

T.C.
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI

İHALEYE
FESAT KARIŞTIRMA
SUÇU

Mehmet BAL

Nisan 2016

Tez Başlığı : İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

Tezi Hazırlayan: Mehmet BAL

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

Prof. Dr. Mehmet YAZICI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.

Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.

Yard. Doç. Dr. Ali Uğur ERİŞ

Tez Danışmanı

Tez Juri Tarihi: 08 / 04 /2016

Tez Juri Üyeleri:

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniv.)

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN (Ankara Üniv.)

Yard. Doç. Dr. Ali Uğur ERİŞ (Çankaya Üniv.)

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı

Mehmet BAL

İmza:

Tarih:

17.05.2016

ÖZET

Ekonomik menfaat amacı ile işlenen suçların başında gelen suçların başında gelen “İhaleye Fesat Karıştırma” suçu Türk Ceza Kanunu’nun 235. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükmün 765 sayılı TCK’daki ihaleye fesat karıştırmayı yaptırım altına alan düzenlemelerden temel farkı, ihaleye fesat karıştırmayı oluşturan hareketleri seçimlik olarak göstermiş olmasıdır. Ancak uygulamada ve hukukçular arasında bu hükmün ne şekilde anlaşılması ve uygulanması gerektiği noktasında bazı tereddütlerin bulunduğu görülmektedir. Ayrıca TCK’nın 235. maddesi 6459 sayılı Kanunun 12. maddesiyle bir değişiklik geçirmiş, sırf hareket suçu olmaktan çıkarak zarar suçu haline gelmiştir. Çalışmamızda, ihaleye fesat karıştırma suçu, uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve maddenin değişiklikten sonraki hali göz önünden bulundurulularak incelemeye tabi tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İhale, hileli davranışlar, edimin ifası, teklif, anlaşma, ihaleye katılma yeterliliği, nitelikli haller.

ABSTRACT

Bid rigging, which is one of the major crimes committed gain, is regulated by Article 235 of the Turkish Penal Code 5237. The main difference between this Article and the articles which refer the crime of bid rigging in Turkish Penal Code 765 is that Article 235 of the Code No. 5237 sets forth the conducts of bid rigging as optional. However, it is clearly seen that the lawyers and the practitioners have some hesitations about how to apply the Article. Moreover, Article 235 of the Turkish Penal Code was amended by Article 12 of the Law No. 6459 and became a result crime that causes damage. In this article, the crime of bid rigging is examined considering the problems encountered in practice and the text of article 235 after the amendment.

Keywords: Tender, fraudulent conducts, performing contractual obligation, bid, contract, competency for participation in tenders, qualified cases.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	x
GİRİŞ.....	2
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
1.1. GENEL BİLGİLER.....	4
1.2. İHALE KAVRAMI.....	9
1.3. İHALE TÜRLERİ	12
1.3.1. YAPIM İHALELERİ	13
1.3.2. HİZMET ALIM VE SATIM İHALELERİ	14
1.3.3. DİĞER İHALE TÜRLERİ	14
1.4. İHALE USULLERİ.....	15
1.4.1. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NDA BELİRTİLEN İHALE USULLERİ.....	16
1.4.1.1. Açık Teklif Usulü (Açık Artırma ve Eksiltme Usulü)	17
1.4.1.2. Kapalı Teklif Usulü	17
1.4.1.3. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü.....	18
1.4.1.4. Pazarlık Usulü	19
1.4.1.5. Yarışma Usulü	21
1.4.2. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA BELİRTİLEN İHALE USULLERİ.....	21
1.4.2.1. Açık İhale Usulü.....	22
1.4.2.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü	23
1.4.2.3. Pazarlık Usulü	23
1.4.2.4. Doğrudan Temin Usulü	24
1.4.2.5. Tasarım Yarışmaları Usulü.....	27

1.5. KAMU İHALELERİNE HÂKİM OLAN İLKELER	27
1.5.1. Saydamlık (Açıklık) İlkesi	30
1.5.2. Rekabet (Yarışma) ilkesi	31
1.5.3. Eşit muamele ilkesi.....	32
1.5.4. Güvenirlilik İlkesi.....	33
1.5.5. Gizlilik İlkesi	34
1.5.6. Kamuoyu Denetimi İlkesi.....	35
1.5.7. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi	35
1.6. İHALE SÜRECİNDE YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR.....	36
1.6.1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Yasak Fiil ve Davranışlar	37
1.6.2. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nda Yasak Fiil ve Davranışlar	40
İKİNCİ BÖLÜM	42
İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU	42
2.1. SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	42
2.1.1. 765 SAYILI MÜLGA TCK’DA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU	43
2.1.2. 5237 SAYILI TCK’DA “İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU”	45
2.2. SUÇUN KORUDUĞU HUKUKİ DEĞER (HUKUKİ KONU).....	49
2.3. SUÇUN FAİLİ	52
2.4. SUÇUN MAĞDURU	58
2.5. SUÇUN KONUSU	60
2.6. SUÇUN UNSURLARI.....	64
2.6.1. SUÇUN MADDİ UNSURU.....	65
2.6.1.1. Hareket	70

2.6.1.1.1. “Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye ve İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek”	75
2.6.1.1.2. “Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak”	78
2.6.1.1.3. “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”	82
2.6.1.1.4. “Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına ve Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak”	85
2.6.1.1.5. “Cebir ve Tehdit Kullanmak Suretiyle ya da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmasını Engellemek”	87
2.6.1.1.6. “İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları”	92
2.6.1.2. Netice.....	95
2.6.2. SUÇUN MANEVİ UNSURU	98
2.7. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	101
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	105
SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIMI.....	105
3.1.SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	105
3.1.1. Cezayı Ağırlaştırıcı Hal (Suçun Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle İşlenmesi)	106
3.1.2. Cezayı Hafifleten Sebep (Zarar Meydana Gelmemiş Olması).....	107

3.2. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMİ	111
3.2.1. TEŞEBBÜS	111
3.2.1.1.Genel Olarak.....	111
3.2.2. İŞTİRAK	116
3.2.3. İÇTİMA.....	122
3.2.3.1.Genel Olarak.....	122
3.2.3.2.Zincirleme Suç.....	124
3.2.3.3.Fikri İçtima	126
3.2.3.4.Bileşik Suç.....	127
3.2.3.5.Fiilin Aynı Zamanda Kabahat Oluşturması.....	129
3.3. KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM.....	129
3.3.1. KOVUŞTURMA USULÜ.....	129
3.3.2. YAPTIRIM.....	131
3.2.2.1. Ceza	131
3.2.2.2. Güvenlik Tedbirleri	132
SONUÇ.....	134
KAYNAKÇA	138

KISALTMALAR

a.g.e	: adı geçen eser
a.g.m	: adı geçen makale
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	: Daire
DİK	: Devlet İhale Kanunu
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
K.	: Karar
KK	: Kabahatler Kanunu
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu
KT.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

İnsanların bir takım ihtiyaçlar dolayısıyla bir arada yaşamak istemeleri, kapsamlı ve toplumsal ihtiyaçları doğurmasına neden olmaktadır. Toplumsal yaşam ve gelişen sosyal devlet anlayışı gereği, bu ihtiyaçlar, karşımızı kamusal ihtiyaçlar olarak çıkmaktadır.

Toplumun tüm bireylerinden müteşekkil en büyük tüzel kişiliği haiz olan devlet, topluma ve bireylerine hizmet ederken bir takım ekonomik faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu ekonomik faaliyetin en başında ihale kurumu gelmektedir.

Devletin üstlenmiş olduğu sorumluluk ve yükümlülüklerinin artması dolayısıyla kamu harcamalarında da büyük bir artış gözlemlenmiştir. Kamu alımları için ülkeler önemli miktarda kamu kaynağı tahsis etmektedir. Gelişen sorumluluk ve yükümlülükler çerçevesinde kaynakların etkili, ekonomik ve verimli kullanılması, kaynak yönetiminde hesap verebilirlik ve saydamlığın sağlanması anlayışını da doğurmuştur.

Kamu kurum ve kuruluşlarının mal, hizmet ve yapım işleri alımları hem kamu harcamaları içerisinde hem de ülke ekonomisi içerisinde önemli bir paya sahiptir. Kamu harcamalarının etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi hem kamu tasarruflarına olumlu katkıda bulunacak hem de vergi mükelleflerinin parasının gerçek değerinde harcanmasına ve dolayısıyla ekonomide kaynakların en uygun olarak tahsis edilmesine yardımcı olacaktır.

Kamu kurumları ve kuruluşları mal alımı, hizmet alımları ve yapım işleri gerçekleştirirken hem kamu harcaması yapmakta hem de satım ve özelleştirme gibi işlemler ile para kazanma yoluna gitmektedirler. Bu şekilde hem kamu hizmeti hem de kamu yararının söz konusu olduğu ihale sisteminde; ihalenin sağlıklı yürütülmesi, rekabet ortamının sağlanması, edimin, taahhüdün veya ödemenin hukuka uygun ve tam anlamıyla yapılabilmesi için bir takım yükümlülükler ve cezai yaptırımlar benimsenmiştir.

Kamu kaynaklarının yönetimi, eskiden beri, özel sektörün kaynak yönetimine nazaran daha sıkı ve ayrıntılı kurallara tabi kılınmıştır. Bu düzenlemeler, söz konusu kurallar vasıtasıyla harcamaların kontrolünü elde tutarak kamu kaynaklarının kullanımındaki usulsüzlük ve yolsuzlukların önüne geçmek ve ilerde bu harcamaların usulüne uygun yapılıp yapılmadığını denetlemek açısından da önem taşımaktadır.

Çalışmamızın konusunu 5237 sayılı TCK'nın 235 inci maddesinde düzenlenmiş olan "ihaleye fesat karıştırma suçu" oluşturmaktadır.

"İhaleye fesat karıştırma suçu", 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda farklı maddelerde dağınık ve unsurları da belirsiz bir şekilde düzenlenmişti. Bu durum konunun anlaşılmasını zorlaştırmakta, uygulamada sorunlara yol açmaktaydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda uygulamada yaşanan bu sıkıntılar göz önünde bulundurulmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları belirli hale getirilmiş, en önemlisi de suçun hangi hareketlerle işlenebileceği bizzat tayin edilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle ihale ile ilgili genel bilgiler açıklanmış, ihale kavramı ve süreci açıklanarak, *Kamu İhale Kanunu* ve *Devlet İhale Kanunu*'na ilişkin olarak ihale usulleri ve ihaleye hâkim olan ilkeler tek tek belirtilmiştir. Bu konu üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünü teşkil etmektedir.

İkinci bölümde suç tipi hakkında genel bir bakış düzenlenmiş, suçun tarihsel gelişimi ile beraber mevcut düzenleme ve 6459 sayılı kanun değişikliği ele alınmıştır. Aynı bölüm içerisinde suçun maddi ve manevi unsurları ile madde metninde tahdidi olarak belirtilen eylemler üzerinde durulmuştur.

İhaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili üçüncü bölümde suçun nitelikli halleri, özel görünüş şekilleri, kovuşturma usulü ve suça dair yaptırımlar çalışmamızda ele alınan konuları oluşturmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İHALE, İHALE USÜLLERİ VE SÜRECİ

1.1.GENEL BİLGİLER

Gerçek ve tüzel kişiler, bir takım faaliyetleri dolayısıyla mal ve hizmet alım ve satımına ihtiyaç duyarlar. Bu durum, yaşamın bir parçası olması dolayısıyla kaçınılmaz bir gerçektir. Kişi ve kişilerden oluşan tüzel kişiler, bir yönüyle günlük akış ve faaliyetleri ile mesleki çalışmalarında değişik sebeplerle veya sorumluluklarını icra etme maksatlı ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri sağlamaya çalışırlar. Bununla birlikte diğer taraftan da hem gelir elde etmek hem de sorumluluk ve yükümlülüklerini ifa etmek için mal ve hizmet almak veya satmak isterler. Birey olmanın ve toplumsal yaşamın getirdiği bu zorunluluk, aynı zamanda birçok ticari, iktisadi ve hukuki ilişkinin meydana gelmesine sebep olur.¹

İdare, görevlerini ve sorumluluklarını ifa edebilmek için çoğunlukla tek yanlı işlemler yapmakla beraber bazen de karşılıklı anlaşmaya dayalı sözleşmeler de yapabilir. Zira idare görev ve sorumluluklarını yürütebilmek için çeşitli mal, meta ve hizmetlere ihtiyaç duyabilir. Bu ihtiyaçların her zaman tek yanlı işlemlerle sağlanması söz konusu olmayabilir. Bu sebeple bazen sözleşme yapma yoluna gidebilir.² Sözleşme yapma yolu ile ihtiyacın karşılanması en tipik örneği ihaledir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yapılan tanımlardan da anlaşıldığı üzere 'ihale' yönetimin yapacağı sözleşmenin tarafını seçmek için yürüttüğü bir süreçtir. Bu süreç, Kamu İhale Hukuku'nun kazuistik, sıkı ve emredici hükümlerine göre başlatılıp takip edilmekte ve sözleşmenin imzalanması ile sonuçlandırılmaktadır. Sözleşmeler, özel hukukun konusu olmasına rağmen ihaleye dair sözleşmelerde kamu hukuku kuralları uygulanmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak kamu hukuku kurallarının uygulanmasının sebebi, kamu kaynaklarının söz

¹ ŞEN, Ersen/AKSÜT, Ertekin, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 6459 ve 6526 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Işığında, 4. Baskı, Seçkin yayınları, 2014, s. 15.

² GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 9. Baskı Ankara 2004, İmaj Yayınevi, s. 166.

konusu olması ve bunların korunması adına özgün ve mahfuz kurallara ihtiyaç duyulmasıdır.³

İdare tarafından icra edilen alım, satım, kiralama ve yapım işleri 01.01.2003 tarihi öncesinde *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu*'nda belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yürütülmekteydi. 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu* ile *4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu*, ihale sistemini yeniden düzenlemiştir. *Kamu İhale Kanunu*'nun 2 nci maddesinde sayılan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri, bu kanunda yer alan usuller çerçevesinde yapılması öngörülmüştür.⁴

08.09.1983 tarihinde yürürlüğe giren *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu*'nun etki alanı çok daha geniş iken, 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu* ile etki alanı daralmıştır. Her iki kanun da yürürlüktedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu etki alanının daraltılmasına rağmen uygulanma ihtimali vardır. Ayrıca genel anlamda her iki kanun yönünden bir tanımlama yapar isek, *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu*, 'kamu kurum ve kuruluşları ile kamuyla bağlantısı olan kurumlara ait mal ve hizmetlerin satımında' uygulanır iken, *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu*, 'kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alımlarında ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerinde' uygulanır.⁵ *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu*'nun uygulama alanını gösteren madde 2'de "Kanunun kapsamına genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler; kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri; sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar; bu sayılanların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler; 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri girer. Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta

³ SOYASLAN, Doğan/Kemer Mustafa/Gülseven Mustafa, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, 2014, s.15-16, DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, s. 447.

⁴ Danışman, Mustafa. İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 4-5.

⁵ Koca, Mehmet Reis, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 6548 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliğe Göre, Ankara, 2014, s.11.

Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teēebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır” şeklinde belirtilmiştir.

“İhaleye fesat karıştırma” suçlarına konu ihalenin *Kamu İhale Kanunu* ve *Devlet İhale Kanunu*'na tabi olması zorunluluğu bulunmamakla birlikte “kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal ve hizmet alım veya satımları ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri” kural olarak söz konusu kanun hükümleri çerçevesinde yapılır.⁶

4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu* yürürlüğe girene ihaleler 2886 sayılı *Devlet İhale Kanunu*'na göre yapılmakta iken 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu*'nun yürürlüğe girmesiyle kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları, danışmanlık hizmetleri ve yapım işleri bu kanun kapsamına giren kurum ve kuruluşlar bakımından *Kamu İhale Kanunu*'na dahil olmuş, kamuya gelir sağlanması dair satım ve kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ise *Devlet İhale Kanunu* kapsamında kalmıştır. Usulüne uygun bir tarzda ihale sürecinin işleyişine yönelik *Türk Ceza Kanunu*'nda kazuistik bir düzenleme söz konusu olmadığından, bir ihaleye fesat karıştırılıp karıştırılmadığı konusu araştırılırken başta *Devlet İhale Kanunu* ve *Kamu İhale Kanunu* olmak üzere ihale mevzuatında belirlenen koşulların da belirleyicilik arz ettiği ifade edilebilir.⁷ 6549 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun nispeten daha ayrıntılı düzenleme olduğu söylenebilir.

Kamu ihalelerinin yapılmasında uyulması gerekli ilke ve esaslar tali mevzuatla belirlenmiştir. Bu amaçla Kamu İhale Kurumu tarafından, 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu* kapsamındaki idarelerin, bu kanuna göre yerine getirecekleri ihalelerde uygulayacakları usul ve esasları göstermek amacıyla Kanun Hükümünde Kararnameler, Yönetmelikler ve Tebliğler hazırlanmıştır. İhaleye konu işlemlerin değerlendirilmesinde kanun ile birlikte tali mevzuatta düzenlenen hükümlerin de göz önünden bulundurulması gerekmektedir. Tali mevzuat başlıklar halinde şunlardır:

- Fiyat farkı mahsubuna düzenlenecek esaslar

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, şubat, 2014, s.829.

⁷ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s.829.

- İhale uygulama yönetmelikleri
- İhalelere dair başvurular hakkında yönetmelik
- Muayene ve kabul yönetmeliği
- Kamu İhale Kurumu Tebliği şeklinde sıralanabilir.⁸

İhale, hazırlık aşaması, ihale aşaması ve ihale sonrası olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Kanunun icracısı olan idare, bu aşamaların hepsinde 4734 sayılı KİK’i göz önünde bulundurarak çalışmalıdır.

-Birinci aşama; İhaleye Hazırlık aşamasıdır. İhalenin temellerinin atıldığı bu aşamada ihale edilecek konu (mal, hizmet, yapı veya kiralama) belirlenerek buna dair ihale dokümanı hazırlanır. Bu dokümanda ihale yapılacak konunun vasıf ve mahiyeti ile takribi maliyeti belirlenir ve onaya sunulur. Yetkili makamın yapacağı inceleme neticesinde eksiklik bulunmadığı takdirde ihaleye çıkmak için onay verilir. Onay işlemi neticesinde ihale süreci başlamaktadır.

-İkinci aşama; İhale Süreci aşamasıdır. Bu aşamada evvelce hazırlanan şartname gereğince ihale ilanı yapılır. İhale türüne göre ihaleye katılmak isteyen şahıslardan ihaleye dair teklif zarfları alınır. Ancak bu işlemlerin çok gizli ve titiz yürütülmesi icap etmektedir. Zira ihaleye fesat karıştırma suçunun ekseriyet bu aşamada olduğu görülmektedir. Akabinde alınan tekliflerin ilgili ve yetkili ihale komisyonlarında değerlendirilmesi yapılır. Değerlendirme neticesinde ihale edilen konu en uygun ve en cazip fiyata en uygun kişiye ihale edilerek ihale sözleşmesi hazırlamak maksatlı kişi davet edilir. Bu davet neticesinde yönetim ve ilgili kişi arasında ihaleye konu sözleşme süreci başlar.

-Üçüncü Aşama; ‘Sözleşme Süreci’ aşamasıdır. İhale sonrası aşama da denmektedir. Bu aşamada ihaleyi kazanan taraf ile yönetim arasında ihale sözleşmesi imzalanır. İhaleyi kazanan taraf, edimini en uygun şartlarda belirtilen tarihte yetkili organ veya makamın kontrol ve denetimine sunar. Yetkili organ veya komisyonun uygun görmesi neticesinde işin kabulü yapılarak ihale bedeli ödenir.⁹ Sözleşme aşama sonrasına ilişkin konular “ihaleye fesat karıştırma suçu”nun konusunu oluşturmamaktadır. Zira bu aşama ile *Türk Ceza Kanunu’nun 236 ncı maddesinde* düzenleme altına alınan “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu” söz konusu olabilmektedir.

⁸ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.19.

⁹ Özgenç, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 3. Bası, Ankara 2013, s.9-10.

Bir idari sözleşme olan ihale ilgili olarak ihale sürecinde meydana gelen yasaya ve hukuka aykırı eylemler dolayısıyla *Türk Ceza Kanunu*'nda münferit olarak "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu" düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesi, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*'nun İkinci Kitabının 'Topluma Karşı Suçlar' kısmının 'Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar' başlıklı 235 inci maddesinde düzenlenmiştir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye ilişkin suçlar iki farklı bölümde yer almaktaydı. Öncelikle "Devlet Aleyhine İşlenen Suçlar" başlığı altında 205 ve 208 inci maddelerde "Devlet Namına Yapılan Alım ve Satımlara Fesat Karıştırma" akabinde aynı kanunun 366, 367 ve 368 inci maddelerinde "Hükümet Namına Yapılan Artırma Eksiltmelere Fesat Karıştırma" düzenlenmek suretiyle "Devlet ve Hükümet Namına" şeklinde ikili bir ayrıma gidilmişti. *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu* ile bu ayırım ortadan kaldırılmış, "ihale süreci" ve "edimin ifası sürecine fesat karıştırma" şeklinde bir ayrıma gidilmiş ve bu iki suç ayrı ayrı düzenlenmiştir.

5237 sayılı Kanunun "ihaleye fesat karıştırma" başlıklı 235 inci maddesinde, "*kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası*" ile cezalandırılacağı hükme bağlanmış ve hangi hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılacağı tek tek belirtilmiştir.¹⁰

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "ihaleye fesat karıştırma suçu" farklı başlıklar altında ve dağınık şekilde yapılan ikili hatta çoklu ayırım karmaşıklık ve ayrılığa sebep olmaktaydı. Nitekim maddelerde belirtilen bu ihale suç türlerinin bir başlık altında toplanması Ceza Kanunu sistematığı yönünden daha isabetli olacağı açıktır. Bu sebeple *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu* ile bu dağınıklık ve karmaşıklığın önüne geçmek için "*Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri*" ve bu ihale türlerine "*fesat karıştırma sayılan fiil*" lerinin bir madde altında toplanması yerinde olmuştur.¹¹

¹⁰ Sarıtaş/Hatice, İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Sayıştay Dergisi, S. 73, s. 55.

¹¹ Arıtürk, Ramazan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s.7.

1.2. İHALE KAVRAMI

Arapça ‘havl’ kelimesinin türemişi olan¹² ihale kelimesi sözlükte, “iş, mal ve hizmetlerin, açık ve rekabetçi bir ortamda eksiltme veya artırma yöntemleriyle en uygun teklifte bulunana verilmesi” olarak açıklanmıştır.¹³

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. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4 üncü maddesinde ise ihale “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.¹⁴

Geniş anlamıyla ihale; “bir iş, mal veya kıymetin en cazip şartlarda alınıp satılmasına” dair yürütülen süreçtir. Kamu alımları anlamında ihale, “idarenin faaliyetleri kapsamına giren hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla bedeli idare tarafından karşılanmak üzere ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin veya bir işin kanunda belirlenen usul ve kurullara uymak suretiyle sağlanan rekabet ortamı içerisinde isteklilerin en cazip teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılacak şekilde imzalanacak anlaşmanın ihtiva ettiği” süreci ifade eden işlemlerdir.¹⁵

İdare Hukuku açısından ihale; “devletin bazı işleri yaptırmak veya bazı malların alım satımında en fazla kâr ile çıkmasını sağlamak için kullandığı metotlardan” en başta gelenidir. İdareler, görevlerini ve sorumluluklarını yerine getirmek için çeşitli mal ve hizmetlere gereksinim duyar. Bu sebeple idareler, gördükleri kamusal görev gereğince toplumu dolaylı veya direk ilgilendiren bazı faaliyetlerde bulunabilirler. Ancak bu kamu fonksiyonu yerine getirilirken de hakkaniyete uygun davranılmalıdır.¹⁶

¹² Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.15; Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, 23. Baskı, Ankara 2006, s.415.

¹³ <http://www.tdk.gov.tr>.

¹⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e, s. 829.

¹⁵ Koca, M. Reis, a.g.e, s.14.

¹⁶ Altıparmak Cüneyd, Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2007, s.5.

İhale, ihale yetkilisince ihalenin onaylanmasından başlayıp, uygun teklifi veren istekli ile ilgili yönetim arasında sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar geçen sürede gerçekleştirilen işlemlerin bütünü ifade etmek için kullanılan kavramdır. Belirtilen zaman dilimleri arasında ihale kapsamında değerlendirilen bütün işlemler belli bir usule tabi olarak gerçekleştirilmektedir. Buna “ihale süreci” denir.¹⁷ İhale süreci, *İhalelere İlişkin Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 3 üncü maddesinde*, “ihale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescili ile; noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreç”, ihale süreci olarak tanımlanmıştır. İhale konusu iş, üzerinde bırakılan (ihaleyi kazanan) istekli ile idare arasında sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmenin konusunu oluşturan edimin yerine getirilmesi aşaması ise “edimin ifası süreci”ni oluşturmaktadır.¹⁸

Ceza Hukuku açısından ihalenin açık ve net bir şekilde ortaya konabilmesi için öncelikle *Kamu İhale Kanunu* ve *Devlet İhale Kanunu*’nda yazılı bir takım kavramların tanımlarının uygulayıcıların bilgisine sunulması gerekmektedir.¹⁹

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4 üncü maddesinde; Mal, hizmet, yapım işleri, istekli, ihale yetkilisi, sözleşme tanımlarına yer verilmiştir. Konunun iyi anlaşılabilmesi adına ihale sürecinde karşılaşılabilecek bazı terimlerin tanımlarını bilmekte fayda olacağı açıktır.

Mal: “Satıma konu her türlü gereksinim duyulan maddeler ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları”,

Hizmet: “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, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri”,

¹⁷ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Makalesi, Nisan 2013, Sayı 13, Yıl 4, s.2.

¹⁸ Özgenç, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 3. Bası, Ankara 2013, s. 9-10.

¹⁹ Danışman, a.g.e, s.15.

Yapım: “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, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini”,

Tedarikçi: “Mal alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri”,

Yapım Müteahhidi: “Yapım işi ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri”,

İstekli: “Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini”,

Yüklenici: “Üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekliyi”,

İhale Yetkilisi: “İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini”,

Açık ihale usulü: “Bütün isteklilerin teklif verebildiği usulü”,

Belli İstekliler Arasında İhale Usulü: “Ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usulü”,

Pazarlık Usulü: “Bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği, idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usulü”,

Doğrudan Temin: “Bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usulü”,

Sözleşme: “Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade etmektedir”.²⁰

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda da ihale konusuna dair bazı terimler tanımlanmıştır. Buna göre;

²⁰ Danışman, a.g.e, s.15-16.

İhale Yetkilisi: “Bu Kanunda yazılı işleri yaptırmaya ve ihaleye, idarelerin ita amirleri yetkilidir”.

Alım, Satım: “Taşınır ve taşınmaz mallar ile her türlü ihtiyaç maddeleri, hizmet ve hakların alım ve satımını”,

Hizmet: “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, prototip imalat, istikşaf, etüt, harita plan, proje, kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetleri”,

Yapım: “Her türlü inşaat, ihzarat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj işlerini, verilmesini”,

İstekli: “İhaleye katılan gerçek veya tüzelkişi veya kişileri”,

Müteahhit: “Üzerine ihale yapılan istekli veya isteklileri”,

Sartname: “Yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri”,

Sözleşme: “İdare ile yüklenici veya müşteri arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade etmektedir”.²¹

1.3. 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

²¹ Arıttürk, a.g.e, s.15-16.

kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların tasarrufunda bulunan ve kamu harcaması yapılmasını ihtiyaç kılan kaynakları ifade etmektedir.²²

5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu'nun 235 inci maddesinde* belirtilen "ihaleye fesat karıştırma" suçuna ilişkin farklı ihale türlerinden bahsedilmiştir. Çalışma konumuzu Türk Ceza Kanununun ihale sürecinde vuku bulan ihlalleri yaptırımına 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 yapımına ilişkin ihaleler şeklinde sıralanmıştır. Aşağıda bu ihale türlerinin kamu ihale hukuku çerçevesinde hukuki mahiyetlerinin açıklanması gerekmektedir.

1.3.1. YAPIM İHALELERİ

Yapım ihalelerine ilişkin olarak *Kamu İhale Kanunu* ve *Devlet İhale Kanunu*'nda ayrı düzenlemeler mevcuttur.

4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu madde 4'te* "Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, yeraltı treni, köprüyol, spor tesisi, alt yapı, boru iletişim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri, tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekupaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat imalat, ihracat nakliye, tamamlama, büyük onarım, yenileme, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj" şeklinde belirtilmiştir.

2886 sayılı *Devlet İhale Kanunu madde 4'te* ise "Her türlü inşaat, ihracat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj" hükmü mevcuttur. Bu sebeple, *Kamu İhale Kanunu madde 4'te* kapsam dâhilinde olan yapım işleri için *Devlet İhale Kanunu*, *Devlet İhale Kanunu madde 4* kapsamı konular için *Kamu İhale Kanunu* uygulanmayacaktır.²³

²² Gönen, Dinçer/ Işık, Hikmet. Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara, 2008, s.108.

²³ Erkan Karaaslan, "Kamu İhale Mevzuatında Kapsam Sorunsalı", Mali Kılavuz Dergisi, Y. 6, Nisan-Haziran, 2004, s.11.

1.3.2. HİZMET ALIM VE SATIM İHALELERİ

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 kadastro, 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, fikri 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, prototip imalat, istikşaf, etüt, harita, plan, proje kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetler olarak düzenlenmiştir".²⁴

1.3.3. DİĞER İHALE TÜRLERİ

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 tesisi"ne 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.²⁵

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

²⁴ Arıtürk, a.g.e, s.19.

²⁵ Arıtürk, a.g.e, s.20.

kariştirilmesi durumunda da 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu'nun madde 235* hükümlerinin uygulanabileceği iddia edilmiştir.²⁶ 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 kariştırma suçunun oluşmayacağı, gelinen aşama itibariyle kamunun zararı söz konusu olduğundan yetkili şahıslar yönünden eylemlerin görevi kötüye kullanma, üçüncü kişinin eyleminin ise ilgili suça iştirak hükümlerini oluşturacağı” belirtilmiştir.²⁷

1.4. İHALE USULLERİ

İdare, gereksinim duyduğu mal veya hizmeti alırken ya da satım işlerinde ihale yoluna giderken ihalenin tarafını belli bir usul çerçevesinde belirleyebilmektedir. Zira idare, bu konuda yasal mevzuatta belirli usulleri takip etmek ve uygulamakla yükümlüdür. İşte bu şekilde yasal mevzuatta belirlenen yol izlenerek kamu ihale sözleşmenin diğer tarafının seçiminde uygulanacak usullere ihale usulleri denmektedir.²⁸

Belirtilmek gerekir ki, kamu ihale sözleşmelerinin diğer tarafının ne şekilde seçileceği hususu, gördürülecek işin niteliğine göre değişebilen usullerle belirlenmektedir. İhalelerde diğer sözleşmeci tarafın seçiminde uygulanacak usullerin nelerden ibaret olduğuda ihale mevzuatı ile gösterilmiş bulunmaktadır. DİK madde 35'e göre ihale usulleri; kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, yarışma usulü ve pazarlık usulünden ibarettir. Buna karşılık, KİK madde 18'te ise ihale usulleri, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olarak belirlenmiştir.²⁹

²⁶ Arslan, Çetin. İhaleye Fesat Kariştırma Suçu (TCK md. 235), Ankara, 2008, s.168.

²⁷ Tuğrul, Ahmet Ceylani, İhaleye Fesat Kariştırma ve Rüşvet Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 44-45.

²⁸ Gönen/Işık, a.g.e, s.443.

²⁹ Arıttürk, a.g.e, s.20-21

Kamu adına açılacak ihalelerin belirli usul ve şekillerde yapılması icap etmekle beraber bu husus genel kural olmasına rağmen bazı koşul ve şartlarda geçerli olmak üzere bir takım istisnai durumlar da söz konusu olabilmektedir. Zira idare tarafından yapılacak ihalelerden bir kısmı kanuni düzenleme ile ihale dışına çıkarılmıştır. Herhangi bir ihale yapılmadan alım ve satımı yapılacak mal ve hizmetler *Kamu İhale Kanunu'nun 3 üncü maddesinde* tahdidi olarak zikredilmiştir. Bu madde kapsamı dışında olan kamu ihale usullerinin nelerden ibaret olduğu ve hangi şekillerde icra edileceği *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu* ile *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda* ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Belirtilen usul ve şekiller dışında ihalenin yapılması durumunda ilgili görevliler hakkında idari ve hukuki sorumluluk söz konusu olacaktır.³⁰

İhale yetkilileri, haklı bir neden olmaksızın, kanunda belirlenen temel ihale usullerinin dışına çıkması durumunda meydana gelecek kamu zararından sorumlu tutulacaktır. Mesale “açık ihale usulü” ile yapılması lazım gelen ihalenin, “pazarlık usulü” ile gerçekleşmesi durumunda ihale yetkilisi sorumlu olacaktır. Konu ile ilgili olarak “Danıştay 13. Dairesi'nin 03.12.2010 tarih, 2009/4101 Esas, 2010/821 Karar” sayılı ilamında ihale usulünün belirlenmesinde ihale yetkilisinin mutlak bir yetkiye sahip olmadığı ifade edilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda* farklı farklı ihale usulleri öngörülmüştür.³¹ Her iki kanun yönünden belirtilen usulleri ayrı ayrı başlık halinde incelemekte fayda olacağını düşünmekteyiz.

