ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

ARİF NACİ SUCUOĞLU

HAZİRAN 2019

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

ARİF NACİ SUCUOĞLU

HAZİRAN 2019

Tez Başlığı : İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

Tezi Hazırlayan : Arif Naci SUCUOĞLU

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Enstitü Müdürü

Bu tezin doktora derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.

Prof. Dr. Feriha Bilge TANRİBİLİR
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup doktora tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Tez Danışmanı

Tez Juri Tarihi : 11.06.2019

Tez Juri Üyeleri :

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi) _____

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN (Ankara Üniversitesi) _____

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniv.) _____

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Çankaya Üniversitesi) _____

Dr. Öğr. Burcu ERTEM (Çankaya Üniversitesi) _____

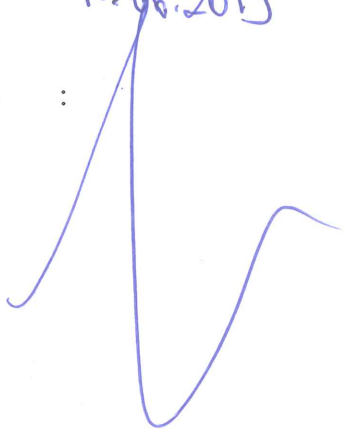
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak 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 : Arif Naci Sucuoğlu

Tarih : 11.06.2019

İmza :



ÖZET

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

SUCUOĞLU, Arif Naci

Doktora Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü
M.A., Kamu Hukuku

Tez Yöneticisi: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Haziran 2019 , 382 sayfa

İhaleler, ekonomik büyüklüğü sebebiyle devlet tarafından idari ve cezai yaptırımlarla koruma altına alınmıştır. İdari düzenleme ve yaptırımlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ceza hukuku kapsamındaki ihaleye fesat karıştırma eylemleri ise, 5237 sayılı TCK'nın Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar isimli dokuzuncu bölümünde yer alan "İhaleye Fesat Karıştırma" kenar başlıklı 235. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda, öncelikle ihale süreci kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Sonraki bölümlerde ise ihaleye fesat karıştırma suçu, suç teorisi kapsamında incelenmiştir. Mevcut yasal düzenlemelerin yolsuzlukla mücadelede etkin bir rol oynayıp oynamadığı hakkında tespitler yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: Kamu hukuku, ceza hukuku, suç, ihale, ihaleye fesat karıştırma.

ABSTRACT

BID RIGGING

SUCUOĞLU, Arif Naci

Phd Thesis

Graduate School of Social Sciences
M.A., Public Law

Supervisor : Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

June 2019, 382 pages

Due to its economic size, the public tenders are protected by administrative and criminal sanctions by the state. Administrative regulation and sanctions are regulated in Public Procurement Law No. 4734 and State Procurement Law No. 2886. In criminal law, "bid rigging" regulated in Turkish Penal Code No. 5237 (article 235.). In our work, the public tender process has been examined primarily and thoroughly. In the following sections, bid rigging crime is examined according to the crime theory. And determinations have been made whether the current laws played an active role in the fight against corruption or not.

Key words: Public law, Criminal law, crime, tender, bid rigging

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA ..... **iii**

ÖZET ..... **iv**

ABSTRACT ..... **v**

İÇİNDEKİLER ..... **vi**

KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xi**

GİRİŞ **1**

1. BÖLÜM: İHALE KAVRAMI, TEMEL İLKELER, İHALE MEVZUATI VE İHALELERDE YOLSUZLUKLA MÜCADELE **4**

1.1. İhale Kavramı ve Hukuki Niteliği, İhalenin Önemi ve İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler **4**

1.1.1. Genel Olarak İhalenin Tanımı **4**

1.1.2. İhale Kavramının Hukuki Niteliği **15**

1.1.3. İhalelerin Ekonomik Büyüklüğü ve Önemi **21**

1.1.4. İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler **27**

1.1.4.1. Genel Olarak **27**

1.1.4.2. Saydamlık İlkesi **29**

1.1.4.3. Rekabet İlkesi **33**

1.1.4.4. Diğer Prensipler **39**

1.2. İhale Mevzuatının Tarihsel Gelişimi, Kapsamı, İhale Mevzuatına Göre İhale Türleri, İhale Usulleri ve İhale Süreci **43**

1.2.1. Ülkemizde İhale Mevzuatının Tarihsel Gelişimi 43

1.2.2. İhale Mevzuatının Kapsamı 49

1.2.3. İhale Türleri 54

1.2.4. İhale Usulleri 57

1.2.4.1.Genel Olarak 57

1.2.4.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İhale Usulleri 58

1.2.4.3.2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda İhale Usulleri 63

1.2.5. İhale Süreci 66

1.2.5.1. Genel Olarak 66

1.2.5.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhale Süreci 66

1.2.5.3. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na Göre İhale Süreci 78

1.2.5.4. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'na Göre İhale Süreci 81

1.2.5.5. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'a Göre İhale Süreci 85

1.2.5.6. 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'na Göre İhale Süreci ... 89

1.2.5.7. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları Tarafından Yapılan İhalelerde İhale Süreci 93

1.3.İhalelerde Yolsuzluk, Uluslararası Düzenlemeler, İhalelere Katılma Yasağı..95

1.3.1. Genel Olarak 95

1.3.2. Yolsuzluğun İhale Sürecinde Görünümü 98

1.3.3. İhalelere Dair Uluslararası Düzenlemeler 105

1.3.4.İhalelerde Yolsuzlukla Mücadeleye Dair Uluslarası Düzenlemeler.108

1.3.5. Yolsuzluğa Karşı İdari Tedbir Olarak İhalelere Katılma Yasağı . 112

1.3.5.1. Genel Olarak 112

1.3.5.2. Yasak Eylemler 117

1.3.5.2.1. Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek 117

1.3.5.2.2. İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak 119

1.3.5.2.3. Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek 121

1.3.5.2.4.Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek 123

1.3.5.2.5. 11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak 125

1.3.5.2.6. Üzerine İhale Yapıldığı Halde Sözleşme Yapmamak 126

1.3.5.3. İdari Yaptırımlar 127

1.3.5.3.1. İhalelerden Yasaklanma 127

1.3.5.3.2. Kamu İhale Kanunu'nun 10/4 Maddesinde Düzenlenen İhale Dışı Bırakılma 130

1.3.5.3.3. İhalenin Feshi 132

2. BÖLÜM: İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU 134

2.1.Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu 134

2.2. Tarihsel Gelişim 145

2.3. Hukuki Konu 159

2.4.Maddi Konu 167

2.5. Fail 178

2.6. Mağdur 189

2.7. Maddi Unsur 198

2.7.1. Genel Olarak 198

2.7.2. Hileli Davranışlarla İşlenen İhaleye Fesat Karıştırma Suçu 205

2.7.2.1.Hile 205

2.7.2.2. İhaleye Katılma Yeterliği ve Koşulları 212

2.7.2.3. İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Hileli Davranışla Engellemek 219

2.7.2.4. İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak 223

2.7.2.5. Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak ve Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Halde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak Eylemleri 229

2.7.3. Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnameye Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak 235

2.7.4. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle yada Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla İşlenen İhaleye Fesat Karıştırma 243

2.7.5. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmak. 255

2.7.6. Netice 261

2.7.7. Nedensellik Bağı 268

2.8. Hukuka Aykırılık Unsuru 270

2.9. Manevi Unsur 275

3. BÖLÜM: İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ, DİĞER SUÇLARLA İLİŞKİSİ, YAPTIRIM, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ 282

3.1. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri 282

3.1.1. Cezayı Hafifleten Neden 282

3.1.2. Teşebbüs 288

3.1.3. İçtima 298

3.1.4. İştirak 309

3.2.Diğer Suçlarla İlişkisi 319

3.2.1. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu 319

3.2.2. Görevi Kötüye Kullanma Suçu 325

3.2.3. İrtikap ve Rüşvet Suçları 326

3.2.4. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı ve Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması ve Göreve İlişkin Sırların Açıklanması Suçları 329

3.3.Yaptırım 330

3.3.1. Ceza 330

3.3.2. Güvenlik Tedbirleri 333

3.3.2.1.Belirli Hakları Kullanmaktan Yoksunluk 334

3.3.2.2.İhalelere Katılmaktan Yasaklama 337

3.3.2.3. Müsadere 343

3.4. Zamanaşımı 345

3.5. Usul 346

3.6.Görevli ve Yetkili Mahkeme 353

SONUÇ 355

KAYNAKLAR 366

ÖZGEÇMİŞ 382

KISALTMALAR LİSTESİ

A.g.e.	: Adı Geçen Eser
A.e.	: Aynı Eser
A.g.m.	: Adı Geçen Makale
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AY	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DİK	: Devlet İhale Kanunu
Dn	: dipnot
E	: Esas No
K	: Karar No
T	: Tarih
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
M	: Madde No
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
s	: Sayfa No
S	: Sayı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TL	: Türk Lirası

TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
Vb.	: Ve Benzeri
Vd.	: Ve Devamı
V.d.	: ve diğerleri
Y	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Ceza hukuku yalnızca korumayı amaçladığı hukuksal değeri ihlal eden davranışları konu edinir. Bu açıdan idare hukuku kuralları ve diğer tüm hukuk disiplinlerinden ayrılır. Korunmak istenen hukuki değerler, sosyal yaşamın koşullarıyla ilgilidir. Hangi hukuki değerin ceza hukukunca korunması gerektiği sorusu, o değerin korunmaya ihtiyacın büyüklüğü, korunma aciliyeti, değere yönelik ihlalin sıklığı ve oranı, zarar veya tehlike tehdidinin ölçüsü gibi olgular değerlendirilerek cevaplanabilir[1].

İhale hukuku söz konusu olduğunda da, ekonomik gelişmelerin bir sonucu olarak yüksek teknolojinin gelişimi, kitle iletişim araçlarının yaygınlığı, kentleşme, sanayileşme temelinde ekonomik hayatın başkalaşıma uğraması karşısında, yeni para kaynakları ortaya çıkması ile devlete ait bu kaynaklar üzerinde haksız edinimlere yol açılması, yolsuzluğun ve yozlaşmanın artması ile artık devlet ekonomisi korunmaya muhtaç bir hale gelmiştir. Bu eylemlerin işlenmesi ile piyasa temelinde rekabetin yok edilmesi, fırsat eşitliğinin bozulması, kamu kaynaklarının hakkaniyetsiz biçimde paylaşılması ve netice olarak devletin ekonomik açıdan büyük zarara uğraması söz konusu olmaktadır[2].

Şu halde ihale suçları da tıpkı diğer ekonomik suçlar gibi aynı sosyal sebeblerden ötürü anayasa hukuku ve uluslarası hukuk anlamında pozitif normlara yansımış ve ceza hukuku ile korunması gereği ortaya çıkmıştır[3].

---

[1]Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer,* Seçkin Yayıncılık, 2003, Ankara, s.67

[2]Doğan Soyaslan, Mustafa Kemer, Mustafa Gülseven, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.101

[3]Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer,* s.67

Türk hukukunda bu amaçlarla ihdas edilen ihaleye fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının üçüncü kısmı olan "Topluma Karşı Suçlar" içerisinde, "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı 9'uncu bölümünün 235'inci maddesinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 235'inci maddesi ihaleyi tanımlama görevini idare hukukuna bırakmakla birlikte, kapsamını kendince belirleme yoluna gitmektedir. Maddenin birinci fıkrası kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal, hizmet alım ve satımları ile kiralama işlerini ve yapım işlerininin tamamını kapsayan ihalelerini suçun konusu içerisine almıştır. Bununla birlikte TCK'nın 235'inci maddesinin beşinci fıkrasında kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmeler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının yada kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulan şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler tarafından yapılan mal veya hizmet alım veya satımları yada kiralama işlerine ilişkin ihaleler de suçun kapsamı içerisine alınmıştır.

TCK'nın 235'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise suça vücut veren ihlalleri seçimlik olarak sıralamıştır. Burada 7 ayrı seçimlik suç söz konusu olmaktadır. İlk dördü hileli hareketlerle gerçeğe aykırı şekilde ihaleye katılım sağlamak ve ihalelere katılımı engellemek eylemlerini içermektedir. Bir diğer seçimlik suç ise ihale sebebiyle gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ulaştırılmasıdır. Ardından cebir, tehdit ve hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu ve son olarak ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla yapılan anlaşma yapmak suçu düzenlenmektedir.

Seçimlik hareketlerin yer aldığı ikinci fıkra içerisinde, ihale, ihale süreci, ihaleye katılma, ihale yeterliliği ve koşulları, hile, şartname, mal ve hizmet alım-satım ve yapım ihaleleri, ihalede gizli kalması gereken belgeler, teklif, ihale şartları gibi tamamen ihale hukukunu ilgilendiren kavramlar yer almaktadır. Fakat madde içeriğinde bu kavramlar açıklanmamaktadır.

Bu nedenle çalışmamızın birinci bölümünde ihale kavramı genel hatlarıyla ele alınıp açıklanmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda ihalenin tanımı ve hukuki niteliği ile ihalenin önemine vurgu yapılarak, ihale hukukuna egemen olan ilkeler ayrıntılı olarak incelenecektir. Yine bu bölümde yürürlükte bulunan ve ihaleye fesat karıştırma suçunun kapsamında olan yasal düzenlemelere göre ihale süreci anlatılmaya çalışılacaktır. Birinci bölümün son kısmında ise ihale hukukunun uluslararası düzenlemelerde görünüşüne değinilerek, yolsuzlukla mücadele açısından ulusal ve uluslararası hükümler değerlendirilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümü ihaleye fesat karıştırma suçunun suç teorisi kapsamında incelenmesine ayrılmıştır. Bu bölüme suçun hukuki konusu ve maddi konusunun belirlenmesiyle başlanacaktır. Ardından suç faili ve mağduru hakkında detaylı bilgilere ve tartışmalara yer verilecektir. Kalan kısımda ise suçun kanuni unsurları ayrıntılı olarak incelenecektir.

Üçüncü ve son bölümde de ihaleye fesat karıştırma suçunun özel görünüş şekilleri hakkında inceleme yapılarak teşebbüste kalan ihaleye fesat karıştırma suçu, diğer suçlarla içtimaı ve ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak konusu ele alınacaktır. Ardından ihaleye fesat karıştırma suçunun benzer suçlarla ilişkisi ortaya konulacaktır. Diğer başlıkta ise ihaleye fesat karıştırma suçu sebebiyle öngörülen yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbirleri olarak iki başlıkta incelenecektir. Nihayet son kısımda suçun soruşturma ve kovuşturma usulü ile görevli yargı yerinin belirlenmesi hususlarına yer verilecektir.

Çalışmanın amacı, Türk hukukunda ihaleye fesat karıştırma suçuna ait düzenlemenin, yolsuzlukla mücadele araçlarından biri olması sebebiyle etkin bir görev alıp alamadığı konusu üzerinde yoğunlaşmaktır.

1. BÖLÜM: İHALE KAVRAMI, TEMEL İLKELER, İHALE MEVZUATI VE İHALELERDE YOLSUZLUKLA MÜCADELE

1.1. İhale Kavramı ve Hukuki Niteliği, İhalenin Önemi ve İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler

1.1.1. Genel Olarak İhalenin Tanımı

Kamu hizmeti kavramının gelişimi ve değişimi ile devlet, bizzat yerine getirmek yerine kamu hizmetlerini işinde ehil, nitelikli ve özel kişiler eliyle yürütmeyi tercih etmektedir. Günümüzde bir hizmetin "kamu hizmeti" sayılması için devlet tarafından organize edilmesi zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Zira özel kişilerce yürütülmesi, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyecektir[4].

Kamu hizmetinin görülmesi için idare ile özel kişi arasında sözleşme imzalanması gerekir. Nitekim sözleşme ve sözleşmecinin seçimi kanunlar ve diğer mevzuat ile belirli usullere tabi kılınmıştır. İşte sözleşme imzalanacak özel kişinin seçilmesi için izlenecek usul ve esaslar "kamu ihalesi" olarak ifade edilir. İhale kavramı Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre "iş, mal vb.ni bir çok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma" anlamına gelmektedir. Türkçede ihale kavramı mal, hizmet alım-satımı veya yapım işlerinin açık ve rekabetçi bir ortamda, artırma yahut eksiltme yöntemleri ile en uygun teklifte bulunan kişiye verilmesi anlamında kullanılmaktadır Bu kavram yalnızca mal ve hizmet alımını değil,

[4]"Kamu Hizmeti" kavramının nitelikleri, özellikleri, sınırları ve görülüş biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, 2011, Ankara, s.333 vd; İl Han Özay, *Gün Işığında Yönetim*, Alfa Yayınları, 1996, İstanbul, s.232; Ali Ulusoy, "Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.48, S.1, 1999, s.160 v.d.; Turgut Tan, *İdare Hukuku,* Turhan Kitabevi, 2011, Ankara, s.340 vd., Kemal Gözler, *İdare Hukuku* Dersleri, Ekin Kitabevi, 2. Baskı, 2004, Bursa, s.394.

bir malın gerçek değeriyle satılmasını sağlamak için istekliler arasında rekabetin sağlanarak artırma yapılmak suretiyle satışını da kapsar[56].

Ekonomi bilimi açısından ihale farklı bir anlam taşımaktadır; Ekonomide ihale kavramı, kaynakların dağıtımının ve fiyatların, piyasa katılımcılarının teklifleri ile belirlendiği, kendine has kuralları olan bir piyasa mekanizması olarak tanımlanır. İhale ekonomik yönüyle bir tahsis yöntemidir. Bir malın piyasa fiyatının bulunmadığı ya da belirsiz olduğu durumlarda ihale düzenlemeleri fiyat oluşturma sürecinde önemli bir rol oynar[7].

---

[5]Doğan Soyaslan, Mustafa Kemer, Mustafa Gülseven, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Yetkin Yayınları, 2013, Ankara, s.15; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara, 1996, s.362, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr 13.01.2019; Çetin Aslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2010, s.10, Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, (çevrimiçi) http://www.sozluk.adalet.gov.tr/ihale 13.1.2019; Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, C.1, Yetkin Yayınları, 2012, Ankara, s.465, Günday, *İdare Hukuku,* s.183; Gözler, *İdare Hukuku,* 394.

[6]Belirtmek gerekir ki, ihale kavramının Türk Hukuku'nda kullanımı genelde kamu alımlarına işaret eder ve iki kavram birbirinin yerine kullanılır. Bununla birlikte Fransız hukukunda "Marches Public", Alman hukukunda "Öffentlichen Auftragswesen", İtalyan hukukunda "Appalti Pubblici" şeklinde ifade edilmektedir. AB düzenlemeleri, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu ve Dünya Ticaret Örgütü düzenlemelerinde "public procurement" veya "government procurement" ifadeleri kullanılmaktadır. Anglo-sakson hukukta ise "public purchasing", "public tender" ifadeleri, kamu ihaleleri ve kamu alımları için birlikte kullanılmaktadır. Amerikan sisteminde "puclic contract" veya "government contract" olarak karşımıza çıkar. Aslında, ihale kavramı Arapça dilindeki anlamı ile aslında bir işin üçüncü bir kişiye havale edilmesini ifade eden bir kavram iken, İngiliz dilinde kullanılan "purchase" ve "procurement" ifadeleri satın alma, edinme veya iş görme anlamında kullanılır ve aslında birbirinin anlam karşılığı değildir. Ancak ekonomi, maliye ve idare hukuku düzenlemelerinde bu kavramların her birinin kamu ihalelerini anlatmak üzere kullanıldığını söyleyebiliriz. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCİTRAL) Model Law on Public Procurement, (çevrimiçi),http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html 15.1.2019; European Commision Single Market Agreement, Public Procurement, (çevrimiçi) https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en 15.1.2019; WTO (World Trade Organization), Government Procurement Agreement, (çevrimiçi) https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm 17.1.2019; Eren Toprak, *Türkiye'de Hizmet Alımı İhaleleri Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.73; Sue Arrowsmith, "Public Procurement; Basic Concepts And the Coverage of Procurement Rules", **Public Procurement Regulation: An Introduction**, ed. Sue Arrowsmith, 2011, s.1(çevrimiçi),https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf 25.1.2019

[7] İhale kavramı ekonomi alanında genellikle piyasa belirlenmesi yönünden önem arz etmektedir. İhalenin amacının kaynakların dağılımını belirlemek ve ekonomik etkinliği sağlayacak yaklaşık fiyatın belirlenmesidir. Bu bakımdan iyi tasarlanmış bir ihale, kaynakların onu en iyi şekilde değerleyecek olanlara dağıtımını sağlar. İhale dar anlamıyla bir tahsis yöntemidir. Eşyanın piyasa değerinin henüz belirlenemediği durumlarda ihale düzenlemeleri fiyat oluşturma sürecinde önemli bir rol oynamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Bilir, "Özelleştirme İhalelerinde Yönetim Seçimi: Alternatif Bir Model Olarak Paket (Birleşik) İhale Yöntemi", **Rekabet Kurumu Dergisi**, S.16, 2003, s.56-57; Abdullah Uz, *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2005, s.11

Kamu maliyesi yönüyle ihaleler, kamu maliyesini oluşturmak üzere kamu fonlarının harcanmasında, paranın karşılığını en iyi şekilde alabilmek adına kamu alıcısı ile piyasa arasındaki etkileşimi kontrol etmeyi amaçlayan düzenleyici bir rejimdir[8]. Kamunun gelir gider dengesinin kontrol altında tutulması bakımından önemli bir yere sahiptir. Aleni ve rekabetçi bir ortamda gerçekleşen ihaleler, vatandaştan toplanan vergiler ile oluşturulan maddi kaynağın[9] yerinde, en verimli şekilde, yine vatandaş yararına kullanılması amacına götüren yegane araçtır[10].

İdare hukukunda ise "ihale", kamunun alım-satım, kiralama veya yapım işleri için, akdetmek durumunda olduğu sözleşmenin tarafını seçmek üzere yürüttüğü bir süreci ifade etmektedir[11].

İdarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi için gereken mal ve hizmetlerin, karşılığı idare tarafından ödenmek şartıyla maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel kişi tarafından karşılanması için yapılacak sözleşmenin, kanunlar ile konulan usul kullarının öngördüğü bir dizi işlemin bütününe ihale adı verilmektedir[12]. Bu nedenle "ihale", tek bir işlemi değil bir süreci ifade etmektedir.

---

[8]Albert Sanchez-Graells, "Transparency and Competition in Public Procurement: A Comparative View on Their Difficult Balance", **Transparency In EU Procurements: Disclousure within Public Procurement and during Contract Execution, Vol.9 Europan Procurement Law Series**, ed. Kirsi-Maria Halonen, Roberto Caranta, Albert Sanchez-Graells, 2018, s.3-4, (çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3193635 25.1.2019

[9]Bununla birlikte kamusal harcama kavramı da gündeme gelmektedir. Kamu harcamaları dar anlamda kamu hizmetlerinin bedeli olarak devlet ve kamu tüzel kişilerinin yaptıkları harcamalardır. Geniş anlamda ise devlet teşekküllerinin harcamalarını, sosyal sigorta ödemelerini, topluma yararlı hizmetler yapan kurumların harcamalarını, vergiden muafiyet ve istisnalarını da kapsayan devlet aktifinde meydana gelen azalmaları ifade eder. Muhasebe-i Umumiye Kanunu'na göre, bir harcamanın hukuki anlamda kamusal harcama kabul edilebilmesi için, devlet bütçesinden yapılmasını, bir kanuna dayalı olmasını ve bir hizmet yada husus karşılığı olmasını gerektirir. Bu tanıma göre kamu ihaleleri de kamusal harcamaların bir çeşididir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şerafettin Aksoy, *Kamu Maliyesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s.91

[10]Uz, *Kamu İhale Hukuku,* s.13-15

[11]Kerem Canbazoğlu, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru ve Denetim Yolları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, Ankara, s.24; Burak Oder, "Kamu İhale Hukuku", **Gün Işığında Yönetim,** Turhan Kitapevi, 2004, Ankara, s.449

[12]Evangelos Mantzaris, "Public Procurement, Tendering And Corruption, Realities, Challenges And Tangible Solutions", **African Journal of Public, Affairs**, C.7, No.2, June 2014, s.68, (çevrimiçi) https://repository.up.ac.za/handle/2263/58120?show=full 25.1.2019; Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler*, Yetkin Yayınları, , 2014, Ankara, s.30;

İhale yetkilisince ihale onayının verildiği andan başlayarak, şartname düzenlenmesi, şartnamenin ve ihale gününün ilan edilmesi, tekliflerin sunulması, tekliflerin değerlendirilmesi ve uygun görülen teklif sahibi ile sözleşme imzalanmasına kadar ilerleyen tüm işlemler ihale sürecinin ayrılamaz parçalarıdır[13].

İhale kavramı geniş ve dar olmak üzere, iki farklı anlama sahiptir. Dar anlamıyla ihale, kamunun ihtiyacı olan mal, hizmet ve yapım işlerinin temin edilebilmesi için idarenin yapacağı sözleşmenin karşı tarafını belirlemek üzere zincirleme olarak yaptığı işlemlerdir[14]. Geniş anlamda kullanılan ihale kavramı ise, idarenin yalnızca akdedeceği sözleşmenin tarafını seçeceği bir yarışmayı değil, ayrıca tek yanlı bir işlem ile kamu hizmeti görülmesi amacıyla ruhsatname vereceği özel kişinin belirlendiği süreci de kapsamaktadır[15].

İhaleler, idare adına yapılan satım ve kiraya verme işlemlerinde artırma, mal ve hizmet alımı ile kiralama işlerinde ise eksiltme esasına göre yapılmaktadır. Artırma usulünde teklif edilen bedelin en yükseği, eksiltme usulünde ise verilen tekliflerden tercihe layık görüleni bulunarak belirlenen iş teklif sahibinin üzerine bırakılmaktadır[16]. İhale, hangi maksatla olursa olsun, bir sözleşmenin yapılması amacıyla en uygun fiyatın belirlenmesine yönelik bir yarışmanın açılmasıdır[17]. Bu yarışma açık artırma

---

Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, İzmir, s.76

[13]İhale kavramı bu anlamda, hem akdi belirleme yöntemi olarak idari işlemleri hem de ihale neticesinde belirlenen şartlarla imzalanan özel hukuk sözleşmesini ifade etmektedir. Kerem Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, Onikilehva Yayıncılık, 2017, Ankara, s.2-3; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C.1, Turhan Kitapevi Yayınları, 11. Baskı, 2016, Ankara, s.571

[14]Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.32

[15]Geniş anlamda ihaleye örnek olarak, ruhsat yöntemiyle gördürülen kamu hizmetlerinden elektronik haberleşme sektöründe faaliyet göstermek isteyen istekliler arasında 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu 9'uncu maddesi uyarınca yapılan artırımlar hakkında da ihale ifadesi kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, s.46

[16]İzzet Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s.11

[17]Anılan yarışma usulleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, yarışma usulü ve pazarlık usulü olarak benimsenmiştir. Kapalı teklif ve yarışma usulleri 4734 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 18. maddesinde yapım işlerinde uygulanacak ihale yöntemlerini, 19. maddede açık ihale usulünü, 20. maddede belli istekliler arasında ihaleyi, 21. maddede pazarlık usulünü düzenlemiştir. Bu Kanun'da, 2886 sayılı Kanun döneminde pek çok eleştiriye maruz kalan kapalı teklif usulüne yer verilmiştir. Daha önce ihale usulleri arasında kendine yer bulan doğrudan temin usulü, 4964 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra, bir yarışma

veya eksiltme suretiyle yapılabileceği gibi, teklif sahiplerinin önceden önerilerini belirtmeleri yoluyla da yapılabilir[18].

İdare, kendisine kanunlarla verilen ve yerine getirmekte yetkili veya yükümlü olduğu bir işi gerçekleştirmek için kamu gücünü kullanarak tek taraflı iradesiyle karar alabilir. Ancak ekonomik ve sosyal açıdan kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerin geldiği noktada, idarenin her bir kamu hizmetini tek yanlı olarak gerçekleştirme imkanı bulunmamaktadır. Zira kaynak ve personel bakımından her kamu hizmetini layıkıyla yerine getirmesi oldukça zordur. Bu nedenler idareyi özel hukuk sözleşmelerine yöneltmiştir. Böylece idare, sahip olmadığı kaynak ve personeli özel sektörden temin edebilmektedir[19].

İdarenin sözleşme yapma konusundaki yetkisi ve serbestisi sınırlıdır. Bu sınır kamu yararıdır[20]. Kamu yararının temini için, sözleşme yapılacak özel kişinin öncelikle işinde ehil olması gerekir. İş kapasitesi bakımından söz konusu hizmeti gerçekleştirmeye yeterli olması, ayrıca gerçekleştireceği kamu hizmetini kamu kaynaklarında israfa yol açmadan, en ucuz ve en uygun şekilde yerine getirmesi gerekir. Bununla birlikte ihaleye giren ve sözleşme yapılan tarafların hileli yollara başvurmamış olması, idare ile ticari, politik veya hususi (ailevi) ilişkilerinin olmaması gerekmektedir[21]. İşte idare, kamu yararını gerçekleştirmek, saydığımız tüm bu

niteliği bulunmadığından ihale usulleri arasından çıkarılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uz, *Kamu İhale Hukuku,* s.192

[18]Sahir Erman, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, y.y., 1996, İstanbul s.693

[19]Yasin Sezer, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Adalet Yayınevi, 2012, Ankara, s.25; Günday, *İdare Hukuku,* s.183

[20]Bahsi geçen genel tanımlar çerçevesinde söylemeliyiz ki, ihale bir sözleşme hazırlık işlemidir. Bunlar idari sözleşme değil, "idarenin özel hukuk sözleşmeleridir". Ancak idarenin kamu yararı amacıyla hareket etmek zorunda olması, kanunilik ilkesine uymak durumunda oluşu ve kamu kaynaklarını kullanıyor olması, bu sözleşmenin konusunu ve taraflarını seçme açısından bir serbestisi bulunmamaktadır. Buna "idarenin bağımlılığı" denmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, Der Kitapevi Yayınları, 7. Baskı, 2015, Ankara, s.1318

[21]Joras Ferwerda, Iona Deleanu, Brigitte Unger, "Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators", **European Journal on Criminal Policy and Reserch,** C.23, S.2, May 2016, s.249 (çevrimiçi) https://www.researchgate.net/publication/303359108_Corruption_in_Public_Procurement_Finding_the_Right_Indicators ; 25.1.2019

özellikleri bünyesinde barındıran özel kişiyi bulmak ve sözleşme imzalamak için "ihale" yapmaya ihtiyaç duyar[22].

İhale, idarenin bir üçüncü kişi ile sözleşme yapması için işletmesi gereken süreçtir. Bu uzun bir süreçtir ve bir dizi işlemi bünyesinde barındırır. Bu işlemler bir bütünün parçaları olup, işlemlerin birbirinden ayrılması veya her hangi birinin göz ardı edilmesi söz konusu değildir. Bu sıralı işlemlerin tamamı ihale sürecini meydana getirir. Söz konusu işlemler birbirini izlemek suretiyle belirlenen usuller çerçevesinde yapılır. Bu nedenle ihale sürecinin tamamı, idari işlem teorisi kapsamında "zincir işlem" olarak adlandırılır[23].

İdareler kamusal kaynakları kullanarak kamu yararını gerçekleştirmek zorunda olduğundan, en verimli ve en faydalı sonucu alacak şekilde davranmak durumundadır. İdare sözleşme akdedeceği kişileri belirlerken keyfi davranamaz. Sözleşme özgürlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşme yaparken uyacağı ilkeler belirlenmiştir. İlkelerin önemi yolsuzlukların önlenmesi, kamusal kaynakların verimli şekilde kullanılması ve toplumsal ihtiyaçların yerinde ve zamanında giderilebilmesi için bu ilkelere uyulması zorunludur[24]. Elbette kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmeti tedarik etmek üzere istekli olanların uzun bir sürece tabi tutularak belirlenmesindeki öncelikli amaç kamu zararının önlenmesi ve kamu yararının tesisidir[25].

İhalenin kanuni tanımı, temel ihale mevzuatı olarak yürürlükte bulunan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4. maddesine göre ihale şu şekilde yapılmıştır; "*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 işlemler*"dir. 2886 sayılı Devlet

[22]Özay, *Gün Işığında Yönetim*, s.414

[23]Zincir işlem; birden fazla idari makamın tek bir işlem için irade açıklaması gerekebilir. İşte bu şekilde oluşturulan idari işlemler zincir işlem olarak adlandırılır. Birden fazla işlemin tek bir sonuca ulaşmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uz, *Kamu İhale Hukuku*, s.8;

[24]Arrowsmith, "Public Procurement; Basic Concepts And the Coverage of Procurement Rules", s.1-5; Sezer, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, s.26

[25]Mustafa Yaşar Demircioğlu, "Kamu İhale Hukukunda "Benzer İş" Kavramı ve İş Deneyim Belgeleri", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.2014, S.2, s.162

İhale Kanununun 4'üncü maddesinde ise ihale kavramı[26] "*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarda işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler*" şeklinde ifade edilmiştir[27].

Kanuni tanımlara baktığımızda, "ihale" kavramı hakkında şu çıkarımları yapabiliriz; öncelikle ihale idarece yerine getirilen bir işlemler silsilesi ve yürütülmesi zorunlu bir süreçtir. Bununla birlikte idarenin görev ve yetki sınırlarında kalan mal ve hizmetin teminine yönelik bir icap olmalıdır. Elbette mal ve hizmetin temin edilmesi, kamu yararı için gerekli olmalıdır[28]. İhaleye girecek kişiler arasında rekabet idare tarafından sağlanmalıdır. Son olarak üzerine ihalenin bırakılacağı teklif sahibi ile imzalanacak sözleşmenin usul ve şartlarının önceden belirlenmesi zorunludur[29].

Madencilik, her türlü alt yapı hizmeti, elektrik, bilgisayar sistemleri, askeri silah ve mühimmat ve telekomünikasyon gibi burada saymadığımız dev sektörlerde devletin hizmet unsurları, kamu ihaleleriyle yerine getirilmektedir[30]. Bu nedenle tam ve açık rekabetin önemsendiği kamu ihaleleri, endüstriye daha büyük ticari fırsatlar sunmakta ve tüketicilere sağlanan hizmetlerin yüksek standartta olması güvencesini vermektedir.

---

[26]2886 sayılı Kanun'un kapsamı, 1'inci maddede alım - satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri olarak tespit etmiştir. Genel ifadeyle harcamaya ilişkin ihaleler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre, satış ve kira gibi gelir sağlamaya yönelik ihaleler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre icra edilmektedir. Her iki Kanun'un kapsamları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, s.81

[27]Bahsi geçen Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu aynı amaca hizmet eden düzenlemeler olsa da, yapısal, niteliksel ve niceliksel olarak birbirlerinden çok farklıdırlar. Mesela 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamına giren ihaleler, idarelerin ihtiyaçlarının yine idarelere tahsis edilen sermayelerce bedeli ödenmek üzere karşılanması amacıyla gerçekleştirilmektedir. Oysa Devlet İhale Kanunu'nda devlete gelir getirici faaliyetler açısından ihale usulleri düzenlenmektedir. Kamu ihale Kanunu'nda satış usulleri düzenlenmemiştir. Satışa ilişkin tüm işlemler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerince gerçekleştirilir. Buna mukabil kamu alımlarına ilişkin hükümlere 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında yer verilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.66

[28]Fatih Selami Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, ed. Fehmi Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, 2016, Ankara, s.80

[29]Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, s.76, Behiye Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,* 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2011, Ankara, s.27

[30]Mantzariz, "Public Procurement, Tendering and Corruption", s.68

İhale yoluyla yerli ve yabancı kuruluşlar arasında sağlanan rekabet ile ülkeye ait hazine bunlar arasında hakkaniyetli ve en yararlı şekilde paylaştırılmaktadır[31]. Buna ilave olarak, yerel ekonominin rekabet gücü arttıkça yurt dışında daha çok ihale kazanılabilmekte ve dünya pazarları içerisinde edinilen pay artmaktadır. İhalelerdeki rekabetin sağlanması sadece ihaleye giriş ve başvuruda değil, kamusal alımın sonuçlandığı son teslim işlemine kadar sürdürülmelidir. Kamu alım sürecinde isteklinin seçilebilmesi için izlenen ihale usulü rekabetin varlığını sürdürebilmesi bakımından önem arz eder. Kamu ihalelerinde geleneksel usullerin dışına çıkılması ve istisnalar konulması, rekabetin ve kamu yararının gerçekleşmesi açısından olumlu sonuç doğurmaz[32].

Genellikle vatandaşlardan alınan vergilerden oluşan fonlar ile yapılan kamu harcamalarında, kaynakların verimli kullanılması, dürüstlük, saydamlık, tedarikçilere eşit ve adil muamele ile rekabetin sağlanması gibi amaçlar takip edilmektedir[33]. Zaten ihalelerin temel amacı, idarenin yapılan teklifler arasından en sağlıklı ve en kârlı teklif yapan kişi ile sözleşme yapmasını sağlamaktır. Esasen ihale hukukunun temelinde bu amaç yatmaktadır ve ihale mevzuatına da yansımıştır. Bir diğer amaç ise ihalelerin yolsuzluktan uzak tutulmasıdır. Zira hemen her ülkenin yerel mevzuatında ve uluslararası düzenleme ve anlaşmalarda yolsuzluk etkisine vurgu yapılmıştır. Bu nedenlerle kamu ihalelerinin dürüst ve saydam şekilde gerçekleştirilmesine yönelik temel ilkeler belirlenmiştir[34]. Ülkemizde de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2/1. maddesiyle, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "temel ilkeler" başlık 5'inci maddesi idarelerin gerçekleştireceği ihalelerde uymakla zorunlu oldukları prensiplere işaret edilmiştir. Bu maddeye göre, saydamlık, rekabet, eşit muameleyi, güvenirlik, gizlilik, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ihalenin tüm sürecinde geçerli olan ilkelerdir. Maddenin diğer fıkralarında, mal ve hizmet ihalelerinin ayrı ayrı ihale edilmesi, eşik

[31]Berrin Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.9, 2009, s.61

[32]OECD, Public Procurement the Role of Competition Authorities In Promoting Competition, Policy Roundtable Re- port. http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf

[33]Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler*, s.37

[34]Arrowsmith, " Public Procurement; Basic Concepts And the Coverage of Procurement Rules", s.8-10

değerin altında kalmak için ihalelerin kısımlara bölünmeyeceği, ödeneksiz ihale yapılamayacağı, ÇED raporu alınması zorunluluğu kurallarına yer verilmiştir[35].

Genel itibariyle idare hukukunun konusuna girmekteyse de, hukukun başka dallarında da ihale kavramına rastlamaktayız. Örneğin İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca[36] cebri icra yoluyla yapılan satışlara ihale adı verilmektedir. Yahut borçlar hukuku çerçevesinde özel şirketler tarafından yapılacak alım-satımlar hakkında yine ihale kavramı kullanıldığını görmekteyiz. Bununla birlikte rekabet hukuku, ticaret hukuku, ceza hukuku alanlarında da kamu ihaleleri inceleme konusu olmaktadır.

İhale kavramı uzun süredir ceza hukuku alanında da tartışılmaktadır. İhale, temelde bir idare hukuku konusu olmasına rağmen, ceza hukukunda da hukuki sonuç doğurması, bu kavramın önemini bir kez daha ortaya çıkarmaktadır.

Rekabetçi ve dürüst bir ihalenin sağlanması ve yolsuzluğun önlenmesi adına ihalelere yönelik öngörülen idari yaptırımlar, rekabeti ve saydamlığı sağlamak ve ihaleleri yolsuzluk etkisinde korumak bakımından, yalnızca kişilerin ekonomik kazançtan mahrum bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Ancak ihalelere yönelik yolsuzluğun önlenmesi için ihalelere girmekten men etmek ve bu doğrultuda muhtemel ekonomik kazançtan mahrum etmek şeklindeki yaptırımlar her zaman caydırıcı bir rol oynamamaktadır[37]. İşte bu noktada ceza hukuku devreye girmektedir.

---

[35]İlerideki bölümlerde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz ihale ilkeleri, ekonomik ve hukuki açıdan pek çok sonuç ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu ilkelerin ihlal edilmesi birçok kanun ile düzenlenen idari ve cezai yaptırımlara muhatap olunmasına yol açabilmektedir. Anılan ilkeler 4734 sayılı KİK'nun 5. maddesinde ihale sürecinde uyulması zorunlu ilkeler başlığı ile düzenlemiştir. Buna göre "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur". Aynı maddenin ikinci fıkrasında, mal hizmet alımları ve yapım işlerinin birbirinden ayrılarak ihale edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İhalelere esas olan prensipler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, İstanbul, s.48; Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler*, s.37 vd.

[36]İcra İflas Kanunu'nun 114. maddesinde cebri icra yoluyla haczedilen taşınırların satış şeklinin artırma yoluyla ne şekilde yapılacağı anlatıldıktan sonra, 115. maddede "ihalenin yapılması" başlığı ile artırmada izlenecek usul ve esaslara yer verilmektedir. Aynı Kanun'un 129. "ihale" başlıklı maddesinde taşınmazların satışlarının gerçekleşeceği artırma usulü düzenlenmiştir.

[37]Susan Rose-Ackerman, "Corruption And The Criminal Law", **Forum on Crime and Society**, C.2, S.1, 2002, s.4-7

Ceza hukukunun "ikincilliği" veya "son çare" olması ilkesi[38] gereği, bir başka yaptırım ile karşılanabilecek yolsuzluk eylemleri bakımından cezalandırma yoluna gidilemez. Ancak yolsuzluk eylemlerinin verdiği zararın boyutu, bu suçların uluslararası düzeyde takip ediliyor olmasını ve ülkelerin çoğunda suç olarak tanımlanmasını gerektirmiştir[39].

Ceza hukuku açısından ihale kavramı, idare hukuku tarafından tanımlandığı şeklinden daha geniş bir anlama sahiptir. İhale kavramı ceza kanunu tarafından tanımlanmış değildir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235'inci maddesinde düzenlenen "ihaleye fesat karıştırma" suçunun kanuni tanımına bakarak ceza hukuku anlamında ihale kavramının çerçevesini çizmemiz gerekir.

TCK'nın 235'inci maddesi, kamu kuruluşları adına ve bunların aracılığı ile yapılan ihaleler üzerinde isteklilerin veya ihale görevlilerinin işleyebileceği yolsuzluk eylemlerini suç olarak düzenlemiş ve hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmüştür. Bu bakımdan ceza hukuku anlamıyla ihale, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerinin alım-satımı veya kiralanması amacıyla yapılan artırma ve eksiltmelerdir.

Türk Ceza Kanunu 235'inci maddesinin birinci ve beşinci fıkrası kamu ihalelerinin ceza hukuku bakımından sınırları çizmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında; *"(1) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım*

[38]Ceza hukukunun son çare (ultima ratio) olması ilkesi, eylemi cezalandırmak için belli kriminal kriterlerin olması gerekliliğini ifade eder. Öncelikle eylem bir değer taşımalı, toplumsal ve kişisel menfaat ve değerleri ihlal veya tehdit etmelidir. Bu eylemin taşıdığı suç değeri suçlunun kusuru ve kastına dayanmalıdır. Eylemin ihlal ettiği değerleri korumak, ancak ve ancak cezalandırma yoluyla mümkün olmalıdır. Bir başka yol ile önlem alınabiliyorsa ceza hukukuna müracaat edilmez. Eylemin yarattığı hukuksuzluğa verilecek cevap, onunla orantılı olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nils Jareborg, "Criminalization as Last Resort", **Ohaio State Journal of Criminal Law,** S.2, 2004, s.527-530

[39]OECD, Cartel and Anti-Competitive Agreements, Fighting Bid Rigging in Public Procurement, (çevrimiçi) http://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidriggginginpublicprocurement.htm 19.4.2019; Amerika Birleşik Devletleri Sherman Kanunu 15/1 maddesi ihalelerde yolsuzluk eylemlerine yönelik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. (Çevrimiçi) https://www.justice.gov/jm/antitrust-resource-manual-1-attorney-generals-policy-statement 19.4.2019; Alman Ceza Kanunu'nun 298'inci maddesi de ihalelere yönelik kartel oluşumlarını cezalandırmaktadır. German Criminal Code, çev. Michael Bohlander, (çevrimiçi) https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf 19.4.2019; Özellikle Amerika, Kanada ve İngiltere örnekleri için bkz. Rose-Ackerman, "Corruption And The Criminal Law", s.6

veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır". Aynı maddenin beşinci fıkrasına baktığımızda ise, "*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*" hükmü yer almaktadır.

Bu hükmü esas alarak ceza hukukunda ihale kavramı, ayrım yapılmaksızın tüm kamu kurum ve kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihale usullerini kapsamakta, bununla birlikte kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve bunların bünyesinde kurulan şirketler ve vakıflar ile kamu yararına çalışan dernek ve kooperatifler tarafından yapılan mal ve hizmet alım ve satım ihaleleri ile yapım ve kiralamaya ilişkin artırma ve eksiltme suretiyle yapılan kamu alımlarını ifade etmektedir.

Ceza hukukunda ihale kavramı, idare hukuku anlamında ihale kavramından geniş bir çerçeveye sahiptir. Zira idare hukuku ihale kavramını 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile sınırlı tutmuştur. Ceza hukuku ise bir mevzuat sınırlamasına tabi değildir[40]. Bunun yanında idare hukuku kamu ihalelerini "kamu kurum ve kuruluşları" ile sınırlamıştır. Ancak ceza hukukunda kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra teknik olarak kamu kurumu sayılmayan ama korunmaya değer gördüğü kamuya yararlı dernek, kooperatifler gibi kuruluşları da bünyesine almıştır. Bu nedenle ceza hukuku kanun koyucunun ihale mevzuatı ile bağlı kalmadığını, bilakis ihalelerin niteliğine göre bir ayrım yapmak suretiyle sınırı belirlediğini söylemek gerekir[41].

---

[40]Temel ihale mevzuatı haricinde, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu çerçevesinde yapılan kamu kurumu aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmeler de ceza hukukunun ihale kavramı içerisinde mütalaa edilmektedir. Bir sonraki bölümde "Maddi Konu" başlığında ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada anılan mevzuattan bahsedilmekle yetinilmiştir..

[41]Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2017, s.409 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2017, s.901 vd.; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.64, Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.37, Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 15.

Çalışma konumuzu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçu, ikinci bölümde ayrıntılı olarak bu tanım çerçevesinde incelenecektir.

1.1.2. İhale Kavramının Hukuki Niteliği

İhalelerin, idarenin akdettiği bir sözleşme türü olduğu doktrin ve uygulamada kabul edilmiştir. Bunlar için "İdarenin sözleşmeleri"[42] kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram sözleşmelerin barındırdığı hukuki özelliklere göre ikiye ayrılırlar[43]. Bunlar idari sözleşmeler[44] ve idarenin özel hukuk sözleşmeleridir. İhalenin hangi sözleşme türü olduğu konusunda çeşitli ölçütler geliştirilmiş ve görüşler ileri sürülmüştür[45].

Baskı, 2015, s.803; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** S.13, s.7; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2016, Ankara, s.760, Ersan Şen, Ertekin Aksüt, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, 2014, İstanbul, s.51; Ramazan Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s.150; Ali Parlar, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011, s.87-88; Necati Meran, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Seçkin Yayıncılık, 2011, Ankara, s.45 vd.; İlhan Gülel, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** S.11, s.5; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2014, s.663; Soyaslan vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.131.

[42] *"..İdarenin sözleşmeleri kavramı, idari sözleşmeleri de kapsamakla beraber, onlardan daha geniş anlama sahiptirler"* Günday, *İdare Hukuku,* s.184

[43]Bir görüşe göre, İdarenin akdettiği sözleşmenin konusu doğrudan kamu hizmetine dair ise, ihale o zaman idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Örneğin, hastane yapımı, otoyol yapımına dair ihaleler doğrudan kamu hizmetini ilgilendirmekte iken, idari kurumun personelinin taşınması, yemekhanesinin işletilmesine dair ihaleler kamu hizmeti ile doğrudan ilişkili değildir. Bu ihalelerin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi için duyulan ihtiyaçlardır. Zabunoğlu, *İdare Hukuku,* s.468; Sözleşmecinin tespit edilmesi ve sözleşme imzalaması aşamasında ihaleler idari işlemlerin tek yanlılık özelliğinden çıkmakta ve sözleşme olması hasebiyle özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiştir. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları,* C.3, İsmail Akgün Matbaacılık, 1966, s.1624

[44]Özel hukuktan ayrı olarak, idare lehine imtiyazlar ve hususi hükümler içeren ve bir kamu hizmetinin görülmesini konu eden, uzun süreli sözleşmelerdir. Kamu imtiyaz sözleşmeleri buna örnek olarak gösterilebilir. Buna karşın kamu ihale süreci sonunda akdedilen anlaşmalar esasen özel hukuka tabi sözleşmelerdir. Lütfü Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.490

[45]İdare hukukunda, idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri kavramları çeşitli olasılıklara göre birbirlerinden ayırt edilmeye çalışılmıştır. Öncelikle, kanun koyucu kendi iradesiyle sözleşmenin niteliğini belirleyebilir. Şöyle ki, şayet ilgili kanun maddesinde "bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" hükmü yer alıyorsa tartışacak bir konu yoktur ve ilgili kanunda yer alan sözleşme idarenin özel hukuk sözleşmesidir. Sözleşme sonucu çıkacak uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda görüleceğine dair ilgili kanuna bir ibare konmuş olabilir. Bu durumda da kanun koyucunun nitelendirmesine göre sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa idarenin özel hukuk sözleşmesi mi olduğu net olarak tespit

Kamu ihale sözleşmeleri söz konusu olduğunda idari sözleşmeden değil[46], idarenin özel hukuk sözleşmelerinden bahsetmek gerekir[47].Türk hukukunda kamu ihale sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmesi[48] olarak kabul edilmiştir[49]. İhale

edilebilmektedir. Zira 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinde üçüncü fıkrasında "*bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve ihale sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez*" hükmü gereği kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında aynı Kanun'un 36. maddesinde yer alan "*bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*" hükmü ile kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri hükümlerine tabi olduğu anlaşılmaktadır. İkinci kıstas, kanun idareye sözleşme yetkisi vermekle birlikte bunun niteliğini ifade etmemiş ise, yargı kararları ile idarenin akdettiği sözleşmenin cinsi belirlenir. Akdedilen sözleşmenin bir tarafı kamu tüzel kişisi ise bu sözleşme organik ölçüte göre idari sözleşmedir. Ek olarak sözleşmenin konusu kamu hizmetini doğrudan ilgilendiriyorsa maddi ölçüte göre idari sözleşmeden söz edebiliriz. Maddi ölçüt için seçimlik bir kriter daha bulunmaktadır; sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler taşıması gerekir. Maddi şartlardan birinin bulunması bu şartın gerçekleşmesi için kafidir. Sözleşme ya özel hukuku aşan hükümler içerebilir ya da kamu hizmeti ile doğrudan ilintili olabilir. Bu iki şarttan birinin varlığı sözleşmeyi maddi anlamda idari sözleşme niteliğine sokabilmemiz için kafidir. Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, s.467; Günday, *İdare Hukuku,* s.183; İdare sözleşmelerinin ayrıştırılmasına yönelik ön görülen organik ve maddi ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s.385; Halil Kalabalık, "İhale Sürecindeki İşlemlerin İptalinin İdarenin Sözleşmelerine Etkisi ve Sonuçları", **Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s.26

[46]Türk hukukunda, kamu hukuku ile özel hukukun kesiştiği bir takım bölgeler karşımıza çıkar. İhale hukuku bunlardan biridir. İhale kavramı içerisinde, idare hukukunu ve borçlar hukukunu ilgilendiren ve birbirinden farklı hukuki sonuçlar doğuran irade beyanları ortaya çıkmaktadır. İhale sürecinde ve sonucunda oluşan sözleşmelerin tabi olacağı hukuk rejiminin tespiti ve özellikle uyuşmazlık çözümünde önem arz eder. Yabancı hukuk sistemlerinde ihale mahiyeti itibariyle bir sözleşme olarak açıklanırken, Türk İdare Hukukunda bu husus henüz tartışmalıdır. İhaleler idarenin tek taraflı işlemlerinden farklıdır. Ancak saf bir idari sözleşme olmadığı da doktrin ve uygulamada kabul edilmiştir. İhalelerin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kutlu, *İhale Sözleşmelerinde İhale Süreci*, s.92; Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı* , s.4; Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatı Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu" ,s.65; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.25

[47]Gözler, *İdare Hukuku Dersleri,* s.385; (Yazar, kamu ihale sözleşmelerinin tam anlamıyla özel hukuk sözleşmesi kategorisinde yer almadığını, idarenin kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı sebebiyle üstün yetkiler veren hükümleri içerdiğini, bunları özel hukuku aşan hükümler olması sebebiyle kanunda aksi öngörülmediyse temelde idare hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir), Zabunoğlu, *İdare Hukuku,* s.467; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,* s.17

[48] 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 36'ıncı maddesinde bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağının ifade edilmiş olması, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğuna delalet eder. Ancak aynı Kanun'un 24'üncü maddesinde özel hukuk sözleşmelerinde pek görülmeyen üstün haklar idareye bahşedilmiştir. Günday, *İdare Hukuku,* s.216;

[49]2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 66'ncı maddesi "*sözleşme ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62. Madde hükümleri uygulanır*.". Bunun yanında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu da benzer bir hüküme yer vermiştir. Bu tür eşitliği bozan hükümler ihalenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu görüşüne aykırı bir durum oluşturmaktadır. Erdal Kuluçlu, "Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri", **Sayıştay Dergisi**, C.14, S.49,

sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olmasına paralel olarak bu konuda çıkan uyuşmazlıklar da hukuk mahkemelerinde [50] çözümlenecektir. Uyuşmazlık mahkemesi[51] ve Danıştay[52] içtihadları da bu yöndedir. Bu bakımdan ihale kararı verilip istekli ile sözleşme imzalanması ile artık borçlar hukuku kuralları geçerli olmaktadır. İmza edilen sözleşme içeriğinde idare lehine hükümler olması, idareyi üstün kılan maddelere yer verilmesi veya idareye kolay fesih hakkının tanınması gibi argümanların önemi kalmamaktadır. Sözleşmenin uygulanması sırasında çıkan husumetler borçlar hukuku uyarınca adli mahkemelerde çözülecektir[5354].

2003, s.99 (Yazar, 2886 sayılı Kanun'un ihale kurallarını ayrıntılı olarak düzenlemesine rağmen, sözleşme imzalandıktan sonra ihaleyi alan kişinin edimini devretmesi konusunda hiçbir hüküm içermemesini Kanun'un ciddi zaaflarından biri olarak görmektedir.)

[50] Örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. Maddesinde sayılan yasak fiillerin sözleşme imzalanmadan önce işlendiği tespit edilirse, tesis edilen kamu ihalelerin katılmaktan yasaklama kararlarına ilişkin uyuşmazlıklara idari yargı yerleri görevli olacaktır. Sözleşme imzalandıktan sonraki uyuşmazlıklar adli mahkemelerde dava edilebilirken, yasak fiillerin işlenmesi sebebiyle ihalenin feshine dair uyuşmazlıklar da idari yargıda çözümlenecektir.

[51]Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümü 16.05.2005 tarih, 2005/15 E. 2005/36K. sayılı kararı, "*...4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 2. maddesinde, bu Kanun'una tabi kamu kurum ve kuruluşları tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığına işaret edilmiş; 4. maddesinin üçüncü fıkrasında bu Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip oldukları, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği, Kanunun yorum ve uygulamasında da bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmış, aynı Kanun'un 36. maddesinde de, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanununu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. ... Anılan yasa hükümlerine göre, tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır."* Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.14,

[52]Danıştay 13. Daire 15.7.2005 T., 2005/7570E., 2005/3453K. Sayılı kararı; *"... Bu duruma göre, anlaşmazlığın ihalenin kesinleşmesinden sonraki safhada, şartname hükümlerine uygun olarak düzenlenen sözleşme hükümlerinin uygulanması aşamasında doğmuş olması, bu aşamada tesis olunan sözleşmenin feshi işleminin özel hukuk alanına ilişkin bulunması, sözleşmenin fesih koşullarının oluşup oluşmadığının ve feshi gerekip gerekmediğinin söz konusu sözleşmenin özel hukuk hükümleri kapsamında incelenmesi sonucu çözümlenmesi gerektiğinden uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır."*

[53] Sözleşme imzalanmadan önceki idari işlemleri hakkında çıkan husumetler ise idari yargıda çözümlenmelidir. Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümü kararı 03.02.1997, 1997/4 E., 1997/3K. sayılı kararı, "…*TEDAŞ bir kamu kurumudur. TEDAŞ'ın ihaleleri yönetim kurulu kararı ile yürürlüğe konulan satın alma ve ihale yönetmeliği ile teklif isteme şartnamesi hükümlerine tabi bulunmaktadır. Kurumun aldığı ihale kararı ve buna bağlı olarak yapılan diğer düzenlemeler, yönetmelik ve şartnamenin bir uygulaması olup, kamu hizmetine ilişin olarak tesis edilen ve aynı zamanda kesin ve yürütülmesi zorunlu olan işlemlerdir. Bunların iptaline yönelik istem idari yargının görev alanı girmektedir.";* Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.18

[54]Sözleşme imzalandıktan sonra olsa dahi, idarenin tek yanlı işlemleri sebebiyle kaynaklanan ihtilaflar adli yargıda değil, idari yargıda çözülecektir. Burada ihalenin hangi safhada olduğuna değil, ihtilafın idari işlemden mi yoksa sözleşmeden mi kaynaklandığına bakmak gerekmektedir. Danıştay 13. Dairesi 11.6.2007T., 2007/4022E., 2007/3726K. Sayılı kararı; *"..4735 sayılı Yasa'nın 21. Maddesi uyarınca tesis edilen bir idari işlem olması karşısında, sözleşme yapıldıktan sonra ve yüklenilen iş yürütülürken tesis edilmiş olsa bile 4734 ve 4735 sayılı Yasa hükümlerine aykırılıktan bahisle idarece kamu gücüne*

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve diğer idari sözleşmeler ise, ihale mevzuatındaki zorunlu şekil şartlarına ve sürece tabi olmazlar[55].

İhale aynı zamanda idarenin sözleşme yaparken hazırlık aşamasında uymak zorunda olduğu işlemler bütünüdür ve sözleşmenin karşı tarafını seçme usulünü ifade eder. Sözleşme imzalanmadan önce, idarenin takip etmesi gereken ve bu yolda bir dizi işlem tesis ettiği bir süreçtir[56]. Süreç içerisinde çok sayıda idari işlem yer almaktadır (ihale için ödenek talebi, şartname tanzimi ve ihale ilanı gibi). Söz konusu işlemler birbirini izlemek suretiyle belirlenen usuller çerçevesinde yapılır. Bu nedenle ihale sürecinin tamamı, idari işlem teorisi kapsamında zincir işlem[57] niteliğindedir. Söz konusu süreç zincir işlem niteliğinde olsa da, idare hukukunda "ayrılabilir işlem

dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edilen ve icrai nitelik taşıyan bu işlemin sözleşmeden doğan bir ihtilaf olarak nitelendirilmesine ve iradi bir özel hukuk ilişkisinin son verdiği haklar çerçevesinde tesis edildiğini kabul etmeye olanak bulunmadığından idari yargının görevinde bulunan uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği yönündeki temyize konu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır."; Sidar Tunca, Veli Samadi, "İhale Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Sorunu", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 114, Şubat 2016, Sayfa: 97-102

[55]Günday, *İdare Hukuku,* s.195

[56] Zehra Odyakmaz, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.1-2, s.25

[57]k.g. Oğuz Sancakdar, "Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar", **Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 18 (yazar ihalenin zincir işlem olmadığı görüşündedir.) Mustafa Yaşar Demircioğlu, "İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend "Açık İhale" Usulünün Terki "Pazarlık Yolu ile İhalenin" Keşfi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.115, 2014, s.127; Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci,* s.102

kuramı[58]" gereği her bir işlem kendi başına hukuki sonuç doğurur, idari itiraz ve iptal davasına konu olur[59].

İhale sözleşmeleri, iki kısımdan oluşur. Birincisi şartname kısmı, ikincisi ise anlaşma kısmıdır. Şartnameler idari şartname ve teknik şartname olarak ikiye ayrılırlar. İdari şartname esasen ihaleye katılma şartlarını içerir. Teknik şartname ise ihale konusu işle ilgili proje ve teknik detaya ilişkin şartları kapsar. Şartname tarafların üzerinde değişiklik yapabileceği, uzlaşabileceği, kaldırabileceği bir niteliğe kural olarak sahip değildir. İdare şartnameyi belirler, özel kişi ise bunu kabul eder. Şartname üzerinde özel kişinin her hangi bir tasarrufta bulunma imkanı olmadığından, idarenin tek taraflı ve düzenleyici işlemlerindendir[60].

İkinci kısım ise sözleşme kısmıdır. İdarenin sözleşme imzalayacağı kişiyi seçmek üzere başladığı ihale süreci, ihalenin tamamlanıp yetkili makamca onaylanması ile sona erer. Ancak Borçlar Hukuku nazarında "irade teorisinde" ifade edilen sözleşmenin kurulduğu andan farklı bir durum söz konusudur. İcap ve kabul beyanlarının karşılıklı olarak iletilmesi, ihale sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması için yeterli değildir. İhaleler yönüyle yetkili makamca onay işlemi de, borçlar hukuku anlamında hukuki sonuç doğurması için yeterli değildir. Bu halde idare

---

[58] *"... Sözleşmeden ayrılabilen ve icrai nitelikte olan bir işlem, ayrılabilir işlem kuramı uyarınca idari yargının denetimine tabidir. Ayrılabilir işlem kuramına göre sözleşmeden ayrılabilen bir işlemin iptali için menfaati bulunan üçüncü bir kişi veya sözleşmenin taraflarından biri idari yargıya başvurabilecektir. Bu teoriye göre idarenin sözleşme yapma kararı da dahil olmak üzere, taraf olduğu sözleşmeye ilişkin her işlemin temelinde bir idari işlem mevcuttur. Sözleşmeden şeklen ve düşünsel olarak ayrılabilen bu idari işlemlerin iptali dava edilebilir. İdarenin ihale sürecinde sözleşmenin imzalanmasına kadar yaptığı sözleşmeden ayrılabilir işe niteliğinde kesin ve yürütülmesi zorunlu olan ve kişilerin menfaatlerini etkileyen idari işlemlerin idari yargıda denetlenebileceği Uyuşmazlık mahkemesi ve Danıştay kararında da kabul edilmektedir... Buna göre, ihale açılması, KİK 12. maddesine uygun olarak hazırlanmayan idari ve teknik şartnameleri, sözleşmeden önceki aşamayı sona erdiren ihale kararı , ihale komisyonunun ihaleyi yapmama kararı, ihalenin sonuçlandırılması ve sözleşme yapma kararı, ihalenin feshi, ihale yetkilisince ihaleye kararının onanmaması işlemi, usulüne uygun ilan yapılmaması, istekli olabilecek kişilerin ihaleye katılmak için tüm nitelikleri taşıdığı halde ihaleye sokulmaması işlemleri ayrılabilir işlemler kuramına göre idari yargıda iptal davasına konu olabileceği söylenebilir"*; Kalabalık, "İhale Sürecindeki İşlemlerin İptalinin İdarenin Sözleşmelerine Etkisi ve Sonuçları", s. 23-24; "Ayrılabilir İşlem Kuramı" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı,* Yetkin Kitapevi, Ankara, 2000, s.43 vd.; Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci,* s.99

[59]Demircioğlu, "İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend "Açık İhale" Usulünün Terki "Pazarlık Yolu ile İhalenin" Keşfi", s.127; Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci,* s.99

[60]Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, s.483; Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci,* s.219

tarafından ilan edilen şartname ve ihaleye çıkılması kararı "icaba davet" niteliğinde olup, isteklilerce yapılan teklifler "icap" olarak düşünülmelidir. Tüm şekil koşullarını, tarafların hak ve yükümlerini sözleşme metnine aktarılması ve yetkili kişilerce imzalanması gerekir. İdarenin bu işlemi ise "kabul" olarak telakki edilir[61].

Özel hukuktaki sözleşme serbestliği ilkesi, idarenin özel hukuk sözleşmeleri için tam anlamıyla geçerli değildir. İdarenin dilediği özel kişi ile sözleşme yapma imkanı bulunmamaktadır. Sözleşmenin tarafının belirlenmesi açısından belirleyici unsur, ekonomik açıdan en avantajlı ve en uygun teklifin yapılmasıdır[62]. Buradaki amaç kamu yararı ve kaynaklarının verimli kullanılmasıdır. İdare sözleşme yapacağı kişiyi belirlerken rekabeti sağlayarak, tarafsız ve şeffaf davranmak zorundadır. Bu zorunluluk ihaleye ilişkin ilkelerden ve kanunlardan kaynaklanmaktadır. İdare ihale yapmak istediği zaman kanun ve uluslararası sözleşmelerde öngörülen çok sayıda sınırlama ve prensip içerisinde kalarak hareket edebilmektedir. Bu durum idarenin sözleşme serbestisini oldukça daraltmaktadır. Ancak idarenin sınırlandırılmış bir hareket alanına sahip olması sanıldığı gibi olumsuz bir anlam taşımamaktadır. Konulan çerçeve ve kurallar kamu yararını sağlamaya yönelik olduğu kadar idarenin de yararınadır. Zira idareye kamu alımları sırasında tam anlamıyla serbesti tanınması "kayırmacılık" tehlikesini ortaya çıkaracaktır[63].

İhale sözleşmelerinde sözleşmenin tüm koşulları idare tarafından tek yanlı olarak hazırlanır. Hazırlanan sözleşmeye taraf olmak isteyen özel kişilerin, belirlenen koşullar üzerinde pazarlık yapmak ve tartışma açmak imkanı yoktur. Özel kişiler bu koşulları tümüyle kabul veya reddederler[64].

---

[61]Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s.469; Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci,* s.105; Uz, *Kamu İhale Hukuku,* s.9

[62]Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatı Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.65

[63]Günday, *İdare Hukuku, s.*185; Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s.469; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.27

[64]Giritli, Pertev, Bilgen, *İdare Hukuku,* s.1320

İhale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olduğundan tarafların karşılıklı iradesi zorunlu unsurdur. Bu nedenle sözleşme yapma iradesi, idare adına yetkili bir makam tarafından ileri açıklanmalıdır. Yetkisiz bir makam tarafından akdedilen sözleşme geçersiz kabul edilir. Zira idare hukukunda yetki kuralları kamu düzenine ilişkindir[65].

Toparlamak gerekirse ihale kavramı, idarenin özel hukuk sözleşmelerini ve bu sözleşmenin yapılacağı kişinin seçilmesi için öngörülen idari süreci ifade etmektedir. İdari süreç sonunda sözleşme yapılacak kişi kamu yararı ve ihale ilkelerine göre belirlenecektir. Bu aşama tamamen idare hukukunun alanını işgal eder. Ancak sözleşme imzalandıktan sonraki aşama özel hukuka tabidir.

1.1.3. İhalelerin Ekonomik Büyüklüğü ve Önemi

İhaleler bir ülkede ulusal ve uluslararası iş çevrelerini, sanayi, ticaret, inşaat sektörlerini, bireysel ve kurumsal kuruluşları etkilemektedir. Madencilik, her türlü alt yapı hizmeti, elektrik, bilgisayar sistemleri, askeri silah ve mühimmat ve telekomünikasyon gibi burada saymadığımız dev sektörlerde devletin hizmet birimleri kamu ihaleleriyle yerine getirilmektedir. Bu yolla ülkenin ekonomik verimliliğine yadsınamaz katkılar sağlamaktadır. Bununla birlikte kamu yararına yapılan bu alımlar mal ve hizmet alımları ve yapım işleri daha düşük fiyattan satın alma imkanı sunar. Yine ihaleler, kurumlar elden çıkarmak veya kiralamak istedikleri menkul ve gayrimenkul malları piyasa fiyatında veya üzerinde bir paraya satarak, tasarruf sağlamasına yardımcı olur[66]. Devletin buradan tek beklentisi düzgün çalışan bir satın alma sisteminin ve ortamının oluşturulması, kamu alımları için piyasanın en iyi şekilde düzenlenmesidir. Bu bakımdan ülkeler, kamu alımları ve ihaleler hakkında düzenlemeler yaparak bunların dürüst ve ekonomik şekilde işlemesini beklemektedir. Ne var ki, git gide gelişen ihale sisteminde mali ve hukuki kontrol imkanı

[65]Gözler, *İdare Hukuku Dersleri, s.*393

[66]Mantzaris, "Public Procurement, Tendering and Corruption, Realities, Challenges and Tangible Solutions", s.68; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.60-61

zorlaşmaktadır. Bu bakımdan son yıllarda ihalelerle birlikte ülkeler, diğer satın alma politikaları ve uygulamaları açısından daha kritik bir yaklaşım göstermektedir[67].

Kamusal harcamaların[68] ve kamu ihalelerinin önemi yalnızca devlet bütçesinin düzenlenmesi açısından değil, ekonominin canlanması, toplam talebin artırılması, para arzının düzenlenmesi, istihdam yaratılması ve gelirin yeniden dağıtılması gibi ekonomik ve sosyal sonuçları da bulunmaktadır. Bu yol ile toplumsal ihtiyaçların yerine getirilmesinde politik bir rol de oynar. Keza devletin ekonomi politikaları, büyük oranda kamu ihaleleri planlamasıyla şekillenir[69].

