piyasa ekonomisine geçişle birlikte devlet ile özel sektör arasında imzalanan sözleşmelerin türü ve sayısı da artmıştır. Söz konusu artış beraberinde yüksek miktarda sözleşme bedelleri getirmiştir. Bununla birlikte ihaleye ve ediminin ifasına fesat karıştıran failer ortaya çıkmıştır (Kılıç, 2017).

İhale suçlarına ilişkin ilk düzenleme ise 1274 (1857) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun’unda yer almaktadır. 1274 tarihli kanunun birinci babının, dördüncü faslının 83. Maddesinde düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu fasılda genel olarak devlet malını çalmakla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu konuya ilişkin daha sonraki düzenleme ise 765 sayılı TCK ile yapılmıştır (Gökçen, 1999).

765 sayılı TCK’nın hangi maddelerinin mevcut 236. maddenin karşılığı olduğu yönünde bir fikir birliği yoktur. Öncelikle belirtmek gerekir ki 765 sayılı TCK’da edimin ifasına yönelik olarak 5237 sayılı TCK’daki gibi toplu ve bağımsız bir suç tanımlanmamıştır. Çeşitli maddelerde edimin ifası aşamasına yönelik suçlar tanımlanmıştır. Kimi yazarlar 765 sayılı TCK’nın 205. ve 362. maddelerini mevcut 236. maddenin karşılığı olarak görmekte iken kimi yazarlar sadece 362. maddeyi söz konusu maddenin karşılığı olarak görmektedir (Kılıç, 2017).

765 sayılı TCK'nın 205. maddenin kaleme alınış biçiminden dolayı yeteri kadar açık olmadığı, bu nedenle ceza hukuku ilkeleri ile uyuşmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu suç özgü suçtur. Fail sadece Türkiye devleti hesabına bir şeyi almaya, satmaya veya yapmaya yetkili olan kişi olabilir. Suçun konusunun ne olduğu hususu ise kanun metnindeki "Türkiye Devleti hesabına..." ifadesinden dolayı tartışmalıydı. Tüm kamu kurumlarını kapsayan bir ifadenin kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca suçun konusu alım, satım ve yapım işleri ile sınırlıdır. Fesat karıştırma ifadesinin sadece hileyi değil, ayrıca cebir ve tehdidi de kapsadığı belirtilmiştir. Maddenin kaleme alınış biçimine bakıldığında hem ihale aşamasını hem de sözleşme aşamasını koruduğu görülmektedir. Yani 5237 sayılı TCK'daki karşılığı tek başına 236. madde değildir. Bu durumda fail aynı kamu alımı kapsamında hem ihale sürecine hem de edimin ifası sürecine fesat karıştırmışsa şu anki düzenlemede olduğu gibi iki ayrı suç oluşmayacaktı. Söz konusu suçun oluşabilmesi için menfaat temin etmenin zorunlu olmasından dolayı zarar suçu olduğu kabul edilmiştir. Son olarak belirtmek gerekir ki eski kanun döneminde edimin ifası aşamasındaki hukuka aykırı fiiller bakımından 205. madde sevk maddesi olarak kullanılmaktaydı (Kılıç, 2017).

765 sayılı TCK'nın 362. maddesinde herkes tarafından işlenebilen bir suç düzenlenmiştir. İlgili madde iki fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkradan düzenlenen suçun oluşabilmesi için 361. maddede belirtilen türden bir erzak veya eşya olması gerekir. İkinci fıkroda ise sair eşya veya hizmetten söz etmekle birlikte ilk fıkraya nazaran daha az ceza öngörülmüştür. Her iki fıkroda da belirtilen hile ve hud'a ifadesinden dürüstlük kuralına aykırı davranışların tamamının algılanması gerektiği ve suçun bir tehlike suçu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca suçun oluşması için gerekli taahhüdün ihale sonrasında veya sözleşmeyle oluşması gerekmekteydi (Kılıç, 2017).

Kanaatimizce TCK m. 236'nın 765 sayılı TCK'daki karşılığı 205 ve 362. maddelerdir. Her iki maddedeki suç tipinin ortak özelliği hile unsurunun ön planda olmasıdır. Yalnızca 362. madde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karşılığı gibi görünse de özellikle failin kamu görevlisi olduğu durumlarda 205. maddeye de başvurmak mümkün olabilecektir. Zaten devlet hesabına yapılan ihalede failin kamu görevlisi olması halinde sorumluluğun hangi maddeden doğacağını belirlemek birbirine bu kadar yakın iki maddenin olduğu bir durumda oldukça zordur. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın ihale suçlarını temel olarak ikiye ayırması ve bunları birer maddede düzenlemesi yerinde olmuştur. Özellikle ihaleyi yapan kamu kurumları



bakımından Türkiye devleti, hükümet gibi ifadeler yerine yeknesak terimler kullanılması ve kapsayıcı bir sayma yolunun izlenmesi kanun yapma tekniği bakımından yerindedir (Kılıç, 2017).

Bununla birlikte 765 sayılı kanundaki 208, 361 gibi sair maddelerle TCK m. 236 arasında ayrıca ilişki kuran yazarlar olmasına rağmen bu yorumları zorlama olarak kabul etmekteyiz. 765 sayılı TCK'nın 208. maddesinde devlet memurlarının kamu alımları aracılığıyla ticaret yapması düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK'da buna ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte mevzubahis kanun maddesinin yürürlükte olduğu dönemde de uygulaması yoktu. 765 sayılı TCK'nın 361. maddesinin 5237 sayılı TCK'daki karşılığını da 238. madde oluşturmaktadır. Ayrıca 765 sayılı TCK'nın 361. maddesinde hile unsuruna ilişkin bir düzenleme de yoktur (Kılıç, 2017).

5.3. Korunan Hukuki Değer

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda özel olarak korunan hukuki değer; kamu kurum ve kuruluşları ile maddede belirtilen diğer kurumlara karşı, ihale şartnamesi veya ihale sonucunda yapılan sözleşme ile taahhüt edilen malın, hizmetin veya yapım işinin, nicelik veya nitelik bakımından zamanında ve eksiksiz teslim edildiğine veya tamamlandığına ilişkin güvendir. Genel olarak ise ekonominin ve kamu kaynaklarının korunmak istendiği söylenebilir. Maddenin kanun sistematığında bulunduğu yer de bu düşüncüyü destekler mahiyettedir. Zira edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun özel hükümler kitabının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” kısmında değil, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar”ın yer aldığı dokuzuncu bölümü altında düzenlenmiştir (Gülel, 2018).

5.4. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

5.4.1. Fail

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda fail, “taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi”dir. Doktrinde “kişi” ifadesinin kullanılmasından hareket eden bir görüş bu suçta herkesin fail olabileceğini ifade etmektedir (Altıparmak, 2014). Diğer görüş ise, failin herhangi bir kimse değil ihale kararında veya sözleşmede bir edimi ifa etmeyi taahhüt eden kişi olduğundan hareket



ederek bu suçun özgü suç olduğunu kabul etmektedir. Kanımızca, fail herhangi biri değil ihale kararında veya sözleşmede edimi yerine getirmeyi taahhüt eden kişi olabilir. Bu sebeple, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu özgü suç kabul eden görüşe biz de katılmaktayız. Ayrıca, failin belli niteliği haiz olması suçun nitelikli hali açısından değil de basit hali için arandığından edimin ifasına fesat karıştırma suçu gerçek özgü suç niteliği taşımaktadır. Öte yandan, failin her zaman kamu görevlisi olması gerekmediğinden, teslim eden kişiler de fail olabildiğinden yükümlülük suçu teşkil etmemektedir (Özdemir, 2015).

Yargıtay içtihadı edimin ifasına fesat karıştırma suçunun özgü suç olduğu yönündedir ve bu husus birçok kararda, *“TCK’nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesi ile birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın ‘a’ ve ‘b’ bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlilerinin, ‘c’, ‘d’ ve ‘e’ bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan...”* şeklinde ifade edilmektedir (Yargıtay 5. CD, 05.12.2013, E. 2012/11233, K. 2013/11830).

TCK’nın 236. maddesinin 2. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde teslim eden veya kabul eden kişi fail olabilecek iken, diğer üç fıkrada sadece kabul etmek fiili gösterildiğinden kabul eden fail olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, (a) ve (b) bentleri açısından ihale kararında veya sözleşmede belirtilen maldan başka bir mal veya eksik mal teslim eden ya da bu nitelik veya nicelik yönünden fesada uğramış malı kabul eden kişi fail olabilir. (c), (d) ve (e) bentleri açısından ise, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen edimi süresinde ifa edilmiş gibi kabul eden, yapım ihalelerinde eser veya malzeme şartname ya da sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktara ya da niteliklere uygun olmamasına rağmen uygunmuş gibi kabul eden ve son bentte, hizmet niteliğindeki edim ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara uygun olmamasına ya da eksik olmasına rağmen uygun ya da tammiş gibi kabul eden kişi fail olabilir (Özdemir, 2015).



Failin teslim veya kabule yetkili kişi olması gerekmektedir. Kabule yetkili olmayan kişi fail olamaz. Fakat koşulları varsa yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu olabilir (Özdemir, 2015).

Sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu hallerde kabul eden, maddede sayılan tüzel kişilerin edimi kabul etmekle görevlendirdiği temsilci olacaktır. İhale kararı ya da ihale sözleşmesi söz konusu olan hallerde ve her halükarda (d) bendinde düzenlenen yapım işi ihalelerinde muayene ve kabul komisyonları kabule yetkilidir. Burada, muayene ve kabul komisyonunun en az üç kişiden oluşması gerektiğini, gerekirse tek sayı olacak şekilde üye sayısının artırılabilirliğini ve kararlarını oyçokluğu ile aldığııı belirtmemiz gerekir. Kabul komisyonunun üç kişiden meydana geldiği durumlarda kabul kararının alınabilmesi için iki üyenin oyu yeterli olacaktır. Üçüncü üye muhalefet etse dahi kabul işlemi geçerlidir. Bu durumda, üçüncü üye gerekçesini kabul kararında göstermek zorundadır. Peki, üç kişilik kabul komisyonunda kabul kararı iki üye tarafından alınırsa edimin ifasına fesat karıştırılması halinde üçüncü üye de fail olarak sorumlu olacak mıdır? Kanımızca, bu durumda karara muhalefet etmiş üye fail olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, karara muhalefet eden üyenin kamu görevlisi olduğundan TCK m. 279 gereğince suçu bildirme yükümlülüğü doğar (Özdemir, 2015).

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, malı teslim eden kişi ile sözleşmenin tarafı olan kişinin yani yüklenicinin farklı kimseler olması halidir. Doktrinde malı teslim eden kişilerin de fail olabilecekleri ileri sürülse de kanımızca bu durumda, malı teslim eden kişi suçun özgü suç niteliğinden ötürü fail olamaz. Fail ancak sözleşmenin diğer tarafı olan, sözleşme ile edimi taahhüt eden, ifa etme yükümlülüğü altına giren kişi olabilir. Nitekim doktrinde genel kabul gören görüş de budur. Bununla birlikte, yüklenici ile teslim eden kişi arasında iştirak iradesi varsa, teslim eden kişi hakkında da iştirak hükümleri uygulanır (Özdemir, 2015).

Bazı durumlarda işin alt yükleniciye yaptırılması söz konusu olabilir. İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları



işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (KİK m. 15). İşin alt yükleniciye yaptırılmasını gerektiren bu gibi durumlarda, doktrindeki bir görüşe göre, asıl fail sözleşmeyi imzalayan yüklenicidir; alt yüklenici ise koşulları mevcutsa iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulabilir. Diğer görüş ise alt yüklenicilerin de edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabileceği yönündedir. Kanımızca, alt yüklenici listesi sözleşme imzalanmadan önce idarenin onayına sunulmakla işin bir bölümü için alt yüklenici görevlendirilmiş ve işin o bölümü alt yüklenicinin sorumluluğuna geçmiş bulunmaktadır. Asıl yüklenicinin sorumluluğu devam etse dahi asıl sorumluluk alt yüklenicidedir. Bu sebeple, işin belli bir bölümünün alt yükleniciye yaptırıldığı durumlarda o bölümde gerçekleştirilen hileli davranışlar için alt yüklenici fail olarak sorumlu olacaktır. Asıl yüklenicinin de iştirak hükümlerine göre sorumluluğu gündeme gelebilecektir (Özdemir, 2015).

5.4.2. Mağdur

Bu suç, TCK sistematığında ikinci kitabın “Topluma Karşı İşlenen Suçlar” kısmının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçu, kişilere ait menfaatlara karşı değil, topluma ait menfaatlara karşı işlenmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, bu suçun mağdurunun, edimin usulüne uygun ifa edilmemesinden zarar gören gerçek kişiler olduğunu, diğer bir deyişle, toplumu oluşturan herkes olduğunu; suçtan zarar görenin ise; başta hazine olmak üzere kendisine karşı edimin ifası için taahhüt altına girilen kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler ile suçtan zarar gören gerçek kişiler olabileceğini ifade etmektedirler (Koca ve Üzülmüş, 2012). Bu görüşte olanlar; suçun koruduğu hukuki değer ancak gerçek kişilere ait olabileceğini (Koca ve Üzülmüş, 2012), bu suçtan ötürü bir kamu kurumu veya kuruluşu ya da özel hukuk tüzel kişisi zarar görmüş olsa dahi, suçun mağdurunun yine toplumu oluşturan gerçek kişiler olabileceğini, tüzel kişilerin ancak bu sıfatları itibarıyla suçtan zarar gören sıfatını taşıyabileceklerini kabul etmektedirler (Özgenç, 2013). Aynı doğrultuda bazı Yargıtay Ceza Dairesi kararlarında, suça konu ihaleyi düzenleyen ilgili kamu kurum veya kuruluşunun, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan zarar gören olduğu vurgulanmaktadır.



Aynı zamanda Yargıtay 5. CD.'nin 06.05.2013 tarih ve 7386/4597 sayılı bir ilamında, 26.12.2003 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5020 sayılı Kanun'un 12 ve 13'üncü maddeleriyle; 3628 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yapılan değişiklik ve 18'inci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkralarda yer alan *"...resmi ihale ve satımlara fesat karıştırma... suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında, yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet Başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvurusunda bulunması halinde, Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır."* şeklindeki düzenleme nedeniyle hazinenin suçtan zarar gören sıfatının bulunduğu kabul edilmiştir (Türkan Er, 2016).

Doktrinde bazı yazarlar ise; suçun doğasının izin verdiği ve tüzel kişilere ait varlık ya da menfaatlerin ceza normu ile korunduğu sürece tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceklerini ileri sürmektedirler. Bu görüşte olanlar, TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun mağdurunun ve aynı zamanda suçtan zarar görenin; bir edimin gerçekleştirilmesi hususunda kendilerine karşı taahhüt altına girilmiş olan kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler olabileceğini ileri sürmektedirler (Türkan Er, 2016).

Kanaatimizce burada kritik husus, bazı varlık ya da menfaatlerin bu topluluklar çevresinde kümelenip kümelenmediğidir. Tüzel kişilere ait varlık ya da menfaatlerin cezaen korunması halinde bu tüzel kişiler suç mağduru olarak kabul edilir. Bu itibarla, tüzel kişiler ve bir tüzel kişi olan devlet suçun mağduru olabileceği gibi, hatta tüzel kişiliği bulunmayan toplum, aile, devletler topluluğu gibi topluluklar da suçun mağduru olabilirler. Bu düşünceden hareketle, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun mağduru ve aynı zamanda suçtan zarar görenin; bir edimin gerçekleştirilmesi hususunda kendilerine karşı taahhüt altına girilmiş olan TCK madde 236/1'de sayılan tüzel kişiliklerin olabileceği kanaatindeyiz (Türkan Er, 2016).

5.4.3. Suçun Konusu

Suçun konusu ile ifade edilen husus fiilin üzerinde icra edildiği kişi veya şeydir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda tipik hareketin üzerinde gerçekleştiği şey edimdir. Bu edim, ihale sonucu yerine getirilmesi yüklenici tarafından taahhüt edilen edimdir. Edimin ihale sonucu yapılan sözleşmeden doğması gerekmektedir. Herhangi bir ihaleye dayanmayan sözleşmeden doğan edimler bu suçun konusunu oluşturmazlar. TCK m. 236/1 incelendiği zaman bu fıkrada sayılan kurumlara karşı bulunulan taahhüdün ihale sonrasında yapılması gerektiği açık değildir. Ancak m. 236/2 incelendiği zaman, taahhüt edilen edimin ihale sözleşmesi nedeniyle taahhüt edilen edim olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ihale sonucu taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştırılması cezalandırılmaktadır (Kaplan, 2013).

Hareketin konusu ihale sonucu yerine getirilmesi taahhüt edilen edimdir dedikten sonra bu taahhüdün kime karşı yapılması gerektiğinin tespit edilmesi gerekir. Bu husus TCK m. 236/1’de belirtilmiştir. “ *Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi...* ” şeklinde yer alan düzenleme gereğince fıkrada sayılan kurumlara karşı yerine getirilmesi gereken edimin ifasına fesat karıştırma halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu gerçekleşmiş olacaktır. Böylece;

-Kamu kurum veya kuruluşlarına karşı yerine getirilmesi gereken bir edimin ifasına fesat karıştırılması halinde bu suç işlenmiş olacaktır. Örneğin, niversitenin açmış olduğu kırtasiye malzemesi alım ihalesinde taahhüt edilen miktarın altında malzemenin teslimi halinde TCK m. 236 gerçekleşmiş olacaktır.

- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına karşı yerine getirilmesi gereken bir edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda da TCK m. 236 gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin, İstanbul Barosu’nun açmış olduğu bir ihalede yüklenilen edimin sözleşmede belirtilen şartları taşımamasına rağmen, taşıyormuş gibi teslim alınması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır.



- Kamu kurumu veya kuruluğu ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketlerin açmış olduğu ihalelerde yüklenicinin edimin ifasına fesat karıştması halinde de TCK m. 236 gerçekleşmiş olacaktır. Örneğın, İstanbul Büyük Şehir Belediyesi'nin kurmuş olduğu İ.H. EKMEK A.Ş. tarafından yapılan un alımına ilişkin ihalede un miktarının sözleşmede veya ihale kararnamesinde belirlenen miktardan az olarak teslimi halinde edimin ifasına fesat karıştma suçu gerçekleşmiş olacaktır.

- Kamu kurumu veya kuruluğu ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşların bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimlerin ifasına fesat karıştırmak da TCK m. 236'yı oluşturacaktır (Kaplan, 2013).

Kamu kurumu veya kuruluğu aracılığı ile yapılan ihaleler sonucunda taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştırılması halinde, edimin ifasına fesat karıştma suçu oluşmayacaktır. Kamu kurumu veya kuruluğu aracılığıyla yapılan ihaleler, TCK m. 235/5 hükmü gereğı ihaleye fesat karıştma suçunun konusunu oluşturmakta iken, edimin ifasına fesat karıştma suçunun kapsamında değildir (Kaplan, 2013).

Edimin kime karşı taahhüt edilmiş olması gerektiğinin tespitinden sonra edim kavramının anlamının ortaya konulması gerekmektedir. Edim, Büyük Türkçe Sözlük'te "*Alacaklının isteyebileceğı ve borçlunun yapmak zorunda olduğu davranış, ivaz.*" şeklinde tanımlanmıştır. Edim, alacaklının borç ilişkisi gereğince talep etme hakkına sahip olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu bir davranıştır. Bu davranış bazı hallerde yapmak, bazı hallerde vermek ve bazı hallerde ise yapmamak şeklinde olabilir. Edimin belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Edim, ani edim olabileceğı gibi, sürekli veya dönemlik edim şeklinde de olabilir. Ayrıca edimin, hukuka, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Aksi halde yapılan sözleşme batıl olur (Kaplan, 2013).

Edimin kavramsal anlamına ilişkin kısa açıklamadan sonra TCK m. 236 kapsamında nelerin edim olarak düzenlendiğine m. 236/2'den yola çıkarak ulaşabiliriz. Buna göre ihale kararının veya sözleşmenin konusunu oluşturan ve yerine getirilmesi taahhüt edilen mallar, yapılacak olan eser, kullanılacak malzeme ve ihale sonucu verilmesi gereken hizmet TCK m.



236 bakımından edimi oluşturmaktadır. Bu aynı zamanda hareketin konusunu ifade etmektedir. Hareketin konusunu oluşturan edim, sözleşmede veya ihale kararnamesinde belirlenmiş olan edimdir. İhale kararnamesinde veya sözleşmede yer almayan edimlerin ifasına fesat karıştırılması halinde, TCK m. 236 oluşmayacaktır. Edimin kararlaştırıldığı sözleşmenin ise, DİK ve KİSK gereği ihalenin yapılmasını takiben ihale kararının yetkili merci tarafından imzalanarak kesinlik kazanmasından sonra yapılan sözleşme olması gerekir. Bu husus 236. maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale süreci sona erer denilerek ihale sürecinin sonunda yapılan sözleşmenin edimin belirlenmesinde esas alınacağı vurgulanmıştır. (Kaplan, 2013).

5.4.4. Fiil

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda TCK madde 236'da bu suç bakımından yasaklanan fiil, taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmaktır. Bu fiillerin neler olabileceği konusuna girmeden, evvela “Edimin ifasına fesat karıştırmak” ifadesinde yer alan “edim” ve “fesat karıştırmak” kavramlarının ayrı ayrı analizi önem arz eder (Türkan Er, 2016).

Tekrar anımsayacak olursak; edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağlamında edim kavramından; ihale kendisine bırakılan kişi ile işin sahibi idare arasında imzalanan ihale sözleşmesiyle taahhüt altına girilen, idari ve teknik şartnamelerde vasıf ve mahiyeti belirli olan iş anlaşılmalıdır. Edimin ne olduğunun tespiti bakımından bakılması gereken ilk yer ihale sözleşmesidir. Ancak, bazı ihale uygulamalarında, ihale kendisine bırakılan kişi ile ayrıca yazılı bir ihale sözleşmesi imzalanmamaktadır. Bu durumda, edimin ifası bağlamında varsa o iş için hazırlanan idari ve teknik şartnameyi esas almak gereklidir. Bu sebepten ötürü, yasa koyucu tarafından TCK madde 236/2 fıkrasının (d) bendinde, ayrıca “şartname” ibaresine yer verilmesi gereği duyulmuştur (Türkan Er, 2016).

“Edimin ifasına fesat karıştırma suçu” ifadesinde yer alan “fesat” kavramından ne anlaşılması gerektiğini ele alacak olursak; “fesat” kelimesinin lüğatimizde karşılığı; bozuk, bozukluk, hiledir. Fesat karıştırmak ise; bir şeyin olması gereken durumunu ve düzenini bozmak, değiştirmek anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, hukuki sonuçları itibariyle bir iş veya işlemde sakatlık oluşturmaktır (Türkan Er, 2016).

Edimin ifasına fesat karıştırıcı fiillerin nelerden ibaret olduğu bu suçun düzenlendiği TCK madde 236/2’de yer almaktadır. Buna göre aşağıdaki fiillerin hileli olarak gerçekleştirilmesi ve diğer şartların da varlığı kaydıyla, edimin ifasına fesat karıştırılmış olur:

1. İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi,
2. İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi,
3. Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi,
4. Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi,
5. Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.

Buna göre, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin beş bent halinde tek tek sayıldığı görülmektedir. Belirtmeliyiz ki, bu hareketler örnekseyici değil sınırlayıcıdır. Diğer bir ifadeyle, bu hareketlerin dışında kalan hareketlerle edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlenemez. Aksinin kabulü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 38/1 maddesinde öngörülen suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, öncelikli olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bağlı hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz. İkinci olarak, TCK madde 236/2’ de beş bent halinde sayılan bağlı hareket biçimlerinden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle, diğer şartların da oluşması halinde, bu suç vücut bulacağından, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun aynı zamanda seçimlik hareketli bir suç olduğunu söylemek mümkündür. Öğretide, TCK madde 236/2’nin (a) ve (b) bentlerinde; bir taraftan fail/lerin ihale kararında veya sözleşmede belirlenen miktar ve/veya niteliğe uygun olmayan mal/ların hileli olarak teslim edilmesi; diğer taraftan muayene ve kabul komisyonu üyelerinin ise bu durumu bile bile bu mal(lar)ı kabul etmelerinin söz konusu olduğu dikkate alındığında,



edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, (a) ve (b) bentlerinde belirlenen haller bakımından iki taraflı ve çok failli suç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir (Hafizoğulları ve Özen, 2012).

TCK madde 236/2'nin (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan düzenlemelere dikkatli bakıldığında, iştirak hükümleri bir tarafa bırakılırsa, yalnızca “edimi kabul eden kişi”nin cezalandırılacağı hükme bağlanmışken, “teslim eden” bakımından herhangi bir cezai sorumluluktan ayrıca bahsedilmemiştir. Bu suçla korunmak istenen hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda, “teslim eden” bakımından da benzer bir düzenlemeye gidilmemiş olması kanaatimizce eksiklik teşkil etmektedir (Türkan Er, 2016).

5.4.4.1. Hileli Davranış

Edimin ifasına ancak hileli davranışlarla fesat karıştırılabilir. Kanun, ancak hileli davranışlarla hareket etmek suretiyle bu suçun işlenebileceğine yönelik bir düzenleme getirdiğinden, yapısal olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu, bağlı hareketli bir suçtur (Türkan Er, 2016).

Belirtmeliyiz ki; ihale sözleşmesinin yürütülmesi aşamasında sözleşmenin taraflarınca gerçekleştirilecek herhangi bir hile, tek başına bu suçun maddi unsurunun oluşmasına vücut vermeyecektir. Ayrıca, TCK madde 236/2’de beş bent halinde sayılan seçimlik hareketlerden herhangi birinin hileli davranışın etkisiyle işlenmesi gereklidir. Diğer bir deyişle, hilenin yanı sıra bu alternatif fiillerden herhangi birinin işlenmesi halinde bu suçun maddi unsuru tamamlanmış olacaktır (Özgenç, 2013).

Yargıtay uygulamalarında da, eylemin hileli hareketlerle gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 05.06.2013 tarih ve 2012/8121 Esas, 2013/6193 karar sayılı bir ilamında da; “... *Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu ve ihaleye fesat karıştırma suçundan bağımsız bir suç tipi olarak 5237 sayılı TCK’nin 236’ncı maddesinde düzenlendiği, anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerin ortak özelliğinin hileli davranışlar olduğu, hile niteliği taşımayan hareketlerle bu suçun oluşmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte suçun maddi unsurlarından olan hilenin gerçekleşmesinin salt bu suçu oluşturmadığı, ayrıca hileli hareketlerle suçun kanuni tanımında*



beş bent halinde düzenlenen fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle oluştuğu,...” ifadesine yer verilmiştir (Koca, 2014).