1.4.1. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NDA BELİRTİLEN İHALE USULLERİ

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35 inci maddesinde “kapalı teklif usulü”, “belli istekliler arasında kapalı teklif usulü”, “açık artırma ve eksiltme usulü”, “pazarlık usulü” ve “yarışma usulü” olmak üzere beş farklı ihale usulü belirlenmiştir. Yine aynı kanunun 36 ncı maddesinde “kapalı teklif usulü”nün asıl, diğer usuller ise istisnai usuller olduğu belirtilmiştir.³²

³⁰ Koca, M.Reis, a.g.e, s.24-27

³¹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.35

³² Gözler, Kemal. İdare Hukuku Dersleri, 4.Baskı, Ekim, 2006, s.459-460.

1.4.1.1. Açık Teklif Usulü (Açık Artırma ve Eksiltme Usulü)

“Açık teklif usulü”, diğer bir deyişle “açık artırma ve eksiltme usulü”, fiyat ve konu yönünden daha az öneme haiz işlerde belirlenen metottur. Tahmini bedeli her sene *Bütçe Kanunu’nda* öngörülen miktardan az olan işler dolayısıyla uygulanmaktadır. Bu parasal miktar ise genel bütçe kanunlarının (i) cetvelinde yer almaktadır.³³

Bu usulde, istekliler teklifini komisyon önünde şifahi olarak iletirler. Ayrıca ihale vaktine kadar komisyon başkanına ulaşması şartıyla katılımcıların tekliflerini iadeli taahhütlü bir gönderiyle de yapabilirler. Ancak bu şekilde gönderilen teklif son ve kesin olarak kabul görür.³⁴

Alınan ilk teklifler tutanağa bağlandıktan sonra istekliler, ikinci tekliflerini sunarlar. İkinci teklif sonrası uygun olan bedel tespit edilir.³⁵

“Açık teklif usulü” ile yapılan ihalelerde “talep edenin çıkmadığı, talep edenlerin belgeleri veya son teklifleri cazip bulunmadığı durumda tekraren aynı yöntemle ihaleye başlanır veya yönetimce uygun görüldüğü takdirde ihalenin bitimi tarihi itibarıyla on beş iş günü içinde aynı kanunun 43/2 maddesi gereğince belirtilen esaslar doğrultusunda pazarlıkla” yaptırılabilir.³⁶

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 2 nci maddesi hükmü ile 68/a maddesindeki “bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.” hükmü uyarınca bu maddenin kamu alımlarında uygulama alanı bulunmamaktadır.³⁷

1.4.1.2. Kapalı Teklif Usulü

2886 sayılı Kanuna göre aslolan “kapalı teklif usulünün” uygulanmasıdır. Bu usul dışında kalan diğer usuller istisnaidir.³⁸ Dolayısıyla Kanunda kapalı teklif usulü dışında

³³ Kutlu, Meltem. İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, 1997, s.85.

³⁴ Günday, a.g.e, s.188.

³⁵ Gözler, a.g.e, s.460.

³⁶ Şen/Ertekin, a.g.e, s.25; Koca, M.Reis, a.g.e, s.33.

³⁷ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.80.

³⁸ Günday,a.g.e, s.188.

başka bir usul ile yapılacağı yönünde herhangi bir özel atıf olmadığı durumlarda ihalenin kapalı teklif usulü şeklinde yapılması gerekmektedir.

“Kapalı teklif usulünde” istekliler, tekliflerinin üzerine ad ve adres yazılı olduğu halde kapalı bir zarf içinde yönetime ibraz ederler. İhale saati geldiği vakit, ihale komisyonu talep edilen evrakların ve geçici teminatların eksiksiz olup olmadığını araştırır. Komisyon tarafından şartları haiz istekliler arasında uygun olan bedelin tespiti yapılır.³⁹

2886 sayılı Kanununun 37, 38, 39, 40 ve 41 inci maddelerinde “kapalı teklif usulünde” ihale sürecinin “tekliflerin hazırlanması”, “tekliflerin verilmesi”, “dış zarfların açılması”, “iç zarfların açılması” ve “son tekliflerin alınması” şeklinde aşamalar halinde gerçekleştiği belirtilmiştir.

İhale sürecinin bu şekilde tamamlanması neticesinde ihale komisyonu, kabul edilen teklifleri inceleyerek;

- “İhalenin tamamlandığı, ancak ita amirinin onayının gerektiği”,
- “Tekliflerin daha sıkı bir araştırma gerekmesi halinde ihalenin on beş günü aşmamak kaydıyla başka bir güne bırakıldığı”,
- “İhalenin yapılmadığı” şeklinde komisyon başkan ve üyeleri tarafından karar özeti halinde durum imzalanır ve hazır olanlara bildirilir.⁴⁰

“Kapalı teklif usulü” ile yapılan ihalelerde “talep edenin çıkmadığı”, “talep edenlerin belgeleri veya son teklifleri cazip bulunmadığı” durumda tekraren aynı usul ile ihaleye başlanır veya yönetimce uygun görüldüğü takdirde ihalenin bitiş tarihi itibarıyla “on beş iş günü” içinde aynı kanunun 43 üncü maddesi gereğince belirtilen esaslar doğrultusunda “pazarlık usulü” ile yaptırılabilir.⁴¹

1.4.1.3. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü

2886 sayılı Kanununun 44’üncü maddesinde sayılı olan “uçak, savaş gemisi alımı, savaş mühimmatı, askeri tesisat, silah ve malzeme sistemi, savunma sanayi ile ilgili faaliyetler, baraj, enerji santrali, demiryolu, havaalanı” gibi teknik özellik gerektiren

³⁹ Gözler, a.g.e, s.460.

⁴⁰ Koca, M.Reis, a.g.e, s.30-31.

⁴¹ Şen/Ertekin, a.g.e, s.24; Koca; M.Reis, a.g.e, s.31.

işlerde teknik muvaffakiyetleri yönetimce kabul görmüş en az üç istekli arasında “kapalı teklif usulü” ile yapılır. Ayrıca bu çeşit ihalenin ilanı da zaruri değildir.⁴² Bu ihale usulünde ihaleye katılacak olan kimselerin belirlenmesinde esas olan, konusunda uzmanlaşmış olan katılımcılar arasında rekabeti sağlamaktır.

Zaruri sebepler dolayısıyla üçten az katılımcıdan teklif alınmasının yeterli görüldüğü durumlarda Maliye ve Gümrük Bakanlığı’nın görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulu’ndan da ayrıca karar alınması gerekmektedir. Yine bu madde hükümleri gereğince yapılacak ihalelerde ihaleye katılacak taleplilerin adları belirtilerek ilgili veya bağlı bakanın onayının alınması şarttır.⁴³

“Kapalı teklif usulü”nde, ilgili her kişinin katılımı söz konusu iken, “belli istekliler arasında kapalı teklif usulü” herkese açık bir usul değildir. İhale konusu itibariyle bu usul, “belli istekliler” arasında söz konusu olabilir. Nitekim burada ihale mevzuatı ilkelerinin yine geçerli olduğunu açıklamak gerekir.⁴⁴

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 2 nci maddesi hükmü ile 68/a madde ve fıkrasındaki “bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı *Devlet İhale Kanunu* hükümleri uygulanmaz.” hükmü uyarınca bu maddenin kamu alımlarında uygulama alanı bulunmamaktadır.⁴⁵

1.4.1.4. Pazarlık Usulü

2886 sayılı Kanunu’nun 51’inci maddesinde büyük meblağları oluşturmayan bazı önemsiz işler ile aciliyeti bulunan işlerin pazarlık usulü ile yapılması öngörülmüştür. İlanın zaruri olmadığı bu gibi hallerde idare, bir veya daha fazla istekliden “yazılı veya şifahi teklif” olarak ihale yapar.⁴⁶ Bu çerçevede “pazarlık usulü” gereğince yapılan ihalelerde teklif alınması belirli bir şekilde bağlı tutulmamıştır.

⁴² Gözler, a.g.e, s.460.

⁴³ Koca, M.Reis, a.g.e, s.31.

⁴⁴ Arıtürk,a.g.e, s.23; Kutlu, a.g.e, s.85.

⁴⁵ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.79.

⁴⁶ Günday,a.g.e, s.188-189.

Kanunun 50'inci maddesinde tahdidi olarak 16 bent halinde sayılan durumlarda bu usulün uygulanacağı belirtilmiştir. Belirtilen hususlar dışında bu usul uygulanmayacaktır.⁴⁷

⁴⁷ Arıttürk, a.g.e, s.25 Yıldırım, s.313. Pazarlık usulünün yapılabileceği konuları gösteren Devlet İhale Kanunu 51 inci madde şöyledir: “ (1) Aşağıda yazılı işlerin ihalesi, pazarlık usulüyle yapılabilir; a) Yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dahil) ve nitelikleri itibariyle her yıl Genel Bütçe Kanunu’nda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, bu Kanunun 1 inci maddesinde gösterilen işler, b) Silahlı Kuvvetlerin manevra ve planlı tatbikatları ile sıkıyönetim faaliyetlerinin 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) (Değişik bent: 02/03/1984 - 2990/8 md.) 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 buldukları 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 kiralınması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralınması ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, h) (Değişik bend: 03/07/2003 - 4916 S.K./20. md.) Hazinesinin veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki baraj, dalyan, voli yerleri, göller, havuzlar, nehirler ve nehir ağzlarındaki av yerleri ile deniz ve iç sularda belirlenmiş yerlerdeki su ürünleri üretim hakkının, 22/03/1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa göre il özel idarelerince kiraya verilmesi, i) Özellikleri nedeniyle belli isteklere 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 kiralınması, 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 Bakanlar Kurulunca kabul edilen işler, o) Hazineye mal edilmiş batık gemiler ile denize düşmüş malların çıkarılması, p) (Değişik bent: 02/03/1984 - 2990/8 md.) Özellikleri nedeniyle yabancı ülkelere sağlanması zorunlu olan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri. (2) (a), (b), (c), (d), (i), (l) ve (p) bendlerinde

Pazarlığın ne şekilde yapıldığı, ne gibi tekliflerde bulunulduğu ve üzerinde ihale bırakılan taliplilerin neden dolayı seçildiği pazarlık kararında gösterilir.⁴⁸

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2 nci maddesi hükmü ile 68/a madde ve fıkrasındaki “bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı *Devlet İhale Kanunu* hükümleri uygulanmaz.” hükmü uyarınca bu maddenin kamu alımlarında uygulama alanı bulunmamaktadır.⁴⁹

1.4.1.5. Yarışma Usulü

2886 sayılı Kanunun 52'inci maddesi “her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara yönelik işlerin yarışma usulü” ile yaptırılabilirliği düzenlenmiştir. Ancak *4734 sayılı Kanunun* yürürlüğü sonrasında *2886 sayılı Kanunu'nda* belirtilen “pazarlık ve yarışma usulünün” uygulama sahası kalmamıştır.⁵⁰

İdareler kuruluş kanunlarında var olan işlere dair yarışmaların yürütülmesi ile ilgili yönetmelikleri hazırlarlar. Mimarlık, mühendislik proje yarışmalarıyla ilgili yönetmelik Bayındırlık Bakanlığı'na hazırlanır.⁵¹

1.4.2. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA BELİRTİLEN İHALE USULLERİ

4734 sayılı Kanunun 18'inci madde metninde ihale usulleri tahdidi olarak belirtilmiş ve “açık ihale usulü”, “belli istekliler arasında ihale usulü” ve “pazarlık usulü” olarak sıralanmıştır. Bu usuller dışında kalan diğer usuller ise ancak özel hallerde uygulanabilecektir.⁵²

“Doğrudan temin yöntemi”, *4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18/d maddesinde* bir ihale usulü olarak düzenlenmiş iken, “15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete”de

yazılı işler için şartname düzenlenmesi, tahmini bedel tespiti, teminat alınması ve sözleşme yapılması zorunlu değildir. (3) (i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işlerde Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınır”

⁴⁸ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.79.

⁴⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.79-80.

⁵⁰ Günday, a.g.e, s.189.

⁵¹ Koca, M.Reis, a.g.e, s.36.

⁵² Arıtürk, a.g.e, s.28.

yayımlanarak yürürlük kazanan “4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesi” ile 4734 sayılı Kanunun 18 nci maddesinde sayılan usullerden çıkarılmıştır.⁵³

Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihale süreci neticesinde imzalanacak sözleşmelerin hangi şekilde gerçekleşeceği 4735 sayılı *Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*’nda belirtilmiştir. Sözleşmede bulunması gerekli hususlara kanunun 7 nci maddesinde tek tek yer verilmiştir.⁵⁴

1.4.2.1. Açık İhale Usulü

4734 sayılı Kanunun 19’uncu maddesi gereğince “açık ihale usulü” yöntemi bütün isteklilerin teklif verebileceği yöntemdir.⁵⁵

Yine aynı kanunun 5’inci maddesinin 4 fıkrasında bu kanunda aslolan usul “açık ihale ve belli istekliler arasında usul” yöntemidir. Diğer usuller belirtilen durumlarda söz konusu olabilecektir.⁵⁶

⁵³ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.37.

⁵⁴ Şen/Ertekin, a.g.e, s.27; KİSK madde 7’ye göre; “Sözleşmelerde; işin adı, niteliği, türü, miktarı, tanımı, idarenin adı ve adresi, yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligat için esas alınacak adresi, varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları, sözleşmenin bedeli, türü ve süresi, ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı, sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ödeme biçimi, ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dâhil olacağı, vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin hangi tarafça ödeneceği, montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım, onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar, kesin teminat miktarı ve iadesine ait şartlar, garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar, işin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları, gecikme halinde alınacak cezalar, mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler, denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar, yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar, sözleşmede değişiklik yapılma şartları, sözleşmenin feshine ilişkin şartlar, yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları, ihale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu, anlaşmazlıkların çözümü konularının bulunması gerekmektedir”.

⁵⁵ Gözler, a.g.e, s.461.

⁵⁶ Arıtürk, a.g.e, s.28; Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu yukarıda sayılan ihale yöntemlerinin yanında; belirli bir konuda tasarım, peyzaj, mimarlık, planlama ve güzel sanatlara ilişkin yarışma açarak kazanan kimseye de ihalenin bırakılabileceğini düzenleme altına almıştır. (KİK m. 23, DİK m. 52).

Bu ihale yönteminde asgari teklif sayısı aranmaz. Tek bir katılımcının olması halinde bile yönetimin uygun görmesi durumunda ihale neticelendirilebilir. Bu durum ihale komisyonunun yetkisi dâhilindedir. Bu yöntemin belli başlı özelliklerini başlık halinde sıralarsak;

- Tüm ihaleler için uygulanabilir.
- Herkesin teklif sunabileceği bir yöntemdir.
- Asgari katılımcı sayısı aranmaz. Tek katılımcıyla bile ihale sonuçlanabilir.⁵⁷

1.4.2.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Bu ihale yöntemi ile yapılacak ön yeterlilik değerlendirilmesi neticesinde yönetimce davet edilen katılımcıların teklif verebildiği usuldür. “Yapım işleri hizmet ve mal alım ihalelerinde” işin niteliğinin uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirmesi sebebiyle “açık ihale usulünün” uygulanmadığı işlerin ihalesi bu usul gereğince yapılabilmektedir.⁵⁸

4734 sayılı Kanununun 20’inci maddesine göre “işin özelliği gereği uzmanlık veya yüksek teknolojinin gerektirdiği hallerde açık ihale usulünün uygulanamadığı durumlarda bu ihale usulüne göre yaptırılabilir. Bu usulde bir ön muvaffakiyet ilanı yapılır. Belirli kriterler neticesinde yeterliliği kabul gören adaylar ihaleye davet edilir. Yeterli kabul edilen aday sayısı 5’ten az ise ya da teklif veren istekli sayısı 3’ten az ise ihale iptal edilir.”⁵⁹

“Belli istekliler arasında ihale usulü” genel itibariyle *Devlet İhale Kanunu’nda* belirlenen “belli istekliler arasında kapalı teklif usulü” ile benzeşse de ön yeterlilik değerlendirilmesi yönüyle bu yöntemden farklılık arz etmektedir.⁶⁰

1.4.2.3. Pazarlık Usulü

Bu yöntem, kanunun “tanımlar” başlıklı maddesinde “Bu kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak meydana geldiği ve idarenin ihale

⁵⁷ Koca, M.Reis, a.g.e 37.

⁵⁸ Danışman, a.g.e, s.17.

⁵⁹ Günay, a.g.e, s.189-190.

⁶⁰ Şen/Ertekin, a.g.e, s.29.

konusu edimin teknik ayrıntıları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı katılımcılarla görüştüğü yöntem” şeklinde ifade edilmiştir.⁶¹

“Pazarlık usulü”, ihtiyaçların giderilmesinde uyulması zaruri ilkelerin olmadığı ve acil bir şekilde neticelenen bir usuldür. Kanunun ilgili 21 inci madde metninde tahdidi olarak belirtilen yöntemler;

a)“Açık ihale veya belli istekliler arasında ihale yöntemi neticesinde sonuç alınamaması”,

b)“Doğal afetler gibi benzeri hallerde öngörülme ve acil durumlarda”,

c)“Savunma ve güvenlik konularında özel hallerde ihalenin ivedilik arz etmesi”,

d)“Araştırma ve geliştirme dolayısıyla seri üretim gerektirmeyen konularda”,

e)“Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün ve karmaşıklığı dolayısıyla teknik ve malî özellikler sağlamaması”,

f)“Yaklaşık maliyeti belirli bir sınır altında olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları bu usul ile yaptırılacaktır”.⁶²

Bu usulün belirlendiği madde kapsamında yapılacak ihalelerde ilk fiyat tekliflerini aşmamak kaydıyla katılımcıların ihale kararına esas teşkil edecek son yazılı fiyat teklifleri alınarak neticelendirilir.⁶³

1.4.2.4. Doğrudan Temin Usulü

4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesinde bazı durumlarda ihtiyaçların ilana gerek duyulmaksızın, teminat alınmaksızın doğrudan temin yoluna tevessül edilebileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde yapılacak ihalelerde herhangi bir şart ve koşul aranmaksızın, ihale görevlisince fiyat araştırması yapılarak mal veya hizmet alınır ya da kiralanır.⁶⁴ Madde metninde belirtilen durumlar bentler halinde tahdidi olarak sayılmıştır.⁶⁵

⁶¹ Şen/Ertekin, a.g.e, s.30.

⁶² Arıtürk, a.g.e, s.31-32.

⁶³ Koca, M.Reis, a.g.e, s.39.

⁶⁴ Gözler, a.g.e, s.461.

⁶⁵ KİK madde 22; “Aşağıda belirtilen hallerde ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilir”:

“Doğrudan temin usulü” 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18/d maddesinde bir ihale yöntemi olarak düzenlenmiş iken, “15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete”de

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 dahilinde bulunan idarelerin onbeş milyar, diğer idarelerin beşmilyar Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilişkin alımlar.”

e) “İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması.”

f) **(Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.)** “Özellikten 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) “(Ek: 12/12/2003-5020/28 md.; Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.)” “8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanunun 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) “(Ek: 15/5/2008-5763/35 md.)” “Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,”

i) “(Ek: 20/11/2008-5812/8 md.; Değişik: 19/11/2013-6504/1 md.)” “Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, milletvekili genel ve ara seçimleri, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri genel ve ara seçimi dönemlerinde Yüksek Seçim Kurulunun ihtiyacı için yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ile filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı, oy pusulası basımı, oy zarfı yapımı hizmetleri ile bu seçimlere yönelik her türlü seçim malzemelerinin alımı ile yurt dışı seçim harcamaları, il seçim kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.”

“Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir.”

yayımlanarak yürürlük kazanan “4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesi” ile 4734 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde sayılan yöntemlerinden çıkarılmıştır.⁶⁶

Konu ile ilgili olarak “Yargıtay 5 Ceza Dairesi’nin 01.10.2013 tarih, 2012/4524 Esas, 2013/9488 Karar” ile “28.02.2013 tarih, 2012/3588 Esas, 2013/1487 Karar” sayılı ilamlarında “doğrudan temin usulünün bir ihale yöntemi olmadığı, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için ihalenin kanunlarda belirtilmiş ihale yöntemlerinden birine tabi olması gerektiği, 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlük kazanan 4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde belirtilen doğrudan temin usulünün kaldırıldığı belirtilerek yerel mahkemenin doğrudan temin usulü ile yapılan satın almalarındaki hukuka aykırı eylemleri, ihaleye fesat karıştırma suçu” olarak hükmeden karar bozulmuştur.⁶⁷ Bu usulün kanundan çıkarılması dolayısıyla

⁶⁶ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.37

⁶⁷ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.37-38; “Yarg. 5. C.D. 28.2.2013 tarih, 2012/3588 Esas, 2013/1487 Karar.” “Dairemizin istikrar kazanan uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmuş ihale usullerinden biri ile usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, doğrudan temin yönteminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18. maddesinin (d) bendinde bir ihale usulü olarak öngörülmuş iken, 15/08/2003 gün ve 25200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” İle “Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12. maddesi ile “4734 sayılı Kanunun 18 nci maddesinin (d) bendi madde metninden çıkarıldığı”, anılan Kanunun 15. maddesi ile de 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesi değiştirilerek doğrudan temin usulünün düzenlendiği, 4964 sayılı Kanunun 12 ve 15. maddelerinin gerekçelerinde de “esasen bir ihale usulü olmayan "doğrudan temin" in ihale usulleri arasından çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve usullerin Kanunun 22 nci maddesinde düzenlendiği” ifade edilmiş olup, değişiklik gerekçesi ile birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde; doğrudan temin yönteminin bir ihale usulü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılacak bir satın alma yöntemi olduğu anlaşılmakla; sanıklara atılı haleye fesat karıştırma suçunun unsurları itibarıyla oluşmayacağı,” “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 öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili 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-d maddesi uyarınca ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin

bu usule dayalı hukuka aykırı eylemler neticesinde şartların oluşması kaydıyla “edimin ifasına fesat karıştırma” veya “görevi kötüye kullanma” suçunun oluşacağı kanaatindeyiz.

İhale harici tüm kamu satın alma yöntemleri sürecinde meydana gelecek yasal tipe uygun -yasak fiil ve davranışlar- “ihaleye fesat karıştırma” suçunu oluşturmadığından ihale istisnası bir kamu satın alma yöntemi olan “doğrudan temin usulü” ile gerçekleşen kamu satın alımları sürecinde meydana gelecek -yasak fiil ve davranışların- da “ihaleye fesat karıştırma” suçunu oluşturması söz konusu değildir.⁶⁸

Kamu ihale Kurumu’na göre de “doğrudan temin usulünün” bir ihale yöntemi olmadığı, salt madde metninde belirtilen durumlarda yönetimler tarafından uygulanabilecek bir satın alma yöntemi olduğu ifade edilmiştir.⁶⁹

1.4.2.5. Tasarım Yarışmaları Usulü

4734 sayılı Kanununun 23 üncü maddesinde “yönetim, uygun gördüğü mimarlık, peyzaj, mühendislik, şehirselle tasarım ve güzel sanat eserlerine ilişkin olarak mevzuatta belirtilen usul ve esaslara göre rekabeti karşılayacak halde ilan yaparak jüri heyetince değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabileceği” belirtilmiştir.⁷⁰

1.5. KAMU İHALELERİNE HÂKİM OLAN 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. Kamu alımları sisteminde egemen olan ilkeler, aynı zamanda o kamu alımları sisteminin amaçlarına da işaret etmektedir. Ancak buradaki amaçlardan kastedilen, ihale sürecine başından sonuna kadar yön vermesi gereken belli başlı ilkelerdir. Her ne kadar aşağıda pek çok ilke ve amaçtan söz edilecek

azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri” CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 28/02/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

⁶⁸ Geylani, 2013, a.g.e s.62.

⁶⁹ Koca, M. Reis, a.g.e, s.43.

⁷⁰ Gözler, a.g.e, s.462.

olsa da uygulamada bu amaçların hepsine sahip bir kamu alımı sistemi yoktur. Hükümetlerin önceliklerine göre, bu amaç ve ilkelerden bazıları, diğerlerine nazaran daha ön plana çıkar ve ihale sürecine kimliğini verebilir.⁷¹

Kamu adına yapılan ihalenin gayesi gereksinimlerin cazip şartlarda sağlanmasıdır. Bu gayenin elde edilebilmesi için ihalelerin “saydamlık, eşitlik, kamuoyu denetimi, güvenilirlik, gereksinimlerin cazip şartlarda ve zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması” gibi ilkelere riayet edilerek rekabetçi bir sistemle yapılması gerekmektedir.⁷²

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile ihalelerin temel ilkeleri benimsenmiştir. Bu ilkeler gereğince yapılan ihalelerde “açıklık, yarışma, uygun bedel, gizlilik, eşik değer, eşit muamele ilkelerine” uyulması gerekir.⁷³

Kamu alımları ihalelerinde hâkim olan ilkeler, ayrıca o kamu alımları sisteminin gayelerine de işaret etmektedir. Ancak buradaki amaçlardan kastedilen, ihale sürecine başından sonuna kadar yön vermesi gereken belli başlı ilkelerdir. Her ne kadar aşağıda pek çok ilke ve amaçtan söz edilecek olsa da uygulamada bu amaçların hepsine sahip bir kamu alımı sistemi yoktur. Hükümetlerin önceliklerine göre, bu amaç ve ilkelerden bazıları, diğerlerine nazaran daha ön plana çıkar ve ihale sürecine kimliğini verebilir.⁷⁴ Ana ilkeler gereğince varılan sonuç zaten kısıtlı olan kamu kaynaklarının imkân dâhilinde verimli kullanmak, bu şekilde de daha sağlıklı bir ihale sürecinin gerçekleştirilmesini sağlamaktır.

İhale sürecine hâkim olan ilkeler, *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2/1 maddesinde* “ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır.” şeklinde sınırlı bir ilke benimsenmişken *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5/1 maddesinde* ise ilkeler biraz daha genişletilmiştir. İlgili madde gereğince yönetim, ihalelerde “saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını” sağlamakla sorumlu tutulmuştur.⁷⁵

⁷¹ Arıttürk, a.g.e, s.48; Uz, a.g.e, s.225.

⁷² Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.19.

⁷³ Yıldırım, Ramazan, İdare Hukuk Dersleri-I, Konya Mimoza Yayınları 2005, s. 311.

⁷⁴ Uz, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara, 2005, s.26.

⁷⁵ Arıttürk, a.g.e, s.47-48.

4734 sayılı Kanunda “gerek kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanımı gerekse vatandaşların Devlete ve devletin ajanlarına karşı olan güvenini temin etmek maksadıyla ihdas olunan bu ilkelerin ihlal edilmesi hâlinde” birtakım yaptırımlar da öngörülmüştür.

Nitekim Kanun’un 17 nci maddesinde, “ihaleye fesat karıştırmak, rekabeti veya ihale kararını engelleyici davranışlarda bulunmak, belgede sahtecilik, alternatif teklif verebilme hâlleri dışında birden fazla teklif vermek ve 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak yasak fiil veya davranışlar olarak sayılmıştır. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında aynı Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümlerin uygulanması öngörülmüştür. Kanunun 58 inci maddesinde de 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında, fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği” belirtilmiştir.

Kanun’da yasaklama müeyyidesinden başka, isteklilerin ve kamu görevlilerinin cezaî sorumluluğu da ayrıca düzenlenmiştir. İsteklilerin cezaî sorumluluğunun düzenlendiği 59 uncu maddede, “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 bulunulacağı” ifade edilmiştir. Hükmolunacak cezanın yanı sıra idare tarafından “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 yasaklanacakları” belirtilmiştir.⁷⁶

“İhaleye fesat karıştırma” suçu içeriğindeki eylemler, esasen ihaleye hâkim olan ilkelere de aykırılık teşkil etmektedir. Bu ilkelerin iyi kavranılması, çalışmamızı oluşturan

⁷⁶ Sarıtaş/Hatice, İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Sayıştay Dergisi, Sayı:73, s.53.

suçun da tespitini kolaylaştıracağı dolayısıyla ilkeleri tek tek irdelemekte fayda bulunmaktadır.⁷⁷

1.5.1. Saydamlık (Açıklık) İlkesi

2886 sayılı Kanun'da 'açıklık' şeklinde kullanılan bu ilke, 4734 sayılı Kanun'da "saydamlık" şeklinde kullanılmıştır.

Bu ilke ile ihalenin usulü, türü, bedeli ve benzeri nitelikleri gözetilmeden ihaleye yönelik işlemlerin öncesinde veya sonrasında saydamlık içerisinde, aleni bir biçimde yürütülmesi ifade edilmektedir.⁷⁸

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.⁷⁹ 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.

İhale mevzuatının açık ve anlaşılabilir olması ile ihalelere ilişkin ilanların herkesin bilgi sahibi olabileceği şekilde duyurulması saydamlığın ön koşullarındandır.⁸⁰

Bir başka husus ise bu ilkenin sağlanması ile rekabet ortamının da sağlanmış olacağı aşikârdır.

⁷⁷ Arıtürk, a.g.e, s.48.

⁷⁸ Yıldırım, a.g.e, s.310.

⁷⁹ Çalışkan, Hafize, "Kamu İhalelerinde Saydamlık", İhale İmar Dergisi, S.2, Nisan, 2003, s.19.

⁸⁰ Tuğrul, a.g.e, s.32.

1.5.2. Rekabet (Yarışma) ilkesi

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.⁸¹

Belirli özellikteki mal ve hizmetin en cazip bedelle sağlanması, rekabet ortamının gerçekleşmesi ile mümkündür. Kamu kaynaklarının etkin ve verimli olarak kullanılması, ihale mevzuatında belirtilen rekabet ilkesinin uygulanması neticesinde mümkün olacaktır.⁸²

Katılımcılar arasında istenilen rekabet ve yarışma ortamının sağlanabilmesini ifade eden bu yöntem ile kamunun yararı ve ihalenin sağlıklı olabilmesi gayesi amaçlanmıştır. Zira rekabeti ihlal edici eylemler, hem *2886 sayılı Kanun* hem de *4734 sayılı Kanun* ile idari yaptırım altına alınmıştır.⁸³ *4734 sayılı Kanununun 17 nci maddesinde* "hile, söz verme, tehdit, nüfuz kullanma, menfaat elde etme, anlaşma, rüşvet, irtikâp suretiyle veya başka sebeplerle ihaleye konu işlemlere fesat karıştırmak, girişimde bulunmak, katılımcıları şüpheye düşürmek, katılımı engellemek, katılımcılara usulsüz tekliflerde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek eylemlerde bulunmak" yasak fiiller arasında zikredilmiştir.

Ayrıca yasak fiiller dolayısıyla idari yaptırım dışında şartların oluşumu halinde "ihaleye fesat karıştırmak" suçu da teşkil edebilecektir. Ancak rekabeti bozacak eylemleri tahdidi olarak saymak mümkün olmamakla beraber bu eylemleri başlık halinde sıralar isek, ihalenin usulünde, türünde, bedelinde ve şartname hükümlerinde gerçekleşir.

"Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 12.02.2007 tarih, 2005/12930 Esas, 2007/1426 Karar" sayılı ilamında rekabet ilkesine riayet edilmeden yapılan bir ihalenin usul ve kanuna uygun olmadığı ve suç teşkil ettiği yönünde görüş belirtmiştir.⁸⁴

⁸¹ Gönen/Işık, a.g.e, s.207; Kutlu, a.g.e, s.196.

⁸² Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.21.

⁸³ Yıldırım, a.g.e, s.310.

⁸⁴ Koca, a.g.e, s.18.

Esasen 2886 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun'da belirlenen diğer tüm ilkelerin, rekabet ilkesini sağlamaya yönelik prensipler olduğunu söyleyebiliriz.

1.5.3. Eşit muamele ilkesi

4734 sayılı Kanununun 5 inci maddesi ile ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması ifade edilmektedir. Yine aynı kanunun 12 nci maddesi ihale konusu iş için belirtilecek kriterlerin yönetimin, işlevselliğini zedelememesi ile birlikte rekabeti engelleyici durumların söz konusu olmaması ve tüm katılımcılar için fırsat eşitliğini sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.

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 "Herkesin yasa önünde eşit olacağı, devlet organları ve idare makamlarının tüm işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları" hükmü 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.⁸⁵

İdarenin katılımcılara eşit uzaklıkta durması, eşit davranarak bu katılımcılardan bazılarına öncelik tanıması gerekir. İhale işlemlerini hazırlama, yürütme, neticelendirme ve onaylama görevi bulunanların, aday ve katılımcılardan birine veya bir kısmına tolerans tanımadan eşitlik çerçevesi içerisinde hareket etmekle birlikte ihale dokümanlarının da eşitlik anlayışı içerisinde hazırlanmış olmaları icap etmektedir.⁸⁶

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 taşınması gerektiği ihale mevzuatı anlayışından çıkan bir sonuç olduğunu belirtmek gerekir. Sözelimi belli istekliler arasında ihale usulünde tüm

⁸⁵ Arıtürk, a.g.e, s.60-61.

⁸⁶ Gönen/Işık, a.g.e, s.209.

katılımcılar ve adaylar yönünden eşitlik sağlandığı söylenemez. Aksi durum işin mahiyetine ters düşecektir.