Bununla birlikte kamu borçlarının disipline edilmesi, her türlü bütçe politikası ve vergi politikaları kamu harcamaları yoluyla düzenlenir. Zira ekonomik kalkınma ve bölgesel kalkınma politikaları da kamu ihaleleri yoluyla yapılan projeler ile şekillenmektedir[70]. Rekabet Kurumu bir kararında kamu ihalelerinin önemine şu şekilde işaret etmektedir[71]; "*Kamu alımları, genel ekonomi içindeki yüksek payı ve harcanan paranın kamuya ait olması ne- denlerinden dolayı üzerinde önemle durulan bir alandır. Kamunun ihtiyacı olan mal veya hizmet- lerin en uygun fiyat ve kalitede temin edilebilmesi noktasında alım sürecinde rekabetin sağlanması, kamu alımlarının temel ilkeleri arasında sayılmaktadır. Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde de rekabet ilkesi yer almaktadır. Bu nedenle, rekabetin korunması en az diğer mal veya hizmet piyasalarında olduğu kadar kamu ihalele- rinde de önemlidir. Kamu alımlarında rekabetçi açıdan etkin bir alım mekanizması iyi düzenlenmiş bir*

[67] Mantzaris, "Public Procurement, Tendering and Corruption, Realities, Challenges and Tangible Solutions", s.68-70

[68] Kamusal harcamalar dar anlamda kamu hizmetlerinin bedeli olarak devlet ve kamu tüzel kişilerinin yaptıkları harcamalardır. Geniş anlamda ise devlet teşekküllerinin harcamalarını, sosyal sigorta ödemelerini, topluma yararlı hizmetler yapan kurumların harcamalarını, vergiden muafiyet ve istisnalarını da kapsayan devlet aktifinde meydana gelen azalmaları ifade eder. Muhasebe-i Umumiye Kanunu'na göre, bir harcamanın hukuki anlamda kamusal harcama kabul edilebilmesi için, devlet bütçesinden yapılmasını, bir kanuna dayalı olmasını ve bir hizmet yada husus karşılığı olmasını gerektirir. Bu tanıma göre kamu ihaleleri de kamusal harcamaların bir çeşididir. Şerafettin Aksoy, *Kamu Maliyesi,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s.91

[69] Özkan, *Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.34

[70] Özkan, *Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.39

[71] Rekabet Kurulu 16.12.2010 T., 2010/3/213 E., 10-78/1625-625 K., sayılı kararı; (çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr

ihale sistemiyle sağlanabilir. Kaynakların onları en iyi değerleyecek olanlara dağıtımını sağlamak açısından iyi tasarlanmış bir ihale mekaniz- ması en tercih edilen yöntemdir. Ancak ihalelerin amacı yalnızca düzenleyene yüksek gelir getirmesi değil bunun yanı sıra; Mevcut kaynakların optimum etkinlikte dağılımını, hizmetin sunumunda etkili ve sürdürülebilir rekabeti, devlet, yatırımcı ve tüketici için ekonomik değeri tam anlamıyla tesis edecek bir piyasa yapısını sağlamaktır."

İhaleler üzerinde esaslı bir denetim, kurumsallık ve kaliteli bir mevzuat, böyle bir ekonomik gücün daha etkin ve verimli işlemesini, bu yolla ülkenin gelişim hızının ilerlemesine imkan sağlar[72]. İhale yoluyla yerli ve yabancı kuruluşlar arasında sağlanan rekabet ile ülkeye ait hazine bunlar arasında hakkaniyetli ve en yararlı şekilde paylaştırılır[73].

Devlet, ekonomik sistem içerisinde en büyük mal ve hizmet alıcısı ve satıcısıdır. Şirketler veya diğer devletler, ihale yapan devletin yüksek değerdeki ticari ilişkisine taraf olmayı arzu ederler. Bunun için büyük bir rekabet içerisindedirler. Zira devlet sürekli ve güvenilir bir işveren olması nedeniyle, ekonomi figürleri için her zaman tercih sebebi olmuştur[74]. Tam ve açık rekabetin önemsendiği ihaleler, endüstriye daha büyük ticari fırsatlar sunmakta ve tüketicilere sağlanan hizmetlerin yüksek standartta olması güvencesini vermektedir. Buna ilave olarak, yerel ekonominin rekabet gücü arttıkça yurt dışında daha çok ihale kazanılabilmekte ve dünya pazarları içerisinde edinilen pay artmaktadır. İhalelerdeki rekabetin sağlanması sadece ihaleye giriş ve başvuruda değil, kamusal alımın sonuçlandığı son teslim işlemine kadar sürdürülmelidir. Kamu alım sürecinde isteklinin seçilebilmesi için izlenen ihale usulü rekabetin varlığını sürdürebilmesi bakımından önem arz eder. Kamu ihalelerinde geleneksel usullerin dışına çıkılması ve istisnalar konulması, rekabetin ve kamu yararının gerçekleşmesi açısından olumlu sonuç doğurmaz[75].

---

[72]Özkan, *Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler, s.*35

[73]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.61

[74]Özkan, *Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.36

[75]OECD, Public Procurement the Role of Competition Authorities In Promoting Competition, Policy Roundtable Re- port.(çevrimiçi) http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf 15.1.2018

Genellikle vatandaşlardan alınan vergilerden oluşan fonlar ile yapılan kamu harcamalarında, kaynakların verimli kullanılması, dürüstlük, saydamlık, tedarikçilere eşit ve adil muamele ile rekabetin sağlanması gibi amaçlar takip edilmektedir[76]. Bu bakımdan kaynağı sağlayan vergi mükelleflerince aleni şekilde takip edilebilmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Devletin elinde bulunan maddi kaynakların kullanımı şeffaf olduğu ölçüde rekabetçi bir piyasa oluşabilir[77].

Rekabetin sağlanması bakımından bir önemli husus katılımcı sayısının fazla oluşudur. Katılımın yüksek olması, en üst rekabet seviyesinde ihalenin gerçekleşmesini sağlar. Bunun bir gereği de yabancı katılımcıların iştirak etmesidir. Bunun için ihale mevzuatında eşik değerler öngörülmüştür. Eşik değerlerin altında kalan işler için yabancı katılımcıların ihaleye başvuru yapmaları mümkün değildir. Zira eşik değerlerin altında kalan işlerin ihaleleri yurtdışında ilan edilmezler. Ancak rekabetin sağlanması kadar yerli yatırımcının korunması da önemli bir husustur. Bu yüzden eşik değerlerin yüksekliğine dair yapılan eleştiriler tam anlamıyla haklı değildir. Nitekim AB Direktiflerinde eşik değerler ile ilgili düzenleme bulunmaktadır. Üye ülkelere bu konuda hak tanınmıştır[78].

Avrupa Birliği istatistiklerine göre, her yıl AB'de 250.000'den fazla kamu otoritesi GSYİH'nin yaklaşık yüzde 14'ünü kamu ihalelerine harcamaktadır. Bu rakam bazı AB üyesi ülkeler bakımından yüzde 20'ye kadar ulaşmaktadır[79].

OECD'e göre ise kamu alımları GSYİH'nın yüzde 12'sini oluşturmaktadır. Toplam kamusal harcamaların ise yüzde 29'unu kamu alımları oluşturmaktadır. Ve bu rakam toplamda 9.5 trilyon dolarlık bir miktara tekabül etmektedir. Rakamın büyüklüğüne rağmen yolsuzluğa her hangi bir önlem alınmaması durumunda devlet

[76]Özkan, *Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.37

[77]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* s.16

[78]Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Direktifi 18. Maddde (çevrimiçi)http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0065.01.ENG 19.4.2019

[79]Ferwarda vd., "Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators, s.246

bütçesinden milyarlarca liranın ele geçirilmesi söz konusu olmaktadır[80]. 2017 yılında elde edilen verilere göre devletlerin mal, hizmet ve yapım işleri, stratejik olarak kamu hizmetini ve genel politikayı genişletmek adına daha fazla satın almaya konu edilmiştir. Bu bakımdan 2017 yılında kamu alımlarının, toplam kamu harcamalarının üçte birine tekabül ettiği tespit edilmiştir[81]. WTO tarafından yapılan tespitlere göre, yolsuzluk sebebiyle her ülkenin kamu harcamalarına ayrılan bütçenin yüzde 20 ila 25'inin kaybedildiği ortaya çıkmaktadır[82].

Kamu İhale Kurumu verilerine göre, 2016 yılında ihaleye gereksinim duyan idare sayısı 12299'dur. Bu idareler toplam 160437 adet ihale açmış ve sonuçlandırmıştır. İptal edilenler düşüldüğünde toplam 177231 adet sözleşme imzalanmıştır[83].

Ülkemizde de kamu alımı yoluyla yapılan ihaleler neticesinde bütçeden büyük rakamlar ödendiği görülmektedir. Merkezi idare toplam 74.729.107.000 TL tutarında kamu alımı yapmıştır. Bunun içerisinde mal, hizmet ve yapım ihaleleri dahildir. Yerel idareler 60.483.924.000 TL tutarında kamu alımı yapmıştır. Bağımsız bütçeli kamu kuruluşlarının alımlarıyla birlikte 2016 yılı sonunda toplam 169.846.093.000 TL kamusal harcama yapıldığı görülmektedir. Bu rakamlara ihale yapılmaksızın yapılan harcamalar, yani doğrudan temin usulü yapılan harcamalar ile istisnai hallerde yapılan

---

[80] OECD, Government At a Glance 2015, s.136 (çevrimiçi)https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2015-en.pdf?expires=1555284443&id=id&accname=guest&checksum=5879CB7FC5E661039051C9B815CD6E3B#page172 11.4.2019

[81] OECD, Government at a Glance 2017, s.172 (çevrimiçi)https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2017-en.pdf?expires=1555285205&id=id&accname=guest&checksum=AFACDD414B5148E2A0D3186D51284E09#page173 11.4.2019

[82] Avrupa Birliği, OECD ve WTO tarafından yapılan analizlere ilişkin tespitler için bkz. Marianthi Stathaki, "Corruption in the Fields of Public Procurement Contracts: The Example of French and Greek Public Procurement Law", **Essays in Honour of Nestor Courakis,** 2017, s. 648, (çevrimiçi) http://crime-in-crisis.com/en/wp-content/uploads/2017/06/36-STATHAKI-KOURAKIS-FS_Final_Draft_26.4.17.pdf 19.4.2019; Gary Ferguson, "Global Corruption: Law, Theory and Practice", **Evulation of Procurement Laws and Procedures**, April 2018, ed.Mollie Deyong, (çevrimiçi) https://icclr.law.ubc.ca/resources/global-corruption-law-theory-and-practice/ 25.1.2019

[83] Kamu İhale Kurumu, 2016 Kamu Alımı İzleme Raporu, (çevrimiçi) http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_alimlari_izleme_rapor_2016_y%C4%B1lsonu.pdf 11.4.2019

alımlar dahil edilmemiştir. İstisna hükümleri kapsamında yapılan alımlar 14.184.903.000 TL iken, doğrudan temin usulünde ödenen rakam 3.817.742.000 TL'dir[84].

Toplam harcamanın yüzde 55'lik kısmını yapım ihalelerinin oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu halde inşaat sektörü pastanın büyük kısmından payını almış olmaktadır. Mal alımı ise sadece %15'lik bir paya sahiptir. 48.613.172.000 TL ile yüzde 30'a yakın bir kısım ise hizmet sektörüne ödenmiştir[85].

İhale edilen işlerin, idare tarafından tespit edilen yaklaşık maliyetin %73 ile %90'ı kadar bir tutara ihale edildiği ve piyasa tutarından daha aşağı bir maliyet ile tasarruf edildiği anlaşılmaktadır. Yalnız hizmet sözleşmelerinde piyasa araştırmaları genellikle asgari ücret üzerinden tespit edildiğinden yüzde 28 oranında fazla ödeme yapıldığı görülmektedir[86].

Eşik değerin altında yapılan ihaleler toplam harcamanın yüzde 28.80'ine tekabül etmekte ve 43.890.662.000 TL kadar bir harcamaya neden olduğu görülmektedir[87].

Bu veriler, ihale kurumunun işlerliğinin ve verimliliğinin ülke ekonomisi açısından önemini bir kez daha göstermektedir. İhaleye konu işlerin eşik değerlerin altına çekilip esas olan açık ihale usulünün göz ardı edilmeye çalışıldığı aşikardır. İhaleye katılan taraflar açısından idarenin yapacağı değerlendirme sonucunda özellikle eksiltme türündeki ihaleyi dilediğine vermesi ve teklif yapanlar karşısındaki güçlü konumu tarafları bu belirsizliği gidermeye sevk etmektedir[88].

[84]Kamu İhale Kurumu, 2016 Kamu Alımı İzleme Raporu

[85]Kamu İhale Kurumu, 2016 Kamu Alımı İzleme Raporu

[86]Kamu İhale Kurumu, 2016 Kamu Alımı İzleme Raporu

[87]Kamu İhale Kurumu, 2016 Kamu Alımı İzleme Raporu

[88]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.174

Kamu İhale Kanunu'nda yer alan ihale usullerinden ayrı olarak, kanun kapsamı dışında, istisna hükümleri içerisinde ve doğrudan temin yöntemi ile yapılan kamu alımları, toplam alımların %19'unu oluşturmaktadır. Bu rakam milyarlarca TL'nin idare tarafından serbest ve rekabetsiz ortamda dilediğince harcanması anlamına gelir. Bu durumun yolsuzluğun gelişimi açısından çok rahat bir ortam sağlanmasına hizmet edeceğinde şüphe yoktur[89]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda 3. maddesinde yer alan istisna hükümleri sayıca oldukça fazladır ve geniş bir alanı kaplamaktadır. Bu durum kamu harcamalarının mevcut haliyle dahi zayıf olan denetimin dışında yapılması ve keyfi uygulamalara neden olması anlamına gelmektedir.

1.1.4. İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler

1.1.4.1. Genel Olarak

İhale, kamusal alımlara konu olan mal, hizmet veya yapım işlerinin kimden hangi koşullarda alınacağını belirlenmesinde istekliler arasındaki rekabetin esas alındığı bir süreçtir ve koşulları sağlandığında en kullanışlı satın alma modelidir. Esasen ihale hukukunun temelinde idarenin yapılan teklifler arasından en sağlıklı ve en kârlı teklif yapan kişi ile sözleşme yapmasını sağlamak amacı yatmaktadır. Bu amaç *ihaleye hakim olan ilkelerin* mutlak surette uygulanmasını gerektirir[90].

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2'nci maddesi ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "temel ilkeler" başlık 5'inci maddesi idarelerin gerçekleştireceği ihalelerde uymakla zorunlu oldukları ilkelere yer vermiştir. Bu maddelere göre, saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenirlik, gizlilik, kamuoyu denetimini,

[89]Çetinkaya, *Kamu İhale Kanunu ve Yolsuzluk Riskleri,* s.96

[90]Sanchez-Graells, "Transparency and Competition in Public Procurement", s3; Arrowsmith, "Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules", s.3; 4734 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de ihale ilkelerine işaret edilmiştir;*"... Bu Kanunda; ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları, tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır..."*

ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ihalenin tüm sürecinde geçerli olan ilkelerdir. Maddenin diğer fıkralarında, mal ve hizmet ihalelerinin ayrı ayrı ihale edilmesi, eşik değerin altında kalmak için ihalelerin kısımlara bölünmeyeceği, ödeneksiz ihale yapılamayacağı, ÇED raporu alınması zorunluluğu kurallarına yer verilmiştir. Bu ilkelere uyulması veya uyulmaması idarenin takdirinde değildir[91]. [92]

Bu ilkelerden saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenirlik, gizlilik, kamu oyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri, yorum ilkeleridir. Yorum ilkeleri ihalenin tüm aşamalarında ve her ihalede uygulanması gereken ilkelerdir. Bununla birlikte ÇED raporu alınması, eşik değerin altında kalmak amacıyla işlerin bölünmemesi ve ödeneksiz ihale çıkılmayacağı ilkeleri ise somut kural ilkeleridir. Bunlar belli türde ihaleler için yada ihale sürecinin bir kısmı için geçerli olmaktadır[93].

Bu başlıkta anılan ilkeler, doğrudan hukuka uygun bir ihalede olmazsa olmaz kuralları içermektedir. İhale ilkeleri, ihale hukukunun referans değerlerini temsil

[91]Anılan ilkeler hakkında Avrupa Birliği ihale mevzuatında da düzenleme bulunmaktadır. 31.3.2004 tarihli 2004/18/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinde, rekabet, eşitlik, şeffaflık ilkelerine vurgu yapılmaktadır. İlkeler yeknesak olarak OECD, WTO ve UN tarafından çıkarılan uluslararası düzenlemeler ve tavsiyeler ile de desteklenmekte ve uluslararası ve ulusal uygulamalarda yer alması bakımından gözetilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. OECD, Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, 2012, (çevrimiçi) oecd.org/competition/cartels/fightingbidriggininpublicprocurement.htm 25.1.2019; Green Paper on the Modernization of EU Public Procurement Policy (çevrimiçi)https://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:EN:PDF 25.01.2019; UN Trade and Development Commision, Conference on Trade and Development, s.3-10 (Çevrimiçi) https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf 25.1.2019

[92] Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.48; Bekir Mustafa Yılmaz, *İdare Hukukuna Hakim Olan İlkeler, Kamu Alımlarında İdari Denetim*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.26; Ancak Bakanlar Kurulu kararı ile düzenlenen İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar'ın 5'inci maddesine göre istisnai hallerde ilgili Bakan onayı ile doğrudan alım yapılabileceği ve ilkelerin gözardı edilebileceğine dair istisna hükümleri içermektedir; Bakanlar Kurulu'nun 4.11.2004 tarih ve 2004/8030 sayılı kararı; Ümit Süleyman Üstün, Hande Sena Çalış, "4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Hakim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.26, S.2, 2018, s.114

[93]Özkan, *Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler,* s.174; Üstün, Çalış, "4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Hakim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", s.116

etmektedir. Bu nedenle ihale sürecini düzenleyen tüm teknik hükümlerin bu prensiplerin güvencesi altında ve onlara aykırı olmayacak nitelikte olmalıdır[94].

Prensiplerin ihlali çoğu zaman TCK.nun 235. maddesinin de ihlaline yol açmaktadır. Anılan prensiplere değindiğimizde, prensiplere aykırı hareketlerin TCK.nun 235. maddesinin hangi fıkralarına tekabül ettiği açıkça görülecektir. Bu kısımda özellikle doğrudan ihaleye fesat karıştırma suçlarına doğrudan sebebiyet veren ilkelere işaret edilecektir.

1.1.4.2. Saydamlık İlkesi

İhale süreci boyunca katılımcıların ihale hakkında tüm bilgilere ulaşabilme imkanının tanınması açıklık ilkesinin gereğidir. Katılımcıların bilgilere yeterince ulaşamaması, bir kısım katılımcıların aralarında gizli anlaşma yapabilmelerine imkan tanır. Açıklık ilkesinin bu şekilde ihlal edilmesi, aynı zamanda TCK.235/2-d maddesinde tanımlanan suçu oluşturmaktadır. İhale sürecinde açıklık ilkesi özellikle ihalenin ilanı aşamasında kendisini göstermektedir. İhalede gerekli bilgilerin ihale ilanında eksiksiz olarak yer alması gerekir. İhalede teklifler üzerinde yapılacak değerlendirme, ilanda yer alan hususlar üzerinden yapılmalıdır. Bu hususlara uyulması açıklık ilkesinin yanı sıra, rekabet ve eşitlik ilkelerinin de yerine getirilmesini sağlamaktadır[95].

Saydamlık veya açıklık, mevcut koşullara, kararlara ve eylemlere dair bilginin görünür ve anlaşılır kılındığı bir ihale sürecini ifade eder. Bu ilke aynı zamanda hesap verilebilirlik açısından etkin bir mekanizma olarak karşımıza çıkar. Açıklık ilkesi gereği kamu yönetiminde belirli aralıklarla kamuoyuna sunulması, kamu kaynaklarının nerede ve nasıl kullanıldığına ilişkin siyasi iradenin kamuoyuna hesap

[94]Özkan, *Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler,* s.173

[95]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.40

vermesi zorunludur[96]. Açıklık ilkesi kamu gücünün keyfi olarak kullanılamayacağı konusundaki inancı pekiştirir ve ayrıca devlete olan güvenin sağlanmasını sağlar[97].

Saydamlık veya açıklık ilkesi, tıpkı rekabet ilkesi gibi somut olarak kendisini gösteren bir ilkedir. Mevzuatta bu ilkenin gereğinin sağlanması için çok sayıda destekleyici hüküm bulunmaktadır. Örneğin; Kamu İhale Kanunu'nda açık ve ilanlı ihale usulü esastır. Bu usul kaynağını açıklık ve saydamlık ilkesinden alır[98]. Saydamlık ilkesi, idarenin ihaleyi baştan sona gözlenmesi ve denetlenmesine imkan verecek şekilde gerçekleştirmesine işaret etmektedir. İhale, ona katılacak tarafların ve kamuoyunun gözü önünde ceryan etmelidir. Saydamlık bulunmadan idarenin ihalede diğer kural ve ilkelere uyduğunu denetlemek mümkün değildir[99].

Saydamlık ilkesi, ihalenin isteklilerin yanı sıra hazır bulunan herkesin önünde açık olarak yapılması ve değerlendirme dışı kalan veya teklifi uygun görülmeyen isteklilerin talep etmesi halinde gerekçesinin açıklanmasını gerektirir[100].

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 2/1 maddesinde açıklık ilkesi ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 5/1 maddesinde saydamlık ilkesi olarak zikredilen ilke ile, ayrımcılık, kayırmacılık, rüşvet, gizli anlaşma gibi hukuka aykırı eylemler engellenmesi amaçlanmıştır[101].

Saydamlık ilkesi, ihalenin tüm aşamalarında ilgilerin yeterince bilgilendirilmesini gerektirmektedir. Buna göre ihalenin idari şartnamede yer alan katılma koşullarını taşıyan bütün isteklilere açık olması gerekmektedir. Saydamlık

---

[96]Ayşe Esin Sancar, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.2, 2014, s.151-177

[97] Sancar, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", s.155

[98] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.68

[99]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.20

[100] Sancar, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", s.156

[101]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.48

ilkesine riayet edilerek bir ihalenin yapılabilmesi, ihalenin tüm isteklilerin serbestçe katılımını sağlamak üzere duyurulmasıyla mümkündür[102]. İhale ilanının kanuni usule uygun yapılması icap eder. İhale mevzuatında zorunlu görülen ilana ait şekil şartı, ihalenin olabildiğince çok istekliye ulaşacak nitelikte ilan edilmesi amacını güder[103]. Yine aynı husus ihale evrakları için geçerlidir. Şartname, teknik şartname gibi ihale dokümanlarının ayrıntılı ve açıklayıcı olarak tanzimi gerekir. İdareye keyfi olarak istekli ve teklif seçebileceği şekilde bir takdir yetkisi tanıyan şartnameler, saydamlık ilkesine aykırılık teşkil edecektir[104].

Buna karşın saydamlık ilkesi ihale katılımcılarının ticari bilgilerini ve sırlarını kapsamaz. Bilakis katılanlarla ilgili bu tür bilgiler gizlilik ilkesi gereğince korunmaktadır. Bu bakımdan, ihalede saydamlık ilkesinini bahane ederek katılımcıların ticari bilgilerine ulaşma hakkı bulunmamaktadır[105].

Tekliflerin ve yaklaşık maliyetin katılımcıların huzurunda açıklanması kuralı da saydamlık ilkesinin bir gereğidir[106].

Saydamlık ilkesinin bir diğer gereği, ilan edilen şartnamelerde daha sonra tespit edilen hataların düzeltilmesi amacıyla yapılan değişikliklerin zeyilname ile ilgililere bildirilmesidir[107].

İhalenin ilanına ilişkin şekil ve süre kurallarını düzenleyen Kamu İhale Kanunu 26. Maddesine göre 13, 24 ve 25'inci maddelerde düzenlenen kurallara uygun olmayan ilanın geçersiz sayılacağı belirtilmiştir. Bu kural ile idarenin, açıklık ve saydamlık

[102]Özkan, *İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.175

[103]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.49

[104]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.49

[105]Sanchez-Graells, "Transparency and Competition in Public Procurement" s.7

[106]Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.180

[107]Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.190

ilkelerinin gözetilmesine azami dikkat etmesi gerekir[108]. Zira ihalenin usule uygun ilan edilmesi rekabet şartlarının en üst seviyede gerçekleştirilmesi amacını taşır. Bu amaç komisyon tarafından alınan kararların ilgililere tebliğini de kapsar. Netice olarak kamu ihale sistemini oluşturan kuralların da açık olması gerekir. Alım süreci tamamlandığında idarenin yaptığı seçim ve takdir hakkını kullandığı kararlar sorgulanabilir ve denetlenebilir olmalıdır. İdarece yapılan seçimin kişisel çıkarları değil, kamusal ekonomik çıkarların gözetilip gözetilmediğinin incelenmesine olanak sağlanmalıdır. Bu yolla idarenin kapalı kapılar ardında kararlar alıp, takdir hakkını kötüye kullanımı engellenmektedir[109].

İhalelerde saydamlık ve şeffaflık yolsuzluğun önlenmesi, ihale sürecinin bütünlüğünün korunması, kaynakların adil ve eşit olarak dağıtımını sağlamak amacını gerçekleştirir. Ancak aşırı veya gereksiz şeffaflıktan kaçınılmalıdır[110].

İhale sonuçlarının tebliği ve ilanı saydamlık ilkesinin bir gereği olsa da, ifade etmek gerekir ki ilan edilen sonucun, ihaleye katılanlarla ilgili rekabet bozucu bilgileri içermesine gerek yoktur. Zira istekliler benzer işlerle benzer kurumlarda yeniden ihaleye katılabileceklerinden, daha sonra üçüncü kişilerin lehine durum oluşturabilecek bilgilerin yayımlanması rekabet ilkesine ters düşecektir. Burada kastedilen rekabet ilkesinin gereği için saydamlık ilkesinin feda edilebileceği değildir. İki ilke de aynı öneme sahiptir. Bilakis saydamlığın, rekabet ilkesi gözetilerek rasyonel şekilde sağlanması gerekir[111].

Yine saydamlık ve açıklık ilkesinin bir sonucu olarak getirilen düzenlemede, tekliflerin değerlendirilmesini düzenleyen 37'nci Maddeye göre, birim fiyat teklif cetvelinde birim fiyat teklif istenen ihalelerde aritmetik hatanın re'sen idare tarafından

[108] Sancar, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", s.156

[109]Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.180

[110] OECD, Policy Roundtable on Collusion and Corruption in Public Procurement, 2010, s.13 (çevrimiçi) oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf 05.06.2018.

[111]Sanchez-Graells, "Transparency and Competition in Public Procurement", s.5

düzeltilmesinin kabul edilemeyeceği, aritmetik hatalı tekliflerin değerlendirme dışı bırakılmak zorunda olduğu belirtilmiştir[112].

Bu kapsamda, ihale usulleri arasında sayılan ve 4733 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21 ile 22. maddelerinde düzenlenen pazarlık usulü ile doğrudan temin usulü, ihalelerde saydamlık ilkesine aykırı bir nitelik taşımaktadır[113]. Yasal olarak bu iki ihale usulü, saydamlık prensibinin istisnası durumundadırlar[114]. Söz konusu ihale usullerinde ilan, süre, davetiye, tebligat, gerekçeli karar, aleniyet şartlarının hiç biri bulunmamaktadır. Pazarlık ve doğrudan temin usulü belli şartların bulunması[115] ve belirlenen eşik değerin altında kalınması durumunda, idarenin uzun ve yorucu ihale sürecinden muaf tutularak olabildiğince çabuk bir şekilde ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımlarını gerçekleştirebilmesine olanak sağlamaktadır. Elbette bu kolaylık sağlanırken ihalelerin temel ilkelerinden olan açıklık ilkesi göz ardı edilmektedir.

1.1.4.3. Rekabet İlkesi

Günlük kullanımda rekabet, belirli bir fayda sağlayabilmek amacıyla başkalarını geride bırakmaya çalışması veya benzer konumda bulunan kişiler karşısında üstünlük kazanabilmek için yarışması şeklinde tanımlanabilir. Bu anlamda rekabet yarışma şeklinin, yarışma araçlarının ve amaçlarının her türünü kapsayan bir kavram olarak karşımıza çıkar[116].

---

[112] Sancar, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmnesi", s,157; (Kamu İhale Kurulu Kararında (2014/UH.II-536), istekli tarafından birim fiyat teklifindeki söz konusu teklife ait rakam ve yazının birbiri ile aynı olmaması sonucu idare tarafından değerlendirme dışı bırakılması işleminin mevzuata uygun olduğu sonucuna ulaşılmış ve başvuru reddedilmiştir. Aritmetik hataların kabul edilmemesinin yanında yazı ve rakamın da birbirini doğrulayacak şekilde yazılması gerekliliği benimsenmiştir.

[113]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.50

[114]Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.188

[115]"İhale Usulleri" başlığında bahsi geçen şartlar açıklanmıştır.

[116] Sancar, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", s.158

İhalenin hukuka uygun olarak yapılmasını sağlayan en önemli ilke rekabet ilkesidir. Rekabet ilkesi katılımcıların eşit ortamda sundukları tekliflerle ihalenin kamu yararını en üst seviyede sağlayacak şekilde yapılmasını, şekil kurallarına uyulmasını ve objektif kriterlere göre yapılmasını gerektirir[117].

Rekabet ilkesinin ihale mevzuatı açısından anlamı, idarelerin ihalelerde rekabetin gerçekleşmesine yönelik olarak gerekli ortamı sağlaması ve rekabeti engelleyici davranışlardan kaçınması, fiyatların oluşmasında hiçbir müdahale olmaksızın fiyatların serbestçe belirlenmesi için zemin hazırlamasını gerektirir[118].

Bir ihaleye ne kadar çok istekli katılmışsa rekabet o kadar sağlanmıştır. Ancak tek koşul fazla isteklinin bulunması değildir. İşin niteliği veya piyasanın yapısı sebebiyle sayıca az istekli ile gerçekleştirilen ihalelerde de aslında rekabet ilkesinin ihlal edilmediği haller olabilir. Yahut katılımcı çokluğu görünüşte olabilir ve bu şekilde ihale manipüle edilebilir. Rekabet ilkesinin bu nedenle birden fazla parametresi bulunmaktadır. Katılımcılar arasında gizli anlaşmalar ve kartel oluşumları bakımından bu parametreler özellikle idarenin dikkat etmesi gereken hususları içermektedir[119].

Rekabet ihale sürecinin temel taşıdır. Rekabet ortamı sağlanmadan, sağlıklı bir ihalenin yapılma imkanı yoktur. Rekabetin engellenmesinin ağır cezalara tabi tutulmasının asıl nedeni budur. Özellikle ihaleye katılım ve fiyatın belirlenmesi hallerinde kendini gösteren rekabetin engellenmesine yönelik davranışlar, ihalenin her aşamasında yasaklanmıştır[120].

Rekabet ilkesinin ihlaline yönelik eylemler, menfaat sağlamak amacıyla ihaleleri yolsuzluğa karşı savunmasız kılarken, devletin uğradığı zararı da alabildiğine artırmaktadır. İhaleler bazı zaman dev sektörlerde ciddi miktarda harcamayı

[117]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.40

[118] Sancar, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", s.159

[119]OECD, Policy Roundtable on Collusion and Corruption in Public Procurement, 2010, s.7.

[120]Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek", s.69

gerektirmektedir. Rekabet ilkesinin bertaraf edildiği haller, bu kaynakların yolsuzluk eylemleri ile ele geçirilmesi için zemin hazırlar[121].

Diğer ilkeler, ihalenin eşik değer altına çekilmesi yasağı, mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin bir arada tek ihaleye konu edilme yasağı, kişilerin katılımının hile veya zorlama ile engellenmesi yasağı tamamen rekabet ilkesinin gerçekleştirilmesine yönelik amaçlar taşırlar[122].

Bu kapsamda rekabet ilkesi, cezai sorumluluğun ortaya çıkışında kendisini gösterir. Öyle ki, rekabet ilkesinin ihlali TCK.nun 235. maddesinde yer alan tüm seçimlik hareketlerin varlık nedenidir. 235. maddede yer alan tüm eylemler hemen hemen tüm ilkelerin uzantısı olan rekabet ilkesinin ihlali ile ortaya çıkar. İhale sürecinin başından sonuna kadar bulunması gereken eşit muamele, gizlilik, açıklık, kamuoyu denetimi, şeffaflık ilkeleri doğrudan doğruya rekabetin sağlanmasına hizmet ederler. Burada katılımın artması kamu yararı gereğince daha çok teklifin sunulması ve idare tarafından içlerinde en faydalısı için değerlendirme yapabilmelerine olanak sağlar[123].

Rekabet ilkesi, en uygun bedel ve şartlar ile mal ve hizmet alabilmenin, ancak ve ancak birden çok teşebbüsün yarışması ile söz konusu olabileceğini ifade eder. Tekel oluşumu ile yapılan ihaleler kamunun yararına değil tekelin yararına olacaktır. Rekabetin sağlanamadığı bir ihalede en uygun bedel ile en ehil sözleşmecinin bulunabilmesi imkanı yoktur. İhalenin varlık sebeplerinden olan rekabet ilkesi Kanun'da sayılan tüm ihale ilkelerinin de temel amacıdır[124]. Bu sebeple, rekabetin korunması amacıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinde ve 4734 sayılı KİK'nun 17. maddesinde, rekabetin bozulmasına yol açacak eylemler zikredilmiş ve yasaklanmıştır[125].

---

[121]OECD, Policy Roundtable on Collusion and Corruption in Public Procurement, 2010, s.11

[122]Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek", s.69

[123]Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek", s.69

[124]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.40

[125]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.22

Rekabet kavramı 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış…" olarak tanımlanmıştır.

Rekabet ilkesi, bir iş için açılan ihalede aday sayısının olabildiği kadar fazla olmasını zorunlu kılar. Bu nedenle rekabet ortamında bulunan katılımcılar adil yarışma kurallarına uymak zorunda olup, idare de bu yarışmanın güven ortamında yapılmasını sağlamak durumundadır[126].

Rekabet; ihale kavramının temelini oluşturan ilkedir. Rekabet ile hedeflenen, kamu yararı bulunan ihtiyaçların, en ucuz ve en iyi şekilde karşılanması için, olabildiğince çok katılımcı ile ihale yapılmasıdır. Rekabet ilkesi, ihaleye katılımın mümkün olduğunca yüksek olmasını sağlayacak bir ilan yapılmasını, istekliler arasında kayırmacılığı önleyecek şekil kurallarının konmasını, yaklaşık bedelin hiçbir kısıtlama olmaksızın serbestçe belirlenmesini, istekliler arasında seçimin önceden belirlenen objektif kriterler ile yapılmasını kapsar[127].

İhalenin Kanun tarafından belirlenen usul ile yapılması rekabetin sağlanmasının en mühim unsurlarından biridir. Bu nedenle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu rekabetin en üst düzeyde sağlanması için kapalı ihale usulünü, 4734 sayılı Kanun ise açık ihale usulünü esas ihale usulü olarak belirlemiştir. Anılan düzenlemelerde yer alan diğer ihale usulleri ise istisnai hallerde uygulanacak usuller olarak kabul edilmişlerdir[128].

Bunun yanında aralarında doğal bir bağlantı olmaması halinde mal ve hizmet alımları ile yapım ihalelerinin ayrı ayrı yapılması ilkesi de rekabet ilkesinin yerini bulması amacıyla getirilmiş bir ilke niteliğindedir. Ayrıca eşik değerlerin altında kalmak amacıyla işlerin kısımlara bölünmesi yasağı yine ihalelerin rekabet ilkesine

[126]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.119

[127]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.52

[128]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.41

uygun şekilde yürümesi amacını gütmektedir[129]. Danıştay da rekabet ilkesi hakkında aynı görüşleri paylaşmaktadır[130]; "… *otuz firma tarafından ihale dokümanı satın alınmasına rağmen, dava konusu ihaleye yalnızca dört isteklinin katıldığı, isteklilerden ikisinin geçici teminatlarının yetersiz olduğu için elenmiş olduğu, davacı şirket ile birlikte kalan diğer istekli firmanın verdikleri tekliflerin birbirlerine ve yaklaşık maliyete göre çok yakın olduğu, öte tandan, ihale dokümanı satın alan bir kişi tarafından teklif zarfının daha önce aralarında anlaşan firmalarca ihale komisyonuna verilmesinin engellendiği iddiasıyla, ihale tarihinde imzalanarak Bitlis Valiliği'ne gönderilen ihbar mektubuna istinaden Bitlis Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından konu ile ilgili olarak soruşturma başlatılmış olduğu hususları dikkate alındığında, ihalede istenilen rekabet ortamı oluşmadığı kanaatine varılarak ihalenin iptal edilmesinde kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka aykırılık bulunmamaktadır…*"

İhale yeterlilik kuralları ile ihaleye katılım yasakları, ihalenin en ehil ve dürüst kişi tarafından, en uygun bedel ve en kaliteli teklif ile akdedilmesini, dolayısıyla rekabet ilkesinin sağlanmasına yardımcı olmaktadır[131].

Bunlardan ayrı olarak, rekabet ilkesinin sağlanabilmesi için ihale ilanının herkese ulaşacak şekilde yapılması, şekil kurallarının eşit muamele ilkesine göre konulması ve uygulanması, adaylar arasındaki seçimin herkes tarafından bilinen objektif kurallara göre yapılması da zaruridir. Ayrıca ihale konusu işin şartname içeriğinde açıkça ifade edilmesi, ihaleye katılacakların şartnamenin objektif içeriğinden emin olarak teklif verebilmelerinin sağlanması gerekir[132].

Rekabet ilkesinin sağlanması açısından 4734 sayılı Kanun'un ilan süreleri ve kurallarının düzenlendiği 13, yasak fiil ve davranışların düzenlendiği 17, temel ihale usullerinin yer aldığı 18 ve 19, ihalelere katılmaktan yasaklanma ve ceza sorumluluğunun düzenlendiği 58 ve 59. Maddeleri kaleme alınmıştır.

---

[129]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.41

[130]Danıştay 13. D. 21/01/2011T., 2008/5507E., 2011/196K. sayılı kararı; Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler*, s.207

[131]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.41

[132]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.120

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 5. maddesine göre idareler bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde rekabeti sağlamakla yükümlüdür. İhalelerde aşırı düşük tekliflerin bulunmaması ve yıkıcı rekabetin engellenmesi rekabet ilkesinin bir başka gereğidir. İdare katılımcıların hür iradeleri ile teklif sunabilecekleri bir ortamı yaratmakla yükümlüdür[133].

Gizli anlaşmalar rekabet ortamının sağlanmasını engelleyen en önemli problemlerdendir. Özellikle bayındırlık işlerinde bölüşüm ve paylaşım şeklinde anlaşmalar yapıldığı görülmektedir. Anlaşma ile görünürde dürüst ve adil bir yarışma ortamı vardır. Fakat adayların özellikle ihale bedelini düşürmek için hukuka aykırı olarak ihale üzerinde anlaşma yaptıkları, bu nedenle ihaleden beklenen faydanın sağlanamadığı görülmektedir. Hem idare hem ceza hukuku anlamında yasaklanmış olsa da, bu anlaşmaların ortaya çıkarılabilmesi çok güç olmaktadır[134].

Açıklık prensibinde ifade ettiğimiz pazarlık ve doğrudan temin usulleri şüphesiz rekabet ilkesini de zedelemektedir. Zira bu usullerde ilan yapılmadığı için işin verileceği kişiler ihale yetkilisinin keyfine bırakılmıştır. Doğrudan temin usulü bir ihale usulü olarak 4734 sayılı Kanun'da sayılmasa da, kamu kaynaklarının onlarca milyar liralık kısmı bu yolla harcandığı için dikkat çekilmesi gereken bir noktada durmaktadır[135]. Rekabet ilkesinin temel alındığı bir kanunda, ilan yapma, teminat alma, ihale komisyonu kurma, yeterlik kurallarını arama, eşik değerin yüksekliği ve şikayet mekanizmasının işletilmemesi için yüksek başvuru bedeli öngörülmesi ve benzeri düzenlemelerin de yer alması çelişkidir. Böyle bir vaziyette rekabetin oluşması mümkün değildir. Hatta çoğu zaman idare ile istekli arasında danışıklı bir durumun ortaya çıkarıldığı ve doğrudan temin ve pazarlık usullerinde asgari teklif sayısı kuralına dahi uyulmadığı görülmektedir.

---

[133]Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.204

[134]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.120

[135] Sancar, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", s.160

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. Maddesi ise ihale sürecinden muaf tutulan işleri ve kurumları düzenlemiştir[136]. İstisnalar ne yazık ki çok geniş bir alana yayılmış olup neredeyse kural halini almıştır. Elbette Kanun uygulaması dışındaki kamu alımları için de bir takım usul ve esaslar belirlenmiştir. Ancak bunların denetim dışı olması sebebiyle yine açıklık ve rekabet ilkelerinin varlığından söz etmemiz mümkün değildir.

1.1.4.4. Diğer Prensipler

Eşit muamele ilkesi gereği ihale sürecinde, idarece üçüncü kişiler hakkında uygulanan prosedür ve yapılan değerlendirmenin birbirinden farklı olmaması gerekir[137]. Her bir katılımcının teklifini verdiğinde, idare tarafından nedensiz yere kayırılmayacağı yahut elenmeyeceği inancıyla ihaleye girebilmesi için tarafsızlık yani eşit muamele ilkesi birinci sırada önem arz eder. İdarenin takdir hakkına sahip olduğu durumları maksatlı olarak bir isteklinin lehine kullanması eşit muamele ilkesine aykırı olacaktır[138].

İhalelere katılımın mevzuata ve ihale dokümanına göre hazırlanması esastır. Kişilerin yeterlilik ve katılım koşullarının tespiti bu yolla yapılır. Katılan herkesin eşit koşullarda ve eşit muameleye tabi tutulması icap eder. Ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde bir takım sınırlamalar getirilebilir. Katılımın kanunca sınırlandığı durumlarda belli istekliler arasında gerçekleştirilen ihaleler veya yabancı katılımcıların ihaleye girişlerinin yasaklanması eşitlik ilkesinin istisnalarını oluşturur[139]. Örneğin, idare adına ihale yapma yetkisini haiz kamu görevlisi, iki katılımcıdan birinin teklifi şartnameye aykırı olmasına rağmen ihaleye girmesine imkan tanıyabilir. Yahut diğer katılımcının şartnameye uygun teklifini sanki

[136]"İhale Kanunlarının Kapsamı" başlıklı bölümde anılan istisnalardan bahsedilmektedir.

[137]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.22

[138] Sancar, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", s.161

[139] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.68

aykırıymış gibi reddedebilir. Bu iki durumda da, yukarıda işaret ettiğimiz eşit muamele ilkesi ihlal edilmiştir. Öte yandan bu ihlal eylemi TCK. 235/2-a. maddesinde tanımlanan suça vücut vermiştir[140].

Güvenirlilik ilkesi ise, idarenin istikrarlı ve tutarlı eylem ve işlemleriyle, ihalenin kanuni ilkeler çerçevesinde, tarafsızca yürütüldüğü hususunda kamuoyuna kendini inandırmasıdır. İhale isteklileri ticari ve mali kararlarını idarenin muayyen tutumu karşısında belirlerler. Bu nedenle idare ihalelerde aldığı kararlar ile üçüncü kişileri kendisine güven duymasını sağlamakla yükümlüdür. Buna güvenirlik ilkesi adı verilir[141].

İhale ilanı yapıldıktan sonra idareler tarafından ihale usulü, ihaleye katılım şartları ile teklif usul ve değerlendirmeleri açısından belirlenen esaslardan vazgeçilmesi yahut değişiklik yapılması imkanı yoktur. Güvenirlilik ilkesi gereği idare işlemleri ile tutarlı olmak durumundadır. Bu kapsamda zeyilname usulü dışında idare şartnameler üzerinde keyfi değişiklik yapamayacağı gibi istekliler de tekliflerinden cayamaz veya bunları değiştiremezler[142].

İhalenin objektif ve dürüst olarak gerçekleştirilmesi, süreç boyunca soru işaretinin bulunmamasına bağlıdır. Aksi halde güvenirlik ilkesinden bahsedilemez. Mesela, İhale katılımı sırasında sunulan iş deneyim belgelerinin istekli ile idare arasındaki resmi yazışma trafiği tespit edilemediği durumlarda, idarenin bu değerlendirmeyi neye göre yapıldığı konusunda tereddütler hasıl olduysa güvenirlilik ve saydamlık ilkesinin idarece sağlanmadığı söylemek gerekir[143].

Gizlilik ilkesi, rekabet ve eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikteki bilgiler ihaleden önce üçüncü kişilere ifşa edilmesi yasağıdır. Örneğin; yaklaşık maliyetin

---

[140]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.38

[141]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.23; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.37

[142] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.68

[143] Sancar, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", s.161 Kamu İhale Kurulu'nun 2014/UM.II-3971 sayılı kararı

teklifler verilmeden açıklanamayacağı kuralı, gizlilik ilkesinin bir gereğidir[144]. Gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi, katılımcılar arasındaki rekabeti, aynı zamanda güvenirlik, saydamlık ve eşitlik ilkelerini de ihlal etmektedir[145].

Gizlilik ilkesine aykırı davranışlar aynı zamanda TCK.nun 235/2-b maddesindeki seçimlik suçun oluşmasına neden olmaktadır[146]. Örneğin yaklaşık maliyetin gizliliği, ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmemesi gizlilik ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkenin ihlal edilmesi halinde 4734 sayılı Kanun'un 61'inci maddesindeki yaptırımlar gündeme gelecektir.

Bunun yanında gizlilik ilkesi için konulan bir başka hüküm 4734 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinde yer almaktadır. Buna göre Kamu İhale Kurulu üyelerinin ve kurum personeline görevden ayrıldıklarından sonra devam eden gizli belge ve bilgileri açıklama yasağı söz konusudur.

İdare yaptığı ihale işlemleri sebebiyle müracaatçıların talep ettiği tüm bilgi ve belgeyi açıklamak, incelemelerine ve kopya almalarına izin vermek zorundadır. Bu yolla üçüncü kişilere ihale sürecini denetleyebilme imkanı tanınmıştır. Ancak bu hak ile elde edilmek istenen bilgi, ihaledeki katılımcıların ekonomik çıkarlarını etkileyecek nitelikte ise hakkın sınırlanabilmesi mümkündür[147].

Yalnızca ihalenin rekabet prensibine uygun olması için ihale sürecinin bazı kısımları gizli tutulmuştur. Özellikli yaklaşık maliyet ve teklifler ihalenin gerçekleştiği zamana kadar gizli kalmak zorundadır[148].

---

[144]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.24

[145]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.38

[146]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.38

[147]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.25

[148] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.69

Uygun bedel prensibi, ihale sonucunda en düşük yada en yüksek bedelin değil, idare tarafından kamu yararı için en uygun bedelin tespit edilmesi amacını taşır. Teslim süresi, verimlilik, kalite veya teknik yardım gibi kriterler, teklifler arasında en uygun teklifin belirlenmesi için değerlendirilir[149].

Kamu kaynakalarının verimli kullanılması ilkesi gereği idareler, kamu hizmeti için yapacakları ihalelerde devlete ait olan parayı devlete en iyi kar ve verimlilik getirmek üzere kullanmak zorundadırlar. Kamu kaynakları kavramı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda, borçlanma surettiyle elde edilen imkanlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değer olarak tanımlanmıştır. İdare her işleminde Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu gereği, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesinden ve kullanılmasından sorumludur. Bu faaliyetleri gerçekleştirirken hesap verilebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak üzere ihaleleri gerçekleştirmelidirler. Verimlilikten söz edilebilmesi için, mevcut kaynaklarla en karlı ve en faydalı iş yapılmalı ve en az kaynakla en gerekli hizmetler en kaliteli şekilde gerçekleştirilmelidir[150].

İhaleye konu taşınmazın üzerinde yapılacak her hangi bir proje ile çevresine zarar vermesini önlemek amacıyla "Çevresel Etki Değerlendirmesi" raporu alınması zorunlu hale getirilmiştir. Tahribata uğramış bir çevrenin yeniden onarılması ve eski haline getirilmesi uzun süreli, zor ve masraflı bir faaliyet olması sebebiyle, kalkınma ve ekonomik yatırım amacıyla yapılan proje ve faaliyetler sonucu doğayı ve çevreyi yok etmeden gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilerek, verilecek zararların daha sonra giderilmesi yerine önlenmesi amacıyla hareket edildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda 2872 sayılı Çevre Kanunu 10'uncu maddesi gereği, idareler gerçekleştirmek istedikleri faaliyetler sebebiyle çevre sorunlarına yol açabilecekleri işlerle ilgili ihale yapmadan önce ÇED rapor veya proje tanıtım dosyası hazırlamak durumundadır. Bu başvuru sonucunda ÇED olumlu kararı veya ÇED gerekli değildir kararı almaksızın

[149] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.69

[150]Orhan Veli Alıcı, "Kamu Taşınırlarının Yeniden Değerlendirilmesi Çerçevesinde Bir İyi Uygulama Örneği", **Sayıştay Dergisi**, C.28, S.105, 2017, s.115

amaçladıkları projeler hakkında onay, izin, teşvik veya ruhsat almaları mümkün değildir. ÇED raporu olmaksızın bir iş ihale edilmesi söz konusu değildir[151].

Kamusal ihtiyaçların karşılanmak üzere mal, hizmet alımı veya yapım işlerinin gerçekleştirilebilmesi için idare, merkezi idare tarafından kendisine tahsis edilecek parasal kaynağı ifade eden ödeneğe ihtiyaç duyar. Rekabet ve eşitlik ilkeleri gereği ödeneğin gereği gibi kullanılması ve ihale sebebiyle iş alan üçüncü kişilere haklarının en kısa sürede ödenmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada ödeneği bulunmayan işlerin ihalesinin yapılması pek çok ihtilafa neden olmaktadır. Bu nedenle 4734 sayılı Kanun ile ihalesi yapılacak her iş için ödeneğin bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Ödenek olmadan ihaleye çıkılmaması ilkesi, idare tarafından kamusal ihtiyacın önceden planlanıp hazırlanmasını, buna göre bir ödenek ayrılmasını ve en son ihtiyaçların yerine getirilmesi amaçlanmıştır.

1.2. İhale Mevzuatının Tarihsel Gelişimi, Kapsamı, İhale Mevzuatına Göre İhale Türleri, İhale Usulleri ve İhale Süreci

1.2.1. Ülkemizde İhale Mevzuatının Tarihsel Gelişimi

Ülkemizde ihale hukukuna ilişkin ilk düzenlemeler I. Meşrutiyet Döneminde karşımıza çıkmaktadır. Meşrutiyetin ilanından bir sene sonra kabul edilen 1877 tarihli Emlâk-ı Mülkiye ve 1880 tarihli Vakfiye'nin Tamir ve İnşaası Nizamnameleri devletçe yapılan alım ve satımları kurallara bağlayan ilk düzenlemeler olarak kabul edilmektedir. Daha önce1857 tarihli Nizamname ile satın alımlar yürütülmeye çalışılmış, 1914 yılında yürürlüğe konan ek nizamname ile bazı yapım işlerinin bakan izniyle ihalesiz olarak yaptırılması usulü kabul edilmiştir. Bu nizamnameye ek olarak Milli Mücadele döneminden hemen önce 1919 ve 1921 tarihli nizamnameler ile merkezi devlet idaresi ve İstanbul'da bulunan askeri birliklerin belirlenen miktarın altındaki ihtiyaçları için ve dairelerin acil ihtiyaçları için Maliye Bakanlığı'nca

[151]Merve Hakimoğlu, "Çevresel Etki Değerlendirmesine İlişkin Kararlara Karşı Açılan Davalarda Süre Sorunsalı", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12, S.125, 2017, s.62-66

kurulmuş Tevhid-i Mübayanat Komisyonunun ödenek çıkarabileceği öngörülmüştür[152].

Milli mücadele döneminde ise bu nizamnamenin uygulanmasına son verilmiştir. Milli mücadele sırasında kamusal ve acil ihtiyaçların Başkumandanlık emirleri doğrultusunda karşılanacağı ve Bakanlar Kurulu kararnameleriyle ödenek sağlanacağına karar verilmiştir[153].

Cumhuriyet döneminde ise önce 28.4.1926 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 661 sayılı Hükumet Namına Vuku Bulacak Müzayede, Münakaşa ve İhalat Kanunu'nda idarelerce yapılacak alım satımlar, kira, inşaat, tamirat, işletme, nakliyat işlerinin kapalı zarf usulü ile ihale edileceği belirtilmiş ve kamu ihalesi kavramı Cumhuriyet'in ilk yıllarında kullanılmaya başlamıştır. Kanun'un birinci maddesi "hükumet namına vuku bulacak her nevi mubataat, satış, icar, inşaat ve tamirat ve istikşafat ve imalat ve işletme nakliyat ve mümasili işlerin münakaşa veya müzayedesinin kapalı zarf usulü ile gerçekleştirilmesini öngörmektedir[154].

Ardından 1934 yılında kabul edilen 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'nun ilk maddesinde belirtildiği gibi genel, mülhak ve özel bütçeli tüm kamu idarelerinin alım, satım, kiralama, yapım, kiraya verme işlemlerinin bu kanuna göre yapılacağı düzenlenmiş ve Kanun yaklaşık 50 yıl uygulanmıştır. Cumhuriyetin ilk yıllarındaki gelişim ve büyüme bu Kanun döneminde gerçekleşmiş, ancak dünyadaki ekonomik gelişmelere daha fazla ayak uyduramadığı için yetersiz kalmıştır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı ve devamında uluslarası ticari ve ekonomik ilişkilerde beklenmeyen değişiklikler karşısında planlı kalkınma ve ekonomik büyüme zorunluluğu, devlet alım-satımlarında daha hızlı, daha pratik çözümlerin gereğini ortaya çıkarmıştır[155]. Bu nedenle 1946 yılında kabul edilen 4876 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanununa Ek Kanun ile 2490 sayılı Kanun'da yer alan parasal

[152]Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler*, s.46

[153]Ahmet Vedat Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2016, s.55

[154]Uz, *Kamu İhale Hukuku*, s.127; Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci,* s.65

[155]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.56

sınırlar üç katına kadar artırılmış ve devlet ihalelerinin yürütülmesinde ciddi faydalar elde edilmiş olmasına karşın, ekonomik gelişmeler ve enflasyon karşısında bu değişiklikler önemini kaybetmeye başlamıştır. Ardından 2171 sayılı Kanun ile 1979 yılında çıkarılan 22 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile temel Kanun üzerinde köklü değişiklikler yapılmış ve 4876 sayılı Kanunun yürürlüğüne son verilmiştir. Temel Kanun, kırtasiyeciliğe yol açan hükümleri sebebiyle idareler tarafından Kanun'un etrafından dolanılarak kamusal alımları ve yapım işlemlerini ihale olmaksızın gerçekleştirmeleri yoluyla bir şekilde pasifize edilmiştir[156]. İdarelerin 2490 sayılı Kanun'a tabi olmaksızın ihtiyaçlarını pazarlıkla veya emaneten yaptırılması amacıyla hükümetten geçici ve istisnai yetkiler alınmıştır[157]. Kanun koyucu da çok sayıda özel kanun çıkararak bir kısım idarelerin ihalesiz yapım işleri yapabilmesine olanak sağlamıştır. 2490 sayılı Kanun üzerinde yapılan sayısız değişiklik, kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi noktasında geçici çözümden başka bir fayda sağlamadığı için yeni bir temel kanun yapımı kaçınılmaz hale gelmiştir. Kanun'a yapılan ekler ve istisna hükümlerin giderek artması ve mevzuatın karışık bir hal almasıyla birlikte, 1980'lere gelindiğinde artık amaçlanan planlı kalkınmanın güvenli ve dürüst şekilde yürütülebilmesi için yeni bir kanun yapımına karar verilmiştir[158].

[156]Şevket Çorbacıoğlu, "Osmanlıdan Günümüze İhale Yasaları", (çevrimiçi) http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/1358.pdf 15.1.2019

[157]2886 sayılı Kanun'un gerekçesi şu sözlerle başlamaktadır, "…*Halen yürürlükte bulunan 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, birçok eklerine rağmen en az değişiklik gören kanunlarımızdan biridir. Bununla beraber, oldukça katı ve esneklikten mahrum hükümleri ile, bugünün ihtiyaçlarına ve özellikle planlı kalkınma döneminin icaplarına cevap vermediği de bir gerçektir. İkinci Dünya Harbi ve harp sonu devresinde, milletlerarası ticarî münasebetlerde ve memleketimizin iktisadî ve idarî bünyesinde husule gelen büyük değişiklikler, Devlet alım ve satımlarında süratli ve pratik usullerin tatbiki lüzumunu hissettirmiş ve planlı kalkınma devresi, bu lüzumu bilhassa açığa çıkarmıştır. 2490 sayılı Kanunun ihtiva ettiği katı hükümler, zaman kaybına sebebiyet veren formaliteler ve kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında ortaya çıkardığı güçlükler, bazı idareleri bu kanun hükümlerinden kurtulmaya sevk etmiştir. Bir kısım ihtiyaçların ve bu arada yapım işlerinin 2490 sayılı Kanuna tâbi olmaksızın, pazarlıkla ve emaneten yaptırılması hususunda zaman zaman geçici ve istisnaî yetkiler alınmıştır. Bütün bu geçici ve istisnaî yetkilerin alınması nedenleri ile planlı kalkınmanın sürat ve güvenlik içinde yürütülmesi zorunluluğu, bu yeni tasarının hazırlanmasına başlıca neden olmuştur.*"

[158]Oktay Çubuklugil, "2490 sayılı Kanunun Uygulanması, Bu Konu İle İlgili İçtihatlara Toplu Bir Bakış ve Yeni Hazırlanan Devlet İhale Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler", (çevrimiçi) http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1973-3/7.pdf 15.1.2019

2490 sayılı Kanun yetersiz kaldığı eleştirileri ile yerini 8.9.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2886 sayılı kanuna bırakmıştır[159]. Yeni Kanun idarelerin yetki ve sorumluluklarını artırarak, zaman kaybına neden olan formalitelerden kurtulmaları sağlanmıştır. İhalenin ilanına ilişkin pratik çözümler getirilmiştir. İdarelerin genel ve ortak ihtiyaçlarının tek elden temini için, ihtiyaç maddelerinin temini için ihale yapma zorunluluğu ortadan kaldırılarak, yeni kurulan kamu kuruluşlarından doğrudan satın alabilmelerine olanak sağlanmıştır. Devlet alımlarında sürat sağlamak ve kamu ihtiyaçlarını toplu olarak karşılamak amacıyla ihale hükümlerinde esneklik sağlanmıştır. İdarelerin ortak ihtiyaçlarını gidermek üzere Devlet Malzeme Ofisi kurulmuştur. Kamu ihtiyaçlarının en ucuz şekilde değil en kaliteli şekilde sağlanması amaçlanarak, ihale komisyonlarına teklifler hakkında en uygununu seçmeleri konusunda takdir hakkı tanınmıştır. İhale komisyonlarının idareler tarafından teşekkül etmesine imkan sağlanmıştır. 2886 sayılı Kanun ile ihale işlemlerinin disipline edilmesi için ihale işlem dosyası düzenlenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu şekilde hazırlıksız olarak ihalelere girilmesi engellenerek tecrübeli, ehil ve kapasiteli isteklilerin ihalelerde yer alması amaçlanmıştır. İşlem dosyalarının tutulması ihale işlemlerinin ve tekliflerin teftiş ve kontrol birimlerince denetimine de imkan sağlanmıştır. Müteahhitleri teşvik amacı ile erken bitirme primi verilmesi kararlaştırılmıştır. 2886 sayılı Kanun kapsamında hem artırma hem de eksiltme ihalelerine yer verilmiştir. İdarelerin gelir getirici satış, kiralama gibi ihalelerle birlikte kamu harcamalarına neden olan mal ve hizmet alımı, yapım işleri de bu Kanun bünyesinde düzenlemiştir. Hatta ihale sonrası müteahhitlerle imzalanacak sözleşmelerin usul ve esaslarına dair hükümlere bile yer verilmiştir.

2000'li yıllara gelindiğinde ülkemizde yaşanan ekonomik kriz sonrası IMF ile yapılan stand-by anlaşması ile ekonomi politikası ve vergiler başta olmak üzere kamu ihaleleriyle ilgili de hükümler yürürlüğe girmiştir. Buna göre yerel ihale mevzuatının UNCITRAL model kanunu uyarınca değiştirilmesi yönünde Türkiye'ye ön koşul getirilmiştir. Ayrıca AB Direktiflerinin uygulanmadığı yönündeki ilerleme raporları dikkate alınarak yeni bir kanun üzerinde çalışma yapılmaya başlanmıştır[160].

[159]Özhan Çetinkaya, *Kamu İhale Kanunu ve Yolsuzluk Riskleri*, Ekin Yayınları, 2014, s.93; Özkan, *Danıştay Kararları Işığında İhalelere Egemen Olan İlkeler*, s.46

[160]Özhan Çetinkaya, Murat Filibe, Kamuran Üstün, "Tarihsel Boyutu İle Kamu Alım Usullerindeki Gelişmeler ve Günümüzdeki Yapının Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler**

Bu gelişmeler akabinde 2886 sayılı Kanun'un günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmasına ihtiyaç duyulduğu gerekçeleriyle bir kısmı yürürlükten kaldırılmıştır. 2886 sayılı Kanun'un hem alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayrı ayni hak tesisi ve taşıma işlerini düzenliyor oluşu, harcama yapılan ve gelir getiren işlerin birbirinden çok farklı yapıları nedeniyle karışıklığa neden olduğu ifade edilmiştir. Yeni bir ihale kanunu ile yalnızca kamu harcamalarının düzenlenmesi amaçlanmıştır. İhale sonrası sözleşmelerin ise bir başka kanun ile düzenlenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. İhalelerin önceden yapılacak alt yapı denetimleri, fizibilite ve kontrollerden sonra gerçekleştirilmesi, ayrıca ödenek temini yapılmadan ihaleye çıkılmaması ilkesel olarak kabul edilmiştir. Kanun'un gerekçesine göre ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları, tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi

Dergisi, C.6, S.1, 2018, s.318; Zeynep Erdinç, "Uluslararası Para Fonu-Türkiye İlişkilerinin Gelişimi ve 19. Stand-By Anlaşması", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** S.18, 2007, s.19 (çevrimiçi) https://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG_/18/99-116.pdf 25.1.2019

bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır[161]. 1.1.2003 tarihinden bu yana 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüktedir[162].

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu tüm kamu alım, satım, kiralama, hizmet, yapım, trampa, ayni hak tesisi ve taşıma işlerine uygulanmıştır. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girmesi ile 2886 sayılı kanun tümüyle ortadan kaldırılmamıştır. Gelir getirici ihaleler için (kiralama, kullanım hakkı tesisi gibi) 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun bir kısım hükümleri halen yürürlüktedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ise yalnızca kamu kaynaklarından harcama yapılan ihaleler için uygulanmaktadır[163].

Aynı tarihte yürürlüğe giren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan farklı bir mahiyette fakat bu Kanun'un tamamlayıcısı niteliğindedir. 4734 sayılı kanuna göre yapılan ihaleler sonucunda, ihaleyi alan istekli ile idare arasında tanzim edilecek sözleşmelerin usul ve esaslarını, sözleşmelerin uygulanması, devri, feshi gibi konuları düzenlemektedir. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerdeki üstün hak ve yetki algısı, 4735 sayılı Kanun ile son bulmuştur.

---

[161]4734 sayılı Kamu İhale Kanunu genel gerekçesinde bu durum şöyle ifade edilmiştir; "*...8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur.2886 sayılı 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 mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Diğer taraftan, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerekmektedir. Devletin bu işlere ilişkin ihale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için, kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işleri bu Kanun kapsamına alınmıştır. Ayrıca, aynı amaçla kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler ile ilgili hususlar bu Kanun kapsamında düzenlenmeyerek, bu konuda ayrı bir kanun hazırlanmıştır....*"

[162]Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, C.1, s.478; İlhan Adiloğlu, "Devlet İhale Kanunu Değişiyor", (çevrimiçi) http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/420.pdf 25.1.2019

[163]Çetinkaya, *Kamu İhale Kanunu ve Yolsuzluk Riskleri*, s.94

Zira Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun uygulanacağına hükmedilmiştir[164].

Zaman içerisinde devletin ekonomik hayata karşı tavrı ve aynı doğrultuda ihale hukukunun gösterdiği ilerleme, mevzuatta değişiklik yapmayı gerektirmiştir. Her yeni yasal düzenleme bir öncekinin açık kalan tarafını kapatmaya, ihale sürecinin sağlıklı ilerlemesine hizmet etmek amacını gütmüştür. Elbette tüm bu gelişmeler yeni ekonomik düzenin gerektirdiği toplumsal kalkınma ve kamu hizmetlerinin gelişimine hizmet ettiği doğrultuda, yeni suç tiplerinin ortaya çıkmasına da yol açmıştır.

1.2.2. İhale Mevzuatının Kapsamı

Temel ihale mevzuatından biri olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun ilk maddesi, genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin yapacakları ihaleler ile ilgilenmektedir. Bu nedenle kamuya yararlı dernekler veya KİT'ler tarafından yapılan satım ihaleleri bu kanun kapsamında olmayacaktır. Keza harcamaya yönelik ihalelerden mal ve hizmet alımları ile yapım ihaleleri 2886 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir.

Kanun'un 71'inci maddesinde, idarelerin birbirinden mal temin edeceği haller için ihale açılmasına gerek olmadığını belirtilmektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 73'üncü maddesinin de bu kanunun uygulanmasında istisna olduğunu görmekteyiz. Anılan maddeye göre, tarihi ve bedii değeri olan taşınmaz malların kiraya verilmesinde vakıflara ait özel hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir.

2886 sayılı Kanun'un 77. maddesine bakıldığında ise, Kızılay derneğinden yapılacak ilaç ve sağlık malzemelerinin ihaleye çıkılmaksızın doğrudan alınabildiği görülmektedir.

[164]Özkan, *Kamu İhale Hukuku ve Yolsuzluk Riskleri,* s.59

Bir diğer temel ihale kanunu olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ise Devlet İhale Kanunu kadar dar kapsamlı değildir. 2. madde içerisinde sayılan kurumlara ait her türlü mal ve hizmet alımı, yapım ihalelerinin tamamına 4734 sayılı Kanun tatbik edilir. 4734 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre Kanun'a tabi idareler ve bunlarca yapılan ihaleler şunlardır;

-Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), 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 (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

- (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

- 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketlerin yapım ihaleleri.

Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmayacağı kuruluşlar 4734 sayılı Kanun'un 2'nci maddenin son fıkrasında ifade edilmiştir. Buna göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketler, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler istisna olarak ifade edilmiş olup, bu kuruluşların ihalelerinde Kamu İhale Kanunu uygulanmayacaktır.

Kanun kapsamı haricinde tutulan işler ise 3'üncü maddede tespit edilmiştir. Bu maddeye baktığımızda; iyileştirmek amacıyla üreticilerden tarım veya hayvancılık ürünleri ile Orman Kanunu gereği kooperatiflerden hizmet alımları için ihale işlemi uygulanmayarak idarece bizzat temin edilebilecektir.

Savunma güvenlik ve istihbarat alanlarında veya gizlilik içerisinde yürütülmesi gereken faaliyetlere ilişkin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için kamu ihalesi düzenlenmesine lüzum yoktur.

Ayrıca uluslararası anlaşmalara göre yapılan işler, borçlanma ve kredi derecelendirme hizmetleri, Merkez Bankası tarafından banknot üretimi ile ilgili işler, Özelleştirme Kanunu kapsamında yer alan danışmanlık işleri, hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin işlere de 4734 sayılı Kanun uygulanmayacaktır.

İdarelerin yabancı ülkelerde bulunan birimleri tarafından yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri de ihaleye tabi değildir.

Ceza infaz kurumlarının , sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumları ve huzur evlerinin, okulların, tarım enstitü üretme istasyonları ile Başbakanlık Basımevi işletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için ve devlet malzeme ofisinden yapılacak alımlar için Kamu İhale Kanunu uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

Ulusal araştırma ve geliştirme kurumlarının yürüttüğü projeler için gerekli hizmet alımları da ihale usullerine tabi değildir.

Bununla birlikte Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri ile 2. maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerin ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde, doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları hazne garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse

edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli yıllık eşik değeri aşmayan mal ve hizmet alımlarında da kamu ihale usulleri uygulanmaz.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına giren taşınır ve taşınmazlar üzerinde restorasyon ve çevre düzenleme gibi projeler için mal ve hizmet alımları da 4734 sayılı Kanun uygulaması dışında tutulmuştur.

Bunlardan ayrı olarak, denizlerde meydana gelen acil olaylara ve kirliliğe müdahale etmek üzere ihtiyaç duyulacak mal ve hizmet alımları ile vakıf kültür varlıklarının onarım ve restorasyon işleri, tanıkların korunması mevzuatı gereği uygulanan koruma tedbirleri için ihtiyaç duyulan mal ve hizmet alımları, BOTAŞ tarafından yapılan doğalgaz alımları, enerji üreten ve dağıtan KİT'lerin faaliyetlerin yürütülmesi için diğer kamu kurumlarından yapacakları enerji ev yakıt alımları, özerk spor federasyonları ve Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen faaliyetler için yapılan mal ve hizmet alımları, fakir ailelere yapılan kömür yardımı için TKİ tarafından yapılan alımlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa istisna haller olarak sayılmışlardır.

İstisna kapsamında olan ihaleleri yapan kurumlar kendi ihale sistemlerini idari düzenlemeler ile yapabilmektedir. Zira Kamu İhale Kanunu'nun geçici 4'üncü maddesi ile idarelerin bizzat yaptıkları ihaleler için idari düzenleme yapma yetkisi vermiş ve bunun sınırları ve kapsamını açıkça belirlemiştir. İdareler bu kanuni dayanak ile idari düzenlemele tanzim edebilmektedir. Aynı hüküm kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için de geçerlidir.

Ceza hukuku kapsamında, ihale yapılmasını öngören bir başka düzenleme 2004 sayılı İcra İflas Kanunudur. Bu Kanun'a göre yapılacak satışlar yalnızca İcra Müdürlükleri tarafından gerçekleştirilmektedir. İcra müdürlüğü tarafından haczedilen borçluya ait menkul ve gayrimenkul mallar ile hak ve alacaklar bu Kanun hükümlerine göre artırma yoluyla satılmaktadır.

Hacze konu olmamakla birlikte özel kanunlarda İcra İflas Kanunu'nun satışa dair hükümlerine atıf yapılan hallerde de artırmalar icra müdürlüğü tarafından yapılmaktadır. Bu kapsamda, Adli Emanet Yönetmeliği'nin 21. maddesi hükmü 4721

sayılı Türk Medeni Kanunu'nun bulunmuş eşyalar hakkındaki hükümlerine atıf yapmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun bulunmuş eşya prosedürünü düzenleyen 769'uncu maddesi uygulanarak hakim kararı alınarak açık artırma ile satışı da icra müdürlüğü tarafından yapılır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 397'nci ve devamı maddelerinde düzenlenen, vesayet makamının talimatıyla vesayet altındaki kişiye ait menkul ve gayrimenkul malların, aynı Kanun'un 440-444. maddeleri uyarınca açık artırma ile satılması, Sulh hukuk mahkemesi kararıyla ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 569-572. maddeleri uyarınca yapılan ortaklığın giderilmesi davaları sonucu yapılan satışlar, yine İcra Müdürlüklerince yapılır.

Nitekim İcra İflas Kanunu'na tabi olmasa da, Medeni Kanun'un 699'uncu maddesi uyarınca ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılacak paraya çevirmeler de, ihale yoluyla icra daireleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Zira bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu 571'inci maddesi İcra İflas Kanunu'na atıf yapmaktadır.