TCK madde 236/2’de beş bent halinde sayılan hileli seçimlik hareketlerin icrai davranışlarla gerçekleştirilebileceği muhakkak olmakla birlikte ihmali davranışlarla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Her şeyden önce belirtmeliyiz ki ihmali davranış; kişinin kendisinden beklenen davranışı sergilememesi, gerekli olduğu noktada pasif kalmasını ifade eder. Hileli ihmali davranıştan ne anlaşılması gerektiği noktasında ise doktrinde bazı yazarlar; failin aydınlatma yükümlülüğü olmasına rağmen bu görevin ihmali bir aldatmaya yol açıyorsa bu ihmali davranışın hile olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşte olanlar tarafından, edimin ifası sürecinde edimi ifa eden kimsenin sözleşme gereğince karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü olduğu halde bu yükümlülüğü bilerek ve isteyerek ihmal etmesi durumunda bu görevin ihmali aldatmaya yol açıyorsa, bu kimsenin hileli davranışta bulunduğu kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir (Eker Kazancı, 2011).

5.4.4.2. Seçimlik Hareketler

Edimin ifasına ne suretle fesat karıştırılabileceği, TCK’nin 236’ncı maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Beş bent halinde sayılan bu hileli seçimlik hareketler, aşağıda ayrıntılı olarak izah edilecektir.

İhale Kararında veya Sözleşmede Evsafı Belirtilen Maldan Başka Bir Malın Teslim veya Kabul Edilmesi

Mal, Kamu İhale Kanunu m. 4’te “Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar” şeklinde tanımlanmaktadır. Gerçekleştirilen fiilin bu seçimlik hareketin kapsamına girebilmesi için öncelikle taahhüt edilen edimin belirtilen tanıma dahil olması gerekir. İhale öncesi hazırlanan ihale dokümanında alınacak malın teknik özelliklerine yer verilmek suretiyle teklifte bulunanların bu özellikleri dikkate almaları istenmektedir. İhale süreci, ihalenin en avantajlı teklifi veren kişi üzerine bırakıldığına dair kararın verilmesiyle sona erecektir. Bu kararda nelerin yer alması gerektiği Kamu İhale Kanunu m. 40’te düzenlenmiştir.



Buna göre ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat tek başına esas alınmayacaktır. Ayrıca işletme ve bakım maliyeti, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak en avantajlı teklif belirlenecektir. İhale komisyonu tarafından ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir ve ihale kararı alınır. İhale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylanmasının ardından Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre sözleşme imzalanır. Mal niteliğindeki edimin söz konusu ihale kararı ve sözleşmeye göre ifa edilmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki ihale kararı ve sözleşmenin birlikte mevcut olduğu bir kamu alımında esas olan doküman ihale şartnamesidir. Ancak kimi durumlarda kamu alımlarında şartname hazırlanmadan ihale yapılmaktadır. Bu gibi durumlarda da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşacağı belirtilmişti. Söz konusu halde edimin ifası bakımından ihale kararını esas almak gerekecektir. Yine örneğin Devlet İhale Kanunu m. 51'de belirtilen bazı hallerde ihale sonrası sözleşme imzalama zorunluluğu yoktur. Bu gibi hallerde de edimin ihale kararına göre ifa edilmesi gerekmektedir. Kısacası “a” bendinde düzenlenen seçimlik hareketin oluşabilmesi için bir kamu alımında ihale kararının ve sözleşmenin birlikte olması gerekmez (Kılıç, 2017).

Evsaf kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup vasf kelimesinin çoğuludur. “Vasf”ın kelime anlamı ise “nitelik”tir (TDK). Mal niteliğindeki edimde ne gibi niteliklerin arandığının şartnamede açıkça yer alması gerekir. Açıklayıcı nitelikte olmayan genel ifadelerle malın niteliklerinin tasnif edilmesi özellikle hilenin tespitinde sakıncalara yol açacaktır. Herhangi bir açıklama yapılmayan hususlarda ise özel hukuk sözleşmelerinden hareketle orta kalite malın teslim edilmesi gerektiği dikkate alınmalıdır. Başka bir malın teslim veya kabul edilmesi ifadesinden özel hukukta yer alan aliud ifadesinin anlaşılmaması gerekir (Eren, 2014). Bu noktada suçun iki farklı oluşum biçiminden söz edilebilir. Birincisi taahhüt edilen maldan tamamen farklı bir malın teslim edilmesi, ikincisi ise taahhüt edilen malın teslim edilmesine rağmen istenilen nitelikleri taşımasıdır (Eker Kazancı, 2011).

İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan daha iyi veya kaliteli bir malın teslim edilmesi halinde, korunan hukuki değer bahsinde de belirtildiği üzere, suç oluşmayacaktır. Bu durumda hileli hareketten söz edilemez. Ancak bu durumun bir kuralmış gibi kabul edilmemesi gerekir. Bazı hallerde bizzat daha kaliteli bir malın verilmesinin kendisi hileli hareket niteliği taşıyabilir. Örneğin 25 koltuklu bir araç alım ihalesini kazanan firma fiyatı



daha yüksek olan 30 koltuklu aracı idareye teslim etmesi halinde görünüş olarak belirtilen evsafı taşımayan bir malın teslimi vardır. Ancak 30 koltuklu araç daha üstün niteliklere sahip olduğu için bu durum hile olarak kabul edilemez ve edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz. Bununla birlikte yüklenici 30 koltuklu araçları daha özellikli olarak teslim etmesine rağmen esasında söz konusu araçlar fazla yakıt tükettikleri veya sık sık arızalandıkları gerekçesiyle piyasada tutulmayan bir araç ise bu teslim hileli hareketlerle yerine getirilmiş olacaktır ve sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim edildiği gerekçesiyle suç meydana gelecektir. Burada yüklenici kabule yetkili kişileri daha kaliteli veya özellikli bir mal verdiğinden bahisle kandırmıştır (Kılıç, 2017).

Suçun oluşabilmesi için tek başına ihale kararı veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim edilmesi yeterli değildir. Ayrıca her olayda hileli hareketlere de başvurulması gerekmektedir (Yaşar vd, 2014). Söz konusu seçimlik hareket hem teslim eden hem de kabul eden tarafından yerine getirilebilecektir. Muayene ve kabul işlemine ilişkin düzenleme Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11’de yer almaktadır. Ayrıntılı düzenlemelere ise Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik’te yer verilmiştir. Yönetmeliğe göre biri başkan, biri işin uzmanı olmak üzere en az üç veya daha fazla tek sayıda kişiden oluşan muayene ve kabul komisyonları kurulur. Komisyon, teslim edilen malın ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığını inceler. Muayenelerde öncelikle malın fiziksel nitelikleri kontrol edilir. Fiziksel muayenenin olumlu çıkması halinde laboratuvar muayenesine geçilir. Yönetmelik m. 5/2’ye göre imalat veya üretim süreci gerektiren işlerde ara denetim de yapılabilmektedir. Ancak ara denetim nihai komisyonun yetki ve sorumluluğunu kaldırmaz.

Konuyla ilgili Yargıtay 5. Ceza Dairesinin, 01.07.2014 tarih ve E.2013/1803, K.2014/7251 sayılı bir ilamında “...İzmir Büyükşehir Belediye İzsu Genel Müdürlüğünde çalışan ve 248 güvenlik görevlisinin 2009-2010 yıllarındaki yazlık giyim alımı işinde görevlendirilen sanıkların; alımı yapılan malzemelerin şartnameye uygunluğunun anlaşılması için laboratuvar muayenesi gerektiği halde salt fiziksel muayene ile yetinerek şartnamede belirtilen özellikte mal alınmamasına neden olduklarının iddia edilmesi karşısında, eylemlerin sübutu halinde TCK’nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabileceği ve bu suça bakma görevinin asliye ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeksizin,



görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması...” ifadesine yer verilmiştir.

Mal niteliğindeki edimlerin kabulü için ihale mevzuatında yer alan prosedürün ihlal edilmesi tek başına seçimlik hareketin hileli şekilde gerçekleştirildiği sonucunu doğurmaz. Bu noktada suçun varlığı için evsafi belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmiş olması gerekir. Örneğin laboratuvar muayenesi öngörülen mal için sadece fiziki muayeneye dayalı kabul işlemi yapmasına rağmen kabul edilen mal sözleşmede aranan niteliklere haiz ise suç oluşmayacaktır. Ancak kabul edilen malın aranan özellikleri taşımaması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun değerlendirilmesi gerekir (Kılıç, 2017).

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 8’de fiyat farkına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Fiyat farkı düzenlemesi yoluyla idare lehine sebepsiz zenginleşme ve yüklenicinin mağduriyetine yol açabilecek bir takım hak kayıplarının önüne geçilmek amaçlanmıştır (Doğanyigit, 2018). Teslim edilen malın istenilen nitelikte ve miktarda olması halinde tek başına fiyat farkı hesabında yapılan hileli hareketler edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Bu durumda zimmet ve dolandırıcılık suçlarının değerlendirilmesi gerekir. Yine sözleşme konusu malın şartnameye uygun olarak teslim edilmesine rağmen fiyatının farklı şekillerde arttırılarak idareden fazla ödeme tahsil edildiği durumlarda da seçimlik hareket oluşmayacağından edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilemez. Yine zimmet ve dolandırıcılık suçu değerlendirilmelidir (Artuk vd, 2014).

Bu hususla ilgili Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 20.05.2008 tarihli ve 10471/9525 sayılı ilamında “*Ancak; sanığın faksla gönderilen faturada suça konu malzemelerin 5 adet 3’lü paketten oluşan 15 adedinin fiyatının bildirildiğini savunması, dosyada mevcut her iki faturada malzemelerin sonuç tutarlarının aynı olması ve faturalardaki malzemelerin sayılarının açıkça belirtilmemesi karşısında asıl faturada 15 adet malzeme karşılığının 22.000 USD olarak, faksla gönderilen faturada ise 5 adet 3’lü pakette bulunan 15 adet malzeme fiyatının karşılığının 22.000 USD olarak yazılıp yazılmadığının dolayısıyla faturalardaki malzemelerin adet ve fiyat olarak aynı olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre faturalarda malzemelerin adet ve fiyat olarak aynı olduğu belirlenirse suçun oluşmayacağı ancak anılan malzemenin bir adedinin fiyatının yüksek gösterildiğinin belirlenmesi ve suça konu faturanın sanığın bilgisi*



dahilinde gönderildiğinin kabul edilmesi durumunda, sanığın katılan kuruma gönderdiği faturada malzeme fiyatını yüksek gösterme eyleminin kamu kurumunu dolandırma suçunu oluşturabileceği davaya bakma ve kanıtların takdirinin Ağır Ceza Mahkemesinin görevine gireceği gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması” ifadesine yer verilmiştir.

İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Miktardan Eksik Malın Teslim veya Kabul Edilmesi

İhale kararında ya da sözleşmede, malın niteliği ile birlikte miktarı da belirtilmektedir. Yüklenici, ihale kararında ya da sözleşmede belirtilen miktarda malı teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Bu miktardan eksik teslim edilmesi veya hiç teslim edilmemesi halinde bu bent gereğince suç oluşur (Meran, 2011).

Bentte edimin ifasına fesat karıştırma sayılan hareket, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, sadece eksik malı sadece teslim etmek değil kabul etmek de suç teşkil etmektedir. İhale sözleşmelerinde kabul komisyonunun ya da özel hukuk sözleşmelerinde tüzel kişinin kabul için görevlendirdiği temsilcisinin eksik olan ya da hiç teslim edilmemiş malı hileli olarak tam teslim edilmiş gibi kabul etmesi de bu bentte düzenlenen hareketi oluşturur ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunu meydana getirir (Akbulut, 2009).

Belirlenen miktardan fazla malın teslimi veya kabulü halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz çünkü böyle bir durumda hilenin varlığından bahsedilemez. Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan bahsedebilmek için ikinci fıkrada sayılan hareketlerin hileli olarak gerçekleştirilmesi zorunludur (Kaplan, 2013).

İhale sözleşmelerinde KİSK m. 11/3’te yer alan “Taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmî kabul yapılabilir.” düzenlemesine dayanılarak koşulları mevcutsa kısmi kabul yapılabilmektedir ancak kısmi kabulün yapılması idare açısından zorunlu değildir. Kısmi kabulün yapılabileceği durumlarda, edimin “sözleşmedeki miktardan eksik olarak kabul edilmesi” hareketi söz konusu olsa da buna yasal olarak imkân tanındığı ve



bununla birlikte, bir hilenin varlığı söz konusu olmadığı için suç oluşmaz. Fakat kısmi kabul hileli hareketlerle gerçekleştirilmiş ya da edim tam olarak ifa edilmiş gibi kabul edilmişse bu durumda da suç oluşur (Özdemir, 2015).

Konu ile ilgili Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 31.03.2010 tarihli ve E. 2010/2316, K. 2010/3651 sayılı kararında “...Eğitim ve Araştırma Hastanesine ihale sonucu alınan aferez setlerinin kullanılması için teknik şartnameye göre 4 yerine 3 adet aferez cihazı teslim edildiğinin anlaşılıp yetkililerce talep edilmesi üzerine ilgili firma tarafından eksikliğin hemen giderildiği ancak, taraflar arasındaki sözleşmesinin 39. maddesi nazara alınarak 42/1-a maddesi uyarınca sözleşmesinin idare tarafından feshedildiğinin anlaşılması karşısında uyumsuzluğun hukuki nitelik taşıdığı, bu nedenle sanıklara yüklenen edimin ifasına fesat karıştırmak ve dolandırıcılık suçlarının maddi ve manevi unsurlar itibarıyla oluşmadığını değerlendiren mahkemenin kabul ve takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamede bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir...” şeklinde belirtilmiştir.

Malın ihale kararı veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik bir şekilde teslim edilebilmesi için sahte belge düzenlenmesi halinde TCK m. 212’de yer alan gerçek içtima kuralı gereğince hem sahtecilik hem de edimin ifasına fesat karıştırmak suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulacaktır. Kabulün sahte belge düzenlemek suretiyle yapılması halinde ise, kabul eden hem belgede sahtecilik hem de edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan sorumlu olacaktır. Mal hiç teslim edilmemesine rağmen sahte belge düzenleyerek teslim edilmiş gibi kabul işlemini yapan kişi edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan ve belgede sahtecilik suçundan sorumlu olur. Bu durumda bir teslim hareketi olmadığından teslim edenin sorumluluğundan bahsedilemez. Fakat yüklenici ile kabul eden arasında iştirak iradesi varsa ve yüklenici belgenin hazırlanmasına katkı sağlamış ise, yüklenici de belgede sahtecilik suçundan şerik olarak sorumlu olur (Akbulut, 2009). Kabul eden, hileli kabul işlemi ve sahte belge düzenlemesi karşılığında fayda sağlıyorsa hem sahtecilik hem edimin ifasına fesat karıştırmak hem de TCK m. 236/ 3 uyarınca ilgili suçtan hüküm kurulur. Kabul edene yarar sağlayan teslim eden, bu yarar sağlama rüşvet suçunda olduğu gibi her iki taraf açısından da suç teşkil ediyor ise, ayrıca bu suçtan dolayı da sorumlu olur (Meran, 2011).



Edimin İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Sürede İfa Edilmemesine Rağmen, Süresinde İfa Edilmiş Gibi Kabul Edilmesi

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 7’nci maddesi uyarınca işin süresi, sözleşmede belirtilmesi zorunlu hususlardandır. Yüklenici, edimi sözleşmede belirtilen süre içinde ifa etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde sözleşmenin süresinde ifa edilmemesi, sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden, 4735 sayılı Kanunun 20’nci maddesi uyarınca idare lehine sözleşmeyi fesih hakkı doğacaktır. Aynı düzenleme gereğince, idarenin en az on gün süreli ihtarına rağmen aynı durumun devamı, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezasının uygulanmasını beraberinde getirecektir (Türkan Er, 2016).

Bununla birlikte ne 4735 sayılı Kanunda ne de TCK’de edimi süresinde ifa etmeyen yüklenici, hizmet sunucusu veya tedarikçi hakkında cezai müeyyide uygulanacağına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öyleyse, edimin süresinde ifası sadece 4735 sayılı Kanun kapsamında sözleşmenin geleceği açısından önem arz eder. Bu durumda idare 4735 sayılı Kanun’da yer verilen imkânlar dâhilinde öngörülen yaptırımları derhal yerine getirmekle yükümlüdür (Türkan Er, 2016).

Hemen belirtmeliyiz ki; yüklenici, hizmet sunucusu veya tedarikçi tarafından işin süresinde bitirilememesi yasa koyucu tarafından cezai sorumluluğu gerektiren bir hâl olarak değerlendirilmezken; yüklenici, hizmet sunucusu veya tedarikçi tarafından işin süresinde bitirilmemesine rağmen idarenin inisiyatif kullanarak işi süresinde ifa edilmiş gibi hileli olarak kabul etmesi, kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunu gerektirmektedir. Nitekim yasa koyucu, “edimin ihale kararında veya sözleşmesinde belirtilen sürede ifa edilmemesine karşılık edilmiş gibi kabul edilmesini” TCK madde 236/2 (c) bendinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu için öngörülen alternatif hareket biçimleri arasında yer vermiştir (Türkan Er, 2016).

Bu düzenleme gereği; ihale kararında veya sözleşmesinde belirtilen sürede ifa edilmeyen edimi, süresinde ifa edilmiş gibi hileli olarak kabul eden kamu görevlisi, edimin ifasına fesat karıştırılması suçundan sorumlu olacaktır (Meran, 2011). Diğer bir ifadeyle burada cezalandırılan fiil, ihale sözleşmesinde yerine getirileceği taahhüt edilen edimin geç ifa edilmesi değil; zamanında ifa edilmeyen edimin sözleşmedeki süresi içinde ifa edilmiş gibi



kabul edilerek yükleniciyi uğrayacağı hukuki sonuçlardan kurtarmaya yönelik gerçekleştirilen hileli eylemlerdir (Koca, 2014).

İştirak hükümleri bir tarafa bırakıldığında burada dikkat edilmesi gereken önemli husus, edimi kabul eden kişinin cezalandırılmasına rağmen teslim eden kişinin suç tanımına alınmamasıdır. Öyleyse TCK madde 236/2 (c) bendinde yer verilen hareketi gerçekleştirmek suretiyle bu suçun faili olabilecekler yalnızca; ihale konusu edimi (mal, hizmet veya yapım işi) kabule yetkili kamu görevlileri olabileceklerdir. Kanaatimizce suçla korunan hukuki değer göz önünde bulundurulduğunda, (c) bendi kapsamına teslim edenin dâhil edilmemesi mevcut düzenlemede önemli bir eksikliktir. Ancak hemen belirtelim ki, süresinde edimi ifa etmediği halde kamu görevlilerini kabule razı eden tedarikçi, hizmet sunucusu ya da yüklenici fail sıfatıyla olmasa da, iştirak hükümleri gereği, azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacaklardır (Türkan Er, 2016).

Yapım İhalelerinde Eserin veya Kullanılan Malzemenin Şartname veya Sözleşmesinde Belirlenen Şartlara, Miktar veya Niteliklere Uygun Olmamasına Rağmen Kabul Edilmesi

Edim konusu eserin yapım ihalesinde ve sonrasında imzalanan sözleşmede belirtilen şartlara, niteliklere ve niceliklere uygun olmamasına rağmen uygunmuş gibi kabul edilmesi halinde suç oluşacaktır. Bu seçimlik hareketin diğer seçimlik hareketlerden farkı mutlaka bir yapım ihalenin olması gerektiğidir. Seçimlik harekette açıkça yapım ihalesi ifadesine yer verilmek suretiyle bu durum sağlanmıştır. Yapım işleri Kamu İhale Kanunu m. 4'te "*Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, altyapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri*" şeklinde tanımlanmıştır. İhale şartnamesine veya sözleşmesine aykırılık sadece nitelik ve nicelik yönünden değil her türlü şartın sağlanması bakımından dikkate alınacaktır. Bu nedenle şartnameye veya sözleşmeye aykırılık bakımından bir sınırlamaya gidilmediği görülmektedir (Yaşar vd, 2014).



Tanımdan da anlaşılacağı üzere yapım ihaleleri en karmaşık ve maliyetli ihalelerin başında gelmektedir. Bu nedenle ihale şartnamesinde yapılacak eserin en ince ayrıntısına kadar somut bir şekilde açıklanması gerekir. Örneğin kullanılacak malzemenin mahiyeti, kalite seviyesi, ne kadar malzeme kullanılacağı, eserin tahmin edilen ömrü boyunca sorunsuzca kullanılabilmesi için gerekli olan diğer unsurlar vb. Ancak bu durumda ihalenin rekabet kurallarına uygun bir şekilde yerine getirildiğinden söz edilebilir (Koca, 2014). Sadece böyle bir durumda edim konusu eserin en doğru şekilde denetlenmesi mümkün olacaktır. İhale sonucu imzalanacak sözleşmede de ihale şartnamesine uygun olarak eserde olması istenilen tüm özellikler ayrıntılı şekilde yer alacak ve yüklenicinin edimini buna göre yerine getirmesi istenecektir (Kılıç, 2017).

İhale mevzuatında yer alan yapım işlerine ilişkin düzenlemelere bakıldığında yapım işlerinin maliyetli ve kendine özgü karmaşık yapısından kaynaklı bazı farklı düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 30'da *“Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir.”* hükmüne yer verilerek yüklenici ve alt yüklenicinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere söz konusu hükümde de sadece malzemenin niteliğinden değil genel olarak yapının fen ve sanat kurallarına uygun olması gerektiği belirtilerek denetim kriterleri geniş tutulmuştur. Ancak kusurlu ifa halinde yüklenicinin cezai sorumluluğu bu hükümle sınırlı değildir. TCK'daki sair maddelerden dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır (Kılıç, 2017).

Muayene ve kabul işlemine ilişkin ayrıntılı düzenleme ise Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Yönetmelik'te geçici ve kesin kabul olmak üzere iki farklı komisyon yer almaktadır. Yönetmelik m. 3/2'ye göre bu komisyonlarda yer alan kişilerin tamamının teknik eleman olması gerekir. Kabul işlemleri için öncelikle yüklenicinin eseri tamamlamasından sonra idareye yazılı olarak başvurması gerekmektedir. Başvurudan sonra eser, yapı denetim görevlisi tarafından ön incelemeye tabi tutulacaktır. Ön inceleme sonrasında geçici kabul komisyonu kurulacak ve bu komisyon Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne göre eseri



inceleyecektir. Uygun bulması halinde geçici kabulü yapacaktır. Daha sonra kurulan kesin kabul komisyonu da yine Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne göre inceleme yapacak ve kesin kabule engel bir hususa rastlamazsa eserin kesin kabulünü yapacaktır. Ancak hem geçici kabul hem de kesin kabulde kabule engel bir kusurun tespiti halinde yükleniciye süre verilecektir. Kusurun kabule engel olmaması halinde kabul işlemi yapılmakla birlikte tespit edilen kusur tutanağa bağlanacaktır. Sonrasında yükleniciden kusuru gidermesi istenecektir. Gidermemesi halinde ise idare yüklenici nam ve hesabına kusuru giderecektir. Bu gibi durumlarda yükleniciden alınan teminat önem arz etmektedir. İdare maliyetleri teminattan sağlayacaktır (Kılıç, 2017).

Bu konuda Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 01.12.2016 tarihli ve E.2014/7247, K.2016/9302 sayılı kararı “... İl Özel İdaresi ile yüklenici firma arasında imzalanan sözleşme ile okul inşaatı yapım işinde, söz konusu inşaatla ilgili projenin inceleme ve onay aşamasında ... Müdürlüğü müdür yardımcısı sanık ..., proje şube müdürü sanık ... ve inşaat mühendisi sanık ... ile projenin inşaat sahasına uygulanması hususunda görev alan kontrol şefi sanık ..., kontrol amiri sanık ... ve kontrol mühendisi sanık ...'nin sözleşmeye aykırı olarak istinat duvarı yükseklik standartlarının üstünde yapılan duvar ile üzerine inşa edilen bahçe duvarını ve korkuluğun proje onayını yaptıkları, fen ve sanat kurallarına uyulmayan ve biriken suların drenajına uygun vasıfta dolgu malzemesi kullanılmayan istinat duvarının yağmur sularına dayanamayıp yıkılması sebebiyle sanıklar hakkında projeyi onayladıkları, hatalı projeyi sahaya uyguladıkları, geçici ve kesin kabul işlemlerinde hatalı davrandıkları gerekçesiyle ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri iddiasıyla kamu davası açılmış ise de, sanıkların üzerlerine atılı eylemlerinin sübutu halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği...” ifadesine yer vermiştir.

Hizmet Niteliğindeki Edimin, İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Şartlara Göre Verilmemesine veya Eksik Verilmesine Rağmen Verilmiş Gibi Kabul Edilmesi

Bu bentte hizmet niteliğindeki edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine rağmen şartlar sağlanmış gibi kabul edilmesi ya da eksik verilmesine rağmen tam verilmiş gibi kabul edilmesi hali suç olarak düzenlenmiştir. Mal niteliğindeki edimin ifasını düzenleyen “a” ve “b” bentlerinin aksine hizmet niteliğindeki edime ilişkin

olarak kusurlu ifa ve eksik ifa tek bentte düzenlenmiştir. Yine hizmet niteliğindeki edimin hiç teslim edilmemesi halinin de söz konusu bent kapsamında değerlendirilmesi gerekir. “Hizmet” kavramı Kamu İhale Kanunu madde 4’te *“Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetler”* şeklinde tanımlanmıştır. İhale mevzuatında özellik arz ettiğinden dolayı danışmanlık hizmetine ilişkin ayrı düzenlemeler olmakla birlikte bu suç bakımından hizmet kavramı kapsamından değerlendirilecektir.

Yapım işlerinde olduğu gibi hizmet niteliğindeki edimlerde de sadece kabul edenin fail olarak cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Hizmet sunucularının sorumluluğuna ilişkin ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 34’te *“Hizmet sunucuları taahhütleri çerçevesinde kusurlu veya standartlara uygun olmayan malzeme seçilmesi, verilmesi veya kullanılması, tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan doğrudan sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre hizmet sunucusuna ikmal ve tazmin ettirilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Ancak hizmet sunucusunun TCK’daki sair maddelerden dolayı sorumluluğu da devam edecektir (Kılıç, 2017).