Bununla birlikte 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde benzer mahiyette istisnai hükmün varlığı mevcuttur. İlgili madde metninde yerli katılımcıların yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılımının men edildiğinin belirlenmesi durumunda müteakibliyet gereği aynı uygulamanın yapılması yönünde gerekli tedbirlerin alınması ve bu yönde düzenlemelerin yapılması için Bakanlar Kurulu'na teklifte bulunulması için Kamu İhale Kurumuna yetki verilmiştir.⁸⁷

1.5.4. Güvenirlilik İlkesi

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 güvenirlilik yönteminden kasıt, salt ihale yetkililerine yönelik değil esasen katılımcılar yönünden de beklenen bir özelliktir.⁸⁸

Soyaslan'a göre güvenirlilik yöntemi, devamlı ve istikrar kazanmış bir şekilde hukuka uygun eylem ve işlemlerde bulunulması halinde etkinlik kazanabilir. Aksi takdirde katılımcılar yönünden ihaleye katılım sayısını düşürmek suretiyle rekabet ortamının zedelenmesine yol açacaktır.⁸⁹ Önceki başlıklarda ve diğer ilkelerde bahsettiğimiz gibi tüm ilke ve prensipler rekabet ilkesinin uygulanmasını sağlamaktır.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 5. C.D.'nin 27.02.2013 tarih, 2008/470 Esas, 2009/462 Karar sayılı ilamında "ihaleye fesat karıştırma suçunda korunan hukuki yarar, kamu idaresine ve kamu görevlilerine duyulan güven ve itibarı ifade etmektedir." şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.⁹⁰ Dolayısıyla bu ilkenin zedelenmesi durumunda suçun hukuki yararının da zedelenmesi anlamı çıkmaktadır.

⁸⁷ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.22-23.

⁸⁸ Uz, a.g.e, s.60.

⁸⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.23.

⁹⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.23-24.

1.5.5. Gizlilik İlkesi

Kamu İhale Kanunu'nun 9 uncu maddesine göre, “mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalesi öncesinde yönetimce, her türlü fiyat araştırması yapılmak suretiyle bir yaklaşık maliyet” belirlenmelidir. Yaklaşık maliyetin ihale aşamalarında ve ihale öncesinde gizli tutulması sağlanmalıdır. Bununla birlikte katılımcıların tekliflerinin de gizli tutulması gerekmektedir. Aksi takdirde gizlilik ilkesinin ihlal edilmiş olur ki bu da rekabet ortamını menfi anlamda etkileyecektir.⁹¹

İhale gerçekleştirilmeden önce belgelere istinaden tespiti yapılan “yaklaşık maliyetin”, “ihale sonuçlanıncaya kadar ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan kişilere açıklanmaması ve ayrıca katılımcıların iş ve iş kalemleri ile teknik ve mali yapılarına dair bilgilerin açıklanmasını” ifade eder.⁹²

Gizlilik ilkesi, “ihaleye fesat karıştırma” suçunun işlenmesi sırasında en çok ihlal edilen ilkelerden birisidir. Zaten ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği “Türk Ceza Kanunu'nun 235/2-b” maddesinde “Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak” fiili ayrı bir bent halinde düzenlenerek ihaleye fesat karıştırma yönünden gizlilik ilkesinin önemi ortaya konmuştur.⁹³

Ayrıca gizlilik ilkesi ile saydamlık ilkesinin birlikte uygulanması tezat gibi görünse de, esasen ihale sürecinde ihalenin doğası gereği saklı tutulması gereken bilgilerin bulunması gerektiği açıktır. Bu ilkenin sağlanması ile ihale sürecindeki bazı bilgilerin gizliliği sağlanarak rekabet ortamı sağlıklı bir şekilde işleyecektir.⁹⁴ Dolayısıyla ihale sürecinin doğası gereği gizli tutulması gereken belgeler, gizli tutulmak suretiyle saydamlık ilkesinin zedelendiği anlamı çıkmamaktadır. Zira bazı durumlarda gizli tutulan belgeler dolayısıyla ancak rekabet ortamı sağlanabilir.

⁹¹ Altıparmak, a.g.e, s.8.

⁹² Sarıtaş, a.g.m, s.62.

⁹³ Koca, a.g.e, s.22.

⁹⁴ Arslan, a.g.e, s.45.

1.5.6. Kamuoyu Denetimi İlkesi

Kamuoyu denetiminin uygulanmadığı bir yerde keyfilik kaçınılmaz bir hal alacaktır. Bu duruma engel olmak yani keyfilğin uygulanmadığı, yolsuzluk isnatlarının olmadığı bir ihale işleyişinden söz edebilmek için, ihaleye dair süreç ve aşamalarının halkın bilgilendirilmesine sunulması ve kamuoyuna hesap verilebilmesi gerekmektedir.⁹⁵

“Kamuoyunun bilgilendirilmesi” ilkesinin sadece “ihale öncesi değil”, “ihale sırası ve sonrasında da ihalelere ilişkin işlemlerin açık olması ve sonuçların ilan edilmesi” şeklinde kamuoyu önünde hesap verilebilmesidir.⁹⁶

Belirtmek gerekir ki kamuoyu denetimin uygulandığı ihaleye dair eylem ve işlemlerde denetimin uygulanma ihtimali, yetkili ve görevli kişilerin hukuka ve kanuna uygun hareket etmeye tevessül edecektir. Zira denetimin varlığı konusu dahi ilgili kişileri hukuka aykırı hareket etmek için engel teşkil edecektir. Ancak, bunun için denetimin neticesinde hukuka ve kanuna aykırılığı saptanan ihaleye dair eylem ve işlemler yönünden etkin bir itiraz veya yasa yolunun olması gerektiği büyük önem arz etmektedir. Zira denetim, ancak eksikliği veya yanlışlığı tespit edilen eylem ve işlemin itiraz veya yasa yoluyla giderilmesi neticesinde anlam kazanacaktır.

1.5.7. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

İhtiyaçların sınırsız, kaynakların kıt olduğu günümüz şartlarında sınırlı olan bu kaynakları verimli şekilde kullanmak büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla yönetimler, ihtiyaçların ucuz maliyetle karşılanması kadar mevcut kaynağı verimli şekilde kullanma için de yoğun çaba içerisine girmektedirler.

Kamu kaynaklarının verimli kullanılabilmesi için ihtiyaç tespitinin isabetli bir şekilde yapılması ve mali açıdan en cazip fiyattan alım yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte ihtiyaçlar, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması da önem arz etmektedir.⁹⁷

“Kamu kaynaklarının verimli kullanılması”, “bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük, yönetmelik ve ilgili diğer mevzuatlara uyulması” ile mümkündür. Bu konuda denetim

⁹⁵ Arıttürk, a.g.e, s.64-65; Arslan, a.g.e, s.45.

⁹⁶ Sarıtaş, a.g.m, s.62.

⁹⁷ Koca, a.g.e, s.23; Sarıtaş, a.g.m, s.63.

yetkisi Sayıştay'a aittir. Sayıştay, kamu yönetimlerinin ticari faaliyet, kaynakların etkin, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak kullanılmasını, hesap verme yükümlülüğü kapsamında denetlemekle yetkilidir.⁹⁸

Tüm bu anlatılan ilkeler ihale mevzuatına ilişkin belli başlı ve genel kabul gören ilkelerdir. Ayrıca yukarıda açıklanan tüm ilkelerden farklı olarak gerek *Devlet İhale Kanunu* ve gerekse *Kamu İhale Kanunu*'nda kendi düzenlemelerine özgü ilkeler de bulunmaktadır. Örneğin *Kamu İhale Kanunu*'nun 5 inci maddesinde aralarında irtibat bulunmayan ihalelerin birleştirilemeyeceği ve irtibat bulunan ihalelerin de birleştirilmesi gerekliliği bir ilke olarak benimsenmiştir.⁹⁹

1.6. İHALE SÜRECİNDE YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR

Pozitif hukuk normunun özelliği bir yaptırımın olmasıdır. Yaptırımsız norma eksik veya total norm denilir. Yaptırım, normun uygulanmasını sağlar. Yaptırımsız norma uymak için bir neden yoktur. O halde bir norma uygulanırlık sağlamak için mutlaka yaptırım koymak gerekir. bu sebeple kanun koyucu ihale hukukuna uygulanırlık sağlamak için çeşitlikli yaptırımlar öngörmüştür. Bunlar nitelikleri itibariyle özel hukuk, idare hukuku, idari ceza hukuku ve ceza hukuku yaptırımı türündedirler.¹⁰⁰

⁹⁸ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.25.

⁹⁹ Altıparmak, a.g.e, s.9; KİK Madde 5- "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. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.

(Değişik altıncı fıkra: 30/7/2003-4964/4 md.) 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."

¹⁰⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s. 103

İdarenin ihtiyacının karşılanması amacıyla ihale yapılmasına yetkili makamlarca karar verildiğinde, öncelikle ihalenin türü ve usulü belirlenecek daha sonrada ihale sürecine ihaleye hâkim olan ilkeler çerçevesinde başlanacaktır. Bu süreç de inceleme konumuz suçun oluşması açısından önemlidir. İhale ile talep edilen veya ulaşılmak istenen neticenin sağlanabilmesi için, Kanun ile salt bazı mücerret ilkelerin düzenlenmesi yeterli olmayabilir. Nitekim düzenlenen ilkelerin ihale sürecine hâkim olmasını sağlayacak sistemin oluşturulması ve bunun ihlali durumunda yaptırımın söz konusu olması gerekir.¹⁰¹

Konuya dair “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 17” ve “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 83 üncü” maddelerinde “yasak fiil davranışlar” bentler halinde sıralanmıştır.

Bazı yasak fiillere sadece bir hukuk dalına ilişkin yaptırım uygulanabileceği gibi birden fazla hukuk dalına ilişkin yaptırım da uygulanabilir. Gerek DİK madde 83, gerek KİK madde 17 ve 61’de yer alan ve ihlali halinde çeşitli yaptırımlar öngörülen yasak fiiller, ihaleye hakim ilkeleri uygulamayı amaçlayan normlar olup bunların bir çoğu ihaleye fesat karıştırma suçunda tanımlanan fesat niteliğindeki fiillerle de benzeşmektedir. Söz konusu yasak fiiller, nitelikleri itibariyle kabahat veya suç yahut hem kabahat hem suç olabilirler.¹⁰²

İnceleme konumuz olan “ihaleye fesat karıştırma” suçunun seçimlik hareketlerini de oluşturan bu bentleri başlıklar halinde sıralamak çalışmaya fayda sağlayacaktır.

1.6.1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Yasak Fiil ve Davranışlar

Kamu harcama ihalelerinde, ihaleye fesat karıştırılması eylemi, hem idari anlamda hem cezai anlamda suç teşkil etmektedir. Fesat kelimesi Kanunda tanımlanmamıştır. Sözlük anlamı itibariyle “fesat”, bozukluk, karışıklık, kargaşalık, herhangi bir konuda iyimser olmama, karıştırıcı ve hile anlamlarında kullanılmaktadır. “Fesat Karıştırmak” ise, ortalığı karıştırmaya çalışmak, insanları birbirine düşürecek işler yapmak şeklinde tezahür eden eylemleri belirtmektedir.¹⁰³

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 17’ye göre ihalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

¹⁰¹ Arıtürk, a.g.e, s.120; Arslan, a.g.e, s.46.

¹⁰² Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.103.

¹⁰³ Develioğlu Ferit, “Osmanlıca-Türkçe Lügat”, Ankara, 2006, Aydın Kitabevi, s.262.

- “Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet şeklinde veya başka şekillerde ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya girişimde bulunmak,”
- “Katılımcıları şüpheyeye düşürmek, katılımı engellemek, katılımcılara anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek hareketlerde bulunmak,”
- “Sahte evrak veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya girişimde bulunmak,”
- “Alternatif teklif verebilme halleri haricinde, ihalelerde bir katılımcı tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek,”
- “11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”

Bu “yasak fiil veya davranışlar”da bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.¹⁰⁴ Yasak fiil ve davranışlar dolayısıyla ilgili kişi hem belirli süreler dâhilinde ihalelere katılmaktan yasaklandığı gibi hem de yasak fiil ve davranış dolayısıyla ceza sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Kanunun ihalelere katılmaktan yasaklama başlıklı 58 inci maddesi ile isteklilerin ceza sorumluluğu başlıklı 59 uncu maddesi buna dair hükümleri düzenlemiştir.¹⁰⁵

¹⁰⁴ KİK, madde 17.

¹⁰⁵ Madde 58- (Değişik birinci fıkra: 30/7/2003-4964/ 35 md.) “17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları 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 belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri 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 buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından

Belirtilmek gerekir ki, Kamu İhale Kanununun 17. maddesine aykırılık dolayısıyla uygulanacağı belirtilen, yine aynı Kanunun 58. maddesinde öngörülen yaptırımlar idari nitelik taşımaktadır. Buna karşılık, Kanunun 59. maddesinde öngörülen yaptırımlar ise, niteliği itibariyle cezanın infazından sonra hükmünü icra edecek belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri özelliği taşımaktadır. Oysa cezanın infazından sonra işlemek üzere uygulanabilecek belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin şartları TCK'nın 53. maddesinde gösterilmiştir. Yine kişinin kullanmaktan yoksun bırakılacağı haklar da 53. maddede belirtilmiş bulunmaktadır. Buna göre, öncelikle TCK kural olarak cezanın infazından sonra geçerli olacak şekilde bir hak yoksunluğu öngörmüş değildir. Kasten işlenen suçtan kaynaklanan hapis cezasının infazından sonra işleyebilecek

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.”

Madde 59- “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, bildirimini izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.”

hak yoksunluğu, ancak 53. maddenin 1. fıkrasında belirtilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlardan dolayı olabilmektedir (TCK m. 53/5). Dolayısıyla böyle bir ilişkinin kurulmadığı hallerde, hapis cezasının infazından sonra bir hak yoksunluğuna hükmedilebilmesi mümkün değildir.¹⁰⁶

1.6.2. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasak Fiil ve Davranışlar

“2886 sayılı Devlet İhale Kanunu madde 83”e göre ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

- “Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya girişimde bulunmak”,
- “Açık teklif ve pazarlık yöntemi ile yapılan ihalelerde katılımcıları şüpheye düşürecek veya katılımı azaltacak söz söylemek ve katılımcılar arasında anlaşmaya daveti ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak”,
- “İhale işlemlerinde sahte evrak veya sahte teminat kullanmak veya girişimde bulunmak, vaadini kötü niyetle yerine getirmemek, vaadini yerine getirirken yönetime zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya yöntemler kullanmak” yasaktır.¹⁰⁷

“DİK madde 83’te belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmalr, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa 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” (m. 84/1). “Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır” (m. 84/2). “Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü

¹⁰⁶ Aritürk, a.g.e, s.127.

¹⁰⁷ DİK, madde 83.

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” (m. 84/3). “İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler” (m. 84/4).

“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 bulduklarının 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” (m. 86)

Yasak fiil ve davranışlar nedeni ile ilgililer hakkında idare tarafından idari yaptırım olarak ihalelerden yasaklama tedbiri uygulanacaktır (KİK m.58, DİK m.84). ancak fiilin bir suç oluşturma halinde, mahkemece verilecek ceza yanında bir güvenlik tedbiri olarak belli haklardan yoksun bırakılacaklardır (KİK m.58-61, DİK m.85-86). Bu hükümler Kabahatler Kanunu'nun 15/3¹⁰⁸ maddesiyle çelişmektedir. Öte yandan genel hükümlere ve duruma göre disiplin ve tazminat sorumlulukları da saklı kalacaktır (KİK m.60-61, DİK m.86).¹⁰⁹

İhale hukukuna ilişkin yasak fiil ve davranışların hemen hemen tamamı aynı zamanda TCK'nın 235. maddesinde ifadesini bulan ihaleye fesat karıştırma suçunu da oluşturmaktadır. Ancak bazı ağır yasak fiillerin suç kapsamına alınmadığı ve kanun koyucunun da gözünden kaçtığı görülmektedir. Gerçekten isteklinin sahte belge veya teminatla ihaleye katılmasının 235. madde kapsamında suç olarak düzenlenmediği görülmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁸ Kabahatler Kanunu' 15/3. maddesine göre “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”

¹⁰⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.104.

¹¹⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.104.

İKİNCİ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

2.1. SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Ekonomi, sanayi ve ticaret, toplumun olmazsa olmazı ve dolayısıyla toplumsal dokunun can damarıdır. Gerçekten toplumda, çoğulcu normatif yapısına nispetle, ekonominin altyapı kurumu olduğu, onunla üstyapının biçimlendiği tartışması hala ciddi bir biçimde süregelmektedir.¹¹¹

Ekonomik suç başlığı altında incelediğimiz ihaleye fesat karıştırma suçu şüphesiz her dönemde bizim algıladığımız şeklin dışında değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Ekonomik suç kavramı, son yüzyıl içerisinde ekonomik hayattaki gelişmelere bağlı olarak işlenmeye başlayan yeni suç tiplerinin ve klasik suçların yeni işleniş şekillerinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmış yeni bir kavramdır. Bu nedenle yeni bir kavramı, eski hukuk sistemlerinde aramak da çok doğru olmayacaktır.¹¹²

Devlet faaliyetlerinin artması ile birlikte, idarenin etkinliklerinde de çeşitlenmeler başlamıştır. Geçmişe baktığımızda devletin idaresi veya devletin tasarruflarıyla ilgili süreçte işlenen suçların fazla olmadığı göze çarpmaktadır.¹¹³ Ancak zamanla değişen ihtiyaçlar ile gelişen ekonomik faaliyetler doğrultusunda ihalelere ilişkin alım, satım ve yapım işleri bir sektör haline gelmiştir. Bununla birlikte bir takım hukuka aykırılıklar hâsıl olmuş ve gelişen durum paralelinde yeni düzenlemeler ceza hukukunda yerini almıştır.

Ülkemiz hukukunda kamu ihalelerinin tarihsel gelişimine dair ayrıntılı bir araştırmanın olduğu söylenemez. Ancak konu ile ilgili olarak doktrinde yapılan çalışmalarda ihale mevzuatına dair ilk kanuni düzenlemenin 1857 tarihli Nizamname olduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁴

¹¹¹ Hafizoğulları,Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara, Agustus, 2012, US-A Yayıncılık, s. 407.

¹¹² Arslan, a.g.e, s.61.

¹¹³ Yarsuvat, Duygun, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFİM C.30, S.3-4, s.671.

¹¹⁴ Gönen/Işık, a.g.e, s.31-32.

1914 tarihli ek bir Nizamname ile bazı satın almaların ve yapım işlerinin bakanların izni ile ihale yapılmadan yapılması öngörülmüş, 04.06.1916 tarihinde çıkarılan ve 1921’de onaylanan kararnameyle de 1914 tarihli Nizamnameye ek yapılmak suretiyle bazı değişiklikler yapılmıştır.¹¹⁵

Cumhuriyet’in kurulmasıyla devlet gereksinimlerinin karşılanmasıyla ilgili işlemler, “22 Nisan 1925 tarih ve 661 sayılı Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede, Münakaşa ve İhalet Kanunu” hükümleri kapsamında yürütülmüştür.¹¹⁶

2.1.1. 765 SAYILI MÜLGA TCK’DA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

01 Mart 1926 kabul edilip 10 Mart 1926 yayımlanarak yürürlüğe giren “765 sayılı Türk Ceza Kanunu”nun¹¹⁷ 3 üncü babında “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” başlığı altında ve birinci fasılda “Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlama Suçu” düzenlenmiştir. Kanunun 205 inci maddesinde “Türkiye Devleti hesabına almaya, satmaya veya yapmaya memur olduğu her çeşit eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapımında fesat karıştırarak her ne surette olursa olsun irtikap edilmesi” suç sayılmıştır.¹¹⁸ Kanunun 208 inci maddesinde de devlet için yapılan eşya alım ve satımında ticaret yapma fiilleri suç olarak kabul edilip düzenleme yapılmıştır.¹¹⁹

Yine aynı kanunun 366, 367 ve 368 inci maddelerinde de “Ticaret ve Sanayi ve Müzayedeye Hile ve Fesat Karıştırma Cürümleri” başlığı altında müzayede ve münakasa ile ilgili suçlar düzenlenmiştir.¹²⁰ Madde 366’da “Hükümet Hesabına Yapılan Arttırma ve Eksiltmeye Fesat Karıştırma Suçu” düzenlenmiştir. Kanunun 367 nci maddesinde ise “Kamu marifetiyle veya özel kişilerin gerçekleştirdiği müzayedeye fesat karıştırma suçu” hüküm altına alınmıştır. Madde 368 kapsamında suç olarak düzenlenen eylem, para ve sair

¹¹⁵ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.17.

¹¹⁶ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.17.

¹¹⁷ Altıparmak, a.g.e, s.21.

¹¹⁸ Danışman, a.g.e, s.68.

¹¹⁹ Şen/Aksüt, a.g.e, s.17.

¹²⁰ Danışman, a.g.e, s.69.

menfaat mukabilinde çekilme suçu olmuştur.¹²¹ Görüldüğü üzere 765 sayılı mülga kanunda ihaleye ilişkin suçlar, çok çeşitli ve dağınık halde düzenleme altına alınmıştır.

Bu süreçte ihale konusunda da bazı düzenlemeler gerçekleşmiştir. İlk olarak yukarda değindiğimiz “Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu” yerine 1934 yılında “2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu” çıkarılmıştır. Bu kanun ile devletin alım, satım, yapım vb. ihtiyaçlarının karşılanması için yeni bir sistem getirilmiştir. Daha sonra devlet ihtiyaçlarının en iyi şekilde, uygun şartlarla, zamanında karşılanması ve ihale sürecinde “açıklık” ve “rekabet” ilkelerinin esas alınması anlayışı ile 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 01.01.1984 tarihinden itibaren yürürlüğe girdi. Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına, satım, kiraya verme, trampa ve gayri ayni nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada karışıklık ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zira bu ihale tipleri biri birinden farklı yöntemlere tabi tutulması gereken ihalelerdir.¹²²

Devlet İhale Kanunu gerek uygulama alanının daralması ve gerekse ihtiyaçlara cevap vermemesi ve en önemlisi de Avrupa Birliğine uyum sürecinin etkisi ile kamu ihalelerini düzenlemek, şeffaflık, rekabet, ihtiyaçların en uygun şekilde karşılanması için birbirine bağlı olmak üzere 04.01.2002 tarihinde Kamu İhale Kanunu ve 05.01.2005 tarihinde ise 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler ile Devlet İhale Kanunu tamamen mülga edilmemiştir. Halen Devlet İhale Kanununun bir kısım hükümleri uygulanmaktadır. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunları üzerinde de Avrupa Birliğine uyum ve kamu ihalelerinde uygulama birliği sağlamak için birçok değişiklik yapılmıştır.¹²³

Kanunda düzenlenen farklı maddeleri başlıklar halinde sıralar isek;

- Madde 205’te Devlet Hesabına Yapılan Alım-Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu,
- Madde 208’de Devlet İçin Yapılan Eşya Alım ve Satımında Ticaret Yapma Suçu,
- Madde 366’da Resmi İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,

¹²¹ Şen/Aksüt, a.g.e, s.17-18.

¹²² Altıparmak, a.g.e, s.22.

¹²³ Altıparmak, a.g.e, s.22-23

- Madde 367’de Kamu İdareleri Marifetiyle Yapılan veya Özel Kişilerin Gerçekleştirdiği İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,
- Madde 368’de İhaleden Menfaat Mukabilinde Çekilerek Fesat Karıştırma Suçu yer almaktaydı.¹²⁴

Görüldüğü gibi 765 sayılı TCK’nın sisteminde “devlet” ile “hükümet” hesabına yapılan ihale ayrımı mevcuttu ve birinde on – yirmidört yıl ağır hapis, diğesinde ise üç aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmekteydi. Bir ihalenin Türkiye Devleti hesabına mı yoksa hükümet hesabına mı olduğunun neye göre belirleneceği hususu gösterilmiş olmadığından 765 sayılı TCK’nın sistemi hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmamaktaydı.¹²⁵

2.1.2. 5237 SAYILI TCK’DA “İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU”

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “ihaleye fesat karıştırma” başlıklı 235 inci maddesinde, “kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin, bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı” hükme bağlanarak hangi hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılacağı tek tek belirtilmiştir.¹²⁶

“765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu”nda ihaleye dair suçlar iki ayrı başlık altında yer almıştı. Suçun bir kısmı kanunun 205 ve 208 maddelerinde “Devlet Aleyhine İşlenen Suçlar” başlığı altında “Devlet Namına Yapılan Alım ve Satımlara Fesat Karıştırma Suçu” idi. Diğer kısmı ise 366, 367 ve 368 inci maddelerde “Hükümet Namına Yapılan Artırma ve Eksiltmelere Fesat Karıştırma Suçu”na ilişkindi. Görüldüğü üzere suç kanunda farklı başlık altında düzenlenmek suretiyle “devlet ve hükümet namına” şeklinde ikili bir ayrıma gidilmişti. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu” ile bu ayrım ve farklılık ortadan kaldırılmış, “ihaleye fesat karıştırma” ve “edimin ifasına fesat karıştırma” şeklinde ihale öncesi ve sonrasına ilişkin eylemleri ayırmak suretiyle bu iki suç ayrı ayrı düzenlenmiştir. İhaleye

¹²⁴ Şen/Aksüt, a.g.e, s.17.

¹²⁵ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet /Yenidünya, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara,, 12.Baskı, 2012, s.646.

¹²⁶ Sarıtaş,a.g.m, s.55.

fesat karıştırma suçu tek başlık altında düzenlenerek dağınık ve ikili ayırım ortadan kaldırılmıştır.¹²⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, gerek ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarında ve gerekse suçun ceza miktarında değişikliklere

¹²⁷“(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 engelleme;”

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 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 hükmolünür.”

b) “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 hükmolünür.”

(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.”

gidilmiştir. Bununla beraber 4 üncü Yargı Paketi olarak bilinen 6459 sayılı değişiklik ile suçun unsurlarında değişiklik yapılmamakla birlikte cezanın alt ve üst sınırı azaltılmıştır. “İlgili kamu kurum veya kuruluşu açısından bir zararın” meydana gelmediği hallerde suçun cezası bir yıldan üç yıla, kamu zararının meydana geldiği durumlarda ise üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası belirlenmiş, ayrıca cebir veya tehdidin söz konusu olduğu hallerde asgari beş yıl ceza öngörülmüştür.¹²⁸

Suçun temel şeklinin düzenlenmiş olduğu madde 235/1’de suçun eylem unsurunun netice kısmı ile ilgili bir açıklığın bulunmadığı söylenmelidir. Bu haliyle suç bir sırf hareket suçu olduğu görünümü vermektedir. Ayrıca bir başka husus ise madde 235/3’ün önceki şeklinde yer alan zararın meydana gelmiş olması halinde cezanın ağırlaştırılacağına dair düzenlemeden anlaşılan, bu suçun bir tehlike suçu olduğu anlamı çıkarılmaktaydı. Uygulama ve doktrinde suçun tehlike suçu olduğu kabul edilmekteydi. Hal böyle iken 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun ile madde 235/3’te değişiklik yoluna gidilmiştir. Yapılan değişiklik sonrası ihaleye fesat karıştırma suçu bir zarar suçuna dönüşmüştür. Zira madde 235/3 bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş, cebir veya tehdit ile işlenmesi cezayı ağırlaştıran, zarar meydana gelmemiş olması ise cezayı hafifleten bir sebep olarak düzenlenmiştir. Böylece hafifletici sebebe ilişkin hükmün karşıt anlamından suçun temel şeklinin bir zarar suçuna dönüşmüş olduğu anlaşılmaktadır.¹²⁹

Suç, ihaleye fesat karıştırmakla oluşur. Hangi hareketlerin ihaleye fesat karıştırma niteliğinde olduğu, maddenin ikinci fıkrasında tek tek sayılmıştır.”

“Fıkranın (a) bendinde hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırma halleri belirlenmiştir. Bu fiillerden herhangi birinin hileli davranışlarla gerçekleşmesi gerekir ki, ihaleye fesat karıştırmadan söz edilebilsin. Bu fiiller sırasıyla şöyledir:”

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,”

¹²⁸ Şen/Aksüt, a.g.e, s,18.

¹²⁹ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s. 851-852.

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

“Fıkranın (b) bendine göre, ihale sürecinde, tekliflerle ilgili olup da, ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur. Aslında bu durumda hile yoktur. Ancak, gizli kalması gereken bilgilerin başkalarının bilgisine sunulması, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller.”

“Fıkranın (c) bendinde, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmiştir. İsteklilerin ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıltılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi, bu fiillere ilişkin örnek oluşturmaktadır.”

“Fıkranın (d) bendine göre, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır. Çünkü bu fiiller, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller.”

“Maddenin üçüncü fıkrasına göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, ilgili kurum veya kuruluşun herhangi bir zarar görmesi gerekmemektedir. Bu bakımdan, ihaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş olması, bu suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Ancak, bu nitelikli hal dolayısıyla cezanın artırılabilmesi için, zararın meydana gelmiş olması yeterlidir, meydana gelen zararın miktarının tam olarak belirlenmesine gerek bulunmamaktadır.”

“Dördüncü fıkraya göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları da gerekli değildir. Aksi takdirde, yani ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması halinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir.”

Yine aynı maddenin 4 üncü fıkrası ile gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı kabul olunarak, fesat karıştıran kimsenin ayrıca ilgili suç hükmüne göre cezalandırılmasına

da olanak sağlanmıştır.¹³⁰ Yargıtay aynı doğrultuda "...sanığın, ihaleye katılan kişinin ihaleyi almasına yardımcı olmak maksatlı yapmış olduğu eylemler neticesinde menfaat temin etmesi eyleminin ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçunu da işlediği sabit olduğu..." şeklindeki kararı ile gerçek içtima hükmünü kabul etmiştir.¹³¹

"Maddenin beşinci fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanı genişletilmiştir. Buna göre; madde metni 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 uygulanacaktır."

2.2.SUÇUN KORUDUĞU HUKUKİ DEĞER (HUKUKİ KONU)

İnsanların bağlı oldukları, yaşamlarında uyguladıkları bazı değerler vardır. Hukuk kuralları bu değer veya menfaatleri korurlar.¹³² Ceza kanunlarındaki veya ceza normu bulunan özel kanunlardaki suçlar, mutlaka belli bir hukuki değeri koruma maksatlı sevk edilmişlerdir. Belirli bir hukuki değeri koruma gayesi gütmeyen bir suç tipi yoktur.¹³³

¹³⁰ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.Baskı, 5.Cilt, Ankara 2014, s.6990.

¹³¹ Yarg.5.CD.26.12.2006, 2006/12792-2006/10667 sayılı karar: "Suç tarihinde....M.....'den para alma vaadi karşılığında ihaleden çekilmelerini sağlayıp bu şekilde menfaat temin etmesi eyleminde ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçunu da işlediği sabit olup 5252 Sayılı Yasanın 9/4. maddesi gözetilerek 5237 Sayılı Yasanın 235/4. maddesi delaletiyle aynı Yasanın 250/1. maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken isabetli olmayan gerekçe ile bu suçtan cezalandırılmayacağına karar verilmesi, Kesinleşen 09.11.1998 günlü ilk hükümde devletin bir zararı söz konusu olmadığından bahisle zararın sanıklardan alınmasına yer olmadığına karar verilmesi karşısında, uyarılama aşamasında da 5237 Sayılı Yasanın 235/1,2-b-d maddesi ile belirlenen cezanın 235/3. maddesi gereğince artırılmayacağına gözetilmemesi, Kanuna aykır..".

¹³² Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.105.

¹³³ Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Basım, Ankara, 2008, s.168-169.

Suçun hukuki konusundan, hukukça korunan kendisine “hukuki değer” veya “hukuki menfaat” denen varlık, yani ceza normunun bir ceza tehdidi ile olası saldırılardan korumayı amaçladığı “şey” anlaşılmaktadır.¹³⁴

Hukuki değerler, toplumun ceza hukuku ile koruma altına alınan hayati değerlerinden olup, bunlar dış âlemde elle tutulabilen veya gözle görülebilen somut varlıklar değil, toplumun güvenliğini sağlığını, barışını ve onurunu konu alan manevi değerlerdir.¹³⁵

Gerek 765 sayılı Kanun ve gerekse 5237 sayılı Kanun suçları koruma altına aldığı hukuki değerler yönünden tasniflemeye tabi tutmuştur. Bu sebeple belirli bir suç ile ilgili olarak koruma altına alınan hukuki değer nelerden ibaret olduğunun bilinmesi için, o suçun kanunda sınıflandırıldığı bölüme bakılması gerekir.¹³⁶ Bu sınıflandırmaya bakarak kanun maddesinin hangi değeri korumayı amaç edindiği görülür.

“İhaleye fesat karıştırma” suçu, *5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun* “Özel Hükümler”i konu alan ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmında “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” bölümünde sınıflandırılmıştır. Suçun kanundaki düzeninden kanun koyucunun bu suç tipini topluma dair bazı yüksek ve manevi değerleri koruma altına almayı arzu etmiştir. Belirtmek gerekir ki bu durum madde gerekçesinde, “Bu hükümlerle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir” şeklinde ifade edilmiştir. Bu cümleden olarak kanun koyucu, ihaleye fesat karıştırma suçu ile kamu görevlilerinin faaliyetlerini kamu adına yürüttükleri görevi sadakat ve dürüst bir şekilde yerine getirdiklerine dair var olan güvenin muhafazası gaye edinmiştir. Ancak suç tipiyle korunmak istenilen hukuki değer, salt kamu görevlilerine duyulan güvenden sınırlı tutulmamıştır. Nitekim suç, sadece kamu görevlileri tarafından ihlal edilmemekte, aynı zamanda kamu görevlisi olmayan vatandaşlardan tarafından da suç tipi ile korunmak istenen hukuki değer ihlal edilebilmektedir. Bu

¹³⁴ Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Ekim, 2015, US-A Yayıncılık, s.199.