İhalenin konu edildiği bir başka düzenleme 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'dur. Kanun'un 54'üncü ve devamı maddeleri gereğince cebri icra suretiyle satışa konu olan mal ve haklar yalnızca vergi gibi kamusal borçlardan doğan alacaklardır. Kamu alacağı niteliğinde olmayan borçlar hakkında 6183 sayılı Kanun'a göre cebri icra satışı uygulanmaz.

6183 Sayılı Kanun Devlete, İl Özel İdarelerine ve Belediyelere ait olup, bunların alacaklarını kapsar. Alacaklı amme idareleri; Devlet, il özel idareleri ve belediyelerdir. Devlet tüzel kişiliğini oluşturan kamu idareleri, genel bütçeye dahil kamu idareleridir. Köy tüzel kişiliğine ait alacaklar kapsam dışındadır.

Bununla birlikte özel kanunlarda alacakları 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edileceği belirtilmiş olan kamu tüzel kişilerinin alacakları sebebiyle haczedilen malların açık artırmayla satışı için 6183 sayılı Kanun hükümlerini uygulamaktadır. Bu kapsamda 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 78'inci, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 7'inci, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "idari para cezası" başlıklı 17'inci maddesi hükümleri 6183 sayılı Kanun kapsamındadır.

Son olarak 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu uyarınca yapılacak satışlara yönelik artırmalar hakkında, ancak bu Kanun'un 1'inci maddesinde sayılan devlete ait varlıklar hakkında yapılmaktadır. Bu kapsama Hazine'ye ait varlıklarla birlikte, iktisadi devlet teşekküllerinin, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu payları, kamu iktisadi teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası devlete veya diğer kamu tüzel kişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bu kuruluşlara ait müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, iştiraklerindeki kamu paylarının satışına yönelik artırmalar dahildir.

1.2.3. İhale Türleri

Çalışmaya konu olan ihaleye fesat karıştırma suçunun kanuni unsurlarında, ihale türlerinin sınırlandığı anlaşılmaktadır. Madde kapsamında mal alım ve satım ihaleleri, hizmet alım ve satım ihaleleri, her türlü kiralama ihaleleri ve yapım ihaleleri sayılmıştır. Bu kavramlar Kanun maddesinde açıklanmış değildir. Bu sebeple ihale türlerine de değinmek gerekir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2'nci maddesin kanunun kapsamı mal ve hizmet alımı ile yapım ihaleleri olarak belirlenmiştir. Buna benzer bir hüküm 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 2'nci maddesinde yer almaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun gerekçesinde, alıma ve satıma ilişkin ihalelerin aynı kanun içerisinde düzenlenmesinin yarattığı karışıklıktan bahsedilerek, kamu harcamasını gerektiren ve kamuya gelir sağlayan ihalelerin kendilerine özgü yapıları nedeniyle ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 68'inci maddesinde de, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan harcama gerektiren ihale işlerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır[165].

[165] Abdullah Uz, "İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: "İDDAA" Örneği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1, C.57, 2007, s.185

2886 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde, alım - satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri olarak tespit etmiştir. Genel ifadeyle harcamaya ilişkin ihaleler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre, satış ve kira gibi gelir sağlamaya yönelik ihaleler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre icra edilmektedir[166].

Netice olarak, Kamu İhale Kanunu'nun kapsamına giren ihaleler, idarelerin ihtiyaçlarının yine idarelere tahsis edilen bütçeyle bedeli ödenmek üzere karşılanması amacıyla gerçekleştirilmektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda ise devlete gelir getirici faaliyetler açısından ihale usulleri düzenlenmektedir. Kamu ihale Kanunu'nda satış usulleri düzenlenmemiştir. Satışa ilişkin tüm işlemler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerince gerçekleştirilir[167].

Mal alımına ilişkin ihalelere 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülen ihale usulleri tatbik edilir. Mal kavramı her türlü taşınır ve taşınmaz mal için kullanılmıştır. Malın niteliği önemli değildir. Ancak taşınmaz mallar için, değerine göre Kanun'da yer alan farklı ihale usulleri gündeme gelebilir[168]. Taşınmaz mallarda ise bedeline bakılmaksızın Kanun'da yer alan ihale usullerine göre alım yapılacaktır. Mal alım ihalelerinde uygulanacak usul ve esaslar ayrıntılı olarak Mal Alım İhale Yönetmeliğine göre yürütülecektir[169].

Hizmet alımları 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 4. maddesinde, bakım, 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, mesleki eğitim,

---

[166]Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, s.81

[167] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu" ,s.66

[168]Örneğin, Kamu İhale Kurumu'nun 2017/1 no'lu tebliği uyarınca, muhammen bedeli 58.555 TL altından bulunan taşınır mal alımları için ihale zorunluluğu bulunmadığı, mal alımlarının doğrudan temin yoluyla yapılabileceği öngörülmüştür. (büyükşehir belediye sınırları dışındaki idarelerin mal alımları için bu rakam 19.508 TL'dir)

[169]Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 04.03.2009 Resmî Gazete Sayısı: 27159 Mükerrer, Yürürlük Tarihi: 05.03.2009

fotoğraf, film, fikir ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri hizmetler olarak sayılmıştır[170].

Yapım ihaleleri ise, bina, karayolu, otoyol, demiryolu, havalimanı, liman, rıhtım, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, altyapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu islerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj isleri ile benzeri yapım işlerini ifade etmektedir. Görüldüğü üzere Kanunda belli baslı hizmet ve yapım işi olarak nitelendirilebilecek olanlar belirtildikten sonra, "benzeri diğer hizmetler", "gibi her türlü inşaat isleri" ve "benzeri yapım isleri" ifadeleri kullanılarak, diğer hizmet ve yapım işlerinin de yorum ve kıyas yoluyla bu tanıma dahil edilebilmesine imkan tanınmıştır [171] . Bu ihalelerin usul ve esasları ayrıntılı olarak yönetmelikle düzenlenmiştir[172].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun genel gerekçesinde, satım, kiralama, ayni hak tesisi ile birlikte trampanın da harcama gerektirmeyen işler içerisinde kabul edildiğini görüyoruz. 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre, doğrudan temin usulü ile idarelerin ihtiyacını gidermek üzere taşınmaz mal alımı ve kiralanması işlemleri yapılabilecektir. Bu noktada, trampa ile de taşınmaz mal temini mümkün olduğu için, 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesi tatbik edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Somut olayda itirazen şikayet üzerine Kamu İhale Kurulu bir kararında[173], trampanın 4734 sayılı kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle trampa işleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre ihale edilecektir[174].

---

[170]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.29

[171]Uz, "İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı", s.187

[172]Yapım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 04.03.2009 Resmî Gazete Sayısı: 27159 Mükerrer, Yürürlük Tarihi: 05.03.2009

[173]Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı 22.11.2003 tarih ve 2003/UK.Z.873 sayılı kararı; Uz, "İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı", s.188

[174]Uz, "İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı", s.188

İdareye gelir getirici faaliyetlere ilişkin ihaleler 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yapıldığından, Kanun'un 4. maddesine göre, taşınır taşınmaz mallar ile her türlü ihtiyaç maddeleri, hizmet ve hakların satımı, mal satım ihalesi olarak işlem görür. Bunun yanında kamuya ait taşınır ve taşınmazların kiralanması ve mülkiyetten gayrı ayni hak tesisi de bu kapsamdadır[175].

Belediyelerce yapılan kat karşılığı inşaat işleri niteliği itibariyle yapım işidir. Öyle ki, idare tarafından bir harcama yapılmamakta, bilakis iş bittiğinde idareye yeni bir taşınmaz kazandırılmaktadır. Bu nedenle kat karşılığı inşaat işleri de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca ihale edilmelidir[176].

Netice olarak, idarenin kamu harcamasının gerektirmeyen, mali külfet yüklemeyen ve ödenek tahsisine lüzum bulunmayan işlerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan ihale usulleri uygulanmayacaktır[177][178].

1.2.4. İhale Usulleri

1.2.4.1.Genel Olarak

İhaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği TCK'nın 235'inci maddesinde, ihale mevzuatına göre ihale olarak kabul edilen artırma ve eksilmeler hakkında bilgi yoktur. Doğal olarak ihalenin hangi usul ile hangi koşullarda yapıldığı ihale hukuku nazarında ele alınmaktadır.

---

[175]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.29

[176]Uz, İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı", s.189

[177]Uz, "İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı", s.190

[178]İhale mevzuatında zikredilen her ihale çeşidi TCK.nun 235. maddesi kapsamında değildir. Maddeye göre, mal alım-satım işleri, hizmet alım-satım işleri, her türlü kiralamalar ve yapım işlerine ait ihalelere yönelik fesat karıştırma eylemleri cezalandırılacaktır. Bunun haricinde sayılan ihalelere yönelen fesat karıştırma eylemleri ise TCK.235. maddesi kapsamında yer almamaktadır. Özellikle yukarıda altını çizdiğimiz trampaya ilişkin ihaleler, mülkiyetten gayrı ayni hak tesisine ilişkin ihaleler TCK 235. maddesinde sayılmadığından, suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince suça konu edilemeyecektir. Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.31

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, yarışma usulü ve pazarlık usulü benimsenmiştir. Kapalı teklif ve yarışma usulleri 4734 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 18. maddesinde yapım işlerinde uygulanacak ihale yöntemlerini, 19. maddede açık ihale usulünü, 20. maddede belli istekliler arasında ihaleyi, 21. maddede pazarlık usulünü düzenlemiştir. Bu Kanun'da, 2886 sayılı Kanun döneminde pek çok eleştiriye maruz kalan kapalı teklif usulüne yer verilmiştir. Daha önce ihale usulleri arasında kendine yer bulan doğrudan temin usulü, 4964 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra, ihale usulleri arasından çıkarılmıştır[179].

Özellikle 4734 ve 2886 sayılı Kanunlarda yer alan ihale usulleri, ihaleye fesat karıştırma suçlarında en çok karşılaşılan usullerdir ve suçun tamamlanması için bir ön şarttır. Kanunlarda her bir usul için belirlenmiş mecburi şekil şartları yer alır. Şekil şartlarının eksik olması, o ihaleyi geçersiz ve kanuna aykırı kılacaktır[180].

Öncelikle ihalenin Kanun'da öngörülen şekil şartına açıkça aykırı yapılması, ihaleye fesat karıştırma suçunun varlığını etkilemektedir. Zira çoğu fesat karıştırma eylemi, bahsi geçen şekil şartlarının ihlal edilmesi ile işlenmektedir[181]. Bununla birlikte, geçersiz bir ihale hakkında işlenen ihaleye fesat karıştırma eylemi suç olmayacaktır[182]. O yüzden ihale usullerine değinmekte yarar görüyoruz.

1.2.4.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İhale Usulleri

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan ihale usulleri açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü, doğrudan temin usulü olarak

[179]Uz, *Kamu İhale Hukuku*, s.192

[180]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.33

[181]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.29; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.33

[182]Yargıtay 5. CD. 27.3.2013 T.,2012/4380 E.,2013/2387 K. sayılı kararı (UYAP Portal, Karar Arama Ekranı, 20.03.2017) "*..Dairemizin istikrar kazanan uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri ile usulüne uygun yapılmış yada yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu,…*"

belirlenmiştir. Temel ilkeler başlıklı 5'nci maddesinde temel ihale usulü açık ihale usulü olduğu, diğer usullerin ise istisnai koşulların bulunduğu hallerde uygulanacağı ifade edilmiştir. Daha sonra 4969 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, doğrudan temin usulünün düzenlendiği 18'inci maddenin (d) bendi kaldırılmıştır. Son haliyle 4734 sayılı Kanunda ihale usulleri açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür.

a-Açık ihale usulü, 4734 sayılı Kanun'a (5. ve 19. madde) göre esas ihale usulüdür. Kanun'da özel bir düzenleme yok ise tüm ihaleler bu usule göre yapılmak zorundadır. Bu ihale usulünde bütün istekliler teklif getirebilirler[183]. Bunun anlamı, kanuni veya teknik sınırlamalar dışında her hangi bir istekliye sınırlama getirilmemesidir[184]. İstekliden hususi bir uzmanlık, tecrübe aranmadığından, ihaleye katılım özel bir koşula tabi tutulmaz[185].

Açık ihale usulü, yapısı itibariyle ihalede rekabetin en yüksek seviyede gerçekleştiği ve ihalenin en şeffaf şekliyle karşımıza çıkmaktadır. Açık ihale usulü kural olsa da, ihtiyaçların en uygun şartlarda ve vaktinde karşılanması ve kaynakların verimli harcanması ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla, idareler daha pratik olan bir başka ihale usulünü de benimseyip uygulayabilir. Öyle ki, Kanun'daki şartların gerçekleşmesi halinde belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usulünü uygulayabilir[186].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 19. maddesine göre açık ihale usulünde bütün istekliler teklif sunabilir. Bu usulde isteklilerden uzmanlık, tecrübe gibi hususlar dikkate alınmamaktadır.

---

[183] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.66

[184]Uz, *Kamu İhale Hukuku,* s.193

[185]Suat Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.94

[186]4734 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikte de, idarelerin ihtiyaçlarını gidermekte önceliği her zaman açık ihale usulüne vermeleri, ancak alınacak mal ve hizmetin niteliği, türü, uzmanlık veya yüksek teknoloji gerektirmesi, yaklaşık maliyeti ve ivediliği gibi kriterlere göre pazarlık usulü veya belli istekliler arası ihale usulü ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Uz, *Kamu İhale Hukuku,* s.193

b- Kanun'un 20. maddesinde düzenlenen belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Yapım, hizmet ve mal alım ihaleleri içerisinde, işin özelliği gereği uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle bu ihale usulü tercih edilebilir. Ayrıca eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yapılabilir[187]. 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca; ön yeterlik koşulunu sağlamayan ve idare tarafından davet edilmeyen bir istekli, ihaleye iştirak edemez. Belli istekliler arasında ihale, genel bir usul olmayıp yalnızca nitelikli ve özellikli işler hakkında uygulanır[188].

Bu usulde, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesine uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre, asgari koşulları sağlayıp da yeterlikleri kabul edilenler listeye alınır ve teklifte bulunmaya davet edilir. Davet edilmeyenlere ise, davet edilmeme nedeni gerekçeli olarak bildirilir.

En uygun teklif yapan istekliye iş ihale edilir. Eğer ihaleye davet edilecek istekli sayısı beşi bulmaz ise ihale iptal edilir. Davet edilenler içerisinde en az üç istekli teklif vermez ise ihale yeniden iptal edilir.

c- Pazarlık usulü, Açık teklif ve belli istekliler arasında ihale usulü neticesinde teklif çıkmaması, doğal afet, salgın, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve idare tarafından önceden bilinemeyen durumların ortaya çıkması halinde[189], idare tarafından

---

[187]Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.94

[188]Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, C.1, s.528; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.25

[189]Erkan Özdemir, "Davet Usulüyle Yapılan İhalelerde Dikkat Edilecek Hususlar", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.90, 2014, s.: 70-76; Kamu İhale Kurumu 13.8.2007 tarih ve 2007/UYZ-2766 sayılı kararında "*yolların onarım ihtiyaçlarının her zaman öngörülemeyeceği, onarım işinin zamanında yapılmamasının trafik güvenliğini tehlikeye sokacağı ve asfaltlama işlerinin de havaların sıcak olduğu dönemlerde yapılması gerektiği göz önüne alındığında, idarenin açık ihale usulü için gerekli süreci işletmesi halinde sürecin uzayacağı ve açık ihalenin sonuçlandırılarak işe başlanmasının da asfalt sezonunu sonuna sarkabileceği, bu nedenle de hizmetin aksayacağı değerlendirildiğinden, başvuruya konu ihalede 4734 sayılı Kanunu 21. Maddesinin b bendinin uygulanmasında mevzuata aykırılık görülmemiştir."* İfadeleri yer almaktadır. Bu karara göre Asfalt yol işinin idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un 21/1-b maddesi idareye gerçekten suistimal edebilmesine olanak sağlayacak şekilde takdir yetkisi tanımaktadır.

normal ihale süreci işletilmeden mal ve hizmet alınırken 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21. maddesi uygulanabilir[190].

4734 sayılı Kanun'un 21/1-b maddesinin hukuka aykırı yollarla idareleri pazarlık usulüne kolayca yönlendirdiği konusunda eleştirilmektedir. Danıştay 13. Dairesinin 3.12.2010 tarih ve 2009/4101E. ve 2010/8217K. sayılı kararında İstanbul'un artan nüfusu, gelişen ve değişen hizmet ihtiyacı karşısında alt yapı hizmetlerinin yeterli olmadığı, uluslararası düzeyde üstlenilen organizasyonlar sebebiyle bu hizmetlerin bir an önce gerçekleştirilmesinin gerekli olduğu yolundaki idare tarafında savunulan gerekçelerin KİK 21/1-b maddesinin uygulama alanına girmeyeceğini ifade ederek, söz konusu pazarlık yoluyla yapılan ihalenin iptaline karar vermiştir[191].

Pazarlık usulünün uygulanabilmesi için 21. maddede bulunan hangi nedenden ötürü bu ihale yönteminin seçildiği gerekçeleri ile idare tarafından ihale onay belgesinde belirtilmelidir[192].

21. maddenin c bendi savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması ve ihalenin ivedi olarak yapılması hallerini düzenler[193]. 21/1-f maddesi ise pazarlık suretiyle yapılacak işlerin niteliği ve parasal sınırına yer vermiştir[194].

Bu usulde önce ihale konusu işin teknik detaylar ve edimin usulü hakkında fiyat harici konular hakkında, ihale komisyonu üyeleri her bir istekliyle ayrı ayrı

[190]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.26

[191]Özdemir, "Davet Usulü İle Yapılacak İhalelerde Dikkat Edilecek Hususlar", s.72

[192]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.27

[193]Aslında savunma ve güvenlik konusu ihalelerin 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığı 3. Maddede sayılmıştır. Bu madde içerisinde zikredilmeyen durumlar hakkında ise idareler tarafından 21/1-c maddesi kullanılabilecektir.

[194]Anılan bentte yalnızca mal ve hizmet alımlarına ilişkin işlerin pazarlık usulü ile ihale edilebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca 2017 yılı için pazarlık usulünün parasal limiti 195.205 TL dir. Bu rakam üzerindeki işler eşik değerin üzerinde kaldığından pazarlık usulüne konu edilemezler.

görüşmektedir. Genel esaslar üzerinde anlaşmaya varıldıktan sonra fiyat tekliflerini de içeren son teklifler alınmakta ve en uygun teklif ile ihale neticelendirilmektedir[195].

d- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22. maddesinde ise doğrudan temin usulü düzenlenmiştir. Doğrudan temin usulünde, ilan yapılmadan ve teminat alınmadan idare tarafından davet edilen istekliler arasında, teklif edilen şartlar ve fiyatlar arasında en makulü seçilerek ihtiyaç duyulan mal ve hizmetin doğrudan piyasadan temin edilmesi şeklinde cereyan eder[196]. İhale süreci işletilmediğinden ihale usulü olarak kabul edilmemiştir.

Doğrudan temin usulü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesinde sayılan nedenlerden birinin varlığı halinde, idare tarafından ihale süreci işletilmeden mal ve hizmet edinme imkanı tanımaktadır. Uyum ve standardizasyonun sağlanması amacıyla, süresi üç yılı geçmeyen ilk ihale sözleşmesinin imzalandığı kişiden mal ve hizmet alınması işlerinde, eşik değerin altında kalan mal ve hizmet alımlarında[197], taşınmaz mal alımı ve kiralanması, stoklanması mümkün olmayan veya belli hastaya özgü tıbbi malzeme alımları, tahkim davaları için kurumlarla anlaşan avukatlık anlaşmaları, seçimler için gerekli oy pusulası ihtiyacı için Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılan alımlar söz konusu olduğunda, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilen yeterlilik kuralları aranmadan ihale komisyonu tarafından belirlenen adaylar içerisinden, ihale yetkilisinin en uygun teklife işin verilmesi doğrudan temin usulüdür[198].

Doğrudan temin usulü, Kamu İhale Kanunu'nda 18. maddesinde ihale usullerinden biri olarak düzenlenmişken, 4964 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Bu düzenlemeye paralel olarak Yargıtay da

[195]Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku,* s.528

[196]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.26; Günday, *İdare Hukuku,* s. 207

[197](2017/1) sayılı Kamu İhale Kurulu Tebliğine göre, doğrudan temin parasal sınırı 2017 yılı için Büyükşehir Belediyesi bulunan yerler için 58.555 TL, diğer yerler için 19.507 TL'dir. Resmi Gazete Tarih /Sayı: 21.01.2017 /29955

[198]Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.98; Günday, *İdare Hukuku*, s. 206

doğrudan temin usulünü bir ihale usulü olarak kabul etmeyerek, fesat karıştırma eylemlerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağına hükmetmiştir[199].

1.2.4.3.2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda İhale Usulleri

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35. maddesinde, bu Kanun kapsamına giren işlerin ihaleleri kapalı teklif, belli istekliler arasında kapalı teklif, açık teklif, pazarlık ve yarışma usulü ile yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu usuller arasında kapalı teklif usulü, 36. madde gereği esas ihale usulü olarak kabul edilmiştir.

Eğer Kanun'da (44,45,51 ve 52. maddeler) yer alan diğer ihale usulleri uygulanacak ise o maddede bulunan istisnaların ve şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. 36. maddeye göre, diğer usullerin uygulanabilmesi için gereken şartlar oluşsa dahi, idarenin ihaleyi her zaman kapalı teklif usulüne göre yapabilmesine olanak tanımaktadır[200].

a-Kapalı teklif usulünde, teklifler yazılı olarak kapalı bir zarfa konularak yapılmaktadır. (37. madde). Her isteklinin adının yazılı olduğu teklifi içeren zarf ve geçici teminat makbuzu birlikte bir ikinci zarfa konulur. Teminat şartını gerçekleştirmeyen istekliler ihaleye alınmazlar. Belgeleri ve teminatı usule uygun olan istekliler ile ihaleye başlanır. En yüksek teklifi veren istekli üzerine ihale bırakılır ve ihale neticelendirilir[201].

2886 sayılı Kanun'a göre ana kural öncelikle kapalı teklif usulünün uygulanmasıdır. Diğer usuller belli şartlara bağlanmış istisnai usullerdir. Örneğin,

---

[199]Yargıtay 5.C.D. 28.02.2013 tarih ve 2013/1487 K. sayılı kararı *"... Dairemizin istikrar kazanan uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri ile usulüne uygun yapılmış yada yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, doğrudan temin yönteminin 4734 sayılı kanunda yapılan değişiklikle madde metninden çıkarıldığı, sadece kanunda belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olduğu anlaşılmakla; sanıklara atılı ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları itibariyle oluşmayacağı, ..."*

[200]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma*, s.22

[201]Günday, *İdare Hukuku*, s. 204

ihale için istekli çıkmaz veya teklif edilen bedelleri uygun görmezse, idare 15 gün içinde pazarlık usulü ile ihale yoluna gidebilir[202].

b-Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü; teknik yeterlikleri idarece kabul gören en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılır. (44. madde)

c-Açık teklif usulü ise, 2886 sayılı Kanun'un 45. ve 49. maddelerinde düzenlenmiştir. Muhammen bedeli her yıl bütçe kanununda belirtilen miktarı aşmayan işlerde uygulanan bir usuldür.

Açık teklif usulü, isteklilerin tekliflerini ihale komisyonu önünde sözlü olarak yaptıkları ihale türüdür. Artırma veya eksiltme şeklinde olabilir. İhale ilanında belirtilen saatte isteklilerin geçici teminat makbuzu ve belgelerini sunmuş olmaları gerekir. İhaleye giremeyecek kişiler hakkında tutanak tutularak teminatlarının iadesine karar verilir. İhaleye katılamayacak olanlar ihalenin yapılacağı yerden dışarı çıkarılır. Belge ve teminatlarda eksiklik bulunmayan ve ihaleye giren istekliler arasında, artırma veya eksiltmede en uygun teklifin ileri sürülmesi ile ihale karara bağlanır[203].

d-Pazarlık usulü 2886 sayılı Devlet İhale Kanun 51. maddede sayılan hallerde uygulanabilmektedir[204]. Burada teklif usulünün bir önemi bulunmamaktadır. İdare işin niteliğine göre bir veya daha fazla istekliden teklif alabilir ve anlaşabilir.

---

[202]Günday, *İdare Hukuku, s.*204

[203]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat,* s.25; Günday, *İdare Hukuku,* s. 205

[204]2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinde yer alan haller şunlardır;

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

- 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,

- 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, kiralanması, bakım ve onarımı; her çeşit araç ve gerecin yetkili servislerine yaptırılacak periyodik bakım ve onarımları; yedek parça ve lastik alımları,

e-Yarışma usulü etüt, plan, proje, güzel sanatlara ilişkin işler söz konusu olduğunda uygulama alanı bulur. Yarışma neticesinde birinci gelen proje sahibi ile idare pazarlık şeklinde anlaşmaya varırlar[205].

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

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

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

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

- Hazinenin veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki baraj, dalyan, voli yerleri, göller, havuzlar, nehirler ve nehir ağızlarındaki av yerleri ile deniz ve iç sularda belirlenmiş yerlerdeki su ürünleri üretim hakkının, 22.3.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa göre il özel idarelerince kiraya verilmesi,

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

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

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

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

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

- Milli Güvenlik nedeniyle gizli tutulması zorunluluğu Bakanlar Kurulunca kabul edilen işler,

- Hazineye mal edilmiş batık gemiler ile denize düşmüş malların çıkarılması,

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

[205]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma,* s.27

1.2.5. İhale Süreci

1.2.5.1.Genel Olarak

İhalenin oluşumunda yer alan işlemlerin bir kısmı idare tarafından bir kısmı ise katılımcılar tarafından yerine getirilir. Bu kısımda öncelikle 4734 ve 2886 sayılı Kanunlarda ihalenin başlayıp sonuçlanmasına kadarki süreç anlatılmaktadır. Hemen ardından yine TCK'nın 235'inci maddesi kapsamında bulunan ve uygulamada en çok karşılaşılan 2004 sayılı İcra İflas Kanunu, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümleri gereği yapılan ihalelerin süreçleri ile kendi mevzuatına göre ihale yapan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ihale süreçlerine yer verilecektir.

1.2.5.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhale Süreci

Genel olarak kamu hizmetinin yürütülmesi için kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan yahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarına gereken mal ve hizmet alımları ve diğer harcama gerektiren işler için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanmaktadır.

Bu kapsamda genel bütçe kapsamında bulunan kamu idareleri[206] ile özel bütçeli idareler[207], düzenleyici ve denetleyici kurumlar[208], il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler ve tüzel kişiler, kamu

[206]Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri 5018 sayılı Kanun'un ekli (I) nolu listesinde sayılmıştır. TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay …

[207]Özel bütçeli idareler de 5018 sayılı Kanun'un ekli (II) sayılı cetvelde iki grupta sayılmıştır. Birinci grupta YÖK ve devlet üniversiteleri bulunmaktadır. İkinci grupta ise Savunma Sanayi Müsteşarlığı, Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Dil Kurumu, … bulunmaktadır.

[208]Düzenleyici ve denetleyici kurumlar 5018 sayılı Kanun'un ekli (III) nolu cetvelinde sayılmıştır; Radyo Televizyon Üst Kurulu, Bigi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, Kamu İhale Kurulu … yer almaktadır.

iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleri, sosyal güvenlik kuruluşları[209], sermayesinin yarısından fazlası devlete ait her çeşit kuruluş ve şirketler, 4063 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların ihaleleri 4734 sayılı Kanun hükümlerince gerçekleştirilir.

Mal ve hizmet kavramlarından kasıt, satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar ile, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, güzel sanatlar, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır mal ve hakların kiralanması gibi hizmetlerdir.

Yapım ihaleleri ise bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, terane, liman, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj,, rafineri, sulama, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, onarım ve uzantılarını kapsamaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi kapsamında bulunan ve idare tarafından ihtiyaç duyulan mal veya hizmet alımı yahut yapım işine ilişkin talep kurumun harcama yetkilisine bildirilir. İdare ihale açılmadan önce bir kısım ön işlemler gerçekleştirir. Burada idare ihalenin konusunu, işin niteliğini ortaya koymalıdır. Gerçekleştirilmek istenen işteki kamusal yarar tespit edilmeli ve ihale kararı ondan sonra alınmalıdır[210]. İdarenin ihtiyaçlarını tespit süreci ihale süreci içerisinde kabul edilmezler. Bunlar ihalenin ön safhaları olup hazırlık işlemi niteliğindedirler. Bu

[209]5018 sayılı Kanun'un ekli (IV) nolu cetvelinde Sosyal Güvenlik Kurumu, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü … yer almaktadır.

[210] Danıştay 13. D. 13.6.2013T., 2006/3097E., 2008/4811K. sayılı kararı; "*..tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında her hangi bir maddi ilişki oluşturulmaksızın, bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın, idarenin denetim ve gözetimi altında sunulmasının hizmet bedellerinin döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılandığı ve ciddi bir tasarruf sağlanacağı da anlaşıldığından kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğu sonucuna ulaşıldığından, konuya ilişkin dava konusu genelgede mevzuata aykırılık görülmediği, tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin özel bir sağlık kuruluşundan satın alınması durumunda ödenecek bedel ile yaklaşık bedel karşılaştırıldığında ciddi bir tasarruf sağlandığı görüldüğünden bu açıdan da ihalenin kamu yararı taşıdığı açıktır*."

nedenle ihaleye hazırlık safhasında yapılacak hukuka aykırı işlem ve eylemler açısından Kamu İhale Kanunu uygulanmaz.

Eğer talep edilen ihtiyaç için kurumda bir ödenek bulunmuyor ise öncelikle ödenek talep edilir. Zira ihalenin zorunlu ilkeleri gereği ödenek olmadan ihale yapılamaz[211]. İdarenin belirlediği ihtiyaç için bağlı bulunulan makamdan ödenek talep edilmelidir. Bu usul için her kurumun kendi iç işleyişinde genelge, yönerge ve yönetmelikleri bulunmaktadır. Ancak genel uygulama idareye ödenek verecek mali birim tarafından bir kontrolör görevlendirilerek idarenin gerçekten bu ödeneğe ihtiyaç duyup duymadığı, harcamanın gerekli olup olmadığı tespit edilmektedir. Örneğin bir yapım işi için mahallinde keşif yapılarak bir rapor tanzim edilir. Raporda idarenin almak istediği mal, hizmet veya yapım işi için ayrıntılı ihtiyaç listesi bulunur. Ayrıca bu rapor uyarınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından her yıl yenilenen fiyat birim cetveline göre ortalama bir rakam belirlenerek bu tutarda idareye ödenek aktarılır. Ödenek tahsis edecek makam ayrıca bir piyasa araştırmasına da ihtiyaç duyabilir. Bunun için o mahalde bulunan ve aynı sektörde yer alan en az üç firmadan maliyet listesi çıkarılması istenebilir. Belirlenecek bu bedel yaklaşık maliyetten farklı olup ihale için kullanılmaz. Bunun yanında idare yine o mahalde bulunan belediye, ticaret veya sanayi odası gibi kuruluşlardan bir fiyat isteyebilir. Tespit edilen tüm maliyet tutarlarının ortalamasına tekabül eden mali kaynak, ödenek olarak idareye aktarılır. Artık ödeneği elde eden idare ihale işlemlerine başlayabilir.

İhale işlemlerine başlanılması için öncelikle işlem dosyası hazırlanır ve ihale yetkilisinden alınan onay belgesine dayanılarak ihale sürecine geçilir. 4734 sayılı Kanun'da ihale süreci ihale işlem dosyasının hazırlanması ile başlamaktadır. İdarenin ihtiyaç duyduğu her alım için ayrı ihale işlem dosyası hazırlanmaktadır[212]. Dosya içerisinde yaklaşık maliyete ilişkin hesap cetveli, ihale dokümanı, ilan metinleri, adaylar veya istekliler tarafından sunulan başvurular veya teklifler ve diğer belgeler, ihale komisyonu tutanak ve kararları gibi ihale süreci ile ilgili bütün belgeler bulunur. İdare tarafından ilk iş bir ihale komisyonu kurulur ve ihale konusunun yaklaşık

[211]Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.126

[212]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.73

maliyetinin tespiti için piyasa araştırması yapılır. Bunun için idare onay belgesi ve ardından yaklaşık maliyeti içeren hesap cetvelini hazırlar[213].

Kamu İhale Kanunu'nun 9 maddesine göre, yaklaşık maliyet mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesinde ihale yapılmadan önce ihale yetkilisi tarafından görevlendirilen kişi veya komisyon tarafından her türlü fiyat araştırması yapılmak suretiyle belirlenen tahmini bedeldir. Yaklaşık maliyetin hesaplanmasında esas alınan fiyat teklifleri ve hesap şekilleri dayanaklarıyla birlikte hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyetin tespiti için öncelikle ihtiyaç duyulan mal, hizmet yada yapım işi kalemler halinde ayrılarak her birinin birim fiyatına ulaşılması ile mümkündür. Bu işlemi yaparken, yaklaşık maliyet hesabına esas fiyat ve rayiçlerin, ihaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği, ihale konusu işe benzer nitelikteki işlerin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar, kamu kurum ve kuruluşlarınca belirlenerek yayımlanmış birim fiyat ve rayiçler, ilgili meslek odaları, üniversiteler veya benzeri kuruluşlarca belirlenerek yayımlanmış fiyat ve rayiçler ile idarenin piyasa araştırmasına dayalı rayiç ve fiyat tespitleri esas alınır[214]. Yine 9. maddeye göre elde edilen yaklaşık maliyet bedeli gizli tutulmak zorundadır. İhale ve ön yeterlik ilanlarında yaklaşık maliyete ilişkin bilgiye yer verilmez. Ayrıca ihale komisyonu hariç, istekliler veya ihaleyle ilgisi olan veya olmayan kimseye açıklanamaz. Yaklaşık maliyete ilişkin bilgilerin sızdırılması TCK. 235. maddede yer alan gizli kalması gereken belge ve bilgilerin üçüncü kişilere ifşa edilmesi suçuna vücut verir. Ancak yaklaşık maliyet tespitinde görevlendirilen kişilerin bedelin tespitine yönelik yazılı ve sözlü bilgi alışverişlerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağı açıktır. Özellikle piyasa araştırması şeklinde yapılan yaklaşık maliyet tespitlerinde farklı firmalarla yapılan görüşmeler ve örnek teklifler için gizlilik söz konusu olmamaktadır.

[213]4734 sayılı Kanun'un 9. maddesinde ifade edilen yaklaşık maliyet, ayrıca Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde 3/f maddesinde düzenlenmiştir. Burada idare ihale onay belgesi düzenlenmeden önce yaklaşık maliyetin belirlenmesi için her türlü araştırmayı yapmalıdır. Bu araştırma Bayındırlık birim fiyatları, Devlet Su İşleri, Köy Hizmetleri gibi kurumlardan birim fiyat alınarak yapılmaktadır. Ancak bu durumda birbirinden farklı ortaya çıkan yaklaşık maliyet bedelleri arasında idarenin hangisine itibar ederek kabul ettiği bir bilinmeyen olarak karşımıza çıkmakta ve idarenin bu işlemi şaibe altında kalmaktadır. Ayrıca mevzuat her türlü araştırma yapılmasını emretmekte ise de, idarelerin uygulamada piyasada benzer işleri yapan birkaç firmadan birim fiyat almaktan ibaret yaklaşık maliyet tespitlerinin kamusal yararı gerçekleştirmediği sonucuna varılmaktadır. Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.421

[214]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.28

Görüşülen bu firmalar örneğin bir yapım ihalesinin aşağı yukarı ne kadar maliyetle yapılacağı konusunda bilgi sahibi olabilecektir. Bu kişilerin suç kastıyla hareket ettikleri söylenemez. Ancak kendilerine hesaplattırılan maliyet iş cetvelleri dışında ihalenin idare tarafından belirlenen sonuç yaklaşık maliyetine vakıf olup sızdırmaları durumunda ihaleye fesat karıştırma suçu meydana gelecektir[215].

Bu aşamadan sonra ihalenin ilanına ilişkin metin hazırlanıp onaylanır ve ihale komisyonunun tutanaklarıyla birlikte ihale işlem dosyasına eklenir. İhalenin ilanı, belirlenen yaklaşık maliyetin tutarına göre yapılmaktadır. Eşik değerin altında kalan ihaleler için Kamu İhale Kanunu 8'inci maddesine göre açık ihale usulünde ilan süresi 40 gün olmak zorundadır. Belli istekliler arasında ihale usulü için 14 gün, pazarlık usulü için ise 25 gündür. Eğer yaklaşık maliyet eşik değerin altında ise Kamu İhale Kanunu'nun 13'üncü maddesine göre ilan edilirler. Yaklaşık maliyetin miktarına göre 7 gün, 14 gün ve 21 günlük ilan süreleri öngörülmüştür. Bu eşik değerler her yılın Ocak ayında yayınlanan Kamu İhale Tebliği ekindeki tabloda yeniden belirlenmektedir[216].

İlan aşamasına kadar her işlem gizlilik ilkesine uygun olarak yürütülür. Hazırlık aşamasındaki bilgi ve belgelerin ifşa edilmesi halinde TCK. 235/2-b maddesinde düzenlenen gizli tutulması gereken belgelere üçüncü kişilerin ulaşmasını sağlamak suçuna vücut verir[217]. Ancak ihale ilanı olmaksızın yapılacak kamu alımları doğrudan temin usulünce yapıldığından ve bu usul bir ihale olarak kabul edilmediğinden, gizli bilgi ve belgenin ele geçirilmesi eylemleri ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmazlar.

İhale ilan edildikten sonra, ihale ve ön yeterlik dokümanının görülmesi, satın alınması ve EKAP üzerinden indirilmesi esasları İhale Uygulama Yönetmeliklerinde

[215]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.34

[216]2018/1 sayılı Kamu İhale Tebliği'nin 2018 yılına ait "eşik değerler ve parasal limitler" tablosuna göre, 135,238 TL 'den az olan dosyalarda ilan süresi 7 gündür. 270,489 TL'den az olan ihaleler için 14 gün, 2,254,192 TL'den az olan ihalelerde ise ilan süresi 21 gündür.

[217]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.41

ve idari şartnamelerinde düzenlenmiştir[218]. Ön yeterlik dokümanı ile ihale dokümanı elektronik sistemde ve idarenin belirtilen adresinde bedelsiz olarak görülebilir. İhaleye Katılmak için bu dokümanın idarece her sayfası onaylanmış nüshasının idareden satın alınması veya sistemden indirilmesi zorunludur[219]. Dokümanın, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek bir bedelle satılması zorunlu olup, bu dokümanın satış hakkı yalnız idareye aittir. Dokümanın basım maliyetinin tespitine ilişkin belge ve bilgileri içeren bir tutanak düzenlenerek ihale işlem dosyasında muhafaza edilir. İsteklilerin ihale dokümanına ulaşımlarını ve edinmelerini engelleyecek her türlü davranış, onların ihaleden hukuka aykırı yöntemlerle engellenmesi anlamına gelecektir. O durumda ihaleye fesat karıştırma suçu gündeme gelecektir.

İhale ilanı, ön yeterlik ilanı veya davet tarihini izleyen üç gün içerisinde ihale yetkilisi 4734 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca bir ihale komisyonu kurmak zorundadır. İhale komisyonu tek sayıda olmak üzere başkan dahil en az beş kişiden oluşur. Üyelerden en az ikisinin ihale konusunda uzman olması, bir üyenin muhasebe kayıtlarını tutacak kişi olması zorunludur. Ancak ihale yetkilisi komisyon içerisinde görev alamaz. İhale komisyonlarının idare personelleri arasından seçilen kişiler ile oluşturulması gerekse de, yeterli ve donanımlı personel bulunmaması durumunda diğer idarelerden de komisyon üyesi alınabilir. Bir üyenin mazereti nedeniyle komisyondan ayrılması durumunda yerine yedek komisyon üyesi atanır. Yedek üyenin de bulunmaması veya mazereti durumunda asil ve yedek birer üye atanır. Komisyon üyelerinin istifa yoluyla komisyondan ayrılmaları, 657 sayılı Kanun'un 20'nci maddesine göre devlet memurluğundan istifa prosedürüne tabidir. Bu prosedür 94'üncü ve 95'inci maddelerinde, devlet memurları, istifa talebi üzerine idarenin istifayı kabul kararına kadar yada yerine bir başka kişi görevlendirilene kadar görevinin başında bulunmak zorundadır[220].

---

[218] Kamu İhale Kurumu bir kararında (2014/UH.I-652), idarece fiziken verilen ihale dokümanı ile EKAP'ta yer alan ihale dokümanı arasında fark bulunması halinde ihalenin iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

[219] Ancak Danıştay 13. Dairesi 2014/MK-479 sayılı kararında ihale dokümanı bedeli ihale saatinden sonra yatırılmış olsa dahi, ihale teklif zarfının ihaleden önce idareye teslim ediliş olmasının yeterli olduğuna karar vermiştir.

[220] Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.78 (Yazara göre, ihale komisyonundan istifa talebi, komisyon üyesinin veya üçüncü bir kişinin ihaleye müdahalesi sonucu yapılmış olabileceği gözardı edilmemelidir. İhale sürecine yapılacak her türlü usulsüz müdahalenin ihalenin işleyişini bozduğu ve

Eşik değer ve yaklaşık maliyet tespitinin ardından şartname hazırlanır. Şartnameye uygun olarak ihale ilan edilir. İhalenin ilanı, ihaleye katılmak isteyen kişilerin temin etmeleri icap eden belgeler, kurumsal ve teknik yeterlilikleri, teminat ve ihaleye katılıp katılmaları konusunda yeterince aydınlatıcı olmalıdır[221]. İhale konusu yapım işleri, mal ve hizmet alımı için idare tarafından idari ve teknik şartname hazırlanır. Ancak işin niteliği ve teknolojik boyutu sebebiyle teknik şartname bir başkasına hazırlattırılabilir. Teknik şartnameler verimliliği ve işlevselliği artırmak üzere, rekabeti sağlayan, her hangi bir istekliyi kayırmaya yol açan hükümler içermeyen, tüm istekliler için fırsat eşitliğini temin eden, objektif ve eşit nitelikte olmalıdır[222].

Kamu İhale Kanunu 12. maddesinde şartnamelerin özelliklerine yer verilmiştir. Bu maddeye göre, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak yapılacak işin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı hususunun ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydı ile teknik şartnameler bir başka ehil kişiye hazırlattırılabilir.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenen teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacak nitelikte olmalıdır.

Teknik şartnamelerde belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalar bulunmaz. Danıştay kararlarında da bu durum kabul edilmektedir; " ... *2490 sayılı*

ihale ilkelerine zarar verdiği gözetilmelidir. TCK'nın 235'inci maddesinde bu tür müdahaleler suç olarak sayılmamış olması eksikliktir. İstifa yoluyla ihale komisyon üyeleri zorla ihaleye katılan veya katılmayan kişilerce değiştirilebilir ve ihalenin sonucuna etki edebilir. Ne var ki, ihale yetkilisinin de kendi görüşlerine ters düşen üyeyi ihaleden uzaklaştırmak için istifaya zorlayabilir.)

[221]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.41

[222]Giritli, vd., *İdare Hukuku,* s.1322

Kanunda öngörülen ilan usulünün, artırma ve eksiltme veya pazarlığın ilgililere en iyi şekilde duyurulmasını ve bu suretle idare menfaatinin korunmasını istihdaf etmekte bulunduğu açıktır. Mezkur Kanunun 10. maddesinin B bendi hükmü gereğince şartnamelerin ve diğer evrakın nereden alınacağının ilanlara derci şart olduğuna, şartnamelerde ise eksiltme ile satın alınacaklar en teferruatlı şekilde ve bütün vasıf ve mahiyetleriyle belirtileceğine göre, bunların kalem kalem tadat olunmadan cins olarak gösterilmesi suretiyle yapılacak ilanın bununla güdülen maksadı hasıl edeceği tabiidir. Bu sebeple 2490 sayılı Kanun'a göre yapılacak ilanlarda, satın alınacak malın sadece cinsinin belirtilmesinin yeter olduğu, mahiyetleri ise ilanda kendisine atıf yapılan şartnamede ayrı ayrı belirtileceği cihetle ayrıca kalem kalem tadat olunmamasının Kanuna aykırılık teşkil etmeyeceği mütalaa kılındı"[223]. Ancak teknik özellikler belirlenemiyorsa marka veya model belirtilerek buna muadil olanlarında kabul edilebileceği ifade edilmelidir.

Şartnamelerin hazırlanmasında, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar planı ve uygulaması, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım ve teknik şartname hazırlanması hususlarında idare danışmanlık hizmeti alabilir. Danışmanlık hizmetleri belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilir.

Mal, hizmet veya yapım işinin niteliğine ve özelliğine göre 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 18. maddesi veya 2886 sayılı Kanun'un 35. maddesine göre ihale usulü tespit edilir.

Bu zamana kadar yapılan işlemlere ait tutanak ve belgeler toplanarak ihale dokümanı hazırlanır. Bunun içerisinde işin projesi, teknik şartname, katılım formları ile işin özelliğine göre gerekli tüm belgeler yer alır.

İhalesi yapılacak işe ait düzenlenen yaklaşık maliyet cetveli ile ihale dokümanları onay belgesine eklenerek ihale yetkilisinin onayına sunulur. Onay işleminden sonra ise Kamu İhale Kurumundan ihale kayıt numarası alınır.

[223]Danıştay 21.10.1967T., 1967/390E., 1967/421K. sayılı kararı.; Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.138

İhale ilanına ilişkin usul ve esaslar Kamu İhale Kanunu 13. maddesinde düzenlenmiştir. İhale edilecek işin yaklaşık maliyet tutarı ve öngörülen ihale usulüne göre ihale ilan sürelerine uyulmak zorunludur. Örneğin açık ihale usulünün uygulandığı hallerde ihaleden en az 40 gün önce ilan yapılması gerekirken, pazarlık usulü için en az 25 gün önce ihale ilanı yapılması zorunludur.

İhale ilanlarında ihaleyi yapan idarenin adı, adresi ve iletişim numaraları, ihalenin adı, niteliği ve türü, mal ihalelerinde malın teslim yeri, yapım ve hizmet ihalelerinde işin yapılacağı yer, yeterlilik kriterleri, ihale dokümanının alınabileceği yerler, tekliflerin verileceği yer ve zaman, teklif ve sözleşme türü gibi isteklileri yönlendiren bilgilerin bulunması zaruridir.

Şartname ve eklerinde değişiklik yapılması halinde, değişikliğin sebebi tutanakla tespit edildikten sonra, önceki ilanlar iptal edilerek ihale aynı şekilde yeniden ilan edilir.

İhaleye katılmak isteyen herkes ilanda yer alan şartları yerine getirmek, ihalelerden yasaklı olmamak ve teminatı yatırmak kaydıyla başvuru yapabilir. Tekliflerin yapılması idarenin sorumluluğundadır. Her katılımcının eşit şartlarda tarafsızlık ilkesine uygun olarak teklifini yapabilmesi sağlanmalıdır. Ancak başvurunun idare veya üçüncü kişilerce engellenmesi halinde TCK. 235. maddede yer alan seçimlik suçların oluşmasına sebebiyet verir[224].

Kamu İhale Kanunu 30. maddesine göre teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulur. Teklif mektubunda ihale dokümanın okunduğu ve kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin yazı ve rakamla açıkça yazılması zorunludur. İhale saatinden sonra verilen teklifler kabul edilmez. Ancak ihale saati geçmesine rağmen, teklifin ihale saatinde yapılmış gibi kabul edilmesi halinde TCK'nın 235/2-a maddesinde düzenlenen suç oluşmuş olacaktır.

[224]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.42

Kamu ihale mevzuatı kapsamında, ihalelere katılan isteklilerin tekliflerinin yüzde 3'ü oranında geçici teminat yatırma zorunluluğu vardır. Geçici teminat süreli icap niteliğindedir. Kamu İhale Kanunu 36. Maddesi uyarınca ihale komisyonu tekliflerle birlikte geçici teminat şartının yerine getirilip getirilmediğini kontrol eder. Geçici teminatı usulüne uygun yerine getirmeyen teklifler değerlendirmeye dahi alınmaz[225].

İsteklilerin ihaleye sundukları ihale belgelerinin, ihale komisyonlarınca değerlendirilmesinin ön koşulu geçerli bir teklif mektubu ve geçici teminatın sunulmasıdır. İhale hukukunda teminat kavramına bu denli önem verilmesi, ihale sürecine müdahalelerin engellenmesi, rekabetin sağlanması, idare ve isteklilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır[226].

Teminat tutarı teklif edilen bedelin %3'ünden az olamaz. Kamu İhale Kanunu'nun 34'üncü maddesine göre teminat yerine geçecek değerlerin neler olduğu tek tek sayılmıştır. Buna göre teminat tedavüldeki Türk parası, banka ve özel finans kuruluşlarınca verilen teminat mektubu, Hazine Müsteşarlığı tarafından ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belge olabilir.

Geçici teminatın, ihale onayından sözleşmenin imzalandığı aşamaya kadar olan süreçte gerçekleştirilen yasak fiil ve davranışlar karşısında idare tarafından gelir kaydedilmesi mümkündür. Bu işlem yasak fiil ve davranışlara karşı uygulanan yaptırımlardan biridir[227].

Teklifler sunulduktan sonra ihale komisyonu tarafından ilk oturumda değerlendirme aşamasına geçilir. Değerlendirme kalite ve bedel uygunluğu ilk olarak incelenecek hususlardır. Teklifi uygun bulunan katılımcıların ihale konusunu gerçekleştirmek açısından yeterliliği incelenir. İlk oturumda tekliflerin 30'uncu madde

[225]Erdem Bafra, "Kira Sertifikalarının Kamu İhalelerine Katılımda Teminat Aracı Olarak Kullanılması Sorunu", **Terazi Hukuk Dergisi,** C.12, S.133, 2007, s.14-22

[226] Bafra, "Kira Sertifikalarının Kamu İhalelerine Katılımda Teminat Aracı Olarak Kullanılması Sorunu", s.19

[227] Bafra, "Kira Sertifikalarının Kamu İhalelerine Katılımda Teminat Aracı Olarak Kullanılması Sorunu", s.20

uyarınca yerinde olup olmadığı değerlendirilir. Kamu İhale Kanunu'nun 30'uncu maddesinde belirlenen usule uygun olmayan teklifler değerlendirmeye alınmaz. İlk değerlendirme tutanağa bağlanır. Şartnamede belirlenen yeterlilik belgeleri eksik olan yahut ihaleye katılma koşullarını sağlamayan teklif zarfları açılmadan reddedilirler. Eğer ihaleye katılma yeterliği bulunan bir kimsenin teklifinin hileli hareketlerle reddedilmesi durumunda veya ihaleye katılma yeterliği bulunmayan bir kimsenin teklifi kabul edilirse yine ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacak ve idare görevlilerinin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir[228]. Değerlendirmeye alınacak teklif zarfları açılarak 36'ncı maddeye göre isteklilerin kimler olduğu, teklifleri ve yaklaşık maliyet açıklanır. İlk ihale oturumunda tekliflerle ilgili karar verilmez. Teklif mektupları ve ekindeki yeterlilik belgeleri üzerinde değişiklik yapılamaz veya eksiklikler giderilemez. İhale komisyonu tarafından teklifler üzerinde karar verilmek amacıyla oturuma son verilir. Kamu ihale Kanunu'nun 37 ve 38'inci maddeleri uyarınca teklifler değerlendirilir ve komisyon tarafından nihai karara varılır.

İhale sırasında yapılan bütün teklifler reddedilebilir. Kamu İhale Kanunu 39. maddesi uyarınca idare tüm teklifleri reddetmekte serbesttir ve sırf bu yüzden bir sorumluluk altına girmez[229]. Ancak tarafların talep etmesi durumunda red gerekçeleri yazılı olarak bildirilmek durumundadır.

Teklifler arasında ekonomik açıdan en avantajlı görülen teklifi yapan kişiye iş ihale edilir. Teklifin değerlendirilmesi aşamasında kanun koyucu en karlı değil en avantajlı teklifin seçilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Zira yapılan diğer teklifler arasında aşırı düşük olması sebebiyle karlı görünen bir teklifin aslında düşük kalitede bir mal ve hizmet sunabileceği yada ihaleyi manipüle ederek ek ödeme isteyebileceği düşünülmelidir. Bu konuda ihale komisyonunun neden piyasa araştırması ve diğer tekliflere rağmen ciddi oranda düşük bir teklif yapıldığını araştırması zorunludur. Danıştay 13. Dairesinin 17.2.2015 tarih ve 2014/2580 esas dosyasında verilen kararda

[228]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.42

[229] Hemen belirtmek gerekir ki, ihalenin tümünün iptali nedeniyle ihale görevlilerinin sorumlu olmayacaklarına dair bu hüküm, istenmeyen bir katılımcının ihaleyi kazanması sebebiyle yapılacak yolsuzluk eylemleri için kapı aralamaktadır. İdare ihaleyi vermek istediği kişiye yeniden kazandırmak üzere pazarlık usulüne veya belli istekliler arasında ihale usulüne çevirmek amacıyla iptal edebileceği hususu kanun koyucu tarafından göz ardı edilmiştir. Çetinkaya, *Kamu İhale Kanunu ve Yolsuzluk Riskleri,* s.110

ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre kriterlerin belirlenmesi, niteliklerin tanımlanması, aşırı düşük bedel sorgulaması yapılması, gereken veya gerekmeyenin spesifik olarak belirlenmesi, hangi ihalelerde sınır değerin altındaki tekliflerin reddedileceğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir[230].

Komisyon kararlarını oy çokluğu ile alır. İhale komisyonu üyeleri verdikleri kararlar ve karşı oyları sebebiyle sorumludurlar. Çekimser oy kullanma imkanı yoktur. Çoğunluk karara katılmayanlar karşı oylarını gerekçesiyle ifade etmek durumundadırlar.

Komisyon gerekçeli olarak verdiği kararı ihale yetkilisi olan kurum amirinin onayına sunar. İhale kararı onandıktan sonra sonuçlar en geç üç gün içerisinde teklif veren herkese bildirilir. Teklifi reddedilenlerin beş gün içerisinde yazılı olarak itiraz etmeleri halinde idare, gerekçeli olarak bu itirazları değerlendirmek zorundadır[231].

İhale komisyonu bütün teklifleri reddettiyse, ihale yetkilisi komisyonun bu kararını kaldırarak yerine yeni bir karar verme hakkına sahip değildir. İhale yetkilisi sadece ihale komisyonu kararını onaylama yada reddetme yetkisine sahiptir. Yeni bir karar verme hakkı bulunmamaktadır. İhale yetkilisi bütün tekliflerin reddedildiği alımın uygun olmadığı kararını onaylamaz ise ihale hükümsüz olacaktır[232].

İhale komisyonu kararı ihale yetkilisi tarafından onaylanırsa ihale kesinleşecektir. Kesinleşen karar üç gün içerisinde teklif veren isteklilere bildirilir. Kesinleşmesiyle birlikte ihaleyi kazanan kişinin sözleşme imzalama borcu doğmaktadır. Bu nedenle idare ihaleyi kesinleştirerek, ihaleyi kazanan katılımcıya kesin teminatı yatırması ve sözleşme imzalaması için 10 gün içerisinde tebligat yapacaktır. Sözleşmeyi nedensiz yere imzalamayarak taahhüdünü yerine getirmeyen katılımcının yatırdığı teminat hazineye gelir olarak kaydedilecektir. Sözleşme

[230] Yasin Özkan, "Danıştay'ın, İhalelerde Aşırı Düşük Sorgulamayla İlgili Yürütmeyi Durdurma Kararları ve Sonuçları", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.10, S.107, 2015, s.118-121

[231] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.43

[232] Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.82

imzalanır ise artık ihale süreci son bulmuş olur. Bu aşamadan sonra meydana gelen hukuka aykırı eylemler TCK. 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna konu edilebilir[233].

Sözleşme imzalanacak isteklinin getirdiği belgelerden, Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesi içerisinde sayılan vergi ve sigorta prim borcu olmadığına dair belgelerin ve diğer belgelerin doğruluğu komisyon tarafından teyit edilir. Kamu ihalelerinden yasaklılık hali bulunup bulunmadığı hususu da sözleşme imzalanmadan önce Kamu İhale Kurulu'ndan sorgulanır.

1.2.5.3. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na Göre İhale Süreci

Kamu İhale Kanunu'nun kapsamına giren ihaleler, idarelerin ihtiyaçlarının yine idarelere tahsis edilen sermayelerce bedeli ödenmek üzere karşılanması amacıyla gerçekleştirilmekte, Devlet İhale Kanunu'nda ise devlete gelir getirici faaliyetler açısından ihale usulleri düzenlenmektedir. Kamu ihale Kanunu'nda satış ihaleleri usulleri düzenlenmemiştir. Zira satışa ilişkin tüm işlemler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerince gerçekleştirilir[234]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun kapsamı 1. maddeye göre yalnızca genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin satım, kiraya verme, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi gelir getirici işlemlere ilişkin ihaleler ile sınırlanmıştır. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 3.1.1. maddesinde ise kamu harcamasını gerektirmeyen ihalelerde 4734 sayılı Kanunun uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu yönden mal ve hizmet alımları ile yapım işleri gibi kamu kaynaklarının harcandığı işler 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilmektedir[235].

---

[233]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.43

[234] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.66

[235]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.76

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun ilk maddesi, genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin yapacakları ihaleler ile ilgilenmektedir. Bu nedenle kamuya yararlı dernekler veya KİT'ler tarafından yapılan satım ihaleleri 2886 sayılık Kanun kapsamında değildir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35'inci maddesinde, bu Kanun kapsamına giren işlerin ihaleleri kapalı teklif, belli istekliler arasında kapalı teklif, açık teklif, pazarlık ve yarışma usulü ile yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu usuller arasında kapalı teklif usulü, 36'ncı madde gereği esas ihale usulü olarak kabul edilmiştir..

İdare tarafından satışı yapılacak mal belirlendikten hemen sonra 2886 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi kapsamında taşınmaz malların satışı, kiraya verilmesi, trampa edilmesine ilişkin olarak muhammen bedel idarelerce tespit ettirilir. Muhammen bedel belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşların vereceği fiyatlar bilirkişiler marifetiyle de belirlenebilir. 11'inci madde gereği ihale edilecek işin türü, niteliği, miktarı, proje numarası, muhammen bedel, ihale usulünün ne olduğu, ilanın şekil şartları, geçici teminat belirlenerek onay belgesi hazırlanır. Tüm ihale usullerinde öncelikle ihale edilecek iş için bir işlem dosyası tanzim edilir. Bu dosyada onay belgesi, muhammen bedele ilişkin hesap tutanağı, şartname ve ekleri, projeler, ilana ilişkin belge ve gazete nüshaları, sözleşme tasarısı bulunur.

16'ncı madde uyarınca idare tarafından ihalenin en uygun koşul ile gerçekleştirilmesini sağlamak üzere isteklilerde belirli mali ve teknik yeterlik ve nitelikler aranabilir. İdarenin ihtiyaç duyduğu yeterlilik belgeleri şartnamelerde açık olarak belirtilir. Yeterlilik ve koşulların şartnameye koyulup koyulmaması hususu idarenin takdiri değil, aslında yapılacak işin niteliğinin bir gereğidir. Yeterlilik ve koşullar rekabet ilkesinin bir gereği olup, ihalelere hazırlıksız olarak ve ehil olmayan kişilerin katılmalarını engelleyen önemli kurallardır. Bunun yanında mevzuat ve şartnamelerde yer alan yeterlilik ve koşulları sağlamayan kişilerin ihalelere katılmalarının sağlanması TCK'nın 235'inci maddesinin 2 fıkrasının (a) ve (c) bendinde yer alan suçlara vücut verebilir.

Şartname 2886 sayılı Kanun'un 12'inci maddesinde düzenlenmiştir. İhaleye konu edilecek taşınmazın nevi ve miktarı, cinsi, yüz ölçümü, hisse ve imar durumu,

mahalli, tapusu, pafta, ada, parsel ve tapu sicil bilgileri, taşınmazın fiili durumu hakkında bilgiler, geçici teminat miktarı, kesin teminata ait şartlar, isteklilerin yeterlilik şartları ve istenecek belgeler şartnamede ve teknik şartnamede gösterilir.

İhale yetkilisi idarede görevli memurlardan atayacağı bir ihale komisyonu kurar. Bu komisyonun bir üyesi yapım işleri konusunda ehil bir kişi olmalı ve en az bir üye maliye memuru olmalıdır. 2886 sayılı Kanun'un 13. maddesi gereği komisyonlara yardımcı olmak üzere ve ihale kararlarına katılmamak şartıyla yeteri kadar memur görevlendirilebilir. Komisyon kararlarını oy çokluğu ile alır. Oylar eşit ise başkanın oy kullandığı taraf çoğunlukta kabul edilir. Çekimser oy kullanma imkanı yoktur. 14. madde uyarınca çoğunluğun görüşüne katılmayan üyeler karşı oylarını gerekçesi ile açıklarlar. Komisyon kullandığı oy ve karşı oylardan sorumludurlar. Eğer şartnamede mevzuata veya gerçeğe aykırı hususlar tespit edilirse, komisyon tarafından bu husus tutanakla tespit olunur ve ihale iptal olunmaksızın ileri bir tarihe ertelenir. Zira komisyonun ihaleyi iptal yetkisi bulunmamaktadır.

İhalenin ilan usulü 2886 sayılı Kanun'un 17'nci maddesine göre yapılmaktadır. İlanın süresi ve şekli ihale edilecek şeyin muhammen bedeline göre değişkenlik gösterir. Her yıl bütçe kanunu ile yenilenen parasal sınırlara göre ilan usulünü belirlememiz gerekir. 2018 yılı Bütçe Kanunu eki olan cetvellerde 2886 sayılı Kanun'un 17/2 maddesinin parasal sınırı 682,400 TL'dir. İhaleden 10 gün önce yapılacak ilan, bu parasal sınırın altındaki ihalelerde ihalenin yapılacağı mahalde ilan edilir. Belirlenen parasal sınırı geçen tahmin edilen bedelli işlerin ilanları Basın İlan Kurumu tarafından tespit edilen günlük gazetelerin birinde yapılır. Eğer tahmin edilen bedel, parasal sınırın 3 katını aşıyorsa ihale resmi gazetede ilan edilir.

2886 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi uyarınca teklifler yazılı olarak hazırlanır. İstekliler teklif mektuplarını kapalı zarf içerisinde, üzerinde isteklinin adı ve adresi, teklif verilen işin adı yer alır. Zarfa geçici teminat dekontu ve idare tarafından şartnamede istenen belgeler eklenir. Aynı maddenin ikinci fıkrası gereği teminatı ve belgeleri usule aykırı bulunan teklifler değerlendirmeye alınmaksızın teklif verene iade edilir. İhale saati geldiğinde şartları gerçekleştiren teklifler açılır. Değerlendirmeye alınmayan istekliler ihalenin yapıldığı salondan çıkarılır. Teklif

sayısının üçten fazla olması halinde geçerli en yüksek teklifin altında kalmamak üzere isteklilerden sözlü yada yazılı olarak teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.

29'uncu maddeye göre ihale komisyonu ihaleyi yapıp yapmamakta özgürdür. Bu husus ihale komisyonunun takdirindedir. Ancak kararını gerekçelendirmek zorundadır. 41'inci maddeye göre komisyon bunun dışında iki türlü daha karar alabilir. İhalenin yapılmasına, ancak sonucun ihale yetkilisinin onayına bağlı olduğu yolunda bir karar verebilir. Bunın yanında tekliflerin daha ayrıntılı biçimde kontrol edilip incelenmesi için süreye ihtiyaç duyulduğu ve şartnamelerde daha uzun bir süre öngörülmemişse ihalenin 15 günü geçmemek üzere başka bir güne bırakıldığına karar verilebilir.

1.2.5.4. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'na Göre İhale Süreci

İcra hukukunda borcunu ödemeyen borçlunun haczedilen mallarının doğrudan alacaklıya verilerek tatmin edilmesi usulü kabul edilmemiştir. Bu nedenle icra müdürlüğünce haczedilen taşınır ve taşınmazlar alacaklının talebi üzerine satılarak paraya çevrilir[236].

İcra iflas Kanunu'nda düzenlenen cebri icra satışlarında da açık artırma usulü kabul edilmiştir. İcra İflas Kanunu'nun 115 ve devamında düzenlenen hak ve alacakların tahsili için öngörülen cebri icra ile satış yolu, ticari hayatın düzeni, kişilerin özellikle mülkiyet hakkının korunması ve kendiliğinden hak alma eylemlerinin önüne geçilmesi amacıyla getirilmiş bir sistemdir[237].

Alacaklının, rızası ile ödemeyen borçluya karşı İcra İflas Kanunu'na göre başvurduğu cebri icra yolu ile paraya çevirme yöntemi, ihaleden farklı bir kavramdır.

---

[236] Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2005, s.211

[237] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.20

Paraya çevirme işlemi açık artırma suretiyle olabileceği gibi pazarlık yoluyla da[238] yapılabilir.

Cebri icrada açık artırma yolu ile satış menkul ve gayrimenkul mallar için kabul edilmiştir. Ancak İcra İflas Kanunu'nda kesin bir yöntem olarak belirlenmemiştir. Alacak, irtifak hakları, miras veya şirket payı gibi menkullerin nasıl paraya çevrileceğine icra mahkemesine sorulacağına dair İcra İflas Kanunu 120 ve 121. maddelerde hüküm bulunmaktadır[239].

İcra hukukunda bir sonraki aşamaya geçilmesi için talep şarttır. Bu kural yalnızca hacizli mal satışlarında değil, ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılacak satışta da geçerlidir[240]. Borçluya ait mallar icra dairesi tarafından haczedildikten sonra taraflar arasında taksitle ödeme sözleşmesi yapılabilir. Ancak taraflar anlaşamaz yada borçlu borcunu ödemezse, haczedilen malların paraya çevrilmesi için alacaklı talepte bulunur. Bu talebi İcra İflas Kanunu'nun 107 ve 113. maddeleri uyarınca alacaklı veya borçlu yapabilir. Satış isteme hakkı kural olarak kesin haciz sahibi alacaklıya aittir. Geçici haciz sahibi olan alacaklının İcra İflas Kanunu'nun 108. maddesine göre satış talebinde bulunma hakkı yoktur. Kural olarak icra dairesi kendiliğinden satış yapamaz[241].

Bununla birlikte İcra İflas Kanunu 113. maddesinin ikinci fıkrasına göre, icra müdürü de kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı olan malların satılmasına her zaman karar verebilir. Böyle bir durumda haczin geçici veya ihtiyati haciz olması önemli değildir.

---

[238]İcra hukukunda pazarlık suretiyle satış hakkında, İcra İflas Kanunu 119. maddesinde istisnai hallerde yapılabileceği hükmü yer almaktadır. Buna göre yalnızca taşınır mallarda, bütün ilgilerin onayı bulunuyorsa, borsa kağıtları ve hisseler için iyi bir fiyat teklif edildiyse, artırma sırasında maden değeri teklif edilmeyen altın ve gümüş için piyasa değerinde teklif gelmiş ise, borçluya ait malın bozulma riski varsa kendisinin talebiyle yapılacak paraya çevirme işlemleri pazarlık suretiyle yapılabilir. Taşınmaz mallar ise kesinlikle açık artırma ile satılır.

[239]Meran, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.48

[240]Yılmaz Özgür, *İzale-i Şüyu Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1995, s.108

[241]Baki Kuru, "İcra Takibi Konusu Alacağın Temliki", **Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975,** Ankara, 1977, s.217

106. maddeye göre alacaklı, taşınırlar için hacizden itibaren 6 ay, taşınmazlar için 1 yıl içinde satış istemelidir. Satış isteme süresi kesin haciz tarihinden başlar. Bu süre alacaklı ve borçlu arasında taksit sözleşmesi yapıldığı durumlarda, istihkak davası açılmışsa bu sonuçlanana kadar ve geçici haciz ile ihtiyati haciz durumlarında işlemez[242].

Bir malın satılması kanuni süre içinde istenmez veya icra müdürü tarafından verilecek karar gereği gerekli gider onbeş gün içinde depo edilmezse veya talep geri alınıp da kanuni müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar.

İcra İflas Kanunu'nun 123. maddesine göre taşınır malların satışı, satış talebinden itibaren iki ay içinde, taşınmaz mallar ise üç ay içerisinde açık artırma yoluyla yapılır.

İcra müdürü satış talebi üzerine bir satış kararı verir. Bu kararda satışın yapılacağı gün, yer, ilanın ve satışın ne şekilde yapılacağı belirlenir. İcra müdürlüğünce satışın gazete ile ilan edilip edilmeyeceği veya ilanın ulusal ya da mahalli gazetede yapılması konularında tarafların menfaati dikkate alınarak bir karar verilir.

İlanın yapılması zorunludur. Taşınmaz satışında açık artırma tarihinden en az bir ay önce ilan yapılmalıdır. İlanda bulunması gereken koşullar 114. maddede sayılmış olup, bu koşullara aykırı bir durumun bulunması halinde 134. madde uyarınca ihalenin feshi şikayet yoluyla istenebilir. İlanda icra dairesi ve dosya numarası, birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer ve tarih belirtilir. Satılacak malın cinsi, önemli nitelikleri, tahmin edilen nitelikleri, artırma şartnamesinin hangi tarihten itibaren icra dairesinde görülebileceği hususları yer alır.

Taşınmazlarda yirmi, taşınırlarda ise on gün önce tekliflerin verilmesine elektronik ortamda başlanır ve ihalenin yapılacağı günden bir gün önce sona erer. Bu hususa da ilanda yer verilir.

[242]Pekcanıtez, vd., *İcra ve İflas Hukuku,* s.212

Açık artırma ilanda belirlenen yer ve günde icra müdürü tarafından yaptırılır. Birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. 115. madde uyarınca satışa çıkarılan mal üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Şu kadar ki, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması gerekir. Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır. İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa satış talebi düşer.

İhaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri, teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen 118. madde gereğince sorumludurlar. İhale farkı ve temerrüt faizi ayrıca hükme hacet kalmaksızın dairece tahsil edilir. Bu fark varsa öncelikle teminat bedelinden karşılanır.

İhale bedelinin ödenmemesi halinde halen yürürlükte olan hükme göre, icra dairesi yeniden satış işlemi yapar. Ancak 6 Ocak 2013'ten sonra icra müdürünün bu şekilde tamamlayıcı artırma yapıp yapamayacağıyla ilgili kanunda bir hüküm yoktur. Bu tarihten itibaren icra müdürlerinin bu şekilde tamamlayıcı satışı yapmaları mümkün olmayacak, ancak yeniden satış talebinde bulunulması halinde artırma tekrar edilebilecektir.