Hizmet niteliğindeki edimlerin muayene ve kabul işlemlerine ilişkin ayrıntılı düzenleme Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği’nde yer almaktadır. Ayrıca buna ek olarak danışmanlık hizmetlerine mahsus Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği mevcuttur. Sözleşme konusu iş tamamlandığında yüklenici kabulün yapılması için idareye yazılı olarak başvuruda bulunur. Başvurudan sonra ilk olarak kontrol teşkilatınca ön inceleme yapılır. Kabule engel bir kusurun tespit edilmemesi halinde tamamı işin uzmanlarından oluşan muayene ve kabul komisyonu tarafından kabul işlemi Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’ne göre yapılacaktır. Hizmet niteliğindeki edimlerde de yapım işlerinde olduğu gibi kabule engel teşkil etmeyen ve kabule engel teşkil eden kusur olmak üzere iki farklı kusur vardır. Yapım işlerine ilişkin olarak “d” bendinde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir (Kılıç, 2017).



Hizmet niteliğindeki edimler bakımından farklılık arz eden bir durum da sürekli nitelikteki edimlerin kabulüdür. Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği m. 9/2'ye göre temizlik, yemek, taşıma gibi aynı hizmetin belli periyotlarla tekrarlanması suretiyle ifa edilen sürekli nitelikli işlerde kontrol teşkilatının, işin yürütülmesi sırasında tuttuğu kayıtlar esas alınarak kabul işlemi yapılacaktır. Görüldüğü üzere sürekli nitelikteki hizmetlerde her ne kadar kabul işlemi kabul komisyonu yapıyor olsa da kontrol teşkilatı kritik bir öneme sahiptir. Bu nedenle kabul eden olarak sorumlu olabilecekler arasında muayene ve kabul komisyonuyla birlikte kontrol teşkilatı da yer almaktadır (Kılıç, 2017).

Son olarak değinilmesi gereken nokta, somut olaydaki edimin türünün doğru şekilde tespit edilmesinin oldukça önemli olduğudur. Yargı kararlarına bakıldığında özellikle mal niteliğindeki edimler ile hizmet niteliğindeki edimlerin birbirleri ile karıştırıldığı görülmektedir. İki bent arasındaki en temel fark hizmet niteliğindeki edimlerde teslim edenin fail olamamasına rağmen mal niteliğindeki edimlerde teslim eden faillik sıfatı taşıyabilmektedir. Edim türünün tespitine ilişkin ihale mevzuatında ayrıntılı tanımlar yapılmıştır. Bu nedenle ayrımın yapılmasında herhangi bir farklı görüş bulunmamaktadır (Kılıç, 2017).

5.4.5. Netice

Netice, zarar veya tehlike şeklinde ortaya çıkar. Netice korunan hukuki değere yönelik bir saldırı, bir zarar taşıyorsa “zarar suçu” söz konusudur. Ancak, kanun koyucu bir zararın meydana gelmesinden önce, failin korunan değere zarar verme tehlikesini cezalandırmayı uygun görmüşse bu durumda “tehlike suçu”nun varlığından bahsedilir. Tehlike suçları kendi içinde “somut tehlike suçu” ve “soyut tehlike suçu” olarak ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında zarar tehlikesinin yakın, somut ve gerçek olması aranırken, soyut tehlike suçlarında suçun gerçekleşmiş yani tehlikenin ortaya çıkmış olduğunun kabulü için hareketin yapılması yeterlidir (Özdemir, 2015).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, neticesi harekete bitişik suç özelliği taşır; teslim veya kabulün gerçekleştiği anda suç meydana gelir (Meran, 2011).

Doktrindeki bir görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması için bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Bu sebeple suç, zarar suçu özelliği göstermektedir. Diğer görüş ise, suçun meydana gelmesi için bir zararın meydana gelmesini aramamakta; suçu, tehlike suçu olarak nitelendirmektedir. Kanımızca, maddede düzenlenen hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde sayılan tüzel kişiler açısından her durumda zarar meydana geleceğinden edimin ifasına fesat karıştırma suçu bir zarar suçudur. Nitekim Yargıtay içtihadı da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu olduğu yönündedir (Özdemir, 2015).

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 05.06.2013 tarihli ve E. 2012/8121, K. 2013/6193 sayılı ilamında “...Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu ve ihaleye fesat karıştırma suçundan bağımsız bir suç tipi olarak 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde düzenlendiği...” şeklinde belirtilmiştir.

Suçun oluşması için görevli kişilerin ayrıca bir menfaat temin etmesine gerek yoktur. Kamu görevlileri veya ilgili diğer kişiler menfaat temin etmeseler dahi suç meydana gelir. Bununla birlikte, TCK’nın 236. maddesinin son fıkrası uyarınca, “Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılır.”. Madde gerekçesinde de bu husus vurgulanmaktadır: “Maddenin üçüncü fıkrasına göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir. Aksi takdirde, yani edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması halinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir.”

5.4.6. Nedensellik Bağı

Hareket ile netice arasında bulunması gereken bağlantı “nedensellik bağı” olarak ifade edilmektedir. Dış dünyada meydana gelen değişiklik, ona sebep olan insan davranışına bağlanabilmeli, ikisi arasında neden-sonuç ilişkisi kurulabilmelidir. Neticesi harekete bitişik suçlarda, hareketin yapılması ile neticenin gerçekleştiği kabul edildiğinden ve ayrıca bir neticenin ortaya çıkması aranmadığından nedensellik bağının var olduğu kabul edilir ve ayrıca araştırılmasına gerek bulunmaz (Koca ve Üzülmaz, 2015).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, neticesi harekete bitişik suç özelliği gösterdiğinden nedensellik bağının ayrıca tartışılmasına gerek yoktur.

5.5. Suçun Manevi Unsuru

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilir. Failin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi yeterlidir. Suçun, doğrudan kasıt ile işlenmesi mümkün olduğu gibi, olası kastla işlenmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir. Suçun sübutu için genel kasıt yeterli olup özel suç kastı aranmamıştır (Gülel, 2018).

Kanunda açık bir hüküm getirilmediği için TCK m.22/1'deki genel kural uyarınca bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. O halde failin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle veya hataen madde metninde yazılan hareketleri kastı olmaksızın gerçekleştirmesi halinde bu suç oluşmayacaktır (Gülel, 2018).

5.6. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından madde metninde hukuka aykırılığa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından genel kurallar geçerlidir. Ancak doğası gereği meşru savunma bu suç bakımından söz konusu olamaz. Zira sözleşme şartlarına uymama meşru savunma ile açıklanabilecek bir husus değildir. Bu suç bakımından akla gelebilecek hukuka uygunluk nedeni ilgilinin rızasıdır. Özellikle malın süresinde teslim edilmemiş olmasına ilişkin olarak ihale mevzuatına uygun olarak ihale komisyonunca süre verilmesi, malın sözleşme veya ihale kararnamesinde yer alan miktardan daha eksik tesliminde yine kısmî teslimine ilişkin olarak kabul komisyonunun onay vermesi halinde, teslim edenin fiili hukuka uygun olacaktır (Kaplan, 2013).

5.7. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

5.7.1. Teşebbüs

Çalışmamızın önceki bölümlerinde yer alan “Teşebbüs” hakkında vermiş olduğumuz bilgiler kapsamında bir değerlendirme yaptığımızda, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun,

sırf hareket suçu olduğunu diğer bir ifadeyle neticesi harekete bitişik suçlardan olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim failin TCK madde 236/2 de sayılan edimin ifasına fesat karıştırıcı eylemleri gerçekleştirmesi ile suç tamamlanmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun sırf hareket suçu niteliğinde olması sebebiyle suçun tamamlanması için bu hareketlerin sonucunda bir zararın meydana gelmesi veya teslim eden ve/veya kabul eden açısından bir menfaat temini aranmamıştır (Türkan Er, 2016). Teslim veya kabulün gerçekleştiği anda suç meydana gelir, ayrıca bir netice ortaya çıkması aranmaz. Bu sebeple, kural olarak teşebbüse elverişli değildir ancak icra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde teşebbüs mümkün olabilir.

Yargıtay da edimin ifasına fesat karıştırma suçuna teşebbüsün mümkün olduğu yönünde kararlar vermiştir. Örneğin; Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 04.12.2013 tarihli ve E. 2012/4333, K. 2013/11777 sayılı “...Sanıkların ihaleye konu 5000 ton linyit kömürünü sözleşmeye uygun şekilde Ş... 23. Jandarma Sınır Tümen Komutanlığına teslim etmelerine karşın, sözleşmedeki niteliklere uygun olmayan kalan 500 ton kömürü taşıyan kamyonların yapılan ihbar nedeniyle takibe alınarak, kömürlerin stoklandığı yere geldikleri sırada durdurulması şeklinde gelişen olayda, sanıkların işlemeyi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamamaları nedeniyle eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlandığının kabulü ile fazla ceza tayini...” ilamı ile suça teşebbüsün mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca doktrinde TCK madde 236’da yer alan “kabul” ifadesinden geçici kabulün ve kesin kabulün her ikisinin de anlaşılabileceği ileri sürülmüş olsa da biz bu noktada edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tamam olması bakımından “kesin kabul tutanağının düzenlenmesi”nin önemli olduğunu düşünmekteyiz. İhale sözleşmesinde belirtilen esaslara aykırı ve eksik ifaya rağmen iş tamammış gibi hileli yöntemlerle geçici kabulün gerçekleştirildiği, ancak daha sonra gerçeğin ortaya çıkmasıyla, elde olmayan sebeplerle kesin kabulünün yapılamadığı bir durumda, bu suçun tamamlanmış halinden değil, suça teşebbüsten dolayı kamu görevlilerinin cezai sorumlulukları cihetine gidilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce geçici kabul tutanağının hileli olarak gerçeğe aykırı düzenlenmesi, edimin ifasına



fesat karıştırma suçunu oluşturan elverişli icrai hareketlerin bölünebilir bir kısmını oluşturur (Türkan Er, 2016).

5.7.2. İştirak

Çalışmamızın önceki bölümlerinde yer alan açıklamalar kapsamında, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faillerinin yalnızca belli hukuki vasıflara sahip kişiler olabileceğini ve bu nedenle bu suçun “özgü / mahsus suç” olduğunu izah etmiştik. Bu başlıkta “suça iştirak” müessesesi incelenirken, bu suçun özgü / mahsus suç olduğu bilgisiyle hareket edilecektir.

Öncelikli olarak belirtmeliyiz ki; edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak bakımından, TCK’de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla, TCK’nin genel hükümleri bize yol gösterici olacaktır (Altıparmak, 2014).

Buna göre, TCK madde 236/2’de yer verilen edimin ifasına fesat karıştırıcı nitelikteki eylemleri yüklenici ve/veya edimi muayene ve kabule yetkili kamu görevlilerinin hileli olarak gerçekleştirmeleri halinde her biri ayrı ayrı TCK madde 37/1 gereğince fail olarak sorumlu olacaklardır. Suçun özel failleri dışındaki kimselerin suça iştirak etmeleri halinde ise, suçun özgü suç niteliğinde olması dolayısıyla bu kişiler yalnızca “azmettiren” ve “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulacaklardır (Koca, 2014).

TCK madde 236/2’de düzenlenen seçimlik hareketleri ayrı ayrı ele almak suretiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak müessesesini irdelemek daha açıklayıcı olacaktır. Buna göre;

TCK madde 236/2 (a) ve (b) bentlerinde fail olarak; “teslim eden” ve “kabul eden” ifadelerine yer verilmiştir. Teslim edenin hileli hareketlerle sözleşmede veya ihale kararında belirtilen malın dışında bir malı teslim etmesi durumunda kabule yetkili komisyon üyeleri aldatıldığı için fail olmayacaklardır (Kaplan, 2013). Burada yalnızca teslim eden şahsın fail olarak sorumluluğu söz konusudur. İkinci varsayımda; yüklenicinin hileli hareketlerine rağmen kabule yetkili komisyon üyeleri durumu son anda farkına vararak kabul işlemlerini gerçekleştirmediler ise, bu durumda yüklenici suça teşebbüsten fail sıfatıyla sorumlu olur. Bir başka varsayımda, kabul eden ve teslim eden karşılıklı anlaşmak suretiyle (a) ve (b) bentlerinde



yer alan seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirdiler ise bu durumda, kabule yetkili komisyon üyeleri ile yüklenici ayrı ayrı fail sıfatıyla suçtan sorumlu olacaklardır. Her üç durumda da; suçun asli faili kabul eden veya teslim edenin eylemlerine iştirak eden üçüncü şahıslar, edimin ifasına fesat karıştırma suçu özgü suç niteliğini taşıdığından, eylemlerinden TCK madde 40/2 uyarınca “azmettiren” ya da “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulacaklardır (Türkan Er, 2016).

Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesinin verdiği 11.06.2013 tarih, 2012/7220 Esas ve 2013/6446 Karar sayılı ilamında; “...5237 sayılı TCK’nin 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK’nin 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nin 236/2-d maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanıkların suça ne şekilde katıldığının karar yerinde tartışılması gerekirken, noksan araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması,...” ifadelerine yer verilmek suretiyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirakin ne şekilde mümkün olabileceği değerlendirilmiştir (Koca, 2014).

TCK madde 236/2 (c), (d) ve (e) bentlerinde fail olarak, edimi kabule yetkili kimseler yer verilmiştir. Bu bentlerde yer alan seçimlik hareketlerden herhangi birini gerçekleştiren kamu görevlisine iştirak eden üçüncü bir kimse edimin ifasına fesat karıştırma suçundan TCK madde 40/2 uyarınca “azmettiren” ya da “yardım eden” sıfatıyla sorumlu olacaklardır (Koca, 2014).

Konuyla ilgili bir örnek verecek olursak; (X) Belediyesine ait bir atıksu arıtma tesisi yapım işinde; yataklama ve gömlekleme yapımında kullanılan ve işin ortalama olarak %10’unu



oluşturan granürlümetrik (kum, çakıl, dolgu) malzemesini işin idari şartnamesinde belirtilmesine ve teknik şartnamesinde de ayrıntılı biçimde izahına yer verilmesine rağmen, yüklenicinin kâr elde etmek amaçlı bu malzemeyi hiç kullanmaması, söz konusu durumun muayene ve kabul komisyonu üyelerince de biliniyor olmasına rağmen kendilerine yüklenici tarafından sağlanan menfaat temin sebebiyle, işin şartname ve sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktara ve niteliklere uygun olduğundan bahisle işin kesin kabulünü yapmaları durumunda, kamu görevlileri TCK madde 236/2 (d) bendi kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaklardır. Yüklenici ise, bu suçtan fail değil; ancak azmettiren sıfatıyla sorumlu olacaktır (Türkan Er, 2016).

Yargıtay’ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 05.05.2016 tarih ve E.2014/4010, K.2016/4690 sayılı ilamı “...Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan açılan kamu davasında; araç kiralama ihalesini kazanan sanığın ifa ettiği edimin hizmet niteliğinde olması nedeniyle eyleminin TCK’nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, 5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin de tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı gözetilerek sanığın beraati yerine, yanılıklı değerlendirmeye yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” şeklinde ifade edilmiştir.



Bu noktada hemen belirtmeliyiz ki; edimi kabule yetkili kimseler dışında aynı idarede çalışan kamu görevlileri de bu suça iştirak bakımından üçüncü bir kimse olarak değerlendirilmelidir (Türkan Er, 2016).

5.7.3. İçtima

“İçtima”, aynı veya farklı birden fazla suç tipinin ihlal edilmesi halinde görülür. Ceza hukukunda genel kural, birden fazla suç ortaya çıktığında her bir suçun bağımsız olarak cezalandırılmasıdır ve bu durum “gerçek içtima” kavramı ile ifade edilir (Koca ve Üzülmaz, 2012). Suçların içtimaı üç farklı şekilde tezahür eder. İlki, bir suçun diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçtur ve “bileşik suç” olarak adlandırılır (TCK m. 42). İkincisi, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kez veya aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda “zincirleme suç” söz konusu olur (TCK m. 43). Sonuncusu ise, işlenen tek bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmesi hali yani “fikri içtima”dır (TCK m. 44).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketli bir suç olduğunu yukarıda açıklamış ve seçimlik hareketli suçlarda seçimlik hareketlerden birden fazlasının veya tamamının gerçekleştirilmesi halinde tek bir suçun oluşacağını ifade etmiştik. İşte TCK m. 236/2’de beş bent halinde sayılan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterlidir ve bu hareketlerden birden fazlasının veya tamamının gerçekleştirilmesi halinde de tek bir edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşur (Altıparmak, 2014).

Birden fazla edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda birden fazla suç oluşur. Her hileli ifa ayrı suç teşkil eder. Hileli hareketlerin aynı zamanda dolandırıcılık suçunu oluşturtacağı düşünülebilir ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçu, dolandırıcılık suçuna göre özel hüküm teşkil etmektedir ve TCK m. 236/2’de öngörülen hareketlerin gerçekleşmesi halinde diğer unsurlar da mevcutsa edimin ifasına fesat karıştırma suçu meydana gelir (Özdemir, 2015).

Yargıtay 15. Ceza Dairesinin konuyla ilgili 04.04.2013 tarihli ve E. 2013/4648, K. 2013/6221 sayılı karşı oy yazısında “*Bozma kararında; kullanılan sahte evraklar, yani hile nedeniyle eylem, dolandırıcılık olarak vasıflandırılmıştır. 236. maddedeki kanuni tipe uygun olan eylemlerin ortaya çıkmasını engellemek maksadıyla oluşturulan hile suçun vasfını değiştirmez. Zaten işin tabiatı gereği edimin ifasına fesat karıştırma suçunda “hile” vardır. Nitekim madde gerekçesinde yer alan; “Maddenin ikinci fıkrasında, edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki hareketler sayılmıştır. Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır.” şeklindeki cümle ile bu husus teyit edilmektedir. Sanıklara isnat edilen eylemin, hem dolandırıcılık hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçlarında tanımlanan tiplere uygun olduğu söylenebilir. Fakat edimin ifasına fesat karıştırma suçu özel bir düzenleme olduğundan öncelikle uygulanması gerekir. Kaldı ki, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun cezası 3 yıldan 7 yıla kadar hapis iken, 158/1-e maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun cezası 2 yıldan 7 yıla kadar hapis olduğundan TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralınca, cezası ağır olan, “edimin ifasına fesat karıştırma” suçundan dolayı cezalandırılmalıdır.*” şeklinde hüküm yer almaktadır.

“Zincirleme suç”, tek bir suç işleme kararı ile kanunun aynı hükmünün birden fazla kez ihlal edilmesidir. Bir kişiye karşı aynı suçun farklı zamanlarda birden fazla defa ya da aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiği hallerde görülür (TCK m. 43/1-2). Burada birden çok fiil bulunmalı, bu fiiller aynı suçu oluşturmalıdır. TCK m. 43/1 uyarınca bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun aynı kuruma karşı tek bir suç işleme kararına dayanılarak birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olur. Örneğin, aynı kuruma karşı taahhüt edilen ve belli bir süre ifa edilmesi gereken hizmet edimlerinde, bu edimlere tek bir suç işleme kararıyla farklı zamanlarda fesat karıştırılırsa zincirleme suç söz konusu olur (Özdemir, 2015).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun belgede sahtecilik yapmak suretiyle işlenmesi mümkündür. Doktrinde Arslan/ Töngür tarafından ifade edilen görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçu özel bir sahtecilik türü olduğundan ayrıca belgede sahtecilik suçu oluşmaz (Arslan ve Töngür, 2013). Diğer görüş ise, suçun belgede sahtecilik yapmak suretiyle işlenmesi halinde hem sahtecilik hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı ceza verilmesi



gerektiği yönündedir. TCK m. 212’de “*Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.*” şeklinde ifade edilen gerçek içtima hükmüne dayanarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun belgede sahtecilik suretiyle işlenmesi halinde her iki suçtan ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz (Özdemir, 2015).

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 07.02.2007 tarihli, E. 2007/769, K. 2007/1287 sayılı kararında “... ili merkez ve ... ilçesinde Milli Eğitim Bakanlığı ve ... İl Milli Eğitim Müdürlüğü”nce ihaleleri yapılan okul inşaatlarındaki imalatlarda sözleşme ve eklerine, projelerine, fen ve sanat kurallarına uyulmadığının iddia edilmesi karşısında, söz konusu işleri kontrol etmekle görevli mühendis ve tekniker sanıkların sorumluluklarının gereğini yerine getirmeden imzaladıkları hak ediş raporlarıyla yüklenici firmalara fazla ödeme yapılmasına yol açma biçimindeki eylemlerinin, düzenledikleri hak ediş raporlarının gerçeğe aykırı olduğunun saptanması durumunda, resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceği...” hükmü yer almaktadır.

TCK’nın 236. maddesinin 3. fıkrasında “*Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm bir özel içtima kuralı içermektedir. Edimin ifasına fesat karıştıran kamu görevlisi hileli edimi kabul ederken aynı zamanda bir menfaat temin etmişse bu durumda ayrıca menfaat elde etmesinden dolayı ilgili suç hükmüne göre -örneğin rüşvet suçundan- cezalandırılacaktır. Bu özel içtima hükmü aslında bir gerçek içtima düzenlemesi getirmektedir çünkü edimin ifasına fesat karıştıran görevli kişi hem kabul eden olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olmakta ve bu suçtan dolayı cezalandırılmakta hem de menfaat temin etmesi sebebiyle ikinci bir suçun faili olmakta ve neticede iki farklı suçtan dolayı cezalandırılmaktadır (Özdemir, 2015).

Kamu görevlisinin gerekli muayene, kontrol ve incelemeyi yapmadan edimi kabul etmesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı düşünülebilir ancak görevi kötüye kullanma tamamlayıcı bir normdur. TCK m. 257’de suçun “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” oluşabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hileli kabul işlemlerinde kamu görevlisinin



fiili doğrudan görevi kötüye kullanma suçunu meydana getirmez; TCK m. 236'nın unsurlarının oluşmadığı hallerde görevi kötüye kullanma suçu oluşabilir (Arslan ve Töngür, 2013).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu neticesinde taahhüt edilen iş yerine getirilmiyor ise, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olunabilir. Bu durumda tek bir fiille hem edimin ifasına fesat karıştırılmış hem de kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olunmuş olur. Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma TCK m. 238'de ayrı bir suç olarak düzenlenmektedir. Tek bir fiil ile birden fazla suçun işlenmesi, kanunun birden fazla maddesinin ihlal edilmesi halinde fikri içtima söz konusu olur ve bu suçların faili TCK m. 44 uyarınca bu iki suçtan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. TCK m. 236 ve m. 238'in fikri içtimaı halinde m. 236'nın yaptırımı daha ağır olduğundan fail edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı cezalandırılır (Özdemir, 2015).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun örgüt halinde işlenmesi halinde TCK m.220/4"te "Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur." şeklinde ifade edilen gerçek içtima kuralı uyarınca hem suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan ceza verilecektir (Kaplan, 2013).

5.8. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçunda Yaptırım, Soruşturma Ve Kovuşturma Usulü

5.8.1. Yaptırım

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karşılığı olarak TCK m. 236/1'de üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun daha az veya daha fazla cezayı gerektirecek nitelikli hali düzenlenmemiştir. Zarar suçu olan edimin ifasına fesat karıştırma için zararın meydana gelmemesi haline ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Öngörülen cezanın alt sınırı üç yıl olmasından dolayı verilecek ceza kısa süreli hapis cezası niteliği taşıyamaz. Bu nedenle cezanın TCK m. 50'ye göre adli para cezasına çevrilmesi ya da TCK m. 51'e göre ertelenmesi mümkün değildir (Dülger, 2008).

Doktrinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun; 5237 sayılı TCK'nin ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşıyan üçüncü kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümü altında düzenleniyor olması nedeniyle, bu suç bakımından TCK madde 236/1'de cezai yaptırım olarak yalnızca hapis cezasının öngörülmesi eleştirilmekte ve söz konusu düzenlemenin hapis cezasının yanı sıra adli para cezasının da içermesi yönünde görüş ileri sürülmektedir (Kaplan, 2013).

Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların geneli bakımından TCK m. 242'de yer alan hüküm, edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından da geçerlidir. Buna göre suçun işlenmesiyle beraber yararına menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında TCK m. 60'ta düzenlenen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Ayrıca Kabahatler Kanunu m. 43/A'da tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin olarak *"Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından ... 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ... tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye on bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir."* hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre ceza edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin yargılamayı yapmakla görevli mahkeme tarafından verecektir (Kılıç, 2017).

TCK m. 53'te düzenlenen ve güvenlik tedbiri niteliğinde olan hak yoksunluğu, kamu görevlisi olsun ya da olmasın tüm failler hakkında uygulanacaktır. TCK'daki hak yoksunluğuna ilave olarak çeşitli kanunlarda da edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ayrıca sonuç bağlanmıştır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 5'te, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m. 10'da, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 56'da, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 9'da, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 48'de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan mahkum olmanın ilgili kanunda düzenlenen mesleği yapmaya engel teşkil edeceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte sair kanunlarda halen "resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma suçu" ifadesinin yer aldığı görülmektedir. 765 sayılı TCK'dan kalma bu ifadenin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu karşılayıp karşılamadığına ilişkin fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre kanunda açıkça suçun ismi zikredilmediği için resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma suçunda edimin ifasına fesat karıştırma anlaşılamaz. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre söz konusu



suçun 765 sayılı TCK'daki karşılığına bakıldığında ihaleye fesat karıştırmayla birlikte edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunu da karşılamakta olduğu anlaşılabacaktır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 8'de, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 8'de, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu m. 11'de ise resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırmaya suçlarından mahkum olmanın ilgili kanunlarda düzenlenen meslek veya makamlara engel teşkil edeceği düzenlenmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nda, belirtilen suçtan hükümlülük halinin karşılığı olarak meslekten çıkarma cezası öngörülmüştür. Son olarak Anayasa m. 76'da ise ilgili suçtan hüküm giymenin milletvekili seçilmeye engel teşkil edeceği belirtilmiştir. Yukarıda yapılan açıklama gereği sayılan kanunlarda her ne kadar resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırmaya suçunda bahsedilmiş olsa da günümüz ceza kanunu gereği edimin ifasına fesat karıştırmaya suçuna sonuç bağlanmış olmaktadır. Yani sayılan yasaklılık halleri diğer hallerden farksız bir şekilde uygulanacaktır (Kılıç, 2017).

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 26'da idari yaptırım olan kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamaya yer verilmiştir. Buna göre Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 25'te yer alan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişi hakkında bir yıldan iki yıla kadar, Kamu İhale Kanunu m. 2 ve 3'de istisna edilenler de dahil, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilecektir. Yasaklama kararının hukuki niteliği idari yaptırımdır (Özgenç, 2013).

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 26 ve 27'de "Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir." hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince edimin ifasına fesat karıştırmaya fiiline iştirak etmeyen kişilere de yaptırım uygulanabilecektir. Her ne kadar edimin ifası sürecinin korunması adına caydırıcılık amaçlanmış olsa da belirtilen hüküm Anayasa m. 38'de güvence altına alınan cezaların şahsiliği ilkesine açıkça aykırılık teşkil eder (Kılıç, 2017).