¹³⁵ Yener/Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003.

¹³⁶ Arıtürk, a.g.e, s.167.

düzenleme bütün hali ile irdelendiğinde başka hukuki değerleri de korunmayı amaçladığı anlaşılmaktadır.¹³⁷

Kanun “kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan ihaleden” söz ettiğinden, doğal olarak, suçun hukuki konusu “kamu idaresi” adına yapılan ihalelerde, ihaleye ve ihaleyi yapan ihale organı yerindeki kimselere duyulan “kamu güveninin” sağlanmasındaki ferdi-kamusal yarar olmaktadır.¹³⁸

Kanun koyucu maddenin gerekçesinde “ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değer, kamu adına yapılan ihale işlemlerinin dürüstlük ilkesine uygun olarak yapıldığı konusunda kamu görevlilerine vatandaşların duyduğu güven” olarak belirtmiştir. Ancak suç tipi incelendiğinde ihaleye katılacak kişiler ve yapılacak ihalenin şekli ve daha çok kamu görevlisi olmayan kişilerin bu suçu işleyebilecekleri dikkate alındığında, ihalenin serbest, şeffaf ve rekabet ortamında yapıldığı, hak sahiplerinin hakkının korunduğu yolunda hak sahiplerinin ve toplumun güveninin korunduğunu kabul etmek gerekmektedir.¹³⁹

Bu suç ile korunan hukuki yarar kısaca iktisadi, ticari ve kamusal menfaat, düzen ve serbest rekabet ortamı olup, hukuka aykırı rekabete izin verilmemesi olarak gösterilebilir.¹⁴⁰

Kamu görevlilerine duyulan güven ile birlikte ekonomi, sanayi ve ticari yaşam için vazgeçilmez bir öneme haiz serbest rekabet ortamı da suç tipiyle korunan hukuki değerlerdendir.¹⁴¹ Ekonomik ve ticari yaşamın şeffaf, serbest, olması gerektiği gibi kendi akışı içerisinde işleminde, olması gerektiği şekli ile biçimlendiğinde kamunun yararı olduğu açıktır. Bu sistemin bozulması ile meydana gelecek sorun ve sıkıntılardan toplumun bir kısmı veya tamamı etkilenecektir.¹⁴²

Özetle bu suçla korunmak istenen hukuki değer karma bir özellik göstermektedir. Suçun Türk Ceza Kanunu’nda düzenlendiği bölümüne bakıldığında, korunan öncelikli

¹³⁷ Yaşar /Gökcan /Artuç, a.g.e, s.6999-7000.

¹³⁸ Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, a,g,e, s.410.

¹³⁹ Koca/Üzülmez, a.g.m, s.5.

¹⁴⁰ Şen/Aksüt, a.g.e, s.58.

¹⁴¹ Kazancı, Behiye Eker. İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, 2007, s.114.

¹⁴² Arslan, a.g.e, s.107.

hukuki değerin, “kamu ekonomisi ve ticaretinin zarara uğramasını önlemek” olduğu görölmektedir. Bununla birlikte ikinci olarak da “kamu idaresine duyulan güven ve itibar duygusu”nu korumak olduğunu söyleyebiliriz.¹⁴³ Burada öncelikle kamu idaresinin itibarının korunması hedeflenmektedir. Gerçekten kamu adına yapılan bir malın alım, satım ve yapımına fesat karıştırılması, bundan devlet adına hiçbir zarar doğmamış olsa bile cezalandırılmalıdır. Zira kamusal fonksiyonu vasıta kılarak hukuka aykırı bir menfaat elde eden veya başkalarına elde ettiren kişi, kamu idaresinin işlerliğini ve vatandaşlar tarafından kamu idaresine duyulan güven ve itibar duygusunu zedelemiştir.¹⁴⁴

Fiilden kamu idaresi zarar görmüşse, mesela ucuza alınabilecek bir mal pahalıya alınmış, bunu gerçekleştiren kamu görevlisi de haksız kazanç elde etmişse, devletin mali ve maddi yararları da ihlal edilmiş olmaktadır.¹⁴⁵

Yargıtay’a göre “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”.¹⁴⁶

Her ne kadar madde gerekçesinde suçla korunan hukuki değerin kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair inanç ve kamu görevlilerine duyulan güven olduğu ifade edilmiş ise de fail kamu görevlisi olmayan kişiler de olabileceğinden ve bölüm başlığı da dikkate alındığında suçun ihdasıyla devletin ekonomik çıkarlarının da korunmak istendiğı söylenebilir.¹⁴⁷

2.3. SUÇUN FAİLİ

Her fiil zorunlu olarak bir failin eseridir. Fail suçludur. Suçu işleyen kimseye, faile suçlu denmektedir. Doktrinde, fail veya suçlu terimleri yerine suçtan etkilenen anlamında suçun aktif süjesi terimi de kullanılmaktadır.¹⁴⁸

¹⁴³ Koca, a.g.e, s.73.

¹⁴⁴ Artuk,/Gökçen,/Yenidünya, a.g.e, s.648.

¹⁴⁵ Artuk,/Gökçen,/Yenidünya, a.g.e, s.648.

¹⁴⁶ Yarg. 5.CD, 26.03.2013, 4411/2346.

¹⁴⁷ Artuk,/Gökçen,/Yenidünya, a.g.e, s.648.

¹⁴⁸ Hafizoğulları /Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s. 373.

Her suçun aktif bir süjesi vardır. Suç, devlet tarafından empoze edilen bir yasağın ihlali olduğuna göre, bu yasağı ihlal eden kişiye suçun aktif süjesi veya faili denir.¹⁴⁹

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.¹⁵⁰

Suçlar genel olarak herkes tarafından işlenebilir. Ancak bazı suçlar yasal düzenleme gereği sadece belli şahıslar tarafından işlenebilir. Mesela “zimmet, irtikap, rüşvet” gibi suçların işlenebilmesi için failin kamu görevlisi olması gerekmektedir.¹⁵¹ Bu suçlara özgü suçlar denmektedir.

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.¹⁵² 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.¹⁵³ 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

¹⁴⁹ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.239.

¹⁵⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.126.

¹⁵¹ Soyaslan, a.g.e, 239.

¹⁵² Koca, /Üzülmez, a.g.m, s.8.

¹⁵³ Kazancı,s.a.g.e, 123.

değerlendirmeye almak.” Şeklindeki eylemlerin mahiyeti gereği özgü suç niteliği taşıdığını düşünmekteyiz.

Yargıtay bir çok 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.¹⁵⁴ Benzer şekilde “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 26.09.2012 tarih, 2012/3921 Esas, 2012/9472 Karar” sayılı

¹⁵⁴ Bkz. Yarg. 5.CD. 13.5.2013, 4700/74935 sayılı karar: “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 Kanunun 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) 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 ve faili olmayan suça iştirak olmayacağı hususları da gözetilerek kamu görevlisi olmayan sanığın atılı suçtan beraatı yerine mahkumiyetine karar verilmesi”.

“Yarg. 5 CD 2014/2920 Esas, 2014/3290 Karar, 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 görevlilerin, "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, bu sebeple dolaylı faillığe elverişli bulunmayan ve TCK'nın 235/2-a maddesi uyarınca ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye teklif veren sanık tarafından işlenemeyeceği, bu suçun faili olamayacağı, suça konu sahte teminat mektuplarının ihale evraklarının içinde verilmesi eylemiyle ilgili olarak hakkında sahtecilik suçundan dava açıldığı ve yapılan yargılama sonucunda atılı suçtan mahkumiyetine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği gözetildiğinde unsurları oluşmayan atılı ihaleye fesat karıştırma suçundan beraatine karar verilmesi gerektiği halde yanlış değerlendirilmeyle mahkumiyet hükmü tesisi,” <http://www.adalet.org/forum2/karar>.

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.¹⁵⁵

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.¹⁵⁶

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 karıştırma suçu, hem kamu görevlisi hem de teklif vererek ihale sürecine katılan kişi bakımından mahsus suçtur.¹⁵⁷

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

¹⁵⁵ Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 39, Sayı 1, Yargıtay Yayınları, Ankara Ocak 2013, s.162-166.

¹⁵⁶ Soyaslan, Doğan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, C.: IX, 2012/2. S.195.

¹⁵⁷ Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, a,g,e, s.410.

tarafından gerçekleştirilebilecek hareketlerdir.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹

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.

¹⁵⁸ Arslan, a.g.e, s.159.

¹⁵⁹ Şen/Aksüt, a.g.e, s.61.

40/2 madde ve fıkrası kaide hükmü değiştirmediği gibi 235/5 madde ve fıkrası da kaide hükmü değiştirmeyeceği dűşüncesindeyiz.

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.¹⁶⁰

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.¹⁶¹ 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.

“İhaleye fesat karıştırma” suçunu bir kimse tek başına işleyebilir. Sözelimi 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.¹⁶² 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,¹⁶³ bunun dışındaki durumlar tek kişi tarafından işlenebilecek bir eylem özelliği taşımaktadır.

¹⁶⁰ Arslan, a.g.e, s.160.

¹⁶¹ Kazancı,a.g.e, s.123.

¹⁶² Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.7001

¹⁶³ Arslan, a.g.e, s.167.

2.4. SUÇUN MAĞDURU

Mağdur kelimesi 'kadre uğramış, haksızlığa uğramış kişi' anlamına gelmektedir.¹⁶⁴ Mağdur, ceza hukukunda suç konusunun ait olduğu kişi ya da kişileri ifade eder. Suçun mağduru ile konusu bazı suçlarda benzerlik arz edebilir. Fakat özlerinde farklıdır. Suçun konusu fiilin üzerinde işlendiği şeyi ifade ederken mağdur, bu şeyin ait olduğu kişidir. Suçun konusu belli kişilere ait olmadığı durumlarda mağdur, toplumu oluşturan herkeştir. Konuyu örneklersek, hırsızlıkta suçun konusu taşınır maldır, mağduru ise eşyanın zilyedidir. Aynı şekilde hakaret suçunda suçun konusu kişinin şerefidir, mağdur ise hakarete maruz kalan kişidir.¹⁶⁵

“Haklı çıkarı, fiilin kovuşturulması yolunda talepte bulunmasına olanak verecek derecede zedelenen kişi” suçtan zarar görendir. Dar anlamda suçtan zarar gören mağdur ise, “suçun maddi unsuruna muhatap olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki yararı ihlal edilen” kişidir.¹⁶⁶

“Suçun mağduru” ile “suçtan zarar gören” kavramları birbirlerinden farklıdır. Suçun mağduru suçtan doğrudan doğruya zarar gören kimsedir. Suçtan zarar gören ise dolaylı olarak etkilenen kişidir.¹⁶⁷

İhaleye fesat karıştırma suçunun mağduru toplumu oluşturan herkesi ifade eder.¹⁶⁸ Bununla birlikte “ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olduğu halde hileli davranışlarla ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılımı engellenen kişi” doğrudan mağdurdur. Yine “cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle veya hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmasına rağmen ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılması engellenen kişiler” de bu suçun doğrudan mağduru olarak kabul edilmektedir. Tüzel kişilerin herhangi bir suçun, özelde ihaleye fesat karıştırma suçunun mağduru sayılması mümkün değildir. Tüzel kişiler hukuki değerlerin taşıyıcısı olarak ancak suçtan zarar gören olabileceklerdir.¹⁶⁹ Suçun mağdurun toplum

¹⁶⁴ Tuğrul, a.g.e, s.40

¹⁶⁵ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.127

¹⁶⁶ Koca, a.g.e, s.129; Tuğrul, a.g.e, s.40, Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2007, s.93

¹⁶⁷ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.127.

¹⁶⁸ Artuk,/Gökçen,/Yenidünya,a.g.e, s.659.

¹⁶⁹ Arslan,a.g.e, s.163.

olduğu, maddenin içinde yer aldığı üçüncü kısım başlığının 'Topluma Karşı Suçlar' olması ile de açıklanabilir.

Suçun mağduru, fesat karıştırılmış olan ihalede, ihalenin doğru yapılmasında çıkarları olan kimse veya kimseler ve doğrudan adına ihale yapılan kamu kurumu veya kuruluşudur. İhaleye fesat karıştırılması dolayısıyla parasal bir zarar gören kamu idaresi aynı zamanda suçtan zarar görendir.¹⁷⁰

Suçun mağduru genel olarak toplum olmakla beraber somut olayda suçun işleniş şekline göre kişi ya da kişiler de mağdur edilebilir. Yine ihaleye girmesi engellenen paydaş, ya da payı daha ucuza satılan anlaşmaya yanaşmayan malik de mağdur olabilir. İhaleye katılması engellenen tüzel kişi ise, bu tüzel kişi suçtan zarar gören konumundadır.¹⁷¹

Ayrıca “hileli davranışlarla ya da cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmasına rağmen ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmaları engellenen kişiler” de bu suçun mağduru olabilirler.¹⁷²

Yargıtay uygulamalarında da cebir veya tehditle ihaleye katılması engellenen kişinin suçun mağduru olduğu, bu nedenle kamu davasına katılmasının olanaklı olduğu, ancak maddenin diğer bentlerinde işlenen eylemlerde kişilerin mağdur olarak kamu davasına katılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir.¹⁷³

İhaleye fesat karıştırılması neticesinde ihaleyi alamayarak zarar gördüğünü iddia eden tüzel veya gerçek kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları da suçtan zarar görme ihtimallerine binaen kamu davasına katılma hakkına sahiptirler. “Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 05.05.2010 tarih, 2010/1712 Esas, 2010/3377 Karar” sayılı ilamında “Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 260 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasına göre kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar olmamış bulunup da katılan sıfatını alabilecek şekilde

¹⁷⁰ Hafizoğulları/Özen, Topluma Karşı Suçlar, a.g.e, s.410.

¹⁷¹ Özgenç, İhale, a.g.e, s.90.

¹⁷² Parlar/Hatipoğlu, a.g.e, s.1672.

¹⁷³ Bkz. Yarg. 5.CD, 14.02.2011, 2009/155-2011/727, Yarg. 5.CD, 21.05.2013, 2013/4503-2013/5529.

suçtan zarar görmüş olan hazinenin kanun yollarına başvurma hakkına sahip olduğu” şeklinde görüş belirtmiştir.¹⁷⁴

2.5. 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.¹⁷⁵

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.¹⁷⁶

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.¹⁷⁷

“İhaleye fesat karıştırma suçunun” konusunu 235 inci maddede niteliği belirtilen ihaleler teşkil etmektedir.¹⁷⁸

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

¹⁷⁴ Şen/Aksüt, a.g.e, s.65-66.

¹⁷⁵ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.128.

¹⁷⁶ Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2008, s.14.

¹⁷⁷ Bakıcı, a.g.e, s.15.

¹⁷⁸ Arslan, a.g.e, s.165-166.

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 artıranın veya eksiltenin icabını kabul mahiyetindeki irade bildirim 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.

“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.¹⁷⁹

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.¹⁸⁰

¹⁷⁹Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.7004.

¹⁸⁰ Koca/Üzülmez, a.g.m, s.6, Ayrıca Bkz. Yarg. 5. CD 26.11.2013 tarih, 2012/11389 E. 2013/11348 K: “Sanığın, oğlunun borcu nedeniyle başlatılan icra işlemleri sonucunda satışa çıkarılan aracının açık artırma yoluyla satışı sırasında "Bu arabayı sattırmam, kimseyi bindirmem, burada tezgah dönüyor, bu

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.¹⁸¹

Doğrudan temin, artırım veya indirim esasına göre işlemediği için kanun koyucu tarafından ihale usulü olmaktan çıkarıldığı açıklanmıştır. 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.¹⁸²

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

arabayı biz alacağız” şeklinde sözler söylemesi, bunun üzerine ihalenin iptal edilmesi şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda; eylemin TCK’nın 235/5. maddesi yollanmasıyla aynı maddenin 235/2-c bendinde düzenlenen hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılımı engellemek suretiyle fesat karıştırma suçunu oluşturduğu kabul edilmişse de, hükümden sonra yürürlüğe giren 6459 sayılı Yasa ile anılan madde ve bentlerinde önemli değişiklikler yapıldığı, TCK’nın 235/3-a maddesine göre sadece cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenen fiiller yönünden alt sınır cezanın değiştirilmediği, diğer hukuka aykırı davranışlar için değişik 235/1, 3-b maddelerindeki düzenlemelerin nazara alınması gerektiği anlaşılmakla buna göre hukuki durumunun yeniden takdir ve tayin edilmesi lüzumu, Bozmayı gerektirmiş..”.

¹⁸¹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.130, Ayrıca Bkz. Yarg. 5. CD19.09.2013 tarih, 2012/15981 E, 2013/8973 K: “Olay günü katılanın İzale-i Şuyu Satış Memurluğu tarafından Çumra Adliyesi duruşma salonunda açık artırma usulüyle satışı ayrı ayrı yapılan 5 taşınmazdan sonuncusuna ait ihaleye katılmak için Adliye önüne geldiği sırada sanıkla yanında kimliği tespit edilemeyen bir kaç kişinin saldırısına uğrayıp basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaralandığı dosya kapsamı, katılan ve tanık anlatımları, adli rapor, son taşınmazın satışının bu eylemden sonra saat 11.10’da yapıldığına dair ihale evraklarıyla sabit olduğu ve T.C.K.nın 235/2-c maddesindeki suç tipinin tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden oluşa ve dosyadaki belgelere uygun düşmeyen gerekçelerle ve yanılığılı değerlendirmeye yazılı şekilde kasten yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurulması..” Kazancı.com.

¹⁸² Koca/Üzülmez, a.g.e, s.7-8; Tuğrul, a.g.e, s.49-50.

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.¹⁸³

Yargıtay uygulamalarında “değişiklik gerekçesi ile birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde, doğrudan temin yönteminin bir ihale usulü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilir bir satın alma yöntemi olduğu,

¹⁸³ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.7004-7005.

bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacağı, koşullarının varlığı halinde başka suçların oluşabileceği” kabul edilmektedir.¹⁸⁴

2.6. SUÇUN UNSURLARI

Suçun oluşumu için zorunlu olan şartlara suçun unsurları ya da öğeleri denir. Unsur yoksa veya unsurlardan biri eksikse ortada suç da yoktur.¹⁸⁵ Suçun unsurlarına ayırma gerekliliği, suçun nasıl ayrıştırılabileceği meselesini ortaya çıkarmıştır. Bu husus, kullanılan terim de dahil, doktrinde tartışma konusu olmuştur. Ancak çok farklı çözümlere rastlanmakla birlikte suç, genelde iki ya da üç unsura ayrıştırılmaktadır.¹⁸⁶

Üçlü ayırmada suç, hukuka aykırı kusurlu bir fiildir. Burada fiilden, objektif ve subjektif bütünlüğünde geniş anlamda fiil değil, sadece maddi fiil, yani objektif unsurlar (hareket, netice, illiyet bağı); hukuka aykırılıktan, fiili objektif ve subjektif olarak tümünden kapsayan, dolayısıyla suçun esasını/özünü oluşturan ihlal değil, sadece maddi fiilin hukuk düzeniyle çatışması, yani fiilin “objektif haksızlığı”; kusurluluktan, kast veya taksir biçiminde tezahür eden kınanabilir irade anlaşılmaktadır.¹⁸⁷

İkili ayırmada suç, kusurlu iradeyle işlenmiş beşeri bir fiildir. Buradan suçun iki unsuru ortaya çıkmaktadır. Bunlar maddi unsur, yani tüm kurucu unsurlarla birlikte “maddi fiil” ve manevi unsur, yani kast veya taksir biçiminde ortaya çıkan kusurlu iradedir. Bu düşüncede, hukuka aykırılık, hukuka salt objektif aykırılık anlamında değil, suç hukuka aykırı bir fiil olduğundan daha kapsayıcı, daha bütüncü bir anlamda anlaşılmaktadır. Hukuka aykırılık, maddi ve manevi tüm unsurlarında fiili bütünü itibariyle içine alan bir nitelendirmedir.¹⁸⁸

Madde metninde o suçun varlığı için aranılan şartlar taşınmıyorsa suçun varlığından da söz edilemez ve cezalandırma yoluna da gidilemez. Bilindiği üzere hukukumuzda “suçların ve cezaların kanuniliği” ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla fail “kanunda suç sayılan hâllerde ve kanunda öngörülen ceza ile” cezalandırılabilir.

¹⁸⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.7011, Yarg. 5.CD, 17.06.2013, 7506/6673.

¹⁸⁵ Soyaslan, a.g.e, s.227

¹⁸⁶ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s. 163.

¹⁸⁷ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s. 163.

¹⁸⁸ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s. 163-164.

5237 sayılı TCK'nın 235 inci maddesinin birinci fıkrasında “Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran” şeklinde suçun tanımı yapıldıktan sonra “ihaleye fesat sayılma kabul edilecek fiiller” tahdidi şekilde sayılmıştır.¹⁸⁹

Kanun'da ihaleler yönünden herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Bu sebeple “kamu kurum veya kuruluşu adına yapılmış ihale olması yeterli olup, ihalenin tâbi olduğu mevzuatın” önemi bulunmadığı gibi, fiil sebebiyle “bir zarar meydana gelmiş” olması da bir zorunluluk değildir. Ayrıca, “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (Türk Tabipler Birliği, Barolar Birliği, Türk Eczacıları Birliği gibi), 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” da madde kapsamına (TCK 235/5) alınmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanı genişletilmiştir.¹⁹⁰

Ülkemizde suçu iki veya üç unsura ayırt ederek inceleyenler yanında, suçu yasallık/tipilik, maddi unsur, hukuka aykırılık ve kusurluluk olarak dört unsura ayırarak inceleyenlere de rastlanmaktadır.¹⁹¹

2.6.1. SUÇUN MADDİ UNSURU

Suçun anatomik yapısını oluşturan unsurlardan ilki tipe uygun eylemlerdir. Maddi unsur olarak da isimlendirilen bu unsurun belirgin özelliği tipe uygunluk şeklinde ortaya çıktığından bu özelliği ile birlikte anılması gerekir. böylece suç teorisini ilgilendiren eylemin herhangi bir eylem olmayıp yasal tanıma, yani kanuni tipe uygun eylem olduğu vurgulanmış olur.¹⁹²

Suçun maddi unsurunun nelerden müteşekkil olduğu hususu öğretilerde farklı şekillerde açıklanmaktadır. Klasik görüşü benimseyen yazarlar, suçun maddi unsurlarının

¹⁸⁹ Sarıştaş, a.g.m, s.55.

¹⁹⁰ Sarıştaş, a.g.m, s.56.

¹⁹¹ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s. 165.

¹⁹² İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler 11, Suçun Yapısal Unsurları, Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımları, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013, s.43.

sadece fiil, netice ve nedensellik bağından teşekkül ettiğini kabul ederler ve buna uygun bir şekilde suçun yapısını incelerler. Ancak, finalist veya neoklasik finalist görüşü benimseyen yazarlar ise maddi unsurların suç tanımında geçen bütün objektif unsurları kapsadığını kabul etmektedirler. Böylece suçun maddi unsurlarının sadece fiil, netice ve nedensellik bağından teşekkül etmediğini, suçun yasal tanımında yer alan fail, mağdur, suçun konusu ve nitelikli hallerin de maddi unsurlar kapsamında yer aldığını kabul etmektedirler.¹⁹³

“İhaleye fesat karıştırma” suçunun maddi konusu “mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım işleri”dir.¹⁹⁴ Suçun maddi unsurunu yani fiilini, “kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştırma” oluşturmakla birlikte, 235 inci maddede ihaleye fesat karıştırma sayılacak fiiller tek tek sayılmıştır. Dolayısıyla, bu fiillerden birinin gerçekleşmesi hâlinde suç işlenmiş sayılacağından “seçimlik hareketli suç” kabul edilmektedir. Hangi hareketlerin “ihaleye fesat karıştırma” niteliğinde olduğu maddenin 2 nci fıkrasında tek tek sayılmıştır. Bu nedenle “ihaleye fesat karıştırma” suçu, “bağlı hareketli ve seçimlik hareketli suç” niteliğindedir.¹⁹⁵

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenebilmesinin ön şartı, ihalenin varlığıdır. Bununla birlikte gerek ihale yönteminin belirlenmesinde ve gerekse ihalenin usule göre yürütülüp neticelendirilmesinde, mevzuat ve buna göre hazırlanması gereken ihale şartnamesinde yer alan hükümlere uygun hareket edilip edilmediği önemlidir.¹⁹⁶

Bu suçun oluşabilmesi için öncelikle mal veya hizmet alımına, ya da mal veya hizmet satımına ya da kiralamaya ya da yapım işlerine ilişkin bir ihalenin bulunması ve bunun kamu kurum veya kuruluşları adına yapılması gerekmektedir. Bunlar suçun ön şartı olarak aranmaktadır. Bunların dışındaki işlere ya da kamu kurum veya kuruluşları adına

¹⁹³ Özgenç, Genel Hükümler, a.g.e, s.171.

¹⁹⁴ PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu 2.Cilt Ankara, 2007, s.1668.

¹⁹⁵ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e, s.1672.

¹⁹⁶ Şen/Aksüt, a.g.e, s.69.

yapılmayan ihalelere, maddede sayılan eylemlerle fesat karıştırılması halinde bu suç oluşmayacaktır.¹⁹⁷

Suçun maddi unsuru ikinci fıkrada dört bent halinde tek tek gösterilmiştir. Bu dört bendin ilkinde ihaleye fesat karıştırılması eyleminin hileli davranışlarla işlenmesi, ikinci bendinde gizli tutulması gereken belgelerin ifşa edilmesiyle ihaleye fesat karıştırılması, üçüncü bendinde suçun cebir, tehdit ya da diğer hukuka aykırı davranışlarla işlenmesi ve fıkranın son bendinde de ihaleye katılanların aralarında anlaşma yaparak ihaleye fesat karıştırması halleri düzenlenmiştir. Bu suç tipi “seçimlik hareketli bir suç” olarak düzenlenmiştir. Bu hareketlerden birinin ya da bir kaçının yapılması halinde suç gerçekleşmiş olacak, bunlar dışındaki bir hareketle ihaleye fesat karıştırılması durumunda ise bu suç oluşmayacaktır. Ancak belirtmelidir ki, kanun koyucu ayrıntılı bir düzenlemeyle ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabilecek tüm suç işleme modellerini bu kanun maddesinde düzenlemeye çalışmıştır.¹⁹⁸

Kanunun 235 inci maddesinin 1 inci fıkrasında “mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralamaları ve yapım ihaleleri” ibaresine yer verildiği halde, aynı maddenin 5 inci fıkrasında “yapım ihaleleri” ibaresi yer almamaktadır. Bu sebeple suçta ve cezada kanunilik prensibi uyarınca 5 inci fıkra kapsamında düzenlenen kurum ve birimler tarafından yapım ihalelerine fesat karıştırılması halinde madde metninden kaynaklanan eksiklik dolayısıyla 235 inci madde kapsamında cezalandırılma yoluna gidilemeyecektir.¹⁹⁹

Kanun koyucu ihalenin neticesini etkileyebilecek bütün eylemleri değil sadece 2 nci fıkrada belirtilen eylemleri fesat karıştırma olarak vasıflandırmıştır. Fesat teşkil edecek olan hileli hareketlerin belirlenmesinin ceza hukukundaki anlamı suçun bağlı hareketli olarak düzenlenmesidir.²⁰⁰

¹⁹⁷ Dülger, Murat Volkan, Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi Makalesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, <http://www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf>, s.16.

¹⁹⁸ Dülger, a.g.m, s.16-17.

¹⁹⁹ Şen/Aksüt, a.g.e, s.77.

²⁰⁰ Soyaslan/LKemer/Gülseven, a.g.e, s.106.

Yapılan davranışlar TCK'nın 235 inci maddesinin 2 nci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerden birisine uymuyorsa ihaleye fesat karıştırma suçundan söz edilemez.²⁰¹ Dolayısıyla fiile suç olma özelliğini kazandıran husus, ihale mevzuatına aykırılık olmayıp, TCK'nın 235 inci maddesinin 2 nci fıkrasında sayılan tipik eylemlerden olmasıdır. Aksini düşünmek TCK'nın 2 nci maddesinde düzenlenen "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılık teşkil eder²⁰². Örneğin ihale mevzuatına göre açık artırma ile yapılması gereken ihale, pazarlık usulü ile yapılması durumunda mevzuata aykırı bir usul benimsenmiş olsa bile salt bu şekilde gerçekleşen eylemde hile, cebir ya da tehdit unsuru gerçekleşmediğinden ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. İhaleyi düzenleyen görevliler açısından şartlarını taşıması halinde görevi kötüye kullanma gibi kanunun diğer maddelerinde düzenlenen suç tipleri oluşabilir.

Kazuistik olarak düzenlenen madde, fıkra ve bentlerde yer alan eylemlerin icrası ile "ihaleye fesat karıştırma suçu" oluşur. "İhaleye fesat karıştırma suçu", neticesi harekete bitişik suç olup, suçun oluştuğu an, fesat karıştırma niteliğine sahip eylemin işlendiği andır. Bu sebeple ihalenin iptal edilmesi suçun oluşması hususunda önem arz etmemektedir.²⁰³

Özetle ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsuru, bir ihalenin varlığı ve bu ihaleye kanun koyucu tarafından öngörülen seçimlik hareketlerinden biriyle fesat karıştırılması ile neticelenir. Bu cümleden olarak suçun oluşumu için madde metninde sayılı hareketlerinden birinin işlenmesi yeterli olup ayrıca zararın oluşması aranmamaktadır. Zira zararın gerçekleşmemesi, kanun koyucu tarafından nitelikli yani hafifletici hal olarak düzenlenmiştir.²⁰⁴

Maddi unsurun gerçekleşmesi için öncelikle ihalenin varlığı gerektiğine ilişkin olarak benzer yönde Yargıtay kararları da mevcuttur. "Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 30.04.2007 tarih, 2006/10848 Esas, 2007/3041 Karar" sayılı ilamında "...yapılan ihalenin hukuka aykırılığı nedeniyle ortada gerçek bir ihalenin bulunmadığı, ihale koşulları

²⁰¹ Özgenç, İhale, s. 42, Gülel, İlhan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2012/3. S.231, Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, a.g.m. s. 11.

²⁰² Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, a.g.m. s.11., Özgenç, ihale, a.g.e, s. 42.

²⁰³ Şen/Aksüt, a.g.e, s.82.

²⁰⁴ Şen/Aksüt, a.g.e, s.69-81.

oluşmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı...” şeklinde görüş belirtmiştir. Yine “Yargıtay 5.Ceza Dairesi’nin 22.06.2006 tarih, 2004/5675 Esas, 2006/5917 Karar” sayılı ilamında da “ ..ilgili kurum tarafından mevzuata uygun olarak onaylanmayan, bedeli ödenmeyen ihalenin varlığının kabulü gerekmediği, bu sebeple fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı” yönünde değerlendirme yapmıştır.²⁰⁵

Ayrıca uygulamada sıkça görülmekte olan ihaleye tabi olup ihalesiz bir şekilde yapılan işin, suç oluşturmasını engellemek için sonradan ihale yapılmış gibi evraklar düzenleyerek ihalenin evrak üzerinde bir şirkete verilmesi durumunda da ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Bu tür eylemler her somut olayın niteliğine göre zimmet, resmi belgede sahtecilik, dolandırıcılık veya görevi kötüye kullanma suçları söz konusu olacaktır. Nitekim “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 20.11.2006 tarih, 2006/3428 Esas, 2006/9311 Karar” ve “Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 11.5.2009 tarih, 2009/5123 Esas, 2009/8909 Karar” sayılı ilamlarında benzer şekilde tezahür eden eylemler dolayısıyla olayları görevi kötüye kullanma, zimmet, resmi belgede sahtecilik veya nitelikli dolandırıcılık bağlamında değerlendirmiştir.²⁰⁶

²⁰⁵ Şen/Aksüt, a.g.e, s.69-70; Bkz. Yarg. 5.CD22.06.2006 tarih, 2004/5675 E, 2006/5917 K: “Dava konusu ihalelerin Sağlık Bakanlığı tarafından mevzuata uygun görülerek onaylanması, onay verilmeyen 5 kalem ihalenin ise gerçekleştirilmediği ve bedelin de ödenmediğinin anlaşılması ile toplanan kanıtlarla iddia ve savunma incelenip tartışılarak suçun sübutu ve niteliği soruşturma sonuçlarına ve yasaya uygun biçimde tayin edilmiş bulunduğundan, hükmün onanması gerekir”.