Bunların haricinde, Türk Medeni Kanunu'nun bulunmuş eşya başlıklı 769. maddesine göre, kaybedilmiş bir şeyi bulan kimse, malın sahibine, sahibini bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine, köylerde muhtara bildirmek veya araştırma yapmak ve gerektiğinde ilân etmek zorundadır. Bulunan şey önemli ölçüde değerli ise, her hâlde kolluk kuvvetlerine veya muhtara bildirmek gerekir. Oturulan bir evde veya işyerinde ya da kamu hizmeti görülen yerde bir şey bulan kimse, bunu o yer sahibine veya kiracıya ya da kamu hizmeti görülen yerde denetim ve gözetim ile görevli olanlara teslim etmek zorundadır.

Koruma ve satma başlıklı 770. maddesinde ise, bulunan şeyin özenle korunması gerekir. Korunması aşırı gideri gerektirir veya çabuk bozulabilir bir nitelik taşır ya da kolluk kuvvetleri veya kamu kurumu tarafından bir yıldan fazla saklanmış olursa, bulunan şey satılabilir. Satış, gerektiğinde önceden ilân edilerek açık artırma yoluyla yapılır. Satış bedeli, bulunan şeyin yerine geçer.

Bununla birlikte Adli Emanet Yönetmeliği'nin 21. maddesi hükmü çerçevesinde, iadesine karar verilmesine rağmen sahipleri tarafından alınmayan eşyalar sulh ceza hakimliği tarafından verilen karar ile satılır. Bu satışta 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun bulunmuş eşya prosedürünü düzenleyen 769. maddesi uygulanarak sulh ceza hakimliği kararı gereği açık artırma ile satılır.

1.2.5.5. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'a Göre İhale Süreci

Vergi gibi kamu alacaklarının tahsili borçlusu tarafından bizzat nakit olarak ödeme yapılarak elde edilebileceği gibi, süresi içerisinde ödenmeyen alacaklar için 6183 sayılı Kanun'un 54. ve devam maddeleri gereğince cebri icra suretiyle de yapılabilir. Cebri tahsil kamusal borcu ve özellikle vergi borcu bulunan kişinin teminat gösterdiği hallerde teminatın paraya çevrilmesi, gösterilen kefil üzerinden cebri icra yürütülmesi şeklinde yapılabileceği gibi, amme borçlusunun borcuna yetecek miktardaki malların haczedilerek paraya çevrilmesi ve hatta gerektiği durumlarda iflasın istenmesi şeklinde de yapılabilir[243].

6183 sayılı Kanun'un 74'üncü maddesine göre haczedilen malların paraya çevrilmesi gerekir. Zira kural olarak kamu alacağı nakit olarak ödenir. Haczedilen mal ve haklar, kamuya ayni olarak devredilemez. Satış sonunda elde edilen bedel içerisinden öncelikle takip masrafları ve kamu alacakları düşülmektedir[244]. Geriye kalan kısmı ise hacze iştirak eden bir başka daire yok ise borçluya iade edilir.

---

[243]Özay, *Gün Işığında Yönetim*, s.645

[244]Yargıtay 19. HD. 13.9.1995T., 1995/07341E., 1995/07301K. sayılı kararı; "*Motorlu taşıl vergisi, satış ve bedelin paylaşıma 'konu malın aynından doğan bir vergi olması sebebiyle, 6183 sayılı 'Yasanın 21/2. maddesi uyarınca, rehinli alacaklardan önce ödenmesi gerekir. Malın ayrımından doğan vergi*

Vaktinde ödenmediği için tahakkuk etmiş amme alacağı için, borçluya Kanun'un 55/2 maddesinde yer alan hususları içeren bir ödeme emri gönderilir[245].

Usulüne uygun olarak tebliğ edilen ödeme emrine rağmen, burada öngörülen sürenin tamamlanması ve borcun ödenmemesiyle borçluya ait mal, hak ve alacakları üzerine 62. madde gereğince haciz kararı alınır. Haciz kararı ve icrası ile borçluya ait menkul ve gayrimenkul mallar ile hak ve alacakların amme alacağına yetecek miktarı, tahsil edilmek üzere haczedilir.

78'inci maddeye menkul malların tahmini kıymetleri haciz tutanağına geçirilir. Eğer borçlu talep ederse üzerinde haciz bulunan malın değeri yeniden 81'inci maddeye göre bilirkişiye tayin ettirilebilir.

Haczedilen mal gayrimenkul ise 92'nci maddeye göre tahsil dairesince hazırlanacak şartnamede 93'üncü maddede düzenlenen ihale ilanında kıymet takdirine yer verilmesi zorunludur.

Bu işlemlerden sonra haczedilen mal ve hakların satışına sıra gelir. Menkul malların satışı 6183 sayılı Kanun'un 84 ile 87'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Haczedilen malların satış işlemleri tahsil dairesi tarafından yerine getirilir. Satış işlemi haciz tarihinden itibaren 3 ay içinde yapılmak durumundadır. Ancak bu sürenin sonunda haciz işlemi yapılmaz ise hacizli malın akıbeti hakkında mevzuatta net bir hüküm yoktur[246]. 87'nci maddede 6 ay içerisinde pazarlık usulü ile satılmayan menkul

---

alacağı için, ayrıca takip yapılması ve. mala haciz konulması gerekli değildir…" http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=6119

[245]Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.163

[246]Yargıtay 19. HD. 13.9.1995T., 1995/07341E., 1995/07301K. sayılı kararı "6183 sayılı Yasa, özel bir yasa olup, bu yasada haciz tarihinden itibaren belli bir sürede satış istenmediği takdirde haczin düşeceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Bu Yasanın 84. maddesindeki süre, satış süresi olmadığından Vergi Dairesinin haczinin devam ettiğinin kabulü gerekir." http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=6119

malların borçluya iadesine dair bir hüküm bulunduğundan, 84'üncü maddedeki 3 aylık sürenin sonunda haczin kalkacağı sonucuna varabiliriz[247].

Satışın şekil şartları ve usulü 85. maddede düzenlenmiştir. Normal prosedür dışında bozulma, çürüme ve benzeri sebeplerle korunması mümkün olmayan ya da beklediği zaman önemli bir değer düşüklüğüne uğrayacağı anlaşılan mallar en uygun yerde pazarlıkla, borsası bulunan mallar ilgili borsada satılabilir.

85. madde uyarınca menkul mallar, tahsil dairelerinin satış mahallinde açık artırma ve peşin para ile satılır. Tahsil dairesince uygun görülmesi halinde, artırma malın mahallinde de yapılabilir. Açık artırma ile satışa çıkarılan mal, artırma sonunda üç defa yüksek sesle duyurulduktan sonra en çok artırana ihale edilir. İlk artırmada satılamayan malların ikinci artırması bir başka il veya ilçede yapılabilir.

6183 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre ihale kendisinde kalan kişi hacizli malı almaktan cayar ise veya kendisine verilen süre içinde satış bedelini tahsil dairesine teslim etmezse, mal ikinci artırmaya çıkarılır. Aynı şekilde en yüksek teklifi veren kişiye ihale edilir.

İki ihale sonucu ortaya çıkan rakam farkı ve %5 oranında faiz tutarı, ilk ihaleyi alıp da satıştan cayan kişiye ödettirilir. Eğer ikinci ihalede de satış gerçekleşmez ise, satıştan cayan kişiye ilk satış bedelinin tamamı ile meydana gelmiş zararların toplamı üzerinde %5 faiz ile ödettirilir.

87. madde ise hacizli malın hiç satılamaması halini düzenler. Haciz sırasında takdir edilen bedelin %75'inden aşağı bir teklifin ihaleyi kazanması veya teklif verilmemesi durumunda, ilk artırma tarihinden başlayarak 15 gün içerisinde bu mallar yeniden satışa çıkarılır. İkinci artırmada teklif edilen bedel ne olursa olsun satış yapılmak durumundadır.

[247]Cengiz Ünlü, *6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 750

İkinci artırmada da teklif bulunmaz ise ikinci satıştan itibaren 6 ay içinde pazarlık usulü ile satılacaktır. Tüm bu süreç sonunda mal satılamaz ise borçluya iade edilmelidir.

Hacizli gayrimenkul mallar ise 90. maddeye göre satılır. Buna göre gayrimenkuller, satış komisyonlarınca açık artırma yoluyla satışa konu edilir. Gayrimenkullerin satışı yalnızca ihale yoluyla yapılır. Pazarlık yöntemi gayrimenkuller için geçerli bir satış şekli değildir.

Bu satışın gerçekleştirilmesi için bir satış komisyonu teşekkül eder. Komisyon mahallin en büyük mal memuru veya onun tayin edeceği bir memurun başkanlığında, belediye meclisi tarafından tayin edilen bir kişi, alacaklı kamu idaresince yetkilendirilen bir memur ve malın bulunduğu tapu sicil memurluğunca görevlendirilen bir memur tarafından oluşur. Bu kişilerin, kendilerinin ve yakınlarına ait malların her türlü satışına dair işlemlere katılmaları 109. maddeye göre yasaklanmıştır.

Gayrimenkulün kıymet takdiri, bir veya birden fazla bilirkişinin görüşü alınmak suretiyle satış komisyonu tarafından yapılır [248] . Komisyon bilirkişinin raporunu gerçeğe uygun görmezse, yeniden bilirkişi atayarak rayiç bedeli tespit edebilir[249].

Tahsil dairesi, satılacak gayrimenkul için 6183 sayılı Kanun'da yer alan hususları ihtiva eden bir şartname düzenler. Ayrıca satıştan en az 15 gün önce şartnamenin ilan edilmesi gerekir.

İhaleye katılacak istekliler, hacizli gayrimenkulün %75'i tutarında teminat göstermek zorundadırlar. Teminatını tamamlayan istekliler arasında en yüksek bedeli teklif edene hacizli gayrimenkul satılır.

---

[248] Kazım Yılmaz, *VUK, GVK, KVK ve KDVK Açısından Değerleme,* Maliye ve Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, Ankara, 1996, s.25

[249] Nilgün Serim, "Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunda Gayrimenkul İhalesi ve İhalenin Feshi Sürecinin İrdelenmesi", **Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,** C.29, S.1, 2010, s. 93

İhale sonucunda teklif edilen en yüksek bedel, gayrimenkulün kıymet takdirinde belirlenen bedelin %75'inin altında kalmışsa, en yüksek teklifi verenin teklifi saklı kalmak üzere 95. maddeye göre ihale 7 gün süreyle daha uzatılır. Bu süre sonunda verilmiş en yüksek teklife gayrimenkul satılır. Ancak satışın verildiği bedelin rüçhanlı alacaklıları ve ihale masraflarını karşılamaması durumunda satış yapılmaz.
97. maddeye göre gayrimenkul kendisine ihale olunan kimse derhal veya verilen mühlet içinde parayı vermezse ihale kararı feshedilir. Satışı gerçekleşmeyen gayrimenkul, satış komisyonunca hemen 7 gün süreyle artırmaya çıkarılır. Yine en yüksek teklif sahibine ihale edilerek satış yapılır.

Birinci defa kendisine ihale yapılan kimse iki ihale arasındaki farktan ve diğer zararlardan soruludur. Satıştan cayan kişi ihale farkı ve geçen günlerin faizinden, ayrıca bir hükme hacet kalmaksızın teminattan mahsubu yapıldıktan sonra bakiyesi tahsil dairesince tahsil edilecektir.

Bunun haricinde, Tasarruf ve Mevduat Fonu Tahsil Yönetmeliği'nin "Haciz ve satış" başlıklı 31. maddesine göre, borçlunun mal bildiriminde gösterilen veya Fon tarafından borçlunun kendisinde veya üçüncü şahıslar elinde tespit edilen varlıkları, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre haczedilerek açık artırma ile satılır.

6183 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan açık artırmada satılamayan varlıkların pazarlıkla satışı; satış komisyonu kararının Fon Kurulu tarafından onaylanmasından sonra hüküm ifade eder. Fon Kurulu, satılan varlıkların niteliğini ve muhammen bedelini dikkate alarak onay yetkisini Başkana veya ilgili Fon Başkan Yardımcısına devredebilir. Haczedilen varlıkların satış mahalli Satış Komisyonu tarafından belirlenir ve satış ilanında belirtilir.

1.2.5.6. 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'na Göre İhale Süreci

Ülkemizde 1980'den sonra neo-liberal politikaların etkisiyle, kamuya ait mal ve hizmetler özel sektöre devredilmeye başlanmıştır. Devlet ekonomisine ağır gelen

veya devlet tarafından işletilmesi nedeniyle sıhhatli yürütülemeyen hizmetler, ekonomiye kazandırılması gereken mallar özelleştirmeye konu edilmiştir[250]. 80'lerden sonra ekonomi politikalarına koşut olarak ülke gündeminde önemli bir yer tutan özelleştirme faaliyetlerine, 2002 seçimlerinden sonra yeniden hız verilmiş, büyük ölçekteki devlete ait sanayi kuruluşları ihale yoluyla satışa çıkarılmıştır. Gelinen süreçte gerekliliği hala tartışma konusudur[251].

Özelleştirmeler ile amaçlanan sonuç aslında özelleştirmeye konu olan varlıkların en yüksek fiyat ile satılması değil, en etkili şekilde dağıtılmasıdır. Özelleştirme işlemi geniş bir uygulama alanına sahip olup farklı yöntemlerle gerçekleştirilebilmektedir. 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesine göre devlete ait mal ve hizmet üretim birimlerinin tamamı yahut bir kısmı özel sektöre bedel karşılığı devredilebilir. Maddenin (a) bendi satış yoluyla yapılacak özelleştirme şeklini düzenlemekte iken, diğer bentlerde kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayrı ayni haklarının özel sektöre tesis edilmesi ve son olarak gelir ortaklığı modeliyle özelleştirebileceği, netice olarak 6 farklı yöntem olduğu ifade edilmiştir[252].

İhale yöntemi devlet tarafından bizzat yürütülmesi zorunlu olan hizmetlerin dışında kalan hizmetlerin bir kamu tüzel kişisi denetiminde kalmak şartıyla, çok daha verimli ve ekonomik sunulması amacıyla özel sektöre sözleşme ile devredilmesidir[253].

Öncelikle özelleştirilecek mal veya hizmet biriminin kıymet tespiti yapılması gerekmektedir. Bu işlem için 18. madde uyarınca bir komisyon teşekkül eder. Bu komisyon özelleştirilecek kuruluşun özelleştirme işlemlerinden sorumlu proje grup başkanının başkanlığında, özelleştirilecek kuruluşun işlemlerinden sorumlu proje grup

---

[250]Selim İnançlı, Fatih Yardımcıoğlu, "Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları ve Ekonomik Etkilerinin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Aytaç Eker'e Armağan, Kamu Maliyesinde Seçme Yazılar**, Sakarya, 2010, s.310

[251] Hakan Bilir, "Özelleştirme İhalelerinde Yönetim Seçimi: Alternatif Bir Model Olarak Paket (Birleşik) İhale Yöntemi", **Rekabet Kurumu Dergisi,** C.4, S. 4, 2003, s. 56-58

[252] İnançlı, Yardımcıoğlu, "Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları ve Ekonomik Etkilerinin Değerlendirilmesi", s.314

[253]Özkan Çetinkaya, *Türkiye'de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme,* Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001, s.183

başkanlığında görevli bir uzman, Proje Değerlendirme ve Hazırlık Daire Başkanı veya bu dairede görevli bir uzman, Sermaye Piyasaları Daire Başkanı veya bu dairede görevli bir uzman ile gayrimenkul işlemlerinden sorumlu Proje Grup Başkanı veya bu grup başkanlığında görevli bir uzman olmak üzere beş üyeden oluşur.

Kıymet takdiri özelleştirilecek kuruluşun niteliği, gördüğü hizmetin özelliği, gelecekteki nakit akımı potansiyeli, faaliyette bulunduğu sektör ve pazarın özellikleri, sahip olduğu sınai, ticari ve sosyal tesisler, makine araç ve gereçler, teçhizat, malzeme ve hammadde ile yarı mamul ve mamul madde stokları, her türlü taşınır ve taşınmaz malları, vasıfları ve hali hazır durumları, senetli ve senetsiz bütün alacak ve borçları ile bilumum hak ve yükümlülükleri ve özelleştirilecek kuruluşa uygulanacak özelleştirme yöntemi de dikkate alınarak yapılır.

Özelleştirme kararı alınıp kamuoyuna duyurulduktan sonra bir ihale komisyonu kurulur. Bu komisyon Özelleştirilecek kuruluşun özelleştirme işlemlerinden sorumlu proje grubunun bağlı bulunduğu başkan yardımcısının başkanlığında, ilgili proje grup başkanı, bu projede görevli uzman, İhale Hizmetleri Daire Başkanı veya bu dairede görevli bir uzman ile hukuk müşavirliğinde görevli bir hukuk müşaviri veya avukat olmak üzere beş üyeden oluşur.

İhalenin hangi usul ile yapılacağına komisyon karar verir. Esas olan kapalı teklif usulüdür. Kapalı teklif usulünde teklifler yazılı olarak alınır. Teklif mektubu, bir zarfa konulup kapatıldıktan sonra zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı ve tebligata esas olarak göstereceği açık adresi yazılır.

Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır veya mühürlenir. Bu zarf geçici teminata ait alındı veya banka teminat mektubu ve istenilen diğer belgelerle birlikte ikinci bir zarfa konularak kapatılır. Dış zarfın üzerine isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi ve teklifin hangi işe ait olduğu yazılır.

Teklif mektuplarının istekli tarafından imzalanması ve bu mektuplarda şartname ve eklerinin tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen fiyatın rakam ve yazı ile açık olarak yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan

veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddolunarak hiç yapılmamış sayılır.

Teklifler ilanda belirtilen tarih ve saate kadar sıra numaralı alındılar karşılığında idareye verilir. Diğer hususlar ihale şartnamesinde belirtilir. Verilen teklifler herhangi bir sebeple geri alınamaz. Tekliflerin belirlenen tarih ve saatte açılması sonucu, kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla belirtildikten sonra dış zarflar hazır bulunan istekliler önünde alınış sırasına göre açılarak, istenilen belgelerin ve geçici teminatın tam olarak verilmiş olup olmadığı aranır. Dış zarfın üzerindeki alındı sıra numarası iç zarfın üzerine de yazılır.

Belgeleri ile teminatı usulüne uygun ve tam olmayan isteklilerin teklif mektubunu taşıyan iç zarfları açılmayarak başkaca işleme konulmadan, diğer belgelerle birlikte kendilerine veya vekillerine iade olunur. Bunlar ihaleye katılamazlar.

Teklif mektuplarını taşıyan iç zarflar açılmadan önce, ihaleye katılacaklardan başkası ihale odasından çıkarılır. Bundan sonra zarflar numara sırası ile açılarak, teklifler komisyon başkanı tarafından okunur veya okutulur ve bir listesi yapılır. Bu liste komisyon başkanı ve üyeleri tarafından imzalanır.

Şartnameye uymayan veya başka şartlar taşıyan teklif mektupları kabul edilmez. Birkaç istekli tarafından aynı fiyat teklif edildiği ve bunların da uygun olduğu anlaşıldığı takdirde, bu oturumda aynı teklifte bulunan isteklilerin hazır olması halinde, bu isteklilerden ikinci bir yazılı teklif alınır ve bu işlem eşitlik bozuluncaya kadar sürdürülür.

Kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde, istekli çıkmadığı veya teklif komisyonca uygun görülmediği takdirde, yeniden aynı usulle ihale açılır veya komisyonca kamu yararı görüldüğü takdirde, ihale pazarlık usulü ya da açık artırma usulü ile sonuçlandırılır.

İhalelere birden fazla teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif almak şartıyla başlanabilir. Sermayesindeki kamu payı yüzde onbeşin altında olan iştirak hisselerinin

özelleştirilmesinde birden fazla teklif alınması şartı aranmaz. Teklif sahipleri ile birden fazla pazarlık görüşmesi yapılabilir. Pazarlık usulünde ihalenin yapılmasına karar verilirse, pazarlık görüşmeleri teklif sahipleri ile ayrı ayrı yapılır. Pazarlık görüşmelerinin, ihalenin herhangi bir aşamasında pazarlık görüşmelerine devam edilen teklif sahipleri ile müştereken yapılmasına komisyonca karar verilebilir. Komisyonca, pazarlık görüşmeleri sırasında ortaya çıkabilecek yeni durumlar karşısında, rekabete engel teşkil etmemek, ihale ilanında veya şartnamede yer alan hususlara aykırı olmamak ve pazarlık görüşmelerine devam edilen teklif sahiplerine eşit olarak uygulanmak kaydı ile yeni esaslar belirlenebilir. Komisyonca gerekli görüldüğü takdirde ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırılabilir.

Açık artırma usulü ile yapılan ihalelere, istenilen teminatı vermiş ve ihale ilanında, ihaleye katılabilmek için belirtilen gerekli şartları yerine getirmiş oldukları komisyonca tespit edilen teklif sahipleri katılabilirler. İstenilen ilk değer ile açık artırmanın her aşamasında verilecek tekliflerde asgari artırılabilecek miktar komisyonca belirlenir. Açık artırmanın süresi komisyonca belirlenerek açık artırmaya başlanılmadan önce hazır bulunan teklif sahiplerine duyurulur. Komisyonca gerekli görülen hallerde süre bir defaya mahsus olmak ve en çok önceki sürenin yarısını geçmemek üzere artırılabilir. Bu işlemler ve komisyonca belirlenecek teklif verme sırası teklif sahiplerinin huzurunda komisyonca bir tutanakla tespit edilir. Teklif sahipleri tarafından, açık artırmaya esas alınacak ilk değer kadar veya bu değerin üzerinde teklif yapıldığı takdirde açık artırmaya devam olunur. Teklif sahipleri bir önceki teklifi artırmak suretiyle yeni tekliflerde bulunurlar. Bu suretle yapılan açık artırmada yeni bir teklif gelmezse komisyon başkanı son teklif üzerinden ihalenin bitirileceğini duyurur. Bu duyuru üç kez yapılmak durumundadır.

1.2.5.7. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları Tarafından Yapılan İhalelerde İhale Süreci

Anayasa'nın 135. maddesine göre kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak

gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişilikleridir. Bu kuruluşların merkezi idareden bağımsız özerk bütçesi bulunmaktadır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesinde ifade edildiği üzere, meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları Kanun kapsamından muaf tutulmuşlardır[254]. Bu birimlerin satın alma işlemleri ihale mevzuatına göre yapılmıyor olsa da, Anayasa'nın 135/5 maddesi uyarınca idari ve mali denetimleri her bir meslek kuruluşu için konulan ilgili kanun ile düzenlenmektedir. Kanun'a dayanarak çıkarılan iç düzenlemeler ile ihale usulleri belirlenmektedir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına kendi ihale usullerini belirleme hakkını, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun geçici 4'üncü maddesi vermektedir. Bu maddeye dayanarak mesleki kuruluşlar ve istisna kapsamındaki her türlü kuruluş iç düzenleme çıkarmak ve kendi kurumsal ihalesini yapmaya yetkili olmaktadır.

Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun geçici 10. maddesi ile kurulan Türkiye Barolar Birliği'nin ihtiyaç duyduğu alım, satım, yapım, hizmet ve onarım işlemleri, birliğin yönetim kurulunca çıkarılan bir yönerge ile yürütülmektedir. Bu yönergede yer alan düzenlemeler ve ihale usulleri, genel ihale mevzuatı ile büyük farklılıklar göstermemektedir.

Anılan yönergenin 6. maddesine göre, Birlik yönetim kurulu tarafından bütün ihale işlemleri yürütülür ve bunun için bir ihale komisyonu oluşturulur. Bu komisyon ihalenin kapalı teklif, açık teklif veya pazarlık usulünden hangisi ile yapılacağına öncelikle karar vermektedir.

[254]Barolar ve Barolar Birliği, Ticaret Odaları, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği gibi Anayasal temeli bulunan kurumların gelirlerinin zorunlu üyelik ve zorunlu aidatlardan oluştuğu, bunun yanında ilgili kanunlardan kaynaklanan harç ve resimlerden gelir elde ettikleri, bunların kamusal gelirler olmasına karşın Kamu İhale Kanunu'ndan muaf tutulması ve hareket serbestisi getirilmesi sonucu her hangi bir denetime olanak sağlamaması yönüyle eleştirilere maruz kalmıştır. Sedat Çal, "Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamına Yönelik Gözlemler", **Kamu İhale Kanununa İlişkin Tebliğler ve Makaleler -2**, ed. Çetin Arslan, Fehim Üçışık, Seyyid Ahmet Hakkakul, Aristo Yayınevi, Ankara, 2015, s.16

Yönergenin 17. maddesi uyarınca ihale edilecek işin niteliği, türü ve miktarı, ihale usulü, ihaleye katılma şart ve yeterlilikleri, teminatın niteliği ve miktarı, fesih nedenleri, işin yapılma şeklini gösteren bir şartnamenin komisyon tarafından tanzim edileceği belirtilmiştir.

12. maddede ise bu şartnamenin ilanı ve tekliflerin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, İlanlı kapalı teklif isteme usulü alımlarda, ilanın şekli ve adedi, ilanda yer alacak hususlar ile isteklilerde aranılacak şartlar şartnamede belirtilerek ilan edilir. Bu usulde, teklifler yazılı olarak yapılır. Teklif mektubu bir zarfın içine konulduktan sonra, zarfın üzeri teklif veren firma ismi, teklif verdiği konu belirtilerek, teklif verence imzalanır. Teklif mektubu şartnameye uygun hazırlanmalı, istenilen bilgi ve belgeleri de kapsamalıdır. Teklif mektuplarında teklif edilen tutar rakam ve yazı ile tutarlı olmalı, teklif mektupları şirketi temsil etmeye yetkili kişilerce imzalanmış olmalıdır. Kapalı teklif zarfları açıldıktan sonra, teklif sahibi firmalarla pazarlık yapılabilir.

1.3. İhalelerde Yolsuzluk ve Uluslararası Düzenlemeler, İhalelere Katılma Yasağı

1.3.1. Genel Olarak

İhaleye fesat karıştırma gibi ekonomik suçlar[255] kriminoloji biliminde "beyaz yaka suçları[256]" olarak anılmaktadır[257]. Beyaz yaka suçları, mesleği itibariyle toplum

[255] Ekonomik suçların temel özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsün Ayhan Aygörmez, "Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I", **Ceza Hukuku Dergisi**, C.5, S.14, 2010, s.67-88

[256]"beyaz yaka suçları" kavramı ve kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Stuart P. Green, "Hukukta ve Hukuk Teorisinde Beyaz Yaka Suçları", çev. Pınar Bacaksız, **Ceza Hukuku Dergisi,** C.4, S.9, 2009, s.273 v.d.

[257] Murat Volkan Dülger, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi", s.8, http://www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf (01.06.2016)

içerisinde saygın bir yere sahip kişilerin, mesleklerinin kendilerine sağladığı imkan ve güveni suistimal etmeleriyle işledikleri suçlar olarak tanımlanır[258][259].

Beyaz yaka suçlarında fail adi suçlardan farklı olarak mali çıkara şiddet kullanmaksızın ulaşmaya çalışır. Özel işletmeler veya kamu kuruluşlarında görev alan, profesyonel bilgilere ve tekniklere sahip kişilerdendir. Çıkara ulaşmak için mesleki konumunun sağladığı güvenden faydalanarak kişileri rahatlıkla aldatma yolunu seçer[260].

Beyaz yaka suçları yalnızca belli meslek gruplarının işledikleri eylemler olarak değil, belli bir grup eylemleri kapsamaktadır[261]. Zira bu tür suçlar tehdit, cebir ve şiddet yoluyla değil, hile, gizleme veya güvene aykırı davranışlarla, parasal veya maddi bir menfaat kaygısıyla işlendikleri dikkate alınmalıdır [262] . Bu yönüyle "*yolsuzluk suçlarının*" hemen hepsini kapsamaktadır.

Yolsuzluk kavramı ilk olarak[263], bir kamu görevinin özel çıkar, maddi kazanç yahut statü edinme amaçlarıyla mevcut prosedüründen saptırılması ve elinde belirli faaliyetleri yapabilme gücünü bulunduran kişilerin kendilerine kanuna aykırı yollardan parasal yada farklı çeşitte yararlar sunabilen şahıslar lehine söz konusu

[258]Dülger, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi" , s.8

[259]Yapısı itibariyle ekonomik suçlar, kişilere veya mallara karşı işlenen geleneksel suçlardan çok farklıdır. Kişiye ya da mala karşı işlenen suçların açıklanmaya ve çözümlenmeye çalışılan yöntem ile ekonomik suçların çözülmesi zordur. Bir kere ekonomik suçlarda, suçun içerisinde bulunduğu alan ile kişilere karşı işlenen suçların yer aldığı alan birbiriyle örtüşmez. Bu bağlamda iki suç evreni arasında benzerlik yoktur. Zira ekonomik suçların bizzat mağdur ettiği kişi sayısı azdır ya da hiç yoktur. Mağdur olan ya devlettir ya da ekonomik düzen ve işleyiştir. Bu nedenle ekonomik suç sebebiyle bir gerçek kişi mağdur olmuşsa da, kendisine karşı işlenen eylemden haberdar olmaz. Enver Alper Güvel, "Ekonomik Suçlar: Tanım, Türleri ve Ölçütleri", **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu,** 2005, Ankara, s.30

[260]Özcan Karatay, Mehmet Kapusızoğlu, "Mali ve Ekonomik Suçların Terörün Finansmanı Bağlamında Değerlendirilmesi", **Ekonomi Bilimleri Dergisi**, C.3, S.1, 2011, s.118

[261]Aygörmez, "Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I", s.68

[262]Green, "Hukukta ve Hukuk Teorisinde Beyaz Yaka Suçları", s.279

[263] Doktrinde en geniş kapsamlı yolsuzluk tanımını Van Duyne yapmıştır; "*yolsuzluk, karar alma sürecinde karşılaşılan bir uygunsuzluk veya bozulma olup, karar verme sürecinde , karar için aranan ölçütlerden kararı haklı göstermeyecek bir takım çıkar ya da çıkar beklentileri veya çıkar sözü karşılığında ayrılmaya rıza göstermesidir*". Hasan Dursun, "Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, s.55, 2004, s.126-127

yetkilerini kullanmaları ve buna paralel olarak kamunun mali çıkarlarına zarar vermeleri olarak tanımlanmıştır [264]. 1999 tarihli Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadele Özel Hukuk Sözleşmesinde ise "*bir görev üstlenen kişinin yürüttüğü görevlerinin veya ödevlerinin kanunlara uygun bir şekilde yerine getirilmesinde sapmalara yol açan rüşvet veya başka her türlü yasadışı menfaatin talep edilmesi, verilmesi, veya kabul edilmesi*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan yolsuzluk yalnızca kamu sektöründe değil, özel sektörde de gerçekleştiği kabul edilmektedir. Ancak sıklıkla kamusal alanda olduğunu söylemek gerekir. Kamu sektöründe yolsuzluk, suçun iki tarafından birinin kamu görevlisi olmasını gerektirir. Özel sektörde ise şirket çalışanı, yöneticisi veya ortağı yolsuzluk ilişkisinin tarafıdır[265].

Yolsuzluk eylemleri plansız gerçekleşebileceği gibi, gelişmiş bir plan dahilinde de işlenebilir. Bununla birlikte kurulan bir organizasyon dahilinde birden çok kişinin aynı amaca yönelik eylemleriyle de yolsuzluk yapılabilir[266]. Yolsuzluğun plansız veya organize olması, elde edilmek istenen haksız menfaatin büyüklüğüne bağlıdır.

Mesleki ahlakın aşınmasına, siyasal güvensizliğe, sosyal karmaşaya ve yozlaşmışlığa neden olan yolsuzluk kavramı uzun süredir Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerin en ciddi problemleri arasında yer almıştır. Yolsuzluk suçlarının yüzde olarak yüksekliği, özellikle idare üzerindeki denetim ve gözetim mekanizmalarının işletilmediği sistemlerde karşımıza çıkmaktadır. Özellikle devlet tarafından gerçekleştirilmek istenen yatırım projelerinin karar aşaması sancılı geçmekte ve yatırımcılar ile idare arasında bir pazarlık yaşanmaktadır. Bu aşamada isteklinin seçimi siyasal ve bürokratik figürlerin keyfiyetine kalmaktadır[267].

---

[264] Cengiz Çiftçioğlu, "Yolsuzluk ve Yolsuzlukla Mücadelede Türkiye – AB Gümrük Birliği Kapsamındaki Adli İş Birliği", **Fasikül Hukuk Dergisi**, C.8, S.82, s.20

[265]Behiye Eker Kazancı, "Yolsuzluk Kavramı ve TCK'da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler", **Ceza Hukuku Dergisi**, C.3, S.6, 2008, s.52-54

[266] Eker Kazancı, "Yolsuzluk Kavramı ve TCK'da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler", s.55

[267]Do Binh Doung, "Kamu Kesimi Yatırım Projelerinde Yolsuzluk: Sayıştayların Önleyici Rolü", çev.Ahmet Okur, **Sayıştay Dergisi**, C.15, S.53, s.139-144

Küresel anlamda kendisine oldukça geniş bir yer bulan yolsuzluk suçları, devletlerin mali ve ekonomik menfaatlerine, hukukun üstünlüğü ve eşitliğine, insan haklarına, hakkaniyet ve sosyal adalete büyük darbe vurmakta ve serbest piyasa ekonomisinin dürüst ortamda işlemesine engel oluşturmaktadır. Ayrıca toplumda oluşturduğu algı gereği, dolandırıldıkları düşüncesine ve bazı kişilerin hiçbir kural tanımadan para kazanabileceği inanışına yol açmaktadır[268].

Yolsuzluk ve yozlaşma eylemlerinin uluslararası boyutta da bir karşılığı bulunmaktadır. 90'lı yıllara gelindiğinde uluslararası alanda artan yolsuzlukların engellemeye yönelik bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar arasında, 1 Şubat 2003 yılında onaylanıp yürürlüğe giren OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi ve Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi yine Türkiye tarafından imzalanmış sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi 15 Kasım 2000 tarihinde imzalanmış ve 4800 sayılı Kanun ile meclis tarafından onaylanmıştır. Yine Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Avrupa Konseyi sözleşmesine, Türkiye 2001 yılından bu yana taraftır. Son olarak Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi de Türkiye tarafından imzalanıp onaylanan antlaşmalar arasındadır[269].

1.3.2. Yolsuzluğun İhale Sürecinde Görünümü

Yapılan araştırmalar yolsuzluğun başlıca nedeninin yoksulluk olduğunu göstermektedir. Kişi başına düşen gelir, gelişmişlik düzeyi ve eğitim düzeyinin yüksek

[268]Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Sosyolojisi,* Afşar Matbaası, Ankara, 2008, s.223-224

[269] Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Deniz Kızılsümer Özer, "Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ve Sözleşmenin Uygulanması Yönündeki Çabalar", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.6, S.1, 2016, s.15; Kazancı, "Yolsuzluk Kavramı ve TCK'da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler", s.53; Kemal Özsemerci, "Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Yozlaşmanın Kültürel Altyapısı", **Sayıştay Dergisi,** C.16, S.58, s.9

olduğu ülkelerde yolsuzluk suçlarıyla daha az karşılaşıldığı görülmektedir[270]. Kamu görevlilerinin ücret seviyesinin genel itibari ile düşük olması, devlet işlerindeki şeffaflığın geri plana atılması, bürokrasi ve kırtasiyeciliğin gereğinden fazla olması, özelleştirme işlemlerindeki kanuni boşluklar, medya üzerindeki sansürler, yabancı sermaye yatırımlarındaki artışlar gibi pek çok nedenden ortaya çıkan yolsuzluk ve yozlaşma, aslında toplumdaki ahlaki değerlerin erozyona uğraması nedeniyle gerektiği ölçüde takip edilmemekte ve soruşturulmamaktadır[271].

Sonuçlar bu şekilde ekonomik ve kültürel anlamda geri kalmış ülkeleri işaret ediyor olsa da, saydamlık, hesap verilebilirlik, etkin denetim gibi unsurlar her gelişmişlik seviyesindeki ülkenin yolsuzlukla mücadelesinin anahtarıdır[272]. Yasal düzenlemelerde ve idari işleyişimizde söz konusu unsurların bulunmaması, yolsuzluk suçlarının artmasına ve Türkiye ekonomisinin dünya ekonomisi içerisinde etkisizleşmesine yol açmaktadır.

Yolsuzluk suçlarının görüldüğü alanlardan biri devlet tarafından tekel olarak yürütülen kamusal faaliyetlerin özelleştirme veya diğer idari sözleşmeler ile özel sektöre devredilmesi aşamasında karşımıza çıkar. Bu tür işlemlerde yolsuzluk, devlet görevlilerinin kendi uhdesine kalması yada kendilerine yakın kişilerin eline geçmesi amacıyla, söz konusu imtiyazlı hakların rüşvet, lobicilik, gizli anlaşma gibi hukuka aykırı yöntemlerle devredilerek rant elde edilmesi yoluyla kendini göstermektedir. Kamu alımlarındaki yolsuzluklarda, faillerce kullanılan en etkili yöntemin patronaj yöntemi olduğunu görmekteyiz. Yani siyaset ve bürokraside yüksek makam sahiplerinin kollama ve destekleme yoluyla ihalenin istenilen tarafa verilmesi patronaja iyi bir örnektir[273]. Hemen her devletin kamu hizmetlerini gerçekleştirmek

---

[270] İpek Özkal Sayan, Murat Kışlalı, "Yolsuzluk Üzerine Ekonometrik Bir Çalışma", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Matbaası, Tartışma Metinleri, 2004, s.1 (çevrimiçi) http://www.politics.ankara.edu.tr/eski/dosyalar/tm/SBF_WP_73.pdf, 15.1.2018

[271]Çiftçioğlu, "Yolsuzluk ve Yolsuzlukla Mücadelede Türkiye – AB Gümrük Birliği Kapsamındaki Adli İş Birliği", s.21

[272]Bayram Barun, "Yolsuzlukla Mücadelede Dış Denetimin Rolü", (çevrimiçi) http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/ Bayram_Barun_Yolsuzlukla_Mucadelede_Dis_Denetimin_ Rolu.pdf 15.1.2018

[273]Çiftçioğlu, "Yolsuzluk ve Yolsuzlukla Mücadelede Türkiye – AB Gümrük Birliği Kapsamındaki Adli İş Birliği", s.21

amacıyla gerçekleştirdiği kamusal harcamalar ve ihaleler üzerinde gerçekleştirilen yolsuzluk eylemleri, proje bedellerinin orantısız yükselişine, kamusal yararın olmadığı projelerin seçilmesine ve standardın düşmesine neden olur. Bu sonuçların en önemlisi ise devletin demokratik kurumlarına karşı bireylerin güveninin yok olmasıdır[274].

Birçok ülkenin hukuk sistemlerinde yolsuzlukla mücadele amacıyla idari ve yargısal önlemler geliştirilmiştir. İdari anlamda, karşılıklı menfaat elde edilmesi muhtemel olan işlemlerle ilgili birimlerin gözlem altında tutulması, idari işlemlerin şeffaflığının sağlanması, işlemlerin denetime olanak sağlayacak şekilde kayıt altına alınması, çalışan kişilerin otomatik bir rotasyona tabi tutulması, görevlilere yolsuzluk konusunda eğitim verilmesi öngörülen tedbirlerden bazılarıdır[275].

Bazı ülkeler bu önlemleri caydırıcılık kapsamında düzenlemeyi esas edinmişken, bazıları yolsuzlukla ilgili bilgi ve belgeleri ortaya çıkaranların ödüllendirilmesine odaklanmıştır. Caydırıcı uygulamalar hapis cezaları ile uzun süreli hak mahrumiyetleri şeklinde tezahür etmektedir. Ancak yüksek cezalar, menfaat temin eden görevli bakımından risk faktörünü artırdığından, caydırıcılıktan ziyade talep edilen rüşvetin miktarını artırmaktadır. Bu halde ödüllendirme sistemine daha çok imkan tanınmalı ve görevliler yolsuzluğa karşı mücadelede teşvik edilmelidir[276].

Yasal ve yargısal anlamda ise zimmet, rüşvet, irtikap, ihaleye fesat karıştırma gibi yolsuzluk amaçlı eylemlerin kanunlarda suç olarak düzenlenmesi ve bunların etkin olarak soruşturulması, yolsuzlukla mücadele faaliyetlerinden en önemlileridir. Bu çerçevede Türk Ceza Kanunu'nda bu eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri gereğince anılan suçlar bakımından kamu görevlilerinin yargılama usulünü düzenleyen 4483 sayılı Kanun'dan muaf tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

---

[274] Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, s.225; OECD, "Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement, s.2

[275] Eker Kazancı, "Yolsuzluk Kavramı ve TCK'da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler", s.55

[276]Rose-Ackerman, "Corruption and Criminal Law", s.8-9

Özellikle ihaleler üzerinde yapılan yolsuzluklara karşı önlem olarak OECD ve WTO anlaşmaları ve Avrupa Birliği Direktifleri doğrultusunda bir takım yasal düzenlemelere gidilmiş ve 2003 yılında yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde ayrıntılı ihale prosedürleri öngörülerek ihalelerde yapılması yasaklanan eylemlere yer verilmiştir.

Ancak yukarda ihaleye hakim olan ilkeler başlığında ifade edildiği üzere, Kamu İhale Kanunu'nda yolsuzluğa zemin hazırlayan çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Temel ihale usullerinine getirilen çok sayıdaki istisna hükümler bunlardan ilkidir. Kanun'un 3'üncü maddesindeki istisnai haller gereğinden fazla genişletilmiştir. Ayrıca doğrudan temin usulü, acil işler bakımından öngörülen bir hüküm olmasına rağmen, yüksek eşik değerlere tabi tutulması ve çok fazla uygulanıyor olması, idare tarafından keyfi uygulamara sebebiyet vermektedir.

Bunun yanında her ihale türünde ilan zorunluluğunun olmaması yada ilanların çok kısa süreli olması yine ihalelerden kamu oyunun haberdar olmasını engellemektedir. İlansız ihaleler, kamu görevlileri ile anlaşan firma sahiplerinin kamusal kaynaklar üzerinde istenildiği gibi tasarruf edilmesine neden olmaktadır. Aynı şekilde ihale sonuçlarının ilan edilmiyor oluşu da, kamuoyu denetimini engelleyen bir unsurdur.

Pazarlık usulü gibi ihale ilkelerinin bir çoğundan mahrum olan bir usulün, soyut şartlarla uygulanıyor olması yine yolsuzluğa zemin sağlamaktadır. Temel ihale mevzuatında kapalı ve açık ihale usullerinin esas usuller olarak kabul edilmesi ve diğer usullerin istisna olması karşısında, pazarlık usulünün çok daha nesnel kriterler ile düzenlenmesi ve uygulanması gerekir. Ancak uygulanışı çok daha basit işlemlere tabi olan ve sert şekil şartları bulunmayan pazarlık usulünün, kriterler yerine gelmese dahi idarece uygulandığını görmekteyiz. Pazarlık usulü, ilansız yapılması ve sınırlı katılıma yol açması nedeniyle, saydamlık ve rekabet ilkelerinden oldukça uzak bir konumdadır[277].

[277] Ahmet Sayer, Abdulkadir Barutçu, "Kamu İhaleleri ve Etik Dışı Uygulamalar", **Dış Denetim Dergisi,** S:2, 2010, s.83.

Bu nedenle ihale yoluyla yapılan veya istisnai haller sebebiyle ihalesiz yapılan kamusal harcamaların kamu görevlileri ve üçüncü kişilerce haksız kazanç oluşturmasını engellemek, kısacası yolsuzluğun önüne geçmek için şu önlemler[278] alınmalıdır[279]; [280]

-Kamusal harcamaların yapılma yöntemleri adil, tarafsız ve etkin bir hal almalıdır. İhalesiz kamu harcamaları ortadan kaldırılmalı yahut bu harcamaları yapmak ve onaylamak için bağımsız bir organ oluşturulmalıdır. Bu organa bürokrasi veya siyasi irade tarafından değil, kendi bünyesinde atamalar yapılmalıdır. Yapılan ihalenin yasal prosedür içerisinde yürütülüp sonuçlandırıldığına ihale yetkilisi olan idari amir değil, bu bağımsız organ karar vermeli ve sözleşme bu karardan sonra imzalanmalıdır. Bu nedenle mevcut uygulamadaki gibi yalnızca yüksek bir başvuru harcı ile yapılan itiraz üzerine değil, otomatik olarak inceleme yapılmalıdır.

-Buna paralel olarak, mevcut uygulamada ihaleler hakkında idari yargıya başvuru için öngörülen zorunlu idari başvuru şartı kaldırılmalı ve denetime açık olmalıdır.

---

[278]Ekonomi biliminde ileri sürülen fayda-maliyet analizi temelinde yolsuzlukla mücadele argümanları şu şekilde belirlenmektedir; Öncelikle memurların yer aldığı işlemlerin sayısını düşürmek bu yöntemlerden ilkidir. Kamu hizmetlerinin yerelleştirilmesiyle, hizmet standartlarının yükseltilesiyle ve özelleştirilmesiyle bu mümkün görülmektedir. Bunun yanında beklenen safi faydanın düşürülmesi ile bireysel projelerin azaltıcı işlem değerini düşürme yoluyla kamu hizmetlerinin monopol niteliğinden kurtararak özel sektörde rekabeti özendirmek ve büyük projeler için halk oyuna başvurmak yolu öne sürülmüştür. Ayrıca ceza ödeme olasılığının arttırılması ile vatandaşların hizmetlerin yürütülmesinde ve denetiminde söz sahibi olması, hizmet standartlarının saptanması, medya bağımsızlığı, özel sektör ve kamu sektörü arasındaki işlemlerin şeffaf şekilde gerçekleşmesi ve hukuk üstünlüğünün benimsenmesi ile yargılama ve cezalandırma yönteminin etkinliği sağlanabilmektedir. Bununla birlikte cezalarda indirimin kaldırılması, bilakis yozlaşmış veya yolsuzlukla iç içe girmiş toplumlarda ağır yaptırımlar yolsuzluğu önemli bir caydırıcı unsur olarak gözükmediğinden, bu tür eylemlerin yargılamaya konu edilebilmesi ve cezaların uygulanabilir olması önem arzetmektedir. Bununla birlikte ciddiyet içerisinde faaliyet gösteren ve yürütmeden bağımsız kurum ve kuruluşlar oluşturmak yolsuzluk önleme stratejilerinden bir diğeridir. Alper Göktan, "Yolsuzluğun Büyüme Üzerindeki Etkileri ve Yolsuzluğu Önleme Stratejileri", **Çimento İşveren, s.22** (çevrimiçi) https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale238.pdf 01.06.2017

[279]Yücel, *Hukuk Sosyolojisi,* s.226

[280]Bir ihalede yolsuzluk anlaşması olduğunu gösteren çok sayıda varyasyon söz konusu olabilir. Bunlar arasında her bir husus ihalede fesat eylemlerine delil teşkil edebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OECD, Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement, s.12 vd.

-İhalele edilen iş ile ilgili olarak, idare görevlileri ile ilişki içerisinde bulunan kişilerin benzer sektörde ticari işletme sahibi olup olmadıklarına dikkat edilmelidir. Niteliği itibariyle bu tür bir araştırma ihalenin tamamlanıp sözleşme imzalanması aşamasında yapılmalıdır[281].

-Bağımsız organ tarafından yapılacak araştırma yalnızca ikili ilişkiler yönünden değil, olağan prosedür dışındaki her işlemin incelenmesini içermelidir. Araştırma yapacak bağımsız kuruluş öncelikle ihale için özel olarak kısaltılmış bir zaman aralığı veya hızlandırılmış bir prosedür işletilip işletilmediği kontrol edilmelidir. Bununla birlikte teklif verenler arasında bir ilişki olup olmadığı, bu bakımdan yapay veya maksatlı teklif verilip verilmediğine dikkat edilmelidir. Nitekim piyasa araştırmaları kontrol edilerek, tekliflerin bu araştırma bakımından manipüle nitelikli olup olmadığına bakılmalıdır[282].

-ihaleyi kazanan isteklinin ihaleye katılma şartları ve yeterlilikleri bakımından ihale komisyonundan ayrı bir istihbari çalışma yapılmalıdır. Bu sebeple isteklinin ibraz ettiği belgelerin doğruluğu araştırılmalı, rapor edilen niteliklere sahip ciro ve personel sayısına sahip olup olmadığı denetlenmelidir. Kazanılan ihale konusunun, İsteklinin iş alanına girmeyen bir konu olup olmadığına ve şartnamenin maksatlı olarak bu istekli için hazırlanıp hazırlanmadığına dikkat edilmelidir[283]. Bu çerçevede şartnameler belirgin ve objektif unsurlar içermek durumunda olduğundan, bağımsız kurum tarafından her iş kolu bakımından uygulanacak ortak bir şartname çerçevesi hazırlamalıdır.

-Tekel oluşmasını önlemek bakımından, bir isteklinin en fazla girebileceği ihale sayısı belirlenmelidir[284].

[281]Ferwerda, vd., "Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators", s.249

[282]Ferwerda, vd., "Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators", s.249-250

[283]Ferwerda, vd., "Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators", s.252

[284]OECD, "Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement, s.7-8

-İdarenin ihale hakkında verdiği kararlar nesnel olmalı ve idarenin takdir yetkisi olabildiğince kısıtlanmalıdır. Sübjektif unsurlar içeren, kamusal bir fayda gütmeyen kararlar karşısında ihale taraflarının çaresiz kalmaması için bağımsız kurumlara yapılan itirazlar kolaylaştırılmalı, idari yargıya gitmeyi zorlaştıran zorunlu başvuru yolları kaldırılmalıdır. Keyfi olarak ihalenin iptali halinde idarenin sorumlu olmayacağına dair hükümler de yürürlükten kaldırılmalıdır.

-İhale işlerinde görev alan personeller sık sık rotasyona tabi tutulmalı ve karar organları kalabalık olmalıdır.

-İhaleye ilişkin hukuka aykırı davranışlara uygulanan yaptırımlar caydırıcı olmalı, meydana gelen kamusal zararlar kendilerinden esaslı şekilde tahsil edilmelidir. Ciddi oranda mali zarara yol açan eylemler üzerinde yaptırımlar ağırlaştırılmalı, suçtan kaynaklanan gelirin müsaderesi şartları kolaylaştırılmalıdır. Bu tür davalarda ispat külfeti tersine çevrilmelidir. Bu yönde yapılan yasal düzenlemeler ile cezalar hakkında indirim öngören hükümler kaldırılmalıdır[285].

-Yalnızca mevcut yasal ve idari düzenlemeler sorunlu değildir. Bununla birlikte 2016 yılı istatistiklerine baktığımızda, uygulamada ihale suçları sebebiyle açılan davalarda da soruşturmaların etkili yapılmadığı sonucuna ulaşmaktayız[286]. Öyle ki, 2016 yılında açılan ihaleye fesat karıştırmaya ilişkin kamu davalarında verilen toplam 4212 kararda, erteleme hükümleri dahil olmak üzere verilen mahkumiyet kararı 1227'dir. Rakamlara göre ihaleye fesat karıştırma suçları hakkında tanzim edilen iddianamelerin isabet oranı %29'larda kalmaktadır. %71'lik kısım ise beraat ve düşme olarak neticelenmiştir. Bu rakamlar ile, soruşturmaların etkin yürütülmediği, suç sebebiyle sorumlu olmayan veya hakkındaki suçlamalar zayıf olan kişiler hakkında kamu davası açılması yoluna gidildiği, yahut soruşturma sırasında delillerin yetersiz toplandığı sonucuna varmak durumundayız.

[285]Yücel, *Hukuk Sosyolojisi", s.226*

[286] Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistik Haber Bülteni 2016, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2016karartck.pdf

-İhalede yolsuzluk anlaşmaları yalnızca ihale görevlisi ve ihaleye katılan kişilerce bilinmekte olduğundan ortaya çıkarılması oldukça zordur. Soruşturma kapsamında görev yapan kişilerin gösterdikleri gayret ve emek yolsuzluğun ortaya çıkmasında ciddi bir etkendir. Fakat verilen emeğin karşılığında soruşturmaların sonuçsuz kalması, genel bir isteksizlik ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda gayret ve başarı gösterenlerin ödüllendirilmesi, soruşturmaların etkin yürütülmesi için önemlidir. Alımlarda görevli personelin iş takipçilerine karşı güçlü olabilmesi için maddi açıdan tatmin edilmeleri [287].

1.3.3. İhalelere Dair Uluslararası Düzenlemeler

Bu başlıkta kamu ihalelerinin uluslararası ticarete konu düzenleme ve anlaşmalara değinilecektir. Önceki bölümlerde bahsettiğimiz üzere, ihalelerin ekonomik büyüklüğü yolsuzluk suçlularında büyük bir iştaha neden olmaktadır. İhale yapan ülkelerde ortaya çıkan mali tehlike ve uğranan ekonomik zarar, bu ülkeleri iç hukukta ve uluslararası hukukta yeni ve etkin düzenlemeler yapmaya itmiştir. Bu kapsamda özellikle Birleşmiş Milletler (UN), Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) ve Avrupa Birliği (EU) nezdinde ülkelerce, uluslarası ticaret kapsamında kamu ihalelerinin düzenlenmesi, etkinliği, ayrım yasağı ve rüşvet ve yolsuzlukla mücadele edilmesi konularını kapsayan sözleşme ve düzenlemelere gidilmiştir. Bunlardan başlıca Dünya Ticaret Örgütü, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü ile Avrupa Birliği'nin düzenlemelerine genel hatlarıyla işaret edilecektir.

WTO uluslararası ticaretin serbestleştirilmesini amaçlayan çok taraflı bir ticaret sistemi kuran uluslararası bir organizasyondur. Temelinde üye devletler tarafından imzalanan çok sayıda anlaşma bulunmaktadır. Bu anlaşmaların konusu uluslararası ticaretin dayanak kurallarıdır. Üye ülkeler arasında mal arzını ve hizmet

[287]Rose-Ackerman, "Corruption and the Criminal Law", s.15

sunumunu kolaylaştırmak amacıyla birçok ticari engel ve ambargoyu yasaklamayı hedef almaktadır[288].

İhale konusunda başlıca WTO düzenlemesi "Kamu Alımları Anlaşması"dır. Anlaşma ilk kez 1979 yılında imzalanmış ve 1981 yılında yürürlüğe konulmuştur. Sözleşme birçok kez değişikliğe uğramış ve en son haliyle 2016 yılında imzalanan protokol 6 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir[289]. Türkiye bu sözleşmeyi 1995 yılında imzalamıştır[290].

Anlaşma, kamu ihalelerinde yabancı devletlere ayrımcılık yapmama, şeffaflık ve prosedürde adalet ilkelerini temel almıştır. Anlaşmaya göre üye ülkeler birbirine mal, hizmet ve yapım işlerine dair ihalelerde ayrımcılık yapmayacağına dair güvence vermektedir. Diğer ülkelerin gireceği ihalelerin şeffaf ve rekabetçi bir ortamda yapılmasını sağlamak durumundadırlar[291]. Bunun haricinde UN nezdinde imzalanan Yolsuzluğa Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve OECD bünyesinde hazırlanan Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi gibi yolsuzluk eylemlerine ilişkin hükümler içermemektedir[292].

Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan Kamu Alımları Model Kanunu ilk kez 1993 yılında mal ve yapım işi satın alma konusunda bir model yasası olarak, üye devletlerin kamu alım sistemlerini yeniden düzenleyerek yeknesak hale getirmeleri amacıyla kabul edilmiştir. Yardımcı metin niteliğindedir ve bağlayıcılığı yoktur. Üye Devletler kabul edip etmeme

---

[288] Lili Jiang, "Regulating Public Procurement in International Trade", **Public Procurement Regulation: An Introduction, Chapter 10.,** ed. Sue Arrowsmith, 2010, s.202 (çevrimiçi) https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf 25.1.2019

[289] WTO, Agreement on Public Procurment, (çevrimiçi) https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm 25.1.2019

[290] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.*32

[291] WTO, Agreement on Public Procurement: Text on Agreement, (çevrimiçi) https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm 25.1.2019

[292] Servet Alyanak, "Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına Genel Bir Bakış ve Bu Anlaşmanın Avrupa Birliği'nde Uygulanması", **Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi,** C.22., S.1., s.88

konusunda özgürdürler[293]. Türkiye de 2000'li yılların başında yaptığı ekonomik anlaşmaların bir gereği olarak model kanunun bir kısım hükümlerinden istifade edilmiş ve yerel mevzuatta değişikliğe gitmiştir[294]. Bunun dışında UNCITRAL Model Kanunu, birkaç ülke dışında kamu alımları sistemine entegresi bakımından yaygın bir kullanıma kavuşmamıştır[295].

Avrupa Birliği'nde ise kamu alımlarına ilişkin düzenlemeler direktifler ile yapılmaktadır. 70'li yıllardan bu yana çıkarılan farklı konulardaki direktifler, 2000 yılındaki teklif üzerine birleştirilmiştir. En son 2004 yılında Avrupa Parlamentosunda onaylanan iki direktif halen yürürlüktedir[296]. Avrupa Birliği kamu alım düzenlemeleri tam rekabet ortamını sağlamak, şeffaflığı artırmak, eşit muamele, orantılılık, ihale prosedürlerini kolaylaştırmak ilkelerini gözetmek üzere hazırlanmıştır. Direktiflerin asıl amacı, ihalelere ilişkin prosedürlerin ülkeler bazında ortak bir niteliğe dönüştürmek ve bunları koordine etmektir. Devletlerin direktiflere uygun hareket edip etmediğini Avrupa Komisyonu denetlemektedir[297].

Belirlenen eşik değerlerin üzerinde kalan mal, hizmet veya yapım ihaleleri Direktiflerin öngördüğü usul ve esaslara göre yapılmak zorundadır. Uluslarası anlaşmalar gereği belirlenen veya askeri konudaki ihaleler gibi özel düzenlemeye tabi ihaleler direktifler kapsamında değildir. Bunun yanında istihdam ve hizmet imtiyazları da ihale usulü dışında tutularak Direktiflere konu edilmemiştir[298].

---

[293]Arrowsmith, "Puclic Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules", s.26

[294] Muzaffer Akdoğan, "Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımasının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C.72, S.2, s.692

[295]Alyanak, "Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına Genel Bir Bakış ve Bu Anlaşmanın Avrupa Birliğinde Uygulanması", s.89

[296]2004/17/EC17 ve 2004/18/EC18 konsolide direktifler

[297] Muzaffer Akdoğan, "Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımasının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi",687-688

[298]Burak Ökde, Fatma Ökde, İsmail Ercan Börü, Mehmet Dağ, "Avrupa Birliğinde Kamu Alımları ve Türkiye Karşılaştırması", **Journal of Social and Humanities Sciences Research,** c.4, s.5, 2017, s.732-733

1.3.4. İhalelerde Yolsuzlukla Mücadeleye Dair Uluslarası Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin ilk maddesinde genel amaçtan söz ederek, yolsuzluğun önlenmesi ve yolsuzlukla mücadele amacıyla alınan önlemlerin daha etkin ve verimli kılınması, varlığın geri alınması dahil olmak üzere, yolsuzluğun önlenmesi ve yolsuzlukla mücadelede uluslararası işbirliği ve teknik yardımlaşmanın teşvik edilmesi ve kolaylaştırılması, dürüstlük, hesap verilebilirlik açısından kamusal işlemlerin ve kamu malvarlığının uygun yönetiminin teşvik edilmesi hususlarına dikkat çekilmiştir. Sözleşmenin 9'uncu maddesi özellikle kamu ihaleleriyle ilgilidir. Bu hüküm taraf devletlerin ihale sistemlerinde yolsuzluğun önlenmesi bakımından şeffaflığı, serbest rekabeti, eşitlik ve objektifliği esas almak üzere iç hukuklarında düzenleme yapma yükümlülüğü getirmektedir. Denetimin gerçekleştirilmesi için 6'ncı madde uyarınca özel resmi birimler kurulması zorunludur[299].

Sözleşmenin 9'uncu maddesinin özellikle ikinci fıkrasında taraf devletler bakımından, hukuk sisteminin temel ilkelerine uygun olarak kamu maliyesinin yönetiminde şeffaflığı ve hesap verilebilirliği teşvik etmek için uygun önlemler alması zorunluluğu getirilmiştir. Bu kapsamda sözleşme, bütçenin kabul edilmesine ilişkin prosedürler hakkında düzenleme yapılmasını, gelir ve giderlerin zamanında raporlanmasını, muhasebenin işleyişinde gözetim ve denetim standartlarına ilişkin yeni sistem oluşturulmasını, etkili ve verimli bir risk yönetim sistemi getirilmesini öngörmektedir. Maddenin son fıkrasında mali defter ve kayıtların usulünce korunması, tahrifatı ve yok edilmesinin önlenmesi amacıyla ayrıca idari önlemler alınması gerektiği vurgulanmaktadır[300].

Sözleşmenin 15 ve devamı maddelerinde taraf devletlerce suç olarak düzenlenmesi zorunlu kavramlardan bahsedilmektedir. Bu maddeler arasında ihaleye

[299]UN Convention Against Corruption, (Article 9. Public procurement and management of public finances) (çevrimiçi) https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf 25.1.2019

[300]UN Convention Against Corruption, (Article 9.)

fesat karıştırma suçu sayılmamıştır. Ancak 9'uncu maddede önleyici etkin denetim mekanizmalarından bahsedilmiş olunması, taraf devletlerinin kamu ihaleleri yönüyle de suç içerikli davranışları suç olarak değerlendirmeleri ve yaptırım öngörmelerini zorunlu kılmaktadır.

OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi, 1997 yılında uluslararası ticaret alanında rüşvet ve yolsuzlukla mücadele konusunda etkisiz ülkelerin, bu yolla avantaj sağlamasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. İhracat yapan ülkelerin, uluslararası yolsuzluğu hedef alan bir dizi bağlayıcı hükümler tesis ederek taahhüt altına alınmasını sağlayan ilk başarılı organizasyondur. Bu sözleşme diğerlerinin aksine ihale hükümlerini değil, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesi eylemlerini iç hukukta suç olarak yasalaştırmalarını amaçlamaktadır [301] . Türkiye bu sözleşmeyi 2000 yılında kabul etmiştir. OECD Türkiye'nin yolsuzlukla mücadeleye ilişkin idari ve yasal faaliyetlerini yakından takip etmektedir[302].

Bu kapsamda Sözleşme'nin ilk maddesinde taraf devletlerin rekabete aykırı olarak bir işlemin yapılması için yabancı devlet görevlilerine doğrudan yada aracılar vasıtasıyla haksız menfaat sağlanmasını veya menfaat vaat edilmesini iç hukuk düzenlemeleri ile suç olarak ihdas edilmesini öngörmektedir. Buna paralel olarak üçüncü maddesine göre bu hükümler yerel işlemlerdeki haksız menfaat sağlanmasının haricinde farklılık bulunmamalıdır. Öyle ki, öngörülecek yaptırımlar adli yardım ve suçluların iadesine imkan tanıyacak şekilde hapis cezalarını içermelidir[303].

[301]Lili Jiang, "Regulating Public Procurement in International Trade", s.204

[302]OECD tarafından 14.3.2019 tarihinde yapılan açıklamada, Türkiye'nin OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinde belirtilen kilit hususlara uymaması ve yurt dışı rüşvetle mücadele kanunlarını uygulamaması sebebiyle 2019 yılı içerisinde Ankara'ya üst düzey bir heyetin gönderileceği kararlaştırılmıştır. Bu karara sebep olarak 2014 yılında verilen tavsiye raporlarına rağmen yolsuzluk konusunda henüz bir mevzuat çalışması yapmadığı ve yürürlüğe koymadığı hususlarına işaret edilmiştir. (Çevrimiçi) http://www.oecd.org/newsroom/oecd-turkiye-yabanc-kamu-gorevlilerine-rusvet-konusundaki-uygulama-cercevesini-acilen-guclendirmeli-ve-kurumsal-sorumluluk-mevzuatnda-reforma-gitmeli.htm 1.4.2019

[303] OECD, Convention on Cobating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction and Related Documents, (çevrimiçi) http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf 25.1.2019

OECD yalnızca kamu görevlileri bakımından değil, ihaleye yönelik özel kişiler arasında yapılan gizli anlaşmaların da suç olarak düzenlemesini gözetmektedir. Buna göre gizli ihale anlaşmaları ve fesat eylemleri tüm OECD ülkelerinde yasadışı bir davranış olup, hem rekabet hukuku hem de ceza hukuku çerçevesinde incelenmektedir. Kamu ihalelerine ilişkin OECD kuralları ilk olarak 2009 yılınca kabul edilmiştir. Kurallar genel olarak ihale sürecinin dikkatli bir şekilde tasarlanmasıyla ihale risklerini azaltmak ve ihale sürecindeki teklif komplolarını tespit etmek üzere hazırlanmıştır. Bu kapsamda 2012 yılında ülkelere yönelik OECD Kamu Alımlarında Fesat ile Mücadele Tavsiye Kararı alınmıştır[304].

Tavsiye Kararı'nda önleyici tedbirler ve fesat davranışlarının tespit edilmesine yönelik tavsiyeler yer almaktadır. Özetle ihale sürecinin tasarlanmadan önce haberdar olunması bakımından merkezi bir yapının gerekliliği, ihaleye potansiyel katılımı en üst düzeye çıkarmak amacını taşıyan ve gerçek rekabeti sağlayan bir ihale süreci tasarlanması, ihaleye çıkılmasındaki gereksinimlerin somut olarak belirlenmesi ve bunun üçüncü kişilerce önceden öğrenilmesinin önlenmesi, ihale isteklileri arasındaki iletişimi azaltılması amacıyla etkin bir teklif süreci hazırlanması, tekliflerin doğru şekilde değerlendirilmesi ve karar verilmesi için ayrıntılı kriterler belirlenmesi ve istekliler arasında yapılabilecek gizli anlaşmanın riskleri konusunda farkındalığın artırılması tavsiye edilmiştir[305].

Şayet ihaleye fesat karıştırılmış ise bunun araştırılması ve tespiti için özel bir anlayışa sahip kanun çıkarılması, riskli konular bakımından yaşanan endişelerin istekliler ile görüşülmemesi, tüm ihale evrakının arşivlenmesi, meydana gelen bütün ihaleye fesat yöntemleri hakkında bir kayıt tutulması ve ihale görevlilerinin detaylı olarak bilgilendirilmesi tavsiye edilmektedir[306].

---

[304]OECD, Recommendantion of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, s.5-20 (çevrimiçi) http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf 25.1.2019

[305]OECD, Recommendantion of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, s.7-11

[306]OECD, Recommendantion of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, s.12-15; ayrıca bkz. OECD, Guidelines for Fighting Bid Rigging İn Public Procurement, (çevrimiçi) http://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidriggininpublicprocurement.htm 25.1.2019

Avrupa Birliği'nde de diğer uluslararası örgütlerde olduğu gibi ceza hukuku normu koyma yetkisi yoktur. Bu tür düzenlemeler daha çok devletlerin iç hukukta düzenleme yapmasını öngörmekte yahut tavsiye etmektedir[307]. Burada devletlere ihale hukukuna aykırı davranışların suç olarak düzenlenmesi konusunda yükümlülük getirilmektedir. Birlik hukukunun ve mali çıkarların korunması bakımından suç ihdas etmek her zaman yeterli bir kriter değildir. Cezanın türü, yaptırım miktarı, soruşturulması gibi ayrıntılar da gözetilmektedir. Üye devletin iç hukukunda , mevcut bir düzenleme yoksa veya mevcut düzenleme ihlal bakımından etkili, orantılı ve caydırıcı bir etkiye sahip değilse, başkaca bir direktif veya yönergeye gerek olmaksızın derhal bir düzenleme yapmak durumundadır[308].

Bu kapsamda, 2002 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşme, üye devletlere Avrupa Birliğine yönelik işlenen suçlar hakkında yasal düzenleme yapılması için yükümlülük getirmektedir. Avrupa Birliği aleyhine işlenen dolandırıcılık, rüşvet ve kara para aklama eylemleri iç hukukta ayrıca suç olarak düzenlenmelidir. Bu düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ve etkin rol oynayabilmesi amacıyla üye devletlerin ceza hukuku uzmanlarıyla 1997 yılında "Corpus Juris"[309] adlı bir proje hazırlanmıştır. Bununla paralel olarak 2001 yılında "Yeşil Kitap" hazırlanmıştır. Bu düzenlemelerde ihale dolandırıcılığı suçuna da yer verilmiştir[310].

---

[307]Stathaki, "Corruption in the Fields of Public Procurement Contracts: The Example of French and Greek Public Procurement Law", s.649

[308]"*..Avrupa birliğinde sınırlı yetki ilkesi gereğince, Birlik anlaşmalarınını tüm üye devletlere doğrudan bağlayıcı etkisi olan tüzük çıkarmak konusunda yetki vermesi mümkün değildir. Bunun yanında Birliğin yönerge ile doğrudan üye devletlerin vatandaşları bakımından bağlayıcı nitelikte ceza hükümleri getirmek yetkisi de bulunmamaktadır. Ancak yönergeler zaten ulusak hukuka akrarılması gereken, diğer bir deyişle, devbletin kendi kural koyma tyetkisini kullanarak bir ceza hükmü düzenlemesini gerektiren işlemler olduğu için, meşru sayılmaktadır. Dolayısıyla Birlik organları her ne kadar doğrudan bir tüzük ytada yöner çıkararak ulus üstü bir ceza yaptırımı koyamasalar da bu konuda direktif vermeye yetkilidirler..*"Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.97

[309]"Corpus Juris" Latince'deki hukuk organı anlamı gelir ve genellikle bir ülkenin yargı alanının veya mahkemenin hukukuna atıfta bulunmak için kullanılır. Senior European Experts, "Corpus Juris: A Criminal Law System for the EU?" ,s.1 (çevrimiçi)

https://senioreuropeanexperts.org/wp-content/uploads/2011/01/corpus-juris-a-criminal-law-system-for-the-eu.pdf 25.1.2019

[310]Söz konusu AB düzenlemeleri bazı üye devler tarafından egemenlik haklarına müdahale olarak görülmüş ve tepkiyle karşılanmıştır. Bu nedenle ikinci kez yapılması beklenen çalışma grubu

Corpus Juris'in 2'nci maddesinde "*Kamu İhalelerinin verilmesi sürecindeki bir hile, eğer Topluluğun maddi çıkarlarını tehlikeye düşürmeye elverişli ise, ihale dolandırıcılığı suçu oluşur. İleri sürülen teklifler üzerinde ihaleye katılanlar arasında gizli anlaşma veya diğper katılanlara karşı tehdit, vaat veya aldatma veya ihaleyi vermeye yetkili kamu görevlisi ile birlikte hareket etme fiilleri hileli davranışları oluşturur"* şeklinde bir düzenleme yer almıştır

Yeşil Kitap 2'nci kısımda ise ihale veren idarelere karşı karşı gerçekleştirilen fesat içerikli davranışların veya gizli anlaşmaların Birlik hukuku çerçevesinde suç olarak düzenlenmesi öngörülmüştür[311].