5.8.2. Soruşturma Ve Kovuşturma

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetle bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz (TCK m. 73/1). şikâyetle tabi suçlar kanuni tanımlarında açıkça gösterilmektedir. Bu suçların soruşturma ve kovuşturmasının şikâyet koşuluna bağlanmasının temel sebebi, suç ile ihlal edilen değerlerin kişilik hakları olması ve suçun re'sen kovuşturulmasında kamu yararı görülmemesidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değer genel anlamda kamusal değerler olduğu için bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet koşuluna bağlanmamıştır; re'sen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir (Özdemir, 2015).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda kabul eden olarak kamu görevlilerinin de fail olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Burada öncelikle Türk Ceza Kanunu açısından “kamu görevlisi” kavramını tanımlamak gerekir. 765 sayılı TCK “memur” terimini kullanırken TCK’da “kamu görevlisi” terimi tercih edilmiştir. “Memur” tanımı 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinde “(f.1) devamlı ya da geçici bir şekilde kanuni, idari ya da adli bir kamu görevi yürüten devlet ya da diğer her türlü kamu kurum ve kuruluşları memur ve ücretli çalışanları ve (f.2) devamlı ya da geçici bir şekilde, ücretsiz ya da ücretli, isteğe bağlı ya da zorunlu olarak kanuni, idari veya adli bir kamu görevi yürüten diğer kişiler” şeklinde yapılmaktaydı. TCK’nın 6. maddesine göre ise, “kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılmalıdır (TCK m. 6/ 1-c). Madde gerekçesi ise, “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi



yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” şeklindedir. Kanuni tanım ve madde gerekçesinden çıkarılacak sonuç, kamu görevlisinin kamusal bir faaliyetin yürütülmesine katılan kişi olduğudur (Özdemir, 2015).

Kamu görevlilerinin suç işlemleri halinde kural olarak 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun (4483 sayılı Kanun) hükümleri uygulanır. 4483 sayılı Kanun’un amacı memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir (m. 1). 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 (m. 2/1). Kanunun 2. maddesinin ilk fıkrasında genel kapsam bu şekilde çizilmekle birlikte ikinci fıkrada bir istisna getirilmiştir. Buna göre, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır (m. 2/2).

İşte 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu (3628 sayılı Kanun) da bu istisna kapsamına giren düzenlemelerden biridir. 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Bu Kanunda ve 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.*”. 3628 sayılı Kanunun 17/1. maddesinde sayılı suçlardan biri de “resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırmadır. Bu bağlamda, ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kamu görevlilerinin yargılanması 3628 sayılı Kanun’a göre yapılacaktır. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihaleye fesat karıştırma suçundan ayrı



olarak bağımsız bir suç şeklinde düzenlenmektedir. Ayrıca, 765 sayılı TCK m. 205'te düzenlenen “devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu”ndan da ayrılmaktadır. Bu sebeple, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kamu görevlileri bakımından soruşturma usulü konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçu 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesindeki “resmi alım ve satıma fesat karıştırma” suçudur dolayısıyla 4483 sayılı Kanun değil 3628 sayılı Kanun edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olmuş kamu görevlileri bakımından uygulanır ve doğrudan soruşturma yapılır. Yargıtay içtihadı da bu yönde gelişmiştir (Özdemir, 2015). Ancak 3628 sayılı Kanun m. 17/2 gereği, söz konusu hüküm müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz. Bu nedenle müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında muhakeme şartı olan izin halen gereklidir. Bu durumda örneğin, kaymakam ve sair kamu görevlisinin müştereken edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemesine rağmen kaymakam hakkında yetkili merci olan valinin soruşturma izni vermemesi halinde muhakeme faaliyeti sadece sair kamu görevlileri hakkında devam edebilir (Kılıç, 2017).

Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesinin, 05.06.2013 tarihli ve E.2012/4644, K.2013/6190 sayılı ilamında “...Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 3628 sayılı Yasanın 17. maddesi gereğince doğrudan soruşturulabileceği ve izne tabi olmadığı gözetilip, geçici ve kesin kabul işlemlerini yapan ve bu tutanaklarda imzaları bulunan kamu görevlileri haklarında dava açtırılması ve daha sonra bu dava dosyası ile birleştirilmesinin sağlanmasına müteakip, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi de gözetilerek, sanığın, hakkında dava konusu edilen edimin ifası sürecine E... Hillez İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. adına doğrudan veya dolaylı olarak katılıp katılmadığının tespiti için...” şeklinde belirtilmiştir.

Diğer görüşe göre ise, edimin ifasına fesat karıştırma suçu maddede sayılan “resmi alım ve satıma fesat karıştırma” suçu değildir ve 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesindeki istisnalar arasında yer almaz. Bunun neticesinde, genel kural olarak 4483 sayılı Kanun uygulanır (Kaplan, 2013).

Her ne kadar 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinde “resmi alım ve satıma fesat karıştırma” şeklinde ifade edilen bir suç varsa da bu suç aslında 765 sayılı TCK döneminde düzenlenmiş bir suç olup TCK’da yer alan edimin ifasına fesat karıştırma suçu değildir. Bunun



da ötesinde, 3628 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği dönemde TCK henüz mevcut değildir ve dolayısıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 17. maddede sayılmasına imkân yoktur. Kanunilik ilkesi ve ceza hukukunda hâkim olan kıyas yasağı gereği “resmi alım ve satıma fesat karıştırma”, “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” olarak kabul edilemez. Bu sebeple, edimin ifasına fesat karıştıran kamu görevlileri 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesine dayanılarak doğrudan soruşturulamaz; 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yargılanmaları gerekir. Failin kamu görevlisi olmaması durumunda ise, soruşturma ve kovuşturma genel esaslara tabi olacaktır (Akbulut, 2009). Ayrıca belirtmek gerekir ki resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma ifadesinin değiştirilerek ihaleye fesat karıştırma ve/veya edimin ifasına fesat karıştırma suçu ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır (Kılıç, 2017).

5.8.2.1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

TCK madde 236/1’de, edimin ifasına fesat karıştırma suçu için öngörülen hapis cezasının üç yıldan yedi yıla kadar olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, 5235 sayılı Kanun’un 11’nci maddesinde yer alan “*Kanunların ayrıca görevli kaldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.*” hükmü uyarınca, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu kovuşturmakla görevli mahkemenin, asliye ceza mahkemesi olduğu bilgisi anlaşılmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçuna bakmakla yetkili mahkeme, CMK m. 12/1 uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir (Arslan ve Töngür, 2013). Çalışmamızın teşebbüs bölümünde, icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği hallerde suçun teşebbüse elverişli olduğunu belirtmiştik. İşte, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır (Şen ve Aksüt, 2014).

5.8.2.2. Zamanaşımı

Neticesi harekete bitişik suçlar, hareketin gerçekleştiği yer ve zamanda işlenmiş sayılırlar. Bu sebeple, dava zamanaşımı süresi de hareketin gerçekleştirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu da neticesi harekete bitişik suç özelliği gösterdiğinden hareketin gerçekleştirildiği an dikkate alınarak zamanaşımı süresi hesaplanacaktır. TCK m. 66/1-d’de yer alan “*beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını*



gerektiren suçlarda on beş yıl” ve m. 66/4“te yer alan “... sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur.” ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde üst sınırı yedi yıl hapis cezası olan edimin ifasına fesat karıştırma suçu için uygulanacak dava zamanaşımı süresi on beş yıldır (Özdemir, 2015).

5.9. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU İLE EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

Daha önce de belirtildiği üzere ihale yetkilisince ihale onayı verilmesinden sözleşmenin imzalanmasına kadar olan kısım ihale süreci, sözleşmenin imzalanmasından sonraki kısım ise edimin ifası süreci olarak adlandırılacaktır. Belirtilen iki süreç birbiri ardına gelmekle birlikte birbirinden bağımsız nitelik taşımaktadır. Aynı şekilde ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları da aralarında bağlantı olmakla birlikte birbirinden bağımsız nitelik taşımaktadırlar (Kılıç, 2017).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK m. 236’ya göre, bir kişi bu madde kapsamındaki kurum veya kuruluşlara karşı yerine getirmeyi üstlendiği herhangi bir edime fesat karıştırırsa, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (Kaplan, 2013). TCK m. 235 ve m. 236’nın kapsamlarına aynı kurum veya kuruluşlar girmektedir. TCK m. 236’daki suçun bu madde kapsamında belirtilmemiş olan kurum veya kuruluşlara karşı işlenmesi mümkün değildir (Akbulut, 2009).

TCK m. 236 metninde “malı teslim alan”, “malı kabul eden” gibi kelimelere yer verilmesi ve bir kişinin bir malı teslim alıp kabul edebilmesi için bu hususta yetkilendirilmiş olması gerektiği için, doktrinde her ne kadar bir kimsenin bu suçu işleyebilmesi için herhangi bir niteliğe sahip olmasının gerekmediği yönünde görüşler ileri sürülmüş olsa da, bu suç özgü suç niteliğini haizdir. Suçu oluşturan fiiller, TCK m. 236/2’de teker teker belirtilmiş olup, bu fiillerin ortak özellikleri hileli bir şekilde gerçekleştirilebilmeleridir. TCK m. 236’daki suçun işlenebilmesi için malı teslim alıp kabul eden kişilerin, bu maddenin ikinci fıkrasında ifade edilen fiilleri hileli bir şekilde gerçekleştirmiş olmaları gerekir (Kaya, 2020).

İhaleye fesat karıştırma suçu ihale sürecindeki hile, cebir veya tehdit içeren fiillere yaptırım uygulamaktayken, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihale yapılmasına gerek



olmaksızın m. 236’da sayılan kurum veya kuruluşlara karşı taahhüt edilen edimlerin ifa edilmesi esnasında gerçekleştirilen hileli davranışlara yaptırım uygulamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, madde 236 kapsamında taahhüt edilen edimin, mutlaka bir ihale süreci neticesinde imzalanan bir sözleşmeyle üstlenilmiş olması şart olup, eğer bir sözleşme ihale yapılmaksızın imzalanmışsa, bu sözleşme kapsamında taahhüt edilen edimlere fesat karıştırılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, madde 236’da sayılan kurum veya kuruluşlara karşı taahhüt edilen edimin mutlaka bir ihale süreci sonucunda üstlenilmesi gerekli değildir (Özdemir, 2015). Madde 236’nın gerekçesi şu şekildedir: *“Bu maddede, edimin ifasına fesat karıştırma suçu tanımlanmıştır. Sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır. Bu süreçte edimin ifasına fesat karıştırılması bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır...”* (Türkan Er, 2016). Edimin mutlaka bir ihale sonucunda üstlenilmesi gerektiğini savunan görüş, hukuki gerekçe olarak anılan gerekçeyi ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, gerekçede ihale sürecinin sözleşmenin imzalanmasıyla sona erdiği ve edimin ifası sürecinin de bu sözleşme sürecinin sonucu olduğu ifade edilmektedir (Koca, 2014). Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, madde 236 kapsamındaki edimin, mutlaka bir ihale sonucunda üstlenilmesi gerekli değildir (Özdemir, 2015). Çünkü taahhüde girme ilk ihtimalde ihale sonucunda yapılan bir sözleşmeyle gerçekleşebileceği gibi, ikinci bir ihtimal olarak ihale yoluna gidilmeksizin de gerçekleşebilir (Altıparmak, 2014).

Gerekçede sadece ilk ihtimale yer verilmiş olması, bu taahhüdün sadece ihale ile üstlenilebileceği yönündeki hatalı görüşün ileri sürülmesine yol açmıştır. Ayrıca, kanımızca gerekçede edimin ifasına fesat karıştırma suçunun “bağımsız” nitelikte bir suç olarak kabul edilmesi, bu suçun ihale süreci gerçekleşse de gerçekleşmese de oluşabileceğinin en açık kanıtıdır (Kaya, 2020).

Taahhüde ihale yoluna gidilmeksizin girildiği durumlara örnek olarak, doğrudan temin yöntemi ile gerçekleştirilen alımlar ile madde kapsamına giren dernek, vakıf ve kooperatiflere karşı girilen taahhütlerin kaynağının özel hukuk hükümleri uyarınca tanzim edilen sözleşmeler verilebilir (Altıparmak, 2014). Doğrudan temin yöntemiyle mal veya hizmetlerin satın alınması esnasında edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda da m. 236’daki suç oluşacaktır (Özgenç, 2013). Çünkü doğrudan teminde bir ihale süreci gerçekleştirilmiyor olsa da taraflar



arasında bir sözleşme vardır. Kamu görevlilerince piyasada yapılan fiyat araştırmasını icap, idarenin en uygun teklifi sunan teklif üzerinden alım yapmayı kararlaştırması da kabul olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, doğrudan temin usulü m. 236/2'deki "veya sözleşmede" ifadesi kapsamında kabul edilmelidir. Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararda, doğrudan temin usulüyle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebileceğini kabul etmiştir. Bu yöndeki kararlarına örnek olarak verilebilecek olan Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 10.06.2015 tarihli ve E. 2013/8687, K. 2015/12335 sayılı kararında, doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirilen bir binanın tadilatı işinin miktar ve nevi bakımından uygun bir şekilde yapılmamasına rağmen, yapılmış gibi gösterilmiş olması durumunda m. 236'daki suçun oluştuğuna hükmetmiştir (Kılıç, 2017).

İhaleye fesat karıştırma suçu ile edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının nitelikli halleri bakımından karşılaştırma yapmak gerekirse, TCK m. 235/3-b'de kamu zararının meydana gelmemiş olması faile daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal öngörülmüş olup, TCK m. 236'da böyle bir nitelikli hal öngörülmemiştir (Demir, 2013).

İhaleye fesat karıştırma suçu, ihale sözleşmesi imzalanana kadar işlenebilecekken, edimin ifasına fesat karıştırma suçu, sözleşme imzalandıktan sonra işlenebilmektedir. Yasa koyucu bu iki suçu birbiriyle art arda düzenlemiştir (Gök, 2018).

TCK m. 235/4'te olduğu gibi, TCK m. 236/3'te de, suçu işleyerek menfaat temin eden görevlinin bu menfaati temin etmesi, hem edimin ifasına fesat karıştırma hem de başkaca bir suçu oluşturuyorsa, bu görevli hakkında her iki suçtan da cezalandırma yapılacaktır (Gök, 2018).

6. KAMU ZARARI

6.1. Kamu Zararı Kavramı

Zarar kelimesi "*bir şeyin, bir olayın neden olduğu çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrat*" (TDK, 2022) gibi anlamlara gelecek şekilde günlük hayatta çok sık kullanılmaktadır. Zarar halinde insanlar, kendilerini mağdur hisseder ve doğal olarak zararlarının telafi edilmesini isterler. Kişilerin şahsi ve ticari hayatlarında yaşanan bu durum kamu kaynaklarının kullanılması sırasında da görülebilmektedir (Taytak ve Aydın, 2019).



Kamu zararı kavramı mevzuatımıza 5018 sayılı Kanun’la girmiştir. Ancak bu durum söz konusu kavramla ifade edilen hususların daha önce mevzuatımızda hiç düzenlenmediği anlamına gelmez. Daha önce söz konusu kavram yerine Hazine zararı, Devlet zararı gibi kavramlar kullanılmıştır.

Kamu zararının tam olarak tanımı 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71’inci maddesinde “*kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucu kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kamu zararı, kamu görevlilerinin kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu kendilerine teslim edilen devlet malını koruyamayarak ve/veya hizmet dışı kalmasına neden olarak *doğrudan doğruya devlete verdikleri zararlarla, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle üçüncü kişilere verdikleri zararlar sebebiyle devletin tazminat ödemek durumunda bırakılması sonucu dolaylı olarak neden oldukları zararları* ifade etmektedir. Yani doğrudan, aktif olarak gerçekleştirilen fiil veya davranışlarla kamu zararına neden olunabildiği gibi dolaylı olarak kamu hizmetini pasifize ederek de kamu zararına neden olunabileceği düşünülmektedir. Kamu zararı konusu esasen borçlar hukukundaki haksız fiilin, idare hukukuna uyarlanmış biçimi sayılmaktadır. Hal böyleyken kamu zararı kavramı hukuki sınıflandırma olarak bir kategoriye koyulduğunda ‘haksız fiil’ olarak ele alınıp incelenmesi onu daha anlaşılır hale getirecektir. Bu durumda kamu zararına sebebiyet veren davranış kamu görevlisinden kaynaklandığı için kamu görevlisini kamu zararının faili, zarar gören kamu malvarlığını ise zarara uğrayan süje olarak adlandırabilmemiz mümkün hale gelecektir. Kamu zararına sebebiyet veren davranışı yani idari karar, işlem veya eylem(sizlik) de kamu zararının fiilini teşkil ederken mal varlığında meydana gelen eksilmeye neden veya artışa engel olunması hali de zarar unsurunu oluşturacaktır (Sevimli, 2019).

5018 sayılı KMYKK’ da yer verilen kamu zararı tanımından yola çıkarak, kamu zararının unsurlarını; kasıt, kusur veya ihmal suretiyle kamu zararına sebebiyet veren kamu görevlisi, mevzuata aykırı karar, işlem veya eylem, kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olarak zararın meydana gelmesi, illiyet bağı ve son olarak hukuka(mevzuata) aykırılık



oluşturmaktadır. Bu unsurlardan birinin dahi somut olayda yer almaması durumunda teknik olarak kamu zararından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır (Orulluoğlu, 2016).

15.06.2019 tarihinde Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*” ile birlikte 5018 sayılı KMYKK’nın 71’inci maddesi uyarınca çıkartılan Yönetmelikte bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin şüphesiz en önemlisi ‘*kamu zararı*’nın tanımında yapılan değişikliktir. Yönetmelikte daha önce “*Kamu zararı; Mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıyla doğan zarar*” şeklinde tanımlanmışken, yapılan değişiklik sonrasında “*kamu zararının; Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasından doğan zarar*” şeklinde tanımlandığı görülmüştür.

Tanımda yapılan ve en göze çarpan yenilik maddenin başına ‘kamu görevli’leri ibaresinin eklenmesidir. Kamu zararından sorumluluğun süjesi; yaptığı kamu hizmeti esnasında zarara sebebiyet veren kamu görevlileri olup bu zarar ancak onların sorumluluğuna yol açabilecektir. Kamu zararının ancak kamu görevlilerine özgü bir fiil olduğu yapılan değişiklikle daha açık ve net bir düzenlemeye sahip olmuştur.

Kamu zararının tanımında ‘*sonucunda*’ ibaresinin kullanılması zaten örtülü olarak illiyet bağının varlığının arandığını düşündürmekteyken yine değişiklik sonrası kamu zararının tespitinin düzenlendiği 7’inci maddeye eklenen hükümle beraber kamu zararının tüm unsurları sayılarak açıklığa kavuşturulmuştur; “*...Kamu zararına ilişkin tespitlerin değerlendirilmesinde aşağıda yer alan hususlar birlikte dikkate alınır:*

- a) *Kamu görevlilerinin mevzuata aykırı karar, işlem veya eyleminin varlığı.*
- b) *Mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemden bir kamu zararı oluşması.*
- c) *Sorumlu ve ilgililerin belirlenmesi.*



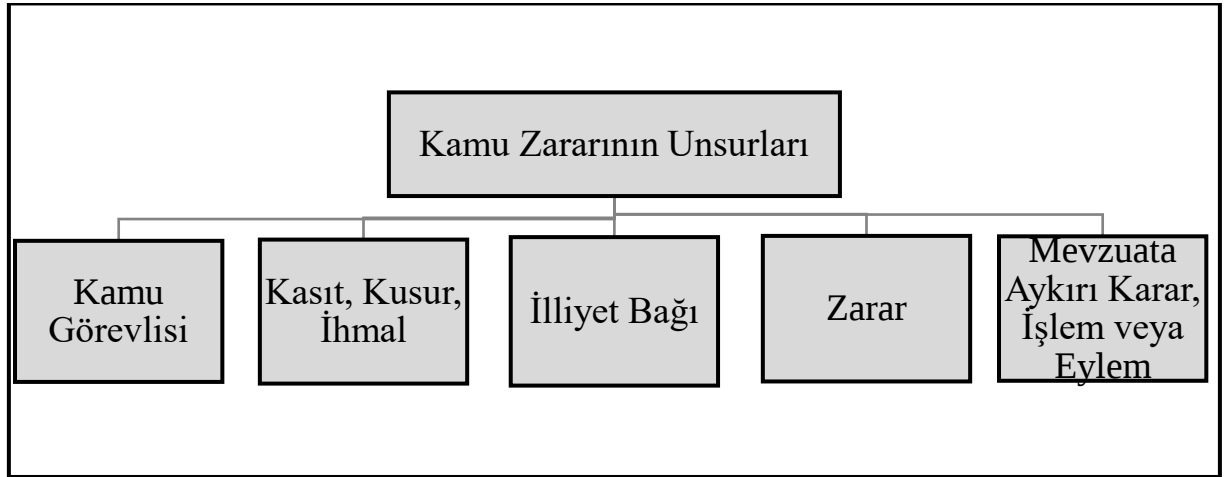
ç) *Kamu zararının; sorumlunun kasıt, kusur veya ihmalden kaynaklandığına ilişkin illiyet bağının kurulması...*” kamu zararının unsurları bu madde doğrultusunda tek tek incelenecektir.

Sonuç olarak kamu zararı, diğer zararlardan farklı olarak, kamu görevlilerinin idari faaliyet çerçevesinde ve görevleri hasebiyle kusurlu olarak neden oldukları zararlardır. Kısaca kamu zararı, kanunda yer alan düzenlemede ‘kamu görevlisi’ ibaresi açıkça zikredildiğinden ancak kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen, kamu görevlilerinin davranışından kaynaklanan ve yine onun sorumluluğuna yol açabilen bir zarar türüdür (Sevimli, 2019).

6.2. Kamu Zararının Unsurları

5018 sayılı Kanunun ifade ettiği kamu zararından söz edebilmek için Kanunda belirtilen şartların meydana gelmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kamu zararının ortaya çıkması ve tespit edilmesi bu unsurlara bağlıdır.

Şekil 2: Kamu Zararının Unsurları



Kaynak: (Taytak ve Aydın, 2019).

6.2.1. Kamu Görevlisi

İdarenin mevzuatla kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için gerçek kişilere, yani insan unsuruna ihtiyacı bulunmaktadır. İdarenin insan unsurunu oluşturan bu kişilere; kamu görevlileri, kamu personeli, kamu ajanları ya da kamu hizmeti görevlileri denilmektedir.

Anayasa’ da yer alan 128/1 hükmüne göre, *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eli ile görülür."* denilmektedir. Kamu hizmeti görevlileri başlığı altında, ‘memurlar ve diğer kamu görevlileri’ deyimini 1982 Anayasası ile hukukumuzda girmiş olup öncesinde sadece ‘memur’ ibaresi yer almaktaydı. Bu durum da uygulamada memur ve diğer kamu görevlileri arasında görev ve yetkiler, hak ve yükümlülükler bakımından anlaşmazlıklara, hukuki sorunlara yol açmıştır. Memurlardan ayrı tutulan ve Anayasa’nın 128/1’inci maddesinde belirtilen diğer kamu görevlileri; hakim ve savcılar, askerler, üniversite öğretim üyeleri gibi ayrı personel rejimine tâbi olan ve kamu hukuku esaslarına göre çalıştırılmakta olan kamu görevlileridir.

5237 sayılı TCK’da; *‘Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi’* anlaşılabacağı kaleme alınmıştır. TCK’nın bahsi geçen maddesi gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde kamu görevlisi kavramına ilişkin öne çıkan unsurlar; kamusal faaliyetin varlığı ve o kişinin kamusal faaliyete katılmasıdır. Ancak istihdam şartının varlığı kanun koyucu tarafından burada aranmadığından kamu görevlisi kavramının genişletilerek ele alındığını söylemek yerinde olacaktır.

657 sayılı Kanun kamu görevlisi hakkında tanım yapmamış ancak memurlara yönelik düzenlenen 4’ üncü maddede *“Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.”* tanımına yer vererek bir kişinin memur sayılabilmesi için gerekli şartları belirtmiştir.

Tüm tanımları kısaca toparlamamız gerekirse kamu görevlisi; kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren, yeterince uzmanlaşmış; merkezi idarenin denetim ve gözetimi altında bulunan; nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri, önceden kanunla düzenlenmiş bulunan kamu ajanlarıdır (Sevimli, 2019).

6.2.1.1. 5018 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu Görevlileri

Kamu görevlisine ilişkin mevzuatımızda düzenlenen tüm tanımların yanı sıra, özellikle belirtmemiz gereken bir diğer husus idare bünyesinde kamu hizmetini ifa ile görevlendirilen tüm kamu görevlilerinin 5018 sayılı KMYKK kapsamında sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olamayacağıdır. Kamu zararından sorumluluk dendiğinde anlaşılması gereken kamu görevlisi; 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlileridir. 5018 sayılı KMYKK'nın 71'inci maddesine dayanılarak hazırlanan Yönetmeliğin 2'inci maddesine göre düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç olmak üzere, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde tespit edilen kamu zararlarından doğan alacaklar Yönetmelik hükümlerine göre değerlendirilmektedir. Yönetmelik kapsamındaki görevliler;

-genel bütçeli kamu idarelerinde,

-özel bütçeli kamu idarelerinde,

-sosyal güvenlik ve kuruluşlarında,

-mahalli idarelerde çalışan kamu görevlileridir (Yereli ve Bülbül, 2013).

Buna göre düzenleyici ve denetleyici kuruluşlarda görevli kamu görevlileri ile 5018 sayılı Kanun kapsamında yer almayan kamu iktisadi teşebbüslerinde görevli kamu görevlilerine Yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır. Dolayısıyla bu kapsam dışında kalan kamu görevlilerinin sebebiyet verdiği kamu zararları için 5018 sayılı KMYKK değil devlet memurları için genel kanun niteliğine haiz 657 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır. Sonuç itibariyle bahse konu kamu idaresi eğer 5018 sayılı Kanun kapsamında değil ise hem bu idare için hem



de bu idarede çalışan kamu görevlileri için 5018 sayılı Kanunun öngördüğü kamu zararından söz etmek mümkün değildir (Turguter, 2012). Nitekim 5018 sayılı Kanun kapsamında sayılmamasından bahisle bu kanun kapsamında değerlendirilemeyecek idarelerden olan Rekabet Kurumu hakkında verilmiş Danıştay kararları da bu hususları destekler niteliktedir; Danıştay 13. Dairesinin E. 2016/4058 K. 2019/1782 T. 21.5.2019 kararında “*Davalı Rekabet Kurumu'nun 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde belirtilen kamu idarelerinden olmadığı anlaşıldığından söz konusu Kanun Hükmünde Kararname'nin kapsamında olmadığı açıktır.*” şeklinde ifade edilmiştir (Sevimli, 2019).