²⁰⁶ Şen/Aksüt, a.g.e, s.80, Bkz. Yarg. 5. CD20.11.2006 tarih, 2006/3428 Esas, 2006/9311 Karar: “1998-1999-2000 tarihlerinde 34.300 ton mıcır dolgu malzemesi, 8950 ton dolgu malzemesi, 5500 ton kum, 5350 ton çakıl, 2432 ton taş tozu ve 2849 ton mıcır olmak üzere toplam 59.381 ton malzemenin teslim alınmadığı, depolanmadığı, kullanılmadığı ve satın alınmadığı halde satın alınmış gibi gösterilen sahte fatura, sahte tesellüm heyet raporları, ambar giriş ve çıkış makbuzları, sahte ambar kartları ve ambar istek ve çıkış fişleri düzenlemek suretiyle” kullanılmış gibi gösterilerek bu malzemelerin bedellerinin sanıkların zimmetlerine geçirdiklerinden bahisle “TCK.nun 202/1, 31, 33. maddeleriyle açılan kamu davasında sanıklara yüklenen bu zimmet eylemi ile ilgili münhasıran bir karar verilmesi gerekirken, iddianamede anlatılan olayın tamamen zimmet fiiline ilişkin olup ihaleye fesat karıştırmadan bahsedilmediği ve zimmet suçunun farklı unsurlara sahip ihaleye fesat karıştırma suçuna dönüşmeyeceği gözetilmeden alınan bilirkişi raporundaki suç nitelendirmesine bağlı kalarak yazılı şekilde hüküm kurulması...”

2.6.1.1. Hareket

Suç, öncelikle kaynağını insanda bulmak anlamında beşeri bir fiildir. Bu, kaynağını insanın dışında bulan fiillerin, yani tabiat ve hayvan fiillerinin suçu oluşturmaması demektir. İnsanın dışında canlı veya cansız tabiata ait fiiller, ancak insana izafe edilebildikleri takdirde suç olarak ortaya çıkmaktadır. Liberal-demokratik bir ceza hukuku düzeninde kuralın istisnası yoktur. Kural, bir ceza hukuku düzeninin niteliğini belirlemede mihenk taşıdır. Böyle olunca salt düşünce, inanç ve kanaati yasaklayan bir hukuk düzeni liberal-demokratik hukuk düzeni değildir. Bu şekilde bir hukuk düzeni ya teokratik ya da totaliter bir hukuk düzeni meydana getirir.²⁰⁷

Fiil bir insandan kaynaklanmalıdır. Fiil, failin iradi olarak, bilerek ve isteyerek yaptığı, dış dünyada değişiklik yapan ve belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olan davranışlardır. Suç oluşturan fiilin, kanunda yazılı tanıma uygun ve haksızlık teşkil etmesi gerekir. Haksızlık teşkil eden fiilin icrai veya ihmali bir hareketle işlenmesi mümkündür.²⁰⁸

Ceza hukukunda fiil, dış dünyada etkileri bulunan iradi tipik insan davranışları olarak nitelendirilmektedir.²⁰⁹ Neticeyi esas alarak suç teorisini oluşturan klasik ceza hukuku teorisinde fiil; hareket, netice ve nedensellik bağına kapsayan üst bir kavram olarak kabul edilmiş iken, fiili esas alan yeni ceza hukuku doktrininde 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 bağının varlığını da araştırmak gerekmektedir.²¹⁰

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 verilmediği görülmektedir. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçlarındanır. Gerçekten 235. madde ihaleye fesat karıştırmanın cezalandırılacağı belirtilmiş, suçun oluşumu için başkaca bir

²⁰⁷ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s. 167.

²⁰⁸ Bakıcı, a.g.e, s.14.

²⁰⁹ Arslan, a.g.e, s.166.

²¹⁰ Özgenç, Genel Hükümler,a.g.e, s.171.

sonucun ortaya çıkması aranmamıştır. Bu husus ihaleye fesat karıştırmanın görünüm şekillerinin gösterildiği 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 ihaleye 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 görülmüş, bunun sonucu olarak bir başka unsurun daha gerçekleşmesi aranmamıştır.²¹¹

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.²¹²

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 hasil olması zorunlu kılınmış değildir. Bazı suçlar hareketten ayrıca hukukun değer izafe ettiği bir neticenin meydana gelmesini zorunlu kılarken, bazı suçlar hukukun değer 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.²¹³

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.²¹⁴

İhaleye fesat karıştırma suçunun fiilini açıklamadan önce öncelikli olarak suçun temelini teşkil eden ‘fesat’ ve ‘hile’ kavramlarından ne anlaşılması gerektiği

²¹¹ Aritürk, a.g.e, s.189, Arslan, a.g.e, s.152.

²¹² Aritürk, a.g.e, s.189.

²¹³ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a,g,e, s. 168.

²¹⁴ Bakıcı, a.g.e, s.14.

açıklanmalıdır. Fesat sözlükte, ‘sakatlık, iradeyi sakatlayan haller, yapılan bir işin hukuki bakımdan sakatlık taşıması’ anlamına gelmektedir.²¹⁵ 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.²¹⁶

“Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 27.4.2014 tarih, 2004/6-85 Esas, 2004/104 Karar” sayılı ilamına göre hile “maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve benzeri her türlü eylemdir. Bu eylemler gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sığata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise, kendi durum veya sıfatını gizlemektedir” anlamına gelmektedir.²¹⁷

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

- “Hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,”
- “Hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,”
- “Hileli davranışlarla teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,”
- “Hileli davranışlarla teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak,”
- “Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak”
- “Cebir ve tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek”

²¹⁵ Koca, a.g.e, s.74; Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, s.138, Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2001, s.221.

²¹⁶ Koca, a.g.e, s.74.

²¹⁷ Koca, a.g.e, s.75.

– “İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları şeklindeki eylemler suçun hareketleridir.”²¹⁸

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.²¹⁹ Suçun hangi hareketlerle işlenebileceği kanunda açık bir şekilde ifade edilmekle birlikte, bu hareketlerden sadece birinin işlenmesiyle ihaleye fesat karıştırma suçu tamamlanmış olacaktır.²²⁰ Dolayısıyla sayılı hareketlerden dışında meydana gelen bir eylem dolayısıyla bu suç oluşmayacaktır. Zira aksi durum kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

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 tanımlanmış 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.²²¹

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

²¹⁸ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s.842.

²¹⁹ Artuk/Gökçen /Yenidünya, a.g.e, s.652.

²²⁰ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s.842.

²²¹ Hafizoğulları/Özen, Topluma Karşı Suçlar, a.g.e, s. 410-411.

kurabilmeliyiz. ²²² 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. ²²³ 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.

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. ²²⁴

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. ²²⁵

Maddenin 2 nci fıkrasında ve alt bentlerde belirtilen seçimlik hareketleri aşağıda ayrı ayrı incelemekte fayda görülmektedir.

²²² Şen/Aksüt, a.g.e, s.84-85.

²²³ Artuk/Gökcan/Yenidünya, a.g.e, s.659.

²²⁴ Şen/Aksüt, a.g.e, s.85.

²²⁵ Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, a.g.e, s. 411-412.

2.6.1.1.1. “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.²²⁶

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.²²⁷ Madde metninde belirtilen hileli hareket ile ihaleye fesat karıştırılmış sayılır. Hile her türlü şekilde gerçekleşebilir.

Hile kişilerin hür iradeleri ile tercihte bulunmalarına engel olmalıdır. Kişilerin iradelerini etkilemeksizin olayları değiştirmek, objelerde güdümlenme yapmak hile sayılmaz²²⁸.

İcrai ya da ihmali bir davranışla gerçekleştirilebilen hilenin bir olayla ilgili olması gerekli değildir. Gerçeğin gizlenmesi de hileyi teşkil eder²²⁹. 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 olur²³⁰.

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

²²⁶ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.108.

²²⁷ Arslan, a.g.e, s.131.

²²⁸ Arslan, a.g.e, s.124.

²²⁹ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, a.g.m. s.14; Özgenç, İhale, s, 44.

²³⁰ Özgenç,a.g.e, s.44.

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.²³¹ 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 deyimi 235/2-a fıkra ve bendindeki hileli davranışlar deyimini de kapsamaktadır. Bu sebeple madde içerisinde tekrara konu düzenleme yapıldığı söylenebilir.²³²

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.²³³

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

²³¹ Kazancı, a.g.e, s.148.

²³² Şen/Aksüt, a.g.e, s.86, Ayrıca Bkz. "Yarg. 5. CD 26.11.2013 tarih, 2012/11389 E. 2013/11348 K: "Sanığın, oğlunun borcu nedeniyle başlatılan icra işlemleri sonucunda satışa çıkarılan aracının açık artırma yoluyla satışı sırasında" "Bu arabayı sattırmam, kimseyi bindirmem, burada tezgah dönüyor, bu arabayı biz alacağız" şeklinde sözler söylemesi, bunun üzerine ihalenin iptal edilmesi şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda; "eylemin TCK'nın 235/5. maddesi yollamasıyla aynı maddenin 235/2-c bendinde düzenlenen hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılımı engellemek suretiyle fesat karıştırma suçunu oluşturduğu" kabul edilmişse de, hükümden sonra yürürlüğe giren 6459 sayılı Yasa ile anılan madde ve bentlerinde önemli değişiklikler yapıldığı, TCK'nın 235/3-a maddesine göre sadece cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenen fiiller yönünden alt sınır cezanın değiştirilmediği, diğer hukuka aykırı davranışlar için değişik 235/1, 3-b maddelerindeki düzenlemelerin nazara alınması gerektiği anlaşılmakla buna göre hukuki durumunun yeniden takdir ve tayin edilmesi lüzumu," Bozmayı gerektirmiş,(Uyap Mevzuat).

²³³ Koca, a.g.e, s.83; Arslan, a.g.e, s.124.

suç oluşturmaz. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırmanın bu şekli çok hareketli bir suç özelliği taşımaktadır.²³⁴

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) yeterlik 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.²³⁵

Genel anlamda ihaleye katılma yeterliliği ihale mevzuatına göre belirlenir. Ancak ihalelerin uygulama yönetmeliğinin 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 suçu 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 bilmeseyse bile öğreti ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağı ileri sürülmektedir.²³⁶

²³⁴ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, a.g.m. s.14.

²³⁵ Arslan, a.g.e, s.132.

²³⁶ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, a.g.m. s.16., Meran, Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma, Ankara 2011. S. 131.

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.²³⁷

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.²³⁸ 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 söz konusu olduğu eylemlerdir.²³⁹

“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.²⁴⁰

2.6.1.1.2. “Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliliğine 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

²³⁷ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.110.

²³⁸ Akbulut, Berrin, İhaleye Fesat karıştırma Suçu, (TCK, m. 235), CHD, Yıl:4, Sayı: 9, Nisan 2009, Ankara, s.89.

²³⁹ Şen/Aksüt, a.g.e, s. 83-84; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.6602.

²⁴⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.111.

çerçevede, ihaleye katılma yeterlik ölçütleri 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.²⁴¹ Bir kimse iki şekilde ihale katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayabilir. Bunlardan birisi, ihale şartnamesinde belirtilen koşulları taşımaması, bir diğeri ise mevzuat hükümlerine göre ihaleye katılmayacak kimseler olmasıdır. KİK ve DİK’de ihaleye katılmayacak kişiler belirtilmiştir.

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 benzer mahiyette görüş belirtmiştir.²⁴² Benzer şekilde Yargıtay bir çok 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

²⁴¹ Arslan, a.g.e, s.132.

²⁴² Koca, a.g.e, s.85-86, Ayrıca Bkz. “Yarg. 5. CD 26.09.2012 tarih, 2012/3921 Esas, 2012/9472 Karar.” “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 Yasa’nın 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 dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanık Turgut’un suça ne şekilde katıldığı karar yerinde tartışılıp gösterilmeksizin asli fail gibi cezalandırılması,” (Uyap Mevzuat).

faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde tereddüt bulunmadığı...” şeklinde aksi yönde 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’nun madde metninde belirtilen seçimlik hareketlerde fail olabilecek kişiler tek tek sayılmış, kanunun 2 nci maddesinde hüküm altına alınan 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.²⁴³

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.²⁴⁴ 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.²⁴⁵

²⁴³ Bkz. Bu çalışmanın ‘Suçun Faili’ başlıklı kısma.

²⁴⁴ Koca, a.g.e, s.89-90; Tuğrul, a.g.e, s.80, Arslan, a.g.e, s.135.

²⁴⁵ Şen/Aksüt, a.g.e, s.87, Ayrıca Bkz, “Yarg. 11.2.2013 tarih, 2012/11221 E, 2013/1058 K sayılı ilamı:” “M... İnş. Ltd. Şti yetkilisi sanık V. M.'nun,... ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olmadığı halde sahte belgelerle ihaleye katılmak isteyen ve ihaleyi almak, sanık E.'in düzenlediği gerçek dışı iş bitirme belgesi ile belirtilen şirketin ihaleye girmesini sağlamak suretiyle ihaleye fesat karıştırmak, sanık Ş.'in ise görevini kötüye kullanmak suçlarını işlediklerinden bahisle mahkumiyetlerine karar verilmiş ise de;”

İhaleye fesat karıştırmanın bu işleniş şeklinde, aslında ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan bir kişinin “hileli davranışlarla, yeterliğe veya koşullarına sahip olduğundan bahisle ihaleye katılması veya ihaleye katılmasının sağlanması” söz konusudur.²⁴⁶ 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.

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.²⁴⁷

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

“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 Kanunun 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretilerde 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 dikkate alındığında...”(kazancı.com).

²⁴⁶ Kazancı, a.g.e, s.150.

²⁴⁷ Tuğrul, a.g.e, s.80-81.

bırakmak suretiyle görevinin gereklerine aykırı işlem tesis eden ihale görevlileri hakkında ceza sorumlulukları yoluna gidilmelidir.²⁴⁸

2.6.1.1.3. “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.²⁴⁹

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 suçu oluşturacaktır.²⁵⁰

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

²⁴⁸ Şen/Aksüt, a.g.e, s.92.

²⁴⁹ Arslan, a.g.e, s.137-138.

²⁵⁰ Koca/Üzülmez, a.g.m, s.18; Meran, a.g.e, s.162-164, Arslan, a.g.e, s.143-144.

²⁵¹ Kazancı, a.g.e, s.152.

²⁵² Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.114.

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.²⁵³

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 taşımasına rağmen teklif ettiği malları değerlendirmeye alınan kişinin ihaleyi kazanmış olması şart değildir.²⁵⁴

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.²⁵⁵

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.²⁵⁶ Dolayısıyla bu madde ve bentlerinde belirtilen fiiller, yapıları itibarıyla kamu görevlileri tarafından işlenebilir.

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

²⁵³ Koca, a.g.e, s.94; Kazancı, a.g.e, s.152.

²⁵⁴ Arslan, a.g.e, s.139.

²⁵⁵ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.115.

²⁵⁶ Arslan, a.g.e, s.159.

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. Benzer şekilde “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 26.09.2012 tarih, 2012/3921 Esas, 2012/9472 Karar” sayılı ilamında “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun madde metninde belirtil seçimlik hareketlerde fail olabilecek kişiler tek tek sayılmış, kanunun 2 nci maddesinde ifade edilen 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.²⁵⁷

DİK madde 4’te şartname, “yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri” olarak tanımlanmıştır. Yine KİK madde 12’de; “ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirtilen idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması gerektiği” vurgulanmıştır. Bununla beraber KİK madde 12’de teknik şartnamenin içeriğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.²⁵⁸ İhale dokümanında “idari şartnameler, yaptırılacak işin projesini de kapsayacak teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli olan diğer bilgi ve belgeler” bulunur. Ön yeterlilik dokümanında ise “adaylarda aranan şartlar, ön yeterlilik kriterleri ve gereken diğer bilgi ve belgeler” bulunmalıdır.²⁵⁹

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

²⁵⁷ Bkz. Bu çalışmanın ‘Suçun Faili’ başlıklı kısma.

²⁵⁸ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, s.846-847.

²⁵⁹ Artuk/Gökçen /Yenidünya, a.g.e, s.655-656.

ihalelerin hizmete ilişkin kısımda değil yalnız mala ilişkin kısımda TCK madde 235/2-a-3 söz konusu olabilir.²⁶⁰

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.²⁶¹

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

Kamu İhale Kanunu madde 5 gereğince “yönetimler, yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla” sorumludur. Gizli kalması gereken bilgilerin başkalarına bildirilmesi ihalenin serbest rekabet ortamında yapılmasını engellemektedir.²⁶² Gizlilik, ihaleye hâkim olan ilkelerden arasında yer almaktadır. İhale ile hedeflenen amaç, bir işin rekabet ortamının sağlanarak en avantajlı şartlarla ve en cazip maliyetle gördürülmesini sağlamaktır. Bunun için gerçek bir rekabet ortamının sağlanması gerekmektedir. Rekabet ortamında işin bir katılımcıya bırakılabilmesi için tekliflerle ilgili olan ve ihale mevzuatına göre veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere, diğer katılımcıların ulaşmamış olması gerekmektedir.²⁶³

Burada önemli olan, bir bilginin gizli kalması gereğidir. Bir bilginin gizli kalması gerekip gerekmediği, bilginin niteliğine göre KİK’e dayanarak hâkim tarafından belirlenecektir. Ancak bazı bilgiler, ihale şartnamesinde veya ilanında yer alması dolayısıyla aleniyet kesp ettiğinden katılımcıların birine bu bilgilerin ulaştırılması anılan

²⁶⁰ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s.847.

²⁶¹ Artuk/Gökçen /Yenidünya, a.g.e, s.656; Arslan, a.g.e, s.139.

²⁶² Altıparmak, a.g.e, s.57; Erdağ, a.g.e, s.3.

²⁶³ Erdağ, Ali İhsan. “Ekonomik, Sınai ve Ticari Suçlar”, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Nisan, 2005/5., s.388.

suçu oluşturmaz. Gizli kalması gereken bilgilerin tümünün ulaştırılması suçun oluşumu için gerekli değildir. Bilginin kısmen ulaştırılması durumunda da suç oluşmuş olacaktır.²⁶⁴

Kamu ihalelerinde en düşük fiyat karşılığında değil en verimlisinin alınması ilke olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, herhangi bir idare zararına sebebiyet vermemek için, ayrıntılı bir fiyat araştırması yapmak suretiyle, işin yaklaşık maliyetinin isabetli ve gerçeğe en yakın şekilde tespit edilmesi de önemli bir husustur. Gizli tutulması gereken bilgiler sadece yaklaşık maliyetle sınırlı olarak düşünülmemelidir. Nitekim maddede “ihale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilerden” bahsedilmiştir. Buna göre, sözgelimi Kamu İhale Kanunu’nun 39 uncu maddesine göre katılımcılar tarafından verilmiş olan tekliflerin ihale dokümanında belirtilen saatte açılması gerekir. Bu saatten önce tekliflerin açılması ve ihaleyle ilgili olsun veya olmasın başkalarına ulaşmasının sağlanması halinde TCK’nın 235/2, b maddesinde belirtilen suç işlenmiş olacaktır. Madde metninde gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmış olması aranmıştır. Dolayısıyla ihale yetkilisinin sırf gizliliği ihlal etmesi bu suçu oluşturmaz, başkalarına bu bilgilerin ulaşmış olması da gerekir. Gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamaktan amaç, gizli kalması gereken bilgilerin bir veya birden fazla kişinin öğrenmesine neden olunmasıdır. Bu husus bilgilerin üçüncü şahıslara ulaştırılması, öğrenmelerini sağlayacak şekilde ifşa edilmesi ve yayınlanması şeklinde gerçekleşebilir. Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, bilgilerin soyut olmaması, belli bir teklifle ilgili olmasıdır. Belli bir teklifle bağlantısı kurulmayan bilgi açıklamaları bu bent kapsamında ihaleye fesat karıştırmayı oluşturmayacaktır.²⁶⁵

Ayrıca Kamu İhale Kanunu’nun 61 inci maddesinde “ihale süreciyle ilgili bütün işlemlere, katılımcıların iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ifşa edilemeyeceğinden” bahsedilmiştir. Buna göre, sadece katılımcıların ibraz ettikleri teklifler değil, belli bir ihaleyle ilgili olarak Kamu İhale Kanunu’nun 10 uncu maddesi kapsamında mali ve ekonomik, mesleki ve teknik yeterliğin tespiti için ibraz edilen belgeler de gizli tutulması gereken belgelerdir. Bu belgelerdeki bilgilerin başkalarına ulaşmasını sağlamak suretiyle de 235/2,b” deki suç işlenebilecektir. Tekliflerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgileri açıklayan bizzat ihale görevlisi olabileceği gibi, bizzat teklif sahibi de olabilir veya dışarıdan üçüncü bir kişi dahi

²⁶⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6610.

²⁶⁵ Arslan, a.g.e, s.140-141.

olabilir. Tekliflerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgileri başkalarına ulaştıran herhangi bir kişi suçun faili olacaktır.²⁶⁶ Ancak uygulamada sorun sadece katılımcıların tekliflerinin rakip kişi veya firmalara bildirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu bildirim de sadece ihale işleri ile ilgili görevliler yapabilir.²⁶⁷

Suç, gizli tutulması gereken bir bilginin başkasına ulaşması ile tamamlanır. Ayrıca bilgi ulaştırılan kişinin ihaleye katılıp katılmadığı, ihaleyi kazanıp kazanmadığı veya ihalenin yapıp yapılmadığı, iptal edilip edilmediği önemli değildir.²⁶⁸

Tekliflerle ilgili olup mevzuata ve şartnameye göre gizli kalması gereken bilgiler başkalarına icrai bir hareketle ulaştırılabileceği gibi ihmali bir hareket ile de ulaştırılabilir. Buna göre, vakıf olduğu gizli bilgileri yazılı veya sözlü olarak başkalarına ulaştıran kişi icrai hareketle bu suçu işlemiş olacaktır. Buna karşılık, gizli bilgileri içeren belgeleri kasten başkalarının ulaşabileceği yerlere bırakmakla da ihmali şeklinde suç işlenebilecektir.²⁶⁹ Dolayısıyla suç, yazılı, sözlü, ima yollu ya da icrai ve ihmali şeklinde gerçekleşebilir.

2.6.1.1.5. “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”

Konuyla ilgili madde gerekçesinde “... cebir ve tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek, ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmiştir. Katılımcıların ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıltılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi, bu fiillere ilişkin örnek oluşturmaktadır” denmiştir.²⁷⁰

²⁶⁶ Kazancı, a.g.e, s.155.

²⁶⁷ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.117.

²⁶⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6611.

²⁶⁹ Kazancı, a.g.e, s.156

²⁷⁰ Bkz, Yarg. 5.CD, 17.4.2014 tarih, 2013/17115 E, 2014/4365 K sayılı ilamında: “5237 sayılı TCK'nın [235](#). maddesinin 1. ve 2. fıkralarında "ihale" terimi kullanılmış iken, anılar Yasanın 5. fıkrasında "artırma veya eksiltme" tabirlerinin kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu, nitekim Yasanın gerekçesinde de "maddenin beşinci fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanı genişletilmiştir" denilmek

Cebir, "kişiyeye karşı fiziksel güç kullanarak, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesi"dir.²⁷¹ Tehdit, "mağdurun güvenlik duygusunu, iç huzurunu etkileyici, onu endişeye, korkuya sevk etmeye elverişli her türlü hareketler"dir.²⁷² Tehdit bireysel olabileceği gibi katılan tüm kişilere yönelik genel de olabilir.

Kazancı"ya göre ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurunu oluşturan cebir ve tehdidin aynı zamanda hukuka aykırı olması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, kanunda cebir ve tehdidin hukuka aykırı olma zorunluluğundan bahsedilmemiş olsa da, genel ilkelerden bu husus açıkça anlaşılmaktadır.²⁷³

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 tevessül edilecektir.²⁷⁴

suretiyle Yasa koyucunun bu konudaki iradesini ortaya koyduğu, bu nedenle de anılan maddenin 5. fıkrasının amir hükmü uyarınca; kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile ilgili olarak da Yasa'nın ihaleye fesat karıştırmaya ilişkin hükümlerinin uygulanmasında zorunluluk bulunduğu, mahkemece de tanık beyanları ve sanığın kaçamaklı ikrarına göre oluşa uygun olarak sübutu kabul edildiği üzere, sanığın icra ihalesi öncesinde kişilerin ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek amacıyla kolluk tarafından uyarılmasına rağmen yüksek sesle ihalenin kendisi için önemli olduğunu, başka kimsenin girmemesi gerektiğini, girenlerin kendisine düşman olacağını söylediği, yapılan ihalede sanığın 100 lira yükseltme yaptığı, icra artırımına giren şahısların artırımda bulunmaması nedeniyle satışa konu aracın artırımını kazandığı, olayın gelişim sürecinden açıkça anlaşıldığı üzere bu tehdit eylemi nedeniyle bir kısım kişilerin ihaleye katılmadıkları, yine ihale işlemi olduğunda kuşku bulunmayan pey sürme işlemlerinin de tehdit fiilinin etkisi nedeniyle gerçekleştirilemediği anlaşılmalı, sanığın ihaleye fesat karıştırma suçundan 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 de nazara alınarak cezalandırılması gerektiği gözetilmeksizin yasal olmayan gerekçelerle beraatine hükmedilmesi..

²⁷¹ Artuk/Gökçen /Yenidünya, a.g.e, s.658.

²⁷² Artuk/Gökçen /Yenidünya, a.g.e, s.658.

²⁷³ Kazancı, a.g.e, s.165.

²⁷⁴ Tuğrul, a.g.e, s.86; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6612.

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.²⁷⁵ Katılan şirketin temsilcisi veya vekiline yönelik eylemler de bu kapsamdadır.²⁷⁶

“Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engelleme” suretiyle gerçekleştirilen ihaleye fesat karıştırma suçunda, kişilerin ihaleye katılması, tutmak, dövmek suretiyle zor kullanılarak, ihaleye katılmak isteyen kişinin kendisine ya da yakınlarına yönelik tehditle veya hukuka aykırı diğer davranışlarla kişinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılması engellenmiş olabilir. Tehdit, mağduru kendisinden istenileni yapmaya zorlayacak nitelikte olmalıdır. Tehdit ve cebirin iradeyi etkilemeye elverişli olduğu hususunun belirlenmesinde Kanunun 106 ncı maddesi göz önüne alınmalıdır²⁷⁷. 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 diğer maddelerine gidilmesi gerekir²⁷⁸.

Cebir veya tehdidin yanında, hukuka aykırı bir davranışla bu suçun işlenmesi de yeterli sayılmıştır. ‘Hukuka aykırı başka bir davranış’ deyiminin ise, hukuk düzeninin belirlemiş olduğu emir ve yasak biçiminde bir içeriğe sahip olan her türlü hukuk kuralına aykırı eylem olarak anlaşılması gerekir. Hukuka aykırı davranış, hukuka aykırı olma

²⁷⁵ Erdağ,a.g.e, s.389; Arslan, a.g.e, s.147.

²⁷⁶ Yarg. 5 CD, 6.2.2013 tarih, 2012/4346 E, 2013/878 K sayılı ilamında: “Sanık A.’ın borcu nedeniyle başlatılan icra işlemleri sonucunda satışa çıkarılan taşınmazlarının icra dairesinde açık artırma yoluyla satışı sırasında alacaklı vekili olarak orada bulunan ve pey süren katılan avukata yönelik olarak "ihaleye katılırsan seni Kırıkhana yetiştirmem, buradan çıkamazsın, bunun faturası ağır olur, sen mafya avukatısın, zaten sen mafya avukatlığı yaptın, terbiyesiz" şeklinde sözler söylemesi ancak daha sonra polis marifetiyle sanığın oradan uzaklaştırılması, katılanın da ihaleye girmesi şeklinde gelişen olayda eylemin TCK’nın 235/5. maddesi yollamasıyla aynı maddenin 2/c fıkrasında düzenlenen "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" suçuna teşebbüs fiilini oluşturacağı, tehdit içeren sözlerinde bu suçun unsuru niteliğinde olduğu ..”(kazanci.com).

²⁷⁷ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, a.g.m. s.21.

²⁷⁸ Özgenç, İhale, a.g.e, s.50, 51.

kaydıyla herhangi bir şekilde gerçekleşebilir. Sözgelimi, ihalenin yapılacağı mahallin kapısını kilitlemek, içeriye katılımcıları almamak, gerçeğe aykırı şekilde ihalenin yapılmayacağına ilişkin bilgi yaymak, ihalenin yapılmasını engellemek için ihale binasını yıkmak, ihale salonunu işgal etmek, ihale komisyonunun konuşmasına veya konuyu görüşmesine engel olmak gibi benzeri şekilde meydana gelecek davranışlar madde metninde belirtilen ‘hukuka aykırı başka bir davranış’ kapsamında kabul edilebilecektir. Ancak hukuka aykırı davranışın hile ile cebir ve tehdidi kapsamaması gerekir. Zira eylemde hilenin varlığı kabul edilirse kanunun 235/2-a,1 madde ve fıkrası, cebir veya tehdidin söz konusu olması durumunda ise cebir ve tehdide ilişkin bendin uygulanması gerekecektir. Bu sebeple madde gerekçesinde “katılımcıların ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıltılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi durumunda maddenin 2-c bendinin değil, 2-a,1 alt bendinin söz konusu olacağı” ifade edilmiştir.²⁷⁹

Hukuka aykırı davranış kavramının içine cebir ve tehdidin dışındaki suçların dâhil edilmesi mümkündür. Yine bunun gibi bilgilendirme yükümlülüğü olmayan bir kimsenin ihale saati hakkında yanlış bilgi vermesi buna örnek olabilir. Para karşılığında ihaleden çekilmek de hukuka aykırı bir tutumdur. Bir kimsenin verilen para karşılığında ihaleden çekilmesi madde metninde açıkça belirlenmemiştir. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz bentte kişilerin rekabeti bozucu şekilde anlaşmaları yasaklanmıştır. Para karşılığında ihaleden çekilme (d) bendi kapsamında değerlendirilmelidir. Bunun yanında bir kimsenin rica neticesinde ihaleden çekilmesi ya da katılmamasının bu suçu oluşturmayacağını düşünmekteyiz. Ancak belirtmek gerekir ki; metindeki hukuka aykırı davranışlar kavramının niteliği cebir, tehdit ve hile kavramları kadar açık değildir. Çoğu zaman

²⁷⁹ Tuğrul, a.g.e, s.88; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6613, Ayrıca Bkz, Yarg. 5.CD, 26.11.2013 tarih, 2012/11389 E, 2013/11348 K sayılı ilamında: “..başlatılan icra işlemleri sonucunda satışa çıkarılan aracının açık artırma yoluyla satışı sırasında "Bu arabayı sattırmam, kimseyi bindirmem, burada tezgah dönüyor, bu arabayı biz alacağız” şeklinde sözler söylemesi, bunun üzerine ihalenin iptal edilmesi şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda; eylemin TCK'nın 235/5. maddesi yollamasıyla aynı maddenin 235/2-c bendinde düzenlenen hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılımı engellemek suretiyle fesat karıştırma suçunu oluşturduğu kabul edilmişse de, hükümden sonra yürürlüğe giren 6459 sayılı Yasa ile anılan madde ve bentlerinde önemli değişiklikler yapıldığı, TCK'nın 235/3-a maddesine göre sadece cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenen fiiller yönünden alt sınır cezanın değiştirilmediği, diğer hukuka aykırı davranışlar için değişik 235/1, 3-b maddelerindeki düzenlemelerin nazara alınması..”(Uyap Mevzuat).

hukuka aykırı davranışın ne olduğu anlaşılamayabilecektir. Bu tip bir tanımlama suçta kanunilik ilkesi açısından sorun oluşturabilecektir.²⁸⁰

İhale sürecinin tamamlanmasından sonra ihaleye usulsüz katılan kişinin ihale sürecinde saptanamayan bu usulsüzlüğünü bilen diğer bir isteklinin kendisine menfaat sağlayacağı yönünde bu usulsüzlük nedeniyle Kamu İhale Kurumuna itiraz edeceğine dair şantaj söylemi, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayıp TCK'nın 107 nci maddesi kapsamında şantaj olarak değerlendirilmesi gerekmektedir²⁸¹. Usulsüzlüğü bulunmayan ve ihaleyi kazanan kişiye yönelik süreci uzatma kastıyla menfaat sağlamaması durumunda itiraz yetkisini kullanacağına ilişkin eyleminde genel suç tipi olan tehdit kapsamında değerlendirilmesi gerektiği aşikârdır. Diğer yasak fiil ve davranışların belirlenmesinde KİK'in 17 ve DİK'in 83 üncü maddesinin yorum aracı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁸²

Cebir veya tehdide rağmen şahsın ihaleye katılması halinde eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekecektir. Yargıtay'ın istikrar bulan kararlarında "sanıkların, tehditle şirket yetkililerini ihale sürecine katılmalarını engellemek istemelerine rağmen bu şirketin ihaleye girip kazandığı, eylemlerin tamamlanmadığı, böylece TCK'nın 235/2-c ve 35/2 maddelerinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı" şeklinde uygulaması bulunmaktadır.²⁸³

"Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 21.2.2013 tarih, 2012/3486 Esas, 2013/1316 Karar" sayılı ilamında "yetkili olan şirketin temsilcisi şahsa yönelik cebir veya tehdit kullanılarak meydana gelen ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunda şirketin ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmadığından anılan suçun yasal unsurları oluşmadığı, bu cihetle suç vasfının tehdit ve kasten yaralama suçu ile sınırlı olacağı" şeklinde hüküm kurmuştur.²⁸⁴

²⁸⁰ Altıparmak, a.g.e, s.61.

²⁸¹ Özgenç, İhale, a.g.e, s. 50, 51.

²⁸² Özgenç, İhale, a.g.e, 52, 53.

²⁸³ Yarg. 5.CD, 17.06.2013, 9149/6677, Yarg. 5.CD, 28.03.2013, 4408/2418.