1.3.5. Yolsuzluğa Karşı İdari Bir Tedbir Olarak İhalelere Katılma Yasağı

1.3.5.1. Genel Olarak

İhalelere katılma yasağı, mevzuatla belirlenen kurallara uyulmadığı veya ihalede yasaklanan eylemlerin işlendiği durumlarda ihale isteklisinin idari bir kararla ihaleden uzaklaştırılmasını ifade etmektedir.

İhalelere katılma yasağı ile kamu kaynaklarının verimli kullanılması, ihale düzeninin bozulmaması ve ihale ilkeleri olan rekabet, eşit muamele, saydamlık, güvenirlik, gizlilik ve kamuoyu denetiminin sağlanması amaçlanmaktadır [312] . İhalelerin yürütülmesindeki bu idealler, isteklilerin ve ihale görevlilerinin ihaleler üzerinde diledikleri yüksek kazanç olgusu ile bazen çelişebilmektedir. Bu durumun bertaraf edilmesi amacıyla ihaleye yönelik bir takım hukuka aykırı eylemler

İngiltere'nin karşı çıkması sebebiyle yapılamamıştır; Senior European Expert, "Corpus Juris: A Criminal Law System for the EU?", s.2

[311]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.109

[312]Cemal Yüksek, "Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, S.106, 2015, s.33-39

işlenebilmektedir. Şayet bu tür eylemler kanun koyucu tarafından mevzuatta öngörülen yasaklılık hallerine tekabül etmekte ise, sorumlular hakkında bir takım idari yaptırımlar söz konusu olmakta, hatta bazı hukuka aykırı eylemler suç niteliği kazanarak cezaya tabi olmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. Maddesinde ihaleye fesat karıştırmak, rekabeti veya ihale kararını engelleyici davranışlarda bulunmak, belgede sahtecilik, alternatif teklif verebilme halleri dışında birden fazla teklif vermek ve ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak yasak fiiller ve davranışlar olarak sayılmıştır[313].

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na baktığımızda ise 83. Madde içerisinde hile, desise, vaat, tehdit nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya talebi azaltacak, istekliler arasında anlaşmaya sevk edecek işaretlerde ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görülme ve tartışma yapmak, ihale işlerinde sahte belge veya teminat kullanmak veya teşebbüs etmek, üzerine ihale yapıldığı halde taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak olarak tahdidi olarak belirtilmiştir.

Bununla birlikte 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "yasaklar ve sorumluluklar" başlıklı üçüncü bölümde yer alan 25. Maddeye göre, ihaleyi alan ilke yapılan sözleşmede hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak, sahte belge düzenlemek, kullanmak veya buna teşebbüs etmek, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında, hileli malzeme, araç veya usuller

[313]44734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi hükmü şu şekildedir; "a)Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak. c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek. e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak."

kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı, veya kusurlu imalat yapmak, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek, bilgisini ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya bilgi ve belgeleri açıklama yasağına aykırı hareket etmek, mücbir sebepler dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek, yapılan sözleşmenin Kanun'un sözleşmenin devri hükmüne aykırı olarak devretmek veya devralmak biçimindeki eylemler yasaklanmıştır.

Temel ihale kanunlarının kapsamı dışında kalan kurum ve kuruluşların kendi mevzuatlarıyla yaptığı ihaleler için ayrıca yasak davranışlar tespit edilmiş ve düzenlenmiştir. Örneğin Özelleştirme Uygulaması Hakkında Kanunu 7'nci maddesine göre; özelleştirme programında bulunan kuruluşlardan Sermaye Piyasası Kanunu'nun kapsamına giren ve hisseleri borsada işlem gören kuruluşların yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri ve diğer personeli, özelleştirme idaresi personeli, Özelleştirme Yüksek Kurulu başkan ve üyeleri görevleri dolayısıyla bu kuruşların hesap ve işlemleri ile işletmelerine ilişkin öğrendikleri henüz kamuya açıklanmamış bilgileri açıklayamazlar. Bu bilgileri kendilerine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasalarında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamalarına yönelik olarak borsa içinde ve dışında bu kuruluşlarla ilgili menkul kıymet alımı satımı yapamazlar.

Bunun yanında İcra İflas Kanunu 134'üncü maddesinde ihalenin bozulma nedenleri teker teker sayılmasa da, genel olarak ihale ilkelerine vurgu yapıldığı ve diğer kanunlara atıflar ile bir takım davranışların yasaklandığı görülmektedir. İhaleye fesat karıştırılması, arttırmaya hazırlık aşamasındaki hatalı işlemler, ihalenin yapılması sırasındaki hatalı işlemler, alıcının malın önemli nitelikleri hakkında hataya düşürülmüş olması şeklinde üç başlık altında incelenmektedir.

Bahsi geçen yasak fiil veya davranışlarda bulunan kişiler hakkında yasaklama kararı verilir. 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu'nda yasaklama kararı verilecek haller dört ana başlıkta toplanmıştır; Bunlardan ilki Kanun'un 17'nci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlardır. Bir diğer başlıkta 17/1-e maddesinin atfıyla 11'inci maddesi uyarınca ihaleye katılamayacak olanların doğrudan ve dolaylı veya alt yüklenici aralığı ile katılamamaları yer almaktadır. Üçüncü halde 58/1 maddesi

uyarınca mücbir sebep bulunmaksızın sözleşmeden kaçınma hali ve son olarak 61'inci madde uyarınca bilgi ve belgeleri açıklama yasağını ihlal eden danışmanlık hizmeti sunucusunun yasaklanması halleridir[314].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 17'nci maddesi, diğer ihale mevzuatında münferit olarak yasak fiil ve davranışlar konusundaki düzenlemelerle hemen hemen aynı hükümleri ihtiva etmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 83'üncü maddesi de ihalelerde yasak fiiller konusunda oldukça benzer bir hükme yer vermektedir. Lüzumsuz tekrar olmaması adına bu başlıkta yalnızca 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi başlığında yer alan yasak fiiller ve davranışlar işlenecektir.

17'nci madde içerisinde sayılan fesat halleri bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarına benzer mahiyettedir. Ancak iki düzenleme arasında sebep ve sonuç yönünden farklar bulunduğu gibi, şekil ve işleyiş bakımından da önemli farklar bulunmaktadır. Kamu İhale Kanunu içerisinde sayılan hallerin meydana gelmesiyle, TCK'nın 235'inci maddesinin her halükarda ihlal edildiği sonucuna varamayız. Zira ihale hukuku idare hukukunun bir alt dalıdır ve genel işleyişi idare hukukuna göre yapılanmıştır. Kamu İhale Kanunu da idare hukukuna tabi bir mevzuattır. Bu haliyle ihale anlayışının ceza hukuku ile tam anlamıyla örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Ancak söyleyebiliriz ki, ceza hukuku anlamında ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut veren bir eylem, mutlaka ihale hukuku nazarında bir sonuç doğurur. Bunun sebebi ihale mevzuatına göre "fesat karıştırma" kavramı ceza hukukundakine nazaran çok daha geniş bir anlama sahiptir. Örnek olarak bir teklif zarfı içerisinden ihale dokümanı ve teklif mektubu çıkması gerekirken, bir tomar boş kağıt çıkması durumunda bu eylemi işleyen kişinin TCK. 235'inci maddesi anlamında bir sorumluluğu olmayacaktır. Bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz üzere, ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları TCK'nın 235'inci maddesinde oldukça sınırlayıcı ve dar kapsamlı olacak şekilde düzenlenmiştir. Suç tipi olarak teklif mektubu içine boş kağıt yerleştirmek bir suç değildir.

[314]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, s.130

Ancak aynı davranış Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesine göre yasak bir fiil ve davranış niteliğinde olup idari yaptırıma tabidir[315]. 17'nci madde ana hatlarıyla belirlemek yerine, yasak davranış ve fiiller hakkında idareye, Kamu İhale Kurulu'na ve idari yargı birimlerine takdir yetkisi tanımayı tercih etmiştir. İdare takdir yetkisini kullanırken kamu yararı, hizmet gerekleri ve eşitlik ilkesini gözetmek durumundadır. Bir davranışın ihale düzenine ve mevzuata aykırı olup olmadığına idare ve mahkemeler karar verecektir. Bunu söylememizin sebebi 17'nci maddenin açıklanmaya muhtaç çok sayıda muğlak ifade barındırıyor olmasıdır. Madde metnine baktığımızda (a) bendinde yer alan "*başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak*" şeklinde bir ifade gözümüze çarpmaktadır. Bu Kanun'un bir başka maddesinde yada gerekçesinde açıklanmış bir kavram değildir. Kişiler başvurdukları ihalelerde nasıl davranmaları gerektiğine dair Kanun'da bir açıklamayla karşılaşmamaktadırlar. O yüzden her hangi olağan dışı bir durumun (a) bendi uyarınca yasak fiil ve davranış olarak betimlenmesi mümkündür. Bu tür bir düzenleme belirsiz olması ve kanuni idare ilkesine aykırı olması sebebiyle eleştirilebilir. Fakat kanun koyucu ihalelerin her türlü şüpheli durumdan uzak, dürüstlük ve güvenirlik ilkesiyle yürümesi için idarelerden azami hassasiyet göstermeleri adına böyle bir düzenleme getirmiştir. Kanun koyucunun iradesi, ihalelerde olağan dışı görünen her durum ve davranışın ihalelerden uzaklaştırılması ve cezalandırılması olarak tecelli etmiştir. Düzenlemeye baktığımızda bir isteklinin ihale dışı bırakılması, yatırdığı teminatın gelir olarak kaydı ve ayrıca 1 yıldan 2 yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklanması ve bunların birlikte uygulanması ciddi yaptırımlardır ve sonuçları ağır olmaktadır. Henüz ortaya çıkmış veya çıkması muhtemel bir zarar bulunmasa dahi ağır yaptırımlar uygulanması, orantılılık ilkesi[316] bakımından tartışma konusu yapılabilirse de, rekabet sistemi ve dürüst işleyişin tehlike altında olduğu hallerde bir takım tedbirlerle korunması hukuk devletinin bir gereğidir.

[315]Danıştay 13. Dairesi 26.9.2005T., 2005/1819E., 2005/4728K. Sayılı kararı

[316]Kamu İhalelerinden yasaklama yaptırımının ölçülülük (orantılılık) ilkesiiçin bkz. Yüksek, "Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi", s.33-39

1.3.5.2. Yasak Eylemler

1.3.5.2.1. Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek[317]

Bu madde oldukça geniş bir alanı kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Madde içerisinde sekiz adet eylem tipi belirlendikten sonra "veya başka yollarla" ihaleye fesat karıştırma ibaresine de yer verilmiştir. Ayrıca bahsi geçen eylemlerin her birinin teşebbüste kalmış hali de yasak fiillere dahil edilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, maddenin düzenleniş şekli idare hukukuna tabi bir düzenlemeden ziyade bir ceza normuna benzemektedir. Maddenin sınırları belli değildir. Bir eylemin yasak fiil veya davranış olduğu konusunda bir net betimleme yapılamamaktadır. Maddenin bu haliyle idarenin keyfi tutumlarına konu olması ve suistimal edilmesi muhtemeldir. Ayrıca teşebbüs halinde kalmış bir eylem hakkında idari yaptırım uygulanması konusunda idare hukukunda fazla örnek bulunmamaktadır[318].

İlk bent içerisinde sayılan davranışların yanı sıra, her hangi bir yolla fesat karıştırılmasının yasak eylem olarak öngörülen düzenleme aslında kafi görülebilirdi. Her türlü hukuka aykırı davranışı (a) bendindeki fesat halleri içerisinde değerlendirmemiz mümkündür. Bu ibarenin varlığı, diğer bentlerde yer alan düzenlemelerin tamamını gereksiz kılmaktadır. Örneğin "c" bendindeki sahte belge ve sahte teminat düzenlemek eylemi ile "d" bendindeki birden fazla teklif vermek eylemi, bulundukları bentler olmasa dahi "a" bendindeki düzenleme dolayısıyla idari

[317] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 83'üncü maddesinin (a) bendi "hile, desise, vaat, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etmek" şeklindedir

[318] Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* s.139 (kanuni idare ilkesi gereği bir davranışın teşebbüs halinde kalması halinde idari yaptırımla karşılanabilmesi için açık bir kanuni düzenleme olması gerektiği ifade edilmişse de, 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi hükmü zaten bir kanuni düzenleme olduğu için bu eleştiri yerinde değildir.)

yaptırıma konu edilebilirdi. Bu bakımdan düzenlemenin mükerrer nitelik taşıdığını söyleyebiliriz.

Hile[319] kişiyi, içinde bulunduğu duruma uygun olduğu zannıyla hareket etmeye ikna etmek, yanlış kanı uyandırmak, yargılama gücünü etkilemek, algılama yetisini etkilemek amacıyla yapılan gerçek dışı jest ve sözler içeren davranışlardır. Bu madde kapsamında hile suretiyle fesat karıştırma kavramı ceza hukukundaki anlamından daha geniştir. Özel hukukta esaslı bir hata olmasa dahi hilenin varlığına hukuki sonuç bağlanmakta olduğundan, ceza hukukuna nazaran daha geniş bir anlama sahiptir. Çünkü ceza hukukunda, özellikle dolandırıcılık suçlarında hilenin cezalandırılabilmesi için basit yalandan çok daha komplike bir hareketin varlığı gerekir . Yalan beyanın ağır, yoğun ve ustaca yapılması ve mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte olması zorunludur. Yasak fiil olarak kabulü için hileli hareketin esaslı ve objektif mahiyette kandırma niteliğine sahip olmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Gerçeğinden ayırt edilemeyen sahte bir belge ile işlenebildiği gibi basit yalanla yapılan bir hukuka aykırı davranış dahi hileli fesat karıştırma kabul edilmelidir.

Vaat kelime anlamıyla bir işi yerine getirmek için verilen söz demektir[320]. İhalenin gidişatını değiştirmek ve belli bir isteklinin üzerinde kalmasını sağlamak amacıyla verilen her türlü söz, yasak davranış ve fiil kapsamında kabul edilmelidir. Vaadin hukuka, ahlaka aykırı yahut uygun olmasının bir önemi yoktur. İsteklilere yada ihale görevlisine yönelik vaadedilen her hangi bir şey karşılığında ihalenin vaatte bulunanın talepleri doğrultusunda yürütülmesi halinde yasaklanan fiil ve davranıştan bahsetmek gerekecektir. Aynı şartlar anlaşma kavramı için geçerlidir. İsteklilerin birbiri ile veya istekli ile ihale görevlisi arasında yapılan anlaşmaların varlığı ihalenin fesada uğramasına yol açacaktır. Anlaşmanın hangi konuda yapıldığının bir önemi bulunmamaktadır. TCK. 235'nci maddesinde düzenlenen gizli veya açık anlaşma yapmak eyleminin unsurlarının burada aranması ve tartışılmasına lüzum yoktur.

---

[319]Hile konusu farklı hukuk dalları bakımından ikinci kısımda "maddi unsur" başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Tekrar olmaması bakımından burada yalnızca değinilmekle yetinilmiştir.

[320]Türk Dil Kurumu Büyük Sözlük; (çevrimiçi) www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=329812 19.1.2019

Bununla birlikte çıkar sağlama, rüşvet ve irtikap gibi eylemlerin yasaklı fiiller olup olmadığı konusu izahtan varestedir.

Tehdit kavramı da hile gibi ceza kanunlarında tanımlandığı anlamıyla değil, borçlar hukukundaki anlamıyla iradeyi fesada uğratan hallerden biri olarak kabul edilmelidir. TCK'nın 106'ncı maddesinde düzenlenen tehdit suçunun unsurları 4734 sayılı Kanun'un 17/1-a maddesinin uygulanması bakımından aranmaz. Örneğin ihaleye giriş yeterliliği bulunmadığı ve koşulları sağlamadığı için teklifi değerlendirmeye alınmayan isteklinin, ihale salonunda "beni almazsanız kendimi yakarım" diyerek ihale komisyonunu etki altına almaya çalışması şeklinde bir eylemde TCK. 106'ncı maddesi bakımından hukuki bir sonuç ortaya çıkmazken, 4734 sayılı Kanun 17'nci maddesini ihlal ettiğini kabul etmek gerekir.

4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin ihlal edilmesi neticesinde yine aynı Kanun'un 58'inci maddesinde düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanması üzerine Danıştay 13. Dairesinin verdiği kararlarda genellikle ihaleye fesat karıştırma tabirini kullandığı, bunun yanında diğer bentlerdeki fiillerin birlikte işlenmesi sebebiyle birkaç ihlal sebebine atıf yaptığı görülmektedir[321].

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

4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin (b) bendinde[322] yer alan söz konusu eylemler tek tek sayma suretiyle belirlenmiştir. Bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz gibi (a) bendi torba bir hüküm olarak düzenlendiğinden, aslında (b) bendi kapsamında

[321]Danıştay 13. Daire 19.11.2009T., 2008/2496E., 2009/10172K. Sayılı kararı

[322]2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 83'üncü maddesinin (b) bendi "açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağrıyı ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak" şeklinde benzer bir hükme yer vermiştir.

rekabeti engelleyici fiillerin de (a) bendi kapsamında yaptırıma tabi tutulması mümkündür.

Rekabet ihlalinin iki şekilde kendisini gösterdiği literatürde ifade edilmiştir. Bunlardan ilki istekli şirketler arasında gerçekleşen yatay anlaşmadır. Bu kapsamda yapılan anlaşmaya bağlı olarak ihaleye göstermelik teklif sunulması, diğer şirketlerin teklif vermemeleri için ikna edilmesi, şirketlerin birbirlerinin katıldıkları ihalelere teklif sunmamaları, şirketlerin coğrafi olarak ihale yapılacak bölgeleri paylaşması, anlaşmaya dahil olmayan şirketlerin ihaleyi kazanmasının bir şekilde engellenmesi örnek olarak verilebilir. Diğer rekabet ihlali ise şirket ile ihale görevlisi arasındaki dikey anlaşmadır. Burada ihalenin yeterlilik ilkelerinin neler olacağı konusunda ihale işlemlerinden önce istekliler ve ihale komisyonu tarafından kararlaştırılması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, ihalenin üzerine bırakılacağı teklifin hangisi olacağının kararlaştırılması, dışardan birinin ihaleyi kazanması durumunda iptal kararı verilmesinin kararlaştırılması şeklinde kendisini gösterebilir[323].

Bu bentteki ihlal şekillerinden birisi de isteklileri tereddüte düşürmektir. İhale sırasında olağan dışı hareketlerde bulunarak ihaleye katılanların iradelerini sakatlamaya çalışmak şeklinde tezahür eder. Bir zarf içerisinde 3 adet teklif mektubu sunan isteklinin, diğer isteklileri tereddüte düşürmeye çalıştığı ileri sürülerek ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmiştir. Danıştay ise bu olayla ilgili olarak biri doldurulmuş ve imzalanmış, diğer ikisi boş ve imzasız olan toplam üç adet ihale teklif mektubunun ihale komisyonuna sunulması eyleminin 17'nci maddenin (b) bendini ihlal ettiği, bu yüzden ihalelerden yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir[324]. Birden fazla fiyat içeren teklif mektubu yada fiyat kısmı boş teklif mektubu sunan isteklinin amacı tüm teklifler açıldıktan sonra ihale sırasında bir şekilde zarf içerisindeki en düşük miktarlı teklifini komisyona kabul ettirme çabası olduğu

[323] Erdem Bafra, "Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları", **Kara Harp Okulu Bilim Dergisi**, C.24, S.1, 2014, s.98-99

[324] Danıştay 13. Dairesi 29.4.2011T., 2009/5288E., 2011/1946K. Sayılı kararı; Bafra, "Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları", s.100

uygulamada görülmektedir. Böyle kötü niyetli bir fiil karşısında ihaledeki rekabetin ortadan kaldırılmaya çalışıldığı sonucuna varılabilir.

Bedel bölümü boş bırakılmış 2 adet teklif mektubu ile bir adet fiyat içeren toplam 3 teklif mektubu sunan isteklinin yine 17'nci maddenin (b) bendinde yer alan isteklileri tereddüte düşürmek fiilini işlediği sonucuna varmıştır. Anılan kararda isteklinin fiyat kısmı boş teklif mektuplarını sunması halinde, bu hanelerin ihale sırasında veya ihale sonrasında doldurulabileceği gerçeği karşısında, bu fiilin ihale kararının ve rekabeti etkileyecek davranış olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş ve bu isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir[325].

Bununla birlikte ihale sırasında şirketlerin sundukları belgeler ve teklif mektuplarında benzerlik bulunması[326] yahut şirketlerin tebligat için beyan ettikleri adreslerin aynı olması[327] hallerinde rekabetin engellendiği yönünde güçlü bir karine teşkil etmektedir. Bu gibi durumlar isteklilerin göstermelik olarak kurdukları paravan bir şirket yada anlaşmalı oldukları bir istekli ile ihaleye girerek fiyatı ve dolayısıyla ihale sonucunu etkilemeye çalıştıklarını göstermektedir[328].

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

4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde isteklilerden talep edilen yeterlilik belgeleri ve teminat makbuzlarının içerik ve şekil kuralları ayrıca Kamu İhale Genel

[325] Danıştay 13. Dairesi 22.11.2011T., 2011/2456E., 2011/5207K. Sayılı kararı ; Bafra, Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları", s.101

[326] Danıştay 13. Dairesi 26.1.2011T., 2009/5935E., 2011/254K. Sayılı kararı

[327] Danıştay 13. Dairesi 16.1.2011T., 2009/4214E., 2011/245K. Sayılı kararı

[328] Danıştay 13. Dairesi 7.6.2010T., 2008/10796E., 2010/4769K. Sayılı kararı "*... ihaleye katılan dört şirlete ait teklifleri oluşturan imalat kalemlerine ait miktarların ve bunlara ait birin fiyatların birbirinin aynı olduğu beyannamelerin aynı yazı tipinde ve düzeninde ortak bir elden oluşturulduğu, ihaleye teklif veren bütün isteklilerin fiyatlarının yaklaşık maliyete göre yüksek ve birbirine çok yakın olduğu, ..., firmaların ihale öncesi ortak hareket ederek ihalede rekabeti engelleyici davranışlarda bulundukları anlaşılmaktadır.*"; Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* s.149

Tebliğinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Yeterlilik değerlendirmesi için 10'uncu maddede sayılan belgeler istekliler tarafından teklif mektubu ile birlikte ihale komisyonuna sunulmaktadır. İşte ihaleye katılımı ve tekliflerin değerlendirmeye alınmasını sağlayan bu belgeleri sahte olarak düzenlemek, üzerinde tahrifat yapmak ve bunları kullanmak 17'nci maddenin (c) bendi uyarınca yasak fiil ve davranışlardandır. Komisyona sunulan belgenin resmi veya özel belge olmasında bir fark yoktur. Sahte belgenin üçüncü bir kimse tarafından tanzim edilmesi fiilin yasak niteliğini değiştirmez.

Belge, insan iradesini hukuki bir sonuç doğurmaya uygun yazılı ve gözle algılanabilir, bir durumu belirleme veya ispat etmeye yarayan her şeydir[329]. Sahte belge üretmek veya kullanmak fiili, ceza hukukundaki sahtecilik suçundan pek farklı değildir. Bir belgenin aslına benzetilerek fakat gerçeğe aykırı, uydurma olarak tanzim edilmesi sahtecilik suçudur. Elbette aldatmaya elverişli olması gerekir. Aldatma unsuru sahtecilik suçunun esaslı şartıdır[330].

Kanaatimizce sahte bir belgenin fotokopisinin komisyona sunulması da yasak fiil ve davranışlar kapsamında bir fiildir. Zira fotokopi evrak TCK'nın 204'üncü maddesi anlamında suç oluşturmamaktadır ve ceza yaptırımına konu olmaz. Ancak 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesine göre gerçeğe aykırı bir belge olması sebebiyle yasaklama kararı verilebilir.

Ayrıca sahtecilik suçu için aranan aldatma kabiliyeti unsurunun, yasak fiil ve davranış kavramı açısından önemi yoktur. İsteklinin ihaleye sunduğu bilanço evrakında amatörce yaptığı tahrifat ihale komisyonu tarafından ilk bakışta anlaşılmışsa ve aldatma kabiliyetine haiz değilse de, 17'nci maddenin (c) bendinde ifade edilen yasak fiil gerçekleşmiş olur ve teklifi değerlendirme dışı bırakılan isteklinin aynı zamanda ihalelerden yasaklanmasına karar verilir. Fiilin ceza hukuku nazarında sonuç doğurması şart değildir.

[329]Belge kavramı ve kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koray Doğan, "Ceza Hukukunda Belge Kavramı", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.14, 2010, s.51-66

[330]Sedat Şan, "Resmi Belgede Sahtecilik", **Terazi Hukuk Dergisi,** S.106, 2015, s.140

Danıştay, ihale sırasında sosyal güvenlik borcu olmadığına dair belge sunulmasına rağmen isteklinin kesinleşmiş prim borcu olduğunun ortaya çıkması ile, sözleşme imzalanmış olmasına rağmen ihalenin iptal edilmesi kararını onamıştır[331].

Bununla birlikte Danıştay 13. Dairesi 2010 yılında verdiği bir kararda, idareye sunulan borcu yoktur yazısının teyit edilmesi için ilgili idareyle yapılan yazışmalarda, yazının sahte olduğunu ortaya çıkartarak isteklinin ihalesinin iptal edilmesi kararının hukuka uygun bulmuştur; "*…BOTAŞ Genel Müdürlüğü'ne sunulan ... belgenin teyidi amacıyla SGK Ankara İl Sigorta Müdürlüğü'nden görüş sorulduğu, anılan kurumun ... davacının prim borcu olmadığına dair sunduğu belgenin müdürlüklerince verilmediğinin ifade edildiği, ... davacı şirketin ihale tarihi itibariyle sosyal güvenlik prim borcu bulunduğu halde SGK tarafından düzenlenmediği bildirilen prim borcu bulunmadığına dair yazı ibraz edildiği ve böylelikle sahte belge kullanmak suretiyle sözleşme imzalanmasına yol açıldığı anlaşıldığından ...*" Bu durumda isteklinin imzaladığı sözleşmeye ait ihale iptal edilmekle birlikte, ayrıca istekli hakkında 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilecektir[332].

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

Mal alımı ihalelerinde ihale dokümanına konulacak bir madde ile bir kişinin birden fazla teklifi alternatifli olarak sunması mümkündür. Bu izin Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinde alternatif teklif olarak ifade edilmektedir; "ihale dokümanında hüküm bulunması halinde, bir ihalede aynı aday veya istekli tarafından ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip

[331]Danıştay 13. Dairesi 4.5.2010T., 2008/4449E., 2010/3743K. Sayılı kararı

[332]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, s.156

ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra alternatif olarak sunulması".Anılan maddenin haricinde birden çok teklif verme imkanı bulunmamaktadır. Bunun amacı rekabetin sağlanmasıdır. Ancak ihalelerde görünürde birden fazla istekli katılım yapılmış ve rekabet şartı gerçekleşmiş gibi görünebilir. Aslında yapılmak istenen şey ihaleyi almak isteyen bir şirket ile birlikte, onun güdümünde faaliyet gösteren yada onunla anlaşmalı olarak ihaleye giren bir çok firmanın başta planlandığı gibi teklifler vererek, maliyeti düşük bir ihale kazanmaktır.

Birden fazla teklif vermek şeklindeki yasak fiil ve davranışlar 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin (a) bendinin ihlali olabileceği gibi bazı hallerde (d) bendinin ihlali olarak ortaya çıkmaktadır. Genel itibariyle teklif mektubundan birden fazla imzalı teklif mektubu çıkarsa birinci fıkranın (d) bendine göre, birden fazla teklif mektubundan yalnızca birinin imzalı diğerlerinin imzasız olması durumunda ise (a) bendi uyarınca işlem yapıldığı anlaşılmaktadır. Danıştay 13'üncü Dairesi 2007/11800 esas ve 2009/4578 karar sayılı kararında "… davacı şirketin ihale komisyonuna verdiği teklif zarfı içerisinde bir tanesi teklif fiyatı belirtilmiş ve imzalanmış, diğer üç tanesi de teklif fiyatı boş bırakılmış ve imzalanmamış olarak toplam dört adet teklif mektubunun yer aldığının tespit edilmesi üzerine, … bu fiilin 4734 sayılı Kanunun 17/a maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlar kapsamında görüldüğünden itibar edilmediği …" şeklindeki gerekçesi ile iki bent arasındaki farkın ne olduğu sorusuna yanıt vermektedir [333].

Aynı ihaleye teklif sunan şirketlerin organlarında görevli kişilerin ortak, denetçi veya yönetici gibi sıfatlarla bir başka şirkette daha çalışıyor olması hallerinde şirketler arasında organik bir bağın olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu organik bağ her zaman hukuka aykırı bir mahiyette olmayabilir. Aynı kişinin birden fazla şirkette görevli oluşunun "birden fazla teklif vermek" fiilini meydana getirmesi gerekir. Danıştay ise organik bağ bulunması durumunda 17'nci maddenin (d) bendinin ihlali yönünde kararlar vermektedir. A şirketinde müdür olan kişinin birlikte ihaleye katılan

[333]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* s.159

B şirketinde ortak olması ve vekili aracılığı ile teklif verilmesi eyleminde rekabetin, gizlilik ve güvenirlik ilkelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır[334].

1.3.5.2.5. 11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesinde ihalelere kat'i surette katılamayacak kişiler saymak suretiyle tespit edilmiştir. "*a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.*
b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.
f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).
İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir. İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar"

[334]Danıştay 13. Dairesi 24.11.2010T., 2009/2858E., 2010/8006K. Sayılı kararı

Açıkça sayılan bu kişilerin ihaleye katılması durumunda maddenin son fıkrası uyarınca ihale dışı bırakılırlar ve ihaleye katılmak için yatırdıkları geçici teminata el konularak gelir kaydedilir. Eğer ihaleye katılma engeli daha sonra ortaya çıkmış ve engelli kişi ihaleyi kazanmışsa ihale feshedilir. Aynı maddeye göre 11'inci maddenin ihlaline yol açarak ihaleye katılanların, başvuru sırasında yatırdıkları geçici teminat gelir olarak kaydedilir. Bu yaptırımların yanında 17'nci maddenin (e) bendi uyarınca ayrıca idare tarafından 58'inci madde uyarınca yasaklama kararı verilecektir[335].

1.3.5.2.6. Üzerine İhale Yapıldığı Halde Sözleşme Yapmamak

4734 sayılı Kanun'un 41'inci maddesinde "ihale sonucu ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil olmak üzere, teklif veren bütün isteklilere bildirilir" hükmü yer almaktadır. İhale sonucu isteklilere bildirildikten sonra 10 gün geçmesiyle ihaleyi kazanan istekli ile sözleşme imzalanmalıdır. Bunun için ihaleyi kazanan istekli, kesin teminatı yatırması ve sözleşmeyi imzalaması için davet edilir. Aynı Kanun'un 44'üncü maddesi uyarınca ihaleyi kazanan istekli kesin teminatı yatırmak ve sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşmeyi imzalamayan istekliye yeniden protesto çekilmez veya tebligat yapılmaz. Yatırmış olduğu geçici teminat ise gelir kaydedilir.
Bu kapsamda sözleşme imzalamaktan imtina eden istekli hakkında 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi uyarınca 6 aydan 1 yıla kadar ihalelerden yasaklanmasına karar verilir. Yasaklılık kararı yalnızca 4734 sayılı Kanun'a tabi idareler hakkında değil, 2'nci ve 3'üncü maddelerde istisna olarak belirtilen kurum ve kuruluşların tamamının yaptığı ihaleler hakkında hüküm ifade eder.

[335]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* s.191

1.3.5.3. İdari Yaptırımlar

1.3.5.3.1. İhalelerden Yasaklanma

İdarenin, bir yargı kararına gerek duymaksızın yasalardan aldığı yetkiyle ve idare hukukuna özgü şekil kuralları ile doğrudan uyguladığı yaptırımlara idari yaptırım adı verilmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklama kararları da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ihale yapmaya yetkili idarelere verdiği bir yetkinin uzantısı olarak verilmektedir. İhalelerden yasaklılık durumu bu şekilde idari bir işlemle ortaya çıkabileceği gibi mahkeme kararıyla da söz konusu olabilmektedir. İdare tarafından verilen ihaleden men kararı, idari işlem – idari yaptırım niteliğindedir. Danıştay 13. Dairesi "4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında kamu davası açılması durumunda, yargılama sonuçlanıncaya kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacaklarının düzenlendiği, davalı Bakanlık veya başka bir kurum tarafından davacı hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmediği, davacının açılan bir kamu davası sonucu olarak ihalelere katılamayacağı, buradaki ihalelere katılmama olgusunun idari işlem değil yasal düzenleme gereği ceza yargılamasının bir sonucu olarak ortaya çıktığı ve yargısal faaliyet kapsamında bulunduğunun kabulü gerektiği, bu durumda davacı hakkında idari işlem niteliğinde verilen bir yasaklama kararının varlığından söz edilemeyeceğinden…" ifadeli gerekçeli kararında da belirttiği üzere, idarelerce verilen yasaklama kararları idari işlem niteliğindedir ve iptal davasına konu edilebilir[336].

Anayasa Mahkemesi 2010 yılında verdiği bir kararda 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacaklarına dair hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası hakkında "Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır" gerekçesiyle başvurunun reddine karar vermiştir.

[336]Ömer Tuğrul Zor, "Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları", **Terazi Hukuk Dergisi**, S.90, 2014, s.77

İhalelere katılma yasağına üç halde karar verilmektedir. Birincisi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesindeki yasak fiil ve davranışlardır. İkincisi aynı Kanun'un 17/e maddesi atfıyla 11'inci maddede sayılan ihaleye katılmalarında engel bulunmasına rağmen ihaleye giren isteklilerdir. Üçüncü hal ise 58'inci maddenin birinci fıkrası uyarınca üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamaktır.

Kamu İhale Kanunu'nun 58'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yasaklama kararlarının yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen kırkbeş gün içinde verileceğine hükmedilmiştir. Söz konusu 45 günlük süre hak düşürücü niteliktedir. Bu süre idarenin yasak fiilin işlendiğini tespit etmesi ile başlamaktadır. Yasak fiilin işlendiği, idarenin onu farkettiği zaman tespit edilebilir. Bu tarihten itibaren idare, ihalelerden yasaklama kararı vermeye yetkili merciiye durumu tutanakla derhal bildirmeli, mercii de 45 gün içerisinde yasaklama kararını tanzim etmelidir[337].

58'inci maddenin birinci fıkrasına göre, 17'nci maddenin ihlaline neden olan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişi ve şirketlerin ihalelerden 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar yasaklanmasına karar verilecektir. 11'inci maddeye aykırı olarak ihaleye giren istekliler hakkında da aynı cezaya hükmolunacaktır. Bununla birlikte üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında verilecek ihalelere katılma yasağının süresi 6 aydan az olmamak üzere 1 yıla kadardır. Sürenin takdirini idare yapacaktır. Yasaklılığa ilişkin değerlendirme yaparken işlenen fiilin ağırlığı ve daha önce benzer şekilde yasaklama kararı verilip verilmediği değerlendirilmelidir. İdare yasaklılık süresini takdir ederken kamu yararı, hizmetin gerekleri ve eşitlik ilkesini gözetmek durumundadır. Danıştay

[337]Danıştay 13. Dairesi 8.11.2005T., 2005/5992E., 2005/5404K. Sayılı kararı ".. *ihalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanarak ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada fiilin işlendiği tarih esas alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tespiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu ancak ihaleyi yapan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle idarenin ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olur.*"

13'üncü Dairesi 2011 yılında verdiği bir kararda[338], "…şartname gereği eksik kalan hususların giderilmesi için verilen 20 günlük sürede projelerde yapılan düzeltmeleri sunduğu hususları gözetilmeksizin diğer bir deyişle fiil ve davranışın özelliği dikkate alınmaksızın Yasa'da öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama kararının üst sınırdan verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde eylemle ceza arasındaki ölçülülük ve hakkaniyet ilkeleri yönünden hukuka uyarlık görülmediğinden, dava konusu işlemin iptali gerekirken davanın reddi yolunda karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır" diyerek, fiil ve davranışın ihlal ettiği ölçüde bir yaptırımla karşılanması ve orantılı olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kararda yasaklama süresinin belirlenmesi konusunda bir kural öngörülmediği için idare hukukunun genel ilkeleri gözetilmelidir.

Bununla birlikte takdir yetkisinin yalnızca süre yönünden bulunduğu ve idarenin yasaklama tedbiri uygulamamak şeklinde takdir yetkisinin olmadığı, ölçülülük ilkesinin kanunda yer almadığına değindiği kararda Danıştay "… davalı idarece takdir hakkının kullanılarak bu fiilin özelliğine göre davacılar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerekirken, kanunda öngörülmeyen ölçülülük ilkesinden hareketle işlemi iptal eden mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline yönelik mahkeme kararının bozulması" şeklinde hüküm kurmuştur[339].

58'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması durumunda ortakların tamamı hakkında, sermaye şirketi ise sermayenin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da yasaklama kararı verilecektir.

İsteklinin işlediği yasak fiil ve davranış aynı zamanda TCK'nın 235'inci maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturuyorsa, yapılacak yargılama sonucu verilen mahkumiyet kararı gereğince mahkeme tarafından ihalelerden

[338] Danıştay 13. Dairesi 2009(1748E., 2011/1945K. Sayılı kararı; Zor, "Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı", s.78

[339]Yüksek, Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi", s.36

yasaklama kararı verilmelidir. 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi hükmü gereği, ihaleye fesat karıştırma suçundan hüküm giyen kimse hakkında yasaklama kararı verilmesi zorunludur. İdare tarafından ayrıca yasaklama kararı uygulanmış olması mahkemenin kararını etkilemez[340].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında öngörülen iki tür idari tedbir bulunmaktadır. Birincisi 10/4'üncü fıkrada düzenlenen ihale dışı bırakma tedbiridir. İkincisi ise 58/3 maddesi uyarınca yasak fiil ve davranışları tespit edilenlerin aynı idare tarafından yasaklama kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar yapılacak sonraki ihalelere iştirak ettirilmemesidir. Bunların haricinde ceza mahkemelerinde haklarında kamu davası açılan kişilerin 4734 sayılı Kanun'un 58/2 ve 59/1 maddesi uyarınca yargılama sonuna kadar ihalelere katılamamaları hali vardır. Ancak bu konu ileride güvenlik tedbirleri başlığı altında incelenecektir.

1.3.5.3.2. Kamu İhale Kanunu'nun 10/4 Maddesinde Düzenlenen İhale Dışı Bırakılma

İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilan eden ve işlerini askıya alan istekliler kesinlikle ihale dışı bırakılacaktır. Türk Ticaret Kanunu ve İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca tacir[341] olan gerçek veya tüzel kişiler haklarında iflas kararının verildiği anda iflas açılmış ve tacir kişi müflis sıfatını almış olur. Hakkında iflas kararı verilen kişiler ihalelere katılmaktan yasaklanırlar. Yine tüzel kişiliği sona eren şirketlerin tasfiye edilmesi aşamasında iken bir ihaleye başvurmaları ve teklif vermeleri mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu hükümlerince şirketin sona erme sebepleri gerçekleşmiş ve tasfiye haline girmişse kamu ihalesine girmesi 4734 sayılı Kanun gereği yasaktır. Ayrıca Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu kapsamında kendisine vasi veya kayyum atanan

[340]Mahkeme tarafından verilen ihalelerden yasaklama kararının hukuki niteliği hakkında üçüncü bölüm altında "Güvenlik Tedbirleri" başlığında inceleme yapıldığından burada değinmekle yetinilmiştir.

[341]Tacir kavramı Türk Ticaret Kanunu'nun 12 ve 17 maddelerinde gerçek ve tüzel kişi tacirler olarak tarif edilmiş, 18'inci maddede ise tacirlerin her türlü borçlarından dolayı iflasa tabi oldukları hükmüne yer verilmiştir.

gerçek ve tüzel kişiler de 4734 sayılı Kanun'un 10. Maddesi gereği ihaleye katılmaktan yasaklıdırlar. Ve nihayet İcra İflas Kanunu gereği konkordato ilan isteklilerin ihaleye katılma imkanları yoktur. Bilindiği üzere konkordato ilanı borçlunun tek başına yapabildiği bir işlem değildir. Bunun bir hükmü bulunmamaktadır. Borçlu icra mahkemesine konkordato talebinde bulunduktan sonra, verilen mühlet sonunda alacaklılar toplantısı yapılır ve konkordatonun kabulü için bir yeteri kadar oy kullanmaları, sonunda ise ticaret mahkemesi tarafından konkordatonun tasdiki gerekir. Bu süreç tamamlandıktan sonra konkordato ilanı yapılır. İşte bu durumdaki kişi ve şirketler hakkında ihaleye katılma yasağı olması sebebiyle ihale dışı bırakılması gerekir[342].

Hakkında mesleki faaliyetlerinden ötürü mahkumiyet hükmü bulunan kişiler ihalelere katılamazlar. Bunun için istekli hakkında ihale tarihinden 5 yıl öncesine kadar mesleki bir eyleminden ötürü mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş[343] bir mahkumiyet hükmü bulunmalıdır.

Kesinleşmemiş mahkumiyet kararlarının ceza hukuku açısından uygulanabilirliği yoktur. Bu nedenle henüz yargılama aşamasında olan bir kamu davasına dayanılarak veya karar verilip de henüz kesinleşmemiş olan mahkumiyet hükmüne göre bir isteklinin ihale dışı bırakılmasına karar verilemez[344].

---

[342]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* s.110

[343]Ali Rıza Çınar, "Hükmün Konusu ve Eylemi Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.84, 2009, s.31-69 (Ceza hükümlerinin kesinleşmesi ile artık aynı olay hakkında yeniden dava açılamaz ve yargılama yapılamaz ve ancak kesinleşmiş bir hükmün varlığı halinde ceza ve güvenlik tedbirleri infaz edilebilir.)

[344]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* s.121 (aynı yönde bir düzenlemeyi içeren 2004 yılı Kamu İhale Genel Tebliğinin ilgili hükmü Danıştay 13. Dairesinin 16.12.2005T. 2005/5507E., 2005/6031K. Sayılı kararı ile iptal talebi reddedilmiştir. "… *mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamayacağı kuralına yer verildiğinde, kesinleşmeyen mahkumiyet hükümlerinin yerine getirilemeyeceği ve dolasıyıla bu hükümlerin doğal sonucu olan kısıtlılığa ilişkin uygulamaların yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, istekli hakkında mesleki faaliyetlerinden dolayı bir mahkumiyet kararı bulunması halinde bu kararın idarece tesis edilecek ihale dışı bırakma işlemine dayanak oluşturabilmesi için söz konusu kararın kesinleşmiş olması gerektiği açıktır. Bu durumda 2004 yılı Kamu İhale Genel Tebliğinde yer alan, ihale tarihinden önceki beş yılın başlangıcı olarak, mahkemece verilen hükmün kesinleştiği tarihin esas alınması gerektiği yönündeki düzenlemede hukuka ve anılan yasal düzenlemelere aykırılık bulunmamaktadır.*"

Bunun yanında ihale tarihinden önceki beş yıl içerisinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen istekli hakkında da 4734 sayılı Kanun'un 10/4-f maddesi uyarınca ihale dışı bırakılmasına karar verilebilir. Bu maddeye göre isteklinin önceki meslek ahlakına aykırı eylemleri için bir yargı kararına ihtiyaç yoktur. İdare tarafından delilleri gösterilmek kaydı ile tutulan tutanaklar bu madde uyarınca ihaleden yasaklanma kararı verilmesi için yeterlidir.

4734 sayılı Kanun'un 11. Maddesinde göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı da belirtilmiştir[345].

Son olarak bir önceki başlıkta ayrıntılarıyla incelediğimiz 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilen isteklilerin de ihale sürecine devam edemeyecekleri anılan maddede (10/4-f) düzenlenmiştir.

1.3.5.3.3. İhalenin Feshi

İhalenin idare tarafından iptali, ihale sürecini sona erdiren, ihale amacıyla yapılan işlemleri yapıldığı andan itibaren ve tüm sonuçlarıyla ortadan kaldıran bir işlemdir. İhalenin iptali idare hukukunda geri alma işleminin tabi olduğu hukuksal rejime tabidir[346].

İdarenin geçerli bir sebebe dayanarak kendiliğinden ihaleyi iptal ettiği durumlar söz konusudur. 4734 sayılı Kanun'un farklı maddelerinde iptal halleri düzenlenmiştir[347]. İdare tarafından alınan iptal kararlarının mevzuata ve amaca uygun

[345] 11'inci maddede sayılan ihaleye katılması yasak kişilerden ileride "ihale yeterlilik ve koşulları" başlığında bahsedeceğimiz için, tekrar kayıt olmaması bakımından burada maddenin içeriğine değinilmemiştir.

[346] Deniz Arslan, "İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.10, S.103, 2015, s.34

[347] Arslan, "İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı, s. 34;

"*-4734 sayılı Kanun'un 11. Maddesinde belirtilen yasaklara rağmen ihaleye katılan bir isteklinin üzerinde bırakılmışsa bu isteklinin teminatı gelir kaydedilerek iptal edilir.*

olarak verilmesi, gerekçelerin somut ve objektif nedenlerle delillendirilmesi gerekmektedir. Hukuken geçerli olmayan, subjektif, makul ve meşru sebepler bulunmadan ihalenin idare tarafından iptal edilmesi durumunda Kamu İhale Kurumu'nun söz konusu kararları kaldırması gerekir[348]

- ihale idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğunun tespit edildiği hallerde aynı Kanun'un 16. Maddesi uyarınca ihale saatinden önce iptal edilir.

-ihale , belli istekliler arasında ihale usulü yapılacaksa, davet edilebilecek istekli sayısının beşten az olması veya teklif veren sayısının üçten az olması halinde 4734 sayılı Kanun'un 20. Maddesi uyarınca idare tarafından iptal edilir.

-ihale, ihale komisyonu kararı üzerine, verilmiş olan bütün teklifler reddedilerek idare tarafından 39. Maddeye göre iptal edilebilir.

-ihale yetkilisi tarafından ihale karar tarihini izleyen en geç beş gün içerisinde 4734 sayılı Kanun'un 40. Maddesi uyarınca gerekçesi açıkça belirtilmek suretiyle ihale iptal edilebilir.

-ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda 44. Madde uyarınca geçici teminat gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

-ihale üzerine kalan istekli ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin yasaklı çıkması durumunda aynı Kanun'un 40. Maddesi gereği ihale iptal edilir. "

[348]Arslan, "İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı", s.35 (Kamu İhale Kurumu'nun 16.4.2014 tarih ve 2014/UH.III-1822 sayılı kararı ile 11.6.2014 tarih ve 2014/UH.III.2331 sayılı kararında yeni ihtiyaçların ortaya çıkması ve mevcut koşulların değişmesi galleri gerekçe gösterilerek idare tarafından ihalenin iptal edilmesine yönelik kararların mevzuata uygun ve geçerli gerekçeler olduğunu belirttiği görülmektedir. Aslında Kanun'da yeni ihtiyaçların ortaya çıkmasına yönelik bir somut ve objektif bir gerekçe bulunmamasına rağmen Kamu İhale Kurumu idarelerin 39. Ve 40. Maddeden kaynaklanan takdir yetkilerini geniş olarak yorumlamakta ve takdir yetkisi gereği verilen iptal kararlarını geçerli saymaktadır. Kamu İhale Kurumu bir başka kararında "*açık ihale usulü ile ihale edilen başvuru konusu işin 2014 yılı güvenlik hizmeti alımı olduğu, işin süresinin 1.1.2014-31.12.2014 yılı olduğu, sçz konusu ihalede 9 adet ihale dokümanı satın alındığü, 3 adet geçerli teklif bulunduğu, Kamu İhale Kurulunun 9.1.2014 tarih ve 2014/UH.II.209 sayılı kararı üzerine karsız yaklaşık maliyetin altında teklif veren ... şirketi hakkında aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmasına karar verildiğii, sorgulamaya cevap vermeyen istekliye ait teklifin değerlendirme dışı bırakıldığı, bu teklif dışında ihalede geçerli iki adet teklif bulunduğu, iki teklifin de yaklaşık maliyetin altında ve karsız yaklaşık maliyein üzerinde olduğu, idare tarafından yererli rekabet ortamının oluşmadığına ilişkin olarak her hangi bir somut bilgi ve belgenin ortaya konulamadığı, sadece fiyatların değerlendirilmesi sonucunda gerekli rekabet ortamının oluşmadığının belirtildiği, kaldı ki, ihalede yaklaşık maliyetin altında kalan iki adet geçerli teklif bulunduğu anlaşılmıştır. Bu tespitler çerçevesinde ihalenin karara bağlanması için yeterli sayıda teklif bulunmasına rağmen, ihalenin rekabet ortamının oluşmadığı gerekçesiyle iptali işleminin yerinde olmadığı, bununla birlikte 4734 sayılı Kanun'un 5. Maddesinde yer alan ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri çerçevesinde ihale yetkilisinin takdir yetkisini kullanarak ihalenin iptali yönünde karar verebileceği, bu yönüyle idarece alınan ihalenin iptali kararının mevzuata aykırılık teşkil etmediği…*" vurgulanmıştır. Ancak ifade edilen kararda idarenin takdir yetkisini keyfi olarak genişlettiği, kararların mevzuata ve amaca uygun olması gerektiği hususunu gözardı ettiği anlaşılmaktadır.)

2. BÖLÜM: İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

2.1.Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

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

"Madde 235- (1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.)[349] *Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da*

[349]235. Maddenin ilk hali şu şekildedir;

"*İhaleye fesat karıştırma; MADDE 235. - (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere fesat karıştıran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

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

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

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

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

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

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

kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

(3) 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.

(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 hâlinde de uygulanır."

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

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

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

Mülga olan 765 sayılı TCK'da ise ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği 205-208'inci maddeleri "Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar" bölümünde, 366-368'inci maddeler ise "Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar" bölümünde yer almıştır. Oysa ihaleye fesat karıştırma suçu hem hukuki konusu itibariyle hem de kriminolojik yönüyle "ekonomik suç" olarak karşımıza çıkmaktadır [350] . Çünkü ihaleler üzerinde yapılan fesat eylemleri ile ekonomi dinamikleri ve sisteminin doğal işleyişi bozulmaktadır. Ayrıca serbest rekabet mekanizması ortadan kalkmaktadır[351]. Ekonomi üzerindeki etkisi nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçunun "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar"* başlığı altında düzenlenmesi isabetlidir[352].

[350]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.56

[351]Önceki bölümde ifade ettiğimiz gibi, ihaleye fesat karıştırma suçunun konunusu oluşturan kamu ihaleleri Gayrı Safi Milli Hasılanın %12'sini oluşturmaktadır. Kamu ihalelerinin önemi yalnızca devlet bütçesinin düzenlenmesi açısından değil, ekonominin canlanması, toplam talebin artırılması, para arzının düzenlenmesi, istihdam yaratılması ve gelirin yeniden dağıtılması gibi pek çok ekonomik sonucu bulunmaktadır. Bu yol ile toplumsal ihtiyaçların yerine getirilmesinde politik bir rol de oynar. Keza devletin ekonomi politikaları, büyük oranda kamu ihaleleri planlamasıyla şekillenir. Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler,* s.34

[352]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.52

İhaleye fesat karıştırma suçlarına ilişkin 765 sayılı TCK'da yer alan dağınık ve karmaşık düzenleme[353], 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle son bulmuştur. Öncelikle suç tipleri tek bir fıkra altında toplanmıştır. Ayrıca hükümet ihalesi ve devlet ihalesi kavramlarının yarattığı karmaşaya 5237 sayılı TCK döneminde son verilmiştir. İhale kavramı daha net olarak ortaya konulmuş ve gereksiz bir tartışmaya mahal verilmemiştir. Ayrıca eylemler arasındaki hakkaniyetsiz ceza farkı da büyük oranda[354] ortadan kaldırılmıştır.

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

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

Suça konu edilen ihaleler ve ihaleyi gerçekleştiren kurumların kapsamı, 235'inci maddenin birinci fıkrasının uzantısı olan beşinci fıkra ile genişletilmiştir. Buna göre ihaleye fesat karıştırma eylemleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı

[353]Bkz.765 sayılı TCK'da yer alan düzenleme İhaleye fesat karıştırma suçunun tarihi gelişimine ilişkin bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

[354] Bkz. İleride incelenen "Yaptırım" bölümünde halen hakkaniyete aykırı hükümlerin bulunduğu hususuna değinilecektir.

ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralama işlerinde de uygulama alanı bulmaktadır.

235'inci maddenin beşinci fıkrasında bahsi geçen meslek kuruluşları kanunla kurulurlar ve Anayasa'nın 135'inci maddesine göre kamu kurumu niteliğindedir. Meslek kuruluşlarının özerk bütçeleri ve kendilerince belirledikleri yönetimleri bulunmaktadır. Üyelerinden topladıkları aidatlar ve para cezaları ile kanunen almaya yetkili oldukları harç ve resimler başlıca gelir kaynaklarıdır [355]. Gösterdikleri faaliyetler gereği ihtiyaç duydukları işler için mal ve hizmet alım satımı yapabilirler. Meslek kuruluşlarının mal ve hizmet alım satımları Kamu İhale Kanunu hükümlerince yapılmaz. Ancak Kamu İhale Kanunu'nun geçici 4'üncü maddesi uyarınca bu kuruluşlar kendi ihale usullerini iç düzenlemeleri ile belirleyebilmektedirler. İhale işleri, meslek kuruluşlarının bizzat ihdas ettiği yönetmelik ve yönergeler ile düzenlenir. Kamu İhale Kanunu'na tabi olmasalar da bu kuruluşların yaptıkları ihaleler, TCK'nın 235'inci maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler, aslında bir kamu hizmetinin görülmesi amacı taşımayan fakat ilgili kanunlar tarafından kamu kurumu tarafından yapılması zorunlu görülen ihaleler anlamına gelmektedir[356]. Bunun en bilinen örneği 2004 sayılı İcra İflas Kanunu gereği icra ve iflas daireleri tarafından haciz işlemi yapılan taşınır, taşınmaz malların ve hakların cebri icra yöntemiyle paraya çevrilmesi işlemidir. Bunun gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca ortaklığın giderilmesi davaları sonucunda gerçekleşen paraya çevirme işlemleri sebebiyle yapılacak ihaleler de TCK. 235'inci maddesi kapsamındadır.

TCK'nın 235'inci maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihaleler mal ve hizmet alım satımı ve kiralamaları ile yapım ihalelerini kapsar. Bu

[355]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.114

[356]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.113

madde dışında yapılacak ihaleler ihaleye fesat karıştırma suçuna konu edilmezler. Örneğin trampa veya ayni hak tesisine ilişkin bir işle ilgili fesat karıştırma eylemleri 235'inci maddeye göre değil, şartları oluşuyor ise 257'nci maddede yer alan görevi kötüye kullanma ve 158'inci maddede düzenlenen kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturur.

İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin suç tipleri TCK'nın 235'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlemiştir. Seçimlik eylemlerden her hangi birinin işlenmiş olması halinde, fail 235'inci madde dolayısıyla sorumlu olacaktır. Bu nedenle seçimlik hareketli bir suçtur[357]. Ancak seçimlik hareketler içerisinde yer almayan bir eylem, ihale mevzuatına aykırı olsa dahi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Bu yönüyle ise bağlı hareketli suçlardandır[358]. Örneğin ihale ilan sürelerine uyulmaması Kamu İhale Kanunu 13. maddesine aykırı olmakla birlikte, 235/2 maddesinde belirtilen seçimlik hareketlerden olmadığından fesat karıştırma olarak kabul edilmez[359].

İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 235. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, hileli hareketlerle işlenen fesat karıştırma eylemlerine yer vermiştir. Dört alt bent içerisinde düzenlenen hileli fesat karıştırma hallerinde, "hile" bulunması ortak unsurdur. Hileden anlaşılması gereken, bir vakıa hakkında var olan durumun aksine gerçek dışı bir durum yaratılması ve muhatabın yanıltılmasıdır[360].

235/2-a-1 ve 235/2-a-2 maddelerinde düzenlenen eylemlerde öncelikle ihaleye katılma yeterliliğinin belirlenmesi icap eder. Bu maddelerde ifade edilen eylemler, ihale yeterliliği bulunan kişilerin ihaleden engellenmesi, ihale yeterliliği bulunmayan kişilerin ise ihaleye katılımının sağlanması şeklinde tezahür ederler. Bir kişinin ihale

[357] Artuk, Gökçen, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.808; Soyaslan vd., İhaleye Fesat Karıştırma, s.107

[358] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.114; Soyaslan vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.106; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.808; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.77

[359] Akbulut," İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.78

[360] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s.19

yeterliliği olup olmadığı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 10 ve 11. maddeleri ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 6. maddesine ve ihale şartnamesinde öngörülen koşullara göre belirlenmektedir[361].

Bu iki maddede düzenlenen eylemler çoğu zaman birbiriyle çakışmaktadır. Örneğin, ihale komisyonu tarafından bir kişiye özel olarak şartname hazırlanması ile TCK'nın 235/2-a-1 maddesine göre ihale yeterliliği olmayan o kişinin ihaleye katılması sağlanmışsa da, aynı zamanda söz konusu şartname nedeniyle diğer katılımcılar ihaleden engellenmiş olmaktadır. (TCK. 235/2-a-2)[362].

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

Hileyle işlenen ihaleye fesat karıştırma eylemlerinde, suçun oluşumu için usulsüz olarak ihaleye katılması sağlanan kişinin ihaleyi kazanması gerekmez. Veya şartnameye aykırı olmasına rağmen değerlendirmeye alınan teklife ihalenin kalması zorunlu değildir[363]. Bu suçların oluşumu için bir zarar meydana gelmesi de zorunlu değildir. Zarar ortaya çıkmamışsa veya hesaplanamamışsa, suç yine oluşacak ancak maddede öngörülen ceza miktarı daha düşük olacaktır[364].

Ayrıca hileyle işlenen fesat karıştırma eylemlerinin tümünde asli fail ihale komisyonunda yer alan kamu görevlisi olmalıdır. Bu suça iştirak eden üçüncü kişiler ise eylemlerinin niteliğine göre azmettiren yada yardım eden sıfatıyla sorumlu olurlar[365].

---

[361]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.124

[362]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.81

[363]Soyaslan vd., *İhaleye Fesat Karıştırma* s.126

[364]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.43

[365]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.91

TCK'nın 235/2-b maddesinde gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suçu düzenlemiştir. Hangi belge ve bilgilerin gizli kalacağı hususu Kamu İhale Kanunu 9 ve 61'inci maddede sayılmıştır. Ayrıca ihale şartnamesinde de hangi belgelerin gizli tutulması gerektiği düzenlenebilir. Bu suçun oluşumu için hile unsuru aranmaz. Suçun tamamlanması için üçüncü kişilere gizli belgeleri her hangi bir yolla ulaştırılması yeterlidir[366].

TCK. 235/2-c maddesi cebir, tehdit ve hukuka aykırı eylemlerle ihaleye fesat karıştırma eylemlerini düzenlemiştir. 108. maddede düzenlenen cebir suçu ile 106. maddede düzenlenen tehdit suçu 235/2-c maddesinde ifade edilen suçun unsurlarıdır. Bunun yanında fesat karıştırma kastıyla işlenen hukuka aykırı her eylem bu maddenin unsuru olmaktadır. Örneğin hürriyeti tahdit yoluyla işlenmesi halinde, ihaleye fesat karıştırma suçu, 235/2-c maddesi uyarınca hukuka aykırı eylemle işlenmiştir[367].

TCK'nın 235/2-d maddesinde düzenlenen bir diğer seçimlik hareket ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık yada gizli anlaşma yapmalıdır. Bu anlaşma her hangi bir şekle tabi değildir. Yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. İhaleye katılacak istekliler arasında fiyat ve ihale şartlarının etkilemek amacıyla anlaşma yapılmasını düzenlemektedir. İhale sürecinde yapılan gizli anlaşmalar serbest rekabeti bozmaktadır. Katılımcıların veya kamunun zararına sonuçlanan ihalelerde gizli anlaşma bulunması durumunda bu maddeye göre ceza tertip edilecektir. Anlaşma, idarenin ihale şartlarının istekli lehine değişmesini veya meydana gelmesini sağlama biçiminde olabileceği gibi idare aleyhine sonuçlanarak katılımcının daha fazla kâr etmesini sağlamak şeklinde de olabilir. Yada ihalenin belli bir kimse üzerinde kalması yada engellenmesi üzerine bir anlaşma yapılabilir[368].

235'inci maddenin 3'üncü fıkrasının (a) bendi ile 4'üncü fıkrasında genel hükümlerden ayrı bir içtima hükmü öngörülmüştür. 235/3-a maddesine göre cebir ve

[366]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.96

[367]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.229

[368]Soyaslan vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.119; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.151

tehdit yoluyla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında işlenen eylemin, yaralama ve tehdit suçlarının neticesi sebebiye ağırlaşan hallerini meydana getirmesi durumunda bu suçlar hakkında gerçek içtima kuralı uygulanacağı ifade edilmektedir. 235/4 maddesinde ise ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kamu görevlileri tarafından menfaat temin edilmesi halinde, rüşvet veya irtikap suçları için yine gerçek içtima kuralı gereği ayrıca cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Sonuç olarak 5237 sayılı TCK'da düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu, ayrım yapmaksızın tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra teknik olarak kamu kurumu sayılmayan ama korunmaya değer gördüğü kamuya yararlı dernek, kooperatifler gibi kuruluşların ihalelerini kapsayacak şekilde geniş bir çerçeve çizmiştir. Bu nedenle TCK 235'inci maddesi ile kanun koyucunun ihale mevzuatı ile bağlı kalmadığını, bilakis ihalelerin niteliğine göre bir ayrım yapmak suretiyle sınırı belirlediğini söylemek gerekir. Gelgelelim bu maddede yer alan suç tipleri de sayıca fazladır ve ceza sorumluluğunu genişletici hükümler içermektedir[369].

Ayrıca söylemek gerekir ki, ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen bu hüküm, 4734 sayılı Kanun'da yer alan ihaleye egemen olan ilkelerin tamamını karşılamaktadır. Gerçekten 235'inci maddenin ihale kavramını geniş anlamda ele alması özellikle rekabet ve açıklık ilkelerinin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca maddede seçimlik olarak öngörülen her bir suç tipi ile ihaleye egemen olan ilkeler korunmaya çalışılmıştır[370].

Bir başka açıdan; TCK'nın 235'inci maddesinde yer alan ihlal hallerine benzer hükümler Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nun yasaklanan fiil ve davranışlar biçiminde düzenlendiğini ve karşılığında bir takım idari yaptırımlara tabi tutulduğunu görmekteyiz. İhale hukukuna aykırılık teşkil eden haksız fiillerin, bu hukuk disiplininde yaptırımla karşılanmasına rağmen ayrıca ceza normu ile

[369]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.64, Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.37, Şen, Aksüt, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.51; Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.150; Gülel, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.5;

[370]Özkan, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler, s.188 vd.

düzenlenmesinin bir bakıma ceza hukukunun "son çare[371]" olması prensibine aykırı olduğu düşüncesini akla getirebilir. Belirtmek gerekir ki, ihalede yasak fiil ve davranışların tamamı ceza normuna konu edilmemektedir. Yalnızca haksızlık derecesi yüksek eylemler ceza kanununda yer almaktadır. Bu nedenle suç ve ceza politikası gereği kanun koyucunun ihaleye egemen olan ilkelerin ihlal edilmesi hususunda idari yaptırımı yeterli görmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değer dikkate alındığında, ceza hukukunun ihale hukuku ihlallerini gözardı edemeyeceği ortadadır. Yalnızca ülkemizde değil, uluslararası anlaşmaların bir gereği olarak Kıta Avrupası ülkeleri başta olmak üzere pek çok ülkenin ceza kanunlarında ihaleye fesat karıştırılması eylemlerini düzenlediğini görmekteyiz[372].

Örnek olarak, ihaleye fesat karıştırmak Almanya'da yalnızca rekabeti ihlal eden bir davranış değil aynı zamanda suçtur. Alman Ceza Kanunu'nun 298'inci maddesine göre, ihalelerde kartel oluşturmaya yönelik anlaşmalar suç oluşturmaktadır ve hapis cezası ile cezalandırılırlar[373].

1997 yılına kadar Almanya'da ihaleye fesat karıştırma suçları bakımından Alman Ceza Yasasında hüküm bulunmamaktadır. 90'lı yıllara kadar rekabete aykırı anlaşmalar sebebiyle 1958 yılında yürürlüğe konulan Rekabetin Kısıtlanmasına Karşı Kanun uyarınca idari bir yaptırımla karşılanmaktadır. 1992 yılından sonra, ceza mahkemelerince verilen kararlarda, ihaleye fesat karıştırma eylemleri bakımından dolandırıcılık suçunu düzenleyen 263'üncü maddesi tatbik edilmiştir. Ve buna ihale sahtekarlığı denmiştir. Ancak bu madde ihale tekliflerinde anlaşma yapan kartellere uygulanmamıştır[374].

---

[371] Ceza hukukunun ikincilliği veya son çare olması konusunda görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Ozan Ercan Taşkın," Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.6, S.1, 2016, s59-91

[372]Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s. 87 vd.; Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma, s.75 vd.; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.42 vd.

[373]Francesco Anglani, "Antitrust and Public Tenders: Is This A New Challenge?", **Italian Antitrsut Review,** C.4, S.2, s.114. (Çevrimiçi) http://iar.agcm.it/article/view/12855 27.2.2019

[374]Florian Wagner-von Papp, "Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany: "The Whole Point is Lost If You Keep It a Secret! Why Didn't You Tell the World, eh?", (çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1584887 25.1.2019

Bununla birlikte 298'inci madde yürürlüğe girene kadar Alman Hukukunda ihale alanında yapılmış yolsuzlukların çoğu, dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşımadığı için suç olarak nitelendirilmemiştir[375].

Alman Ceza Kanunu 298'inci maddesinde düzenlenen eylem, ihalede teklif verilmesi sırasında hukuka aykırı bir anlaşma yapılması olarak belirtilmiştir. Suçu oluşumu bakımdan geçerli bir ihalenin yapılmış olması ve yapılan anlaşmanın hukuka aykırı olması gerekmektedir. 298'inci madde kapsamına cebir, tehdit veya hileli hareketlerle işlenen fesat karıştırma eylemleri girmemektedir[376].

1810 yılından beri düzenlenen Fransız rekabet yasalarında, ihaleye fesat karıştırma eylemleri tartışılagelmiştir. Rekabet kurallarının suistimali Fransız Ceza Kanunu'nun 432-14 maddesinde düzenlenmiştir [377] . Bu maddeye göre ihale isteklilerinin ihale şartlarını lehlerine çevirerek haksız avantaj sağlaması ve haksız menfaat temin etmesi suç olarak düzenlenmiştir[378].

Bu düzenlemede yolsuzluk eylemleri pasif yolsuzluk ve aktif yolsuzluk olarak tanımlanan "çift taraflı suç" (dêlit â double face) kavramını içermektedir. Pasif yolsuzluk, kamu makamlarının anlaştıkları istekliye ihaleyi vermeleri halinde menfaat temin etmeleri eylemlerini kapsamaktadır. Aktif yolsuzluk ise ihale isteklileri arasında yapılan hukuka aykırı sözleşmeleri ifade etmektedir. Bu eylemler Fransız Ceza Kanunu'nda ekonomik yaptırımla birlikte hapis cezası öngörmektedir[379].

---

[375]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma, s*.80

[376]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma, s*.81

[377]European Commision, France to the EU Anti-Corruption Report, 2014, s.5 (çevrimiçi) https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_france_chapter_en.pdf 25.1.2019

[378]Stathaki, "Corruption in the Fields of Public Procurement Contracts: The Example of French and Greek Public Procurement Law", s.651

[379] Stathaki, "Corruption in the Fields of Public Procurement Contracts: The Example of French and Greek Public Procurement Law", s.652

Amerikan hukukunda ise ihale suçları Sherman Yasası'nda (15/1) düzenlemiştir. Buna göre kasıtlı olarak kurulan komplo ile fiyatları etkilemek, teklifleri etkilemek ve pazarı ele geçirmek amacıyla anlaşma yapılması suç olarak düzenlenmiştir. Suçun oluşumu için anlaşma yapılması yeterlidir. Bu nedenle anlaşmanın resmi olarak ihalede somutlaşmasına gerek yoktur. Karşılıklı iki isteklinin iradelerini yöneltmesi şarttır. Bunlar ihaleye girecek potansiyel istekliler de olabilir. Zarar ve mağduriyet ise suçun unsuru değildir. Bu bakımdan dava sırasında ileri sürülmesine gerek yoktur[380].

Komplo içerikli anlaşma, iki tarafın kasıtlı davranışıyla yapılmalıdır. Taraflardan birinin taksirli, hatalı veya mücbir sebeblerden kaynaklanan davranışı suç oluşturmaz. Bu bakımdan, komplo içerikli anlaşmayı bilen ve bu niyetle istekliyi anlaşmaya azmettiren üçüncü kişiler de, bu hileli anlaşmadan ötürü sorumludur[381].

Düzenlemede hangi davranışların suçun unsuru olduğu ifade edilmemekle birlikte, bunu belirleme yetkisi mahkemeye bırakılmıştır[382]. Ayrıca suç sebebiyle para cezası veya hapis cezası verilmesi de mahkemenin takdirindedir[383].

2.2. Tarihsel Gelişim

Ekonomik bir suç olan ihale suçlarının tarihi çok eskilere dayanmamaktadır. Kişilere ve mallara karşı işlenen klasik suçlardan çok daha sonra, toplumsal ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Modern ulus devletlerin ortaya çıkması sonucu gelişen burjuva sınıfının üretim ve ticareti ele geçirmesiyle, özel ticari ilişkilerin yanında kamu sektörü ile arasında bir pazar oluşmuştur. Parlamenter demokrasiye geçildikten sonra, yalnızca monarşinin değil halk meclislerinin de hazine üzerinde etkinliğinin arttığı, toplumsal gereksinimlerin daha çok ciddiye alınarak

[380] The United States Department of Justice, Antitrust Resource Manual, Elemets of the Offense (çevrimiçi) https://www.justice.gov/jm/antitrust-resource-manual-1-attorney-generals-policy-statement 25.1.2019

[381] The United States Department of Justice, Antitrust Resource Manual. Elements of the Offense

[382] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.89*

[383] The United States Department of Justice, Antitrust Resource Manual. Elements of the Offense

giderilmeye çalışıldığı, buna paralel olarak kamusal satın almaların arttığı bir döneme girilmiştir. Halkın hazine üzerinde söz sahibi olmasıyla birlikte bir denetim mekanizması olarak rekabetçi, saydam nitelikte, yerindelik ve eşitlik ilkesi içerisinde ihale kavramı ortaya çıkmıştır[384].