6.2.2. Kamu Görevlisinin Kasıt, Kusur ve İhmali

Kasıt, kusur ve ihmal bazı kanunlarda ifade edilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer almaktadır. Ceza Kanununda, kasıt, kusur ve ihmalin karşılığında kanunda düzenlenen cezai yaptırımlar uygulanırken, Borçlar Kanununda zarar maddi olarak karşılanmaktadır. 5018 sayılı Kanunda yer alan kasıt, kusur ve ihmal Türk Borçlar Kanundaki kasıt, kusur ve ihmal anlamındadır (Turguter, 2012).

Kasıt zarar, “memurların idare veya kişilere bile bile isteyerek zarar verme halidir” şeklinde tanımlanmıştır. Tedbirsizlik neticesinde zarar, “memurların gerekli önlemlerin zamanında almamaları veya eksik olarak almaları sonucunda idarenin veya kişilerin zarara uğraması hali” olarak ifade edilmiştir. İhmal sonucu zarar, “memurların sorumlu oldukları işlere gerekli özeni göstermemeleri veya işleri savsaklamaları nedeniyle idare veya kişilerin zarara uğraması halidir” şeklinde tanımlanmaktadır (Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik, 1983: madde 3). Bu tanımlamalardan yola çıkarak; kasıt, kamu görevlilerinin isteyerek ve bilerek kamu zararına sebebiyet vermesidir. İhmal, kamu görevlisinin mevzuata uygun olmayan sonucu istememesine karşın, gerekli tedbirleri almamak, dikkat ve özen göstermemesi nedeniyle haksız sonucun ortaya çıkmasına ve bunun neticesinde kamu zararına neden olmaktadır. Kusur, kamu görevlisinin hukuk düzeninin kınadığı, yanlış davranışta bulunması sonucu kamu zararına sebebiyet vermesidir. Kamu zararında sorumluluğun belirlenmesinde kasıt, kusur ve ihmal kavramlarının neyi ifade ettiğinin tespiti



önemlidir. Bunların içerisinde kusur, sorumluluğun temel ögesi olarak yer almaktadır (Özbaşkan, 2019).

Kamu zararı suç unsuru oluşturan fiiller neticesinde meydana gelmesi durumunda bu fiiller ile ilgili Türk Ceza Kanunu ve diğer kanun maddeleri geçerlidir. 5018 sayılı Kanunda suç unsuru fiiller belirtilmiştir. Bunlar; mevcut olmayan para, mal ve değerleri alınmış, edilmemiş hizmetleri edinilmiş, gerçekleştirilmeyen veya bitmeyen işler gerçekleştirilmiş şekilde belgeler düzenleyerek kaynaklarda artış olmasına mani ve azalmaya sebebiyet veren ve düzenleyen, imzalayan, onaylayanlar, olarak ifade edilmiştir. Bunları yapanlara ödenek, zam ve tazminat dahil olmak üzere bir aylık net ödemenin en fazla iki katı miktarında para cezası verilmektedir (KMYKK, 2003: madde 71).

6.2.3. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, hukuki sonuç ve sonucu ortaya çıkaran olgular arasındaki ilişkidir. Diğer bir ifadeyle, meydana gelen zarar ile fiil arasındaki bağıdır (Özbaşkan, 2019). Kamu zararı oluşması için mevzuata uygun olmayan eylem, işlem ve karar ile kamu zararında sebep-sonuç ilişkisi olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, kamu zararına kimin eylemi, işlemi ve kararı sebebiyet verdi ise sonucunda o kişi sorumlu olmaktadır. Örneğin inşaatı sonlanmış kamu idaresi binasının muayene ve kabul komisyonunda elektrik, inşaat ve makine mühendisi görev almaktadır. İnşaatın kabulünden sonra kaloriferin çalışmaması veya sözleşmede belirtilen şekilde kalorifer tesisatı yapılmaması durumunda oluşacak kamu zararından tek başına makine mühendisi sorumludur. Makine mühendisi tarafından inşaatın uygun olduğuna dair atılan imza ile kamu zararı arasında illiyet bağı kurulmaktadır (Turguter, 2012). Sorumlular, mevzuata uygun olmayan eylem, işlem ve kararları ile illiyet bağı kurularak düzenlenen ilamda belirtilen kamu zararı miktarından tek başlarına veya birlikte tazmin edilir, şeklinde ifade edilmektedir (Sayıştay Kanunu, 2010: madde 7).

6.2.4. Zarar (Kamu kaynaklarında azalma veya artışa mani olma)

5018 sayılı Kanun, kamu zararının sınırlarını genişletmek için kamu kaynaklarında azalmanın yanında, kamu kaynaklarında artışa mani olma şartını da eklemiştir. Zira kaynaklarda artışa mani olmak, rasyonel olarak bir azalmaya sebep olacağından kamu zararı

olarak görülmüştür. 5018 sayılı Kanun Tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinde “*borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dâhil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerleri*” şeklinde ifade etmiştir. Görüldüğü gibi, kamuda parayla ifade edilebilecek her şey kamu kaynağına dâhil olduğu gibi, para ile ifade edilmeyen haklar ve her türlü değerler de kamu kaynağı olarak tanımlanmaktadır. 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nda da “*kamuya ait veya kamu gücü kullanılarak elde edilen gelirler, taşınır ve taşınmaz mallar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler, para, alacak ve haklar, borçlanma suretiyle elde edilenler dâhil her türlü değerler ile bağış ve yardımlar*” (md. 2/1) olarak ifade edilmektedir (Taytak ve Aydın, 2019).

Bu bağlamda kamu zararından söz edebilmek için, kamu gelirleri, taşınır ve taşınmaz mallar, para, alacak ve haklar dâhil her türlü değerler, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler kamu kaynağı olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu belirtilen kamu kaynaklarının herhangi birinde meydana gelecek olan artışa engel veya eksilmeye neden olunması durumundan kamu zararı doğmuş olacaktır. Aksi halde zarar etmeye teşebbüsün olması veya zarar tehlikesinin olması idarenin kaynaklarında bir azalmaya veya artışa mani bir durum meydana getirmeyeceğinden, kamu zararı olarak değerlendirilemeyecektir (Taytak ve Aydın, 2019).

6.2.5. Mevzuata aykırı karar, işlem veya eylem

“Belirli bir ülkede yürürlükte bulunan kanun, tüzük, yönetmelik vb. normların bütünü” olarak tanımlanan mevzuat kelimesinin anlamı çok çeşitlidir. Dolayısı ile mevzuat ifadesi, Anayasadan başlayıp meslek kararına kadar uzanan geniş bir hattı ifade etmektedir (Taytak ve Aydın, 2019).

5018 sayılı Kanuna göre “*Kamu Zararını; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır*”(m. 71) şeklinde tanımlarken, kamu görevlisinin mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemlerine atıfta bulunulmuştur.

Yine 1982 Anayasasına göre “*kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir*” amir hükmü gereği kamu hizmetlerinin nasıl ifa edileceğinin sınırlarını çizmiştir. Söz konusu bu düzenlemeye göre kamu görevlisi, kamunun kaynaklarını kullanırken hukuka uygun hareket etmesi ve yasal sınırlardan tecavüz etmemesi noktasında uyarılmıştır.

Netice itibarıyla 5018 sayılı kanun çerçevesinde kamu görevlileri tarafından yapılan bir fiil, hukuk düzenindeki herhangi bir emri ihlal ettiği zaman mevzuata aykırı karar, işlem ya da eylem olur. Mevzuata aykırı karar, işlem ve eylem kanunların yapılmamasını emrettiği bir eylemin yapılması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi yapılmasını emrettiği bir davranışın yapılmaması halinde de ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla kamu zararı kamu görevlilerinin aktif ya da pasif bir eylemi sonucunda kamu kaynağında artışa engel ya da eksilmeye neden olunması neticesinde ortaya çıkabilmektedir. Bu bağlamda mevzuata aykırı eylem ve kararları neticesinde kamu zararına sebebiyet veren kamu görevlisi zararın tahsilinde birincil derecede muhatap kabul edilecek ve kendisinden tazmin edilecektir (Taytak ve Aydın, 2019).

6.3. Kamu Zararının Sorumluları

Sorumluluk, “*kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi*” şeklinde tanımlanmıştır (Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr/>). Kamu görevlilerin sorumluluğu kanunlarla düzenlenmiştir. Kamu kaynağının sağlanması ve kullanılmasında yetkili ve görevliler, bu kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun şekilde sağlanmasından, kullanılmasından, muhasebe kayıtlarına eklenmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için ilgili özenin gösterilmesinden sorumludur (KMYKK, 2003: madde 8). Bu şekilde kamu görevlilerinin hesap verme sorumluluğu ifade edilmiştir. Ayrıca Sorumlular, denetçilerin talep edecekleri kayıt ve belgeyi vermekle, işlem, faaliyet ve malların fiziki ve fiili durumunu göstermekle yükümlüdürler (Sayıştay Kanunu, 2010: madde 7, madde 9). Böylece kamu görevlilerinin denetçilere karşı olan sorumluluğu hüküm altına alınmıştır. Sayıştay kanunun birçok maddesinde sorumluluk ve sorumluluk halleri yer almaktadır.

5018 sayılı Kanun'da kusurlu sorumluluk ilkesi benimsemiştir (Yereli ve Bülbul, 2013). Kusurlu sorumluluk, hukuka aykırı bir işlem, karar ve eylem sonucunda oluşan zararın tazmin edilmesidir. Kamu zararına ilişkin kamu görevlilerinin işlem, karar ve eylemiyle kamu zararı kaynağı arasında illiyet bağı kurulması halinde kamu görevlisinin mali sorumluluğu bulunmaktadır. İlliyet bağı, kamu görevlisinin kast, kusur ve ihmali sonucu oluşması halinde kurulmaktadır. Bu durumda kamu görevlisi oluşan kamu zararını ödemektedir (Özbaşkan, 2019).

6.3.1. 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda Yer Alan Sorumlular

Kamu zararından sorumluluğu bulunan kamu görevlileri 5018 sayılı Kanunda sayılmıştır. Bunlar; Bakanlar, Üst Yöneticiler, Harcama Yetkilileri, Gerçekleştirme Görevlileri ve Muhasebe Yetkilisidir.

6.3.1.1. Bakanlar

Bakanlar, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen politikaların uygulanması ile bakanlıkların ve bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların stratejik planları ile bütçelerinin kalkınma planlarına, yıllık programlara uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, bu çerçevede diğer bakanlıklarla koordinasyon ve işbirliğini sağlamaktan sorumludur. Bu sorumluluk, Yükseköğretim Kurulu, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı, üniversiteler ve yüksek teknoloji enstitüleri için Millî Eğitim Bakanına, mahallî idareler için Çevre ve Şehircilik Bakanına aittir (KMYKK, 10. Madde).

Bakanlar, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılması ile hukuki ve mali konularda Cumhurbaşkanına karşı sorumludurlar. Bu sorumluluğun siyasi sorumluk olduğunu belirtmek gerekir. Sayıştay hesap yargılamasında bakanın sorumluluğuna gidilecek husus olduğunda ilgili mercilere bu durumun bildirilmesi mümkündür (T.C. Sayıştay Genel Kurul Kararı, 14.06.2007, 2007/5189).

Bakanlar; idarelerinin amaçları, hedefleri, stratejileri, varlıkları, yükümlülükleri ve yıllık performans programları konusunda her malî yılın ilk ayı içinde kamuoyunu bilgilendirirler



(KMYKK, 10. Madde). Bu şekilde saydamlık sağlanmakta ve hesap verme yükümlülüğü de yerine getirilmektedir.

6.3.1.2. Üst Yöneticiler

Bakanlıklarda ve diğer kamu idarelerinde en üst yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanı üst yöneticidir. Bakanlıklarda en üst yönetici Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir (KMYKK, 11. Madde). Üst yöneticiler, birçok görev ve sorumluluğu gerçekleştirmek üzere yetkilendirilmiştir. Bu nedenle üst yöneticiler, kamu mali yönetim sisteminde uygulamaların yönetsel olarak temel sahibi ve yönlendiricisi konumundadır. Örneğin üst yönetici; üniversitelerde rektör, mahalli idare birliklerinde birlik başkanı, İSKİ ve İETT gibi kurumlarda genel müdür, düzenleyici ve denetleyici kurumlarda kurum veya kurul başkanıdır (Özbaşkan, 2019).

Üst yöneticiler, idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, malî yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahallî idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar. Üst yöneticiler, bu sorumluluğun gereklerini harcama yetkilileri, malî hizmetler birimi ve iç denetçiler aracılığıyla yerine getirirler. (KMYKK, 11. Madde).

Genelde mali sorumluluğu bulunmayan üst yöneticilerin bazı hallerde mali sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Nitekim Sayıştay 6. Dairesinin 20.02.218 tarihli ve 529 Karar No.lu Kararında;

“... Belediye başkanın giderlerden kaynaklanan kamu zararından sorumlu tutulması için kamu zararına neden olan belgede imzası olması veya karar ve talimatlarından dolayı kamu zararının ortaya çıkmış olması gerekir. Ancak gelirlerde belediye başkanı imza olmaksızın sorumludur. ...”



denilerek zamanaşımına uğratılan belediye gelirleri nedeniyle oluşan kamu zararından Belediye Başkanının sorumlu tutulmasına karar verilmiştir.

6.3.1.3. Harcama Yetkilileri

Harcama yetkililerinin harcama talimatı vermesi ile bütçeden harcama yapılabilir. Bu talimat; hizmet gerekçesini, yapılacak işin konusunu, kullanılacak ödeneği, süresini, gerçekleştirme usulü ve gerçekleştirmeyle görevlendirilenlerin bilgilerini içermektedir (Arslan, 2004). Dolayısı ile harcama yetkilileri kamu zararının oluşmasında birincil derecede etkiye sahiptirler (Turguter, 2012).

Harcama yetkilisi, “*bütçeyle ödenek tahsis edilen harcama biriminin en üst yöneticisi*” konumundaki görevlidir. Kamu İdarelerinde harcama birimi, kullanılabilir geliri elinde bulunduran ve bu geliri kullanma yetkisine sahip birim olarak ifade edilir (KMYKK, 2003: madde 3). Harcama birimi kamu idarelerine göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle harcama yetkilisinin unvanı da değişmektedir (Özbaşkan, 2019).

Tablo 6: Genel Bütçedeki Kamu İdarelerinin Harcama Yetkilileri

Teşkilat Yapısı	Üst Yönetici	Bütçeyle Ödenek Tahsis Edilen Harcama Birimi	Harcama Yetkilisi
Bakanlık	Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir	Genel Müdürlük Kurul Başkanlığı Başkanlık Daire Başkanlığı Müşavirlik Merkez Özel Kalem Müdürlüğü	Genel Müdür Kurul Başkanı Başkan Daire Başkanı Müşavir Başkan Özel Kalem Müdürü
Genel Müdürlük	Genel Müdür	Kurul Başkanlığı Müstakil Daire Başkanlığı Daire Başkanlığı Başkanlık	Kurul Başkanı Daire Başkanı Daire Başkanı Başkan



		Müdürlük Savunma Sekreterliği Sivil Savunma Uzmanlığı Savunma Uzmanlığı Müşavirlik Akademi Başkanlığı Birim	Müdür Savunma Sekreteri Sivil Savunma Uzmanı Savunma Uzmanı Müşavir Akademi Başkanı Birim Amiri
Başkanlık	Başkan	Kurul Başkanlığı Müstakil Daire Başkanlığı Daire Başkanlığı Savunma Uzmanlığı Savunma Sekreterliği Müşavirlik	Kurul Başkanı Daire Başkanı Daire Başkanı Savunma Uzmanı Savunma Sekreteri Müşavir
Yüksek Mahkemeler ve Sayıştay	Başkan	Genel Sekreterlik Özel Kalem Müdürlüğü	Genel Sekreter Özel Kalem Müdürü

Kaynak: Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ, 2005

Mahalli idarelerde harcama yetkilileri kendi özel kanununda ifade edilmektedir. İl Özel İdarelerinde harcama yetkilisi, kullanılabilir geliri kullanma yetkisi verilen harcama biriminin en üst yöneticisidir. Bu yetkiyi ilçelerde kaymakam kullanmaktadır (İl Özel İdaresi Kanunu, 2005: madde 46). Belediyelerde harcama yetkilisi, kullanılabilir geliri kullanma yetkisine sahip “her bir harcama biriminin en üst yöneticisi”, şeklinde ifade edilir (Belediye Kanunu, 2005: madde 63). Mahalli idare birliklerinde harcama yetkilisi, birlik başkanı olarak belirtilmiştir (Mahalli İdare Birlikleri Kanunu, 2005: madde 14).

Harcama yetkililerinin 5018 sayılı Kanun’un 8’inci maddesi çerçevesinde hesap verme sorumluluğu vardır. Söz konusu maddede, “*Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve*



kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır.” denilmektedir.

Bu hükme göre harcama yetkililerin iki tür sorumluluğu vardır. Birinci sorumlulukları *“tahsis edilen ödeneklerin etkili, ekonomik ve verimli kullanılması, muhasebeleştirilmesi, raporlanması, kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınması”* sorumluluğu olup bu sorumluluk idari sorumluluktur. İkinci sorumlulukları ise *“tahsis edilen ödeneklerin hukuka uygun kullanmaları”* sorumluluğu olup bu sorumluluk mali sorumluluktur.

Harcama yetkilileri, bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmeliklere harcama talimatının aykırı olmamasından, ödemelerin ekonomik, etkili ve verimli kullanımından sorumludur (Arslan, 2004). Bu sorumluluğa sahip Harcama yetkilileri belirli sınırlar dahilinde yetkisini idarede yer alan bir başka görevliye devredebilmektedir. Merkez teşkilatı, Belediye, il özel idareleri ve bağlı bulunan idarelerin harcama yetkilileri sahip olduğu harcama yetkisini yardımcılara, yardımcısı bulunmayan hiyerarşik sıralamaya göre alt kademede yer alan yöneticilere devredebilir. Buna karşılık merkez dışı birimler olan bölge müdürleri, il müdürleri ve nüfusu 50.000'nin üzerinde olan ilçelerin ilçe müdürleri harcama yetkisini yardımcılara devretmektedir. Mahalli idare birliklerinde yer alan birlik başkanı harcama yetkisini birlik genel sekreterine, birlik müdürü veya birim amirlerine devredebilmektedir. Yetki devri kısmen veya tamamen yapılabilmektedir. Harcama yetkisinin devri, yazılı şekilde ve yetkinin sınırları belirlenerek yapılmaktadır. Yetki devri yapanın idari sorumluluğu devam etmektedir. Ayrıca, hizmet ve mal alımında ikiyüzellibin TL, yapım işlerinde birmilyon TL'den fazla olan harcamalarda harcama yetkisi devri yapılamaz (Harcama Yetkilisi Hakkında Genel Tebliğ, 2005). Harcama yetkilisinin harcama yetkisini devri durumunda idari sorumluluğu devam ederken harcama yetkisinin kullanılmasından doğan sorumluluk yetkiyi devir alan görevliye ait bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yetki devri harcama yetkilisinin mali sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Harcama yetkililerin hastalık, izin veya geçici görev gibi nedenlerle görevi başında bulunamadığından vekaleten bir görevliyi atamaktadır. Bu vekil asilde bulunan bütün yetkileri kullanabilmektedir. Bu nedenle mali sorumluluk da vekilde olmaktadır. (Orulluoğlu, 2015).



6.3.1.4. Gerçekleştirme Görevlileri

Gerçekleştirme görevlilerinin görevi 5018 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesinde düzenlenmiştir. 5018 sayılı Kanunun 33. maddesi *“Bütçelerden bir giderin yapılabilmesi için iş, mal veya hizmetin belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak alındığının veya gerçekleştirildiğinin, görevlendirilmiş kişi veya komisyonlarca onaylanması ve gerçekleştirme belgelerinin düzenlenmiş olması gerekir. Giderlerin gerçekleştirilmesi; harcama yetkililerince belirlenen görevli tarafından düzenlenen ödeme emri belgesinin harcama yetkilisince imzalanması ve tutarın hak sahibine ödenmesiyle tamamlanır. Gerçekleştirme görevlileri, bu Kanun çerçevesinde yapmaları gereken iş ve işlemlerden sorumludurlar.”* Maddedeki düzenlemeye bakıldığında detaylı bir düzenleme yerine daha kapsamlı ve genel itibariyle ‘giderin gerçekleştirilmesi’ etrafında şekillenen bir düzenleme yer almaktadır. Esasen gerçekleştirme görevlilerinin en birincil ve asli görevi; iş, mal veya hizmet karşılığı ödenecek gidere ilişkin ödeme emri belgelerinin düzenlenmesi ve harcama yetkililerince imzalanacağı, kısaca giderin gerçekleştirileceği sürece yön vermektir denilebilir (Sevimli, 2019).

Gerçekleştirme görevlileri; ödeme emri belgesini düzenlemekle görevlendirilebilecekleri gibi harcama sürecinin herhangi bir evresinde görev alarak da sürece dâhil olabilirler. Sorumlu oldukları görevi yani mevzuatın öngördüğü belgeleri düzenleyerek fiilen gerçekleştirmiş olan görevliler harcama yetkilisine hiyerarşik olarak en yakın üst kademede yer alırlar. Eğer belgeler sıralı işleme tabiiyse her belgeyi düzenleyen farklı gerçekleştirme görevlisi olduğu kabul edilecektir (Turguter, 2012). Dolayısıyla harcama sürecinin herhangi bir safhasında görevi dolayısıyla yer alan herkes gerçekleştirme görevlisi sayılmaktadır. Kamu zararına neden olan fiilin sorumlusu kamu görevlileri hangi aşamasında yer alırsa alsın müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu doğrultuda verilen birçok Sayıştay karar örneği de mevcuttur; Sayıştay Temyiz Kurulunun 22/05/2012 tarih ve 2012/35029 sayılı ilamında *“...görevliler düzenledikleri belgelerin doğruluğundan ve mevzuata uygunluğundan sorumludurlar. Bu nedenle tamamen ihale aşamasında verilen bir kararla ilgili olarak verilen tazmin hükmünde, ihale aşaması ile ilgili herhangi bir yetki ve sorumluluğu olmayan ve sadece sözleşmeden sonraki ödeme aşaması ile ilgili ödeme emrini imzalayan gerçekleştirme görevlisi ve harcama yetkilisinin sorumlu tutulması mevzuata uygun değildir. Firmanın haksız kazanç sağlamasının ana nedeni ihale usulünün yanlış belirlenmesidir. İhalenin hangi usulde yapılacağı ihale onayıyla belirlenmiştir.*



Dolayısıyla ihale onayı verenlerin de sorumluluğa dâhil edilmesi gerekmektedir.” şeklinde belirtilmiştir (Sevimli, 2019).

6.3.1.5. Muhasebe Yetkilisi

Muhasebe yetkilileri ödeme emri belgeleri ve ekinde; ödemeye ait belgelerin eksiksiz olmasını, yetkililerin imzasını, hak sahibinin kimliğine yönelik bilgileri ve maddi hata olup olmadığını kontrol etmektedir. Mevzuatta yer alan hususlara yönelik eksiklik veya hata bulunması durumunda ödeme yapmaz. Ödeme emri belgelerinde eksiklik veya hata bulunması durumunda, düzeltilmesi veya tamamlanması için en geç bir iş gününde gerekçesini belirtilerek yazılı şekilde harcama yetkilisine gönderilmektedir. Eksiklikler veya hataların düzeltilmesi ile ödeme yapılmaktadır (KMYKK, madde 61). Muhasebe yetkilisi mevzuatta düzenlenen belgeler dışında belgeler arayamaz. Muhasebe yetkilileri mali olarak sorumludur. Kamu zararının gerçekleşmesinde direkt etkisi olan bir sorumluluktur (Turguter, 2012).

6.4. Kamu Zararının Belirlenmesinde Esas Alınacak Kriterler

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 6’ncı maddesinde aynen;

“Kamu zararının belirlenmesinde;

a) Yapılan iş, alınan mal veya hizmet karşılığı olarak ilgili mevzuatında belirtilen ya da mevzuatında öngörülen karar, onay, sözleşme ve benzeri belgelerde belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,

b) İlgili mevzuatında öngörülen haller dışında, iş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan önce ödeme yapılması,

c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,

ç) İlgili mevzuatı gereğince görevlendirilen komisyon veya kişilerce rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla iş yaptırılması, mal veya hizmet alınması,

d) Kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,

e) Görevlilere teslim edilen taşınırın zararına uğraması,

f) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,

g) Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesi,

ğ) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

esas alınır.”

denilerek kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak kriterler tek tek sayma yöntemiyle belirlenmiştir.

6.4.1. Yapılan İş, Alınan Mal Veya Hizmet Karşılığı Olarak İlgili Mevzuatında Belirtilen Ya Da Mevzuatında Öngörülen Karar, Onay, Sözleşme Ve Benzeri Belgelerde Belirlenen Tutardan Fazla Ödeme Yapılması

Kamu idareleri mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu” ve “4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” ve bu Kanunlardaki yetkiye istinaden çıkarılan ikincil mevzuat hükümlerine göre yerine getirmek zorundadırlar. Bu kapsamda 4734 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak ihale edilip sözleşmeye bağlanan bir yapım işi ya da mal ve hizmet alımı karşılığının sözleşmesinde belirtilen tutardan daha yüksek tutarda ödeme yapılması kamu zararıdır (Geçgel, 2020).

Sayıştay 6’ncı Dairesinin 21.02.2019 tarihli ve 636 Karar No.lu Kararında da;



“... Belediyesi Fen İşleri Müdürlüğüne doğrudan temin usulüyle yaptırılan “... Mahallesi ... Ada ... Parselin İfrazı” işinde KDV dahil ... TL teklifle işi üstlenen ... Mühendislik Şirketinin kestiği faturada KDV dahil fiyat üzerinden tekrar KDV hesaplandığı görülmüştür.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun “Kamu Zararı” başlıklı 71’inci maddesinde, “Kamu zararı; Kamu görevlilerinin kast, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemlerinden dolayı kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

a) İş, mal veya hizmet karşılığı belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması, ... esas alınır.” denilmektedir.

Adı geçen işe ait piyasa araştırma komisyon raporu ile yüklenici firmanın teklif mektubunda söz konusu işin bedelinin KDV dahil ... TL olarak belirtilmesine rağmen bu bedel üzerinden tekrar KDV hesaplanması sonucu ... TL kamu zararına neden olunmuştur.”

denilerek işe ait piyasa araştırma komisyonu raporu ile yüklenici firmanın teklif mektubunda belirtilen tutardan fazla ödeme yapılması kamu zararı olarak değerlendirilmiştir.