²⁸⁴ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.119, "... Kamu İhale Kanununun 10. maddesi ve ihale şartnamesine göre bilanço ve eşdeğer nitelikteki belgeyi ihale evrakına eklemeyi ve böylece ihaleye katılma yeterliliğini taşımadığından dolayı teklifinin geçersiz sayıldığı eylemde, sanıkların cebir ve tehdit kullanılarak ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu işlediklerinden bahisle mahkûmiyet kararı verilmiş ise de;" "mağdurların yetkilisi olduğu şirketin ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmadığından 5237 sayılı TCK'nın 235/2-c maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılacakla sanıkların

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

İhaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden bir diğeri “ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları”dır. Böylesi ihlaleye uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. İhale yoluyla en cazip mal veya hizmetin en avantajlı fiyata alınması amacı taşıdığından, “ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin aralarında açık veya gizli anlaşma yapması”, bu rekabeti engelleyeceği göz önünde bulundurulmak suretiyle yasaklanmıştır. Maddenin bu bendine uygun bir ihlalin varlığından söz edilebilmesi öncelikle ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler arasında yapılmış bir anlaşmanın bulunması gerekir. Bu kapsamda yer almayan kişilerle yapılan anlaşmanın maddenin konusunu oluşturan bir ihlal olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.²⁸⁵

Madde metninde yer alan ‘açık veya gizli anlaşma’ ifadesinin yerinde olmadığı konusunda öğretide eleştiriler mevcuttur. Bir anlaşmanın gizli veya açık olması dışında başka bir seçenek bulunmadığından ‘açık veya gizli’ ifadesinin kanun koyucu tarafından hatalı bir şekilde kaleme alındığı ileri sürülmektedir. Hüküm bu çerçevede “ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını, yaklaşık maliyet bedelini veya ihale bedelini etkilemeleri ya da bu amaçla aralarında anlaşma yapmaları” olarak düzeltilmesi fikri savunulmuştur.²⁸⁶ Kanaatimizce savunulan görüş anlatım yönünden daha isabetlidir. Zira madde metninde sadece ‘anlaşma’ ibaresinin düzenlenmesi bu anlaşmanın gizli veya açık tüm anlaşmaları kapsayacağı açıktır.

Yine öğretide bu bende uygun bir ihlalin gerçekleşebilmesi için belli bir ihaleyle ilgili olarak fiyatı etkilemek için anlaşma yapan tarafların ihaleye katılma yeterliğine sahip olması ya da ihalenin şartlarını taşıması gerektiği de belirtilmektedir. Ayrıca anlaşmanın içeriği konusunda da maddede belirleme yapıldığı görülmektedir. Anlaşmanın içeriği ihale şartlarını etkilemeye yönelik olabileceği gibi, hususan fiyatları etkilemeye yönelik de olabilir. Buna göre, anlaşma ihale şartlarını veya fiyatları etkilemeye yönelik değilse,

eylemlerinin tehdit ve kasten yaralama suçlarını oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ”.

²⁸⁵ Arslan, a.g.e, s.148.

²⁸⁶ Şen/Aksüt, a.g.e, s.105.

ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Örneğin işin teslim süresini uzatmak, kullanılacak malzemenin kalitesini düşürmek veya birim fiyatın artmasını sağlamak amaçlı anlaşmalar bu bent kapsamında değerlendirilmelidir.²⁸⁷ Bunun dışında ihale şartlarını veya fiyatı etkilemeyen anlaşmalar bu bent kapsamında suç teşkil etmeyecektir.

Madde metninde belirtilen anlaşmanın elverişli vasıta olabilmesi ve sonuca etki edebilmesi için, bu anlaşmanın ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin tümü arasında veya en azından ihale üzerinde etkili olacak çoğunluk arasında yapılması gerekir. Bu kişiler, ihale şartları ve özellikle fiyatları etkilemek maksatlı aralarında anlaşma yaparak, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarını engellemektedirler. Anlaşmanın iki veya daha fazla kişi arasında olmakla beraber ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin tümü ya da çoğunluğu ile yapılmaması durumunda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluştuğu kabul edilemez. Çünkü bu durumda suçun maddi unsurunu gerçekleştirmeye yönelik elverişli vasıtanın mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Elverişli vasıtanın bulunmadığı durumlarda suçun teşebbüs aşamasında kaldığından da söz edilemez. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşması için kişinin elverişli vasıtaya, yani ihaleye fesat karıştırma suçunu işleme kudretine sahip olması ve kudret ile ihaleye etki etmesi gerekmektedir.²⁸⁸ Aksi görüş olarak anlaşmanın mutlaka ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler arasında yapılması gerekir. İlla ki ihaleye katılan tüm kişiler arasında gizli anlaşmanın yapılmasına gerek yoktur. İhaleye katılan iki kişi veya daha fazla kişi arasında olması yeterlidir. Diğer yandan, gizli anlaşmaya rağmen ihalenin anlaşma dışındaki üçüncü bir kişi tarafından kazanılması halinde suçun oluşumunu etkilemeyecektir. İhalenin üçüncü bir katılanın üzerinde kalması halinde çoğu eylemlerde olduğu gibi kamu zararı doğmayacağından suçun oluşumu konusunda herhangi bir engel teşkil etmeyecektir.²⁸⁹ Bizce de ikinci görüş madde metni ve lafzı doğrultusunda isabetli görüş içermektedir. Zira lafız itibariyle tarafların ihale şartlarını ve fiyatını etkilemek amacıyla hareket etmeleri yeterli görülmüştür. Ayrıca anlaşmanın ihaleye katılan ve üçüncü kişi arasında yapılmış olması halinde de bu bent kapsamında zikredilen suç oluşmayacaktır.

²⁸⁷ Arslan, a.g.e, s.148.

²⁸⁸ Şen/Aksüt, a.g.e, s.105-106.

²⁸⁹ Koca, a.g.e, s.109.

İhale ile bu sıfatla ilişkisi kurulamayan kişiler tarafından bu suç işlenemez. Mesela ihale görevlileri ile ihaleye katılan kişiler arasındaki görüşmeler maddenin bu bendine göre değerlendirilemez²⁹⁰

Maddede anlaşmanın yapılması suçun oluşumu için yeterli görülmüştür. Bu nedenle, ihale sonucunda ihale şartlarının ve fiyatının etkilenmiş olması gerekli değildir. Ancak anlaşma sonucunda ihale şartları veya fiyatların etkilenmesi söz konusu olmuş, idare zarara uğramışsa suçun nitelikli şekli gerçekleşmiş olacaktır.²⁹¹ Zira bu bend kapsamında idarenin zarara uğraması suçun oluşumu için gerekli değildir.

Yargıtay, birçok kararında savunulan görüş aksine anlaşmanın varlığı için rekabetin engellenmiş olması ve ihalenin anlaşmaya uygun olarak sonuçlanması gerektiğini savunmuştur.²⁹²

Anlaşmanın belli bir menfaat karşılığı yapıp yapılmadığı önemli değildir, önemli olan anlaşmanın yapılmasıdır. Menfaatin varlığı halinde vaat edilen menfaatin temin edilip

²⁹⁰ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, a.g.m. s.23.

²⁹¹ Erdağ, a.g.e, s.389; Arslan, a.g.e, s.152.

²⁹² Yarg. CGK, 26.5.2009, 2008/5-MD-16E, 2009/139K sayılı ilam: "Sanık İ.D.'nun.. İhale süreci incelendiğinde, sanık N.K.'ün de dahil olduğu birden fazla kişi tarafından ihaleye girildiği ve taşınmazın en yüksek bedeli verene ihale edildiği, bu bedellerin de, rayiç değere yakın olduğu saptanmıştır. Taşınmazlar H.H.'e ait bulunduğundan, diğerleri de H. H. adına hareket ettiklerinden, bedelin yükselmesinden, C.Savcısı sanığı sorumlu tutarak suçlamalarda bulunmaktadır. Ayrıca sanık N.ile G. soyadlı tanıklar arasında geçmişe dayalı husumet de bulunmakta olup, birbiriyle çelişkili dosya içeriğine aykırı bu beyanlara itibar etme olanağı da bulunmamaktadır. Sanıkların gerek 5237 sayılı TCY'nın [235](#), gerekse İY'nın [345/b](#) maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir eylemi bulunmadığından"

Yarg. 5. CD. 16.3.2009 tarih, 2008/15009 Esas2009/3152 Karar: "...bilirkişi raporuna, teknik araçla izleme tutanağına, savunmaya ve dosya içeriğine göre açıklanan eylem ve ilişkileri öteki sanıklarla yaptıkları ihalede rekabeti etkileyen anlaşma veya uzlaşmanın sonucu gerçekleştirdiklerinin duraksamasız belirlenemediği, ihaleye gelenlerin katılma veya teklif zarflarını bizzat verme yükümlülüklerinin olmadığı, 5237 sayılı TCK.nun [235/2-d](#) maddesindeki suçun oluşması için ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşmaya vardıklarının kesin olarak saptanması gerektiği, bu duruma göre sanıkların ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak iradelerinin bulunduğunu kabule ve mahkûmiyetlerine yeter, her türlü şüpheden uzak somut kanıtın bulunmadığı gözetilerek beraetleri yerine yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi..".

Ayrıca Bkz. "Yargıtay, 5. Ceza Dairesi'nin 6.10.2010 tarih, 2009/13644 Esas, 2010/7252 Karar, Yargıtay, 5. Ceza Dairesi'nin 22.9.2008 tarih, 2008/8361Esas, 2008/7873 Karar sayılı" ilamlar).

edilmediği de önem arz etmemektedir.²⁹³ Nitekim kanunun 235/4 maddesinde “ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar” hükmü ayrıca düzenlenmiştir. Bu itibarla suçun temel şeklinden ayrı olarak düzenlenen 235/4 maddesi de suçun oluşumunda menfaatin gerekmediğini açıkça göstermektedir. İlgili kamu görevlisi menfaatin temini neticesinde meydana gelen suç ile ayrıca cezalandırılacaktır. Şartlara göre gerçekleşebilecek ayrı ceza rüşvet, irtikap veya görevi kötüye kullanma suçu olabilir. Ayrıca menfaat temin eden kişi kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan şahıslar da olabilir.

Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararında “ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşmanın yapılması suçun tamamlanması için yeterli olup fiyatların etkilenip etkilenmemesi ve ihalenin tamamlanıp tamamlanmaması önemli olmadığı..” şeklinde görüş belirtmiştir.²⁹⁴

Bu bent bağlamında suçun ne zaman oluşmuş sayılacağı konusunun da ele alınması gerekmektedir. Teklifin yetkili ihale makamına ulaşması ile fiilin tamamlanmış sayılacağı belirtilmektedir. Buna göre, idarenin teklifin kabul edildiği şeklinde herhangi bir beyanda bulunmaları gerekli değildir.²⁹⁵

2.6.1.2. Netice

Suçun maddi unsurlarından bir diğeri netice olup hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişliktir. Kanunda yazılı suçun tanımında yer alan bir değişlik söz konusu ise o fiil suç teşkil etmektedir.²⁹⁶

Netice, zarar vermek veya tehlikeye sokmak suretiyle hukukça korunan menfaatin ihlalidir. Bu açıdan bakıldığından neticesiz suç yoktur, bütün suçlar neticeli suçlardır ve

²⁹³ Tuğrul, a.g.e, s.94; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6616.

²⁹⁴ Yarg. 5.C.D. 18.04.2013, 4500/3662 sayılı ilam: “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..” (kazanci.com).

²⁹⁵ Arslan, a.g.e, s.151.

²⁹⁶ Bakıcı, a.g.e, s.14.

ihlal olarak ortaya çıkan netice, mantıksal olarak hareketle nedenseldir. Dolayısıyla böyle olunca suçların, neticeli ve neticesiz suçlar olarak ayrılmasına da gerek yoktur.²⁹⁷

Bazı suçlar, davranışın icrası ile meydana gelmektedir. Hakaret ve iftira suçu gibi. Bir kısım suçlar ise haksız çıkarın temini ile oluşmaktadır. Dolandırıcılık ve yağma suçları gibi. Bazı suçlar da davranışın icra edilmesiyle değil suç tanımında yazılı sonucun meydana gelmesi ile tamamlanmaktadır.²⁹⁸

Suçun kanuni tanımında neticeye yer verilmişse, fiilin işlenmesi ile beraber neticenin de gerçekleşmesiyle, neticeye ayrıca yer verilmeyen hallerde ise yasal tanımda belirtilen fiilin işlenmesiyle suç tamamlanmış olur. Kanuni tanımda neticeye yer verilip verilmemesine göre suçlar sırf hareket suçları (neticesiz suçlar) ve neticeli suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sözelimi yalan tanıklık suçu sırf hareket suçu iken, kasten adam öldürme neticeli suçtur.²⁹⁹

Neticeyi esas alarak suç teorisini oluşturan klasik ceza hukuku teorisinde fiil; hareket, netice ve nedensellik bağına kapsayan üst bir kavram olarak kabul edilmiş iken, fiili esas alan yeni ceza hukuku doktrininde 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 bağının varlığını da araştırmak gerekmektedir.³⁰⁰

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 verilmediği görülmektedir. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçlarındanır. Gerçekten 235. madde ihaleye fesat karıştırmanın cezalandırılacağı belirtilmiş, suçun oluşumu için başkaca bir sonucun ortaya çıkması aranmamıştır. Bu husus ihaleye fesat karıştırmanın görünüm şekillerinin gösterildiği 235/2. maddede “ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engellemek”, “ihaleye katılmasını sağlamak”, “değerlendirme dışı bırakmak”,

²⁹⁷ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.175.

²⁹⁸ Bakıcı, a.g.e, s.14.

²⁹⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.124-125.

³⁰⁰ Özgenç, Genel Hükümler, a.g.e, s.171.

“değerlendirmeye almak”, gizli bilgilerin başkalarına ulaşmasını sağlamak”, “cebir veya tehditle ya da hukuka aykırı başkaca bir yolla ihaleye ve ihaleye 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 görülüş, bunun sonucu olarak bir başka unsurun daha gerçekleşmesi aranmamıştır.³⁰¹

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.³⁰²

Suçun temel şeklini düzenleyen madde 235/1’de suçun eylem unsurunun netice kısmı ile ilgili bir açıklığın bulunmadığı söylenmelidir. Bu yönüyle suç bir sırf hareket suçu görünümünü vermektedir.³⁰³ Gerçekten ihaleye fesat karıştırma suçu, madde metinden açıklandığı gibi “hileli davranışlarla; ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan katılımcıların ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek” veya “ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan katılımcıların ‘ihaleye katılmalarını sağlamak” veya “teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak” veya “teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak” şeklinde açıklanmıştır. Yine “tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak” veya “cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan katılımcıların ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek” veyahut “ihaleye katılmak isteyen veya katılan katılımcıların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında “açık veya gizli anlaşma yapmaları” ile oluşacaktır.³⁰⁴

³⁰¹ Aritürk, a.g.e, s.189, Arslan, a.g.e, s.152.

³⁰² Aritürk, a.g.e, s.189.

³⁰³ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s.851.

³⁰⁴ Kazancı, a.g.e, s.191-192.

Bu sebeple kanunda belirtilen eylemlerin icra edilmesinden sonra suçun oluşumu için ihalenin iptal edilmesi, fiyatların veya ihale koşullarının etkilenmesi veya daha geniş anlamda sağlanmak istenen rekabet ortamının bozulması ya da kamunun veya kişilerin bir zarara uğraması aranmamaktadır. Zira “sırf hareket suçlarında”, suçun oluşumu için fiilin işlenmesi yeterlidir. Çünkü bu suçlarda hareket ile netice iç içedir. İhaleye fesat karıştırma suçunun temel şeklinin sırf hareket suçu olması nedeniyle, “bir neticeden ve bunun doğal sonucu olarak da fiil ile netice arasında bir nedensellik bağından” söz edilemez, hareketin yapılmasıyla suç da meydana gelir.³⁰⁵

Öte yandan madde 235/3’ün eski şeklinde yer alan zararın meydana gelmiş olması durumunda cezanın ağırlaştırılacağına ilişkin düzenlemeden hareketle bu suçun bir tehlike suçu olduğu sonucuna ulaşılmaktaydı. Uygulama ve öğretide de bu şekilde kabul edilmekteydi. Ne var ki 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun ile madde 235/3 değiştirilmiştir. Bu yeni şekli ile ihaleye fesat karıştırma suçu bir zarar suçuna dönüşmüştür. Zira madde 235/3 bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş cebir veya tehdit ile işlenmesi cezayı ağırlaştıran, zarar meydana gelmemiş olması ise cezayı hafifleten bir sebep olarak düzenlenmiştir. Hal böyle olunca hafifletici sebebe ilişkin hükmün karşıt anlamından suçun temel şeklinin bir zarar suçuna dönüşmüş olduğu anlaşılmaktadır.³⁰⁶

2.6.2. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bir suçun oluşması için sadece maddi unsurun, yani fiilin bulunmuş olması yetmez, ayrıca fiille birlikte iradenin de bulunması, yani kısaca fiilin iradi olması da gerekir. Fiilin iradiliği esası insanlığın büyük bir buluşunu ifade etmektedir. Zira ilkel toplumlarda ceza sorumluluğu için zararlı netice ile insan fiili arasında sadece maddi nedensellik ilişkisinin bulunması yeterli görülmüştür. Kısacası bu toplumlarda sadece zarara neden olmak, cezalandırılmak için yeterli görülmüştür.³⁰⁷

5237 sayılı TCK’nın kabulüyle birlikte Türk doktrininde, manevi unsur ile kusurluluğun farklı olgular olduğu yolunda güçlü bir akım çıkmıştır. Bu anlayışa göre, kusurluluk işlediği fiil dolayısıyla kişinin kınanması, ayıplanması gerektiği hususundaki

³⁰⁵ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.125-126.

³⁰⁶ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s.851-852.

³⁰⁷ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.240.

yargıyı ifade eder. Kusurluluk, suçun analitik incelemesinde işlediği fiilden dolayı failin cezalandırılabilmesi için varlığı gerekli olan ve fakat suç teşkil eden haksızlığın unsuru olmayan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, işlediği fiil nedeniyle kişi hakkında kınama yargısında bulunulmasa dahi, yani kişi kusurlu sayılmasa bile, bu fiil haksızlık teşkil edecektir. Oysa manevi unsurun bulunmadığı söylendiğinde ise, işlenen fiilin haksızlık teşkil etmesi, yani suç teşkil etmesi için varlığı aranan unsur gerçekleşmemiş olduğundan herhangi bir suçun olduğundan bahsedilemeyecektir.³⁰⁸

Buna göre, kast ve taksir birer kusurluluk şekli değil, suç teşkil eden haksızlığın birer işleniş şeklinden ibarettir. Kişinin işlediği fiil bakımından kasten veya taksirle hareket ettiği tespit edilmedikçe, kusurluluğu konusuna girilemeyecek, yani hakkında kusur yargısında bulunulamayacaktır. Buradan da anlaşıldığı gibi kusur yargısının dayanağını gerçekleştiren kasten veya taksirle gerçekleştirilen fiil oluşturmaktadır

İşlenen fiil ve fail arasındaki bağ, suçun manevi unsurunu oluşturur. Söz konusu bağ ya kasıt ya da taksirli hareket sonucu ortaya çıkar. Kast ve taksir suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. Taksirle işlenebilen suçlar ceza kanununda özellikle sayılmıştır. İhaleye fesat karıştırma suçu taksirle işlenebilen suçlar arasında sayılmamıştır.³⁰⁹

Haksızlığın temel işleniş şekli kasttır. Taksir, kastın yanı sıra istisnai bir sorumluluk şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, açıkça taksirle işlenebileceği belirtilenler dışındaki bütün suçlar, kasten işlenirler. TCK'nın 21/1. maddesindeki "suçun oluşumunun kastın varlığına bağlı olduğunu" öngören düzenleme, bütün suç tipleriyle birlikte okunması gereken bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.³¹⁰

Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Taksirli hareket sonucu işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu cezalandırılmayacaktır. Zira TCK'da taksirli ihaleye fesat karıştırmaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK'nın 21 inci maddesinde kast kavramı, "suçun yasal tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi" şeklinde tanımlanmıştır.

³⁰⁸ Arıtürk, a.g.e, s.240; Özgenç, Genel Hükümler, s.225; Artuk ve diğerleri, Genel Hükümler, s.313; Koca ve Üzülmöz, s.177.

³⁰⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.134.

³¹⁰ Koca ve Üzülmöz, a.g.e, s.172.

Doktrinde bir fikre göre failde almaya, satmaya, yapmaya yetkili olduğu bir çeşit malın veya eşyanın alımına, satımına veya yapımına fesat karıştırmaya yönelik bilme ve istemenin olması aranmalıdır.³¹¹ Ancak bizimde katıldığımız düşünceye göre failin ayrıca almaya, satmaya, yapmaya yetkili olduğu bir çeşit malın veya eşyanın alımına, satımına veya yapımına fesat karıştırmaya yönelik bir kastının olması gerekmez. Yani failin hangi saik ile hareket ettiğinin önemi yoktur. Hareketinin sonucunu bilmesi ve istemesi yeterlidir. Failde ayrıca özel kast aranmaz.

Failin bilgisizliğı, tedbirsizliğı, dikkatsizliğı yani kastı olmadan meydana gelen fiiller bu suçu oluşturmaz. Şunu da belirtmek gerekir ki; “hile” unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğı hususunda yorum farklılıkları doğabilecektir. Ancak, mevzuatın yorumlanması nedeniyle doğan, belge içeriğinde düşülen hataların dışında, basit bir inceleme ile geçerli olan bir belgenin veya aksine geçerli olmayan bir belgenin değerlendirmeye alınması ya da değerlendirme dışı tutulması durumunda failin kasten işlenip, işlenmediğı yönünde kanaatin oluşması da mümkündür.³¹²

Bu suç doğrudan kastla işlenebileceğı gibi olası kastla da işlenebilir. Suçun işlenebilmesi için genel kast yeterlidir, failin özel kasıtle hareket etmesine gerek yoktur, burada saiki önemli değildir, fail hangi amaçla davranır ise davranışın genel kastı taşıdığı sürece anılan suçun manevi unsuru oluşmuş olacaktır.³¹³

Aksi görüş olarak fesat karıştırma ifadesi, kastın bilme ve isteme anlamının ötesinde daha bilinçli bir hukuka aykırı fiil işleme iradesini, hatta hile içermeyi de gerektirmesi nedeniyle suçun olası kastla işlenmesi mümkün olmayacaktır.³¹⁴

Kanun’un 235 inci maddenin d bendindeki “ihaleye katılan veya katılmak isteyenlerin ihale şartlarını özellikle fiyatı etkilemek için anlaşmaları” hali hariç, suçun oluşumu için failin maddi unsurların gerçekleştiğini bilerek hareket etmesi yeterlidir. Anlaşmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebilmesi için “ihale şartlarını ve

³¹¹ Genel kastı yeterli gören yazarlar için Bkz.: Artuk./Gökçen/Yenidünya, s.466; Artuk./Gökçen, s.4; Meran, s.315.

³¹² Altıparmak , a.g.e, s.87.

³¹³ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.7047.

³¹⁴ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.134.

özellikle fiyatı etkilemek için” hareket etmeleri gerekir. Taksirle yani dikkatsizlik, tedbirsizlik ve ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir. Olası kastla da işlenebilir.³¹⁵

Bazı yazarlara göre, 6459 sayılı kanun ile 235 inci maddede yapılan değişiklikle ihaleye fesat karıştırma zarar suçuna dönüşmüştür. Yeni düzenlemenin gerekçesinde kanun koyucunun, zararı suçun unsuru olarak kabul ettiği izlenimi doğmaktadır. Böyle kabul edildiği takdirde, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu yönünden 235 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki seçimlik hareketlerinden birinin kasten işlenmesi gerekli ancak yeterli olmayacaktır. Suçun oluşumu yönünden fail ya da failerin ayrıca kamu kurumu veya kuruluşunu zarara uğratmak maksatlı hareket etmiş olmaları da aranacaktır. Buna karşılık kamu kurum veya kuruluşunun zarara uğraması objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edildiği takdirde, kastın zararı kapsamı gerekmeyecektir.³¹⁶

Aksi görüş olarak suç, tehlike suçu olmaya devam ettiğinden ve 6459 sayılı Kanun’un 12 inci maddesi ile yapılan yasal değişikliklerin suçun sadece nitelikli hallerine ilişkin olduğu kabul edildiğinden, suçun zarar suçuna dönüştüğünün kabulü mümkün değildir. Bu sebeple failerin kamuya zarar verme kastı ile hareket etmelerine gerek yoktur.³¹⁷

2.7. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suç, bir fiilin hukuk nizamının bir kuralına aykırı olmasıdır. Bu çelişkiye aynı zamanda “hukuka aykırılık” adı da verilir. Suçun özü hukuka aykırılıktır.³¹⁸

İnsan yapıtı bir olay olan eylem bazen hukuka uygunluk bazen de hukuka aykırılık gösterir. Suçu oluşturanlar hukuka aykırı eylemlerdir. Hukuka uygun eylemler ise suç kavramı içinde yer almaz. Bu nedenle bir eylemin ne zaman hukuka aykırı ve ne zaman hukuka uygun sayılacağını kesin çizgilerle saptamak gerekir. hukuka aykırılığın suçun yapısal unsurlarından sayılması bu nedenledir.³¹⁹

³¹⁵ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e, s.1677.

³¹⁶ Koca/Üzülmez, a.g.m, s.28-29.

³¹⁷ Koca, a.g.e, s.147.

³¹⁸ Soyaslan, a.g.e, s.363.

³¹⁹ İçel, a.g.e, s.43.

Beşeri bir fiilin suç olabilmesi için bu fiilin sadece kanundaki bir suç tanımına uygun, yani “tipik” olması yetmemekte, ayrıca fiilin hukuka aykırı olması, yani hukuk düzeni ile çatışma halinde bulunması da gerekmektedir. Ortada hukuk düzeni ile bir çatışma yoksa elbette bir suç da yoktur.³²⁰

Kural bir yasağı içerir ve kanun koyucu tarafından konulur. Ancak kanun koyucu suçun işlenme şartlarının gerçekleşmesine rağmen, bazı şartlarda suçun gerçekleşmediğini kabul eder. Hayatın karmaşık şartları içinde suç olan bazı fiilleri bazen suç saymayabilir. Bunlara da “hukuka uygunluk” sebepleri denir.³²¹ “Hukuka uygunluk” sebebi “hukuka aykırılığı” ortadan kaldırır.

Gerçekten hukuk düzeni, toplumsal hayatın karmaşıklığı karşısında bir yandan beşeri bir fiilin yapılmasını veya yapılmamasını yasaklarken, öte yandan belli koşullarda, yasakladığı bu fiilin yapılmasına izin vermektedir. Kuşkusuz bir fiilin aynı andan hem yasak hem de serbest olması mümkün değildir. Aksi durum, hukuk düzeninin kendi içerisinde kendisiyle çelişmesi anlamına gelmektedir. Oysa hukuk düzeninin temel özelliği, olabildiğince kendi içerisinde tutarlı olmasıdır. Bu cümleden olarak eğer hukuk düzeni, yasakladığı bir fiilin yapılmasına başka bir düzenleme ile izin vermişse, yasaklanan fiil, izin verildiği koşullarda hukuka aykırı olamayacaktır.³²²

Bir fiilin kanuni tarife uygunluğu, o fiilin hukuka aykırılığına karine teşkil eder. Buna göre, bir fiilin kanuni tarife uygun olduğu belirlendiğinde, karine olarak bu fiilin hukuka aykırı olduğu kabul edilir. Kanuni tarife uygun olduğu belirlenen bir fiilin ayrıca hukuka aykırı olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Yapılacak araştırma, hukuka aykırılığın sabit olup olmadığı ile ilgili değildir. Sadece işlenen ve kanuni tarife uygun olan fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunup bulunmadığının araştırması yapılacaktır. Yapılan bu araştırma sonucunda işlenen fiile hukuk düzeninde bir başka kuralın izin verdiği anlaşılırsa, bu fiil hukuka uygun sayılacak ve işlenen fiilin suç teşkil etmediğinden bahsedilecektir.³²³

³²⁰ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.195

³²¹ Soyaslan, a.g.e, s.363.

³²² Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.195

³²³ Arıtürk, a.g.e, s.248; Özgenç, Genel Hükümler, s.279. vd.; Koca ve Üzülmez, s.251; Artuk ve diğerleri, Genel Hükümler, s.397. vd.; Özbek ve diğerleri, s.256. vd.

Kanuni tarife uygun fiili hukuka aykırı olmaktan çıkararak, yani hukuka uygun hale getiren nedenler, TCK'nın Birinci Kitabının İkinci Kısımının İkinci Bölümünde "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" arasında yer almaktadır. Bunlar sırasıyla, "kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası) (m. 24/1), meşru savunma (m. 25/1), hakkın kullanılması (m. 26/1) ve nihayet ilgilini rızasıdır (m. 26/2)". Görevin ifası, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası genel hukuka uygunluk nedenleridir. Bunlar, niteliği uygun düştüğü surette her suçta uygulanacak ve dikkate alınacaklardır. Bir de özel hukuka uygunluk nedenleri vardır ki, kanun koyucu bu tür hukuka uygunluk nedenlerine bazı suç tiplerinde yer vermiş bulunmaktadır. Örneğin hakaret suçunda, isnadın ispatı (m. 127) ve iddia ve savunma dokunulmazlığı (m. 128) özel hukuka uygunluk nedenlerini teşkil etmektedir.³²⁴

İhaleye fesat karıştırma suçu yönünden özel bir hukuka uygunluk nedeni öngörülmesi değildir.³²⁵ Bu suç yönünden mağdurun rızası, meşru müdafaa ve kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni fiili olarak uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak yetkili mercinin emrini yerine getirme durumunda ise, ortada ihaleye fesat karıştırma yönünden bir emir bulunmakta ise, bu emir yazılı olarak verilmiş olsa bile konusu suç teşkil ettiğinden, TCK'nın 24 üncü maddesi uyarınca yerine getirilmez, getirilir ise emri veren ile birlikte bu emri yerine getiren kimse de sorumluluktan kurtulamaz.³²⁶

İhaleye fesat karıştırma suçunda, hukuka aykırılık yönünden genel hükümler geçerlidir. Fiili hukuka uygun kılacak özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak zaruret halinde bu durumda düşünülebileceği ileri sürülmüştür. Örneğin fail kamu kuruluşlarından alması gereken maaş ve ücretleri alamaması ve başka türlü bertaraf edilmesi mümkün olmayan durumda bu suçu işlerse suçun oluşmayacağı göz önünde tutulmalıdır.³²⁷

Erman ve Özek'e göre ihaleye fesat karıştırma suçunda hukuka aykırılık yönünden genel hükümler geçerlidir. Fiili hukuka uygun kılacak özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak zaruret halinde bu durumda düşünülebilir. Örneğin fail kamu kuruluşlarından alması gereken maaş ve ücretleri alamaması ve başka türlü bertaraf

³²⁴ Arıtürk, a.g.e, s.248; Koca ve Üzülmüş, a.g.e, s.257

³²⁵ Arslan, a.g.e, s.192.

³²⁶ Kazancı, a.g.e, s.185.

³²⁷ Arıtürk, a.g.e, s.87,88; Erman/Özek, a.g.e, s.60.

edilmesi mümkün olmayan durumda bu suçu işlerse suçun oluşmayacağı göz önünde tutulmalıdır.³²⁸

Hafizoğulları ve Özen'e göre de zorunluluk hali bu suç ile bağdaşabilir. Sözgelimi zor altında kalan veya eşi ağır hasta olan ihale komisyonunda görevli kamu görevlisinin para alarak şartnameye göre gizli tutulması gereken bilgilere başkasının ulaşmasını sağlamanın zorunluluk hali olduğu düşünülebilir. Ancak öteki hukuka uygunluk nedenleri bu suçla bağdaşmaz.³²⁹



³²⁸ Erman/Özek, a.g.e, s.60

³²⁹ Hafizoğulları/Özen, Topluma Karşı Suçlar, a.g.e, s.415.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ,
KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIMI

3.1.SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

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.³³⁰

Kanunun 235/3 maddesinde bu anlamda ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hem ağırlaştırıcı, yani cezanın alt ve üst sınırını arttıran, 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 11.4.2013 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.³³¹

³³⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, 145.

³³¹ Koca, a.g.e, s.130.

3.1.1. Cezayı Ağırlaştırılan Hal (Suçun Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle İşlenmesi)

6459 sayılı Kanununun 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.³³²

Cebir, "kişiye karşı fiziksel güç kullanarak, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesi"dir.³³³ Tehdit, "mağdurun güvenlik duygusunu, iç huzurunu etkileyici, onu endişeye, korkuya sevk etmeye elverişli her türlü hareketler"dir.³³⁴

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.³³⁵

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

³³² Koca, a.g.e, s.131.

³³³ Artuk/Gökçen /Yenidünya, a.g.e, s.658.

³³⁴ Artuk/Gökçen /Yenidünya, a.g.e, s.658.

³³⁵ Erdağ, a.g.e, s.389; Arslan, a.g.e, s.147.

86/1 veya 87 nci maddesindeki yaralamalar söz konusu olursa ayrıca nitelikli yaralamadan da ceza tayinine gidilecektir.³³⁶

Tehdidin mağduru kendisinden istenileni yapmaya zorlayacak nitelikte olmalıdır. Tehdit ve cebirin iradeyi etkilemeye elverişli olduğu hususunun belirlenmesinde Kanunun 106 ncı maddesi göz önüne alınmalıdır³³⁷. 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 gerekir³³⁸.

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.³³⁹ 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.