İhalelerin adalet ve eşitlikle yürütülmesini sağlayan düzenlemeler ve ceza hukuku ile bu düzeni sağlayacak kuralları ihtiva eden ihaleye fesat karıştırma suçuna benzer düzenlemeler Türk hukukunda ilk kez Tanzimat Döneminde ortaya çıkmıştır. Daha önce bu tür suçlara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 1840 tarihli Kanun-ı Ceza ve 1851 tarihli Kanun-ı Cedit'te ihaleye fesat karıştırılmasını yasaklayan ve doğrudan cezalandıran bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 7'nci fasılda tahsilat, masarifat memurlarının harcamalarının Meclis-i Ahkam-ı Adliye tarafından denetleneceği ve bir yolsuzluğa rastlanıldığından mesul memurun cezalandırılacağı ve zararın tazmin ettirileceği ifade edilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin doğrudan bir ceza hükmü olduğu söylenemez[385].

1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun bir tercümesi olan 1274 tarihli (hicrî) Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 83'üncü maddesinde ilk kez karşımıza ihaleye fesat karıştırma suçuna ait bir düzenleme çıkmaktadır[386]. Bu maddeye göre, devletin hesabına yapılan ihalelere fesat karıştıranların cezalandırılacağı ifade edilmiş fakat ceza miktarı belirtilmemiştir. Devlet hesabına satın alınmasına veya satışına veya yapmaya memur olduğu her çeşit eşyanın yapımına, fiyat ve miktarına ve satın alınmasına fesat karıştırmak hırsızlık olarak kabul edilmiştir[387]. Aynı Kanunname'nin 238'inci maddesi Müzayede ve Ticari İşlere Fesat Karıştırma Suçlarını düzenlemiştir. Halk arasında yapılan müzayede ile alım ve satımı veya kiraya verilmesi ve

---

[384] Murat Volkan Dülger, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi", (çevrimiçi) http://www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf 1.15.2019

[385]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.56

[386]1274 tarihli Kanunnamenin 83'üncü maddesi; "*Her kim Devlet-i Aliyye hesabına olarak iştirasına veyahut bey'ine veya imaline memur olduğu her nev'i eşyanın şirasında ve beha ve miktarında ve imalinde fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eyler ise sarık olacağından madde-i sabıkada tayin olunan mücazatı görür.*"

[387]Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, y.y., İstanbul, 1989, s.26

kiralanması yapılacak mal ve mülklerin artırımına sözlü olarak yada fiilen zarar veren kişilerin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Netice olarak 1274 tarihli Kanunname'de ihaleye fesat karıştırma suçu devlet adına yapılan alımlar ile halk arasında yapılan arttırmalar için farklı düzenlemelere yer verilmiştir. 83. madde alıp satmaya yetkili kişi suçun faili olabilirken, 238'inci maddede yer alan suçu her hangi biri işleyebilmektedir[388].

Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 238'inci maddesi, ihaleye fesat karıştırma eylemlerini hapis ve para cezası ile yaptırıma bağlanmıştır[389]. Bu maddede halk arasında yapılan taşınır ve taşınmaz alım satımına, kiraya verme ve kiralama ilişkin müzayedelere fesat karıştıranlar hakkında hapis ve para cezası öngörülmüştür[390].

Ceza Kanunname-i Hümayunu, milli mücadele dönemi ve Cumhuriyetin ilk yıllarına kadar uygulanmıştır. 1926 yılında yürürlüğe giren ve 1858 tarihli Kanunname'yi yürürlükten kaldıran 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 205'inci madde ihaleye fesat karıştırma suçu, 208'inci maddede ihalelerde kendisine menfaat sağlayan memurun sorumluluğu, 358-368'inci maddelerde ise ihale sürecinde rekabetin ihlaline dair hususlar düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'da yer alan ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin düzenlemeler 5237 sayılı TCK'da bulunan düzenlemeye göre daha ayrıntılı ve uzun bir şekilde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da ihale suçları, devlet hesabına yapılan alım, satım veya yapımına fesat karıştırma suçu, ihale sürecinde işlenen suçlar hükümet hesabına yapılan arttırmaya veya eksiltmeye fesat karıştırma suçu, kamunun müzayedelerine veya özel arttırmalara fesat karıştırma suçu, para ve sair menfaat karşılığında ihaleden çekilme suçu 7 madde altında yer almıştır.

765 sayılı TCK'nın 205'inci maddesinde yer alan devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapım işlerine fesat karıştırma suçu, mehaz kanun olan 1889 tarihli İtalyan

[388]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.48

[389]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.56

[390]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.133

Ceza Kanunu'ndan değil, doğrudan 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu 83'üncü maddesinden kaynak alınarak düzenlenmiştir[391].

765 sayılı mülga TCK'nın 205'inci maddesi şu şekilde yer almış idi; "*Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eylerse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasiyle cezalandırılır ve zarar kendisine ödettirilir.*[392]"

205'inci maddenin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu düzenlemenin aslında memuriyet görevini kötüye kullanma suçunun bir türü olduğu iddia edilmiştir. Bunun dışında emniyeti suistimal suçunun özel bir şekli olduğu ve zimmet suçu olduğu da ifade edilmiştir[393].

205'inci maddenin hukuki konusu birden fazladır. Hem kamu itibarı hem de kamuoyunda devletin dürüstlük ve güvenirlik ilkeleri korunmaktadır. Ancak bu suçun 765 sayılı Kanun içerisinde yer aldığı kısım ve fasıl ile alakası bulunmadığı, mehaz kanunda yer almadığı, mükerrer düzenleme olduğu eleştirilerine maruz kalmıştır[394].

Ayrıca 765 sayılı TCK.nın 205'inci maddesinde düzenlenen devlet hesabına yapılan alımı, satım veya yapımına fesat karıştırma suçu 366'ncı maddede düzenlenen suç ile benzerlik gösterdiği ve karışıklığa yol açtığından uygulama alanı bulamamıştır.

---

[391]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.50

[392]Anılan Kanun'un 205'inci maddesi 1953 yılında 6123 sayılı Kanun ile uğradığı değişiklikten önceki hali "…*bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım ve satımında ve pahasında ve miktarında ve yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eylerse beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve üç seneden on seneye kadar rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezası dahi hükmolunur*". Değişiklikten sonra ceza miktarı artırılmış, eylemler seçimlik halde getirilmiş ve memuriyetten men cezası kaldırılmış, zararın faile ödettirileceği ibaresi eklenmiştir.

[393]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.134; Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.132; Erem, Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.163

[394]Sahir Erman, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s.49; Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler,* C.2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s.1312; İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.237

205'inci maddede yer alan suç, yalnız memur kişiler tarafından işlenebilen bir suç olmakla birlikte, herkes tarafından işlenebilen 366. maddede yer alan aynı eylemin memur tarafından işlenmesi artırım nedeni olarak düzenlenmiş olduğundan iki suç arasında ayrım yapmak imkanı kalmamıştır. Bu nedenle birbiriyle örtüşen düzenlemelerin mükerrer nitelikte olması nedeniyle uygulamada 205'inci maddeden ziyade işlenen fesat karıştırma eylemlerine 366'ncı madde uygulanmıştır[395].

765 sayılı TCK'nın 205'inci maddesinde hangi hareketlerin fesat karıştırmaya vücut vereceği açıkça belirtilmemiştir. Eylemlerin tespiti hakimin somut olaydaki takdiri ve yorumuna bırakılmıştır. Maddenin hangi eylemleri ve unsurlar ihtiva ettiği belirsiz olduğundan, bu haliyle kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği yönünde eleştiriler almıştır[396].

205'inci maddede yer verilen "Türkiye Devleti hesabına" ifadesi, devletin yasama, yürütme ve yargı organları adına alım, satım ve yapım işini yerine getirenleri anlamak gerekir. Mahalli organlar adına iş yapanlar bu madde çerçevesinde kabul edilmezler[397].

Fesat kavramı içerisine devlet adına yapılan alım satımlarda, devlete talep edilenden daha kötü mal vermek, ihaleye girmeye çalışan isteklileri hukuka aykırı olarak engellemek, teslim edilmemiş ve telim alınmamış mala veya bu malların niteliğine ilişkin gerçeği yansıtmayan işlemler bu madde kapsamında suç oluşturur[398]. Malların tesliminde hile yapma eylemleri nedeniyle 205'inci maddenin, 5237 sayılı TCK'nın 236'ncı maddesini de karşıladığı söylenebilir[399].

---

[395]Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.595

[396]Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s.238

[397]Erman, Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar*, s.56; Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler,* C.2, s.1312; İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar,* s.238

[398]Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.597

[399]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", d.n.48, s.50

Fesat karıştırma kavramının aslında hileli hareket anlamına geldiği kabul edilmiştir. Bunun yanında 205'inci maddesindeki fesat kavramının cebir ve tehdit yoluyla işlenen eylemleri de kapsadığı belirtilmiştir[400].

765 sayılı TCK'nın 205'inci maddesine göre alım, satım ve yapım işleri eşyaya ilişkin olmak durumundadır. Hizmet ihaleleri 205'inci madde kapsamında değildir. Kiralama ihaleleri 205. maddenin kapsamında değildir. Bu nedenle bağlı hareketli suçlardandır. Ancak bazı görüş sahipleri ise Kanun'da alım, satım veya yapım işlerine yönelik ihaleler zikredildiğinden kiralamaya yönelik ihalelerin kapsam dışında kaldığını belirtmişlerdir. Bu konuda bir görüş birliğine varılamamıştır[401].

Yargıtay, fesat karıştırma eyleminin tamamlanması için 205'inci madde memurun "irtikap etmesi" yani bu eylem nedeniyle menfaat sağlaması gerektiğini ifade etmiştir.[402] Yargıtay bu kararı ile kamu görevlisinin haksız menfaat sağlaması gerektiği, aksi halde 205'inci maddedeki suçun maddi unsurunun oluşmayacağı ifade edilmiştir.

Memur bu menfaati bizzat kendi yararına sağlayabileceği gibi üçüncü bir kişinin aracılığı ile de sağlayabilecektir. Menfaatin maddi yada manevi bir yararı ihtiva

---

[400]Erman, Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar*, s.58; Erem, Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.164

[401]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.51, Erman, Özek, *Kamu İdaresine Karşı işlenen Suçlar*, s.57; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.237

[402]Yargıtay 5.CD. 17/10/2001T., 2001/3663E., 2001/5937K. sayılı kararı "…*TCK'nın 205. maddesinde düzenlenen alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçunun maddi öğesinin haksız çıkar sağlamak olduğu, sanıkların savunmalarında R'den alınan ürünlerin yüksek karla satılması nedeniyle idarenin bir zararının bulunmadığı iler sürüldüğü, diğer taraftan 26.04.2000 tarihli müfettiş raporunun 32/A sırasındaki listeden R'den 2.803.000.000 liraya alınan ürünlere toplam 5.025.030.000 lira değer konulup 1737.840.000 lira tutarındaki ürünün satıldığı ve 11 adet ürünün ise kontrolörün isteği doğrultusunda depoda mühür altında tutulduğunun anlaşıldığı, öte yandan 23.6.1999 tarihli kontrolör raporunun ek.24 ve 25 sırasında yer alan tutanaklarda bu ürünlerin değerlerinin tespit edilmeye çalışıldığı ancak aynı kontrolör raporunun 8. sahifesinde fiyatların değişiklik göstermesi nedeniyle uzmanlar kurulunca belirlenen fiyatların esas alındığının vurgulandığı nazara alınıp, R'den eylül 1998 tarihinde 2.803.000.000 liraya alınan ürünlerin bu tarih itibariyle değerinin bu miktara ulaşıp ulaşmadığı, gerçek değerinin ne olduğu hususunda konunun uzmanı bilirkişiden mühür altında tutulan ürünler de incelettirilerek rapor alınması, sanıkların veya R'nin haksız çıkar sağlayıp sağlamadığı hususu üzerinde durulması, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre sanıkların hukuki durumlarının ve suç niteliğinin saptanması gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması"* Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.147

etmesinde fark olmadığı ileri sürülmüştür[403]. Ancak içtihat ve doktrinde menfaatin kesinlikle maddi nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir[404]. Başka bir görüş ise, elde edilen menfaat karşılığında kamu idaresi aynı oranda zarara uğramalıdır. Fail devlet aleyhine zenginleşmeli, devlet bu suç nedeniyle zarara uğramalıdır[405].

205'inci maddenin lafzında memurun menfaat sağlaması ve oluşan zararın kendisine ödettirileceği ifade edildiğinden bir tehlike suçu olmadığı, bunun bir "zarar suçu" olduğunu göstermektedir. Zarar suçu olması nedeniyle teşebbüse de elverişlidir[406].

765 sayılı TCK döneminde ihaleye fesat karıştırma suçlarıyla ilgili bir içtima kuralına yer verilmemiştir. Hileli hareketlerin aslında evrakta sahtekarlık eylemlerini de içerdiği, sahtecilik ve dolandırıcılık eylemlerinin, fesat karıştırma suçunun unsuru olduğu ve ayrıca suç oluşturmadığı belirtilmiştir. Bu durumda fail yalnızca devlet alım satımlarına fesat karıştırmaktan sorumlu olacaktır[407]. Buna karşı gelen görüş sahipleri ise sahtecilik ve dolandırıcılık eylemleri ile fesat karıştırma suçunun ayrı suçlara vücut vereceği, bu eylemlerin gerçek içtima kuralına tabi olduğu ifade edilmiştir[408].

765 sayılı TCK.nın 208'inci maddesinde yer alan suçta ise, devlet görevlilerinin devlet adına yapılan alım ve satımlarda devletle ticari ilişki kurması cezalandırılmıştır. 208'inci maddenin 1274 tarihli Kanunnamenin 89'uncu maddesi olarak 765 sayılı Kanun'a nakledilmiştir. Mehaz kanunda böyle bir hüküm bulunmamaktadır[409].

---

[403]Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.134

[404]Erman, Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar*, s.59; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s.240

[405]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.143

[406]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.52

[407]Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.123; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s.238

[408]Erman, Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar*, s.61; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.53

[409]1274 sayılı Kanunnamenin 89'uncu maddesi: "*Büyük ve küçük kaffe-i memurin-i devlet, idaresine ve nezaretine memur oldukları külli ve cüz'i mevadde miri için eşya ve malzeme bey' ve şirasında gerek alenen ve gerek sırran bizzat veyahut bilvasıta veya ala tarik-il-müşareke kendü temettüleri için ticaret*

Devlet tarafından açılan ihalelere, memur kişilerin istekli olarak gizli veya açık şekilde katılmaları yasaktır. Elbette memurun görevi sebebiyle yürüttüğü bir işin ihalesine girmesinden bahsedilmektedir[410].

Bu madde kapsamında devlet memurunun devlet için eşya veya malzeme alım veya satımında kendi kazancı için ticaret yapması veya imalat yahut inşaatı götürü şeklinde yerine getirenlere ortak olması ve bu gibi alışverişte komisyon alması suç olarak sayılmıştır. 208'inci maddede yer alan suçun 5237 sayılı TCK'da karşılığı 259'uncu maddede düzenlenen yürüttüğü kamu görevinin sağladığı nüfuz ile mal veya hizmet satmak suçu olmaktadır. Bu maddenin ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgisi bulunmamaktadır[411].

Söz konusu suç yalnızca memur tarafından işlenebilen bir suçtur. Memur kavramı 765 sayılı TCK'nın 279/1 maddesine göre tespit edilir[412].

Hükümet hesabına yapılan arttırma ve eksiltmeye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 366'ncı maddesi ise şu şekilde düzenlemiş idi; "*Her kim Hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayede ve münakasada şiddet veya tehdit ile veya hediye vait ve itasiyle veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti meni veya ihlal yahut müzayede ve münakasada pey sürenleri çekilmeğe sevkederse üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayi nakdiye mahkum olur*." İkinci fıkrasında ise; "*Eğer fail kanunen veya Hükümet tarafından müzayede veya münakaşaya memur olan kimse ise bir*

eder veyahut imal ve inşaatda maktuiyyet veçhile deruhde eyler veya deruhte eden ile şerik olur ise memuriyetten tard ile bir yıldan iki yılakadar nefy olunur. Ve eğer bu makule miri ahz ve itasında komisyon alır veyahut nükud ve meskukat mübadelesinde temettü eder ise mrmuriyetten tard ile beraber bir seneden iki seneye kadar hapis veyahut da iki seneden üç seneye kadar nefy ile mücazat olunur."

[410]Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları,* s.601

[411]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.48

[412]Sahir Erman, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur". **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** 1947, (çevrimiçi) http://dergipark.gov.tr/ausbf/issue/3240/45227 1.15.2019, s.239; 765 sayılı Kanun döneminde memur kavramı "*…fert, bir hukuki tasarruf ve fiilde bulunmak suretiyle hukuki bir iktidar ve salahiyeti istimal ettiği veya bu tasarrufların ısdarına veya fiillerin ifasına, amme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım vaki olduğu takdirde amme vazifesi, bu şartların tahakkuk etmemesi halinde ise amme hizmeti mevcuttur*." Şeklinde tanımlanmıştır.

seneden üç seneye kadar hapis ve elli liradan dört yüz liraya kadar ağır cezayi nakti hükmolunur."

İhalenin niteliği için 366'ncı madde hükümet adına yapılan müzayede veya münakaşa terimlerini kullanmıştır. Müzayede artırma, münakaşa ise eksiltme anlamındadır[413].

Bu madde 765 sayılı Kanun'un mehaz kanunu olan 1889 Zanardelli Ceza Kanunu'ndan alınmıştır. Mehaz kanunda ihaleye ilişkin suçlar tek bir madde altında bulunmaktayken, kanunlaştırma sürecinde ayrı maddeler içerisinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme hükümler arasındaki irtibatı ortadan kaldırmıştır. 366'ncı ve 367'nci maddelerin aynı hukuki konuya sahip olmasına rağmen farklı hükümlerde düzenlenmeleri sebebiyle 366'ncı ağırlatıcı sebebin 367'nci madde için uygulanmaması eleştirilmiştir. Bunun anlamı ihale görevlisi memur fesat içerikli hareketi, hükümet hesabına yapılan ihalede gerçekleştirmesi durumunda maddenin ağır halinden sorumlu olmaktadır. Ancak aynı hareket, resmi daireler vasıtasıyla özel kişiler arasındaki ihalelerde gerçekleştirildiğinde ağırlatıcı sebep uygulanmayacaktır[414]. Bir başka eleştiri noktası ise hile ve fesat ifadelerine ayrı maddelerde yer verilmiş olmasıdır. 366 ve 367'nci maddeler hileli hareketlerle işlenirken 368'inci madde fesat içeren hareketlerle işlenebilmektedir. İki kavramın birbirinin yerine kullanılması nedeniyle, bu tür bir düzenlemenin kavram karmaşasına yol açtığı ifade edilmiştir[415].

Bu suçun koruduğu hukuki değer kamu güveni olarak kabul edilmiştir[416]. Ancak 5237 sayılı TCK'da 235'inci maddede olduğu gibi bu suçun düzenleniş biçimi ve muhatap aldığı kişiler dikkate alındığında, kamu güveniyle birlikte ekonomik ve mali düzen ile serbest rekabetin korunduğunu kabul etmek gerekir. İhalelerin doğrudan

[413]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.48

[414]Erman, Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar*, s.53; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.151

[415]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.151

[416]Erman, Özek, *Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar,* s.152

bir malın piyasasını oluşturduğu gözetildiğinde, ihaleye fesat karıştırma suçlarının serbest ekonomik düzeni ve rekabet ortamını yok edeceği açıktır[417].

366'ıncı maddede yer alan suçun faili memur olmak zorunda değildir. Herkes bu suçun faili olabilir. Madde metninde failin kamu görevi görmesine veya ihale isteklisi olup olmamasına bir vurgu yapılmamıştır. Failin artırma veya eksiltmeye katılıp katılmaması şart değildir. Maddede düzenlenen seçimlik hareketlerden birinin yapılmış olması suçun oluşumu için zorunlu ve yeterlidir. Bununla birlikte fail memur ise suçun ağırlaşmış halinden sorumlu olacaktır[418]. Maddede yer alan seçimli hareketlere göre suç tek bir faille işlenebileceği gibi çok failli de olabilir. Zira rekabeti men veya ihlal veya müzayede ve münakaşada pey sürenleri çekilmeye sevk etmek eylemi tehdit ve cebirle işlenirse tek taraflı bir suç vardır. Ancak gizli anlaşma yapmak, menfaat vaad etmek veya sağlamak suçlarında çok taraflı suç vardır. İhaleden çekilen kişi bir menfaat karşılığı çekilmişse yine iki taraflı bir suçtan bahsetmek gerekir. Çünkü çekilmesini isteyen kişi kadar menfaat karşılığı çekilen kişi de fail veya şerik olarak suçtan sorumlu olur[419].

366'ncı madde gizli ittifak, sair hileli araçlar ile rekabetin engellenmesi yada rekabetin bozulması eylemlerini düzenlemiştir. Fesat karıştırmak eylemi şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle yada menfaat temin edilmek üzere işlenebilir. Bu maddeye göre, ihaleden engellenmeleri için yapılan hareketler sonucunda, suçun oluşması için kişilerin ihaleye girememeleri gerekir. Zira burada rekabetin oluşması engellenmiş ve bu nedenle istekli ihaleden çekilmek durumunda kalması gerekir[420].

[417]Bkz. "Korunan Hukuki Değer" başlığı altında yapılan açıklamalarda 5237 sayılı TCK'nın 235'inci maddesinin koruduğu hukuki değer karma bir nitelik arz etmekte olduğu ifade edilmiştir.

[418]Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar,* s.256; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.54

[419]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s153

[420]Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.605

366'ncı madde kapsamına mal veya hizmet alım satımı, kiralama, yapım işleri ve diğer ihale türleri girmektedir. İhalenin konusunu oluşturan işin bir önemi bulunmamaktadır. 205'inci maddedeki gibi bir sınırlama öngörülmemiştir[421].

205'inci madde devlet hesabına yapılan ihalelerden bahsederken, 366. maddede hükümet hesabına yapılan ihaleler ifade edilmiştir. Esasen bu ayrımın pratik bir faydası yoktur ve hukuken böyle bir ayrım yapılamamıştır[422]. Yargıtay ise kararlarında bu konuda uygulamaya yön vermeye çalışmıştır. Bir kararında polis lojmanı yapım ihalesine fesat karıştıran komisyon üyeleri hakkındaki eylemin hükümet hesabına ihale olduğunu ifade etmiştir[423]. Yargıtay her somut olay için yeniden bir değerlendirme yapmış, Kanun tarafından yaratılan kavram karmaşasını bu şekilde gidermeye çalışmıştır. Bir başka kararda kamu iktisadi teşebbüsü olan Tekel'in yaptığı ihaleyi devlet hesabına yapılan ihalelerden olduğuna karar verilmiştir. Ancak Yargıtay'ın anılan kararlarında bu sonuca nasıl varıldığı konusunda bir hususa değinilmemiştir[424].

Bu madde kapsamında işlenen eylemler neticesinde maddi veya manevi bir zararın ortaya çıkmasına gerek yoktur. Zarar kavramı burada suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir. Bir artırım nedeni de değildir[425].

Menfaat ise suçun unsurlarından biridir. Hediye dışında kalan bir çıkar vaad edilmesi yahut sağlanması menfaat unsurunu oluşturur. Menfaatin gerçekleşmesi

---

[421]Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s.251

[422]Erman, Özek, *Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar,* s.56

[423]Yargıtay 4. CD. 7/2/1991T., 1991/7518E., 1991/723K. sayılı kararı "…*Ancak, ihaleye konu polis lojmanlarına ilişkin yeterlik belgesi komisyonu başkan ve üyeleri olan sanıkların, ihale mevzuatına be Bakanlık tebliğine aykırı olarak ihaleye katılan müteahhitlere yönteme uymayan puanlar verdiklerinin, değerlendirmenin ayrı ve gizli yapılması kuralına uymadıklarının, puanlarda sonradan ayarlama ve değişiklik yaparak ihaleleri öngördükleri müteahhitlerin üzerinde bıraktıkları kabul edilmesi karşısında, bu hareketlerin değerlendirilerek eylemin hükümet hesabına yapılan ihalede, hileli araçlar kullanma suretiyle rekabeti ihlal ve TCY'nın 366. maddesine uyar nitelikte olup olmadığının tartışılması, eylenin bu maddeye girmediği taktirde aynı yasanın yardımcı hüküm konumunda bulunan 240. maddesine gireceğinin gözetilmesi gerekirken yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması…*" Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.143

[424]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.144

[425]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.56

zorunlu değildir. Vaad edilmiş olması yeterlidir. Menfaat maddi yada manevi bir nitelik arz edebilir. Para veya mal verilmesi bir menfaat olabileceği gibi görevde yükselme, akrabasına iş sağlama şeklinde bir menfaat de vaad olunabilir veya sağlanabilir[426].

765 sayılı TCK'nın 367'nci Maddesi kamu aracılığı veya özel kişilerin yaptığı müzayedelere fesat karıştırılması halinde uygulanmıştır; "*Gerek resmî daireler marifetiyle ve gerek beynennas bilmüzayede alınıp satılacak yahut kiraya verilip alınacak mal ve mülklerin müzayedesinde yukarki maddede gösterilen suretlerden biriyle rekabeti meni veya ihlâl yahut müzayedeye pey sürenleri çekilmeğe mecbur edenler bir aydan üç aya kadar hapse ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayi naktiye mahkûm olur.*"

Müzayede kavramı artırma anlamında kullanılmaktadır. Eksiltme yoluyla yapılan ihaleler bu madde kapsamı dışındadır. Eksiltme yoluyla yapılan mal veya hizmet alımları veya yapım ihaleleri fesat karıştırma suçları bu madde kapsamında cezalandırılmamıştır. Bunun yanında maddede "bilmüzayede alınıp satılacak" ifadesi kullanılmıştır. Mantıksal olarak bir şeyin alımı için artırma değil eksiltme yapılmak zorundadır. Buradan hareketle maddenin eksiltmeleri de kapsadığı ileri sürülmüştür. Bu nedenle bu maddenin tutarsız olduğu eleştirileri yapılmıştır[427].

367'nci maddede yer alan fesat karıştırma eylemleri için 366'ncı maddeye atıf yapılmıştır. 366'ncı maddede yer alan seçimlik hareketler ve unsurlar 367'nci madde için de geçerlidir[428].

367'nci madde kapsamında hükümet hesabına yapılan ihaleler ile özel kişiler arasında yapılan ihaleler arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki ihale de suça konu olabilir. Aslında 367. maddenin özel kişiler arasındaki ihaleleri suça konu etmesi yerinde değildir. Zira kamu kurumu tarafından yapılmayan ihalelere fesat

[426]Sahir Erman, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı işlenen Suçlar,* Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1996, s.700

[427]Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı işlenen Suçlar,* s.696

[428]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.57

karıştırılması kamunun güveni ve itibarı aleyhine bir durum ortaya çıkarmaz ve kamu idaresinin işlerliğini ilgilendirmez. Bu nedenle mehaz kanundan aktarılan bu maddenin bir tercüme hatası olduğu ileri sürülmüştür[429].

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ihale suçları devlet hesabına yapılan ihaleler ve hükümet hesabına yapılan ihalelere karşı işlenen suçlar olarak ikiye ayrılmaktaydı. Bunlardan birinin cezası 10 yıldan 24 yıla kadar hapis iken, diğerinin cezası 3 aydan 7 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Cezalar arasında bu kadar büyük uçurum olmasına rağmen hangi ihalenin devlet hesabına hangi ihalenin hükümet hesabına yapıldığına dair net bir hukuki kıstas konulmamıştır. Ve bu durum hakkaniyetsiz sonuçlar doğurduğundan uzun süre eleştirilmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 235'inci maddesinde yapılan düzenleme bu ayrımı ortadan kaldırmış hatta pek çok kurum, kuruluş, dernek, vakıf ve kooperatifi de ihaleye fesat karıştırma suçu konusu içine almış ve bunlara yönelik eylemler bakımından bir ayrıma gitmeye gerek görmemiştir. Kurumlara ve eylemlere yönelik fark ortadan kaldırıldığı gibi yaptırımlar arasındaki uçurum ortadan kaldırılmış, yaptırımların hakkaniyetsiz olduğu yönündeki eleştiriler de son bulmuştur[430].

368. madde menfaat karşılığı ihaleden çekilme eylemlerini düzenlemiştir; "*Bir kimse kendisine veya başkasına vadolunmuş para veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye veya münakasaya devamdan istinkaf suretiyle resmi müzayedeye fesat karıştırırsa altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayi naktiye mahkum olur.*"

Anlaşılacağı üzere bu madde kamu ihalesi olmak kaydıyla her türlü artırma ve eksiltme hakkında uygulanmıştır. Özel kişilere ait ihalelere yönelik eylemler ise cezalandırılmamıştır[431].

---

[429]Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı işlenen Suçlar*, s.697; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*, s.115

[430]İzzet Özgenç, "İhale Sürecinde İşlenen Suçlar", **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu,** 30 Mayıs-01 Nisan 2005, Ankara, s.76

[431]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.57

368'inci maddenin faili, menfaat karşılığı ihalede teklifte bulunmaktan vazgeçen kişidir. Fail kesinlikle ihaleye girmeli, ancak bir sebepten ötürü hiç teklif vermemeli yahut verdiği teklifleri geri çekmelidir. Eğer fail ihaleye hiç katılmamışsa 368'inci maddeden değil 366'ncı maddeden ötürü sorumlu olacaktır. Yine girdiği ihalede teklif vermekten çekilen kişiye menfaat sağlayan kişi 366'ncı madde uyarınca cezalandırılacaktır[432].

5237 Sayılı TCK. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinde artık bambaşka bir ihaleye fesat karıştırma düzenlemesi karşımıza çıkmaktadır. 765 sayılı TCK'da 205, 208, 367 ve 368'inci maddelerde dağınık şekilde düzenlenen bu suç, 5237 sayılı TCK'da tek bir madde altında 235'inci madde içerisinde toparlanmış, mükerrer düzenlemeler kaldırılmış ve kavram karmaşasına son verilmiştir. Yeni düzenleme ile suça konu edilecek kurum ve kuruluşlar ve bunların yapacakları ihaleler 765 sayılı TCK'ya nazaran genişletilmiştir. Ayrıca yeni düzenlemede ihaleye fesat karıştırma suçunun yaptırımları ağırlaştırılmış, kamu zararının ortaya çıktığı haller ve cebir ile tehdit suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçları hariç, tüm eylemlerin cezaları eşit düzenlenmiştir.

Suça vücut veren hareketler, TCK'nın 235/2-a maddesinde hileli olarak işlenen ihaleye fesat karıştırma suçları, 235/2-b maddesinde gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ifşa edilmesi suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçları, 235/2-d maddesinde fiyatı ve ihale koşullarını etkilemek üzere gizli veya açık anlaşma yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçları ve 235/2-c maddesinde cebir, tehdit ve hukuka aykırı hareketlerle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçları olarak dört ana başlıkta seçimlik olarak düzenlenmiştir. Yaptırımlar konusunda ise 765 sayılı TCK'da öngörülenden çok daha ağır hapis cezalarıyla cezalandırma düşüncesi hakim olmuştur. Öyle ki, bu hareketleri işleyenler hakkında 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

[432]1997 yılında 367'inci madde ile 368'inci maddede aynı eylemleri işleyen ve kamuya aynı derecede zarar veren kişilerin birbirinden çok farklı miktarda cezalara tabi tutulması, 367'inci maddeye ön ödeme ile kamu davasının ortadan kaldırılması imkanı verilirken 368'inci madde için böyle bir imkan olmadığı, bilakis yüz kızartıcı bir suç olması sebebiyle pek çok olumsuz hukuki sonuca yol açıldığı, bu haliyle Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırı olduğu iddiasıyla Vezirköprü Asliye Ceza Mahkemesi tarafından somut norm denetimine gidilmişse de, Anayasa Mahkemesi 14.5.1997 tarih 1996/71 esas ve 1997/49 karar sayılı kararı ile, itiraza konu kanun maddelerinden 367'nci maddenin, söz konusu kamu davasında uygulanmadığı için itirazın reddine karar verilmiştir.

Bu seçimlik hareketler sonucunda bir kamu zararının ortaya çıkması halinde cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir. Ancak 11/4/2013 tarihinde 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile yaptırımlarda indirime gidilmiştir. Bu düzenleme ile 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Ayrıca kamu zararı, suçun temel şekli için zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Kamu zararının bulunmaması halinde ise cezadan indirim yapılacağı hükmü getirilmiştir[433].

2.3. Hukuki Konu

Suçun hukuki konusu[434], suçu öngören norm tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen hukuki menfaattir. Eylemin işlenmesi ile bu hukuki menfaat zarara uğramış veya tehlikeye maruz kalmış olur[435]. Korunan hukuki menfaat insanın cismine ya da maneviyatına ilişkin olabileceği gibi toplumun, ailenin hatta devletin cismine veya maneviyatına dair olabilir[436].

Kanunda yer alan her suç mutlaka bir hukuki menfaati ihlal etmektedir. Her hangi bir hukuki menfaat ile ilişkilendirilemeyen bir eylemde haksızlık veya suç

---

[433] Serkan Türkdoğru, Ramazan Arıtürk, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda 6459 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C.9, S.92, 2014, s.29-39

[434] "Suçun hukuki konusu" hakkında doktrinde yer alan görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem, "Suçun Hukuki Konusu ve Hümanist Doktrin", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1968, C.25, S.1; Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970; Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.46, "…*Hukuksal değer kavramı ilk kez Binding tarafından açıkça formüle edilmiş ve teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni açıklanırken, yapılan hareketin hukuken değerli sayılan koşulları, yararları ihlal etmesi nedeniyle cezalandırıldığı ve hukukun tüm bu yararlarının "hukuksal değer" terimiyle adlandırılacağı belirtilmiştir*".;

[435] Soyaslan, vd., İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.129; Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket - Netice - Sebebiyet Alakası)*, İstanbul, 1954, s.118 vd.; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.109-110; Erem, "Suçun Hukuki Konusu ve Hümanist Doktrin", s.14; Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Sevinç Matbaası, s.185; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.198 ; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.737; Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.180; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.167; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.63; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.5; Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.908; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.827; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar*, s.414; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.64

[436] Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.110,

olduğu söylenemez. Hukuki menfaati ihlal etmeyen bir eylem kanunda suç olarak düzenlenirse, bu düzenlemenin ceza hukuku zemininde meşruluğu olmayacaktır. Öyleyse her suç hukuki konuya sahip olmak zorundadır[437].

Bazı suçların hukuki konusu birden fazla olabilir. Bu durumda kanun, korunan birden fazla hukuki menfaatten hangisine daha çok önem vermekte ise suç kanunda o değerin korunduğu başlıkta düzenlenir[438]. Hangi menfaatin daha önemli olduğu hususu, ihlal edilen birden fazla hukuki menfaatin derecelendirilmesiyle belirlenir. Bazı suçlar bakımından ihlal edilen birden çok hukuki menfaatten hangisinin önemli olduğu hususu, ihlal edilen menfaatin üzerinde tasarruf edilip edilememesine göre belirlenir[439].

İhaleye fesat karıştırma suçunun hukuki konusu da birden fazladır. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere, ihaleye fesat karıştırma suçunun hukuki konusu 235'inci madde gerekçesinde, içtihatlarda ve doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bu farklılık TCK'nın 235'inci maddesinin geniş bir alanı kapsamasından kaynaklanmaktadır. Zira düzenleme içerisinde çok sayıda ve birbirinden farklı suç tipi, farklı niteliklerde fail ve mağdur kavramı, yine birden fazla özel unsur bulunmaktadır.

5237 sayılı TCK'da yer alan ihale suçlarına ilişkin düzenleme, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak kamu güvenine karşı veya kamu idaresine karşı suçlar içerisinde değil[440], "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" arasında

---

[437]Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s.44 "… *hukuksal değerler esasta bireye ait ve onun özgürlüğünden kaynaklanan zorunluluklar olup, her alanda bu özgürlüğün gereğince yaşanmasına, korunup geliştirilmesine hizmet ederler*…" ; Erem, *Suçun Hukuki Konusu*, s.24.

[438]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.105.

[439] İçel, *Suç Teorisi*, s.88.

[440]765 sayılı mülga TCK'da ihaleye fesat karıştırma suçları kamu güvenine karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu nedenle 765 sayılı TCK'nın mehaz kanunu olan 1930 İtalyan Ceza Kanunu ile aynı yönde ifadelerle ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki yararın "kamunun güveni ve dürüstlük" olarak ifade edilmiştir. Zira ihaleye işlemlerini her zaman idare adına bu konuda görevli kişiler tarafından işlendiği ileri sürülmüştür. Ancak bu görüş eleştirilmiş ve ihaleye hile karıştıran kişinin asıl saiki serbest rekabet kurallarını işlemez hale getirmek suretiyle kendisine veya bir başkasına haksız yarar sağlamak olduğu, mülga kanun döneminde özel kişiler arasında yapılan artırma ve eksiltmelerin de kapsama alınması karşısında kamunun güveni kavramının ikinci planda kaldığı, asıl korunmak istenen hukuki yararın ekonomik kurallar, serbest rekabet mekanizması olduğu ifade

düzenlenmiştir. Suçun hukuki konusunun tespit edilmesi özellikle suçların kanuni tipinin yorumlanması, suçların tasnifinin yapılması, kanunun sistematiğinin belirlenmesi ve oluşturulması açısından önemli bir argümandır[441].[442]. Bu bakımdan kanun koyucunun TCK. 235'inci maddesiyle öncelikle ekonomik ve mali düzenin tesis edilmesine öncelik verdiği ve korunan hukuki menfaatin toplumun ekonomik çıkarları olduğu görülmektedir[443].

Ancak Kanun maddesinin gerekçesinde toplumun ekonomik çıkarlarından bahsedilmeyerek "*Bu hükümle korunmak istenen hukuki 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*" ifadelerine yer verilmiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin Yargıtay kararlarında, 235'inci maddenin düzenlendiği bölüm ve madde gerekçesi dikkate alınarak, suçun hukuki konusunun kamu idaresine ve dolasıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğuna yer verilmektedir[444]. Bu nedenle içtihad, ihaleye fesat karıştırma suçunun birden fazla hukuki konusu olduğu yönündedir.

---

edilmiştir . Bkz. Sahir Erman, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Kısım Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 1996, s.692-693.

[441] Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s.43-44; Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s.45-87, Erem, "Suçun Hukuki Konusu ve Hümanist Doktrin", s.25-30; Zeki Hafızoğulları, Devrim Güngör, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007, S.69, s.30; İçel, *Suç Teorisi*, s.87,

[442] 5237 sayılı Kanun'un, AHİS ve Anayasa tarafından öngörülmüş hukuki menfaat kriterlerine uyulmadan düzenlendiği hatta yok sayıldığı görüşü için bkz. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.197 ; Hafızoğulları, Güngör, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", s.30

[443]Dülger, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi", s.15

[444]Yargıtay 5. CD. 5.5.2016T., 2014/2923E., 2016/4679K. Sayılı kararı; Yargıtay 5. CD. 13.5.2013T., 2012/4700E., 2013/4935K sayılı kararı; Yargıtay 5. CD. 12.2.2018T., 2017/3886E., 2018/569K sayılı kararı; Bahsi geçen kararlarda benzer şekilde "*İhaleye fesat karıştırma suçunda, korunan yararın kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğu,…*" ifadelerine yer verilmektedir.

Doktrinde bazı yazarlara göre suçun hukuki konusu, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirdikleri sırada kendilerine duyulan güven ve dürüstlük esasına uygun olarak, kamu idaresinin toplum nazarındaki güven duygusu şeklinde ifade edilmiştir. Zira suçun konusunu oluşturan ihalelerin tümü kamusal faaliyet niteliğindedir[445].

Farklı bir görüşe göre, ihaleye fesat karıştırma suçu ile yalnızca devletin mali ve ekonomik yararları korunmaktadır[446].

TCK. 235'inci maddesinin gerekçesinde yer alan hukuki menfaatin yanısıra suçun kanundaki yeri ile kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da işlenebileceği gözetildiğinde, korunan hukuki menfaatin ekonomik sistemin şeffaf, serbest ve rekabet ortamında işlediği yolunda toplumda hakim olan güven olduğu bazı yazarlarca savunulmuştur[447].

Madde gerekçelerinin kanuna dahil olmadığı, sadece kanunun yorumunda kullanılabilecek bir araç olduğunu, gerekçenin kanuni tanıma taşınmasının söz konusu olmayacağını savunan bir başka yazar, korunan hukuki değerin bundan ayrı olarak öncelikle kamusal, toplumsal ve ferdi güven olduğunu, bunun dışında kamu görevlilerine duyulan güvenin de korunduğunu ifade etmiştir[448].

Benzer bir görüşte suçun hukuki konusu, kamu idaresi adına yapılan ihalelerde ihaleye ve ihaleyi yapan kimselere duyulan güvenin sağlanmasındaki kişisel ve kamusal yarar olmaktadır[449].

---

[445]Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s.32

[446]Sulhi Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1984, s.91; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.805; Akbulut,"İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.62

[447]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.5

[448]Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.23

[449]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.413

Buna karşı gelen bir görüş, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne ve kamu görevlilerine duyulan güvenin yalnızca idarenin güvenirliğine ve işleyişine ilişkin bir hukuksal değeri koruduğu, ihaleye fesat karıştırma suçunun koruduğu hukuki menfaati yansıtmadığı yönündedir. Bu nedenle bu suçun hukuki konusunun birden fazla olduğu, ihalede serbest rekabet, dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarının ekonomik çıkarları ile ihalenin verimli ve zamanında yapılması, öte yandan ihaleye katılanların hak ve çıkları olduğu ifade edilmiştir[450].

Bu görüşe paralel olarak çoğu yazar ihaleye fesat karıştırma suçunun hukuki konusunun birden fazla olduğu savunmaktadır. Ancak bu görüşlerde ileri sürülen korunan hukuki menfaatlerin birbirinden farklı şekilde ifade edildiği görülmektedir. Bir görüşe göre, maddenin Kanun'da düzenlendiği başlık nazara alındığında öncelikle ekonomik yaşamın kurucusu rekabetin korunduğu belirtilmektedir. Bunun yanısıra ihalelerin kamu idarelerine ait ihaleler olduğu düşünüldüğünde, kamu görevlilerine duyulan güven ve dürüstlük ilkelerinin de suç ile korunan hukuki menfaatler olduğu savunulmuştur[451]. Benzer bir görüşe göre korunan hukuki menfaat, öncelikle ekonomik faaliyetlerin belirli bir düzen içinde yürütülmesi, ikincil olarak ise kamu kurum ve kuruluşları ile bunlar adına hareket eden kamu görevlilerine duyulan güvendir[452].

İhaleye fesat karıştırma suçunun dört ayrı hukuki menfaati koruduğu yönündeki görüş ise, kamusal faaliyetlerin dürüstlük kurallarına uygun şekilde yapıldığına yönelik toplumsal güven, kamu görevlilerinin dürüst işlem yaptığına dair güven ve devlet bütçesinin zarar görmemesi ve ihaleye katılan kişilerin zarar görmemesi şeklinde ifade edilmiş, ilk iki menfaatin öncelikli olarak korunduğu savunulmuştur[453].

[450]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.105-106

[451]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.116-117;

[452]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.108

[453]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.734-736

Korunan hukuki menfaat tespit edilirken mutlaka ihaleye hakim olan ilkelerden faydalanılması gerektiği yönündeki görüşe göre, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2. maddesine göre, ihalelerin yürütülmesinde kamusal ihtiyaçların en iyi şekilde uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması amaç olduğundan, korunan hukuki menfaatlerin eşitliğe dayalı, saydam ve serbest ihale rekabeti, bir kamusal faaliyet dolayısıyla devletin güvenirliği, son olarak da kamu kaynaklarının verimli kullanılması ve devlet bütçesi olduğu belirtilmiştir[454].

İhale süreci sözleşme imzalandığı tarihe kadar tamamen kamu hukuku hükümleri gereği işlemekte ve bu süreci baştan sonra kamu görevlileri icra etmektedir. Bu nedenle hukuka ve rekabete uygun olarak tamamlanması hususunda ihalenin kaderi çoğunlukla kamu görevlilerinin elindedir. Bir görüşe göre, kamu görevlilerinin bu konuda görevlerini dürüstçe yerine getirdikleri ve devletin tarafsız olduğu konusunda toplum nazarında kabul görev güven duygusunun kanun tarafından korunduğu da kabul edilmelidir[455].

TCK. 235'inci maddesi kapsamında işlenen bir eylem, kamu zararı oluşmasa dahi cezalandırılabildiği için öncelikle korunmak istenen hukuki menfaatin kamu idaresinin itibarı olarak ifade eden görüş sahipleri, buna ek olarak devletin ekonomik çıkarlarının da korunduğunu belirtmişlerdir[456].

Bu görüşler üzerine söylemek gerekir ki; Kanun maddesi metninde yer alan her bir ifade tek tek değerlendirilerek suçun hukuki konusu saptanamaz. Bu yöntem yalnızca kavram karmaşası yaratır. Aksi halde "cebir" 235'inci madde içerisinde yasaklanan bir hareket olması gerekçesiyle, korunan hukuki menfaatler arasında kişilerin vücut bütünlüğünün de bulunduğu, zira "tehdit" ibaresi dikkate alınarak kişilerin hürriyetinin de korunduğu iddia edilebilir. Bu yoldan hareketle şartnamelere aykırı teklifler ileri sürülerek, şartnamelerin korunduğunu da söylemek mümkündür. Bu tarz bir yaklaşım hukuki konunun saptanması bakımından sağlıklı olmayacaktır.

---

[454]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.907-909; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.58

[455]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.62

[456]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.805-806

Bu sebeple, suçun ihdas edildiği bölüm ve özellikle suçun genel olarak ihdas edilme nedeni ele alınmalıdır.

Kanımızca ihaleye fesat karıştırma suçunun hukuki konusu yalnızca devletin ekonomik ve mali çıkarlarıdır[457]. Şöyle ki; ekonomik suçlar bireysel menfaatlerden ziyade devlete ve topluma ait menfaatleri korumaktadır[458]. Zira ekonomik suçlara ait düzenlemeler kişilere karşı suçlar içerisinde değil, topluma karşı işlenen suçlar içerisinde yer almaktadır. Ekonomik suç sebebiyle bireylerin gördüğü zarar, kamu zararının uzantısıdır. Bu nedenle bireylerin çıkarları suçun hukuki konusu değildir.

Ekonomik sistemde güvenilir bir rekabet ortamının sağlanması kamu ihalelerinin temel prensiplerinden olduğu için, rekabetin hukuken korunması doğaldır[459]. Burada bahsi geçen rekabet kavramı, rekabet hukuku içerisinde telakki edilen anlamdan farklı bir anlama ve kapsama sahiptir. Ekonomik ceza hukuku perspektifinde bahsi geçen rekabet kavramı, aslında kişisel yarardan ziyade kamusal yararını gözetir. Çünkü ceza hukukunun temel amaçlarından biri, ihdas edilen her suçta öncelikle kamunun yararını korumaktır. Üçüncü kişilerin haklarının da bu kapsamda korunduğu açıktır. Ancak bireysel yararın kamusal yararın önüne geçtiğini söylemek mümkün değildir. Gelgelelim ihaleye fesat karıştırma suçu sebebiyle bireysel bir zararın mevcudiyeti önem arz etmezken, kamu zararı suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Netice itibariyle, ihaleye iştirak eden kimselerin mali haklarının, kamusal yararın bulunduğu ölçüde korunduğunu söylemek en doğrusu olacaktır[460].

TCK'nın 235'inci maddesinde suça konu edilen ihaleler, kamu kurumlarınca yapılanlar ile sınırlı tutulmamıştır. Bunun yanı sıra bazı özel hukuk tüzel ve gerçek kişileri adına kamu kurumları aracılığıyla yapılan ihalelere ve dernek, vakıf, kooperatif gibi özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılan ihalelere de yer verilmiştir. Maddenin genel anlayışına bakıldığında, kamu kurumu haricinde yapılan ihalelere de kamusal

[457]Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, 91

[458]Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s.1037-1038

[459]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.65

[460]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.117

faaliyet sıfatı yüklendiği anlaşılmaktadır. Ancak salt bu sebeple ihaleye fesat karıştırma suçunun hukuki konusunun kamunun itibarı veya yalnızca kamu görevlilerinin görevlerindeki dürüstlüğe duyulan güvenin korunması olamayacağı kanaatindeyiz[461]. Elbette burada kamu itibarının tamamen göz ardı edilmesini değil, kamunun ekonomik ve mali çıkarlarının zarar gördüğü hallerde dikkate alınabileceğini savunmaktayız. Bu nedenle görüşümüz, aslolan toplumun mali ve ekonomik çıkarlarının bir uzantısı olarak kamu itibarı da ceza hukuku ile korunan bir menfaattir.

Korunan hukuki menfaat tespit edilirken, konuyu bir başka açıdan da yorumlamak gerektiği kanaatindeyiz. Tabi ki, suçun hukuken koruduğu fayda salt failin saikine göre belirlenmemektedir. Fakat bu suç ile verilmek istenen "zarar" ve elde edilmek istenen "menfaat" hususu dikkate alınmak zorundadır[462]. Aksi halde isabetli bir tespit yapılamayacağı ortadadır.

Bu fikirden hareketle, ihaleye fesat karıştırma suçunun failleri kamu hizmetinin kalitesiyle ve kamusal faaliyetlerin güvenilirliği ile ilgilenmemektedirler. Kamu kurumlarının ve kamu personelinin saygınlığı ve toplum nezdinde güvenirliği de hedef değildir. Buradaki yegane amaç kişisel çıkar sağlamaktır[463].

TCK. 235'inci maddesinin geniş kapsamlı bir düzenleme olması, ihale suçlarının sofistike yapısından kaynaklanmaktadır. Yani kamu alımlarında harcanan devlete ait büyük miktardaki kaynaklarının, faillerce "ele geçirilme yöntemleri" ve en fazla "kârı elde etme teknikleri" bu suçun yapısına vücut vermektedir. Bu bakımdan fail kamu çalışanı veya ihaleye muhatap olan kişilerden hangisi olursa olsun, asıl amaç devlet kaynaklarını ele geçirmektir. İhalelerin kamu maliyesinin yaklaşık %30'luk kısmını oluşturduğu dikkate alındığında, bu alanda işlenen suçların devletin ekonomik hayatına devasa bir zarar verdiği aşikardır. Bu nedenle devletin ekonomik ve mali yönden korunmaya ihtiyaç duyması kaçınılmazdır. Sonuç itibariyle 5237 sayılı

[461]k.g. Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.32

[462]Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.693; Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi,* s.221-223.

[463]Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.693

Kanun'un 235'inci maddesinin hukuki konusunu evleviyetle kamunun ekonomik ve mali çıkarları oluşturmaktadır.

2.4.Maddi Konu

Suçun maddi konusu, tipik eylemin doğrudan üzerinde gerçekleştirilmesi gereken insan yahut eşyadır[464]. Geniş anlamda yapılan tanımla suçun maddi konusu, suça konu eylemin üzerinde etki bıraktığı cisimden ziyade her türlü tabii varlıktır[465]. Bir anlamda suç ile korunan hukuksal değerin somutlaştırılmış şeklidir. Bu bağlamda ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusu da kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan ihalelerdir[466][467].

---

[464] Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.110; Faruk Erem, "Suçun Hukuki Konusu ve Hümanist Doktrin", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1968, C.25, S.1, s.14; (Eserde, suçun maddi konusunun değer hükümleri olduğu, yalnızca kanuni tipe bakılarak suçun konusu aranırsa yalnızca "lafzi konu" elde edilebileceği, maddi konunun insanın idrak edebileceği her şey olduğunu, fakat bunun muhakkak cismen mevcut olmasının şart olmadığı savunulmuştur.)

[465]Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.185 (Suçun maddi konusu her hangi bir insan veya şey değil, ceza normunda tarif edilen şeydir ve tipik eylemin fiziki olarak doğrudan doğruya kendisine izafeten ortaya çıkmak zorunda olduğu her türlü doğal varlıklardır) ; Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.142-147 *"...Suçun korumayı amaçladığı hukuksal değer ile suçun maddi konusu aynı şeyler değildirler. Suçun maddi konusu suçun objektif unsuru olup, onun aracılığı ile korunan hukuksal değer ihlal edilir. Başka bir ifadeyle, suça vücut veren hareket suçun maddi konusu olup obje veya şahıs üzerinde icra edilir.., ...Hukuksal değer ile maddi konu esasta birbirinden tamamen bağımsız ve ilgisiz kavramlar olmayıp, aksine birbiriyle doğrudan bağlantılı kavramlardır. Hukuksal değeri maddi, fiziki ve gerçek objeler olarak kabul eden yazarlar, bu iki kavramın bazı eylemlerde çatıştıklarını ve birbirinden ayırmanın olanaksız olduğunu belirterek konut dokunulmazlığı suçunu bu görüşlerine örnek gösterirler…"*

[466]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.198 (Yazar, öğretideki genel kabule karşı olduğunu ifade ederek, suçun maddi konusunun "cismani" bir şey olmak zorunda olduğunu, ihalenin ve ihale sürecinin elle tutulabilir bir şey olmadığını bu nedenle niteliği itibariyle suçun maddi konusunu oluşturmayacağını belirtmektedir. Bunun yerine suçun maddi konusunun ihaleyi oluşturan iş ve işlemler olduğunu savunmaktadır.); Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.737 (Yazar, hizmet ihalelerinin konusunu "emek" kavramının oluşturduğunu ve cismani bir özelliği olmaması bakımından hizmet ihalelerine fesat karıştırma suçunun maddi konusunun olmadığını ifade etmektedir.)

[467]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.737; Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.180; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.167; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.63; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.5; Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.908; Artuk, Gökçen, Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.827 "*..suçun konusu somut olayda "kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alımı veya satımlarına yada kiralamara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleridir.*"

İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi ve manevi unsurları incelenmeden önce, suçun maddi unsurunu oluşturan TCK. 235'inci maddesinin tasnif ettiği ihaleler ve öncelikle ilk bölümde incelenen ihale mevzuatı ile birlikte incelenmelidir. Zira suçun konusu olan ihaleler haricinde yapılan alım-satımlar ve özel kişiler arasındaki alım-satım sözleşmeleri 235'inci madde nazarında dikkate alınmaz[468].

765 sayılı TCK'nın 205 ve 366'ncı maddelerinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarında idareler tarafından gerçekleştirilen ihalelerin konusuna ve ihalenin tabi olduğu mevzuata ilişkin bir ifadeye yer verilmemiş ve bir sınırlama getirilmemiştir[469]. Bu nedenle ihalelerin kapsamını belirleme yetkisi uygulamaya bırakılmıştır[470].

5237 sayılı TCK'nın 235'inci maddesinde ise suçun maddi konusunu oluşturan ihaleler, ihaleyi yapan kurum, ihale konusu ve türü bakımından tasnif edilmiştir; 1-Kamu kurum ve kuruluşları adına/hesabına yapılan mal ve hizmet alım-satımı, kiralama, yapım ihaleleri; 2-Kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmeler (icra dairelerinin cebri icra satışları, vesayet makamları tarafından yapılan satış işlemleri, ortaklığın giderilmesi satışları); 3-Kamu kurum ve kuruluşları dışındaki, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar, kamuya yararlı dernekler, kooperatifler adına/hesabına yapılan mal veya hizmet alım-satımları ile kiralama ihaleleri.

TCK. 235'inci maddesinde ihale türlerinden yalnızca mal ve hizmet alım satımları, kiralamaları ve yapım işlerine ilişkin ihaleleri suça konu edilmiştir. Trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisine ilişkin ihaleler TCK. 235'inci maddesinin konusu

[468]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar*, s.414; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.64

[469]Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s.251

[470]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.51

değildir[471]. Maddede sayılmayan bu tür ihalelerde yapılan usulsüzlükler ve fesat eylemleri ancak görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmektedir[472].

TCK. 235'inci maddesinin ilk halinde, yapım ihalelerine yer verilmemiştir. Uygulamada eleştiriye maruz kalan bu eksiklik, 31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanun'un 9. Maddesiyle yapılan değişiklik ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak Kanun değişikliğine kadar geçen süre içerisinde, suç unsurları içerisinde yer almayan yapım ihalelerine fesat karıştırma eylemlerinin sebepsiz yere cezasız kaldığı, 765 sayılı TCK döneminde yapım ihalelerine fesat karıştırdığı için ceza alan kişiler hakkında lehe kanun uygulanması gerektiği ve suç olmaktan çıktığı gerekçesiyle derhal beraat kararları verilmesi gerektiği şeklinde eleştiriler yapılmıştır[473].

Yapım işlerine ilişkin ihaleler 235'inci maddenin birinci fıkrasına eklenmiş, ancak maddenin son fıkrasına da eklenmesi gerektiği göz ardı edilmiştir[474]. Zira 235/5 maddesinde sayılan kurumlarca yapılan ihaleler arasında yapım ihaleleri bulunmamaktadır. Buna göre, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşuna ait sosyal tesis yapım ihalesine fesat karıştırılırsa, kanunilik ilkesine göre 235'inci madde uyarınca cezalandırmak mümkün olmayacaktır[475]. Keza kamuya yararlı derneklerden Türkiye Kızılay Derneğince açılmak istenen kan merkezine ait yapım ihalesi TCK.nun 235. maddesi dışında bırakılmıştır[476].

---

[471]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.173

[472]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.7

[473]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.28

[474]k.g. Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.151 (Yazar, mal ve hizmet alımı kavramının yapım işlerini de kapsayan bir üst kavram olması sebebiyle maddeye yapım işleri ibaresinin eklenmesini yersiz bulmaktadır.) Bu görüşe karşın, Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.739 (Özen, TCK. 235/5'teki düzenlemenin TCK. 235/1 fıkrası ile çelişki içinde olmadığını, her iki durumda da, mal veya hizmet alım-satımlarına yada kiralamalara fesat karıştırmanın suç olarak düzenlendiğini, 235/5 maddesi düzenlemesinin sadece mal veya hizmet alım-satımlarına veya kiralama yapacak kurumların alanını genişlettiğini ifade etmektedir.)

[475]K.g.Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.175; k.g. Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s.36 (yazar TCK. 235. maddenin beşinci fıkrasında ibare bulunmasa dahi, yapım işlerinde mal ve hizmetin birlikte alımı söz konusu olduğuna işaret ederek, yapım ihalelerinin beşinci fıkra dışında bırakılamayacağını ifade etmektedir.)

[476]Dülger, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi" , s.13

İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 235'inci madde, ihale usulleri bakımından ayrıma gitmemiştir. Ancak TCK. 235'inci maddesine göre ihale niteliği taşımayan alım, satım ve kiralama türü işlemler ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olmayacağından, doğrudan temin usulü ile yapılan mal ve hizmet alımları suçun konusu dışındadır. Zira doğrudan temin usulü, artırma ve eksiltme gerektiren teknik anlamda bir ihale usulü değildir[477].

4734 sayılı Kanun'un 2'nci ve 3'üncü maddelerinde sayılan istisna halleri, bazı ihale konuları ve bazı kamu kurumlarını, Kanun'daki ihale usullerinden muaf tutmaktadır. Ancak istisna kapsamında olsa dahi bu kamu kurumları iç işleyişlerine göre bir ihale yapmak durumundadırlar. İhaleye fesat karıştırma suçu tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerini kapsadığından, bahsi geçen ihaleler hangi usul ile yapılırsa yapılsın TCK 235'inci maddesinin konusunu oluşturmaktadır[478].

5237 sayılı TCK'nın 235'inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçuna konu olan ihaleler mevzuat bakımından da bir sınırlamaya tabi değildir. TCK. 235'inci maddesi, yalnızca temel ihale mevzuatı olan[479] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan kaynaklanan ihaleleri değil[480] kamu

---

[477]"*…Doğrudan teminde esas olan ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçların temin edilmesidir. Dolayısıyla doğrudan teminde teknik anlamda istekliden ve isteklilerin teklif sunmasından bahsedilemez. Görevlilerin, ihtiyaçların temini için yaptıkları piyasa araştırması kapsamında, ihtiyaçları karşılayacak muhtemel arzcılardan fiyat alması, arzda bulunacak kişiler bakımından teklif sunma olarak değerlendirilemez. Durum bu merkezde olmasına rağmen, uygulamada doğrudan temin yoluyla yapılan alımlarda, kamu görevlilerinin piyasa araştırmasını yaptıklarını ispatlayabilmek veya kendilerini sorumluluktan kurtarabilmek için teklif alma yoluna gittikleri görülmektedir. Bu uygulamanın, doğrudan mevzuattan kaynaklanmadığını belirtmek gerekmektedir…*" Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.7

[478]İstisna hükümleri gereği 4734 sayılı Kanun'a tabi olmayan kurumlar, geçici 5'inci maddesinin kendilerine tanıdığı dayanak ile iç işleyişleri ile ilgili idari düzenleme yaparak ihalelerini gerçekleştirebilmektedirler. Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* s.154

[479]Kamu ihalelerinde, daha önce bahsettiğimiz üzere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu temel alınmaktadır. Yapısı itibariyle Devlet İhale Kanunu genel, Kamu İhale Kanunu ise özel kanundur. İki kanun hükümleri arasında ortaya çıkabilecek bir çatışma halinde özel bir kanun olduğu için Kamu İhale Kanunu esas alınacaktır. Koca, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.11

[480]TCK.nun 235. maddesinin gerekçesinde şöyle denmektedir "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."

kurumlarının alım satım usullerinin düzenlendiği özel kanunlarda[481] belirtilen ihaleleri de kapsamaktadır. Bu noktada önemli olan husus, alım-satım ve kiralama işlerinin artırma ve eksiltme yöntemiyle yapılması gerekliliğidir. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, temel ihale kanunlarına tabi olmayan bir ihalenin kamusal olmadığı veya kamu yararı taşımadığı iddia edilemez. İhale kanunlarına istisna olarak düzenlenmesi bu ihalelerin kamusal olmadığı için değil, işin özelliğine göre normal ihale prosedürünün işletilmemesinde bir kamu yararı görülmesidir. Bu yüzden kamu kurumu tarafından yapılan artırma ve eksiltmeler, 4734 sayılı Kanun'a tabi olmasa dahi bu Kanun gibi kamu yararını amaçlamaktadır.

235. madde yalnızca kamu kurumu nezdinde yapılan ihaleleri konu aldığı için, Borçlar Kanunu gereği özel şahıslar arasında yapılan ihale ve sözleşmeler bu madde kapsamında olmayacaktır. Ancak İcra İflas Kanunu gereği icra müdürlüğünce gerçekleştirilen cebri icra satışları özel kişiler arasında vuku bulmakta ise de, kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapıldığından ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamındadır[482]. Zira 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre yapılan cebri icra satışları, temel ihale kanunları kapsamında olmamasına rağmen ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluştururlar[483].

Bunun yanında, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun[484] hükümleri gereği yapılan cebri icra satışları TCK. 235'inci maddede belirtilen "kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan" ihalelerdendir[485].

Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 397'nci ve devamı maddelerinde düzenlenen, vesayet makamının talimatıyla vesayet altındaki kişiye ait menkul ve gayrimenkul malların, aynı Kanun'un 440-444. maddeleri uyarınca açık artırma ile

[481]4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'da olduğu gibi.

[482]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.64-65

[483]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.36

[484]Birinci bölümde "İhale Süreci" başlığı altında bahsedilmektedir.

[485]Parlar, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.88; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.178

satılması[486], TCK'nın 235. maddesi kapsamı içerisindedir. Sulh hukuk mahkemesi kararıyla ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 569-572. maddeleri uyarınca yapılan ortaklığın giderilmesi davaları sonucu yapılan satışlar, yine kamu kurumları aracılığı ile yapılan ihalelerdendir[487].

Medeni Kanun'un 699'uncu maddesi uyarınca ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılacak paraya çevirmeler de, icra daireleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu 571. maddesi İcra İflas Kanunu'na atıf yapmaktadır[488]. Yine cebri icra satışlarında olduğu gibi, Medeni Kanun hükümlerince yapılan satışlar da özel kişiler arasındaki anlaşmazlığı çözmeyi amaçlamaktadır. Satışın altındaki sebep aslına bakılırsa kamusal olmadığı gibi kamu yararı da içermeyebilir. Ancak bu tür ihaleler, özel kişiler arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla devletin aracı olarak bir nevi müdahalede bulunması sebebiyle, artık kamusal bir mahiyet taşımaktadır.

6114 sayılı Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 3. maddesinde, Başkanlıkça icra edilen sınav hizmetleriyle sınırlı kalmak üzere mal ve hizmet satın alınmasına ilişkin işlerde Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu ihalelere ilişkin usul ve esasların Yüksek Öğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmasa dahi, bu kurum tarafından yapılan ihaleler de kamu kurum ve kuruluşları adına yapıldığı için ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmaktadır[489].

TCK. 235'inci maddenin kapsamına giren bir başka ihale türü kamu kurumlarında tertip edilen müzayedelerdir. Belediyelerin üçüncü kişilere yahut ölmüş

[486]TCK'nın 235. maddesi kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan ihaleler için "artırma ve eksiltmeler" ifadesini kullanmıştır. "İhale" ifadesi yerine artırma ve eksiltme denilmesi bilinçlidir. Zira icra daireleri veya hukuk mahkemeleri mal veya hizmet alım satımı yapmazlar. Sadece kanunların kendilerine verdiği görev gereği üçüncü kişilerin mallarını satışa çıkarırlar.Koca, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.9

[487]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.178

[488]Meran, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.48

[489]Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.758

kişilere ait malları açık artırma tertip ederek satması, kamu kurumu aracılığı ile yapılan bir satış işlemidir. Müzayedede satılan mallar belediyeye veya bir kamu kurumuna ait değil, özel kişilerin mülkiyetindeki mallar olmasına karşın, satışta bir kamu kurumu aracı kılındığı için ihaleye fesat karıştırma suçunun konusuna girmektedir[490].

Bundan ayrı olarak, Türkiye Futbol Federasyonu gibi özel hukuk hükümleri uyarınca faaliyet yürütmek üzere kurulmuş oluşumlar kamu kurumu sayılmadıkları için ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olamazlar. Zira 5894 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda federasyon yöneticilerinin görevlerini yaparken kamu görevlisi sayılacaklarına ilişkin bir hüküm de bulunmadığı gözetildiğinde, 235. madde kapsamında bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir[491].

Yukarıda belirtildiği üzere, TCK'nın 235'inci maddesinde ihaleyi yapan kurumlara ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Bu kurumlar yedi ana başlıkta sayılmıştır; 1-kamu kurum veya kuruluşları. 2-kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları. 3-kamu kurum veya kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, 4-kamu kurum veya kuruluşları bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, 5-kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, 6-kamu yararına çalışan dernekler, 7-kooperatifler.

Kamu kurumları kavramı tüm idari kuruluşlar için kullanılan bir kavramdır. TCK. 235'inci maddede kamu kurum ve kuruluşları kavramı, merkezi idare, yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları da dahil tüzel kişiliği olan veya olmayan tüm idari kuruluşlar için kullanılmıştır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık ve bakanlıklar, Devlet Planlama Teşkilatı, Milli Güvenlik Kurulu, Sayıştay, il ve ilçe idaresi, bölgesel merkezi idare birimleri, il ve ilçe özel idareleri, belediyeler, Devlet Malzeme Ofisi, Sosyal Güvenlik Kurumu ve özerk vesayet denetimine tabi ayrı bir mal varlığına ve bütçeye sahip kamu tüzel kişileridir. Vakıflar

[490]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.178, d.n. 613,

[491]Gülel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.5

Genel Müdürlüğü, Sosyal Güvenlik Kurumu, TÜBİTAK, TRT, BDDK gibi tüzel kişiler kamu kurumu niteliğindedirler[492].

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Anayasa'nın 135. maddesinde "belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetleri kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileridir. Bu kuruluşlar arasında Odalar ve Borsalar Birliği, Barolar Birliği, Tabipler Birliği, Mühendislik ve Mimarlık Odaları gibi oluşumlar yer almaktadır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, devletin, belediye veya özel idarelerin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurdukları şirketleri ifade eder. Bunlara örnek olarak Ziraat Bankası gösterilebilir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş vakıflar, 5072 sayılı Vakıflar Kanunu'na veya başka bir özel kanuna göre kurulan vakıflardır. Bu vakıfların ihaleleri de TCK 235. maddesi kapsamındadır.

Kamu yararına çalışan dernekler, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27'nci maddesi uyarınca, İç İşleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilen derneklerdir. Dernekler Yönetmeliği'nin 49'uncu maddesine göre, bir derneğin kamu yararına faaliyet gösterdiğinin tespiti için, en az 1 yıldan beri faaliyette olması, derneğin amacı bu gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek şekilde ve ölçüde olması lazımdır. Bunun yanında derneğin yıl içinde elde ettiği gelirin en az yarısının bu amaçla harcanması, sahip olduğu mal varlığının ve yıllık gelirinin tüzüğünde belirtilen amacı gerçekleştirecek düzeyde olması gerektiği ifade edilmiştir. Türk Kızılayı, Türk Hava Kurumu gibi organizasyonlar

[492]Akbulut, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.69

kamu yararına faaliyet gösteren derneklerdir[493]. Bu kapsamda yoksul öğrencilere burs ve kıyafet yardımı yapan bir derneğin veya vakfın yaptığı ihale, ihaleye fesat karıştırma suçuna konu edilebilir[494]. Burada önemli olan husus, ihaleyi yapan derneğin kamu yararına faaliyet gösteren bir dernek statüsünde olmasıdır.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu hükümlerine göre kurulan kooperatirler tarafından yapılan ihaleler de TCK. 235'inci maddesinin konusunu oluşturmaktadır. Aslında kamusal bir niteliği olmaması, kamu kurum ve kuruluşları arasında sayılmamasına rağmen TCK'nın 235'inci maddesinde kooperatif ihalelerinin ihaleye fesat karıştırma suçuna konu edilmiştir. Bunun nedeni ülkemizin ticari hayatında kooperatiflere büyük bir önem atfedilmiş olmasıdır[495].