Yine götürü bedel yapım ve hizmet alım işlerinde iş artışı olmaksızın sözleşmede belirtilen tutardan daha fazla ödeme yapılması, mal alım işlerinde sözleşmede belirtilen tutardan daha az miktarda mal alıp sözleşme tutarının ödenmesi bu kapsamda kamu zararı oluşturur (Geçgel, 2020).

6.4.2. İlgili mevzuatında öngörülen haller dışında, iş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan önce ödeme yapılması

Bilindiği üzere mevzuatımıza göre avans ödemeleri hariç “iş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan” ödeme yapılamaz. Bu kurala uyulmadan ödeme yapılması kamu kaynaklarının karşılıksız kullanımı ve ayrıca önceden aktarma süresi kadar kaynakların getirisinden mahrum kalınması sonucunu doğurur (Geçgel, 2020).



Sayıştay 5'inci Dairesinin 21.04.2016 tarihli ve 174 Karar No.lu kararında da;

“... İşe ait ödeme emri belgelerinin incelenmesinde, İş'in 01.04.2014 tarihinde başlayacağı hüküm altına alındığı tespit edilmiştir. Ancak,-TL ödeme tutarlı bir numaralı hakediş eki faturanın tarihi ise 26.03.2014'tür. Bu durumda, İş'e başlamadan hakediş düzenlendiği ve bir aylık bedel olan- TL'nin ödendiği anlaşılmaktadır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun “Kamu Zararı” başlıklı 71 inci maddesindeki düzenlemeye göre; ‘Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması’ kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak kriterlerden birisi olarak gösterilmiştir.

Dolayısıyla, henüz İş başlamadan yapılan ödeme sonucu-TL tutarında kamu zararına yol açılmıştır. ...” denilerek işe başlamadan hakediş düzenlenmesi ve ödeme yapılması kamu zararı olarak değerlendirilmiştir.

6.4.3. Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması

Transfer harcamaları karşılığında her hangi bir mal ve hizmet alınmayan harcamalardır. Bu harcamalara, yaşlılara, öğrencilere sosyal yardım amacıyla karşılığında her hangi bir mal ve hizmet alınmaksızın yapılan ödemeler, yine teşvik amaçlı işverenlere yapılan ödemeler örnek gösterilebilir. Ancak bu ödemelerin yapılabilmesi için mevzuat dayanakları olması gerekir. Aksi takdirde mevzuata aykırı ödeme kapsamında kamu zararı olur.

Nitekim Sayıştay 5'inci Dairesinin 12.03.2015 tarihli ve 118 Karar No.lu Kararında;

“... Mahalle Muhtarı ... 'ın banka hesabına, kanuni dayanağı olmaksızın, ... TL aktarılacak suretiyle, 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesinin c) bendi hükmü gereğince, transfer niteliğindeki giderlerde yersiz ödemede bulunulduğundan, ... TL tutarında kamu zararına yol açılmıştır.” denilerek transfer niteliğindeki harcamanın mevzuata aykırı yapılması kamu zararı olarak değerlendirilmiştir.



6.4.4. İlgili mevzuatı gereğince görevlendirilen komisyon veya kişilerce rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla iş yaptırılması, mal veya hizmet alınması

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4/1-ğ bendinde, Rayiç bedel, “Bir mal, iş veya hizmetin temin edildiği yer ve tarihteki normal alım ve satım bedelini” şeklinde tanımlanmıştır. Kamu kurumları alım yapacakları ihtiyaçlarının fiyatlarını belirlerken, alım yapılacak ihtiyacın rayiç bedelini doğru veriler kullanarak belirlemezlerse, rayiç bedelden daha fazla fiyat ile alım yaparak ödeme yaparlar ise, rayiç bedelden fazla yapılan ödemeler kamu zararı oluşturabilir (Ünal, 2019).

KMYKK’ya tabi olan kamu kurum ve kuruluşları alımlarını kamu ihale mevzuatına göre yaparlar. İhale usullerine tabi alımlarını ihale yetkilisinin görevlendireceği ihale komisyonu yapar. İhale komisyonu alımı yapılacak işi (mal/hizmet/yapım işi) yapacak olan yükleniciyi seçmek için isteklilerin verdiği teklif fiyatlarını yaklaşık maliyete göre değerlendirerek işi yaptırılacak yüklenici belirlenir (Ünal, 2019).

Yaklaşık maliyet; idarelerce ihale onay belgesi düzenlenmeden önce, alınacak malın alım fiyatını belirleyebilmek için miktar tespiti ve fiyat araştırması yapılmak suretiyle alımın maliyet hesabıdır. Kamu kurum ve kuruluşları yaklaşık maliyetlerini uygulama yönetmeliklerinde gösterildiği gibi, maliyetin tespitinde, meslek odası ve kamu kurumlarının yayınladığı birim fiyatlardan, geçmiş yıllarda şekillenen sözleşme fiyatlarından, bakanlık tebliğlerindeki fiyatlardan, konusunda deneyimli yüklenici veya alt yüklenici olarak faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlardan alınacak ihale konusu işe benzer nitelikteki işlere ilişkin maliyetlerden ve idarenin piyasa araştırmasına dayalı rayiç ve fiyat tespitlerinden yararlanarak belirleyebilirler.

İhale usulü olmayan KİK 22. maddesinde düzenlenen doğrudan temin usulü ile alımlarda, alım yapılmadan önce ihale yetkilisince görevlendirilen kişilerce alımı yapılacak olan işin (mal/hizmet/yapım işi) fiyatını tespit amacı ile piyasa fiyat araştırma tutanağı/tek kaynaktan temin edilen mallara-hizmetlere ilişkin form: düzenlenir. Kanun’un 22. maddenin (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında gerçekleştirilecek alımlarda “tek kaynaktan temin edilen mallara-hizmetlere ilişkin form”, maddenin a, b ve c bentleri dışındaki doğrudan temin usulü ile alımlarda ise, “piyasa araştırma tutanağı” düzenlenmektedir. Görevlendirilen kişilerce düzenlenen bu tutanak/form piyasa fiyat araştırması sonucunda alınacak işin fiyatının ne



olabileceği hakkında alınan teklifleri ve uygun görülen fiyat ile yükleniciyi göstermekte olup, söz konusu kişi veya kişilerce imzalanan tutanaktır. Bu usul ile alımlarda, piyasa araştırma tutanağı düzenlemenin amacı, ihtiyacı en ekonomik şekilde karşılamak içindir (Ünal, 2019).

Sayıştay Temyiz Kurulunun Dosya: 41428 Tutanak No; 43440 ve 11.10.2017 Tutanak tarihili kararında, piyasa araştırma tutanağı düzenlemenin amacının, *“Belirtilen hükümler gereği, onay belgesinde yetkilendirilen kişi veya kişilerce, ihtiyacın gerçek piyasa rayiçlerine uygun bir şekilde temin edilmesini sağlamaya yönelik olarak piyasa fiyat araştırması yapılmakta ve buna ilişkin tutanak düzenlenmektedir”* şeklinde belirtilmiştir.

Sayıştay Temyiz Kurulu Dosya 41255, Tutanak No: 44206, Tutanak tarihi 14.03.2018 *“Doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımlarda piyasa liste fiyatının üzerinde ödeme yapılması”* konulu verdiği bir kararında; *“... satın alınan 3 adet 48.000 BTU salon tipi klima için piyasa liste fiyatlarının üzerinde ödeme yapılması mevzuata aykırıdır”* şeklinde karar vererek piyasa rayici üzerinde yapılan alımın kamu zararı olduğuna hükmetmiştir.

6.4.5. Kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması

Kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu’nun 74’üncü maddesine istinaden çıkarılan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik, KMYKK’nin 45, 47 ve geçici 12. maddelerine istinaden çıkarılan Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapılmaktadır (Ünal, 2019).

5018 sayılı Kanun kapsamında olan idareler mallarını kiraya verme, tahsis ve elden çıkarma hususlarında 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabidir. Bu işlemlerin anılan Kanun ile 5018 sayılı Kanun, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine aykırı tesisi sonucundan doğacak kamu zararından işlemi yapanlar sorumlu tutulur (Geçgel, 2020).

Nitekim Sayıştay 2’nci Dairesinin 31.01.2019 tarihli ve 35565 Karar No.lu Kararında;



“... Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine göre, kamu kurumları taşınmazlarını ancak birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine tahsis edebilirler. Bu nedenle Üniversiteye ait bir taşınmazın bir vakfa bedelsiz tahsisi mümkün olmamakla birlikte bu taşınmazın kullanım hakkı ancak kiralama veya satış yoluyla bir vakfa bırakılabilir. Dolayısıyla bu işlemin yapılmasından, kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden ve 2886 sayılı Kanuna göre ihale yetkilisi olarak mezkur alanı ihale etmekle yetkili kişi olarak rektör ve üniversite gelirlerinin tahakkuku ve tahsili ile görevli olan strateji geliştirme daire sorumludur.

Bununla birlikte ... sorguya konu edilen toplam ... TL kamu zararının tahsil edildiği bildirilmiştir.

Bu itibarla, Üniversiteye ait taşınmazın ... ve ... Üniversitesi Kalkınma Vakfına bedelsiz tahsis edilmesi sonucu sebep olunan ... TL kamu zararının, ... tarih ... yevmiye numaralı muhasebe işlem fişiyle tahsil edildiği anlaşıldığından bu miktar için ilişilecek bir husus kalmadığına, ...”

denilerek üniversiteye ait taşınmazın mevzuat hükümlerine aykırı olarak tahsis edilmesinden kamu zararı olduğu, ancak bu kamu zararı tahsil edildiğinden sorumlulara sorumluluk yüklenmemesine karar verilmiştir (Geçgel, 2020).

6.4.6. Görevlilere teslim edilen taşınırın zarara uğraması

KMYKK'ya tabi kamu idarelerinde çalışan kamu görevlilerine kullanılmak üzere verilen dayanaklı taşınırın, kamu görevlilerine teslimi, kullanımı ve muhafazasının usul ve esasları KMYKK'nın 44. maddesine istinaden çıkarılan Taşınır Mal Yönetmeliğinde belirlenmiştir.

Bu yönetmeliğin 5/4. maddesine göre, Kamu görevlilerinin kullanımına verilen dayanaklı taşınır, kullanıcıları tarafından başkasına devredilemez. Kullanıcılarının görevden ayrılması halinde söz konusu taşınırın ambara iade edilmesi zorunludur. Bu şekilde teslim yapılmadan personelin kurumla ilişkisi kesilmez.

Kullanılmak üzere kendilerine taşınır teslim edilen kamu görevlilerinin kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizlik ya da dikkatsizlikleri nedeniyle oluşan kamu zararı, değer tespit komisyonu tarafından tespit edilecek gerçeğe uygun değer üzerinden, ilgili mevzuat hükümleri uygulanmak suretiyle tahsil edilir. Ortak kullanım alanına tahsis edilen dayanıklı taşınırlarda meydana gelen kamu zararı ise zararın oluşmasında kasıt, kusur veya ihmali olanlardan tahsil edilir. (Yönetmelik madde, 5/6).

Kamu görevlilerin kasıt, kusur veya ihmallerinden dolayı kendilerine teslim edilen taşınırlar zarar gördüğünde, bu zararın tazmini konusunda KMYKK'nın 71. maddesi hükmü mü, yoksa 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 12. maddesi hükmü mü uygulanmalı mı sorusu akla gelmektedir. Genel kanun, kanun hükümlerinin mahiyeti itibariyle herkese veya her olaya uygulanması mümkün olan kanun; özel kanun ise, kanun hükümleri belli kişilere veya belli olaylara uygulanan kanundur. KMYKK, Devlet memurları kanunundan sonra yürürlüğe girmiştir ve KMYKK, Devlet Memurları Kanununa göre özel kanundur. Şöyle ki, KMYKK hükümleri, bu kanuna tabi kamu idarelerinde çalışan kamu görevlilerine uygulanırken, Devlet Memurları Kanunu hem bu kanuna tabi olan memurlara ve hem de bu kanuna tabi olmayan idarelerde çalışan memurlara uygulandığı için KMYKK'ya göre genel kanundur. Bu bağlamda, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden dolayı kendilerine teslim edilen taşınırlar zarar gördüğünde, bu zararın tazmini için KMYKK hükümleri uygulanmalıdır (Ünal, 2019).

Sayıştay 6'ncı Dairesinin 14.12.2017 tarihli ve 508 Karar No.lu Kararında; “... Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde Belediyesi Özel Kalem Müdürlüğüne ait onaylı demirbaş listesi ve taşınır yönetim hesabının incelenmesi sonucunda, ... yılında alınan ... ve ... demirbaş numaralı iki adet demirbaşın demirbaş listesinde yer aldığı halde fiili olarak yerinde olmaması sonucu-TL kamu zararına yol açıldığı anlaşılmıştır. ... ” denilerek demirbaş listesinde yer alan demirbaş malzemenin fiilen yerinde olmaması kamu zararı olarak değerlendirilmiştir.

6.4.7. İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması

KMYKK madde 3/1-i bende kamu geliri; “Kanunlarına dayanılarak toplanan vergi, resim, harç, fon kesintisi, pay veya benzeri gelirler, faiz, zam ve ceza gelirleri, taşınır ve

taşınmazlardan elde edilen her türlü gelirler ile hizmet karşılığı elde edilen gelirler, borçlanma araçlarının primli satışı suretiyle elde edilen gelirler, sosyal güvenlik primi kesintileri, alınan bağış ve yardımlar ile diğer gelirler” şeklinde tanımlanmıştır. Tarh, tahakkuk ve tahsil terimleri, sadece vergi vb. yükümlülükler için geçerli olmayıp, kamu idarelerinin tüm gelirlerini kapsamaktadır (Ünal, 2019).

KMYKK’ nın “Gelirlerin toplanması sorumluluğu” başlıklı 38. maddesinde; “*Kamu gelirlerinin tarh, tahakkuk, tahsiliyle yetkili ve görevli olanlar, ilgili kanunlarda öngörülen tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin zamanında ve eksiksiz olarak yapılmasından sorumludur*” hükmü mevcuttur. Kamu idarelerinin gelirlerinin neler olduğu, bu idarelerinin kendi mevzuatlarında yer almaktadır. Kamu idareleri yetkilileri, idarelerin hak ettikleri gelirleri ilgili mevzuatlarına göre tahakkuk ettirip, tahsil etmezler ise, geliri toplamak ile yetkili ve görevli kamu görevlileri açısından kamu zararı oluşturacaktır (Ünal, 2019).

Sayıştay Temyiz Kurulu (Dosya 41948, Tutanak No, 44133, Tutanak tarihi, 28.02.2018) “*Eğlence vergisi tahakkuku yapıldığı halde tahsilatının yapılmaması ve 2005-2009 yıllarına ait verginin zamanaşımına uğratılması*” konusu ile ilgili özetle; ilgili dairece verilen eğlence vergisi tahakkuku yapıldığı halde tahsilatının yapılmayarak, alacağın zamanaşımına uğratılması sonucu yoksun kalınan gelirin kamu zararı olduğu gerekçesi ile verilen tazmin hükmünü onamıştır.

6.4.8. Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesi

Türk idare teşkilatına hâkim olan ilkelerden biri de idarenin kanuniliği ilkesidir. İdarenin örgütlenmesinde ve faaliyetlerinde kanunlara uyması, saygılı davranması ve böylece idare edilenlerin (kamu hizmetinden ve diğer idari faaliyetlerinden yararlananların), idarenin keyfi eylem ve işlemlerine karşı korunmasına idarenin kanunilik ilkesi denir. Kamu idaresi adına hareket eden kamu görevlisinin keyfi davranışları ile idarenin tazminat ödemesine neden olması halinde bu tazminattan sorumlu olması gerektiği açıktır. Bu bağlamda kamu zararının varlığından bahsetmek için kamu görevlisinin aktif ya da pasif (icra-i veya ihmali) bir eyleminin bulunması gereklidir (Geçgel, 2020).



Sayıştay denetiminde bu kriterde belirtilen kamu zararı daha çok mahalli idarelerde gecikme cezası, faiz ve para cezası ödemelerinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ödemelerde kamu zararının oluşup oluşmadığı ise kamu idaresinin nakit durumunun dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Nakit durumu uygun olmadığı için zamanında ödenemeyen elektrik, su ve yakıt bedelleri ile sigorta pirim ve vergi tutarları nedeniyle ödenmek durumunda kalınan gecikme cezası ve faiz giderleri kamu zararı oluşturmaz. Ancak nakit durumu uygun olduğu halde elektrik, su ve yakıt bedelleri ile sigorta pirim ve vergi tutarlarının zamanında ödenmemesi sebebi ile ödenmek zorunda kalınan gecikme cezası ve faiz giderleri kamu zararı oluşturur. Oluşan zarardan neden olan kamu görevlileri sorumludur. Gecikme cezası ve faiz giderlerini ödeyenler sorumlu tutulamaz (Geçgel, 2020).

Nitekim Sayıştay 6'ncı Dairesinin 20.12.2018 tarihli ve 601 No.lu Kararında;

“... Somut olayda da; Belediyeye ait araçlarla farklı tarihlerde geçiş ücreti ödenmeden köprü ve otoyol kullanımları yapılmış ve geçiş tarihini takip eden on beş gün içerisinde de geçiş ücreti ödenmemiş olması nedeniyle geçiş ücreti ile geçiş ücretinin on katı tutarında ceza Belediye bütçesinden ödenmiş vebu ceza tutarları da ilgili görevlilere rücu edilmeyerek toplam ...-TL tutarında kamu zararına neden olunmuştur. ...”

denilerek köprü ve otoyol kullanımı karşılığının zamanında ödenmemesi nedeniyle ödenmek durumunda kalınan ceza tutarı kamu zararı sayılmış ve bu kamu zararından da geçiş ücretini zamanında ödemeyenlerin sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir.

6.4.9. Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması

Kamu kaynağında bir eksilme oluştuğunda, bu eksilmenin kamu zararı olduğuna dair karar verildiğinde, kamu zararının belirlenmesi için mevzuatında öngörülmediği halde kamu görevlisince bütçeden yapılan ödemenin parasal miktarın belirlenmesi gerekir.

Kamu idarelerinin kuruluş kanunlarında ve mevzuatlarında hangi görevleri yapacakları ve görevleri kapsamında bütçelerinden hangi harcamaları, hangi usul ile yapacakları ilgili mevzuatta belirlenmiştir. Kamu idareleri belirlenen mevzuat kapsamı dışında harcama yaparlar, bu harcamalar, şartları oluştuğu takdirde kamu zararı olarak değerlendirilecektir (Ünal, 2019).



Sayıştay Temyiz Kurulu “ *Belediyede çalışan personele, elektronik karta para yüklemesi yapılmak suretiyle yemek yardımında bulunulması*” konulu kararında, “5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesi 1 inci fıkrasında kamu zararı tanımlanmış, 2 nci fıkrasında da bu zararın belirlenmesinde esas alınacak kriterler düzenlenmiştir. 5018 sayılı Kanunda, “Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması” da kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak kriterlerden birisi olarak sayılmıştır. Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabacağı üzere, para temsili araçlar ile yemek ihtiyacının dışarıdan karşılanması ile ilgili idare işlemi, Yiyecek Yardımı Yönetmeliği ve Kamu İhale Kanununa aykırı olduğundan, bu işlem neticesi yapılan ödeme, mevzuatta öngörülmeleyen bir ödeme mahiyetindedir” denilerek temyiz edilen tazmin kararını tasdik etmiştir (Dosya 42705, Tutanak No, 44364, Tutanak tarihi, 25.04.2018).

6.5. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA VE EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇLARI İLE KAMU ZARARI İLİŞKİSİ

6.5.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı

İhaleye fesat karıştırma suçu düzenlemesi incelendiğinde, kamunun ekonomik çıkarlarının korunmasının amaçlandığını görmekteyiz. Bu suç tipinin işlenmesi ile hem kamu zarara uğratılmakta hem de ekonomik açıdan güven ve rekabet ortamı zedelenmektedir.

Yürürlükteki 5237 sayılı TCK bakımından, ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin olarak 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12. maddesiyle köklü bir şekilde (suçun yapısına etki edecek şekilde) değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikle birlikte “*cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi*” hali hariç olmak üzere, ihaleye fesat karıştırma eylemi nedeniyle ilgili kamu kurum veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemesi halinde farklı bir temel ceza (bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası) öngörülmüştür (Birtek, 2020).

TCK m.235/3 hükmünün 6459 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde: “*İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez.*” hükmü yer almaktaydı (Arıtürk, 2011). Bu hükümle ihaleye fesat karıştırma eylemi nedeniyle -miktarı belirlenebilir olmasa dahi- kamu zararının mevcut olması halinde (cezanın ağırlaştırılması



(cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal) söz konusuydu. Kanun koyucu, 6459 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle, cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli hali ortadan kaldırıp, suçun temel hali soyut tehlike suçu iken zarar suçu haline getirmiş ve suçun temel halini de cezayı hafifleten nitelikli hale dönüştürmüştür (Yaşar vd, 2014).

Değişikliğin gerekçesine göre: “Maddenin halen yürürlükte olan düzenlemesine göre söz konusu suç temel şekli itibarıyla bir zarar suçu değildir. Zararın meydana gelmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılması öngörülen değişiklikle, bu suçun temel şeklinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi, zarar suçuna dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda kamu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, fail hakkında söz konusu suçun temel şekline nazaran daha az cezaya hükmedilmesini sağlamak için işbu değişiklik önergesi verilmiştir”.

Anılan değişiklik sebebiyle suçun temel şeklinin “zarar suçu” haline getirildiği; kamu zararı meydana gelmemesi halinin de suçun “cezayı hafifleten nitelikli hali”ne dönüştürüldüğü kabul edilmektedir.

TCK m.235/1 hükmüne göre: “Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

235. maddenin 3. fıkrasının b bendine göre de: “İhaleye fesat karıştırma suçunun; işlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise bu fıkranın (a) bendinde belirtilen [cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi] halleri hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

Yukarıda da değinildiği üzere, 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, suçun nitelikli hallerini düzenleyen fıkrasında yapıldığı halde, suçun temel hali de dolaylı olarak değiştirilmiştir. Kamu zararının oluşması suçun temel hali olarak kabul edilirken; kamu zararının meydana gelmemesi, suçun cezayı hafifleten nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.



Yasa koyucu 6459 sayılı Kanun ile sadece TCK m.235/3-b hükmünde değişiklik yaptığı halde, bu değişiklikle suçun hem temel halini hem de nitelikli halini değiştirmiştir (Birtok, 2020).

Mezkûr değişiklikle, suçun temel hali açısından netice unsuru sayılan “kamu zararı” hali, aynı suçun nitelikli halleri bakımından zorunlu bir unsur olarak kabul edilmemektedir. Öğretideki isabetli düşünceye göre; TCK m.235-3/a ve b hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun “cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde” ilgili kamu kurum ve kuruluşu açısından kamu zararı ortaya çıkmış ise “ayrı bir” nitelikli hal söz konusu olmayacak ve bu durum (kamu zararının ortaya çıkması) sadece TCK m. 61 kapsamında temel ceza belirlenirken dikkate alınabilecektir (Birtok, 2020).

Suçun cezasının belirlenmesinde önemli rolü bulunan kamu zararı 5018 sayılı KMYKK md. 71’de; “*Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.*”, şeklinde tanımlanmaktadır. Bu Kanuna göre kamu görevlileri, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, yönetilmesinden, kullanılmasından, korunmasından, kötüye kullanılmaması ve her an hizmete hazır bulundurulması için, gerekli önlemlerin alınmasından sorumlu olmaktadır.

Bu sorumluluk çerçevesinde, çalışmamızın önceki bölümlerinde de bahsettiğimiz üzere kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak bazı hususlar bulunmaktadır. Bunlar; yapılan iş, alınan mal veya hizmet karşılığı olarak ilgili mevzuatında belirtilen ya da mevzuatında öngörülen karar, onay, sözleşme ve benzeri belgelerde belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması, ilgili mevzuatında öngörülen haller dışında iş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan ödeme yapılması, transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması ve ilgili mevzuatı gereğince görevlendirilen komisyon veya kişilerce rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla iş yaptırılması, mal veya hizmet alınması, kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması, yapılan işin, alınan mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması, kiralama ihalesi sonucu kiralanan yeri daha pahalı veya kiraya verilen yeri daha ucuza kiraya verilmesi, görevlilere teslim edilen taşınırın zararına uğraması, idare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata



uygun bir şekilde yapılmaması, kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek mali külfet getirilmesi, mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması gibi durumlar neticesinde kamu zararı meydana gelmektedir. Bunlar dışında hak etmediği halde, ihaleyi daha fazla kamu harcaması yapılmasını sağlayacak biçimde birisine de ihale etmek doğal olarak kamu zararını doğurmaktadır.

Ancak çalışma konumuz olan suç açısından kamu zararını belirlerken, kamu zararının TCK m. 235 kapsamında bir eylem ile doğmasına, bu eylemin doğrudan doğurduğu bir zarar olmasına, bu zararın kasten doğduğunun net olmasına ve tüm bunlar arasında bir illiyet bağının bulunmasına dikkat etmek gerekmektedir.

Bununla beraber 5237 sayılı TCK'nın 6'ncı maddesinde TCK'da düzenlenen suçlar bakımından kamu zararının ne olduğunun tanımlanmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. Çünkü 5018 sayılı Kanundaki tanım ceza hukuku bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir (Dilberoğlu, 2015).

Kamu zararı 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun (KMYKK) 71'inci maddesinde tanımlanarak bu konuda yapılabilecek tartışmalara son verilmiştir. Maddedeki tanıma göre kamu zararı *“kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır”*. İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK 235'inci madde 3'üncü fıkrasında aranan kamu zararının 5018 sayılı Kanunda belirtilen tanım çerçevesinde dikkate alınması gerektiği hem doktrinde hem de uygulamada kabul edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da verdiği kararlarında bu hususu vurgulamıştır. Ancak kamu zararı sadece bu madde ile sınırlandırıldığı takdirde ihaleye fesat karıştırma suçunda ciddi sıkıntılara yol açacaktır. Çünkü kanundaki kamu zararı tanımında kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olan hareketler kamu görevlileri tarafından yapılmak zorundadır. Ancak ihaleye fesat karıştırma suçunda bazı hareketler kamu görevlisi olmayan kişilerce de yapılabilmektedir (örneğin fiyatı etkilemek için anlaşmak). O sebeple her ne kadar 5018 sayılı KMYKK tanım yaptıysa da ceza hukuku bağlamında daha geniş değerlendirilme yapılarak kamu zararı için *“kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olan davranışlar”* kim



tarafından yapılırsa yapılsın yeterli kabul edilmelidir. Aksi takdirde ihaleye fesat karıştırma suçu yapısı büyük oranda çökecektir (Dilberoğlu, 2015).