3.1.2. Cezayı Hafifleten Sebep (Zarar Meydana Gelmemiş Olması)

6549 sayılı değişiklik öncesinde TCK'nın benimsemiş olduğu sistemde "ihaleye fesat karıştırma suçu", bir tehlike suçu olarak düzenlenmişti. Zira suçun oluşumu açısından ihaleye fesat teşkil eden fiillerin işlenmesi durumunda ilgili kamu kurum veya kuruluşu yönünden herhangi bir zararın meydana gelmesi aranmamaktaydı. Şayet "ihaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmişse", bu durum 235 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmişti.³⁴⁰

³³⁶ Tuğrul, a.g.e, s.86; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6612.

³³⁷ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, a.g.m. s.21.

³³⁸ Özgenç, İhale, a.g.e, s.50, 51.

³³⁹ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s. 852.

³⁴⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.7049.

6549 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrasında suçun temel şekli zarar suçuna haline getirilmiş, suçun sonucunda zararın oluşmaması daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçuna bakımından kanun koyucunun benimsediği nitelikli hal, 235/3 üncü maddede, “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” şeklinde yer almaktadır. Madde gerekçesinde bu nitelikli hal ile ilgili olarak, “Maddenin üçüncü fıkrasına göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, ilgili kurum veya kuruluşun herhangi bir zarar görmesi gerekmemektedir. Bu bakımdan, ihaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş olması, bu suçun nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir. Ancak, bu nitelikli hâl dolayısıyla cezanın artırılabilmesi için, zararın meydana gelmiş olması yeterlidir, meydana gelen zararın miktarının tam olarak belirlenmesine gerek bulunmamaktadır” şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Bunun dışında zarardan ne anlaşılması gerektiği bakımından bir açıklamaya yer verilmemiştir. Öğretide, maddenin bütünü göz önünde bulundurulduğunda, burada bahsi geçen zarardan maksadın maddi nitelikteki zararlar olduğu kabul edilmektedir.³⁴¹

Buna gerekçe olarak, madde metninde geçen zararın belirlenememesi halinde de varlığının kabul edilerek cezanın uygulanmasının kabul edilmesi gösterildiği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarının manevi zararının söz konusu olamayacağı görüşü de ileri sürülmüştür.³⁴²

İhaleye fesat karıştırma suçunda veya genel olarak Türk Ceza Kanunu’nda kamu zararına ilişkin bir tanım bulunmamakla beraber “5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu”nun 71 inci maddesinde “kamu zararı, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması” şeklinde tanımlanmıştır.³⁴³

Yine kanun maddesinde kamu zararı konusunda her hangi bir tanım yapılmamakla beraber uygulamada Yargıtay kararları emsal görülmektedir. “Yargıtay 5 Ceza Dairesi’nin

³⁴¹ Arslan, a.g.e, s.181-182.

³⁴² Yaşar/Gökcan/Artuç,a.g.e, s.7050-7051.

³⁴³ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.146.

27.2.2013 tarih, 2012/3485 Esas, 2013/1488 Karar” sayılı ilamında “.serbest rekabet ortamının bozulmasına bağlı bir zararın doğması halinde TCK 235/3 maddesinin uygulanabileceği, yeniden ihale yapılacak durumlarda yeni ihale sürecinde yapılması gerekli zorunlu masrafların 235/3 maddesinde belirtilen zarar kapsamına girmeyeceği” şeklinde hüküm kurmuştur.³⁴⁴

Öğretide bazı yazarlar tarafından maddi ve manevi tüm zararların bu kapsam içerisinde değerlendirilmesi gerektiği savunulmuş ise de kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Maddede belirtilen olan kamu kurum veya kuruluşların manevi zararı söz konusu olamayacağı gibi, 235/3-b fıkra ve bendinde ‘zararın tespit edilememiş olması halinde’ ibaresinden kastın maddi zarar olduğu sonucuna varmaktayız. Zira manevi zarar yönünden zararın tespitine dair bir ibare kullanıma uygun düşmemektedir.

Dolayısıyla kamu kurumu veya kuruluşu bakımından bir zararın meydana gelip gelmediği belirlenirken, “5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu” göz önünde bulundurulmalıdır. Zira TCK 235/3 maddesinde kamu zararından neyin anlaşılması gerektiği açıklanmaktadır. Burada önemli olan husus kamu zararının ihaleye fesat karıştırma suçunun sonucu olmasıdır. Bir başka deyişle, ihaleye fesat karıştırma teşkil eden eylemlerle, meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.³⁴⁵

6459 sayılı kanun ile değişik TCK’ni-in 235/3 madde ve fıkrası gereğince cezadan indirim yapılabilmesi için eski uygulamada olduğu gibi kamu zararının doğmadığının somut olarak tespiti gerekir. Suç konusu eylem sonucunda, az bir kamu zararı da olsa bu madde uyarınca indirim yapılmayacaktır. Kamu zararının net olarak hesaplanmasına gerek yoktur.³⁴⁶

Ancak bazı yazarlara göre kamu zararının somut olarak belirlenmesi gerekir. Farazi olarak, zararın meydana gelebileceği ihtimali üzerine suçun oluştuğu söylenemez.³⁴⁷

Bu nitelikli halin uygulanması bakımından araştırılması gereken husus, kamu kurum veya kuruluşları açısından ihaleye fesat karıştırılması nedeniyle herhangi bir zararın meydana gelip gelmediğidir. Kamu kurum veya kuruluşları dışında, örneğin ihalenin tarafı olanların uğramış olduğu zararlar bu fıkra kapsamında varlığı aranan zararı

³⁴⁴ Koca, a.g.e, s.140-141.

³⁴⁵ Koca/Üzülmez, a.g.m, s,27.

³⁴⁶ Koca, a.g.e, s.137.

³⁴⁷ Koca/Üzülmez, a.g.m, s.27.

oluşturmamaktadır. Öğretide aksi yönde görüşler bulunmasına rağmen, nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından zararın miktarının belirlenmesi şart değildir. Nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından kamu kurum veya kuruluşunun uğradığı zararın ihaleye fesat karıştırmadan kaynaklandığının tespit edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, ihaleye fesat karıştırma ile zarar arasında neden sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Bu ilişki kurulmadıkça bu nitelikli halin uygulanması yoluna gidilmemelidir.³⁴⁸

Kanunun 3 üncü fıkrasındaki nitelikli halin uygulanması için, ihaleye fesat karıştırma sonucu kamu kurum veya kuruluşu ya da 5 inci fıkarda sayılan tüzel kişilerden birisine, kısacası ihaleyi yapan tüzel kişiye zarar verilmesi gerekir. İhaleyi yapan tüzel kişiden başkasına, sözgelimi ihalenin tarafı olan kimselere zarar verilmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanmaz. Hatta ihaleye giren taraflardan birisi kamu kurum ve kuruluşu olsa ya da 5 inci fıkarda belirtilen tüzel kişilerden biri olsa ve bu kuruluş zarar görse bile bu nitelikli hal uygulanmaz. Sözgelimi belediyenin yaptığı arsa satışı ihalesine, köylere hizmet götürme birliği de girmiş ve ihaleye fesat karıştırılması sonucu belediye başkanlığı zarar görmeyip ihaleye katılan köylere hizmet götürme birliği zarar görmüş ise bu nitelikli hal artık uygulanmayacaktır.³⁴⁹ Zira burada önemli olan husus ihaleyi yapan kuruluşun zarar görüp görmediğidir.

Ayrıca 6459 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle TCK'nın 235 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında yapılan "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." şeklindeki hüküm dolayısıyla a bendinde belirtilen durumlarda zarar meydana gelmemiş olsa bile cezada indirim yapılmayacaktır. Bu sebeple ihaleye fesat karıştırma suçunun a bendinin tehlike suçu olma niteliği devam etmekte olduğunu düşünmekteyiz.

³⁴⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.7050-7051.

³⁴⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6619.

3.2. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMİ

3.2.1. TEŞEBBÜS

3.2.1.1.Genel Olarak

Bir suçun gerçekleşmesi bakımından a) Proje aşaması, b)Hazırlık hareketleri aşaması, c) İcra hareketlerine başlanması aşaması, d) Tamamlanması aşaması şeklinde çeşitli aşamalar bulunmaktadır. Öğretide suç yolu olarak adlandırılan suçun gerçekleşme aşamalarının, ceza hukuku bakımından birbirinden farklı hukuki sonuç ve anlamları vardır. Bunlardan konumuzla doğrudan ilgili üçüncü aşamada, başlanan icra hareketleri ya failin elinde olmayan nedenlerden dolayı tamamlanamaz ya da bitirilen icra hareketleri sonucunda yine elinde olmayan nedenlerden dolayı fail tarafından istenen sonuç gerçekleşmez.³⁵⁰

5237 sayılı TCK, teşebbüsü, “Birinci Kitabın İkinci Kısımın Üçüncü Bölümünde”, “Suça Teşebbüs” başlığı altında 35 ve 36 ncı maddelerinde düzenlemiştir. Kanun 35 inci maddesinde suça teşebbüsü, 36 ncı maddesinde ise gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiş bulunmaktadır.³⁵¹

TCK’nın 35 inci maddesinde düzenlenmiş olan teşebbüs, kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamama durumudur.

Suçta teşebbüs için aranan birinci koşul, gerçekleştirilen eylemin icra hareketi niteliğinde olmasıdır. Bir suçta teşebbüsten söz edebilmek için, en azından o suçun kanuni tanımındaki icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.³⁵²

Suçta teşebbüs için aranan ikinci koşul, gerçekleştirilen eylemin, sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıdır.³⁵³

³⁵⁰ İçel, a.g.e, s.241.

³⁵¹ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.307.

³⁵² Özgenç, Genel Hükümler, a.g.e, s. 470.

³⁵³ Özgenç, Genel Hükümler, a.g.e, s. 476.

Teşebbüs için aranan üçüncü koşul ise suçun icrai hareketlerine başlanmış olmakla birlikte failin elinde olmayan nedenlerle bu hareketlerin tamamlanmamış veya neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır.³⁵⁴

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.³⁵⁵

Teşebbüs, bir suçun icrasına başlanıp elde olmayan sebeplerle tamamlanamamasını ifade ettiğine göre, ilk olarak bu suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağıının 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.³⁵⁶

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.³⁵⁷ Ancak suçu oluşturan icra hareketleri kısımlara bölünebildiği ölçüde ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs mümkündür.

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

³⁵⁴ Özgenç, Genel Hükümler, a.g.e, s.481.

³⁵⁵ Arıtürk, a.g.e, s.263.

³⁵⁶ Arıtürk, a.g.e, s.263.

³⁵⁷ Tuğrul, a.g.e, s.128-129.

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.³⁵⁸ 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.

Bu kapsamda, icra hareketlerinin tamamlanıncaya kadar ihaleye fesat karıştırma teşebbüse elverişlidir. İcra hareketlerinin bölünebilirliği hallerde teşebbüs gerçekleşebilecektir. Sözgelimi 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 taşınmadığından 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.³⁵⁹

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.³⁶⁰ Aynı şekilde bu kapsamdaki bilgileri başkalarına ulaştırmaya yönelik icra hareketlerini gerçekleştirmesine rağmen, örneğin e-mail veya posta yoluyla

³⁵⁸ Arslan, a.g.e, s.202.

³⁵⁹ Kazancı, a.g.e, s.190; Arslan, a.g.e, s.203.

³⁶⁰ Kazancı, a.g.e, s.191.

göndermesine rağmen bilgilerin muhataplarına ulaşmamış olması halinde de teşebbüs aşamasında kalmış fiil söz konusudur.³⁶¹

Bazı yazarlara göre 6459 sayılı kanun değişikliği sonrasında suç zarar suçuna dönüştüğünden zararın meydana gelmesi suçun oluşum için gereklidir.³⁶² Esasen bu görüş kanaatimizce isabetli değildir. Zira 6459 sayılı yasal değişiklik sonrasında suç zarar suçuna dönüşse de zararın medya gelmemesi suçun tamamlanması için gerekli değildir. Zira maddenin nitelikli hali gereği zarar meydana gelmediği durumlarda cezanın yarı oranında indirime gidileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu halde suç tamamlanmış olacaktır.

Yargıtay da “ihaleye fesat karıştırıldığının bildirilmesi üzerine ihalenin ertelendiği, bu itibarla, ihaleye katılmak isteyen sanıkların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaya teşebbüs ettikleri” şeklinde kabulü ile eylemin suça teşebbüs olarak icra edildiğini savunmuştur.³⁶³

Cebir veya tehdide rağmen şahsın ihaleye katılması halinde eylemin suça teşebbüs aşamasında kaldığı kabulü gerekecektir. Yargıtay’ın istikrar bulan kararlarında ‘sanıkların, tehditle şirket yetkililerini ihale sürecine katılmalarını engellemek istemelerine rağmen bu şirketin ihaleye girip kazandığı, eylemlerin tamamlanmadığı, böylece TCK’nın 235/2-c ve 35/2 maddelerinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırmaya suçuna teşebbüsün tüm unsurlarıyla oluştuğu’ şeklinde uygulaması bulunmaktadır.³⁶⁴

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaları, mahiyeti itibarıyla birden fazla kişinin bir araya

³⁶¹ Arslan, a.g.e, s.203.

³⁶² Koca/Üzülmez, a.g.m, s.29.

³⁶³ Yarg. 5.CD 18.04.2013, 4500/3662 sayılı karar: “TCK’nın 235/2-d maddesindeki sadece ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerce işlenebilecek olan ihaleye fesat karıştırmaya 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 karıştırıldığının bildirilmesi üzerine ihalenin ertelendiği, bu itibarla, ihaleye katılmak isteyen sanıkların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaya teşebbüs ettikleri, ,..”(kazanci.com).

³⁶⁴ Yarg. 5.CD, 17.06.2013, 9149/6677, Yarg. 5.CD, 28.03.2013, 4408/2418.

gelmelerini ve ortak bir hususta anlaşmalarını gerektirmektedir. Buna göre, ihaleye istekli olanlardan birinin ihale şartlarının ve özellikle fiyatları etkilemek maksadıyla diğer isteklilere anlaşma teklifinde bulunduğu, teklifte bulunduğu kişilerin bunu kabul etmediği, anlaşmaya yanaşmadıkları hallerde suça teşebbüs halinde kalmış fiilden söz edilecektir.³⁶⁵

Aynı şekilde, ihaleye fesat karıştırmaya yönelik fiillerin icrasına başladıktan sonra, KİK tarafında söz konusu ihalenin iptal edilmesi halinde de teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun varlığını kabul etmek gerekmektedir.

3.2.1.2.Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme, failin icrasına başladığı suçu işlemekten isteyerek vazgeçmesidir.³⁶⁶ TCK'nin 36 ncı maddesinde, "failin işlemeyi kastettiği ve icrasına başladığı suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde teşebbüsten dolayı sorumlu olmayacağı, ancak o ana kadar işlenen fiillerin bir suç oluşturması durumunda, sadece bu suçtan dolayı cezalandırılacağı" belirtilmiştir.

Gönüllü vazgeçmede vazgeçmenin gönüllü olduğu, failin kendi iradesiyle dışarıdan herhangi bir zorlama ve etki söz konusu olmaksızın gerçekleştiği hallerde sonuç doğuracaktır. Dışarıdan gelen bir sebeple, sözgelimi kolluğun müdahalesi üzerine veya olay yerine birilerinin gelmesi sebebiyle, icraya devam edilmediği veya sonucun gerçekleştirilemediği hallerde gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyecektir.³⁶⁷ Bu durumda suça teşebbüs söz konusu olabilecektir. Aynı şekilde, ihaleye fesat karıştırmaya yönelik fiillerin icrasına başladıktan sonra, KİK tarafında söz konusu ihalenin iptal edilmesi halinde de teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun varlığını kabul etmek gerekmektedir.

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

³⁶⁵ Arslan, a.g.e, s.205.

³⁶⁶ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.321.

³⁶⁷ Özgenç, Genel Hükümler, a.g.e, s.440.

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.

Salt hareket suçlarından olan ihaleye fesat karıştırma suçunda gönüllü vazgeçmenin hareketlerin icrası tamamlanıncaya kadar mümkün olacağı sonucuna ulaşılabacaktır. Sözgelimi ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye katılmasını engellemek amacıyla cebrin uygulanmaya başlandığı ancak failin daha sonra iradesi ile 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. Ancak belirtilen hallerde, failin gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiiller, cebir ve hürriyeti tahdit suçlarını oluşturmaktadır.³⁶⁸

İhaleye fesat karıştırma suçlarının bir suç örgütünün faaliyetleri kapsamında işlenmesi durumunda ise, amaç suçlardan olan ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesine iştirak etmemek şartıyla suç örgütünden gönüllü olarak ayrılan veya suç örgütünün çözülmesine yardım eden ya da suç örgütünün işlediği suçlar hakkında doğru ve yararlı bilgi verenlere TCK'nın 220 nci maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu yönünden ceza verilmeyecektir (TCK m.221).³⁶⁹

3.2.2. İŞTİRAK

İştirak, ortaklık, ortak olma, ortaklaşma, paydaşlık kelimeleriyle açıklanır. Türk Ceza Kanunu'nda ise iştirak, kanunen tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun, birden fazla failin önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesidir. Bir anlamda suça katılmadır.³⁷⁰ Suçlar tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişi

³⁶⁸ Arslan, a.g.e, s.205.

³⁶⁹ Şen/Aksit, a.g.e, s.125.

³⁷⁰ Şen/Aksüt, a.g.e, s.124; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.433.

tarafından da işlenebilmektedir. Kanunun suç saydığı bir fiili birden çok kişinin birlikte işlemesine suça iştirak denmektedir.³⁷¹

5237 sayılı TCK'da iştirake ilişkin hükümler 37 ile 41 inci maddelerde düzenlenmiş olup, esas itibariyle ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, Kanunun 37 nci maddesinde düzenlenen 'faillik', ikincisi ise 38 ve 39 uncu maddelerinde düzenlenen şeriklik kavramıdır.³⁷² Suça iştirak, ya arızı iştirak, ya da zorunlu iştirak biçiminde gerçekleşir. TCK 37-41 maddelerinde arızı iştirak düzenlenmiştir. Zorunlu iştirakte birden çok kişinin birlikte suç işlemesi suçun bir unsurunu oluşturduğundan, bu tür iştirakin genel bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Zorunlu iştirak halinde işlenen suçlara "çok failli suçlar" da denmektedir. Bunlar tek tek kanunun özel hükümleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle, suça iştirak dendiğinde genel olarak arızı iştirak anlaşılmaktadır.³⁷³

Kanuni tanımda yer alan suçu gerçekleştirme iradesi olup kendisi için bu iradeyi fiilen gerçekleştiren kişiye fail denir. Suçu gerçekleştirme iradesi olmayıp gerçekleştirme iradesi olan ve gerçekleştiren faili ikna eden kişiye azmettirme, gerçekleştiren failin eylemine katkıda bulunan kişiye yardım eden denmektedir.³⁷⁴

Yine 5237 sayılı TCK'nın 40 ıncı maddesinde düzenlenen bağıllık kuralı gereğince "suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir eylemin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu eylemine göre cezalandırılır".³⁷⁵

5237 sayılı TCK'nın 235 inci maddesinde düzenlenen suça iştirakin her türlü mümkündür. İştirak yönünden herhangi bir özellik bulunmamaktadır, genel hükümler uygulanır.

İhaleye fesat karıştırma suçunda şerikliğin her iki şekli olan azmettirme ve yardım eden şekli ile gerçekleştirilmesi mümkündür.³⁷⁶

Ayrıca sadece suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren veya birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında suçun kanuni tarifindeki fiili işleyen kişi değil, aynı zamanda

³⁷¹ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.325.

³⁷² Şen/Aksüt, a.g.e, 124.

³⁷³ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.325.

³⁷⁴ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.136.

³⁷⁵ Danışman, a.g.e, s.74.

³⁷⁶ Özgenç, Genel Hükümler, a.g.e, s.476.

bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işleyen de faildir. Dolaylı faillik olarak nitelendirilen bu halde, arka plandaki kişi, aracı durumundaki kişi ve onun hareketleri üzerinde hâkimiyet kurmakta ve bu hâkimiyeti nedeniyle fail olarak sorumluluğu gündeme gelmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunda failliğin bu görünüm şekilleri söz konusu olabilir. İhaleye fesat karıştırma niteliği itibariyle, tek kişi tarafından ve müşterek failler tarafından işlenebilir. Aynı şekilde dolaylı faillik yoluyla da işlenebilir.³⁷⁷

İhaleye fesat karıştırma, doğrudan ihale yetkilisinin bir fiiliyle gerçekleştirilebileceği gibi, ihale yetkilisi olmayan, ihalede istekli olan veya ihalede istekli olması gerekmeyen bir kişi tarafından da işlenebilecektir. Buna göre, ihale yeterliğine veya koşullarına sahip olmamasına rağmen hileli davranışlarla sahip olduğunu göstererek ihaleye katılan kişi, örneğin sahte evrakla ihaleye katılma yeterliğini veya koşullarını sağlayan kişi tek başına ihaleye fesat karıştırmış olacaktır. Aynı şekilde ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip olmayan kişileri hileli davranışlarla ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasını sağlayan ihale yetkilisi de tek başına fail olarak yaptırıma uğrayacaktır. İhaleyle ilgili olup mevzuata göre gizli kalması gereken bilgileri üçüncü şahıslara ulaştıran kişi de tek başına fail olarak ihaleye fesat karıştırmadan sorumlu olacaktır.³⁷⁸

Bu suçta müşterek faillik de mümkündür. İhaleye fesat karıştırmayı oluşturan fiillerin ihale yetkilisiyle aynı ihalede istekli olan veya olmayan üçüncü kişilerle vardıkları ortak karar üzerine gerçekleştirildiği hallerde müşterek faillerce gerçekleştirilmiş ihaleye fesat karıştırmadan bahsedilecektir. Yine ihaleye katılanların ihale şartlarını ve özellikle fiyatları etkilemek için anlaştıkları hallerde müşterek faillerce gerçekleştirilmiş ihaleye fesat karıştırma söz konusu olacaktır. Benzer şekilde ihale yetkilisinin komisyondan müteşekkil olduğu durumlarda, komisyon üyelerinin birlikte ihaleye fesat karıştırma teşkil eden fiili gerçekleştirmeleri halinde müşterek faillik söz konusu olacaktır. Örneğin komisyon üyeleri birlikte ihale yeterliği veya koşullarına sahip bir isteklinin gerekli yeterlik şartlarını taşımadığına hileli davranışlarla birlikte karar verecek olurlarsa müşterek faillerce gerçekleştirilmiş ihaleye fesat karıştırmadan bahsedilecektir.³⁷⁹

³⁷⁷ Arslan, a.g.e, s.206.

³⁷⁸ Kazancı, a.g.e, s.195.

³⁷⁹ Arslan, a.g.e, s.207.

“Yargıtay 5 Ceza Dairesi” vermiş olduğu bazı kararlarında, TCK’nın 235/2-a,b fıkralarında düzenlenen ihaleye fesat karıştırma eylemlerinin ancak ihale sürecinde görev alan kamu görevlileri tarafından işlenebileceğinden ve 235/3-d fıkrasında düzenlenen eylemi de ancak ihaleye girecek olan kişilerin işleyebileceğinden bahisle bu suçların özgü suç olduğunu ve bu suçlara diğer kişilerin ancak “azmettiren veya yardım eden sıfatı” ile iştirak edebileceklerini belirtmektedir.³⁸⁰

İhaleye fesat karıştırma suçu, TCK’nın 235/2-d maddesindeki eylem dışındaki diğer eylemler yönünden tek kişi tarafından gerçekleştirilebilecek eylemlerdir, ancak d bendindeki anlaşma eyleminin gerçekleşmesi için birden fazla kişinin varlığı gerekmektedir. Bu nedenle d bendi yönünden anlaşmaya varan tarafların tamamı asli fail durumundadır.³⁸¹

³⁸⁰ Koca, a.g.e, s.154, Ayrıca Bkz. “Yarg. 5. C.D. 28.2.2013 tarih, 2012/3588 Esas, 2013/1487 Karar”: “.....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 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-d maddesi uyarınca ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında...”

“Yarg. 5. CD. 11.10.2012 tarih, 2012/4397 Esas, 2012/10176 Karar”: “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 dikkate alındığında, ”

³⁸¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.7055.

Yargıtay'ın iştirak hükmüne ilişkin bir kararında “dava konusu somut olayda ihale komisyonu başkan ve üyesi olan kamu görevlisi sanıkların ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan sanık Ömer'in suça konu ihaleye katılmasını sağlamak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunu işledikleri, diğer sanıklar Ömer ve Abdul'un de aynı yasanın 40/2 maddesi gereğince kamu görevlisi olan sanıkların işledikleri suça iştirak ettikleri...” şeklinde görüş belirtmiştir.³⁸²

Şerikliğin ilk görünüm şeklini oluşturan azmettirme, suç işleme düşüncesi ve niyeti olmayan bir kişiye bu yönde karar verdirilmesi, onun iradesinin çözülmesini ifade etmektedir. Suç işleme kararı vermiş bir kişinin kararının kuvvetlendirilmesi halinde yardım etme söz konusu olacaktır. Buna uygun olarak ihaleye fesat karıştırma düşüncesi ve niyeti olmayan bir kişiye, bu kararın verdirildiği hallerde azmettirmeden bahsedilecektir. Azmettiren ihale yetkilisi olabileceği gibi üçüncü bir şahıs da olabilecektir. Azmettirme, ihaleye fesat karıştırmaya yönelik olacaktır. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma konusunda azmettirdikten sonra, suçun işlenişine ilişkin önemsiz sapmalar azmettirenin sorumluluğuna etkili değildir. Örneğin, ihaleye katılanların tamamıyla anlaşarak ihaleye fesat karıştırılmasına azmettiren kişi, isteklinin biri dışında diğerleriyle anlaştığı hallerde de sorumlu olacaktır.³⁸³

İhaleye fesat karıştırana yardım eden kişi de şerik olarak sorumlu tutulacaktır. Bir suçun işlenişine yardım etme şeklinde değerlendirilebilecek hareketler TCK'nın 39/2 nci maddesinde “suç işlemeye teşvik etmek”, “suç işleme kararını kuvvetlendirmek” veya “fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek”, “suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek”, “fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak”, “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrayı kolaylaştırma” şeklinde gösterilmiştir. Örneğin ihaleye bir isteklinin ihaleye katılımını sağlamak için, sahte iş bitirme belgesi düzenleyen kamu görevlisi, ihaleye fesat karıştırılabilmesi için yol gösteren kişi, ihaleye katılan isteklilerden birini, anlaşıp ihaleye fesat karıştırmalarını sağlamak amacıyla diğerleriyle buluşturan kişi yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

Azmettiren ve yardım edenin ihaleye fesat karıştırmadan sorumlu tutulabilmesi bağlılık kurallarının gereklerinin gerçekleşmesine bağlıdır. TCK'nın 40 ıncı maddesindeki düzenlemeye göre, azmettiren ve yardım edenin ihaleye fesat karıştırma fiilinden sorumlu

³⁸² Yarg. 5.CD. 05.06.2013, 6176/6191.

³⁸³ Arıtürk, a.g.e, s.271-272.

tutulabilmeleri, asıl failin, kısacası azmettirilen veya fiiline yardım edilen kişinin, kasten ve hukuka aykırı bir fiili işlemiş olması yeterlidir. Asıl failin işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu sayılması veya diğer cezalandırılabilirlik şartlarını taşıyor olması gerekli değildir. Buna göre, asıl fail kusurlu sayılmadığı veya cezalandırılabilirliğin diğer şartları gerçekleşmediği için cezalandırılmaya dahi, azmettiren ve yardım eden cezalandırılabilir. Ayrıca kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiil, teşebbüs aşamasına ulaşmış suçları da kapsamaktadır (m. 40/3). Buna göre, teşebbüs aşamasında kalmış bir ihaleye fesat karıştırma halinde azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu saklıdır.³⁸⁴

Tüzel kişiler ihalelerin birçoğuna temsilcileri vasıtasıyla katılmaktadır. Bir tüzel kişinin ihalenin istekli tarafını oluşturduğu hallerde, ihaleye fesat karıştırma teşkil eden fiiller söz konusu ise, bu fiilli gerçekleştiren gerçek kişiler fail olarak sorumlu olacaklardır. Tüzel kişilerin kusurlu hareket etme kabiliyeti olmadığından cezai sorumluluğu kabul edilmemektedir. Bu durumda, ihaleye fesat karıştırmadan dolayı sorumluluk tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişi veya kişilere ait olacaktır. Tek kişi tüzel kişiyi temsil yetkisine sahipse ve o ihaleye fesat karıştırma teşkil eden fiilleri işlemişse, sadece o sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, örneğin bir anonim şirket yönetim kurulunun temsil yetkisini birlikte kullandığı hallerde, bütün yönetim kurulu üyeleri fail olarak sorumlu tutulacaktır. İhaleye fesat karıştırma suretiyle yararına haksız kazanç sağlanan tüzel kişi hakkında, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanacaktır.³⁸⁵

Şen ve Aksüt'e göre ihaleye fesat karıştırma suçlarının bir suç örgütünün faaliyetleri kapsamında işlenmesi durumunda ise, amaç suçlardan olan ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesine iştirak etmemek şartıyla suç örgütünden gönüllü olarak ayrılan veya suç örgütünün çözülmesine yardım eden ya da suç örgütünün işlediği suçlar hakkında doğru ve yararlı bilgi verenlere TCK'nın 220 nci maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu yönünden ceza verilmeyecektir (TCK m.221). Gerçeğe ve amaç suçları ile faillerine ulaşmak için TCK'nın 221 inci maddesinin genişletilmesi, pişmanlık duyup yaptıkları ve özellikle suç örgütü kapsamında işlenen suçlar ve sorumluları ile ilgili net ve somut bilgi veren faillere ya ceza verilmemeli veya azaltılmış ceza uygulanmalıdır.³⁸⁶

³⁸⁴ Arıtürk, a.g.e, s.272.

³⁸⁵ Arıtürk, a.g.e, s.270; Arslan, a.g.e, s.208.

³⁸⁶ Şen/Aksüt, a.g.e, s.125.

3.2.3. İÇTİMA

3.2.3.1.Genel Olarak

Bir kimsenin birden çok kez ceza kanununu ihlal etmesi, bu yüzden de birden çok sorumlu olması halinde, suçların içtimai söz konusu olmaktadır. Suçların içtimai normları ceza sorumluluğunun sınırlarını daraltan tamamlayıcı ceza normlarıdır. Gerçekten suçların içtimai; bir kimsenin bir veya birden çok fülle ceza kanununun aynı hükmünü veya farklı hükümlerini bir veya birden çok kez ihlal etmesi, dolayısıyla failin birden çok suçtan değil, tek bir suçtan sorumlu tutularak cezalandırılmasıdır.³⁸⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre "kural olarak kaç fiil varsa o kadar da suç vardır". Fail suç sayısı kadar ceza ile cezalandırılmak durumundadır. Suçların içtimai halinde ortada şeklen birden fazla suç bulunmaktadır. Ancak kanun özde birden çok suç bulunmadığını kabul ederek faili, suçun cezasında biraz arttırma yapmak suretiyle tek ceza veya en ağır ceza ile cezalandırma yoluna gitmektedir. Aslında kanun, fikri içtima hali dışında, suçların içtimai halinde ne suçu tek ve ne de birden fazla saymamış, cezayı bir miktar arttırarak ortalama bir yol izlemiştir.³⁸⁸

Suçların içtimai ya maddi içtima ya da şekli içtima olarak ortaya çıkmaktadır. Maddi içtimada; birden çok suç, birden çok fiille gerçekleşirken, şekli içtimada; birden çok suç, bir tek fiille gerçekleşmektedir.³⁸⁹

Kanunun 43 ve 44 üncü maddelerinde düzenleme altına alınan içtima hükümleri bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima şeklinde üç çeşittir. Kanunda suçların içtimai kapsamında yer alan bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimain ihaleye fesat karıştırma suçu yönünden genel hükümler geçerlidir.

Aşağıda içtima konusu bu ayırım çerçevesinde ele alınacaktır. Ancak daha önce ihaleye fesat karıştırmada gerçek içtimain da mümkün olduğunu belirtmek gerekmektedir. Nitekim 235 üncü maddenin 4 üncü fıkrasında, "İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar" demek suretiyle gerçek içtimaa göre hareket edilmesi gereken bir hale

³⁸⁷ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.354.

³⁸⁸ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.139.

³⁸⁹ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.354.

yer verilmiştir. Buna göre, ihale yetkilisinin menfaat temin ettiği hallerde, onun hakkında ihaleye fesat karıştırmanın dışında olayın özelliğine bağlı olarak irtikâp, rüşvet veya görevi kötüye kullanma gibi suçlardan da ceza davası açılacaktır.³⁹⁰ Kamu görevlisi herhangi bir menfaat temin etmeden, sözgelimi görevini kötüye kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemişse TCK'nın 235/4 maddesi uygulanmayacaktır. Zira herhangi bir menfaat temini elde edilmemiştir.