Kamu kurum ve kuruluşları aracı kılınarak yapılan ihaleler ile kastedilen ise, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, İcra iflas Kanunu'nda düzenlenen cebri icra satışlarındaki açık artırmalardır. İcra İflas Kanunu'nun 115 ve devamında düzenlenen hak ve alacakların tahsili için öngörülen cebri icra ile satış yolu, ticari hayatın düzeni, kişilerin özellikle mülkiyet hakkının korunması ve kendiliğinden hak alma eylemlerinin önüne geçilmesi amacıyla getirilmiş bir sistemdir[496]. Ayrıca Medeni

---

[493]Parlar, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.88; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.178

[494] Yargıtay 5. CD. 6/2/2013T., 2012/4502E., 2013/902K. sayılı kararında; "Hani İlçesi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Tarafından fakir öğrencilere yardım amacıyla 850 adet kaban ve 850 çift ayakkabı alımı için 10/10/2007 tarihinde yapılan ihale…"

[495]Anayasa Mahkemesinin 02.06.1992 günlü E.1992/11, K.1992/38 s. kararında; "…*Anayasanın 171 inci maddesiyle, Devlete, milli ekonominin yararları doğrultusunda üretimin artırılması ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alma görevi verilmiştir. Bu göreve uygun olarak kooperatifçiliğin geliştirilmesi, desteklenip yönlendirilmesi, küçük üreticilerin ve dar gelirlilerin korunması, dengeli bir toplum oluşturulması sosyal hukuk devletinin önemli görevleri arasındadır. Bir yandan küçük üreticileri bir yandan da dar gelirlileri korumak, dengeli bir toplum kurmak, sosyal devletin görevlerinden biridir*." ifadeleri ile kooperatifin önemi vurgulanmıştır. Bunun yanında 1163 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinin son fıkrasına göre "*Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle yalnızca TCK'nın 6'ncı maddesi anlamında kamu görevlilerinin işleyebildikleri zimmet, irtikap, görevi kötüye kullanma gibi suçlardan, 1163 sayılı Kanun'un 62'nci maddesi gereği kooperatif yönetici ve görevlileri de sorumlu olmaktadır. Bu sebeple kooperatif yönetimi tarafından gerçekleştirilen ihaleler TCK'nın 235'inci maddesi nazarında kamu ihalesi sayılmakta ve yasak eylemler cezalandırılmaktadır.

[496]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.20

Kanun 699. maddesi uyarınca ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılacak paraya çevirmeler de, icra daireleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu 571. maddesi İcra İflas Kanunu'na atıf yapmaktadır[497].

Her ne kadar doktrinde, mevzuata göre ihaleye tabi olmadığı halde yapılan ihalelere TCK. 235'inci maddesinin tatbik edileceği ileri sürülmüşse de[498], mevcut uygulama ve yerleşik içtihatlar bunun mümkün olmadığı yönündedir. Yargıtay, Kıyı Kanunu ve 383 sayılı KHK gereği alım-satım veya her hangi bir ayni hak tesisine ve işleme tabi olmayan koruma alanı içerisindeki arazinin, ihale yolu ile rekabet kurallarına aykırı hareketlerle bir firmaya kiralanması olayında, mevzuat gereği geçerli bir ihalenin bulunmaması ve ihale koşullarının oluşmaması nedeniyle 235'inci maddede yazılı suçun oluşmayacağını net olarak ifade etmiştir[499]. Bir başka kararda ise Yargıtay, 3442 sayılı Köy Kanunu'na göre gayrimenkul kiralama ve kiraya verme işlerinin köy muhtarı ve ihtiyar meclisinin yetkisinde olduğunu, bir ihale gerektirmediğini, bu nedenle yalnızca TCK 257'inci maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağını ifade etmiştir[500].

İhaleye fesat karıştırma suçuna konu olan ihaleler mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmiş, tüm şekil kuralları yerine getirilmiş, hukuki ve teknik anlamda geçerli bir ihale niteliğine sahip olmalıdır. Zira Yargıtay da TCK'nın 235'inci maddesinin tatbikinde, Kanun'a uygun usul ve esaslara göre bir ihale bulunmasını şart saymıştır. Mevzuatta yer alan ilan şekil ve sürelerine uyulmaksızın veya ihale komisyonu teşekkül etmeksizin yapılan ihalelerin hukuki geçerliliği olmadığından,

---

[497] Meran, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.48

[498] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.173

[499] Yargıtay 5. CD. 30/4/2007T., 2006/10848E., 2007/3041K. sayılı kararı, Mehmet Reis Koca, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.12

[500] Yargıtay 5.CD. 21/5/2015T., 2013/6777E., 2015/11776K. sayılı kararı; ""*mahkemece köy tüzel kişiliğine ait dükkan ve köy kahvesinin kiralanması işiyle ilgili olarak köy tüzel kişiliğinin 2886 sayılı devlet ihale kanununa tabi olmadığı bu nedenlerle iddia edildiği şekilde ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmadığı, yapılan hizmet alım ve kiralama işlemlerinin 3442 sayılı Köy Kanunu kapsamında köy muhtarı ve ihtiyar meclisinin yetkisinde olduğu, ancak sanığın kaymakam onayı almadan kiralama işlemlerini yaptığı, eylemin TCK.nun 257/1 maddesi kapsamında kaldığı…"* Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.803

ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusu yoktur[501]. Örnek olarak, mülkiyet, kamulaştırma ve imar işlemleri tamamlanmadan gayrimenkul alım satımı için ihaleye çıkılması Yapım İşleri İhaleleri Yönetmeliği uyarınca mümkün olmamaktadır. Bu halde yapılan bir ihale geçersiz olacaktır. Yönetmelikteki amir hükme rağmen bir ihale yapılmış ve burada fesat eylemleri işlenmiş olsa dahi, maddi konu yokluğu sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır[502].

Yetkisiz bir kamu kurumu tarafından yapılan ihale "yok hükmündedir" [503]. Örneğin 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nda sadece belediye sınırları içerisinde taşıma ihalesine yetkisi olan belediye tarafından, şehirlerarası taşıma ihalesi açılamaz. Böyle bir durumda konu yokluğu sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır[504]. Geçersiz ihalede yapılan eylemler, fail kamu görevlisi ise görevi kötüye kullanma suçunu, üçüncü bir kişi ise mevcut şartlar dahilinde cebir, tehdit, dolandırıcılık veya yağma gibi suçlarını oluşturacaktır[505].

---

[501]Bu yönde bir Yargıtay kararında " … *Suça konu kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile alışveriş merkezi ve akaryakıt istasyonu inşası işiyle ilgili olarak ihale komisyonunun teşkiline dair bir kararın alınmadığı, ihale şartnamesinde Belediye Encümeninin ihale komisyonu olarak gösterildiği ancak zarf açma ve belge kontrol tutanağı ile değerlendirme dışı bırakılan teklif zarflarına ilişkin tutanağın sanık İlker Balık tarafından ihale komisyonu başkanı, sanık Necmi Keser ile haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen İsmail Yanıt ile Huriye Erkut tarafından üye olarak imzalandığı, mevcut hali ile ihale komisyonunun bir kişi eksik olduğu, ihale şartnamesinde tahmini yatırım maliyeti ile geçici ve kesin teminat miktarlarına yer verilmediği halde ihale lehine sonuçlanan şirket dışında teklif veren iki şirketin geçici teminatı yatırmadıklarından bahisle ihale dışı bırakıldıkları, ilanda ihalenin 25/11/2005 tarihinde düzenleneceğinin belirtildiği ancak bu tarihte alınan bir ihale komisyonu kararının bulunmadığı buna rağmen aynı tarihte ihale kararının onaylandığına dair tutanak düzenlendiği ve sanık İlker Balık tarafından belediye başkan vekili sıfatı ile imzalandığı, aynı gün Er-ka İnşaat Mühendislik Tic. ve San. Ltd. Şti.'ne ihalenin onaylandığı yönünde bildirim yapıldığı halde ihale tarihinden bir hafta sonra 02/12/2005 tarihinde ihalenin söz konusu şirkete verilmesi yönünde Zeytinli Belediyesi Encümeni tarafından karar verildiği, mevcut haliyle yasanın öngördüğü usul ve kurallara göre yapılmış bir ihalenin bulunmadığı, bu itibarla ihaleye fesat karıştırma suçunun yasal unsurlarının gerçekleşmediği,* …" Yargıtay 5. CD., 12.10.2017T., 2017/1714E., 2017/4330K sayılı kararı

[502]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.79

[503] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.73

[504]k.g. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.173 (Yazar, yanlış yorum sebebiyle veya fazladan bir işlemle ihale yapılması durumunda, ortada bir ihale mevcut olduğunu, ihalenin idari işlemler zincirinden oluştuğunu, bizzat idare tarafından bu işlemler geri alınmadıkça söz konusu ihalenin suça konu edilebileceğini ifade etmekte ise de, bu görüşe katılmıyoruz.)

[505]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.69; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.761; Yargıtay 5. CD. 30/4/2007T.,2006/10848E., 2007/3041K. sayılı kararı

Netice olarak, konusu veya türü bakımından TCK. 235'inci maddesi dışında kalan ihaleler hakkında işlenen fesat karıştırma eylemlerinde, faillerin suça yönelen iradelerine bakılmaksızın, suçun maddi konusunun oluşmadığı ve işlenemez suç[506] olduğundan bahisle cezalandırma yoluna gidilmeyecektir[507]. Bu gibi hallerde, fail icra ettiği eylemin suç olduğunu zannetmiş, konu imkansızlığı veya vasıta elverişsizliği söz konusu olmuş ise, ihaleye fesat karıştırma suçu için failde bir hukuki yanılma hali mevcuttur. Bu hallerde failin hukuki sorumluluğu doğmayacaktır[508].

2.5. Fail

Ceza hukukunda suçun faili gerçek kişidir. Yalnızca gerçek kişi suç işleme amacıyla iradi bir harekette bulunabilir ve eylem yalnız bir insan tarafından gerçekleştirilebilir. Bu nedenle tüzel kişiler veya kurumlar suç faili olamaz. Buna paralel olarak tüzel kişiler ceza yaptırımının da muhatabı değildir. Ancak suçla ilişkisi halinde tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine başvurulabilir. Tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanamayacağı TCK'nın 20'nci maddesinde amir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre suç dolayısıyla Kanun'da öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklı tutulmuştur. Tüzel kişi hakkında yalnızca TCK'nın 60'ıncı maddesi uyarınca izin iptali ve müsadere gibi güvenlik tedbirleri tatbik edilebilecektir[509]. Bu itibarla ihaleye fesat karıştırma suçunun faili de ancak

[506]İşlenemez suça doktrinde "muhal suç" veya "elverişsiz teşebbüs" isimleri de verilmiştir. İşlenemez suç, suçu işlemek için yapılan bir hareketin veya kullanılan aracın veya suç konusunun elverişsizliğinden dolayı boşa giden, suçu meydana getirmeyen bir teşebbüstür. Kanuni unsur bakımından ortaya çıkabilen sonucu ihtimal ise, bazı sebepler yüzünden kanuni tarife uygun bir fiili işlemenin imkansız oluşudur. Bu gibi hallerde ya suçun maddi konusunun bulunmaması veya kullanılan araçların elverişsiz olması dolayısıyla, fail kanuni tarife uygun bir fiili işlemek istediği ve tarif hakkında her hangi bir hataya düşmediği halde, bu arzusunu gerçekleştirememektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç*,1968, Ankara, s.61-101

[507]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.71

[508]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.79; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.70

[509]Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.126; Hafızoğulları, Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.376-376; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.114; Artuk, Gökçen, Yenidünya, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.267; Zeynel Temel Kangal, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.37; Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.61, S.2, s.667 (Yazar, TCK. 20'nci ve 60'ıncı maddelerinde bahsi geçen güvenlik tedbirlerinin suçtan kaynaklanan

gerçek kişi olabilir. İhalede suça konu olabilecek bir teklif şirket adına verilmiş ve bu yolla şirket lehine bir haksız kazanç elde edilmiş olabilir. Bu halde suçun faili şirket adına teklif yapmaya yetkili kişiler ve sorumlu ortaklardır[510][511].

İhaleye fesat karıştırma suçu tek failli bir suçtur. 235/2-a maddesinde düzenlenen hile suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçları ve 235/2-b maddesinde yer alan gizli belgelerin açıklanması suçu tek failli suçlardandır. Bunun yanında 235/2-c maddesinde yer alan cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlar ile işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu da bağımsız olarak tek fail tarafından işlenmektedir[512]. TCK'nın 235/2-d maddesinde ise düzenleme gereği, ihale şartlarını ve fiyatları etkilemek amacıyla gizli anlaşma yapmak suçu, "karşılama" suretiyle işlenen çok failli bir suçtur[513].

İhaleye fesat karıştırma suçunun faili söz konusu olduğunda asıl tartışma, bu suçun özgü suç olup olmadığı konusunda çıkmaktadır. Bilindiği üzere suçun maddi unsuru kapsamında, failin niteliklerinin ve şahsi özelliklerinin ilgili kanun maddesinde tanımlandığı suçlar "özgü suçlar" olarak tanımlanır[514]. Failin özgü suça ait sıfat ve

---

cezai sonuçlar olduğunu, suç fiili karşılığı uygulandığını belirterek, bu anlamda tüzel kişilerin fail olarak kabul edildiğini ifade etmiştir.)

[510]Ali Hakan Evik, "Ticari Ortaklıklar Bünyesinde İşlenen Vergi Suçlarında Failin Tespitine İlişkin Düşünceler", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.119, s.105

[511]İhaleye fesat karıştırdığı tespit edilen tüzel kişi yetkilileri dışında, diğer görevlerde bulunan ve suça karışmamış kişilere suç isnadı yapılması suçun şahsiliği ilkesine aykırıdır. Ceza hukuku nazarında tüzel kişi tarafından yetkilendirilen kişilerin, iştirak hükümlerine göre bir bağlantısı tespit edilmedikçe sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Buna karşın TCK'nın 37 - 41 maddelerinde belirlenen iştirak şartları bulunuyorsa, ihaleye fesat karıştırma suçundan menfaat sağlayan her bir yetkili ceza sorumluluğu ile karşı karşıya kalacaktır ASLAN Ç., İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.163

[512]Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.126

[513] "*Karşılaşma suçlarında; mutlaka birden fazla kimsenin hareketinin karşılaşmaya dayanması gerekmektedir. Hareketlerin tek başına ceza hukuku açısındam her hangi bir önemi bulunmamaktadır. Cezalandırılmak istenen, farklı iki kimsenin hareketlerinin karşılaşmış olmasıdır. Suça katılanlar aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemekte, fakat farklı yönlerde olduklarından suça ilişkin katkıları birbirinden farklı olmaktadır. Rüşvet, uyuşturucu ticareti, rızaya dayalı kürtaj suçlarında olduğu gibi"* Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.32

[514]Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.10

nitelikleri hukuki bir sebepten kaynaklanabileceği gibi doğal bir sebepten de kaynaklanabilir[515][516].

İhaleye fesat karıştırma suçunun özgü suç olup olmadığı konusunda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki ihaleye fesat karıştırma suçunun özgü suç olmadığı ve herkes tarafından işlenebileceği yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlarca ihaleye fesat karıştırma suçunun TCK'nın 235'inci maddesinde kamu görevlisi, ihale komisyonu görevlisi, istekli gibi ifadeler yer almadığı için özgü suç olmadığı, tüm seçimlik hareketlerin herkes tarafından işlenebildiği iddia edilmiştir. Suçun yapısı gereği genellikle ihalede görev alan kamu görevlisi veya ihale isteklileri tarafından işlendiği, ancak suçun faili olmak için Kanun'da özel bir şart aranmadığı ileri sürülmüştür[517]. Aynı yönde görüş bildiren yazarlarca, suçun kanuni tanımında "fesat karıştıran kişi" ifadesi kullanıldığı için kural olarak herkesin fail olabileceği, özgü suç niteliğinde olmadığı, ancak ihalelerin yapısı gereği çoğunlukla ihaleye katılmak isteyen kişiler ve bunların adına hareket eden kişiler ile ihalede görev alan kamu görevlileri tarafından işlendiği savunulmuştur[518].

---

[515]Bunun dışında doktrinde; kanuni tarihte yer alan özel faillik vasfını taşıyanlarca işlenebilen suçlar, Kanuni tarifte yer alan özel faillik vasfını taşıyanlarca, ancak fiil üzerinde hakimiyet kurulması halinde işlenebilen hakimiyet suçları, Kanuni tarifte yer alan hareketin ancak failin bizzat kendi eliyle gerçekleştirmesi halinde işlenebilen yani bizzat işlenebilen suçlar şeklinde bir ayrım ileri sürülmüştür; Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.11

[516]Eğer belli nitelikteki kişiler dışında bir kimse tarafından o suçun işlenebilmesi mümkün değil ise "gerçek özgü suç" söz konusudur. Ancak suçun basit hali herkes tarafından işlenebilirken, yalnız nitelikli halleri özel fail niteliğine ihtiyaç duyuyorsa, bu suçlara "görünüşte özgü suç" denir. Örneğin TCK'nın 204/1 maddesinde düzenlenen resmi evrakta sahtecilik suçunu her fail işleyebiliyorken, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen evrakta sahtekarlık suçunu ancak kamu görevlileri işleyebilmektedir ve bu yüzden evrakta sahtekarlık "görünüşte özgü suç" niteliğinde bir suçtur; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.126; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.160

[517]"…suçun faili, her hangi bir kişi olabilir. Zira 235. Madde fesat karıştıran kişiden bahsetmekte ayrıca başka bir özellik belirtmemektedir. Dolayısıyla herkes bu suçu işleyebilir. Mahsus suç özelliği taşımamaktadır. Suçu işleyen kişi kamu görevlisi olabileceği gibi, bir vakfın, kamu yararına çalışan bir derneğin yöneticisi de olabilir. Bunun dışında istekli, istekli olabilecek kişi, yerli istekli veya yapım müteahhidi gibi idareyle ilgisi olmayan kişiler de suçun faili olabilir. Ancak maddedeki hareketlere bakıldığında fiillerin çoğunluğunun ihalede görev alan kişilerin gerçekleştireceği davranışlar olduğu görülmektedir. Failin ihaleye katılmış yada katılacak olması da önemli değildir. …" Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s. 75; a.y. Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.125, Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.68

[518]Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.761

İkinci bir görüşe göre, ihaleye fesat karıştırma suçu özgü suçtur. Öyle ki, 5237 sayılı Kanun'da kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelere "fesat karıştıran kişi" olarak tanımlanan failin, özellikle ihale sürecine katılan ve ihalede görev alan kimseler olabileceği, bu nedenle suçun özgü suç niteliğinde olduğu ifade edilmiştir[519].

Bir diğer görüş ise suçun yalnızca bazı seçimlik hallerinin özgü suç olduğuna işaret etmektedir. Bu görüş çerçevesinde, özgü suç niteliğinde olmayan suçlar hakkında üç ayrı fikir daha ileri sürülmektedir; Birinci görüş[520], 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerinde yer alan suçların ihale sürecinde görev alan kişilerce işlenebileceğini, bu maddelerde "değerlendirmeye almak" ve "değerlendirme dışı bırakmak" yetkisi ihale görevlilerinde olduğunu, ayrıca 235/2-d maddesinde yer alan ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek üzere anlaşma yapmak suçunun ihaleye katılacak kişilerce işlenebileceğini, bu suçlar haricinde kalan fiillerin ise herkes tarafından işlenebileceğini savunmaktadır.

Bir diğer görüş ise 235/2-a ve 235/2-b bentlerinde yer alan tüm eylemlerin ihale sürecinde görev alan kamu görevlileri tarafından işlenebileceği, 235/2-d maddesindeki suçun ise ihaleye katılan yada katılmak isteyen kişilerce işlenebileceği ifade edilmiştir[521].

Üçüncü bir görüş ise yalnızca 235/2-d maddesinde yer alan suçun ihaleye katılan yada katılmak isteyen kişilerce işlenebileceği ve özgü suç niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür[522].

Bir başka görüş, kanun koyucunun iradesine göre, bir suçun kamu görevlisi tarafından işleneceği ifade edilmekte ise bu TCK'nın 94'üncü maddesindeki gibi açık olarak ifade edilmelidir. TCK'nın 235'inci maddesinde kamu görevlisi kavramına yer verilmediği, dahası bu maddenin yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarına ait ihalelerin

[519]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.410

[520]Soyaslan, vd., İhaleye Fesat Karıştırma, s.126

[521]Artuk, Gökçen, Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.825-826

[522]Özbek, vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.912-913; Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.161

değil, bunun yanında barolar gibi meslek kuruluşlarının da ihalelerini kapsadığı, örneğin İstanbul Barosu tarafından yapılan ihalenin kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiğinin söylenemeyeceği ileri sürülmüştür. Ayrıca bu görüşe göre, bir suçun kim tarafından işleneceği hususu madde metni veya gerekçeye göre değil, normun bütününe, maddedeki düzenlemeye ve gerekçeye birlikte bakılarak değerlendirme yapıldığında, fail hakkında özel bir nitelik aranmadığı, bunun yanında 235'inci maddenin (a) ve (d) bentlerinde yer alan hileli hareketlerle işlenen ve gizli anlaşma yapmak suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarının, belirli sıfatları haiz kişilerce işlenen gerçek özgü suç niteliğinde olduğu, ancak bu sıfatın kamu görevlisi olmadığı ifade edilmiştir[523].

Yargıtay ise yerleşik kararlarında TCK. 235'inci maddenin 2'nci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan suçların yalnızca ihalede görev alan kamu görevlileri, (d) bendinde yer alan suçun ise ihaleye katılan yada katılmak isteyen kişiler tarafından işlenebileceğini belirtmektedir[524]. Anılan kararlara göre 235/2-c maddesi dışındaki suçlar belirli sıfat ve niteliğe sahip kişilerce işlenebilir. Belirli nitelik ve sıfata sahip olmayan bir kişi yalnızca azmettiren veya yardım eden olarak suça katılabilir[525].

Yargıtay'a göre, 235/2-a bendinde yer alan ihale yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye katılımını engellemek, ihale yeterliliğine sahip olmayanların katılımını sağlamak, şartnameye aykırı malları gerçeğe aykırı şekilde değerlendirmeye almak ve şartnameye uygun malları değerlendirme dışı bırakmak eylemleri, yalnızca ihale komisyonunda görevli kişiler tarafından işlenebilmektedir. Yine 235/2-b maddesinde

---

[523] Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.15

[524] Yargıtay 5.CD. 8.11.2017T., 2017/5338E., 2017/4825K sayılı kararı*; "...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 TCK'nın 235/2-d maddelerinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarına iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında..."*

[525] Yargıtay 5. CD. 14.9.2017T., 2014/11054E., 2017/3140K sayılı kararı.

yer alan tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suçunun kamu görevlisi sıfatına haiz kişiler tarafından işlenebileceğine hükmedilmiştir[526]. Bunun yanında 235/2-d maddesinde düzenlenen ihale şartlarını ve fiyatını etkilemek üzere açık veya gizli anlaşma yapmak eyleminin ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler tarafından işleneceği belirtilmiştir[527].

Kanaatimizce, ihaleye fesat karıştırma suçunun tamamının özgü suç olduğu ve olmadığı şeklinde bir genel görüş yerinde değildir. Zira fail konusunda her bir bentte yer alan seçimlik suç bakımından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda bizce TCK. 235/2-a bendinde yer alan suçlar ile 235/2-d bendinde yer alan suçun özgü suç niteliğindedir. TCK. 235/2-b ve 235/2-c maddelerinde düzenlenen suçlar ise herkes tarafından işlenebilmektedir[528].

Bentlere ayrı ayrı baktığımızda; TCK'nın 235/2-a-1 maddesinde yer alan hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek suçu "engellemek" şeklinde aktif bir eylemi içermektedir. İhale sürecine katılımın hileyle engellenebilmesi, süreç içerisinde ihaleye katılım konusunda yetkili kişilerin olan ihale komisyonu başkan ve üyelerinin tekelindedir[529]. İhaleye katılım konusunda yetkisi bulunmayan bir kimsenin hileli hareketi ise TCK. 235/2-c maddesinde düzenlenen hukuka aykırı davranışla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verir.

Hileli hareketlerle engellemek, ihale komisyonu tarafından istekliyi ihale dışı bırakma, teklifi değerlendirmeye almama şeklinde verilen bir karar ile tezahür eder. Yahut ihale komisyonu kararından sonra ihale yetkilisi tarafından ihalenin iptali

[526]Yargıtay 5. CD. 6.11.2017T., 2017/2745E., 2017/4745K sayılı kararı.

[527]Yargıtay 5. CD. 6.6.2017T., 2016/4814E., 2017/2514K sayılı kararı

[528]Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri",s.33

[529]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.204

şeklinde işlenmiş olabilir. Tüm bu hallerde fail ihale komisyonu görevlileri ile ihale yetkilisidir[530].[531].[532].

Bu aşamada ihale komisyonu üyelerinin durumuna dikkat çekmek gerekmektedir. Zira ihale tamamlanmasıyla ihale komisyonunun görevi son bulur. İhale yapılmasından sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreçte ise yetki ve görev ihale yetkilisindedir[533].

TCK'nın 235/2-a-2 maddesinde fail, ihale komisyon başkan ve üyeleri yahut ihale yetkilisidir. Zira bir kimsenin ihaleye katılıp katılmayacağına ihaleye katılan görevliler karar vermektedir. Bunun dışındaki kişiler, mesela lehine işlem yapılan istekliler, eylemlerinin özelliğine göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaktırlar.

---

[530] Yargıtay 5. CD. 7.5.2014T., 2012/10423E., 2014/5120K sayılı kararı; "…*sanıkların ihale komisyonlarında görev yaptıkları, suç oluşturan fiillerin ise sözlemelerin ihale yetkilisi tarafından imzalanması aşamasında gerçekleştirildiği anlaşılmakla, takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle verilen beraat hükümleri usul ve kanuna uygun olduğundan …",* Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.206

[531]Yargıtay 5. CD. 7.5.2014T., 2012/10423E., 2014/5120K sayılı kararı; "*… suç tarihlerinde belediye başkanı olarak görev yapan sanığın aynı zamanda … ihalelerinde ihale yetkilisi olduğu, ihale tarihleri itibarıyla yürürlükte bulunan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10, Mal Alır İhaleleri Uygulama Yönetmelinin 42 ve 62. Maddelerin göre, kesinleşmiş sosyal güvenlik primi ve vergi borcu bulunması nedeniyle ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olmayan …Şti'nin 4734 sayılı Kanun'un 10. Maddesi son fıkrasının a,b,c,d,e,g ve i bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair taahhütnameleri ile komisyonlarına verdiği ve ihaleleri kazandığı, ancak bu şirketle sözleşmeleri imzalamadan önce ihale tarihleri itibarıyla belirtilen durumlarda olmadığına ilişkin belgeleri isteyip alarak, incelemesi ve uygun gördükten sonra sözleşmeleri imzalaması gerekirken ,herhangi bir belge ibraz edilmemesine rağmen sözleşmeleri imzalamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin TCK'nın 235/2-a-2, 43/1 maddelerinde yer alan zincirleme şekilde ihaleye fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarını taşıdığı gözetilmeden,…*" Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.206

[532]İhale sürecinde teklifler verilemeden önce dahi ihale komisyonu tarafından bu suç işlenebilir. Zira şartnamenin maksatlı ve yanlı hazırlanması ile, başvuran kişilerin şartnameye uymadığı gerekçesiyle ihale dışı bırakılması durumunda, ihale komisyonu şartnameyi düzenlerken TCK'nun 235/2-a-1 maddesinde yer alan suçu işlemiş olur. Zeyilname düzenlemeden şartnamede değişiklik yaparak tekliflerin reddedilmesi halinde de bu suç oluşur ve bu eylemi de yalnızca ihale komisyonu başkan ve üyeleri işleyebilir. 235/2-a-1 maddesinde düzenlenen ihaleye katılmayı engelleme eylemi, istekliyi bizzat ihaleden men edebilecek yetkiye sahip olan ihale komisyonu üyeleri olan kamu görevlileridir. Eğer maddede "ihaleden engellenmesini sağlamak" şeklinde düzenlenmiş olsaydı, o zaman üçüncü kişilerin hileli davranışlarının suça konu edilebilmesi mümkün olurdu. Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.209

[533] Yargıtay 5.CD. 7.5.2014T., 2012/10423E., 2014/5120K sayılı kararı, "*Sanıkların ihale komisyonlarında görev yaptıkları, suç oluşturan fiillerin ise sözleşmelerin ihale yetkilisi tarafından imzalanması aşamasında gerçekleştirildiği anlaşılmakla, delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle verilen beraet hükümleri usul ve kanuna uygun olduğundan yerinde görülmeyen katılan vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA,.."*

TCK'nın 235/2-a-3 maddesinde düzenlenen hileli davranışlarla teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak suçu da özgü suçtur. Bu eylemi yalnızca ihale komisyonu başkan ve üyeleri olan kamu görevlileri işleyebilmektedir. Zira ihalede ileri sürülen tekliflerin değerlendirmeye almak yada almamak yetkisi ve görevi ihale komisyonuna aittir. İhale yetkilisinin ise ihalenin bu aşamasında görevi bulunmamaktadır[534].

Bir diğer seçimlik hareket olan ve TCK'nın 235/2-a-4 maddesinde yer alan hileli davranışlarla teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak suçu az önce ifade ettiğimiz gibi özgü bir suç olup yalnızca özel faillik niteliklerini haiz kişilerce işlenebilir. İhale sırasında isteklilerin teklif ettikleri mallar şartnamede belirtilen standartlara uygun değilde ihale komisyonu bu teklifi reddetmelidir. Bu yetki ve görev yalnızca ihale komisyonu başkan ve üyeleri olan kamu görevlilerine aittir. Eğer şartnameye aykırı olarak teklif mallar değerlendirmeye alınmışsa artık 235/2-a-4 maddesindeki suç oluşur. Ve değerlendirmeye almak ve reddetmek yetkisi ihale komisyonunda olduğu için suçtan yalnızca komisyon görevlileri sorumlu olacaktır[535].

TCK'nın 235/2-b maddesinde düzenlenen tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suçu, özgü bir suç olarak düzenlenmemiştir. Bu suçu yalnızca ihale komisyon başkan ve üyeleri, ihale yetkilisi olan görevliler ile ihalede görevlendirilen ve bu nedenle ihale bilgilerine vakıf olan kişiler değil, gizli belge ve bilgileri ele geçiren ve üçüncü kişilere ulaştıran herkes suçun failidir. Bu bağlamda piyasa araştırması için görevlendirilen kişiler, yaklaşık maliyet cetveli hazırlamak üzere iş verilen danışmanlık faaliyeti yürütülen kişiler ve piyasa araştırmasına vakıf olan meslek odaları görevlileri, yaklaşık maliyet için fiyat sorulan müteahhitler de bu suçun faili olabilir. Failin bu anlamda özel bir nitelik veya özelliğe sahip olmasına

[534]Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.115

[535]Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.115

gerek olmadığı gibi, bizzat bu iş için görevlendirilmiş biri olmasına da lüzum yoktur [536] . Yargıtay ise 235/2-b maddesinin özgü suç niteliğinde olduğu kanaatindedir[537].

TCK'nın 235/2-c maddesinde düzenlenen cebir veya tehdit kullanmak suretiyle yada hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yererliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek suçunun faili herkes olabilir. Doktrin ve içtihat bu konuda görüş birliğindedir. İsteklinin ihaleye katılmasını engellemek amacıyla tehdit, cebir veya hukuka aykırı herhangi bir davranış gerçekleştiren herkes, herhangi bir amaçla bu suçu işleyebilir. Bu ihale görevlisi olabileceği gibi bir başka ihale isteklisi de olabilir. İhale sürecine katılmayan bir üçüncü kişi de suçun faili olabilir. Kanun koyucu 235/2-a maddesi özellikle ihaleyi yürütmekle görevli kamu görevlilerinin eylemlerine yer vermiş, 235/2-c maddesiyle de bu suçları işleyen üçüncü kişilerin eylemleri gözetilmiştir[538].

TCK'nın 235/2-d maddesine geldiğimizde, ihale şartlarını ve fiyatları etkilemek amacıyla gizli anlaşma yapmak suçu, "karşılama" [539] suretiyle işlenen çok failli bir suç olduğunu görmekteyiz. Bu hüküm özgü bir suç olarak düzenlenmiştir.

---

[536]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* 144; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.115

[537]Yargıtay 5. CD. 4.3.2014T., 2012/14882E., 2014/2295K sayılı kararı,".. *TCK'nın 235/2-b maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı da gözetilerek…"*

[538]Yargıtay 5. CD. 17.3.2011T., 2011/272E., 2011/2087K sayılı kararı; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu* , s.118

[539] Bunun anlamı ceza kanunlarında düzenlenen suçların bazılarının sadece bir kişi tarafından işlenmesinin mümkün olmasına karşın, bazılarının ise birden fazla kişi tarafından işlenmesinin zorunlu olduğudur. Bu tür suçlarda failin niteliği değil sayısı suçun kurucu unsurlarındandır. Bu tür suçlara toplu suç yada çok failli suç denmektedir. Bu tür suçlarda kanun koyucu, suçun oluşabilmesi açısından katılanların hepisinin fail oldukları zorunlu bir ortaklık, birliktelik öngörmüş olabilir. Çok failli suçlar kendi içinde "aynı amaca yönelen çok failli suçlar" veya "karşılama suçları" ve "değişik amaçlara yönelen çok failli suçlar" olarak ikiye ayrılmakadır. Bu suçların failleri ortak bir amaca hizmet ederler. Karşılama suçlarında birden fazla kişinin hareketlerinin karşılıklı olması gerekir. Hareketlerin tek başına ceza hukuku açısından her hangi bir önemi bulunmamaktadır. Cezalandırmaya konu olan hareket, iki kişinin karşılaşan hareketleridir. Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.12

Suçu yalnızca ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişiler[540] işleyebilmektedir. Yapılan anlaşma gereği menfaat temin ederek ihaleden çekilen kişi de bu suç kapsamında faildir. Bu nedenle ihaleye katılması zorunlu olmayıp katılmak istemesi ve katılacak durumda olması yeterlidir[541].Suçun niteliği gereği anlaşmanın iki tarafı birden faildir[542]. İhale görevlileri ile yapılan anlaşmalar bu madde kapsamında değildir. TCK. 40/2. maddesindeki düzenlemeye göre, bu eylemlere iştirak edenler yalnızca azmettiren yada yardım eden sıfatını alabilmektedir[543].

Burada işaret edilmesi gereken bir başka konu dolaylı failliktir. Doktrinde bazı yazarlarca, sahte evrakla ihaleye giren ve ihale komisyonu görevlilerini aldatan faillerin, dolaylı fail olarak sorumlu olacakları, kandırılan ihale görevlilerinin ise araç fail olacağı ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşe katılmıyoruz. Zira dolaylı faillik isnad kabiliyeti, kusur yeteneği olmayan veya hataya düşmüş bir kimsenin araç olarak kullanılarak suç işletilmesi halinde, arka plandaki kişinin suçu bizzat işlemiş gibi sorumlu olması anlamına gelmektedir. TCK. 37/2 maddesi dolaylı fail konusunda gayet açık bir hüküm getirmiştir; "*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası üçte birinden yarısına kadar artırılır*". Oysa aldatılan ihale komisyonu burada araç fail değil, bilakis mağdurdur[544].

[540]İhale isteklisi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4'üncü maddesinde "mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi" olarak ifade edilmiştir. İhaleye istekli olabilecekler ise "ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi" şeklinde tanımlanmıştır.

[541]Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.694

[542] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.80; Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.694; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.913

[543]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.61

[544]K.g.Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.803; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.17.

Buraya kadar yapılan açıklamalar dışında belirtmeliyiz ki, Yargıtay'ın yukarıda işaret edilen kararlarında[545] ve özellikle doktrinde[546] suçun faili olarak "kamu görevlisine" işaret edilmekteyse de, bizce kavram burada doğru kullanılmamıştır. Çünkü TCK'nın 6/1 maddesinde tanımlanan "kamu görevlisi" kavramı içerisine özel şirket çalışanları, meslek kuruluşu personeli, dernek, vakıf veya kooperatif görevlileri girmemektedir. Aynı maddede ifade edilen kamusal faaliyet kapsamı, bu görevlilerin yaptığı ihaleleri kapsamamaktadır. Bu kurumlarda ihale yapmakla görevlendirilen kişiler kamu görevlisi olarak telakki edilemez. Bu yüzden özgü suç olan hallerde özel nitelik aranan fail bir "kamu görevlisi" değil, "ihale komisyonu görevlisi[547]" olarak kabul edilmelidir[548]. Özgü suç kapsamı yalnızca kamu görevlilerinin fail niteliği ile sınırlandırılamaz. Bunun yerine suça konu edilebilen tüm ihaleleri yürütmeye yetkili ve ihalelerde görevli kişilerin işleyebileceğini söylemek daha doğru olacaktır[549].

Kooperatifler Kanunu'na tabi bir kooperatifin ihalelerine görevlendirilen kişilerin kamu görevlisi sayılması yahut kamuya yararlı dernekteki sivil kişilerce yapılan alımlar sebebiyle kamu görevlisi gibi cezalandırılması mümkün değildir[550]. Bu

[545] Yargıtay 5 CD. 26/9/2012T., 2012/3921E., 2012/9472K. sayılı kararı, Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.62

[546] Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.825; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.60, Özgenç, "*...ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturabilecek artırma ve eksiltmeler, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan ihalelerle sınırlı tutulmamıştır. Bu suçun konusunu oluşturabilecek bütün artırma ve eksiltme işlemlerinin kamusal faaliyet olduğu kabul edilmektedir"*; ifadeleri ile bütün ihalelerin kamusal faaliyet olduğunu ifade etmektedir.; Özbek, vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.834; Hafızoğulları, Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.410; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.740

[547] İhale yetkilisi idarenin ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileridir. Her idarenin ihale yetkilisi kendi mevzuatına göre bir kişiye veya kurula verilebilir. İdarenin tabi olduğu mevzuat çerçevesinde ihale yetkilisinin idarelerce bizzat belirlenmesi gerekir. İhale komisyonu ihale yetkilisi tarafından atanan biri başkan olmak üzere ve ikisi ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla ilgili idare personelinden en az dört kişinin ve muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşur. İhale yetkilisi ihale komisyonunda yer almaz. Eğer ihale yetkilisi kurul ise, kurulda görevli kişiler ihale komisyonunda bulunamazlar.

[548] Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.33

[549] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.61

[550] Bu kişiler Anayasa nezdinde kamu görevlisi değildir. Anayasanın 128'inci maddesi kamu görevlisi kavramını "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları konu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar

nedenle doktrinde ve içtihad ile suç failinin kamu görevlisi şeklinde tanımlanması hatalıdır[551][552][553].

2.6. Mağdur

Mağdur kavramı suçun kurucu unsurları, arızi unsurları ve cezasızlık sebepleri gibi ceza hukuku kurumları için hukuki sonuç doğuran, tanımlanması ve belirlenmesi zorunlu olan bir kavramdır[554].

---

ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" şeklinde tanımlamış ve kamu görevini oldukça dar bir kapsamda kabul etmiştir. Anayasa'nın anılan maddesine göre, genel idare esaslarına göre görev almayan kişileri kamu görevlisi değildir. Anayasa'ya göre kamu görevlisinin istihdam usulü ve çalışma rejimi görevin niteliği için belirleyici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır Avsallı, *Zimmet Suçu,* s.38

[551] Ceza hukuku yönüyle kamusal faaliyet, 5237 sayılı Kanun'da kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarını kapsayan bir üst kavram olarak kabul edilmiştir. Yalnızca kamu görevinde istihdam edilenler değil, her hangi bir kamu hizmeti görenlerin faaliyetlerini de kapsamaktadır. Kamusal faaliyet kavramı, faaliyetin kamu adına yürütülmesini gerektirir. Bunun haricinde salt bir kamu gücü kullanılmasını yahut üstün yetkilere sahip olmayı gerektirmez. Faaliyetin niteliği ve türü de önemli değildir. Önemli olan şey faaliyetin kamusal olması ve kamu adına gerçekleştirilmesidir. Arif Naci Sucuoğlu, *Ceza Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma Suçları,* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2010, s.21

[552] Yargıtay Ceza Genel Kurulu kamusal faaliyeti *"... yapılan faaliyetin "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir*." şeklinde açıklamaktadır. Somut olaylara ilişkin verilen kararlarda, kamuya ait güç ve yetki kullanmamasına ve özelleştirilmesine rağmen PTT'de çalışan posta dağıtıcısının kamusal faaliyete katıldığı kabul edilmiş ve kamu görevlisi olarak yargılanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca kamu işçisi statüsünde bulunan kişinin, tarım müdürlüğü adına resmi belge niteliğinde evrak tanzim edebilmesi için görevlendirilmesi kamusal faaliyettir. Yargıtay CGK. 12.4.2011T., 2010/9-258E., 2011/46K sayılı kararı ; Yargıtay 4. CD. 16.6.2010T., 2010/13771E., 2010/11870K sayılı kararı; Yargıtay 11. CD. 10.2.1999T., 1999/9004E., 1999/1257K sayılı kararı

[553]Kanundaki düzenlemeden hangi kamu hizmetini yürüten görevlinin kamu görevlisi sayılacağının anlaşılmadığı belirtilerek, aslında her türlü kamu hizmetinin değil, devlet ve diğer kamu kurumları tarafından bizzat yürütülen veya devletin asli faaliyetleri çerçevesinde bunların yakın gözetim ve denetiminide yürütülen hizmetlerin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli görevleri yapanlar kamu görevlisi olarak tanımlanmaktadır. Kamu otoritesi adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre iştirak eden herkes kamu görevlisidir. Burada değerlendirilmesi gereken ölçüt, kamu otoritesine ait bir iktidar ve yetkinin kullanılmasıdır. Yetki ve iktidar yok ise faaliyet kamu hizmetidir ve bu faaliyette bulunan kişi 765 sayılı TCK'da kamu görevlisi veya memur sayılmaz. Ancak aynı niteliğe sahip bir kişi, yetki ve iktidar olmaksızın 5237 sayılı TCK'da kamu görevlisi gibi cezalandırılabilir. Muharrem Özen, Önder Tozman, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi", **Amme İdaresi Dergisi,** C.42, S.4, 2009, s.46-49

[554]Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.61, S.2, s.658

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından mağdur ve suçtan zarar gören kavramları doktrinde tartışılagelmiştir. Burada ileri sürülen görüşler, genel olarak devletin suçun mağduru olup olmadığı konusu üstünde yoğunlaşmaktadır.

Pek çok yazar tarafından destek gören görüşe göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun mağduru toplumu oluşturan herkestir. Ancak somut olayın özelliklerine göre suçun işlenmesiyle belirli bir kişi veya kişiler de mağdur edilebilmektedir. Örnek olarak cebir ve tehditle yahut hileli hareketle ihaleye girmesi engellenen kişinin ihaleye fesat karıştırma suçunun mağduru olduğu, suç sebebiyle zarar gören tüzel kişinin ise suçtan zarar gören olduğu ifade edilmiştir[555].

Buna ek olarak ihaleye fesat karıştırma suçu topluma karşı suçlar arasında düzenlendiği için bu suçun ancak suçtan zarar göreninden bahsedilebileceğini savunan görüşe göre, ihlal edilen hak ancak gerçek bir kişiye ait olabileceği için suçun mağduru devlet veya kamu kurumları olmayacaktır. İhaleye katılan istekliler suç sebebiyle zarara uğramış ise suçtan zarar gören değil mağdur sıfatını alacaklardır[556].

Bazı yazarlar bu görüşün tersine suçun mağdurunun fesat karıştırılmış olan ihalede, ihalenin doğru yapılmasında çıkarları olan kimse veya kimseler ile ihaleyi gerçekleştiren kurum ve kuruluşlar olduğunu, ihaleye fesat karıştırılması sebebiyle parasal bir zarar gören kamu idaresinin aynı zamanda suçtan zarar gören olduğunu ifade etmektedirler[557].

Diğer bir görüş ihaleye fesat karıştırılması sebebiyle devletin mağdur olduğunu, ayrıca ihaleyi yapan kurum ve kuruluşların zarar gördüğü oranda ve itibarı

---

[555] Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.90; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.826; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.76; Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi,* s.220, Ankara, (yazara göre, devletin her suçun doğal mağduru olduğu kabul eden görüşler faşizm ve nazizm düşüncelerin hukuka yansımış eski bir anlayışın ürünüdür); Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer,* s.141-142, Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s. 763

[556]Özbek, vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.913; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.129; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.163

[557]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.413

zarar gördüğü için suçun mağduru olduğunu, bunun yanında ihaleye katılan kişilerin suç sebebiyle mağdur olduğu ileri sürmüştür[558].

Bir görüşe göre, mağdur belirlenirken öncelikle korunan hukuksal değer hususu ele alınmalı, eğer birden fazla hukuksal değer korunuyor ise kanunun bunlardan hangisine öncelik verdiğine bakılmalıdır. Bu bakımdan birinci derece korunması gereken mağdur devlettir. Zira devlet ihaleye fesat karıştırma suçu sebebiyle maddi ve manevi zarara uğradığından hem mağdur hem de suçtan zarar gören olmaktadır. İkinci sırada mağdur ise suç sebebiyle zarara uğrayan ihaleye katılan gerçek ve tüzel kişilerdir. Bunlar aynı zamanda suçtan zarar görendir. Üçüncü olarak toplum genel anlamda mağdur olmaktadır[559].

İçtihat ile mağdur kavramı açıklanmaya çalışılsa da[560], Yargıtay'ın suçun mağdurunun belirlenmesinde titiz davranmadığı, suçtan zarar gören ve mağdur kavramlarını birbirinin yerine kullandığı görülmektedir. Bir kararda ihaleye fesat karıştırma eyleminin mağdurunun kamu tüzel kişisi olduğu ve 5271 sayılı CMK.nın 234/1-b maddesi uyarınca katılan hakkının verilmesi gerektiği düşüncesinde iken[561], Yargıtay bazı kararlarda doğrudan zarar görmesi halinde Hazine'nin suçtan zarar gören olduğuna hükmetmiştir[562].

---

[558]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.127

[559]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hüküm Dersleri,* s.742

[560]Yargıtay CGK. 16/12/2008T., 2008/5-146E., 2008/235K. sayılı kararı; "…*Mağdur çoğu suç tipinde suçtan zarar görenle birleşmekte ise de, suçtan zarar gören ve mağdur kavramları farklı anlamları ifade etmektedir. Örneğin hırsızlık ve yaralama suçlarında suçun mağduru ile zarar göreni aynı kişi olmasına karşın, öldürme eylemi nedeniyle öldürülenin mirasçıları ve olay nedeniyle haklı çıkarları zedelenen üçüncü kişilerdir. Zimmet suçunun mağduru ise toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Zimmete geçirilen mal değerlerine sahip bulunanlar ise bu suçun işlenmesi dolaysıyla suçtan zarar gören konumunda ve toplumu oluşturan bireyler olması nedeniyle de işlenen suçun mağdurudurlar* .." Ali Karagülmez, "Karşılaştırmalı Hukuk Ekseninde Suç Mağduruna Yaklaşımlar", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C.9, S.100, s. 535-544

[561]Yargıtay 5.CD.17/2/2014T., 2012/13914E.,2014/1456K. sayılı kararı; Yargıtay 5. CD. 8.11.2017T., 2014/255E., 2017/4823

[562] Yargıtay 5.CD. 10/3/2014T., 2012/15529E., 2014/2516K. sayılı kararı, Parlar, *Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik ve İhaleye İlişkin Suçlar*, s.103

Bizim de katıldığımız görüşe göre devlet ve tüzel kişiler zarar gördükleri halde suçun mağdurudur[563]. Burada kastedilen, suç sebebiyle doğrudan doğruya mağdur olan devlettir. Yoksa genel anlamda, devletin her suçun mağduru olduğu görüşü değildir[564]. Doktrinde ileri sürülen devletin mağdur olamayacağı görüşünün temelinde, kendisini ceza hukuku normlarıyla koruyan bir yapının ayrıca mağdur sıfatını kazanamayacağı, bu tür düzenlemelerin yalnızca faşizm ile yönetilen devletlerde bulunacağı düşüncesi vardır. Ancak bu görüş ceza hukukunu değil siyaset bilimini ilgilendirmektedir ve pratik bir sonucu yoktur[565].

Doktrinde ileri sürülen devletin hak ve fiil ehliyetine sahip olmayacağı, hak süjesinin yalnızca gerçek kişiler olabileceği görüşü yerinde değildir[566]. Zira Medeni Kanun'un 8'inci maddesine göre hak ehliyetine sahip varlıklara kişi denmektedir. Hak ehliyeti ise hak ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir. Medeni Kanun'un 48'inci maddesinde de tüzel kişilerin insana özgü haklar dışındaki bütün hak ve borçlara ehil oldukları ifade edilmektedir. Aynı Kanun'un 49'uncu maddesine göre tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.Sonuçta hak süjesi olan tüzel kişilere ait bir hakkın ihlal edilmesi karşısında, tüzel kişilerin suç mağduru olmalarına bir engel yoktur[567]. Bu bakımdan devletin hak süjesi olduğunu kabul etmek hukuki bir zorunluluktur. Devlete ait hak ve menfaatlere yönelen ihaleye fesat karıştırma suçu gibi bazı suç tiplerinde mağdur olabilir[568].

---

[563]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.413; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.127

[564]Toroslu, "Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu", s.56.

[565]Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.220; Söz konusu görüşün ayrıntıları ve eleştirileri için bkz. Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", s.676; Kanaatimizce Yalnızca bireyin veya yalnızca devletin yada toplumun mağdur olabileceği görüşleri yerinde değildir. Bir suç neticesinde doğrudan ve dolaylı şekilde toplumun ve devletin birlikte mağdur edildiği kabul edilmelidir. Devlet gibi bir gücün hiçbir şekilde mağdur sıfatını kazanamayacağı, bunun faşist rejimlerde ileri sürülebileceği söylenmektedir. Ancak hak sujesi olan devleti koruyan kimse olmayacağından, kendi kendisini korumasını beklemek hata olmaz. Bu hakkın ideolojik bir tarafı bulunmamaktadır.

[566]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.913; Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.183

[567]Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", s.673

[568]Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, s.462

Devletin mağdur olamayacağını savunan görüşe göre devlet ancak suçtan zarar gören sıfatını kazanabilir[569]. Kanaatimizce mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramı birbirine karıştırılmaktadır[570]. Zira suçtan zarar gören kişi ile mağdur çoğu zaman aynı kişidir. Bunun yanında mağdur ile birlikte suçtan zarar görenin de bir hakkının ihlal edildiğini ve zarar gördüğünü söylemek gerekir. Bu iki kavram birbirine benzemekteyse de, suçun mağduru ceza ilişkisinin tarafı iken, suçtan zarar gören hukuki bir ilişkinin tarafı olarak karşımıza çıkmaktadır[571]. Suçtan zarar gören ile mağdurun aynı kişi olmadığı durumlarda, mesela adam öldürme suçunda mağdur öldürülen kişiyken, suçtan zarar gören öldürülen kişinin aile üyeleri ve bu kişinin ölümünden zarar gören diğer kişilerdir. Suçun doğrudan yöneldiği kişi mağdurdur[572]. Bunun dışında kalan ve "dolaylı" zarar gören kişiler, suçtan zarar görendir. Bir anlamda suçla korunan hak ve menfaatin dışında kalan hakları zarar gören kimseler suçtan zarar görendir[573].

Mağdur, ihlal edilen menfaatin sahibidir. Bu nedenle mağdurun kim olduğu ancak o suçla korunan hukuki menfaatin tespitiyle mümkün olabilir. Çünkü mağdurun ihlal edilen hakkı, o suçla korunmak istenen hukuki menfaatin kendisidir[574]. İhaleye fesat karıştırma suçu ile korunmak istenen hak ve menfaatler, devlete ait menfaatler olduğuna göre, suçun mağdurunun öncelikle "devlet ve kamu idaresi" olduğunu kabul etmemiz gerekir. Suçun kanunda düzenlendiği yer ve hukuken korunan menfaate göre suçun asıl mağduru devlettir. Mağdur, suçun işlenmesi sebebiyle hakkı doğrudan

[569]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.913; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.129;

[570]TCK ve CMK'da yer alan düzenlemelerde mağdur, suçtan zarar gören, malen sorumlu, şikayetçi, katılan gibi kavramların belirli bir anlaşış çerçevesinde değil, özensiz kullanıldığı eleştirisi için bkz. Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", s.662

[571]Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,* C.II, s.427

[572] Mağdurun, doğrudan zarar gören olduğu yolundaki görüş, mağdurun tespiti ile suçun maddi konusunun birbirine karıştırıldığı ileri sürülerek eleştirilmiştir. Bkz. Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.248

[573]Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", s.658; Atilla Tanrıvermiş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları Kavramına Genel Bir Bakış", **Fasikül Hukuk Dergisi,** S.78, s.16

[574]Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.248; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.113-114

doğruya ihlal edilen kişidir[575]. Bu kişinin gerçek veya tüzel kişi olması fark etmez. Devletin değil de toplumu oluşturan herkesin mağdur sayılması; "hak sahibi olma" ve "doğrudan zarar görme" olgularına uygun olmayacaktır[576]. Gelgelelim 5237 sayılı TCK'da devletin ve tüzel kişilerin mağdur olamayacağına dair bir hüküm yahut ibare bulunmamaktadır[577].

Suçun başka özel kişilere de zarar vermesi durumunda onların da mağdur olduğu kabul edilmelidir[578]. Zira bir suç her zaman tek bir hukuki değeri ihlal etmeyebilir. Ortaya ihlal edilen birden fazla hak çıkabilir. Bu nitelikteki suçlardan hangi hakkın daha çok ihlal edildiği ve daha çok korunması gerektiği hususu kanun koyucu tarafından belirlenir. Kanun koyucu ihlal edilen birden fazla hukuki değerden hangisine daha fazla önem veriyorsa, suçun mağduru da ona göre belirlenecektir. Bazı suçlarda hem özel kişiler hem de devlet mağdur edilmiştir. Bu nedenle mağduriyet kavramı, yalnızca devletin veya yalnızca özel gerçek kişilerin tekelinde değildir. Korunan hukuki menfaati ihlal edilen özel veya tüzel kişi mağdurdur. Burada ciddiye alınması gereken unsur, doğrudan doğruya bir hakkın ihlal edilmesidir. Yargıtay kararlarına göre suçtan dolaylı olarak zarar gören kimseler davaya katılma hakkı elde edemezler. Ceza muhakemesinde davayı takip edilebilmesi için suçtan doğrudan doğruya zarar görülmesi gerekir. Dolaylı ve muhtemel zarar kamu davasına katılma hakkı vermeyeceğinden, bazı suçtan zarar gören kişiler haklarını ancak hukuk

[575]Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.3.2003 tarihli ve 2003/41E. 2003/54 sayılı kararında ise manevi zarar, tazminat ödenmesi, itibar zedelenmesi ve güven kaybı gibi dolaylı zararlara dayanılarak suçtan zarar görüldüğü iddiasıyla kamu davasına katılmanın olanaklı olmayacağı ifade edilmiştir.

[576]Bir an için ihaleye fesat karıştırma suçunun mağdurunun toplumdaki herkes olduğunu kabul edelim. Bu durumda üçüncü kişilerin ihlal edildiğini kabul ettiğimiz haklarını aramaları konusunda bir engel olmamalıdır. Toplumu oluşturan bireylerden her hangi biri, suçtan ne şekilde bir mağduriyeti ve zararı varsa, o oranda hakkını arama yetkisine sahip olmalıdır. Eğer karayolları ihalesine fesat karıştırıldığı için toplumu oluşturan herkes mağdur ise, herhangi biri Cumhuriyet savcılığına müracaat ederek şikayetçi olabilir. Dosya tarafı olduğu için dosyadan örnek alabilir. Yahut takipsizlik kararı verilirse bu karara itiraz hakkı vardır. Gelgelelim kovuşturma aşamasına geçildiğinde davaya katılma hakkına sahiptir. Aleyhine bir karar çıktığında bunu temyiz edebilir. Toplumda yaşayan her hangi biri, işlenen suç sebebiyle bir başvuru yapma, delillerin toplanmasını isteme, şikayette bulunma, dosyadan örnek alma hakkına sahip değildir. Şikayetine karşı verilen takipsizlik kararına itiraz hakkı da yoktur. Davasını takip edebilme, davaya katılma, dosyayı inceleme ve örnek alma, itiraz ve temyiz edebilme hakları da bulunmamaktadır. Bu halde toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğunu kabul etmek metafor olarak kulağa hoş gelse de, hukuken ve fiilen mümkün değildir.

[577] Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", s.658

[578] Yargıtay 5. CD. 17/2/2014T., 2012/13914E., 2014/1456K. sayılı kararı, Parlar, *Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik ve İhaleye İlişkin Suçlar*, s.109

mahkemelerinde tazminat davalarına konu edebilirler. Tazminat ödenmesi, güven ve itibar kaybı, gelecek menfaatlerden mahrum kalma gibi olgular kamu davasına katılma hakkı vermemektedir[579].

Netice olarak TCK'nın 235/2-a-1 maddesinde düzenlenen ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek suçunda, ihaleye katılma yeterliğine sahip olmasına rağmen hile kullanılarak ihale dışı bırakılan istekli bu suçun mağdurudur. Suç doğrudan bu kişiye yöneltilmiştir. Zarar verilmek istenen kişi, ihaleye katılmak ve teklif verecek isteklidir. Kamu zararının yanında bu kişinin de maddi olarak zarara uğratılması veya kazancının engellenmesi söz konusudur. Bu yüzden isteklinin mağdur olup olmadığı konusunda bir tartışma lüzumlu değildir[580].

TCK'nın 235/2-a-2 maddesinde düzenlenen ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak suçunun mağduru öncelikle kamudur. Zira ihale yeterliğine sahip olmayan bir kişiye verilen ihale ile hem kamu yararı engellenmiş, hem de daha ihalenin daha az kaynakla daha kaliteli şekilde yapılması önlenerek maddi zarara yol açılmıştır. Bunun yanında ihale yeterliği ve koşulları sağlayıp da, ehil olmayan isteklilerin ihaleye girmesi sonucu ihaleyi kaybeden, yahut vereceği teklifin çok üzerinde bir teklifle kazanabilen ve bu yolla zarar eden istekliler eğer doğrudan doğruya zarar görmüşler ise bu suçun mağduru olacaklardır[581].

Maddenin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde yer alan teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak suçunun mağduru, teklifi reddedilen isteklidir. Suç doğrudan bu kişiye yönelmiştir. Amaç isteklinin teklifini gerçeğe aykırı olarak reddederek ihale dışı bırakmak ve onu zarara uğratmaktır. Kamunun mağduriyeti yanında hileli olarak teklifi reddolunan istekli suçun mağdurudur. İşlenen hileli eylem

[579]Yargıtay 5. CD 2016/2105E., 2017/964K. Sayılı kararı

[580]k.g. Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.9; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.90

[581]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.166

neticesinde kamu zararının doğması mağdurun durumunu değiştirmeyecektir. Aynı maddenin dördüncü bendinde düzenlenen teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak suçunun mağduru öncelikle kamudur. Kamu zararı olsun olmasın, kamunun öncelikle mağduriyeti söz konusudur. Zira kamu yararı, şartnameye aykırı , niteliksiz ve kalitesiz malların kabul edilmesiyle ortadan kalkmıştır. Bunun yanında, ihaleye katılma yeterliği ve koşullarını sağlayan, ayrıca şartnamede belirtilen niteliklere sahip teklif veren diğer istekliler bu eylemin mağduru konumundadırlar. Zira hukuka aykırı bir şekilde kendilerine haksız bir rakip ortaya çıkmış ve rekabeti ilkesi ihlal edilmiştir. Bu istekliler, şartnameye aykırı malları değerlendirmeye alınan kişinin teklifi karşısında haksız şekilde ihaleye geride başlamaktadırlar. Bu eylem sonucu isteklilerin teklifleri ihalede en uygun teklif olarak kabul edilmemiş ve ihaleyi kaybetmiş olacaklardır. Yahut piyasa şartlarına uygun olmasına rağmen, değerlendirmeye alınan hileli teklif sebebiyle çok daha düşük bir teklif vermek zorunda kalarak zarar edecekler yahut hedefledikleri kazançtan mahrum kalacaklardır. Bu yüzden ihaleye katılan diğer istekliler suçtan doğrudan doğruya zarar gördükleri için mağdur sıfatını alacaklardır[582].

TCK'nın 235'inci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde yer alan, tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suçunun mağduru, gizliliği ihlal edilen bilgi ve belgenin niteliğine göre farklılık gösterecektir. Eğer gizli kalması gerekirken başkalarına iletilen bilgi ve belge isteklilerin ticari, mali veya teknolojik sırlarına ilişkin ise, yahut isteklilerin ihaleye verecekleri tekliflerin miktarı ve niteliğine ilişkin ise, söz konusu istekli bu suç açısından mağdur olacaktır. İhale dokümanı içinde yer alan bir gizli bilginin açıklanması durumunda ise itibarı zedelendiği için mağdur kamu olacaktır. Ancak gizli kalması gereken yaklaşık maliyet cetvelini ele geçirerek diğer isteklilerden avantajlı duruma gelen ve bu sayede ihaleyi kazanan failin suçunda, ihaleyi kaybeden ve bu yüzden zarara uğrayan istekliler de mağdur olacaktır.

TCK'nın 235/2- c bendinde ise cebir ve tehdit kullanmak suretiyle yada hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip

[582]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.166, k.g. Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.76

olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek suçu düzenlenmiş olduğundan, bu suçun mağduru doğrudan cebre, tehdide veya hukuka aykırı eyleme maruz kalan isteklidir[583]. Cebir veya tehdit ile ihaleden engellenen kişi bu eylem neticesinde ihaleye katılamamış olduğundan, ayrıca uğradığı maddi zararın da göz önüne alınması gerekir. TCK. 235/2-c maddesindeki eylem doğrudan istekliye yöneldiğinden, suçun mağduru isteklidir. Bu nedenle cebre ve tehdide uğrayıp hem de maddi zarara maruz kalan istekli birinci derecede mağdur olmuştur. Burada ihaleye fesat karıştıran failin kastı kamuya değil öncelikle mağdura zarar vermek ve onu ihaleden uzaklaştırmaktır.

TCK'nın 235/2-d maddesinde yer alan, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmak suçunun mağduru öncelikle idaredir. Zira hukuka aykırı anlaşma ile ileri sürülen teklifler ile bağlı kalarak karar verecek idarenin güvenirliği ve itibarının yanında maddi olarak da zarara uğraması muhtemel olduğundan, mağdur olarak kabul edilmesi gerekir. Burada anlaşmanın yapılması ile suç oluşmuş olacağından maddi bir zarar meydana gelmeyebilir. Bu halde de kamu mağdur sıfatını alır. Bunun yanında, yapılan hukuka aykırı anlaşma yönünde teklif verilerek ele geçirilen ihalenin diğer isteklileri maruz kaldıkları maddi zarar ile elde edecekleri muhtemel kazançlarından mahrum kalmaları nedeniyle de suçun mağduru olabilirler[584].

[583]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.166

[584]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.240

2.7. Maddi Unsur

2.7.1. Genel Olarak

İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsuru[585], TCK 235'inci maddede öngörülen ihalelere fesat karıştırmaktır[586]. Fesat karıştırma kavramı madde içerisinde açıklanmamıştır[587]. Bunun yerine fesat karıştırma sayılacak haller düzenlenmiş ve suçun maddi unsurunun sınırları çizilmiştir; 235'inci maddenin ikinci fıkrasında fesat karıştırma sayılacak haller düzenlenmiştir. İkinci fıkranın (a) bendinde hile yapmak suretiyle işlenen fesat suçlarına yer verilmiştir. Hileli davranışlar ile ihaleye katılma hakkı olan kişilerin ihaleye girmelerini engellemek, ihale yeterliliği olmayan kişilerin ihaleye katılımını sağlamak, teklif edilen malları şartname içeriğine uygun olmayan şekilde değerlendirme dışı bırakmak ya da değerlendirmeye almak eylemleri düzenlenmiştir. Bir sonraki (b) bendinde, ihale sürecinde rekabet ve gizlilik ilkesine göre gizli kalması gereken belgelerin üçüncü kişilere ulaştırılması eylemi yer almıştır. Üçüncü bent olan (c) bendi kapsamında ise cebir, tehdit ve hukuka aykırı davranışla işlenen fesat karıştırma eylemleri düzenlemiş ve son bentte yine rekabet ilkesine aykırı olarak ihale şartları konusunda gizli veya açık anlaşma yapılması eylemi düzenlenmiştir.

---

[585]Maddi unsur ile kastedilen şey hareket, netice ve nedensellik ilişkisidir. Yani eylemdir. Eylem icrai veya ihmali insan hareketinin neden olduğu dış dünyadaki değişikliktir. Netice ile nedensel olmayan hareket suçun unsuru değildir. Türk doktrininde suçun maddi unsurunu hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur ve suçun konusunu da içerecek şekilde inceleyen yazarlar da vardır. Suçun maddi unsuruna ilişkin açıklamalar ve teoriler için bkz. Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*,Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s.39 v.d., Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, s.366; Selahattin Keyman, "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.40, S.1, 1988, s.122 vd.; Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket, Netice, Sebebiyet Alakası),* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1954, s.45 vd.; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.161v.d.; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s. 230; Koca, Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.102 vd., Toroslu, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.124; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Beta Yayınları, 3. Baskı, 2013, s.177 vd., Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2013, s.123 vd., İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.165

[586]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.210 vd.;

[587] "Fesat karıştırmak" sözlük anlamı itibariyle "hile, bozukluk" ve "karışıklık, kargaşalık, arabozuculuk" şeklinde ifade edilmektedir. www.tdk.gov.tr (çevirimiçi), 2.1.2019

Ceza hukukunda suçlar hareketin niteliğine göre tek hareketli ve çok hareketli suçlar, serbest hareketli ve bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar şeklinde tasnif edilmiştir[588]. İhaleye fesat karıştırma suçuna vücut veren hareketlerin bir kez yapılması ile suç oluşacağından "tek hareketli suçtur". Bu bakımdan hareketin itiyadi olmasına veya temadi etmesine de gerek yoktur. Bu eylemlerden bir kaçı veya tümü birden ihlal edilse dahi, suçun tekliğini etkilemeyecektir[589].

İhaleye fesat karıştırma suçu, anılan eylemlerin her hangi birinin veya bir kaçının işlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bu nedenle "seçimlik hareketli" suçlardandır[590]. Eylemin birden çok fıkrada yer alan suçları ihlal etmesi her birinden sorumlu olmasını gerektirmez[591].

Yapılan hareketin biçimine göre ihaleye fesat karıştırma suçu icrai hareketle işlenen bir suçtur. TCK 235'inci maddede düzenlenen seçimlik hareketlerin tamamı aktif bir eylemin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira 5237 sayılı Kanun'da ihmali olarak işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu düzenlenmiş değildir. Şu halde bu suçun ihmali hareketle işlenebileceğini iddia etmek ceza hukukunda genişletici bir yoruma veya kıyasa dayanır. 5237 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmedikçe ihmali suçların cezalandırılması engellenmiştir[592].

Kanun'da bir suçun işlenmiş sayılması için her hangi bir hareket değil, belli başlı hareket ile işlenmesini zorunlu tutuyorsa buna bağlı hareketli suç denmektedir. TCK'nın 235'inci maddesinde yer verilen fiiller dışında ihalenin sürecini etkileyecek her hangi bir hareket ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermeyecektir. Yalnıza maddenin 2. fıkrasında hangi hallerin ihaleye fesat karıştırma olacağı tahdidi olarak

---

[588]Alacakaptan, Suçun Unsurları, s.44

[589]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.914; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.116; Özen; *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.742

[590] Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.808; Soyaslan, vd.,*İhaleye Fesat Karıştırma*, s.107; Özen, *Ceza Hukuku Dersleri, s.*743; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.914; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.77; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.62

[591]Alacakaptan, *Suçun Unsurları,* S.47; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.122

[592]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.146-148

belirtilmiştir. Bu açıdan "bağlı hareketli suç" sınıfına girer. Maddede yazılı hareketler dışında gerçekleştirilen eylemler 235'inci madde açısından suç oluşturmazlar[593]. Bu nedenle ihale üzerinde usulsüz yapılan işlemler TCK. 235'inci maddedeki seçimlik hareketlerden hiçbirine vücut vermiyorsa, yalnızca görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Örneğin, Kamu İhale Kanunu 62. maddesinde yer alan ihalenin yılın ilk 9 ayında bitirilmesi şartının ihlali 235'inci maddesine tekabül etmemektedir. Bu sebeple serbest hareketli suç olduğu ileri sürülemez[594].

Kanun'a ve Yargıtay'a göre ihaleye fesat karıştırma suçunun varlığı için mevzuata uygun hukuken geçerli bir ihale bulunması zorunludur. Bu husus suçun önşartı olarak kabul edilmektedir[595]. Bu konuda içtihad ve doktrin farklı görüşler ileri sürmektedir.

Yargıtay'ın benimsediği görüşe göre [596], hukuken geçerli bir ihale bulunmadıkça ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Bu kapsamda Yargıtay hukuken geçerli bir ihale bulunması şartını üç tür olayda ileri sürmektedir. Birinci durum, idarenin ihale yapmamak amacıyla ihale konusu işin parçalara bölünmesi ve eşik değer altına çekilerek usulsüz olarak doğrudan temin usulüne karar verilmesidir[597]. İkinci tür olayda ödenekten para ödenmesi amacıyla yapılan ama

---

[593]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.114; Soyaslan, vd.,*İhaleye Fesat Karıştırma,* s.106; Artuk, Gökçen, Yendidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.808; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.77

[594]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.78; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.62

[595]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.744; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.129; Mehmet Reis Koca, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.80; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.77

[596]Yargıtay 5. CD. 19.12.2017T., 2017/1284E., 2017/5471K sayılı kararı "…. *Beldesi Belediye Başkanı sanık F. tarafından 4734 sayılı Kanunun 5. maddesine aykırı olarak miktarı itibariyle ihale usullerinden birisiyle yapılması gerekirken 23 ayrı cadde ve sokağın betonlanma hizmet alım işinin, başka isteklilerin kolaylıkla bulunabileceği halde kısımlara bölünerek doğrudan temin yoluyla alım yöntemi ile yapıldığı, üç firmadan teklif alındığı, ekspertiz raporuna göre teklif mektuplarının aynı kişi tarafından doldurulduğu, sanık H'nin yetkilisi olduğu E. isimli firmanın en uygun teklifi vereceği şekilde miktarların yazıldığı hizmet alımları işinin doğrudan temin ile anılan firmadan yapıldığı, sanığın bu şekilde hakkındaki görevi kötüye kullanma suçundan kurulan mahkumiyet hükmü temyiz edilmeksizin kesinleşen sanık F'nin eylemine iştirak ettiği,..*"

[597]Yargıtay 5.CD. 17/4/2014 T. 2013/993 E., 2014/4347K. sayılı kararı; "*..İnfaz Kurumuna fuel-oil alımına ilişkin olarak 18/01/2010 tarihinde yapılan yaklaşık maliyeti 109.650 TL. ve 21/10/2010 tarihinde yapılan yaklaşık maliyeti 99.200 TL. olan ihalelerin 4734 sayılı Kanunun 21/f maddesinde düzenlenen* ***pazarlık sınırı içinde kalacak biçimde*** *iki parça halinde gerçekleştirilerek ihale usulünün Kamu İhale Kanununda öngörülen usul ve yöntemlere aykırı olarak farklılaştırıldığı, bu suretle ihaleye*

hukuken ve fiilen mevcut bulunmayan göstermelik ihalelerdir[598]. Üçüncü durumda ise şekil kuralları gereği hukuken geçersiz bir ihale üzerinde yapılan fesat karıştırma eylemleridir[599].