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki fesat karıştırılmış bir ihalenin iptal edilmesi ve bu aşamaya kadar yapılan giderler kamu zararı niteliği kazanmamaktadır. Bu konuda Yargıtay 5. CD. 27/2/2013T., 2012/3485E., 2013/1418K. sayılı kararında ; “...ihalenin idari bir işlemle fesat nedeniyle iptaline bağlı olarak yeniden ihale yapılması için izlenmesi gerekli işlemler nedeniyle yapılacak giderlerin anılan hükümde belirtilen zarar kapsamına dahil olmayıp kamu hizmetinin uzantısı ve doğal sonucu olduğu ...” şeklinde hüküm belirtmiştir.

6.5.2. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı

İdareler kamusal kaynakları kullanarak kamu yararını gerçekleştirmek zorunda olduğundan, en verimli ve en faydalı sonucu alacak şekilde davranmak durumundadır. İdare sözleşme akdedeceği kişileri belirlerken keyfi davranamaz. Sözleşme özgürlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşme yaparken uyacağı ilkeler belirlenmiştir. İlkelerin önemi yolsuzlukların önlenmesi, kamusal kaynakların verimli şekilde kullanılması ve toplumsal ihtiyaçların yerinde ve zamanında giderilebilmesi için bu ilkelere uyulması zorunludur. Elbette kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmeti tedarik etmek üzere istekli olanların uzun bir sürece tabi tutularak belirlenmesindeki öncelikli amaç kamu zararının önlenmesi ve kamu yararının tesisidir (Sucuoğlu, 2019).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihale kararının kesinleşmesinden sonra ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişinin idareyle sözleşme imzalaması ile birlikte edimin ifası sürecinde edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmeyerek kamunun zarara uğratılması ile oluşur (TCK m.236). TCK m. 236’da açık bir şekilde belirtildiği üzere edimin ifasına fesat karıştırma suçu zarar suçudur.

Bu hususta her ne kadar 236. maddede bir açıklık olmasa da ihaleye fesat karıştırma suçunda değişiklik yapılan 6459 sayılı Kanuna ilişkin önergenin gerekçesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçuna dair değerlendirmede bulunulmuştur. Bu değişiklikle birlikte ihaleye fesat karıştırma suçunun temel şekli zarar suçu haline getirilmiş, zararın meydana gelmemesi



hali ise daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Söz konusu değişikliğe gerekçe olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ihaleye fesat karıştırma suçlarının cezaları arasındaki orantısızlığın giderilmesini sağlamak ve ihaleye fesat karıştırma suçunun da edimin ifasına fesat karıştırma suçu gibi temel halini zarar suçuna dönüştürülmesinin istendiği gösterilmiştir. Görüldüğü üzere kanun değişikliğinin gerekçesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun zarar suçu olduğu ifade edilmiştir. Her ne kadar gerekçe bağlayıcı olmasa da kanun koyucunun iradesini ortaya koyar niteliktedir. Kanaatimizce hem belirtilen kanun değişikliğinin gerekçesi hem de seçimlik hareketlerin yerine getirilmesi halinde bir zararın meydana gelecek olmasından dolayı edimin ifasına fesat karıştırma bir zarar suçu niteliğindedir. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir (Kılıç, 2017).

Nitekim Yargıtay bir kararında “...Zarar suçu olarak TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma eylemlerinin maddenin 2. fıkrasının açık düzenlemesi karşısında hileli olarak yapılması gerektiği, hileli davranışlar kavramının ne anlama geldiği konusunda 5237 sayılı TCK'da herhangi bir açıklık bulunmadığı, ancak Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre fail tarafından yapılan davranışın hileli olarak kabul edilebilmesi için belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağı ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketlerin bulunması gerektiğinin kabul edildiği, esasen, hangi davranışların hileli olup olmadığı ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, olaysal olarak değerlendirme yapılması, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen eşyanın nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle sonuca ulaşılması gerektiği nazara alındığında; dosya kapsamına göre, sözleşme, idari şartname, Yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak muayene ve kabul komisyonu oluşturulmadan, malın teslimi sırasında muayene yapıp numune alınmadan, kalorifer görevlisi ve depo-ambar memurunun hazır bulunduğu şekilde yapılan teslim işlemi nedeniyle, sanığın idarenin denetim olanağını ortadan kaldırmadan, ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka malı teslim etmesi şeklindeki, belirtilen usullere uyulmaması sonucunda gerçekleştirdiği eylemlerinde hileli davranıştan bahsedilemeyeceği cihetle atılı suçun unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi...” şeklinde hüküm tesis ederek edimin ifasına fesat karıştırma suçunun zarar suçu olduğunu kabul etmiştir (Yargıtay 5. CD, E.2012/4728, K.2013/5173).



Zarar suçu olduğu ifade edilen edimin ifasına fesat karıştırma ile meydana gelebilecek zararın ne olacağının da tespiti gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki zarar suçları bakımından ifade edilen zarar kavramının parayla ölçülebilir mahiyette olması gerekmez. Ancak bu suçun konusunu oluşturan edim ve edimin içeriği (mal, yapım işi, hizmet gb.) her zaman parasal değere sahip olduğundan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesinin suç niteliği taşıyabilmesi için suçun konusu olan edim üzerinde parasal nitelikte bir zarara neden olması gerekmektedir. Zararın meydana gelmediği hallerde fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Söz konusu zararın meydana gelmesi için mutlaka sözleşme bedelinin yükleniciye ödenmiş olması da gerekmez. Örneğin ayıplı ifaya yönelik kabul işleminin tamamlanmış olmasına rağmen hakedişin yükleniciye ödenmediği bir durumda suçun konusu olan edim üzerinde zarar meydana gelmiş olabilir. Ayrıca sözleşme bedelinin ödenmesine rağmen zararın meydana gelmediği hallerde de edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Örneğin mal niteliğindeki 100 birim X ürününü her birinde 10 birim ürün olacak şekilde 10 kutu halinde idareye teslim etmeyi taahhüt eden yüklenici, her birinde 20 birim X ürünü olan 5 kutu malı sözleşmede evsafı belirtilen mal olarak teslim etmesi halinde sırf birim ve kutu sayısı sözleşmede kararlaştırılan şekilde olmadığı için bu suçun olduğu söylenemez. Çünkü bu durumda zarar meydana gelmemiştir. Ancak yüklenici somut olaydaki teslimatı paketleme işlemindeki masrafı düşürmek için belirtilen şekilde yapmış ve teslimatın bu şekilde yapılması idarenin edim üzerinden elde edeceği menfaatte azalmaya neden olmuşsa (örneğin ilgili idare X ürününü 10 birim olacak şekilde paketlemek için harcama yapmış olabilir) bu halde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır (Kılıç, 2017).

İhale süreci ve edimin ifası sürecinde kamu zararının meydana geldiği hallere örnek olarak; belirlenen tutardan fazla ve fuzuli ödeme yapılması, ihalenin hak etmeyen bir kişi üzerinde bırakılması ve bunun sonucunda da daha fazla kamu harcamasının yapılması, edimi yüklenen kişiye edimi yerine getirmesini beklemeden edim karşılığı ücretin ödenmesi ve ücreti alındıktan sonra edimin bu kişi tarafından yerine getirilmemesi, edimi yerine getiren kişinin bu edimi yerine getirmesi karşılığında aldığı paranın diğer kişiler tarafından istenebilecek ortalama para tutarından fazla olması, kiralamaya ilişkin bir ihale neticesinde menkul veya gayrimenkul bir malın daha ucuza kiraya verilmesi veya daha pahalıya kiralanması, vergilendirme ve kamu hizmetlerinde bulunma süreçlerinin yürütülmesi sırasında bu yürütmeyi gerçekleştirmekle görevlendirilmiş kişiler tarafından ilgili mevzuata uyulmaması ve bu yüzden kamu idaresinin



faiz, gecikme zammı gibi kamu kaynaklarında azalmaya yol açacak ödemelerde bulunması verilebilir (Demirel, 2017).

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, edimin ifası sürecinde yani sözleşme imzalandıktan sonraki özel hukuku ilgilendiren safhada gerçekleşen zarar kamu zararıdır ve bu safhada görev alan personel ile ihale sürecinde görev almakla birlikte memur statüsünde olmayan diğer personelin, gerek Devlete ve gerekse kişilere verdikleri zararlar, her halükarda 5018 sayılı Kanuna bağlı Yönetmelik hükümleri doğrultusunda takip ve tahsil edilecektir.



7. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çalışmamızın birinci bölümünde, konuya giriş yapılmış olup çalışmanın amacı ve kapsamı hakkında genel bilgiler verilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde, ihale kavramı ve terimi, hukuki niteliği, (ekonomik yönden) önemi, ihalelerde uyulması zorunlu temel ilkeler, Türk ihale hukukunun (kanunlar başta olmak üzere) tarihi ve temel kaynakları hakkında bilgiler verilmiştir. Bu hususlardaki tespit ve değerlendirmeler özetle aşağıda belirtilmiştir.

I. Günümüzde hangi ekonomik sistem benimsenmiş olursa olsun devletlerin kamu harcamaları, ekonomilerinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Ekonomik düzen bakımından son derece önemli olan bu harcamalar üzerinde sadece belli bir kesimin değil toplumun tamamının yararı vardır. Bu toplumsal yarar doğrultusunda ihale sürecinin rekabetçi ve şeffaf olması için tüm hukuk düzenlerinde ihale sürecini koruyucu kanuni düzenlemelere gidilmiştir. Yapılan kanuni düzenlemelerde sürecin korunmasında etkin mücadeleyi sağlamak adına yer alan idari ve hukuki yaptırımlara ilaveten ihale sürecine katılan kişilerin cezai sorumlulukları da söz konusu olmaktadır. Türk hukuk sisteminde de benzer düzenlemelere yer verilmek suretiyle ihale süreci koruma altına alınmıştır.

İhale süreci temel olarak ikiye ayrılmaktadır. İhale yetkilisinin ihale onayını vermesinden sözleşmenin imzalanma aşamasına kadar olan birinci bölüm ihale süreci olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmenin imzalanmasından sona ermesine kadar olan ikinci bölüm ise sözleşme (edimin ifası) süreci olarak kabul edilmektedir. Bu temel ayrımla paralellik arz eden mevzuata bakıldığında ise kamu ihale sürecine ilişkin temel olarak iki kanunun yer aldığı görülmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ihale sürecini, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise sözleşme sürecini düzenlemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da bu ayrım esas alınmak suretiyle ihale sürecine ilişkin suçlar iki madde altında toplanmakla birlikte TCK m. 235'de ihale sürecine, TCK m. 236'da da sözleşme sürecine ilişkin ilk defa bağımsız bir suç niteliği taşıyan edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihdas edilmiştir. Ayrıca 5237 sayılı kanunun "Topluma Karşı İşlenen Suçlar" başlıklı üçüncü kısmında düzenlenen "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu"nun ve "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu"nun bulundukları dokuzuncu bölümün başlığı, "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" şeklindedir. Mülga 765 sayılı TCK'da yer alan "Ticaret ve Sanayi" ifadelerine ek



olarak, 5237 sayılı TCK'da "ekonomi" ibaresinin eklenmesi, bu tür fiillerin bir bütün olarak ülke ekonomisine verdiği zararın dikkate alındığını göstermektedir. Ayrıca bu suç tiplerinin düzenlemesi ile kamu görevlilerinin, sorumluluklarına paralel olarak kamu adına şeffaf ve rekabet ortamını tesis ederek ihale süreçlerini yürütmeleri ve dolayısıyla serbest ticari ve ekonomik faaliyet bakımından güvenli bir ortamın oluşturulması ve başkaca bir takım kamu yararları korunmuştur. Dolayısıyla kanuni düzenlemedeki başlığı isabetli olmuştur.

II. Kamu ihalelerinin, harcama getirici ihaleler ve gelir getirici ihaleler şeklinde bir ayrıma tabi tutularak iki ayrı kanunda (KİK ve DİK'de) düzenlenmesinin isabetli bir yaklaşım olmadığı görüşündeyiz. KİK'in yürürlüğe girmesinden önce tüm hükümleriyle yürürlükte olan ve her tip ihalenin hem ihale hem de sözleşme süreçlerinin tabi kılındığı DİK'de, gelir getirici veya harcama gerektirici ihaleler yönünden bir ayrım yapılmamıştır. Mevcut ayrım, sadece harcama gerektiren ihalelerin ihale süreçlerini kapsayan KİK'in ve KİK'e tabi ihalelerin sözleşme süreçlerini kapsayan KİSK'in yürürlüğe girmesiyle birlikte oluşmuştur. Yukarıda, ihale kavramı, terimi ve ihale usulünün amacı ile ilgili başlıklar altında belirtilip tartışıldığı üzere, gelir getiren ihaleler ile harcama gerektiren ihaleler arasında, ihale usulüne başvurulmasının amacı, ihalelerde uyulması zorunlu temel ilke ve kurallar, ihalenin temel (esaslı) safahatı ve ihale/sözleşme sürecine ilişkin idari (kimi zaman cezai) yaptırım gerektiren fiiller yönünden esaslı farklılıklar bulunmamaktadır. Hal böyle iken, gelir getirici ve harcama gerektirici ihalelerin ayrı kanunlarla düzenlenmesinin tutarlı bir yaklaşım olmadığı açıktır. Öte yandan, kimi ihale türleri hem gelir sağlayıcı hem de gidere sebep olucu niteliktedirler; bu tür ihalelerde hangi kanunun uygulanacağı konusu da (gelir getirici ve harcama gerektirici işlem ölçütü esas alındığında) kaçınılmaz olarak tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Belirtilen nedenlerle, KİK'de (ve KİSK'de) gelir getirici işlerin özellikleriyle uyumlu biçimde düzenlemeler yapılmak kaydıyla, gelir getirici özellik gösteren ihalelerin, yani DİK'e tabi ihalelerin de KİK (ve KİSK) kapsamına alınmasının olumlu sonuçlar doğuracağı, isabetli olacağı görüşündeyiz.

III. Kamu ihalelerinde en geniş uygulama alanına sahip olan ve ihalelere ilişkin genel ve temel ilkeler ile esas ve usulleri içeren kanun KİK'dir. Bununla birlikte, Kanun'un (2. maddesinde genel sınırları çizilen) kapsamı, istisna öngören hükümleri (özellikle m. 3 ve m. 2/son fıkra) ve Kanun'da (özellikle istisna içeren anılan maddelerde) yayımlandığı



22.01.2002'den bugüne kadar olan süreçte gerçekleştirilen değişikliklerle ve (bu Kanun'a tabi olmayan) çeşitli idarelere ve işlere özgü özel nitelikteki kanun ve kanun altı düzenlemelerle dikkate değer bir ölçüde daraltılmıştır. Bu yaklaşım, rekabet ve saydamlık ilkeleriyle uyumlu olmadığı gibi, kamu harcamalarında etkinliği azaltıcı sonuçların doğması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, ulusal güvenlikle ilgili ihaleler veya doğal afetler nedeniyle ortaya çıkan ihtiyaçların giderilmesine ilişkin ihalelerde olduğu gibi, özel nitelikleri ve kaçınılmayacak çeşitli zorunluluklar nedeniyle KİK dışında kendine özgü kurallar içeren (özel nitelikteki) bir ihale mevzuatına tabi kılınan işler hariç olmak üzere, kamu idarelerinin (ve Kanun'un kapsamda yer alan diğer ihaleci süljelerin) bütün ihalelerinin KİK kapsamına alınmasının, diğer bir ifadeyle, KİK'in kapsamının (zaman içerisinde daraltılmak yerine) mümkün olduğunca genişletilmesinin, kamu kaynaklarının daha verimli kullanılması ve ihalelerde hukuka uygunluğun sağlanması bakımından olumlu sonuçlar sağlayacağı düşünülmektedir.

IV. İhalelerin beklenen faydayı sağlaması için uyulması zorunlu ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkelerden bazıları kanun metnlerinde açıkça zikredilmiş bazıları ise uygulama esasları arasında açıklanmıştır. Ancak yapılan ihalenin bu ilkelerden herhangi birini ihlal etmesi ihaleye fesat karıştırma suçu olarak nitelendirilmemektedir. Önemli olan kanunilik ilkesi karşısında kanun metninde belirtilen hareketlerin işlenmesi suretiyle yapılan ihlallerin tespittir. 5237 sayılı TCK, 235'inci maddesinde hangi hareketlerin ihaleye fesat karıştırma suçu olarak değerlendirileceğini açıkça saymıştır. Buna göre, ihaleye fesat karıştırma suçu, maddede sayılan seçimlik hareketlerle bağılı olmak üzere bir bağılı ve seçimlik hareket suçu yapısında düzenlenmiştir. Düzenlemede sayılan hareketler tahdididir, artırılmaz. Dolayısı ile ihale açısından büyük öneme sahip bu ilkelerin yapılacak bir düzenleme ile ilgili maddeye eklenmesi gerektiği görüşündeyiz.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde; ihale türleri, ihale usulleri, ihale süreci, bu süreçteki yasak fiil ve davranışlar ile kamu ihalelerinde yasaklılık durumu hakkında bilgiler verilmiştir. Bu hususlardaki tespit ve değerlendirmeler özetle aşağıda belirtilmiştir.

I. 4734 sayılı KİK'e göre ihale, ihale yetkilisinin ihale onayını verdiği an yani ihale onay belgesinin imzalanması ile başlar ve sözleşmenin imzalanması ile sona erer. Bu durumda ihale



onay belgesinin imzalanmasından önce yapılan işlemler nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Zira ihale henüz başlamamıştır. Örneğin gerek olmadığı halde ihale yapmaya karar vererek harcama yapmak, yaklaşık maliyeti usulsüz hazırlamak, ihtiyacı yanlış eksik veya fazla tespit etmek, kullanılacak ihale usulünün yanlış tespit edilmesi, ihale onay belgesinin imzalanmasından önce olan işlemler olduğu için bu hareketler nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Bu hareketler şartları varsa başka bir suça örneğin görevi kötüye kullanma suçuna vücut verebilir.

II. 4734 sayılı Kanun uygulamasında açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün esas olduğu, pazarlık usulüyle ihale yapılmasının ve bir ihale usulü olmayan doğrudan temin yönteminin kullanılmasının istisna olduğu ve sadece Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceğini söyleyebiliriz. Bu konuda özellikle 4734 sayılı KİK'in ilk düzenlemesinde ihale usulleri içinde sayılan, ancak daha sonra yapılan değişiklikle ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin yöntemini kısaca açıklamak gerekmektedir. Belirtelim ki doğrudan temin usulü ile kamu kaynağı harcanmaktadır. Ancak çalışma konumuzun önemli bir parçası olan ihaleye fesat karıştırma suçu kamu kaynağının harcanmasına fesat karıştırma olarak düzenlenmediğinden ve ihale usulü olmadığı açıkça kanunda belirtilmesi nedeniyle “Doğrudan Temin Usulü” ile yapılan alımlar ihaleye fesat karıştırma suçu olarak nitelendirilememektedir. Yapılan fiilin özelliğine göre şartları varsa görevi kötüye kullanma suçuna vücut verebilir.

Mevzuatta öngörülen şekil şartlarını taşıyan bir ihale bulunmadıkça ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı yönündeki içtihad, yolsuzlukla mücadele bakımından sakıncalıdır. Zira işleyişe hakim olan deneyimli failler bakımından bu içtihad suç işlenmesine teşvik etmedir. İhale açılması gerekirken, bu prosedürü dikkate almaksızın mal veya hizmet satın alan idare görevlileri, mevcut bir ihale bulunmadığından cezasız kalabilmektedir. Oysa bu tür bir eylem, ihaleye girecek tüm isteklileri ihaleden engellemektedir. Bu sakıncanın giderilmesi bakımından TCK'nın 235'inci maddesinde düzenleme yapılmalıdır.

III. İhaleye fesat karıştırma suçu ihale sürecindeki hile, cebir veya tehdit içeren fiillere yaptırım uygulamaktayken, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihale yapılmasına gerek olmaksızın m. 236'da sayılan kurum veya kuruluşlara karşı taahhüt edilen edimlerin ifa edilmesi esnasında gerçekleştirilen hileli davranışlara yaptırım uygulamaktadır. Doktrinindeki bir



görüŖe göre, madde 236 kapsamında taahhüt edilen edimin, mutlaka bir ihale süreci neticesinde imzalanan bir sözleşmeyle üstlenilmiş olması şart olup, eğer bir sözleşme ihale yapılmaksızın imzalanmışsa, bu sözleşme kapsamında taahhüt edilen edimlere fesat karıştırılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Doktrindeki diğ er görüş e göre ise, madde 236’da sayılan kurum veya kuruluşlara karşı taahhüt edilen edimin mutlaka bir ihale süreci sonucunda üstlenilmesi gerekli değildir. Madde 236’nın gerekçesi Ŗu şekildedir: *“Bu maddede, edimin ifasına fesat karıştırma suçu tanımlanmıştır. Sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır. Bu süreçte edimin ifasına fesat karıştırılması bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır...”*. Edimin mutlaka bir ihale sonucunda üstlenilmesi gerektiğini savunan görüş, hukuki gerekçe olarak anılan gerekçeyi ileri sürmektedir. Bu görüş e göre, gerekçede ihale sürecinin sözleşmenin imzalanmasıyla sona erdiği ve edimin ifası sürecinin de bu sözleşme sürecinin sonucu olduğu ifade edilmektedir. Fakat bizim de katıldığımız görüş e göre, madde 236 kapsamındaki edimin, mutlaka bir ihale sonucunda üstlenilmesi gerekli değildir. Çünkü taahhüde girme ilk ihtimalde ihale sonucunda yapılan bir sözleşmeyle gerçekleŖebileceğı gibi, ikinci bir ihtimal olarak ihale yoluna gidilmeksizin de gerçekleŖebilir.

Gerekçede sadece ilk ihtimale yer verilmiş olması, bu taahhüdün sadece ihale ile üstlenilebileceğı yönündeki hatalı görüş ün ileri sürülmesine yol açmıştır. Ayrıca, kanımızca gerekçede edimin ifasına fesat karıştırma suçunun “bağımsız” nitelikte bir suç olarak kabul edilmesi, bu suçun ihale süreci gerçekleŖse de gerçekleŖmese de oluşabileceğ inin en açık kanıtıdır.

Taahhüde ihale yoluna gidilmeksizin girildiğı durumlara örnek olarak, doğrudan temin yöntemi ile gerçekleŖtirilen alımlar ile madde kapsamına giren dernek, vakıf ve kooperatiflere karşı girilen taahhütlerin kaynağ ının özel hukuk hükümleri uyarınca tanzim edilen sözleşmeler verilebilir. Doğrudan temin yöntemiyle mal veya hizmetlerin satın alınması esnasında edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda da m. 236’daki suç oluşacaktır. Çünkü doğrudan teminde bir ihale süreci gerçekleŖtirilmiyor olsa da taraflar arasında bir sözleşme vardır. Kamu görevlilerince piyasada yapılan fiyat araştırmasını icap, idarenin en uygun teklifi sunan teklif üzerinden alım yapmayı kararlaŖtırması da kabul olarak değ erlendirilebilir. Bu nedenle, doğrudan temin usulü m. 236/2’deki “veya sözleşmede” ifadesi kapsamında kabul edilmelidir.

Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararda, doğrudan temin usulüyle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebileceğini kabul etmiştir. Bu yöndeki kararlarına örnek olarak verilebilecek olan Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 10.06.2015 tarihli ve E. 2013/8687, K. 2015/12335 sayılı kararında, doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirilen bir binanın tadilatı işinin miktar ve nevi bakımından uygun bir şekilde yapılmamasına rağmen, yapılmış gibi gösterilmiş olması durumunda m. 236'daki suçun oluştuğuna hükmetmiştir.

IV. Çalışmamızın ikinci bölümünde yer alan bir diğer konu ise kamu ihalelerinde yasaklılık durumudur. Yasaklama kararını verme görev ve yetkisine sahip merci, Kanun'da belirtilen alt ve üst sınırlar arasında (KİK m. 58'e göre altı aydan bir yıla veya bir yıldan iki yıla kadar, KİSK m. 26'ya göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, DİK m. 84'e göre bir yıla kadar) bir yasaklama süresine, (KİK m. 58'de, KİSK m. 26'da ve DİK m. 84'te geçen "...fiil ve davranışların özelliğine göre..." ifadesiyle işaret edildiği üzere) idari yaptırımlarda ölçülülük ve adalet ilkelerine de riayet ederek karar verir. İdare, bu hususta sahip olduğu takdir yetkisini, kamu yararı amacının sınırlarını aşmadan kullanmalıdır.

İhale sürecindeki yasaklama sebepleri yönünden KİK ve DİK, sözleşme sürecindeki yasaklama sebepleri yönünden ise KİSK ve DİK arasında, yasaklama sürelerinin alt ve üst sınırları bakımından mevcut olan farklılığın, yasaklama yaptırımının amaç ve işlevleri ile korunan hukuki değerlerin aynı zeminde bulunması nedeniyle bir tutarsızlık bulunduğu, bu tutarsızlığın kanuni düzenleme ile giderilmesinin isabetli olacağı görüşündeyiz. Bu kanuni düzenleme ise başta da belirttiğimiz *"Kamu ihalelerinin, harcama getirici ihaleler ve gelir getirici ihaleler şeklinde bir ayrıma tabi tutularak iki ayrı kanunda (KİK ve DİK'de) düzenlenmesinin isabetli bir yaklaşım olmadığı... yani DİK'ye tabi ihalelerin de KİK (ve KİSK) kapsamına alınmasının olumlu sonuçlar doğuracağı..."* şekilde olması bu tutarsızlığı tümüyle ortadan kaldıracağı düşüncesindeyiz.

KİK ve KİSK'e tabi işlerde yasaklama kararı, Kanun'da belirtilen merci tarafından, ihaleci idarenin yasaklamaya ilişkin bildirim tarihinden itibaren kırkbeş gün içinde, yazılı ve (kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmamakla birlikte) gerekçeli olarak verilmeli ve karar tarihinden itibaren onbeş gün içerisinde Resmi Gazetede yayımlanmak üzere gönderilmelidir.

KİK’de ve KİSK’de yer alan ve güvence niteliğinde olan (kırkbeş günlük) bir süre DİK’de öngörülmemiştir.