Yargıtay aynı doğrultuda "...sanığın, ihaleye katlan kişinin ihaleyi almasına yardımcı olmak maksatlı yapmış olduğu eylemler neticesinde menfaat temin etmesi eyleminin ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikâp suçunu da işlediği sabit olduğu..." şeklindeki kararı ile gerçek içtima hükmünü kabul etmiştir.³⁹¹

Yine ihaleye fesat karıştırmanın sahte evrak kullanılmak suretiyle gerçekleştirildiği hallerde, evrakta sahtecilik eylemi, ihaleye fesat karıştırma için zorunlu hareketler kapsamına girmediğinden, araç suç olduğundan, gerçek içtima hükümleri çerçevesinde konunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira 5237 sayılı TCK'nın 212/1 maddesinde, "Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolünür" şeklinde ayrıca ve açıkça düzenleme bulunmaktadır.³⁹²

Benzer şekilde TCK'nın 220/4 üncü maddesine göre, "suç işlemek için oluşturulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı ayrıca bu suçlardan dolayı da failer cezalandırılacaktır". Buna göre, suç işlemek üzere kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde ihaleye fesat karıştırıldığı takdirde, 220 nci maddenin yanı sıra ayrıca ihaleye fesat karıştırmadan dolayı da failerin cezalandırılması yoluna gidilecektir.³⁹³

³⁹⁰ Artuk/Gökçen /Yenidünya, a.g.e, s.661-662.

³⁹¹ Yarg.5.CD.26.12.2006, 2006/12792-2006/10667 sayılı karar: "Suç tarihinde Milli Emlak Müdürü olup aynı zamanda ihale komisyon başkanlığı görevini yapan hükümlü A...'ın mülkiyeti hazineye ait taşınmazın satış ihalesi öncesinde Mehmet'in bu taşınmaza çok para harcadığını, muhakkak almak isteyeceğini bildiğinden onu sıkıştırmak suretiyle para almak için Kazım Kaçan ile işbirliği yapıp, K...'ın ihaleye adamları vasıtasıyla alıcı olarak girmesini, bilahare M...'den para alma vaadi karşılığında ihaleden çekilmelerini sağlayıp bu şekilde menfaat temin etmesi eyleminde ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçunu da işlediği sabit olup..."

³⁹² Arslan, a.g.e, s.215.

³⁹³ Arslan, a.g.e, s.216.

İhaleye fesat karıştırmanın basit cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlendiği hallerde, fail cebir veya tehdit suçundan ayrıca sorumlu tutulamayacaktır. Zira basit cebir veya tehdit suçun unsuru teşkil etmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus cebir veya tehdidin basit şekilde tezahür etmesidir. Nitelikli cebir veya tehdit suçun unsuru oluşturmadığından ayrıca yaralama veya tehdit suçundan sorumluluk yoluna gidilebilecektir.³⁹⁴

3.2.3.2.Zincirleme Suç

Zincirleme suç, kasttan ayrı olarak, kişinin kurguladığı bir suç işleme planı altında, kanunun aynı hükmünü birden çok kez ihlal etmesi ile; böyle bir plan veya program yapmadan kanunun aynı hükmünü birden çok kez ihlal etmesinin aynı şey olmadığı, dolayısıyla birinci halde kişiye bir tek suçtan ceza verilip cezanın arttırılmasının hakkaniyete uygun olduğu düşüncesinden doğmuştur.³⁹⁵

Kanun, zincirleme suçu, “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilir” biçiminde tanımlamıştır. Tanımdan hareketle zincirleme suçun unsurları, suç işleme kararında birlik, aynı suçun birden fazla işlenmesi, değişik zamanlarda işlenmesi ve aynı kişiye karşı işlenmesidir.³⁹⁶ Ancak kanunun 2 nci fıkrası, aynı fiilin birden fazla kişiye karşı tek bir fiil işlenmesi durumunu da zincirleme suç olarak tanımlamıştır(TCK m.43/2).

³⁹⁴ Yarg. 5. C.D. 31.12.2013 tarih, 2012/6790 E, 2013/12664 K: “...TCK'nın 235/2-c maddesinin bileşik suç olarak düzenlendiği ve aynı Kanununun 42. maddesinde bileşik suçlarda içtima hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiş olması karşısında fikri içtima hükmünün tatbik imkanının bulunmadığı, ancak sadece TCK'nın 86/1. maddesi kapsamındaki kasten yaralama eyleminin bileşik suçu oluşturan cebir kapsamında değerlendirildiği, 6459 sayılı Kanununun 12. maddesi ile uygulamada karşılaşılan tereddütleri gidermek amacıyla kasten yaralama suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunacağı düzenlemesinin getirildiği, uygulamada TCK'nın 87. maddesi kapsamındaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama eyleminin bileşik suçu oluşturan cebir kapsamında bulunmadığında duraksama bulunmadığı gibi öğretide ağırlıklı olarak TCK'nın 87. maddesi kapsamına girecek şekilde yaralama eyleminin TCK'nın 235/2-c maddesine unsur olarak katılan cebir suçu kapsamında kabul edilemeyeceğinin belirtildiği..”

³⁹⁵ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.361.

³⁹⁶ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.362.

Zincirleme suç halinde, aslında her biri bağımsız suçları oluşturan fiiller, aralarında aynı suç işleme kararına dayanan sübjektif bir bağ nedeniyle, cezalandırma yönünden gerçek içtimaa göre farklı bir değerlendirmeye tabi tutularak ve tek ceza verilmekte ve fakat bu cezada artırım yoluna gidilmektedir.

Zincirleme suç hükümleri konusunda anlatılanlar doğrultusunda ihaleye fesat karıştırma suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Örneğin bir ihale görevlisinin, farklı zamanlarda yapılan birden çok ihaleye katılmaya istekli olan bir kişinin teklif ettiği malları şartnameye uygun olmamasına rağmen değerlendirmeye alması, ya da bir kişinin ihaleye katılacak birden çok istekliye karşı aynı anda, ihaleden çekilmeleri yönünde tehditte bulunması halinde, gerçekleşen ihaleye fesat karıştırma suçu için zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.³⁹⁷

Bunun dışında ihaleye fesat karıştırma, kanundaki yeri bakımından herkesin mağdur olduğu suçlar kategorisine girmektedir. Bu nedenle, örneğin bir ihale yetkilisinin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında yetkili olduğu ihalelere değişik zamanlarda fesat karıştırdığı takdirde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Önemli olan aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda ihaleye fesat karıştırma teşkil eden fiillerin gerçekleştirilmesidir. Eylemin 235/2 maddesindeki seçimlik hareketlerden hangisiyle gerçekleştirildiği önemli değildir. Örneğin ihale yetkilisi bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir ihalede tekliflerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgileri başkalarına ulaştırarak, diğer bir ihalede hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip bir kişiyi sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakarak fesat karıştırdığı takdirde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir. Değişik zamanlarda gerçekleştirilen fesat karıştırma teşkil eden fiiller aynı mağdura yönelik de olabilir. Örneğin aynı isteklinin aynı ihaleye yetkilisi farklı ihalelere katılmasının engellenmesi halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir hal gerçekleşecektir.³⁹⁸

Soyaslan, Kemer ve Gülseven'e göre ihaleye fesat karıştırma suçunun mağdurlarından birisi de ihaleyi açan kamu kurumu, yani devlettir. Devlet, kamu kurumu olarak aynı, tek sayılmalıdır. Çünkü tüm kamu kurumları vatandaşın verdiği vergilerle işlevlerini yerine getirmektedir. Bunların görmüş olduğu zarar, vatandaşın cebinden çıkan

³⁹⁷ Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s. 856.

³⁹⁸ Arslan, a.g.e, s.210.

para ile telafi edilmektedir. Neticede herkes mağdur olmaktadır; herkes kamu olarak tek ve bütündür. Ancak uygulamada aynı mağdur sayılmamaktadır. Eğer mağdur aynı kamu kurumu ise ve yapmış olduğu ihaleler arasında fazlaca zaman fasılası yoksa mağdur aynı sayılmakta ve 43/1 madde uygulanmaktadır.³⁹⁹

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek şekilde ihaleye fesat karıştırma istekliler tarafından da gerçekleştirilebilir. Bir istekli bir ay içinde katıldığı farklı kamu kurumlara ait ihalelere aynı suç işleme kararının icrası kapsamında fesat karıştırması halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Aynı şekilde, bir il valiliğinin taşımali eğitim sistemi çerçevesinde farklı köylerden merkeze taşıma işi için yaptığı ihalede, taşıma işini yapacak kooperatif üyelerinin aralarında anlaşarak her birinin bir köy ihalesine katıldığı hallerde de, her bir köyün ihalesi bakımından ayrı bir ihaleye fesat karıştırmanın bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu durumda failer bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.⁴⁰⁰

3.2.3.3.Fikri İçtima

Fikri içtima, tek bir icra veya ihmal hareketi ile ceza kanununun aynı anda birden çok hükmünün ihlal edilmesi, dolayısıyla birden çok suç işlenmesi, ancak bunlardan sadece en ağır olandan ceza verilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰¹ TCK madde 44'te fikri içtima, "işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" biçiminde tanımlanmıştır.

Tanımdan hareketle fikri içtimanın fiilin tek olması, bu tek fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verilmesi, suçların her birinin kovuşturma şartlarının gerçekleşmesi ve cezalandırılabilir olması şeklinde üç şartı bulunmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun fikri içtima hükümlerinin uygulanması da mümkündür. Örneğin tekliflerle ilgili olmakla birlikte gizli kalması gereken bir bilgiyi başkalarına açıklayan kamu görevlisi TCK madde 235'te düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyebileceği gibi, aynı zamanda göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunu da işlemiş olacaktır. Bu durumda her iki suç arasında fikri içtima hükümleri

³⁹⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.139.

⁴⁰⁰ Arıttürk, a.g.e, s.278.

⁴⁰¹ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s.358.

uygulanabilir. Ayrıca ihaleye fesat karıştırma suçuyla birlikte rüşvet ve irtikap suçlarının gerçekleşmesi mümkündür. Bu halde hem “ihaleye fesat karıştırma” suçu hem de “rüşvet veya irtikap” suçlarından ayrı ayrı ceza verilecektir.⁴⁰²

TCK 235/2 fıkrasının b bendinde “tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak” suçun işlenme biçimi olarak tanımlanmıştır. Bu durumda fail, gizli tutulması mevzuattan kaynaklanan bir bilgi veya belgeyi başkalarına ulaştırmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaktadır. Failin kamu görevlisi olması durumunda TCK 258 inci maddede belirtilen “göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçunu da ihlal etmiş olmaktadır. Ancak kanaatimizce bu durumda burada fikri içtima hükümleri söz konusu olacaktır. Zira ihaleye fesat karıştırma suçu, eyleme dair özel hüküm olması ile birlikte daha ağır suç olduğu için fikri içtima gereği ihaleye fesat karıştırma suçu yönünden cezalandırma yoluna gidilecektir.

Yine fail işlemiş olduğu bir fiil ile hem ihaleye fesat karıştırmış hem de ihaleye fesat karıştırma dışında kalan diğer bir suçu daha gerçekleştirmiş olabilir. Buna örnek olarak doktrinde, icra müdürlüğü tarafından hacizli malların satışı için yapılan ihalede, ihaleye katılan bir kişinin diğer katılan tarafından kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilmesi veya düşük fiyat vermesi hali gösterilmektedir. Bu fiil hem 235/2, d’ye uygun bir suçu oluşturmakta hem de İcra İflas Kanununun 345/b maddesindeki suçu⁴⁰³ oluşturmaktadır. İhaleye fesat karıştırmadan cezası daha ağır olduğu için fail hakkında ihaleye fesat karıştırmadan dolayı ceza vermek gerekecektir.⁴⁰⁴

3.2.3.4.Bileşik Suç

5237 sayılı TCK’nın 42 nci maddesinde “Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda

⁴⁰² Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaksız /Tepe, a.g.e, s. 856.

⁴⁰³ İcra ve İflas Kanununun “Artırmadan çekilme” başlıklı 345/b maddesi aynen “Bu Kanuna göre yapılan ihalelerde kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya katılmayan kimseye bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir. Aracılara da aynı ceza verilir.” şeklindedir.

⁴⁰⁴ Arslan, a.g.e, s.211.

içtima hükümleri uygulanmaz.” biçiminde tanımlanmıştır. Ancak doktrinde suçun tanımının doğru olmadığı konusunda eleştiriler bulunmaktadır.⁴⁰⁵

Bu gibi hallerde, karmaya dâhil olan suçlar ihlal edilmiş gibi gözükmekte ise de, aslında ihlal edilen yeni ortaya çıkan normdur⁷³⁹. Örneğin, “yağma suçu (m. 148), hırsızlık (m. 141 vd.) ve cebir (m. 108) veya tehdidin (m. 106) kaynaşmasından meydana gelen yeni bir suç” tipidir. Bir araya gelerek yağma olarak nitelendirilen suçu oluşturan tek fiilin icra edildiği bu gibi hallerde fail, hırsızlık ve cebir veya tehditten ayrı ayrı değil, tek fiilin oluşturduğu yağmadan sorumlu tutulmaktadır.

İhaleye fesat karıştırmada bileşik suç hükümlerine göre hareket edilmesini gerektiren hal de söz konusudur. Cebir veya tehditle ihaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesidir. Bu durumda, cebri ve tehdidi uygulayan fail, sadece ihaleye fesat karıştırmadan 235/2-c maddesine göre sorumlu olacak, ayrıca cebir ve tehdit fiilinden dolayı cezalandırılmayacaktır.⁴⁰⁶

Bileşik suç, doktrinde görünüşte içtimanın “tüketen tüketilen norm ilişkisi” şeklindeki görünüm şekillerinden biri olduğu belirtilmektedir⁷⁴². Buna göre, cebir ve tehdit kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırılan hallerde, ihaleye fesat karıştırmaya ilişkin hüküm, cebir ve tehdide suçun unsuru haline getirmekle cebir ve tehdidi tüketmektedir.⁴⁰⁷

İhaleye fesat karıştırma suçunda görünüşte içtimanın tek görünüm şekli bileşik suç hali değildir. Doktrinde TCK'nın “ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması niteliğindeki fiilleri” yaptırım altına 239 uncu maddesi ile 235/2-b maddesi arasında özel-genel norm ilişkisi şeklinde görünüşte içtimanın gerçekleştiği kabul edilmektedir. Buna göre, “tekliflerle ilgili olup ihale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilerin başkalarına ulaştırıldığı hallerde”, aynı zamanda “ticarî sır niteliğindeki belgelerin açıklanması” da gerçekleşmiş olmaktadır. Ancak 235 inci madde, 239 uncu maddeye göre “tekliflerle ilgili olmak ve ihale mevzuatına göre gizli kalması gereken belge olmak” gibi özel bir takım unsurların gerçekleşmesini gerektirdiği için özel norm niteliğindedir. Bu durumda 235 ve 239 uncu

⁴⁰⁵ Geniş bilgi için bkz. Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, a.g.e, s.357.

⁴⁰⁶ Kazancı, a.g.e, s.199.

⁴⁰⁷ Arslan, a.g.e, s.214.

madde arasında normların görünüşte içtması söz konusu olmaktadır. Burada özel normun önceliği ilkesi gereğince 235 inci maddenin uygulanması gerekmektedir.⁴⁰⁸

3.2.3.5.Fiilin Aynı Zamanda Kabahat Oluşturması

Suçların içtması konusuna ilişkin olarak değinilmesi gereken bir diğerk husus da ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fiilin aynı zamanda bir kabahat olarak da tanımlanmış olması halidir ki bu durumda sadece KK'nın 15/3 maddesinde yer alan açık hüküm gereğince, bu durumda sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Örneğin, tehdit veya hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek şeklinde ortaya çıkan fiil, hem TCK'nın 235/2 bent a-1 veya bent c hükmünü, hem de KİK 58 inci maddesini ihlal etmekte ise de KK'nın 15/3 maddesi gereğince sadece suç oluşturan fiil nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçundan yaptırım uygulanacaktır. Ancak, zikredilen durumda ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı yaptırım uygulanmaması halinde kabahat dolayısıyla diğerk koşulların varlığı halinde KK'nın 58 inci maddesi gereğince bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama idari yaptırımı uygulanabilecektir.⁴⁰⁹

3.3. KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

3.3.1. KOVUŞTURMA USULÜ

Türk Ceza Kanunu'nun 235 inci maddesinde düzenlenen suçun takibi şikâyete bağlı olmayıp re'sen soruşturma gereken suçlardır.⁴¹⁰ Şikâyete bağlı suçlar madde metni içerisinde özellikle şikayete bağlı olduğu belirtilmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunda böyle bir ibare bulunmadığından re'sen soruşturulur. Dolayısıyla soruşturma makamı ihale fesat karıştırıldığını herhangi bir şekilde öğrendiği vakit şikâyete gerek duymaksızın soruşturma yapabilecektir.

⁴⁰⁸ Arıtürk, a.g.e, s.275-276; Kazancı, a.g.e, 2.199-200, Arslan, a.g.e, s.213.

⁴⁰⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.143; Arslan, a.g.e, s.217.

⁴¹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6622.

İhaleye fesat karıştırma suçu herkes tarafından işlenebileceğinden genel soruşturma usulüne tabidir.⁴¹¹ Suçu işleyen kimse kamu görevlisi olup görevi sebebiyle anılan suç işlemiş olsa bile 4483 sayılı kanuna göre soruşturma izni talebi gerekli değildir. Zira “3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu”nun 17 nci maddesi gereğince “4483 sayılı kanun hükümleri uygulanmaz, soruşturma 3628 sayılı kanun uyarınca doğrudan yapılır”. Yine aynı şekilde ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kimse avukat ise soruşturma yapılması için Adalet Bakanlığı’ndan izin alınmasına gerek yoktur.⁴¹²

Ancak ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kimsenin “Müsteşar, Vali veya Kaymakam” olması durumunda 3628 sayılı Kanunu’nun 17/2 maddesi uyarınca soruşturma 4483 sayılı kanuna göre izin almak suretiyle yapılacaktır.⁴¹³

İhaleye fesat karıştırma suçundan dolayı görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanununun 12 nci maddesi gereğince dolayısıyla Asliye Ceza Mahkemesi’dir.⁴¹⁴

Yetkili yargı mercii ise, ihaleye fesat karıştırma sayılan hareketin yapıldığı yer merciidir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, ihalenin yapıldığı yerdeki mercii değil, fesat sayılan eylemin yapıldığı yerdeki merciiin yetkili olmasıdır.⁴¹⁵

“Türk Ceza Kanunu’nun 278 nci maddesinde genel olarak tüm vatandaşlara, 279 uncu maddesi ile de kamu görevlilerine suçu bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Fesat karıştırma suçları uygulamada daha çok yapılan denetimler esnasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, denetim görevini yürüten kamu görevlilerinin suç işlendiğini tespit ettikleri

⁴¹¹ Koca, a.g.e, s.180.

⁴¹² Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6623; Nitekim Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 2003 yılında, “ihaleye fesat karıştırıldığı iddiasıyla şikayet edilen kurum avukatı hakkında, eyleminin idari görevinden kaynaklandığı ve tabii olduğu yasa hükümleri uyarınca işlem yapılması gerektiği gerekçesiyle 1136 sayılı Avukatlık Yasası uyarınca işlem yapılmasına yer olmadığına” dair karar vermiştir.

⁴¹³ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6623.

⁴¹⁴ Koca, a.g.e, s.200, Ayrıca Bkz. Yarg. 5. C.D. 2013/840 E. 2014/4470 K. sayılı ilam: “Sanıkların belediyeye makam aracı alınması için yapılan ihalede 4734 sayılı Yasanın 11,12,28,30 ve 33. maddelerine aykırı davrandıklarının iddia olunması karşısında, eylemlerin sübutu halinde ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 12. maddesine göre, iddianamenin düzenlendiği tarih itibariyle bu suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğu..”

⁴¹⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6623.

anda ilgili cumhuriyet savcılığına veya savcılığa ihbarda bulunulmak üzere daire amirine bildirimde bulunma yükümlülükleri vardır. Aksi hâlde 279 uncu maddede öngörülen suç işlenmiş olur”.⁴¹⁶

3.2.2. YAPTIRIM

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.⁴¹⁷ Ceza hukukunda suç karşılığında iki tür yaptırımın uygulanması söz konusu olup bunlar, ceza ve güvenlik tedbirleridir.⁴¹⁸

3.2.2.1. 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 karşıtı olan “süresiz” hapis cezası yerine bu alanda yerleşmiş “müebbet” terimini kullanarak sürelî olmayan, yani ömür boyu devam eden hapis cezasını nitelendirmiştir.⁴¹⁹

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.

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 indirimine gidilecektir.

⁴¹⁶ Sarıtaş, a.g.m, s.66-67.

⁴¹⁷ İçel, a.g.e, s.349.

⁴¹⁸ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.148.

⁴¹⁹ İçel, a.g.e, s.350.

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 faileri 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).

3.2.2.2. 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.⁴²⁰

Suç 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.

Suç işleyen kimse kamu görevlisi ise TCK'nın 53 üncü maddesinin 1 ve 5 inci fıkrası gereğince hak yoksunluğuna da hükmolunacaktır.⁴²¹

⁴²⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, a.g.e, s.149.

⁴²¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.6622, Ayrıca Bkz. Yarg,5 CD'nin 11.10.2006 tarih, 2006/7923 Esas, 2006/7697 Karar sayılı ilamı: "Mahkumiyetlerine karar verilen sanıklar hakkında.....kamu adına zarar meydana gelmiş olması gerekçesiyle temel ceza üzerinden yapılan artırma ilişkin uygulama maddesi 235/3 olduğu halde 235/1. maddesi olarak gösterilmesi ve 5237 sayılı TCK.nun 53/5. maddesinin uygulanmaması.."Yarg. 2014/10647 Esas, 2015/1096 Karar sayılı ilamında "TCK'nın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle zimmet suçunu işlediği kabul edilen Mehmet A'un 53/5. maddesi uyarınca cezanın infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar sadece bu bendeki hak ve yetkileri kullanmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yasal, yeterli gerekçe gösterilmeden hükmolunan ceza miktarı kadar bu maddedeki tüm bendleri kapsayacak şekilde hak yoksunluğuna hükmedilmesi, "

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'dir.

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.⁴²²

"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.⁴²³

⁴²² Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2009, s.346.

⁴²³ "TCK 60. maddenin gerekçesinde"; "Özel hukuk tüzel kişileri bakımında öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere'dir. Buna göre, tüzel kişi yararına işlediği belirtilen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsaderesine hükmedilecektir. Bu halde iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacaktır."

SONUÇ

İhaleye fesat karıştırma suçları TCK'nın 235 inci maddesinde düzenlenmiş olup bu manada suç teşkil eden eylemler tahdidi olarak sayılmıştır. 6459 sayılı değişiklik sonrasında ihaleye ilişkin suçların kapsamı net olarak çizilmiştir. Buna göre "kamu kurum ve kuruluşları 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 ihaleler ve bunlara karşı girilen taahhütler" 235 inci maddenin kapsamındadır. Böylece 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu uygulamasında yer alan kavram kargaşasından kurtarılmıştır.

Maddenin uygulama alanına giren ihale ve işler de detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre alım, satım, hizmet, kiralama ve yapım ihaleleri ve bunlara ilişkin sözleşme ve taahhütler bu suçların uygulama alanı olarak belirtilmiştir. Bunun yanında mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve trampa ihaleleri ise kapsam dışında kalmıştır.

İhaleye ilişkin suçlar daha önceki düzenlemesinde birer tehlike suçu olarak düzenlenmiş iken, mevcut düzenlemede zarar suçu kapsamına sokulmuştur. Yine eski düzenlemelerinden farklı olarak "fesat karıştırma" kavramının içi doldurulmuştur. Fesat karıştırma kavramının açıklanması suçun kanuniliği açısından yerinde olmuştur. Esasen her ne kadar öğretide suçun zarar veya tehlike suçu olduğuna ilişkin tartışma bulunsa da bizce de suç karma nitelikli bir suçtur. Yani hem zarar suçuna hem de tehlike suçun ilişkin fıkralar bulunmaktadır. Zira ihaleye fesat suçunu zarar suçuna dönüştüren 6459 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle TCK'nın 235 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında yapılan "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." şeklindeki hüküm dolayısıyla a bendinde belirtilen durumlarda zarar meydana gelmemiş olsa bile cezada indirim yapılmayacaktır. Bu sebeple ihaleye fesat karıştırma suçunun a bendinin tehlike suçu olma niteliğinin devam etmekte olduğunu düşünmekteyiz.

İhaleye ilişkin suçlar kasten işlenebilecek suçlardır. Taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. İhaleye ilişkin suçlar için hukuka uygunluk nedeni öngörülmemiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçu kamu görevlisi tarafından da işlenebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, suçun faili kamu görevlisi olduğu halde de soruşturma izni gerekmeyecek, doğrudan soruşturma yapılacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçu teşebbüse elverişlidir. İştirak bakımından genel hükümler uygulanacaktır.

İçtima hususunda TCK 235 inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre “ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacaktır”. Görevli kimseler ihaleye fesat karıştırma neticesinde herhangi bir menfaat temin etmiş ise meydana gelecek bir diğer suçtan (rüşvet, zimmet, irtikap vb.) ayrıca ceza alacaktır. İhaleye girme yeterliliği olmayan birisini ihaleye kabul etmek için rüşvet alan kimse, hem ihaleye fesat karıştırma hem de rüşvet suçlarından ceza alacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçu belgede sahtecilik yapılarak da işlenebilir. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 212 nci maddesi uyarınca “sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan” dolayı ayrı ayrı ceza alacaktır.

“İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak” suçun işlenme biçimi olarak tanımlanmıştır. Bu durumda fail, gizli tutulması mevzuattan kaynaklan bir bilgi veya belgeyi başkalarına ulaştırmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaktadır. Failin kamu görevlisi olması durumunda TCK 258 inci maddede belirtilen “göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçunu da ihlal etmiş olmaktadır. Burada fail hakkında özel bir düzenleme olduğu için sadece TCK 235 inci maddeden hüküm verilmelidir.

“İhaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle” işlenmesi halinde bileşik suç söz konusu olacaktır. Bu halde ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru olan cebir ve tehdit suçlarında ceza verilmeyecektir. Bununla birlikte “hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek”ten söz edilmektedir. Bu durum kanaatimizce bileşik suç hükümlerine göre çözülemez. Bu durumda her iki suçtan dolayı

ayrı ayrı ceza tertip edilmelidir. Ancak hukuka aykırı davranışlar deyiminin içeriği net değildir. Bu konunun içinin doldurulması ve hile unsurundan ayrılan yönlerinin daha net belirlenmesi gereklidir.

Suçların yaptırımı adli ve idari olmak üzere iki türdür. Buna fail, ihaleye ilişkin suç işlediği zaman Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerince ihaleye girmekten belirli bir süre için yasaklanabileceği gibi, mahkeme kararı ile bu yasağın süresiz olması da mümkündür. Ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırımlar ise; TCK 235 inci maddesinde faile “üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası” öngörülmüştür. Bununla beraber suçun failinin bir tüzel kişi olması halinde TCK 242 nci madde gereğince yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Suçun kovuşturması genel hükümlere tabidir. Failin kamu görevlisi olması durumunda “3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu” hükümleri uygulanmalıdır. İhaleye fesat karıştırma suçu ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir.

Maddede belirtilen suçun konusunu oluşturan ihalelerin dürüstçe yapıldığına dair toplumun inancının korunduğu, belirtilen maddenin 2 nci fıkrasındaki seçimlik hareketlerden ister “hile” ile isterse “cebir, tehdit ya da hukuka aykırı davranışlarla veya ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını özellikle fiyatı etkilemek için açık veya gizli anlaşma yapmaları” ya da diğer eylemlerden her hangi birini gerçekleştirerek ihaleye fesat karıştıran herkesin suçun faili, ihaleye katılması engellenen kişiyi doğrudan mağdur etmiş olsa bile genel anlamda toplumu oluşturan kişileri mağdur ettiğinin kabul edilmesi gerekir.

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 HAGB 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 etkisi olmayacağı, toplumun adalet beklentisinin zedeleneceği aşıkardır.



KAYNAKÇA

- Abacıoğlu, Muhittin, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Ankara, 2004.
- Akbulut, Berrin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, (TCK, m. 235), CHD, Yıl:4, Sayı: 9, Nisan 2009, Ankara, S.41-117
- Altıparmak, Cüneyd, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye ilişkin Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2007,
- Altun, Muhsin, Yeni Kamu İhale Düzeni, Ankara, 2004
- Arıtürk, Ramazan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011
- Arslan, Çetin. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK md. 235), Ankara, 2008
- Arslan, Çetin. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, (TCK, md. 235), 3. Baskı Ankara, 2012.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara,, 12.Baskı, 2012.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen ve Ahmet ve Yenidünya, A. Caner. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Basım, Ankara, 2009.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet, Devlet Hesabına Alım, Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu, (TCK. m.205), KHukA, Yıl:8 Mart 2005
- Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2008,
- Balcı, Murat. “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma”. HPD. Sayı: 2, 2004
- Baş, Harun Hakan ve Seyhan, Edat Yücel. Yargı ve Kurul Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat, 1. Basım, İstanbul, 2008
- Centel, Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem. Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Basım, İstanbul, 2008
- Çalışkan, Hafize, “Kamu İhalelerinde Saydamlık”, İhale İmar Dergisi, S.2, Nisan, 2003.

- Danişman, Mustafa. İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara, 2014
- Danişman, Mustafa. İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, 2011.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007,
- Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, 23.Baskı, Ankara 2006,
- Donay, Süheyl ve Kaşıkçı, Mahmut. Açıklamalı Karşılaştırmalı Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, İstanbul, 2004.
- Dönmezer, Sulhi. Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Basım, İstanbul, 1998
- Dönmezer, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları,
- Dülger, Murat Volkan, EKONOMİK SUÇLAR BAĞLAMINDA İHALE SÜRECİNE İLİŞKİN SUÇLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ Makalesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, <http://www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf>
- Gökçen, Ahmet, Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı: 6-7, İstanbul, Ekim 2005
- Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, İstanbul (Dünya Yayıncılık) 1992.
- Erdağ, Ali İhsan. “Ekonomik, Sınâî ve Ticari Suçlar”, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Nisan, 2005/5.
- Erkan Karaaslan, “Kamu İhale Mevzuatında Kapsam Sorunsalı”, Mali Kılavuz Dergisi, Y.6, S.24, Nisan-Haziran, 2004,
- EROL Haydar, 5237 Sayılı TCK, En Yeni 4000 İçtihat, Ankara Gülel, İlhan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2012/3.
- Gönen, Dinçer/ Işık, Hikmet. Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara, 2008,
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku Dersleri, 4.Baskı, Ekim, 2006
- Gülel, İlhan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2012/3.

- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 9.Baskı Ankara 2004
- Hafizoğulları,Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara, Agustus, 2012, US-A Yayıncılık,
- Hafizoğulları,Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Ekim, 2015, US-A Yayıncılık,
- Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2008.
- Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Basım, Ankara, 2009.
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler 11, Suçun Yapısal Unsurları, Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımları, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013,
- İçel, Kayıhan ve Evik, A. Hakan. İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Basım, İstanbul, 2007
- Kazancı, Eker-Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2007.
- Kazancı, Eker-Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, 2013/13.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2009
- Koca, Mehmet Reis, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 6548 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliğe Göre, Ankara, 2014,
- Kutlu, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, 1997
- Meran, Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma, Ankara 2011.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Şubat, 2014.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Eylül, 2014.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Hukuku Genel Hükümler, 1.Basım Ankara, 2010

- Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, (Açıklamalı, Gerekçeli, İctihatlı), 1.Cilt, Genel Hükümler, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara,2005
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2007,
- Özgenç, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş, 4. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara , Mayıs 2013.
- Özgenç, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 3. Bası, Ankara 2013.
- Özgenç, İzzet ve Şahin, Cumhuriyet. “Türk Ceza Kanunu ve Bu Kanunun 4734 İle 4735 Sayılı Kanun Hükümlerini İlgilendiren Hususları” T.C Kamu İhale Kurumu
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara, 2002.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9.Baskı, Ankara, 2006
- PARLAR Ali/HATIPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu 2.Cilt Ankara, 2007.
- Parlar, Ali. Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara, 2011
- SOYASLAN, Doğan/Kemer Mustafa/Gülseven Mustafa, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, 2014,
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
- Soyaslan, Doğan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, C.: IX, 2012/2.
- Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara,
- Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2001,
- ŞEN,Ersen/AKSÜT,Ertekin, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 6459 ve 6526 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Işığında, 4.Baskı, Seçkin yayınları, 2014
- Tezcan, Durmuş. Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2006.

- Tezcan, Durmuş. Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2008.
- Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Basım, Ankara, 2005.
- Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku Genel Kısım, 13. Basım, Ankara, 2009.
- Tuğrul, Ahmet Ceylani, İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Turguter, Necip/Tokmaklı, Cafer, Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2004
- Uz, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara, 2005,
- Ünver, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003.
- Yarsuvat, Duygun, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFM c.30, S.3-4, s.671
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:V, Ankara 2010.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.Baskı, Ankara 2014
- Yazıcıoğlu, Yılmaz. Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, C.68, s.1-3, İstanbul, 1994.
- Yıldırım, Ramazan, İdare Hukuk Dersleri-I, Konya Mimoza Yayınları 2005
- Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 39, Sayı 1, Yargıtay Yayınları, Ankara Ocak 2013,
- www.kazanci.com.tr
- Uyap Mevzuat
- www.yargitay.gov.tr
- www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf,

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : Mehmet Bal
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : Şanlıurfa 01/05/1984
Medeni Hali : Evli
Telefen Numarası : 0505 218 21 57
E-posta : av_mehmetbal@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Lisans	Dicle Üniversitesi	2008
Lise	Şanlıurfa Çeş Anadolu Lisesi	2004

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
2010	Avukatlık Bürosu	Avukat
2011- Halen	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu	Cumhuriyet Savcısı