Yasaklama kararının yürürlük şartı kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasıdır. Yasaklama işlemi bireysel idari işlem niteliğinde olmasına (düzenleyici idari işlem niteliğinde olmamasına) karşın, bireysel işlemlerde genel olarak geçerli olan tebliğ şartı yasaklama işleminde aranmamakta, işlem, düzenleyici idari işlemler gibi ilanla yürürlüğe girmektedir. Tebliğ koşulunun (bir bireysel idari işlem olan) ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminde aranmaması, haklarında yasaklama kararı verilecek kişilerin yasaklama kararı verilinceye kadar olan süreçten ve Resmi Gazetede yayımlanan karardan haberdar olamamaları ihtimalinin (hayatın olağan akışı içerisinde sık karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte) doğması, dava açma süresinin başlangıç tarihini tartışmalı hale getirmesi ve yasaklanan kişilerin hukuksal güvenliği yönünden sakıncalı olması nedeniyle (haklı olarak) eleştirilmektedir. Anayasa m. 125’te yer alan, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı hükmü ve buna paralel olarak İYUK m. 7/2-a’da yer alan, idari uyuşmazlıklarda dava açma süresinin yazılı bildirim tarihini izleyen günden başlayacağını öngören hüküm karşısında, bireysel idari işlem niteliğinde olan yasaklama kararının ilgisine tebliğ edilmemesi, KİK, KİSK ve DİK’deki bu hususa ilişkin hükümleri tartışmalı hale getirmektedir. Bu sebeple yazılı bildirim yapılması yerinde bir uygulama olacaktır.

Çalışmamızın dördüncü, beşinci ve altıncı bölümlerinde; ihaleye fesat karıştırma suçu, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ve kamu zararı hakkında bilgiler verilmiştir. Bu hususlardaki tespit ve değerlendirmeler özetle aşağıda belirtilmiştir.

I. İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarıyla korunmak istenen hukuksal değer devletin ekonomik ve mali menfaatleridir. Zira bu suçlar TCK’da ekonomik suçlar içerisinde düzenlenmekte olup ortaya çıkan tehlike ve zarar tehdidi ekonomik olgulara dayanmaktadır. Bu durum ise kamu zararı ile doğrudan ilişkilidir. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki yasa koyucu bu suçları düzenleyerek, ekonomik sistemin rekabetin serbestliğine dayalı ve hukuka aykırı eylemlere yer vermeyecek şekilde işletilmesini sağlamayı, bu sistemi koruyan ve düzenleyen mekanizmaların bozulmasına yol açan davranışları cezalandırmayı ve idare tarafından yapılan ihalelerin halk nezdindeki güvenilir imajını korumayı amaçlamıştır.

II. İhaleye fesat karıştırma suçu, bazı seçimlik suçlar bakımından özgü suç niteliğindedir. Hileli hareketle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçları, yalnızca ihale görevlisi olan kişiler tarafından işlenebilir. Bununla birlikte gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ulaştırılması suçu da özgü nitelikte bir suç olup, yalnızca ihale görevlisi olan kişilerce işlenebilir. Buna karşın 235/2-c bendinde yer alan cebir, tehdit ve hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu herkes işleyebilmektedir. Buna karşın TCK'nın 235'inci maddesindeki suçun tamamının özgü suç olduğu veya tamamının herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğu yolundaki çıkarımlar maddenin lafzına ve amacına aykırıdır. Kanaatimizce bu suçun herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak düzenlenmesine dair bir kanun değişikliği, bu karışıklığı ortadan kaldıracaktır.

III. TCK m. 235/2-b'deki suça ilişkin bir başka sorun, gizli tutulması gereken bilgilerin tekliflerle alakalı olmaması durumunda m. 235/2-b'de yer alan suçun oluşmamasıdır. İhale sürecinde gizli kalması gereken her bilgi tekliflerle ilgili olmayabilir. Örneğin, kamu idaresinin bu ihalenin yapılmasıyla elde ettiği veya edeceği kâr miktarının başkalarına ulaştırılması durumunda, her ne kadar bu bilgi tekliflerle alakalı olmadığı için m. 235/2-b kapsamında suç oluşmamış olsa da, ihaleye fesat karıştırılmış, kamu idaresi de ekonomik zarara uğramış olur. Dolayısıyla, yapılacak kanun değişikliği ile m. 235/2-b'deki hüküm “İhale yapılırken gerçekleştirilen tüm işlemlere ilişkin” olacak şekilde değiştirilmelidir.

IV. İhaleye fesat karıştırma suçunun nitelikli halini düzenleyen üçüncü fıkrası, 11 Nisan 2013 gün ve 6459 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Bu düzenlemeden önce, suçun temel hali tehlike suçu olarak nitelendirilmekteydi. Fıkranın eski düzenlemesinde kamu zararının oluşması suçun nitelikli hali olarak tanımlanmakta ve bu durumda da suçun nitelikli hali zarar suçu olarak öngörülmüştü. Basit hali tehlike suçu olan bir suçun nitelikli halinin zarar suçu şeklinde düzenlenmesi de kanun yapma tekniğine tamamen uygun bulunmaktaydı. Bu düzenleme suçun gerçekleşme zamanı konusunda da tereddütler içermiyor, tehlike suçu halinde düzenlenmiş olan seçimlik hareketlerin icrasının tamamlanmasıyla suç oluşmuş oluyordu. Sonuç olarak madde değişiklikten önce tereddütsüz tehlike suçu kategorisi içinde sayılmaktaydı.



TCK m.235 hükmünde 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, gerçekte suçun nitelikli haline ilişkin fıkrada (m.235/3-b) değişiklik yapıldığı halde, dolaylı olarak suçun temel hali değiştirilmiş ve ihaleye fesat karıştırma suçu -cebir veya tehditle işlenmesi hali hariç- zarar suçu haline getirilmiştir. Ayrıca suçun temel halini de (kamu zararı meydana gelmemesi) cezayı hafifleten nitelikli hale dönüştürmüştür.

Değişikliğin gerekçesine göre: “*Maddenin halen yürürlükte olan düzenlemesine göre söz konusu suç temel şekli itibarıyla bir zarar suçu değildir. Zararın meydana gelmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılması öngörülen değişikliklerle, bu suçun temel şeklinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi, zarar suçuna dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda kamu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, fail hakkında söz konusu suçun temel şekline nazaran daha az cezaya hükmedilmesini sağlamak için işbu değişiklik önergesi verilmiştir*”.

İhaleye fesat karıştırma suçunun temel halinin oluştuğundan söz edebilmek için “*kamu kurum veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmesi*” gerektiğinden, “*cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi*” hali hariç olmak üzere suçun temel hali bakımından “kamu zararı” kavramının ne şekilde belirleneceğinin ortaya konulması gerekmektedir. İhaleye fesat karıştırma fiili nedeniyle ilgili kamu kurum veya kuruluşunun zarar gördüğünün tespit edilememesi halinde, suçun cezayı hafifleten nitelikli halinin (TCK m.235/3-b) uygulanması söz konusu olacaktır. TCK m.235/3 hükmünde -mülga 235/3 hükmünde olduğu gibi- “*Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez.*” biçiminde açık bir düzenleme bulunmadığından, kamu zararının “somut” ve “belirlenebilir” bir zarar olması ve mutlak surette “tespit edilmesi” gerekmektedir. Kanun koyucunun, bu düzenlemeye fıkra metninde yapılan değişiklikte yer vermemesinden artık zarar miktarının somut olarak (rakamsal olarak) belirlenmesini zorunlu kabul ettiği sonucu çıkarılmalıdır. Kamu zararının ortaya çıktığı somut bir şekilde –miktar- olarak belirlenmeksizin, ihaleye fesat karıştırma suçunun temel halinden dolayı (TCK m.235/1) ceza verilebilmesi mümkün olmayacaktır.



Bu anlamda;

– 6459 sayılı kanun ile değişik 235’inci maddesinin 3 üncü fıkrasında yapılan değişiklikle getirilen kamu zararının meydana gelmemiş olmasının daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesin suçun işlenmesini oldukça zorlaştırdığı,

– Zararın somutlaştırılmasının güçlüğü de düşünüldüğünde uygulamada hükümlerin genelde kanunun bu maddesinden hüküm kurulup Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması kapsamında kalan cezalara bu kurumun uygulanacağı,

– Temel cezanın 3-7 yıl olduğu, ihale konusunun küçük meblağlı olabileceği gibi çok yüksek meblağlı olabileceği, bu itibarla alt sınır ile üst arasındaki makasın dar olduğu,

Hususları itibariyle cezai müeyyidenin caydırıcılık etkisinin azalacağını ve toplumun adalet beklentisinin zedeleneceğini düşünmekteyiz.

V. İhalenin bitmesi yani sözleşmenin imzalanmasını takip eden devre edimin ifası devresidir ve bu suç fiili 5237 sayılı TCK’nın 236’ncı maddesinde düzenlenmiştir. İhale sürecinde ve edimin ifası sürecinde yapılan işlemlerin birbirine karıştırılmaması gerekir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından idarenin taraf olduğu iki taraflı işlemler önem arz etmektedir. İdarenin taraf olduğu iki taraflı işlemler ise temel olarak idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. İhale mevzuatına ilişkin temel kanunlar ve ihale suçları idarenin özel hukuk sözleşmeleri esas alınarak hazırlanmıştır. İhaleye fesat karıştırmaya ilişkin farklı değerlendirmelerin yapılması mümkün olmakla birlikte söz konusu suçun konusunu sadece özel hukuk sözleşmelerine dayalı edimler oluşturabilecektir. Ayrıca taahhüt edilen edimin mutlaka ihaleye dayalı olarak imzalanan bir sözleşmeden kaynaklanması gerekmediği gibi ihale sonrasında sözleşmenin imzalanmadığı istisnai hallerde de edim suçun konusunu oluşturabilecektir. Birinci durum için doğrudan temin yöntemi, ikinci durum için ise pazarlık yöntemi örnek olarak gösterilebilir.



Suçun, zarar suçu-tehlike suçu ayırımındaki yeri tartışmalı olmakla birlikte 6459 sayılı Kanuna ilişkin önerenin gerekçesinde (Yukarıda da bahsettiğimiz şekliyle; “*Maddenin halen yürürlükte olan düzenlemesine göre söz konusu suç temel şekli itibarıyla bir zarar suçu değildir. Zararın meydana gelmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılması öngörülen değişiklikte, bu suçun temel şeklinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi, zarar suçuna dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda kamu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, fail hakkında söz konusu suçun temel şekline nazaran daha az cezaya hükmedilmesini sağlamak için işbu değişiklik önergesi verilmiştir*”). edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından yapılan değerlendirmede bu suçun zarar suçu olduğu ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak da ihaleye fesat karıştırma suçunun yaptırımında değişikliğe gidilmiştir. Ayrıca seçimlik hareketlerin kaleme alınış biçiminden anlaşılabacağı üzere suçun oluşması için bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle edimin ifasına fesat karıştırma suçunu zarar suçu olarak kabul etmek gerekecektir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, yalnızca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ya da 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamındaki ihaleler ile sınırlı olmayıp, devlet hesabına diğer mevzuat hükümlerince yapılan hizmet ve mal alımları ve yapım işleri ihaleleri bakımından da uygulama alanı bulabilecektir. Bu suçun faili olabilecekler bakımından; TCK madde 236/2’nin (a) ve (b) bentlerinde “teslim eden” veya “kabul eden” kavramları kullanılmış iken; (c), (d) ve (e) bentlerinde sadece “kabul eden” kavramı kullanılmıştır. Buna göre (a) ve (b) bentleri açısından fail, fesada uğramış edimi kabul eden veya teslim eden kişiler olacaktır. (c), (d) ve (e) bentleri bakımından ise fail, yalnızca edimi kabul eden kimseler olacaktır. Kanaatimizce, bu suçun hukuki konusu nazara alındığında TCK madde 236/2’nin (c), (d) ve (e) bentlerinde “teslim eden” in edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kapsamının dışında bırakılması, yerinde değildir. Zira asıl fiili gerçekleştirenin değil de, yalnızca böyle bir edimi kabul edenin cezalandırılması hukuk mantığıyla bağdaşır nitelikte değildir. Yasa koyucunun bu bentlerde yer alan suçun kapsamını, yüklenicileri de içine alacak şekilde genişletmesi yerinde olacaktır.

236’ncı maddenin bir diğer hatası, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun maddi unsurlarının 2’nci fıkra gereği sadece “*hileli*” olarak işlenebileceği esasının kabul edilmesidir. Daha somut bir deyişle, desise (sanía), tehdit veya cebirle edimin ifasına fesat karıştırma



suçunun oluşması olanaklı iken, bunun maddede kabul edilmemiş olması açık bir hata teşkil etmiştir. Hele, birbirinden ayrılması olanaksız olan hile ile desisenin birlikte kullanılmaması kanımızca vahim bir hata olmuştur. Hile; ikna etmeye yönelik sözlerle gerçeği gizlemekten, bir başka deyişle, doğru sanılmasına elverişli olan akıl yürütmeleri içeren bir yalandan ibarettir. Desise ise, olmayanı varmış gibi, olanı yokmuş gibi göstererek gerçeğin gizlenmesi anlamına gelir. Görüldüğü üzere hile ve desise kavramları arasında ayrılmaz bir bütünlük bulunmaktadır. Nitekim bu anlayıştan hareketle, daha önce incelenen TCK'nın 235'inci maddesinde hile ve desiseyi kapsar şekilde “hileli davranış” ibaresi kullanılmıştır

236'ncı maddede belirtilen fiillerin cebir veya tehdit yoluyla işlenmesi durumunda da edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmalıdır. Konuyu bir örnekle açıklamak uygun olacaktır. TCK'nın 236'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendine göre, hileli bir şekilde, edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmakta, buna karşın, bu fiilin tehdit veya cebirle işlenmesi durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmamaktadır. Bu çerçevede; bir müteahhidin, edimi süresinde ifa etmemesine rağmen süresinde ifa etmiş gibi kabul etmediği takdirde kabul görevlisinin çocuğunu okul yolunda kaçıracağını veya söylemesi, bir başka deyişle, kabul görevlisini tehdit ederek edimin süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesini sağlaması durumunda müteahhidin davranışı edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşturmayacaktır ki bu durumun ne kadar büyük bir haksızlık ve adaletsizlik doğuracağı ortadadır.

Bahsetmemiz gereken bir diğer husus ise “Kamu Zararı” dır. Kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması durumunda kamu zararı oluşmaktadır. Kamu zararı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda tanımlanmış ve kamu zararına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Kamu zararı, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmali sonucu mevzuata aykırı işlem, karar veya faaliyeti kamu kaynaklarında eksilmeye veya artışa engel olunması durumudur.

Yargıtay CGK, 17.04.2007 tarihli ve E. 2007/88, K. 2007/94 sayılı kararında kamu zararından ne anlaşılması gerektiğini şu şekilde tanımlamıştır: “...5018 sayılı KMYKK md.

71’de de belirtildiği üzere, kamu kaynaklarında azalmanın meydana gelmesine yol açılmasına ve bu kaynaklardaki zenginleşmenin önüne geçilmesine kamu zararı denir.”

Kanunda ve yukarıda da bahsettiğimiz Yargıtay kararında kamu zararının tanımı net bir şekilde yapılmasına rağmen uygulamada kimi zaman bu tanımlamaya uymayan kararların verildiğine rastlamaktayız. Örneğin; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 26.03.2013 tarihli ve E. 2012/4411, K. 2013/2346 sayılı kararında, ihaleye yeniden çıkılması için yapılan masrafları olağan masraf olarak görerek kamu zararı kapsamında değerlendirmemiştir. Her ne kadar doktrinde de kimi yazarlar tarafından fesat karıştırıldığı gerekçesiyle iptal edilen bir ihale için yapılmış masrafların ve yeniden ihale yapılacak olması sebebiyle yapılacak olan masrafların zarar kapsamına girmeyeceği görüşü savunulsa da, 5018 sayılı KMYKK’da yapılan kamu zararı tanımından yola çıkılarak, kamu kaynaklarında eksilmeye yol açılması ve artışa engel olunması sebebiyle bu masrafların zarar kapsamına girdiği kabul edilmelidir.

İhaleye ilişkin yolsuzluklar, kamu kurumlarını ve Hazineyi zarara uğratmak suretiyle haksız kazanç elde etmenin en önemli ve en kestirme biçimidir. Genelde yolsuzluğun özelde ise ihale yolsuzluğunun artması, kamusal faaliyetleri ve kamu kaynaklarının etkin kullanımını zarara uğratmakta ve devleti zayıflatmaktadır. Bu sebeple, ihale yolsuzluklarının tespiti ve yolsuzluk yapan faillerin cezalandırılması, verilen cezaların caydırıcı olması ve bu alandaki düzenlemelerin uygulamalar ile tutarlılık göstermesi büyük önem arz etmektedir. Yolsuzluğun ceza hukuku araçlarıyla önlenememesi/kontrol altına alınamaması halinde, kanunsuzluk kültürünün yerleşmesi ve ekonomik yetersizlik baş gösterinceye kadar yolsuzluğun büyüyeceği (devletin de o nispette zayıflayacağı) kaçınılmaz bir sonuçtur.



KAYNAKÇA

AKBULUT

Berrin, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, 2009.

AKBULUT

Berrin, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Sayı: 10, Ankara: Seçkin, 2009.

AKMAN

Canan, “Kamu İhalelerinde Güvenilirlik ve Gizlilik”, İhale İmar Dergisi, Sayı 4, Haziran, 2003.

AKPINAR

Nazife, Avrupa Birliği Müktesebatı Çerçevesinde Kamu Alımları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020

AKYILMAZ

B. İdari İşlemin Yapılış Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

ALPER ve ANBAR

D. ve, A. Osmanlı İmparatorluğu’nun İç Borçlanmada Kullandığı Yöntem ve Araçlar, Maliye Finans Yazıları Dergisi, Sayı:87, Nisan 2010.

ALTIPARMAK

C. Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

ARAPGİRLİ ve DEMİREL

Murat, Salim, İhalelerde Hak Arama Yolları, Seçkin Yayınları, 2013.



ARITÜRK

Ramazan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

ARSLAN

Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Adalet Yayınevi, Güncel Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2010.

ARSLAN

Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.

ARSLAN

Çetin. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK md. 235), Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

ARSLAN

Ahmet (2004), “5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Kamu Harcama Sisteminde Yapılan Düzenlemeler”, Maliye Dergisi, 147, 1-44, <https://maliyedergisi.sgb.gov.tr/yayinlar/md/md145/ahmeta.pdf>

ARSLAN

Ç. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (2. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

ARSLAN

Çetin, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

ARSLAN ve TÖNGÜR

Çetin, Ali Rıza, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl: 2013, Sayı: 14.



- ARTUK vd.** Mehmet Emin, Gökçen ve Ahmet ve Yenidünya, A. Caner. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Basım, Ankara, 2009.
- ARTUK vd.** Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, Caner, 2015. Ceza Hukuku Özel Hükümler. 15.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ARTUK vd.** Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 8. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- ARTUK vd.** Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 5. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014.
- AZ** Leyla Bakır, Danıştay Kararları Işığında 4734 ve 4735 Sayılı Kanun Uyarınca Verilen İhalede Yasaklama Kararları, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021.
- BAKICI** Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2008.
- BAL** Mehmet, “İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU”, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2016.
- BALCI** Murat, Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2004.



CANBAZOĞLU

Kerem, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru ve Denetim Yolları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, (Yayınlanmamış), Ankara, 2008, s.33.

CANBAZOĞLU

K. (2017). “İhalelere Katılma Yasağı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara.

ÇALIŞKAN

Hafize, “Kamu İhalelerinde Saydamlık”, İhale İmar Dergisi, S.2, Nisan, 2003, s.19.

ÇALIŞKAN

S. (2013). Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Işığında İhale Kavramları ve İhale Suçları, Ankara: Adalet, S. 98

DEMİR

Nazlı Hilal, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Fasikül Hukuk Dergisi, 2013.

DEMİRBOĞA

D.A., 2006, Avrupa Birliği Hukuku Bağlamında Kamu İhale Sözleşmesi Yapılmasında İsteklinin İdareye Karşı Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, (Yayınlanmamış), Ankara.

DEMİREL

Gamze Güler, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017

DEMİREL

S.(2014). 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde İhalesi Yapılan Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım

İşlerinde İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, Ankara.

DEMİREL

Salim. “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde İhalesi Yapılan Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinde İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014

DİLBEROĞLU

Ahmet Vedat, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2015

DİLBEROĞLU

Ahmet Vedat, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2015.

DOĞANYİĞİT

Saadettin, “Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu Sözleşmeleri Kanunu”, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

DÜLGER

Murat Volkan, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, <http://www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf>

DÜLGER

Murat Volkan, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt 1, 2008.



EKER KAZANCI

Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, 2007, Seçkin Yayınevi, s.117

EKER KAZANCI

Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara 2011.

EKŞİ

H., 2013, Kamu Harcamaları Kapsamında Kamu İhale Sisteminin Yolsuzluk Suçları Açısından Değerlendirilmesi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, BURSA.

EREN

Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.

GEÇGEL

Bülent, Kamusal Denetim Hukukunda Kamu Zararı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi İstanbul,2020.

GÖÇERLER

Ahmet, Kamu İhale Kanununun Getirdiği Yenilikler, www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/Kamu_Ihale_Kanunu.doc.

GÖK

Yaşar, “Açıklamalı Kamu İhale Kanunu”, 4. Basım, Ankara, 2009

GÖK

E.(2018). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, İller Bankası Anonim Şirketi.



GÖKCEN	Ahmet, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri”, İstanbul, 1999
GÖNEN ve IŞIK	Diğer, Hikmet. Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara, 2008
GÖRMEZ	Bahar Koç, Kamu İhale Hukukunda İhale Yasaklama İşlemi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019
GÖZLER	Kemal ve Gürsel KAPLAN. İdare Hukuku Dersleri, 13. Baskı, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2013.
GÜLEL	İlhan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl 3, Sayı:11, Ekim 2012.
GÜLEL	İlhan: “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl 9, Sayı:33, Ocak, 2018.
HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN	Zeki, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara, Ağustos, 2012, US-A Yayıncılık
HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN	Zeki, Muharrem: “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler” 7.Baskı (US-A Yayıncılık, Ankara, 2014).
HAKERİ	Hakan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler”, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

http://sirabasi.av.tr/kamu-ihale-mevzuatinda-ihalelere-katilmaktan-yasaklama_33_tr.html



İÇEL

Kayıhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler 11, Suçun Yapısal Unsurları, Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımları, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013.

İÇEL ve ÜNVER

Kayıhan, Yener, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara 2009.

KAPLAN

Mahmut, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 1.

KAPLAN

Sami, İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması, Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012

KARA

R., 2019, İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya.

KAYA

Cemil, “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, SÜHFD, C. 14, S. 2, 2006

KESKİN

Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler Ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü, Doktora Tezi, (Yayımlanmamış), Ankara, 2006, s.113.



KILIÇ	Ahmet, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.
KOCA	Mehmet Reis, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl 2014.
KOCA ve ÜZÜLMEZ	Mahmut/, İlhan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, TAAD, 2013/13.
KOCA ve ÜZÜLMEZ	Mahmut, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2009.
KOCA ve ÜZÜLMEZ	Mahmut, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012
KOÇBERBER	Seyit, “Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü Ve Önemi”, Sayıştay Dergisi, S:97, Nisan-Haziran 2015.
KÖMÜRCÜ	Gökhan, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, (Yayımlanmamış), İstanbul, 2006.
MERAN	Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
ONAR	S.S. (1966). İdare Hukuku C. III, Hak Kitabevi, İstanbul.



ORULLUOĞLU

Cuma, Kamu Zararı, 3. Basım, Ankara: Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayını. 2016.

ÖZAY

İ. (1985). İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

ÖZBAŞKAN

Hanife, Bütçe Denetimi, Kamu Zararı ve Sonuçları, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, Trabzon, 2019.

ÖZBEK

Özer, Veli, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker, 2016. 10. Baskı: Seçkin Yayıncılık

ÖZCAN

Emel, Mahalli İdarelerde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve Yerinden Yönetim, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017

ÖZCAN

N.S.(2015). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir.

ÖZDEMİR

Didar, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

ÖZGENÇ

İzzet, “İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013

ÖZGENÇ

İzzet: “Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik”, (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No:2, İstanbul, Haziran 1996).

ÖZKAN

G. (2014). Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara.

ÖZKAN

Gürsel, Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

SANCAKDAR

O. (2012). İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı. Ankara: Seçkin.

SARI

Cahide Gülnur, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, T.C Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019

SARITAŞ

Hatice, “ İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, in: Sayıştay Dergisi, s.73, s. 62

SARITAŞ

Hatice, “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Sayıştay Dergisi, 2009/73.

SEVİMLİ

Sena Gülhan, İdare Hukukunda Kamu Zararı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

SEZER

Y. (2012). Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara.



SEZER

Yasin, “ İyi İdare için Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, in: İÜSBFD, S.26, Mart 2002, s. 153.

SOYASLAN vd.

Doğan/Kemer Mustafa/Gülseven Mustafa, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, 2014

SOYASLAN

D. (2012). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

SOYASLAN

Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

SUCUOĞLU

Arif Naci, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2019.

ŞEN ve AKSÜT

Ersen, Ertekin, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 6459 ve 6526 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Işığında, 4.Baskı, Seçkin yayınları, 2014

TAŞDELEN

Aziz. Kamu Harcamalarını Hukukunda İhale Süreci, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004

TAYTAK ve AYDIN

Mustafa, Murat, Kamu Zararı Uygulamalarının Kamu Görevlileri Üzerine Yansımaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, Yıl: 2019.



TOPTİMUR

İnan, Suça İştirak, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017

TOROSLU

Nevzat: “Ceza Hukuku Genel Kısım” 14.baskı (Savaş Yayınevi, Ankara, 2009).

TORUN

Bülent, Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

TOSUN ve CEBECİ

Hikmet, A. Uğur, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (Açıklamalı ve Karşılaştırmalı), 1. Basım, Ankara: Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayınevi, 2005.

TUĞRUL

Ahmet Ceylani, İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013

TURGUTER

Necip, Kamu Zararı Açıklaması, 1. Basım, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2012.

TÜRKAN ER

Neslihan, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.

ULUSOY

A. (2013). İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.



- UZ** Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005
- UZ** Abdullah, İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Kapsamı Ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması:“İddaa” Örneği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı:1, 2008, s.186.
- ÜNAL** Nurdoğan, İhale Suçları İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma, Seçkin Yayınları, Ankara 2017
- ÜNAL** Fatih, Kamu Zararı ve İlgililere Rücu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019.
- ÜSTÜN** Ümit Süleyman, Hande Sena ÇALIŞ, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi, Konya, 2018.
- YAŞAR vd.** Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.Baskı, Ankara 2014
- YERELİ ve BÜLBÜL** Ahmet Burçin ve Duran, “Mali Yönetim ve Mali Denetim Açısından Kamu Zararı”, <http://www.ahmetburcinyereli.com/YYMYF13-1.pdf>.



YÜKSEKTEPE

M.A.(2018). Kamu İhale Kurulu ve Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri ve Yargıtay İlamları İle İhale Hukuku. İstanbul: Aristo Yayınevi.

ZOR

Ö.T. (2006), “Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi”, Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 3.