Usulsüz olarak eşik değerin altına düşülmesi eylemlerinde Yargıtay, 4734 sayılı Kanun'un 5'inci maddesine aykırılık sebebiyle görevi kötüye kullanma suçunu işaret etmektedir[600]. Benzer kararlarda, ihale görevlileri ve isteklilerin aralarında anlaşmaya vardıkları, bu yönde işin idare tarafından parça parça ihale edildiği, üçüncü kişilerin bertaraf edildiği, doğrudan temin usulü ile yalnızca tek bir istekliye işin verildiği, faillerin kanunu dolandıkları, menfaat amaçladıkları, kamunun ve kişilerin zararına sebep oldukları hususlarına ayrı ayrı değinilmekte ve gözetilmektedir. Son tahlilde ise doğrudan teminin bir ihale usulü olmadığı, olayda hukuken geçerli bir ihalenin bulunmadığı, bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmadığını vurgulamaktadır.

Doktrinde bir kısım yazar Yargıtay'ın bu görüşünü benimseyerek bu gibi durumların Kamu İhale Kanunu 5. maddesinin ihlali olduğu, eşik değer altında

---

girme imkanı olan kişilerin katılımı engellenerek mağduriyetlerine neden olunduğu anlaşılan olayda, ihaleye ilişkin hazırlık işlemlerini yürüten ve ihale komisyonu üyesi olan sanık A'ın ***görevi kötüye kullanmak suçunu,*** *ihaleye katılan istekli Ö'in ise özgü suç niteliğindeki bu fiilden dolayı TCK'nın 40. maddesi uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği gözetilmeksizin yanılgılı değerlendirmelerle yazılı şekilde sanıkların beraetlerine karar verilmesi,.."* (UYAP personel portalı, Erişim: 20/6/2017)

[598]Yargıtay 5.CD. 20.2.2014T., 2012/14358E., 2014/1836K sayılı kararı, "…göstermelik olarak yapılan işler sonucu katılanın takriben 5.000 TL zarara uğradığının belirlendiği olayda, sanık Abdulcebbar'ın işletmenin arıtma ve logar hattı bakım onarım işi ihalesi kapsamında oluşturulan ihale ve emanet komisyonlarında görev almamakla birlikte esasen yasanın öngördüğü usul ve kurallara göre yapılmış bir ihale bulunmayıp, düzenlenen tüm resmi belgelerin haksız ödemeyi temin etmeye yönelik olduğu bu itibarla, ihaleye fesat karıştırmak suçunun yasal unsurlarının gerçekleşmediği,…"

[599]Yargıtay 5.CD. 9.5.2007T., 2006/10848E., 2007/3041K sayılı kararı, *"... ihaleye çıkarma şartlarının oluşmaması ve yapılan ihalenin hukuka aykırılığı nedeniyle ortada gerçek bir ihalenin bulunmadığı, ihale koşulları oluşmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı…"*

[600]Yargıtay 5.CD. 8.11.2017T., 2014/255E., 2017/4823K. Sayılı kararı (UYAP personel portalı, Erişim: 19.12.2017) *"...Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde 4734 sayılı Kanunun 5. maddesine aykırı olarak miktarı itibariyle ihaleye tabi hizmet alım işini, başka isteklilerin kolaylıkla bulunabileceği mahalde kısımlara bölerek, doğrudan temin yoluyla alım yöntemini kullanıp, Kamu İhale Kanununun temel ilkelerine aykırı davranarak alım gerçekleştirme şeklindeki aktif davranış içeren eylemlerinin, doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmaması da nazara alınarak; öncelikle sanıkların eylemleri nedeniyle objektif cezalandırma şartlarından birinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle tartışılması ve gerçekleşmiş olması halinde sanıklara atılı eylemlerin iştirak halinde zincirleme şekilde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden…*"

kalınması şeklinde bir eylemin TCK. 235'inci maddesinde düzenlenmediği, bu nedenle 257'inci madde uyarınca görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı ifade edilmektedir[601].

Buna görüşe karşı bazı yazarlar ise ihale komisyonunun maksatlı olarak işi parçalara ayırarak eşik değerin altına düşmesi ve doğrudan temin usulüne karar vermesi halinde, ihaleye katılabilecek pek çok istekliyi bu şekilde ihale dışı bıraktığını ve bu eylemin TCK. 235/2-a-1 maddesinde yazan suçu oluşturduğunu ifade etmektedirler[602].

Burada ifade etmek gerekir ki, Yargıtay'ın bu görüşü yerinde değildir. Yargıtay tarafından, TCK. 235'inci maddesinin önşartı olarak kabul edilen "hukuken geçerli bir ihalenin bulunması", aslında anılan maddenin lafzında mevcut değildir. Hatta madde içerisinde hiç önşart öngörülmemiştir. Buna rağmen Yargıtay'ın ısrarla suçun kapsamını daraltmaya çalışmasının hukuki bir temeli bulunmamaktadır. Kararlarda ifade edilen hukuken geçerli bir ihalenin bulunması zorunluluğu, zorlama bir yorumdur. Maddenin uygulanmasını lüzumsuz yere zorlaştırdığı gibi, işini bilen suçlular için fırsat yaratılmıştır.

Bir an için TCK. 235'inci maddede bir önşartın varlığını kabul etsek bile, bunu geçerli yapılmış bir ihale olarak değil de, hukuken geçerli yapılması gereken ve yapılacak ihaleler olarak kabul etmek gerekir. Yakıt alımı yapacak idarenin ihale yetkili, hiçbir ihale işlemi gerçekleştirmeksizin yakıt alacağı kişiye ödenekten doğrudan para ödemesi durumunda maalesef TCK. 235 anlamında bir suç bulunmamaktadır. Oysa ihale yetkilisi bu eylemi ile yapmak zorunda olduğu bir ihalenin ortaya çıkmasını engellemekte, kendi başına istekliye karar vermekte ve kamunun parasını keyfi olarak harcamaktadır. İdarenin bulunduğu yerdeki diğer yakıt tedarikçilerinin tamamının önünü kesmektedir. Diğer yandan denetim olanağını tamamen kaldırarak, kamu parasının nereye harcandığı konusunda bir cevap bulma

[601]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.77; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.10

[602]Şen, Aksüt, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s. ; Arıtürk, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.34; Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.138

imkanı kalmamaktadır. Neresinden bakılırsa bakılsın bu eylem TCK. 235/2-a-1 maddesinde düzenlenen ihaleye katılacak kişilerin engellenmesi suçunu oluşturmaktadır. Yapılması zorunlu olan bir ihaleye katılmak isteyecek hemen her istekli hileli bir yol ile ihaleye katılmaktan ve başvuru yapmaktan alıkonulmaktadır.

Bu anlamda, idare herhangi bir ihale açmadan yaptırılan bir iş veya alınan bir malın ve hizmetin karşılığının ödenmesi için, bu fiili durumun hukuki duruma dönüştürülmesi şeklindeki davranışlar bize göre TCK'nın 235/2-a-1 maddesinde yer alan suçu oluşturmaktadır. İdare, aslında ihale yapması gereken bir iş için, ihaleye çıkmadan ihtiyacını önceden anlaşmaya vardığı bir kimse ile karşılamış olabilir. Bu durumda piyasada yer alan ve iş yapma potansiyeline sahip diğer tüm istekliler doğrudan ihale dışı bırakılmış olmaktadır. Ancak Yargıtay 5. Ceza Dairesi yerleşik içtihat olarak kabul ettiği geçerli bir ihalenin bulunması şartını bu durumda da uygulamaktadır[603]. Hiçbir idari işlem bulunmaksızın yapılan alımlarda, fiili durumun hukukileştirilmeye çalışıldığı durumlar için, hukuken geçerli bir ihale yapılmaması sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağını ifade etmektedir. Böyle durumlarda TCK'nın 257'nci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı belirtilmektedir[604].

Açıkçası bu yolla menfaat sağlamak isteyen kişilerin lehine bir durum oluşturulmuştur. Öyle ki, bir iş için ihale açıldıktan sonra, ihaleye başvuru yapan istekliler arasında anlaşılan bir isteklinin kazanması için yapılan her hangi bir davranış

---

[603] Yargıtay CGK. 07/02/2006T. 2005/11-119E. 2006/15 sayılı kararı; "*... mesire alanı düzenleme yapımı işlerinin sanık H'ya ihalesiz olarak yaptırıldığı, daha sonra ita amiri ve ihale komisyonu üyesi olan sanıklar tarafından firma sahibi H'ya ödeme yapılabilmesi amacıyla işlerin devam ettiği sırada ihale evrakları düzenlendiği, böylece fiili durumu hukukileştirmeye çalıştıkları, ...adı geçen kamu görevlisi sanıkların eylemlerinin, görev gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle ... TCK'nın 257/1, 43/1. maddelerinde düzenlenen zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı,...*"

[604] Yargıtay 5. CD. 14.9.2017T., 2014/5180E., 2017/3601K sayılı kararı; "*TCK 235. maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biriyle usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, ihalenin şeklen yapılıp ihaleye konu işin daha önceden kime verileceğinin belirlendiğinin anlaşılması halinde, ihale komisyonu kararı öncesinde buna ilişkin olarak fiili durumu hukukileştirmeye çalışan kamu görevlilerinin görev gereklerine aykırı hareket ederek alımın gerçekleştirildiği kişiye yarar sağladığı, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07/02/2006 tarih ve 2005/11 MD-119 Esas ve 2006/15 Karar sayılı ilamında belirtildiği üzere, ihale kurallarına uyulmaksızın şifahi talimatlarla yaptırılan işlerde, ihaleye girme olanağı bulunan kişilerin bu olanaktan yoksun bırakılmaları nedeniyle de mağduriyetlerine sebep oldukları bu suretle görevi kötüye kullanma suçunu işlediklerinin kabul edilmesi gerekeceği..."*

ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağından yüksek ceza ile karşılanmaktadır. Ancak hiç ihale yapmadan işi istediği istekliye veren failin hukuki durumu az önce bahsettiğimiz durumdan çok daha lehedir. Bu kişi görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacağı için, hem çok daha hafif bir ceza tehdidi altındadır hem de yüz kızartıcı bir suçla mahkum edilmeyecektir. İstekli bakımından ayrıca ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı da uygulanmayacaktır Zira memuriyetten yasaklanmasına çok daha kısa bir süreyle hükmedilecektir. Yargıtay'ın bu hakkaniyetsiz durumu gözardı etmemesi gerektiği düşüncesindeyiz[605].

İstediği kişinin ihaleyi kazanması için ihaleye fesat karıştıran kamu görevlisi TCK. 235'inci maddesine göre cezalandırılırken, işleyişi daha iyi bilen kötü niyetli bir kamu görevlisi, kanunu dolanarak doğrudan temin usulü ile kayırmak istediği kişiye tüm işi verdiğinde TCK. 257'nci maddesi gereği çok daha hafif bir suçtan sorumlu olmaktadır. Bu nedenle mevcut Yargıtay uygulaması hakkaniyetsiz sonuçlara yol açmaktadır[606].

4734 sayılı Kanun'a göre piyasadan başka türlü temin etme imkanı bulunmayan malların alımı hakkında ihale düzenlenmesine lüzum bulunmamaktadır. Bir firma tarafından tekel olarak üretilen bir mala idarenin ihtiyaç duyması halinde, idare ihale açmaksızın firma ile sözleşme yapabilir. Bu şartlarda bir ihale olmadığından ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olmaz[607].

İhale süreci başladıktan sonra ihalenin iptal edilmesi yahut ihale tamamlansa dahi sözleşmenin imzalanmaması, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmasını engellemez. Kanun koyucu süreci tamamlanan ve sözleşmesi imzalanan bir ihaleye fesat karıştırmaktan değil, sonuca bağlansın bağlanmasın ihale sürecine fesat karıştırmak suçuna sonuç bağlamıştır[608].

---

[605]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.172; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.72

[606]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.172; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.72

[607]Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.693

[608]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.71

Mevcut uygulamaya göre, ihale ile görülmesi zorunlu olmasına rağmen, mal, hizmet alımı veya yapım işi ihale açılmadan yapılmış olabilir. Burada da sahte bir ihale yapılmasa dahi mevzuata aykırı bir durum vardır ancak TCK'nın 235'inci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerin bulunmadığı ve yapılmış geçerli bir ihale de olmadığı gözetilerek, yalnızca görevi kötüye kullanma suçunun unsurları tartışılabilir[609].

Netice olarak, karışıklığa yol açmaması, hakkaniyetsiz uygulamaların engellenmesi ve uyanık kamu görevlileri ve ihale katılımcılarının kanunu dolanarak cezadan kurtulmasının önüne geçilmesi amacıyla tüm ihale türlerini kapsayacak yeni bir düzenleme yapılmasının gerekli olduğu düşüncesine katılıyoruz[610].

İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket 4 başlık altında incelenecektir. Bunlardan birincisi hileli hareketle işlenen ihaleye fesat karıştırma eylemleridir. İkinci başlık, gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ulaştırılması eylemleridir. Üçüncü başlıkta cebir, tehdit ve hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma eylemleri yer almaktadır. Dördüncü başlıkta ise ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla yapılan açık veya gizli anlaşmalar incelenecektir.

2.7.2. Hileli Davranışlarla İşlenen İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

2.7.2.1.Hile

TCK'nın 235/2-a maddesinde dört bent halinde düzenlenen hileli fesat karıştırma hallerinde, "hile" ortak unsurdur. Hile kişiyi içinde bulunduğu duruma uygun olduğu zannıyla hareket etmeye ikna etmek, yanlış kanı uyandırmak, yargılama gücünü etkilemek, algılama yetisini etkilemek amacıyla yapılan gerçek dışı jest ve

[609]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.13

[610]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.73

sözler içeren davranışlardır[611]. Bunlar üçüncü kişileri objektif olarak hataya düşüren ve tasavvuru üzerinde etki yaratan davranışlardır[612].

Hile içeren davranışlar çeşitli görünüşlerde karşımıza çıkabilir. Bunları saymak suretiyle belirlemek imkanı bulunmamaktadır. Zira Kanunda hileli hareketlerin tespiti ve sınırlandırılması, öngörülemeyen hileli davranışların cezalandırılamaması tehlikesini ortaya çıkarır. Kanun koyucunun hileyi tanımlamaması bu nedenle isabetlidir ve bunun tanımının doktrin ve içtihatlar ile şekillendirilmesi[613] ve her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir[614].

Öncelikle belirtilmelidir ki, ceza hukuku anlamında hile ile özel hukuktaki hile kavramı kapsamları ve doğurdukları hukuki sonuç itibariyle birbirinden farklıdır. Hile, Borçlar Kanunu'na göre[615] hile iradeyi sakatlayan nedenlerden biridir ve sözleşmeyi geçersiz kılar. Hile sonucu iradede meydana gelen hatanın esaslı olmasına lüzum

[611]Sami Selçuk, *Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri)*, İstanbul, 1985, s.114; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar,* s.19

[612]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.915

[613]Yargıtay CGK 27.4.2005 T., 2004/6-85 E., 2004/104 K. sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu hile kavramı hakkında yaptığı tanımda, olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirtmek suretiyle onu aldatması, bu surette başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesi şeklinde ifade edilmiştir. Böylece dolandırılanın iradesi fesada uğratılmakta, sakatlanmaktadır. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.121

[614] Mesut Bilen, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2012, s. 94; "..*Hile kavramı yere ve zamana göre değişiklikler gösterir. Değişimlere en kolay ve en hızlı şekilde adapte olabilen terimlerden biri giledir. Sosyal hayatta ve teknolojik alanda meydana gelen değişimler, hilenin yeni anlamlar kazanmasına çeşitlenmesine, farklı şekillere bürünerek ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.* .." Hasan Dursun, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu,* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2016, s.80

[615]Hile, karşı tarafta hatalı bir tasavvur yaratmak üzere aldatıcı davranışları ifade eder. Zira bu aldatıcı davranış kişide sakat bir irade yaratmalı, yani aldatıcı davranış ile iradenin fesada uğraması arasında nedensellik bağı olmalıdır. Fesada uğrayan irade ile imza edilmiş geçerli bir sözleşme bulunmalı ve ayrıca aldatan kişide, bu davranışı hileye uğratma niyeti bulunmalıdır; Mustafa Fadıl Yıldızım, *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, Nobel Yayınevi, Ankara Kasım 2002, s.8-95.

yoktur[616]. Bu bakımdan ceza hukukuna nazaran daha geniş bir anlama sahiptir[617]. Çünkü ceza hukukunda, özellikle dolandırıcılık suçlarında hilenin cezalandırılabilmesi için basit yalandan çok daha komplike bir hareketin varlığı gerekir[618]. Yalan beyanın ağır, yoğun ve ustaca yapılması ve mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte olması zorunludur[619].[620].

Suç bakımından aranan hilenin muhatabını aldatmış olması gerekmediği, gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyen her hareketin bu suç bakımından hile olduğu görüşü bazı yazarlarca ifade edilmiştir[621].

Doktrinde bir kısım yazar ise, yürürlükte olan TCK'nın suçun oluşumu için hileli davranışı yeterli gördüğünü, hilenin belirli bir ağırlığa ulaşması zorunluluğunu ve hatta bu davranışın aldatmaya elverişli olması şartını dahi aramadığını, artık hileli davranışın objektif olarak kandırabilecek nitelikte olmasına lüzum olmadığı ifade etmiştir[622].

---

[616]Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul, 2000, s.133

[617]Hile kavramı ceza hukukunda birden fazla sayıda suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak yer almaktadır. Failin kötü iradesinin bir tezahürü olan hile, hukukun bir çok dalında sonuç doğurmakla birlikte, ceza hukuku açısından hukuki sonuç doğurması için belli kriterlere sahip olmalıdır. Hileli hareketin, failin yarattığı gerçek dışı durumu mağdurun iradesinden gizlemek ve bu inancının devam etmesini sağlamaya yönelik hareketler içermesi gerekir. Mağdurun gerçeği ortaya çıkarmaktaki kabiliyetini ortadan kaldırmalıdır. Bu kriterleri barındırmayan basit yalan niteliğindeki hareketler, ceza hukukunda hile olarak değer görmeyecek ve sonuç doğurmayacaktır. Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.108

[618]Selçuk, *Dolandırıcılık*, s.108; Bu konuda Bir kısım görüş sahipleri, aslında hilenin zarar verdiği hak ve menfaatler çakıştığı için, özel hukuktaki ve ceza hukukundaki hile kavramına yönelik ayrım yapmanın aslında pratik bir anlamı ve faydası da olmadığını savunurlar. Nitekim diğer hukuk dallarında hak ve menfaatlerin korunması bakımından yaptırımların yetersiz kalması sebebiyle ceza hukuku adeta bir bekçi görevi görerek bu yetersizliği bertaraf ettiği ve amaçlarının aynı doğrultuda olduğu belirtilmiştir. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.121

[619]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.121

[620]Hilenin özel hukuk ve ceza hukuku bakımından farklı anlam ve kapsama sahip olmasının sonucu olarak, her iki hukuk dalının hileye bağladığı sonuç ve yaptırımlar da birbirinden farklıdır. Zira özel hukukta hileli davranış halinde sözleşmenin ortadan kaldırılması yaptırımı öngörülmüştür. Ceza hukukunda ise hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmüştür; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.108

[621] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.252; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.43; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım,* s.180

[622]Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s.180.

Bahsi geçen görüşlerin esas alınması durumunda basit yalan şeklinde ortaya çıkan tüm hareketlerin cezalandırılması tehlikesi gündeme gelir[623]. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüş ise, ceza hukuku nazarında hilenin her zaman hilenin nitelikli bir yalan olduğu, bu yalanın ağır, yoğun ve ustaca olması gerektiği[624], sergileniş açısından mağdurun denetleme imkanını ortadan kaldırması gerektiği yönündedir[625].[626].

Hileli davranışın aldatmaya elverişli olup olmadığı, objektif ve sübjektif kritere göre belirlenir. Hileli davranışın objektif olarak kandırmaya elverişli olup olmadığı hususu objektif kriterdir. Sübjektif kriterde ise hileli davranışa maruz kalan mağdurun yaşı, sosyal durumu, fail ile olan ilişkisi, eğitimi gibi hususlara göre irdelenir. İradesi fesada uğrayan kişinin dikkat eksikliği, hatası, faile olan güveni ve ek bir inceleme

[623]Dursun, *Dolandırıcılık*, s.108

[624]Doktrinde "sahneye koyma" olarak ifade edilen görüş, hileli davranışın özel hukukta ayrı ceza hukukunda ayrı sebep ve sonuçlara sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, en azından failin aktif bir eylemi gerekir. Hal ve koşullara göre doğru bir açıklamanın haklı olarak beklendiği hallerde, olaya ilişkin yalan açıklamalarda bulunarak mağdurun inceleme eğilimini etkisiz hale getiren aktif hareketlerle suç oluşur. Sahte eylemleri gerçekleştiren failin bir takım kurgusal hareketler gerçekleştirip bunu sahneye koyarak mağdurun iç dünyasını etkilemeli ve iradesini zorlamalıdır. Failin bir takım kurnazlık ve kurguya dayanmamış hareketleri cezalandırılmaz. Zira mağdur başkalarının sözlerine hemen inanmak durumunda değildir. Kendisini basit yalanlara karşı korumalıdır. Eğer iradesini etkilemeyen basit yalan kanmış ve buna göre bir hareket tarzı oluşturmuş ise sonucuna katlanmalı ve devletten korunmasını beklememelidir. Selçuk, *Dolandırıcılık*, s.104; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s.176; Yargıtay CGK 27.4.2005 T., 2004/6-85 E., 2004/104 K. sayılı kararı; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.121

[625]Bilen, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, s.107; Artuk, Gökçen, Yenidünya, Özel Hükümler, s.3576

[626]5237 sayılı TCK. içerisinde hile ve desise içeren davranışın kandırmaya elverişliliği konusunda hiçbir bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanunda açıkça ifade edilmediği için, hilenin kandırmaya elverişli olup olmamasının içtihat ile yeniden bir sınır çizilemeyeceği, bu nedenle aldatmaya elverişli olmayan hareketlerin de hile sayılıp sayılmayacağı konusunda tereddüt meydana gelmiştir. Bizim görüşümüzün Yargıtay'ın yerleşik kararları ile paralellik arz ettiğini ifade etmemiz gerekir. Hileli hareketin, kandırmaya elverişli olmasına dair bir ibareye yer verilmemesinin sebebi, hile kavramının anlamında gizlidir. Zira, aldatıcı ve kandırıcı niteliğe sahip olmayan bir hareketin hile olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Dolandırıcılık ve ihaleye hile yoluyla fesat karıştırma suçları gibi hilenin suçun bir unsuru olan TCK. maddelerinde hilenin kandırmaya elverişli nitelikte olması gerektiğine dair bir açıklama yer almamış ise de, hilenin bu suçlara vücut verebilmesi için aldatabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu nedenle hileli hareket, kişide oluşan sakat iradenin oluşmasına, var olan hatalı iradenin kuvvetlendirilmesine veya en azından muhafazasına yönelmiş ve bu hatayı gerçekten meydana getirmeye veya kolaylaştırmaya muktedir olmalıdır. Bunun ayrıca kanunda zikredilmesine lüzum yoktur. Bilen, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, s.116

yapması halinde hilenin farkına varacak olması önemli değildir. Hileli davranış neticesinde kandırılmış ise artık suçun unsuru oluşmuştur[627].

İçerik bakımından hileli hareket bir vakıaya ilişkin olmalıdır. Burada vakıa mevcut durumun farklı gösterilmesi şeklinde tezahür eder. Gelecekte gerçekleşecek olaylara vakıa olarak kabul edilmezler. Bununla birlikte bugünkü şartların varlığına dayanılarak, gelecekte de bunun uzantılarına yönelik yapılan hileli hareketler suçun unsuru olabilir[628].

Hileli hareket ile seçimlik eylemler arasında illiyet bağı kurulmuş olması gerekir. Failin icra ettiği hileli hareket, nedensel olarak seçimlik hareketlerden birine yol açmalıdır. Aksi halde suçun maddi unsuru gerçekleşmez[629].

İhaleye fesat karıştırma suçunun unsuru olan hile ile dolandırıcılık suçundaki hile aynı niteliğe sahiptir[630]. Ancak dolandırıcılık suçundan farklı olarak TCK 235'inci maddesinde hileli hareketler tahdit edilmiştir. Hileli hareket 235/2-a maddesinde sayılan dört seçimlik suçtan biri olmak zorundadır[631]. Zira ihaleye fesat karıştırma suçu seçimlik hareketli bir suç olduğu kadar, bağlı hareketli bir suçtur[632]. 235'inci maddenin ikinci fıkrası (a) bendinde yer alan seçimlik hareketlerden birine vücut vermedikçe, ne 4734 sayılı KİK. nun 17. maddesinde, ne de 2886 sayılı DİK.nun 83 maddesinde yer alan yasak eylem ve davranışlardan her hangi biri ihaleye fesat karıştırma suçunda

[627]Objektif kritere göre, kişinin zeka seviyesi, kültür durumu veya içerisinde bulunduğu özel şartlar değil, objektif olarak makul ve orta zekada bir kişi nazara alınır. Bu bakımdan mağdur, kendisine yapılan beyanı denetleyebilecek ve basit bir incelemeye tabi tutabilecek iken bunu yapmayarak kandırılmış ve netice olarak bu durumdan zarar görmüş ise, ceza hukuku korumasından yararlanamaz. Bu nedenle, kolayca anlaşılabilecek bir soyut yalan dolandırıcılık suçunu oluşturamaz. Objektif ve subjektif kriter hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilen, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık*, s.118

[628]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.83

[629]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.85

[630]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.43, d.n.33; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.122

[631]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.43; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.122

[632]Akbulut,"İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.60 ; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.764

hileli hareket sayılmaz[633]. Bununla birlikte ihale ilkelerini ihlal eden her hareketin TCK. 235'inci maddesinde karşılığı olmayabilir. Örnek olarak ihalenin ilanının usulüne uygun yapılmaması açıklık ve alenilik ilkesine aykırılık teşkil ediyor olsa da, 235'inci madde içerisinde sayılmadığı ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmazlar. Yahut ihale sırasında teklif zarfının içerisine boş kağıtlar konması şeklinde bir davranış ihale ilkeleri gereği ihalenin iptaline yol açabilir. Fakat bu tür bir eylem 235'inci maddede suç olarak düzenlenmediğinden suç oluşturmaz [634].

Bununla birlikte ihaleye fesat karıştırma suçunda hile, 235/2-a-1 ve 235/2-a-2 maddeleri itibariyle ihaleye katılma yeterliliği ve koşullarına ilişkin olmalıdır[635]. Maddenin üçüncü ve dördüncü alt bentleri bakımından ise hileli hareket teklif ve şartnameye ilişkin olmalıdır.

İhale usulünde değişiklik yapılarak mevzuata aykırı ihale düzenlenmesi hileli harekettir[636]. Kanaatimizce bu tür davranışlar 235/2-a-1 maddesinde düzenlenen hileli hareketlerle ihaleye katılımın engellenmesi suçunu oluşturur[637].

Normal şartlarda açık ihale usulünün emredildiği bir mal alım işinde, ihale yetkilisi olan fail hiçbir piyasa araştırması, ilan veya herhangi bir ihale işlemi yapmaksızın kendi seçtiği bir kişiden malları satın alır ve ödenekten parasını bu kişiye

---

[633]Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.764

[634]Yargıtay 5. CD. 3.6.2013T., 2012/8709E., 2013/5984K sayılı kararı; "…*Kozan Devlet Hastanesinin koruma ve güvenlik hizmetleri ihalesine katılan Fırat Özel Güvelik şirketinin iki boş, bir dolu teklif mektubu sunmasından sonra ihale komisyonu üyesi sanıklar tarafından ihale sürecinin devam ettirilerek aşırı düşük teklif sorgulamalarının yapılması sonrası firmaların açıklamalarının yeterli bulunmaması ve tekliflerin maliyet fiyatının üzerinde olması gerekçeleriyle ihalenin iptal edilmesi şeklinde gerçekleştirilen olayda, boş verilen mektupların herhangi bir rakam içermemesi nedeniyle teklif olarak nitelendirilmesinin mümkün bulunmamasına bağlı olarak eylemlerde 5237 sayılı TCK'nın 235/2-a-4. maddesinde yer alan suçun unsurları oluşmadığı anlaşılmakla tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir….*"

[635]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.15

[636]k.g. Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.764 (Eserde ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından kanuni tipe uygun bir hareket olmadığı, bu yüzden açık ihale yerine parçalara bölünen işin mali eşik altına çekilerek pazarlık suretiyle ihale edilmesi ve ihale usulü değiştirilmesi görevi kötüye kullanma suçuna vücut vereceği ifade edilmiştir.)

[637]Yargıtay 5.CD. 17/4/2014 T. 2013/993 E., 2014/4347K. sayılı kararı (UYAP personel portalı, Erişim: 20/6/2017)

öderse burada hileli bir hareket vardır. Ancak mevzuata göre geçerli bir ihale bulunmadığından ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi sebebiyle yalnızca görevi kötüye kullanma suçu gündeme gelebilir[638].

İhale gerçekleştirilmeden gördürülen bir iş için daha sonra ödenek temin etmek amacıyla göstermelik yapılan ihalede sahte işlemler tesis edilmesi sebebiyle hileli bir harekettir. Ancak burada da mevcut bir ihale bulunmadığından ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmaz. Gerçeğe aykırı düzenlenen ihale evrakı bakımından TCK.204 gereği resmi belgede sahtecilik suçu sebebiyle sorumluluk doğar[639].

Görüleceği üzere ihaleye fesat karıştırma suçunda hileli hareket çoğunlukla sahte belge düzenlemek suretiyle gerçekleştirilmektedir[640]. Sahte belgenin hileli hareket olarak kabul edilebilmesi için iğfal kabiliyetini haiz olması gerekir[641]. Bu halde TCK'nın 212'inci maddesinin "sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi surasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı" hükmü gereği, fail sahte evrak ile işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu ile birlikte resmi veya özel evrakta sahtecilik suçundan sorumlu olur[642].

Hileli hareketin kimin tarafından yapıldığı önemli değildir. Bu suçun fail olarak sorumlusu yalnızca ihale komisyonu görevlisidir. Ancak hileye yönelik hareket görevli tarafından yapılabileceği gibi ihaleye katılmak isteyen bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir[643].

---

[638]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.100

[639]Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.767

[640]Bilen, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, s.121

[641]Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s.111

[642]K.g. Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.126; (Eserde ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru olması sebebiyle ayrıca sahte evrak düzenleme suçundan sorumlu olunmasını emreden TCK. 212 maddesinin "ne bis in idem" kuralına aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir.) Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. "İçtima"

[643]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.915

2.7.2.2. İhaleye Katılma Yeterliği ve Koşulları

Hileli hareketlerle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu açısından, ihale yeterlilik ve koşulları suçun bir diğer unsuru olarak karşımıza çıkar. Özellikle suça karışan failin ve mağdurun ihaleye katılma yeterliğini ve koşullarını sağlayıp sağlamadığı hususunun tespit edilmesi zorunludur. Öyle ki, TCK 235'inci maddesinde ihaleye katılma yeterlik ve koşullarının bulunup bulunmaması hallerine farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır.

İhaleye katılacak kişilerin mesleki tecrübeleri ve teknik donanımları ile ekonomik düzeyleri onların ihaleye katılma yeterliliklerine, şartname ve ihale dokümanında yer alan ve bulunması veya bulunmaması gereken özellikleri ise ihaleye katılma koşullarına işaret etmektedir[644].

İhalelere girişte yeterlilik şartı ve katılım koşulları aranmasının amacı, yetersiz ve sakıncalı kişileri cezalandırmak değildir. Aslında bu kişilerin ihalelere hiç girmemesini sağlamaktır. İhaleye katılma hakkı bulunmayanların ihalelere katılması, rekabetin gerçekleştirilmesi amacına ters düşecektir[645].

İhaleye katılma yeterliğinin içeriği konusunda, ihale mevzuatı bir sınır çizilmesi yoluna gitmemiştir. Yeterliğin belirlenmesi öncelikle ihalenin niteliğine, konusuna, usulüne göre tabi olduğu kanun, tüzük ve genelgeler ile birlikte, yapılacak ihaleye ait şartname ve diğer dokümanlar bir bütün olarak ele alınarak değerlendirilmelidir[646]. Örneğin; idarenin ihtiyaç duyduğu bir tesisin yapılması amacıyla çıkılan ihalede, yapım ihalelerinin konu edildiği 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu maddeleri uyarınca öngörülen şartlar belirlendikten sonra, idarenin bu

[644] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.124

[645] Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, s.98

[646] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.125

mevzuata göre düzenleyeceği şartname, teknik şartname ve diğer ihale dokümanı baz alınmalıdır. Katılımcı hakkında aranan asgari şartlara bir bütün olarak bakılmalıdır.

4734 sayılı KİK.nun 10. maddesine göre ihale isteklilerinin başvuru için getirmeleri gereken ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirmesine ilişkin olarak bazı bilgi ve belgeler istenebilir. Örneğin ekonomik ve mali yeterlik için bankalardan alınacak yazılar, isteklinin zorunlu bilançosu, iş hacmini gösteren ciro ve bitirdiği işlere ilişkin belgeler talep edilebilir. Mesleki ve teknik bilgi için ise isteklinin mesleği gereği kayıtlı olduğu odadan vasıflı olduğuna dair bir takım bilgi ve belgeler talep edilebilir[647].

---

[647] Yeterlilik konusuna ilişkin hususlar 4734 sayılı Kanun'un 10/1 ve 10/2 maddesinde şöyle sıralanmıştır;

"Madde 10 – İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

a) Ekonomik ve malî yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgeler,

2) (Değişik: 30/7/2003-4964/7 md.) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) (Değişik: 20/11/2008-5812/3 md.) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,

Banka referans mektubu mali durumu göstermek üzere temin edilecek yeterlilik belgelerinden biridir. Türk veya yabancı bankalardan temin edilebilir. Burada önemli olan referans mektubunun ilk ilandan sonra düzenlenmiş olmasıdır.

---

e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.

f) (Ek: 6/2/2014-6518/46 md.) Teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, rekabet öncesi iş birliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlananlara, yararlandıkları destekler çerçevesinde yürüttükleri proje sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetlerin ve bunlar dışında özkaynaklarla geliştirilmiş ve değerlendirilmesi için gerekli usulleri Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca belirlenen ve Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından Ar-Ge projesi neticesinde ortaya çıktığı belgelendirilen ürünlerin piyasaya arz edilmesinden sonra proje sonucu ortaya çıkan hizmetler ile yerli malı belgesine sahip ürünler için Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından Kurumca belirlenen esaslar çerçevesinde düzenlenen ve piyasaya arz tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılabilecek olan belgeler. [(1)]

3) İsteklinin üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlamasına yönelik belgeler,

4) İsteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracağına ilişkin bilgi ve/veya belgeler,

5) İhale konusu hizmet veya yapım işlerinde isteklinin yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler,

6) İhale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler,

7) İstekliye doğrudan bağlı olsun veya olmasın, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler,

8) İhale konusu işin ihale dokümanında belirtilen standartlara uygunluğunu gösteren, uluslar arası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar,

9) İdarenin talebi halinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları.

İhale konusu işin niteliğine göre yukarıda belirtilen bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağı, ihale dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilân veya davet belgelerinde belirtilir.

(Ek fıkra: 12/6/2002-4761/13 md.) Birinci fıkranın (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen belgelerden, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde, denetleme veya yönetme görevi nedeniyle alınanlarda gerçek kişinin mühendis veya mimar olma şartı aranır. İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur. (Değişik son cümle: 6/2/2014-6518/46 md.) Denetim ve yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler beşte bir oranında dikkate alınır. Ancak, yapımla ilgili hizmet işlerinden elde edilen belgeler yapım işlerinde kullanılamaz. [(1)]

Gerekli olduğunda banka referans mektubunun teyidi idare tarafından bankaya sorulmak suretiyle yapılabilir.

İş hacmini göstermek üzere istekli tarafından cironun, hem taahhüt altında devam eden, hem de bitirilen işlerin parasal tutarını gösteren faturaların sunulması zorunludur.

İdare tarafından ekonomik ve mali yeterliliğin ortaya konması için istekli firmaya ait bilançonun tamamı veya gerekli görülen bölümleri istenebilir.

İsteklilerden istenen iş deneyim belgesi yanında, ortaklık durum belgesinin de sunulması icap eder. İş deneyim belgesi ve mezuniyet belgesi sahibi ortakların ortaklık hisse oranları ve ortaklık sürelerine ilişkin olarak ticaret sicilinden alacakları belgeyi sunmaları zorunludur.

İş deneyim belgesi ise isteklinin son onbeş yıl içerisinde yürüttüğü ve tamamladığı işleri içeren ve bu iş alanında deneyimini gösteren belgelerdir. Yapım işlerinde ise devam etmekte ise de, %80'i sorunsuz olarak tamamlanmış işlere ait ilgili işe ait isteklinin deneyimini gösteren belgelerdir.

İhale yeterliliği bulunmayan isteklinin ihale başvurusu 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi gereğince reddedilmeli, teklif zarfı dahi açılmamalıdır. Ortaklı olarak ihaleye başvurularda, ortaklık girişiminde yer alan iş sahipleri arasında kanunen ihaleye katılma yeterliğini taşımayan bir katılımcı varsa, ortak girişim bütün olarak ihaleye katılma yeterliliğini sağlamadığı kabul edilmeli ve ihaleye katılımı engellenmelidir[648].

İstekliler anılan belgelerin doğruluğundan sorumludur. Gerçeğe aykırı bilanço düzenleyip idareye sunarak ihaleye katılan kişi, bu eylemi sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır[649].

[648]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.125

[649]Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.48

İhaleye katılma koşulları ise, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 11'inci maddesinde düzenlenmiştir. Niteliği itibariyle isteklilerde bulunmaması gereken özellikler olduğundan ihaleye katılma koşulları olumsuz koşullardır. Bu hallerin varlığı halinde aynı Kanun'un 10/4 maddesinde[650] ihaleden yasaklanma halleri ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Bu düzenleme içerisinde, iflas etmiş veya tasfiye halinde olan, sosyal güvenlik primlerini ödemeyen, iş ve meslek ahlakına aykırı hareket ettiği tespit edilen, meslekten men edilen, hakkında yasaklama kararı verilen, aynı madde içerisinde kendisinden istenen bilgi ve belgeleri vermeyen yahut sahte belge veren firmaların ihalelere girmesine izin verilmeyeceği amir hükmü bulunmaktadır. 10. maddenin 1. ve 2. fıkralarında yer alan belirtilen hukuki statüdeki kişilerin ihale dışı bırakılmalarına karar verilecektir.

Yine DİK.nun 5. maddesinde ihalelere katılabilmek için tıpkı Kamu İhale Kanunu 10 ve 11. maddesi gibi bir takım kriterlere tabi tutmuş, bunun yanında 6. maddede ihalelere katılamayacaklara ilişkin bir düzenleme yapılmıştır[651]. Buna göre

---

[650]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, s.100; (Yazar 10'uncu maddede yer alan düzenlemenin kanunun sistematiğine uygun olmadığını ileri sürmektedir. Bu düzenlemenin müstakil madde yerine 10. Madde içerisinde yer alması hatalı görülmüş ve 17. Maddedeki yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümlerden sonra müstakil bir madde olarak bu maddeye atıf yapılmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca hakkında ihaleden yasaklanma kararı verilen kişilerin bu karşı başvurabilecekleri her hangi bir yol gösterilmemiş olması da eleştirilmiştir.)

[651]Kamu İhale Kanunu 11. maddesi ihaleye katılım koşullarını şu şekilde sıralamıştır.

"*Madde 11- Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:*

a) (Değişik: 20/11/2008-5812/4 md.) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.

c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.

ihaleyi yapan idarenin ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemek görevi olan kişilerin ihalelere istekli olarak katılmaları yasaklanmıştır.

Bunların dışında ihaleye katılacak kişiler geçici teminatı ihale saatinden önce yatırmalı ve ihale komisyonuna teslim etmeli, ayrıca sadece yerli firmalara açık ihalelerde yerli katılımcı olduğuna dair belge temin etmelidir. İhaleye başvurunun şekil şartlarının düzenlendiği Kamu İhale Kanunu 30/1 maddesine göre, başvuru zarfı üzerinde katılımcının adı, adresi ve teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin adı yazılmalıdır[652].

Kamu İhale Kanunu (ek-1) maddesinde elektronik kamu alımları platformu (EKAP) olarak ifade edilen sistem üzerinden ihalelerin yapılacağı, bunun için katılımcıların ihale evrakını buradan temin edecekleri, katılım ve yeterliliğe ilişkin belgelerin idareye sistem üzerinden sunulacağı ilanda tespit edilen tarihten önce teklifin yapılacağı ve idare tarafından sistem üzerinden onaylanacağı ifade edilmiştir [653] . Şekil şartı olarak getirilen bu hususlarda her hangi bir istisna

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

g) (Ek: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değişik: 2/1/2017-KHK-684/3 md.) Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler. İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir. (Değişik üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar."

[652]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.87

[653]4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ek-1. maddesi şu şekildedir; *"(1)Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerde; bu Kanunun 13 üncü maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, ilan, ihale dokümanının hazırlanması ve verilmesi, katılım ve yeterliğe ilişkin belgelerin sunulması, tekliflerin hazırlanması, sunulması ve değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve onaylanması, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi ve sözleşmenin imzalanması gibi ihale süreciyle ilgili aşamalar ile her türlü bildirimler kısmen veya tamamen, Kurum tarafından oluşturulan Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden gerçekleştirilebilir. (2)Elektronik Kamu Alımları Platformunun kurulması ve işletilmesi ile ihale sürecinde elektronik araçların kullanımına ilişkin esas ve usuller Kurum tarafından belirlenir. (3)Bu Kanunun 13 üncü maddesi uyarınca yapılacak bütün ilanlar aynı zamanda Elektronik Kamu Alımları Platformunda da yayımlanır. (4)Bu Kanun kapsamındaki alımlarda aday veya isteklilerin yeterliğinin tespitine ilişkin olarak Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden sistemler kurulabilir.*

bulunmamaktadır. İhaleye katılacak herkes EKAP sistemi üzerinden kendilerine gerekli ihale dokümanını alabilir ve başvurularını ancak bu sistem üzerinden yapabilir. Aksi halde ihaleye katılmaları mümkün değildir[654].

Tüm bunlardan ayrı olarak doğrudan temin usulünde yeterlilik şartları aranmamaktadır. Kamu İhale Kanunu'nda bir ihale yöntemi sayılmayan doğrudan temin usulünde ihale katılım koşulları da bir önem arz etmemektedir. Hakkında ihaleden yasaklanmasına karar verilen bir firma, doğrudan temin usulünün uygulandığı işlere dahil olabilmektedir. Kanun'da belirtilen diğer usuller ile gerçekleştirilen ihalelere ise katılması mümkün değildir[655].

İhale saati geldiğinde istekliler başvuru zarflarını ihale komisyon başkanına teslim ederler. İlk inceleme sonucunda geçici teminatı tam olarak yatırmayan, sahte veya eksik belge ile başvuran veya diğer ihaleye katılma yeterliliği ve koşullarını sağlamayan isteklilerin başvuruları bu aşamada reddedilerek ihale komisyonunca ihaleye katılmamalarına karar verilmektedir. Şayet ihale komisyonu ihaleye katılma hakkın bulunmayan istekliler hakkında gerçeğe aykırı olarak ihaleye katılmalarına karar verirse, bu karar hileli bir harekete sebebiyet verir ve TCK'nın 235/2-a-2 maddesinde yer alan ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olur.

Bu sistemlerin kurulması, kurdurulması, denetlenmesi, yetkilendirilen kuruluşların yetkilerinin iptal edilmesi veya tedbir niteliğinde kararlar alınması hususlarında Kurum yetkilidir.

[654] Kamu İhale Kurumu'nun 2015/UH.III-1708 sayılı kararına göre, "*ihale dokümanının satın alınabilmesi ve bu doğrultuda ihalelere katılmaları için ortak girişimlerde Türkiye cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişi ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişi ortakların tamamının EKAP'a kayıtlı olmasının zorunlu olduğu dikkate alındığında, pilot ortak Evrensel Öz Sağ. İnş. ltd. Şti.nin EKAP'a kayıtlı olmadığı tespit edildiğinden başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu dolayısıyla da ihale üzerinde bırakılan Evrensel AŞ' iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.*"

[655]Danıştay 1. D. 21.10.2009T., 2009/1123E., 2009/1440K. sayılı kararı; *"... 2006 yılında Belediyenin reklam ihtiyaçlarından bir kısmının karşılanması amacıyla 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesi uyarınca görevlendirilen görevlileri tarafından yapılan piyasa araştırma sonrasında en uygun teklifi veren E.L. Şirketine işlerin yaptırıldığı, bu dönemde anulan şirketin ortaklarından birisinin Büyükşehir belediye Başkanı ...'nın damamdı olmasına karşın doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmaması nedeniyle, işin yapılması için teklif verenlerin Kanunun 11nci maddesinde düzenen yasaklılar kapsamına girip girmediği ilişkin bir inceleme yapılmasına hukuken olanak bulunmadığı, bu durumun Kamu İhale Genel Tebliğinde düzenlendiği..*" Çalışkan, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s.111

Bunun aksine ihale yeterliliği ve koşullarını sağlayan istekliler hakkında ihaleye katılmama kararı veren ihale komisyonu üyeleri TCK'nın 235/2-a-1 maddesinde yer alan suçu işlemiş olacaklardır.

İhaleye katılma yeterliliğini sağlamayan bir isteklinin cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlar ile ihaleye katılması engellenir ise, burada işlenemez suç söz konusu olmaktadır. Zira bu halde suçun konusu bulunmamaktadır.

2.7.2.3. İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Hileli Davranışla Engellemek

Yeterlilik kriterlerini karşılayan ve ihaleye katılma koşullarını sağlayan bir isteklinin hileli davranışlar ile engellenmesi ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verecektir. İsteklinin ihaleye katılmak yönündeki iradesine karşılık, müracaatının engellenmesi veya ihale sürecinde bir işlemde hile yapılarak ihaleden bertaraf edilmesi halleri TCK. 235/2-a-1 fıkrası içerisinde değerlendirilecektir[656].

Bu fıkrada yalnızca ihaleye giren kişiler değil, ihaleye girmeye aday olan kişilerin de engellenmesi söz konusudur. Bu anlamda, ilan edilen ihaleye katılma yeterlik ve koşullarını sağlamasına rağmen, ihale isteklilerine hiçbir surette ihaleye girme imkanı tanınmamaktadır[657].

Suçun konusunu bu bent bakımından ihaleye katılma yeterliliği ile ilgili hususlar oluşturmaktadır[658]. Bu durumlar haricinde işlenen hileli davranışlar, örneğin ihaleye katılmasını önlemek için istekliye eşinin kaza geçirdiğini söylemek, 235/2-a maddesi nazarında suç oluşturmaz. Bu tür eylemler şartları oluşuyor ise TCK. 235/2-

[656]Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.110

[657]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.130

[658]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.803

c maddesinde düzenlenen hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen fesat karıştırma suçuna vücut verecektir.

TCK'nın 235/2-a-1 maddesi ihale ve ihale sürecinde işlenen suçlara vurgu yaptığı dikkate alındığında suç, yalnızca ihaleye başvuru sırasında değil, birden fazla işlemden meydana gelen ve uzun bir süreç olan ihalenin tüm aşamalarındaki işlemler hakkında işlenebilir. Bu bakımdan ihale yapılması kararından başlayarak ihalenin ilanı, tebliği, şartnamenin oluşturulması, tekliflerin alınması ve kabulü, ihale kararı ve sözleşme yapılmasına kadar geçen tüm süreçte bu suç işlenebilir. Sözleşme imzalandıktan sonra ve ihale gerçekleştirildikten sonra yapılan hileli hareketler ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz[659].

Hileli hareketlerle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu, idarenin takdir hakkının kötüye kullanımına yol açan hareketlerle de işlenebilir. Bir istekliyi yahut tüm potansiyel isteklileri ihaleden uzaklaştırmaya yönelen eylemler fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır. İdare tarafından katılımcıların ekarte edilmesi amacıyla şartnamede değişiklikler yapılması, ek koşul veya ek yeterlilik kriteri konulması[660], rutin dışı ihale kriteri belirlenmesi, tekliflerin gerekçe gösterilmeden reddedilmesi[661] eylemleri takdir hakkının kötüye kullanımı olmaktadır[662].

İdarenin ihale dışı bırakma işleminin hukuka uygun olup olmadığı, maksatlı bir karar verilip verilmediği araştırılmalıdır. Burada ayrımı yapmak için kanuni ve idari düzenlemeler ile idare tarafından hazırlanan şartname ve teknik şartname[663] analiz

---

[659]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.742; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.916; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.131

[660]Yargıtay 5.CD. 14.11.2018T., 2014/11176E., 2018/9019K sayılı kararı,

[661]Yargıtay 5.CD. 19.2.2019T., 2012/507E., 2019/2219K sayılı kararı; "*...Dilovası Belediyesine ait binanın ince işçiliğinin yapımına ilişkin olarak 6.7.2011 tarihinde yapılan ihalede, ihaleyi ekonomik olarak en avantajlı teklifi sunan firmaya vermeleri gerekirken, en avantajlı ikinci teklifi sunan firmaya vermek şeklindeki isnadın sübutu halinde ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği,..."*

[662]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.110

[663] Yargıtay 5.CD. 14.11.2018T., 2014/11176E., 2018/9019K sayılı kararı, *".. ihaleye ilişkin şartnamenin 7. Maddesinde yeterlilik kriterlerinin sıralandığı, ancak ne sahip olunması gereken kriterleri düzenleyen 7. Maddede ne de "diğer hususlar" başlığı altındaki 48. Maddede taşıma yapılacak araçlara ilişkin sunulacak belgelerin niteliği ve sunulma şekline dair düzenlemenin bulunduğu,söz konusu belgenin teklif kapsamında sunulmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı, soruşturma aşamasında aldırılan*

edilmeli ve incelenmelidir[664]. Yargıtay[665] ihale komisyonu tarafından verilen kararlarda, mevzuat ve şartname dışında ayrıca Kamu İhale Kurulu kararlarının da dikkate alınması gerektiği, ihalenin hukuka uygun olup olmadığı yolunda ayrıntılı inceleme yapılması gerektiğine işaret etmektedir.

İdare, ihaleyi almasını istemediği kişilerin saf dışı bırakılması için ihaleyi tümüyle iptal edebilir yada erteleyebilir[666]. İdare ihalenin iptaline karar verirken mevzuata uygun bir gerekçe ileri sürebilir ancak bu gerekçe gerçeğe aykırı olabilir yahut hileli yollarla mevzuata uygun hale getirilmiş olabilir. İşte bu şekilde haksız olarak ihalenin iptal edilmesi şeklindeki eylemler, katılımcıların ihaleye katılımlarının hileli yollarla engellenmesi suçunu oluşturacaktır[667]. Ancak Kamu İhale Kanunu'nda ihale iptali sebebiyle ihale görevlilerinin hukuki sorumluluğu olmayacağına dair hüküm, bu yolla işlenen fesat karıştırma suçları bakımından engel oluşturmaktadır.

Hileli hareket gerçeğe aykırı yüksek rayiç bedel tespiti yaptırarak, daha önce anlaşma yapılan istekli tarafından fahiş fiyata ihalenin verilmesi ve bu nedenle diğer isteklilerin tekliflerinin "aşırı düşük teklif" gerekçesiyle reddedilmesi ile gerçekleştirilebilir[668].

10.10.2012 tarihli bilirkişi raporunda da bu hususlara yer verilerek sanıkların eylemlerinin mevzuata uygun olmadığı belirlendiği halde, ... oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat kararları verilmesi..,"

[664]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.13

[665]Yargıtay 5. CD. 29.12.2016T., 2014/7270E., 2017/9995K sayılı kararı; "*... standart formata uygun taahhütname vermemiş olması nedeniyle firmanın değerlendirme dışı bırakılmasında bir isabetsizlik bulunmaması, benzer bir olayda Kamu İhale Kurulunca verilen 28.12.2006 tarih ve 2006/UH.Z-3316 sayılı şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına ilişkin kararı karşısında tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmediği ..."*

[666]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.110

[667]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.134

[668] Yargıtay 5.CD 9.1.2017T., 2016/3077E., 2017/5K. Sayılı kararı; *"... yaklaşık maliyet tespit cetvelinde alınacak malların fiyatlarının rayiç bedellerinin epeyce üzerinde belirlenmesi suretiyle ihaleye çıkarıldığı, ... gerek yaklaşık maliyetin belirlenmesi gerekse de ihale komisyonu başkanı olarak ihalenin tüm aşamalarını tek başına yönlendirerek ihale ile ilgili evrakları imzalayıp, haklarında düşme kararı verilen diğer ihale komisyonu üyelerinin de imzalamasını sağlayan sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 205'inci maddesinde düzenlenen Devlet alım satımına fesat karıştırma suçunu oluşturduğu .."*

Oluşturulan şartname yalnızca belli bir kişinin katılımını sağlamak veya belli bir kişinin katılımını engellemek üzere gerçekte gerekli olmayan yeterlilik ve koşul ölçütleri içerebilir. Bu durumda ihaleye katılımları engellemek suçu oluşur. Bununla birlikte zeyilname düzenlemeden şartnamede değişiklik yaparak tekliflerin reddedilmesi[669] halinde de bu suç oluşur[670].

Üçüncü kişiler de ihale görevlilerini hile neticesinde kandırarak ihaleye katılabilir yahut diğer isteklilerin ekarte edilmesini sağlayarak ihaleye fesat karıştırabilirler[671]. Ancak istekliler veya üçüncü kişilerin yaptığı hileli hareketler TCK 235/2-a maddesini değil[672], ancak 235/2-c maddesinde yer alan hukuka aykırı davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur. Zira 235/2-a maddesinde yer alan suç yalnızca ihale görevlileri tarafından işlenebilir[673].

Hileli hareketler sahte belge kullanmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise TCK'nın 212'inci maddesinin *"sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi surasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı*" hükmü gereği, fail sahte evrak ile işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu ile birlikte resmi veya özel evrakta sahtecilik suçundan sorumlu olur[674].

---

[669]Yargıtay 5. CD. 26/9/2012T., 2012/3921E., 2012/9472K. sayılı kararı

[670]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.209

[671]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.114

[672]Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.207 (Yazar, 235/2-a-1 maddesinin "ihale katılmasının engellenmesini sağlamak" şeklinde değiştirilmesi halinde ihale görevlisi dışındaki üçüncü kişilerin de suçun faili olabileceği görüşündedir.)

[673]İhale sırasında fail, bir diğer isteklinin aslında paravan şirket kurduğunu, teklif zarfında sunduğu belgelerin gerçek olmadığını ifade edebilir veya yanında getirdiği sahte vergi borcu, SGK prim borcu olduğuna dair belgeleri ihale komisyonuna sunabilir. Bu durumda ihale komisyonu bu sözler ve belgeler karşısında istekliyi derhal ihaleden uzaklaştırabilir ve hatta ihaleyi iptal edebilir. Bu durumda istekli, üçüncü bir kişinin hileli hareketi ile ihale dışı kalmış olabilir. Dilberoğlu,*İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.207; (Yazarın "*kendisinin ihale sürecinden elenmesini sağlamak üzere hiçbir isteklinin hileli hareketlerle sahte veya gerçeği yansıtmayan bilgi ve belgeler sunacağı düşünülemez"* şeklindeki önermesi yerinde olmamıştır. Zira ihale dışında yapılan gizli bir anlaşma ile, ihalede fazla istekli varmış gibi görünüp rekabet unsurunu yerine getirdikten sonra, anlaşmaya uygun bir hareketle kendisini ihale dışı bırakan kişinin durumu gözardı edilmiştir.)

[674]K.g. Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.126; (Eserde ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru olması sebebiyle ayrıca sahte evrak düzenleme suçundan sorumlu olunmasını

Sahte belge kullanılmak üzere işlenen hileli hareket TCK'nın 235/2-a maddesinde yer alan seçimlik hareketlerden birine vücut vermiyor yahut hukuken ve fiilen geçerli bir ihale bulunmuyor ise, fail yalnızca sahte belge düzenlemek suçundan sorumlu olacaktır. Zarar meydana gelmişse zimmet, kamu kurumu aleyhine dolandırıcılık suçu da somut olaya göre gündeme gelebilecektir[675].

2.7.2.4. İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak.

İhaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan ve ihaleye katılım koşullarını sağlamayan kişiler, her hangi bir hileli davranış ile ihaleye katılabilir ve kazanabilirler. O zaman TCK'nın 235/2-a-2 maddesinde düzenlenen suç meydana gelecektir.

Bu suç, katılımcıların ihaleye başvuru sırasında idareye sunması gereken teminat makbuzu, yeterlilik belgeleri ve koşulları değerlendirmekle görevli ihale komisyonu başkan ve üyeleri tarafından işlenebilir[676]. İhaleye katılan kişinin bu maddeye uyarınca asli fail olması mümkün değildir. TCK. 40/2 maddesi uyarınca, eylemdeki katkısına göre 38. maddeye göre azmettiren veya 39. maddeye göre yardım eden olabilmektedir[677].

Yargıtay da, ihale yeterlilik ve koşullarını sağlamayan kişilerin, ihale komisyonunca yapılan hileli hareketler ile ihaleye katılımının sağlanması halinde TCK 235/2-a-2 maddesinde düzenlenen suçun oluşacağına karar vermektedir[678].

---

emreden TCK. 212 maddesinin "ne bis in idem" kuralına aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir.) Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. "İçtima"

[675]Yargıtay 5.CD. 1.10.2014T., 2007/64E., 2014/9411K sayılı kararı; "*..usulüne uygun yapılmış bir ihale ve iş olmadığı, ortada gerçek bir ihalenin bulunmadığı, sağlanan menfaati gizlemek amacıyla görünüşte ihale yapıldığı üçüncü kişiye menfaat sağlama unsurlarını da içeren eylemlerin zimmet suçunu, lehine yarar sağlanan kişinin fiilinin ise zimmete iştirak suçunu oluşturacağı..*"

[676]Yargıtay 5. CD. 24.10.2016T., 2014/1087E., 2016/8505K sayılı kararı;

[677]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.91

[678]Yargıtay 5. CD. 10/6/2014T., 2013/1915E., 20146442K. sayılı kararı; *"...Sanık Ali İhsan'ın yakın ilişkileri bulunan diğer sanık Hasan'ın bir aracın birden fazla ihaleye konu posta taşıma işinde*

Hileli hareket ihaleye katılma yeterliliği ve koşullarına ilişkin olmalıdır. İhaleye katılma hakkı bulunmayan kişilerin bu durumlarının saklanması, gizlenmesi ve ihaleye katılma engellerinin ortadan kaldırılmasını sağlayan her hileli hareket 235/2-a-2 maddesindeki suça vücut vermektedir[679].

Söz konusu eylem ihale görevlisi tarafından bir tarafın kayırılması amacıyla işlenebilir[680]. Hileli olarak yeterliği olmayan katılımcının ihaleye girmesini sağlayan görevlinin bu eylemini hangi saik ile yaptığının bir önemi bulunmamaktadır[681]. Ancak söz konusu eylemi sebebiyle bir çıkar elde etmiş ise failin ilgili suçtan ayrıca cezalandırılması icap eder[682].

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, TCK'nın 235/2-a-2 maddesinde ihale süreci ibaresi gözardı edilerek yalnızca "*ihaleye katılımını sağlamak*" ifadesinin kullanılmasıdır. Bu madde bakımdan ihale komisyonu yalnızca ihaleye başvuru sırasında sorumlu tutulmuştur. Ancak bu kısıtlama doğru görünmemektedir[683].

---

kullanılmasını yasaklayan PTT Genel Müdürlüğü Posta İhaleleri Yönergesi ve Posta Taşıma Hizmetlerine Ait Sözleşme ve Şartname hükümlerine aykırı olarak, Kaynaşlı, Gümüşova ve Gölyaka PTT merkezleri tarafından yapılan posta taşıma ihalelerini aynı araçla katılıp kazandığının bilinmesine rağmen Kaynaşlı ve Gümüşoca PTT merkezlerinin ihale işlemlerini 4/11/2008 ve Gölyaka PTT merkezinin 13/11/2008 tarihli yazılarla uygun bulup kesin ihalelerinin yapılmasını talimatladığı, bunların ikisi bakımından katılma koşullarına sahip olmayan Hasan B'nin ihaleleri kazanmasını ve sözleşmeleri imzalamasını sağladığı, bu surette yüklenen suçların işlendiği anlaşılmakla,…" Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.814

[679]Yargıtay 5. CD. 9.10.2018T., 2015/16E., 2018/6985K sayılı kararı, *"… tahakkuk etmiş ve vadesi geçmiş 29.412.04 TL vergi borcu olduğu halde, söz konusu firmanın sunduğu 10.8.2007 tarihinde vadesi geçmiş vergi borcunun olmadığına ilişkin belgeye itibar ederek 13.8.2007 günü sözleme imzalamak şeklinde gerçekleşen eyleminin, ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olmayan D. Firmasının ihaleye katılmasını sağlamak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu gözetilerek…",*

[680]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.815

[681]Yargıtay 5.CD. 14.2.2019T., 2012/1229E., 2019/2000K sayılı kararı; "*..şirketin 9.3.2011 tarihinde Ulaştırma Bakanlığı Karayolları Genel Müdürlüğünce 2 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklandığı, ilgili şirket hakkında yeniden yasaklılık teyidi alması gerekirken bunu yapmayarak 18.3.2011 tarhinde adı geçen şirketle sözleşme tasarısını imzaladığı, böylece ihalede yasaklı olan bir şirketin iş yapmasına ve sözleşme imzalamasına sebebiyet vermek suretiyle,… eylemin sübutu halinde ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği…,"*

[682]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.114

[683]Özbek, vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.917

Özellikle ehil olmayan bir isteklinin ihaleye katılması ve kazanmasını sağlamak üzere ihaleden önce maksatlı şartname hazırlanması hususu kanun koyucu tarafından görmezden gelinmiştir. Bunun yanında sonrada ihale yeterliliğini kaybedenler açısından değerlendirme başvurudan çok sonra gerçekleştiğinden, bu aşamada yapılacak hileli hareketler de gözetilmemiştir.

Örneğin, KİK. 37'nci maddesi uyarınca kendisine verilen sürede eksik belgesini tamamlamayan istekli hakkında, ihale komisyonu görevlisinin sanki tamamlanmışçasına işlem yaparak teklifi kabul etmesi halinde TCK 235/2-a-2 maddesinde yer alan suçun oluştuğunu kabul etmek gerekse de[684] mevcut kanuni düzenleme bu tür eylemin suç olarak kabulüne imkan tanımamaktadır.

Mevcut düzenlemeye karşın doktrinde, ihale yeterliliği olmayan kişilerin ihaleye katılımının sağlanmasına yönelik hileli hareketlerin, yalnızca ihaleye başvuru sırasında değil tüm ihale sürecinde yapılabildiği eski TCK döneminde verilen bir karar gerekçe gösterilerek ileri sürülmüştür[685].

Bir başka görüşe göre, ihale komisyonu tarafından şartnamede ihaleden bir gün önce değişiklik yapılması ve buna dayanarak tüm isteklilerin tekliflerini geçersiz sayarak yalnız bir isteklinin teklifinin kabul edilmesi halinde 235/2-a-2 maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçu oluşur[686].

---

[684] Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.93

[685] Yargıtay 4.CD. 7/2/1991T. 1990/7518E., 1991/723K. sayılı kararı; *".. ihaleye konu polis lojmanlarına ilişkin yeterlik belgesi komisyonu başkan ve üyeleri olan sanıkların ihale mevzuatına ve Bakanlık tebliğine aykırı olarak ihaleye katılan müteahhitlere yönteme uymayan puanlar verdiklerini ve değerlendirmenin ayrı ayrı ve gizli yapılması kuralına uymadıklarının, puanlarda sonradan puanlarda sonradan değişiklik ve ayarlama yaparak ihaleleri öngördükleri müteahhitlerin üzerinde bıraktıklarının kabul edilmesi karşısında, bu hareketlerin değerlendirilerek eylemin "hükümet hesabına" yapılan ihalelerde hileli araçlar kullanmak suretiyle rekabeti ihlal ve TCK'nın 366. maddesine uyar nitelikte olup olmadığının tartışılması, eylemin bu maddeye girmediği taktirde yasanın yardımcı hüküm konumunda bulunan 240. maddesine gireceğinin gözetilmesi gerekir…"* Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.87

[686] Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.80

Bu görüşlerle aynı yöndeki Yargıtay kararlarına göre[687], ihale komisyonu üyeleri ile ihale yetkililerinin ihale işlemleri sırasında olduğu gibi, ihale öncesi şartname hazırlanması sırasında objektif kriterlerle hareket etmesi [688] ve ihalenin neticelenmesi sonrası sözleşme imzalama aşamasında dahi isteklilerin ihale yeterlilik ve koşullarını sağlayıp sağlamadıklarını gerekli kurum ve kuruluşlardan teyit etmesi gerekmektedir. Hiçbir araştırma yapmamak suretiyle yeterliliği olmayan kişilerin ihaleye katılımını sağlamak ve ihaleyi kazansa dahi sözleşme imzalamak ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verecektir[689].

Ancak bu görüşler TCK'nın 235/2-a-2 maddesiyle çelişmektedir. Maddeye göre "ihaleye katılımını sağlamak" yalnızca ihaleye başvuru sırasında yapılabilecek bir davranıştır. Başvurudan önce veya ihale bitiminden sonra ihaleye katılım sağlamak teknik olarak mümkün değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz sakıncalardan ötürü, maddeye "ihale sürecine ve ihaleye katılımını sağlamak" ibaresinin eklenmek üzere kanun değişikliği yapılması gerekir.

Sahte evrak ile ihaleye giren isteklinin, bu hususu bilen ihale komisyonu görevlileri ile anlaşarak mı, yoksa onları kandırarak mı teklifi sunduğu belirlenmelidir [690] . Zira aldatılan ihale komisyonu görevlisi fail değil bilakis

---

[687]Yargıtay 5.CD. 7.5.2014T., 2012/10423E., 2014/5120 K sayılı kararı

[688]Yargıtay 5. CD. 24.10.2016T., 2014/1087E., 2016/8505K sayılı kararı; "*4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 12/2. Maddesinde, şartnamede marka belirtilmesinin yasak olmasına rağmen, markanın şartnamede yer almasını, ..., sağladıkları anlaşılan olayda, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 235/2-a-2 maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden.."*

[689]Yargıtay 5.CD. 14.5.2014T., 2013/17252E., 2014/5376K sayılı kararı; "… *(SSK prim ve vergi borcu bulunmadığına) dair taahhütnameleri ihale komisyonlarına verdiği ve ihaleleri kazandığı; ancak bu şirketle sözleşmeleri imzalamadan önce ihale tarihleri itibarıyla belirtilen durumlarda olmadığına ilişkin belgeleri isteyip alarak, incelemesi ve uygun gördükten sonra sözleşmeleri imzalaması gerekirken, ihale tarihleriyle örtüşmeyen belgeleri nazara alınarak sözleşmeleri imzalamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin 6459 sayılı Kanunla değişik TCK'nın 235/2-a-2, 43/1. maddelerinde yer alan zincirleme şekilde ihaleye fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarını taşıdığı gözetilmeden bu oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılgılı değerlendirme sonucu beraet hükmü kurulması,…"*

[690]Yargıtay 5. CD. 6.11.2017T., 2017/2745E., 2017/4745K. Sayılı kararı; "*.., ihaleye katılma yeterliliği olmayan sanık B'nin yetkilisi olduğu firmanın ihaleye katılması ve ihaleyi kazanmasını sağladıkları iddia edilen olayda, belgede sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdiri hakime ait olduğu cihetle, sahtecilik suçuna konu 09/04/2004 tarihli iş deneyim belgesinin aslının duruşmaya getirtilerek aldatma kabiliyeti hususunda incelenip özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması, söz konusu belgedeki sayı ve mühür eksikliğinin iğfal kabiliyetine etkisi üzerinde durulması …"*

mağdurdur. Bu suçu yalnızca ihale görevlisinin işleyebildiği dikkate alındığında, ihale isteklisi olan failin eylemi TCK. 235/2-a-2 maddesinde düzenlenen suça vücut vermez. Asıl fail bulunmadığından, isteklinin azmettiren veya yardım eden olarak şerikliği de söz konusu değildir[691]. Şartları oluşuyor ise ihale isteklisi 235/2-c maddesinde yer alan hukuka aykırı davranışla ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olur. Aksi halde yalnızca sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından sorumludur[692].

Doktrinde bazı yazarlarca, sahte evrakla ihaleye giren ve ihale komisyonu görevlilerini aldatan faillerin, "dolaylı fail" olarak sorumlu olacakları ileri sürülmüşse de, bu görüşe katılmıyoruz. Zira dolaylı faillik isnad kabiliyeti, kusur yeteneği olmayan veya hataya düşmüş bir kimsenin araç olarak kullanılarak suç işletilmesi halinde, arka plandaki kişinin suçu bizzat işlemiş gibi sorumlu olması anlamına gelmektedir. TCK. 37/2 maddesi dolaylı fail konusunda gayet açık bir hüküm getirmiştir; "*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası üçte birinden yarısına kadar artırılır*". Oysa aldatılan ihale komisyonu burada araç fail değil, bilakis mağdurdur[693]. Burada kendisine sahte evrak verildiği konusunda hiçbir bilgisi olmayan ihale görevlisine, "araç fail" dahi olsa, sorumluluk yüklemek hatalı bir değerlendirme olur. Tıpkı dolandırıcılık suçunda olduğu gibi, hileli hareketin muhatabı mağdur olmak durumundadır. Bu nedenle fail olması söz konusu olmayan bir kişi üzerinden dolaylı faillik hususunu tartışmaya lüzum yoktur.

Bununla birlikte, ihale başvuru sırasında istenen SGK prim borcu olmadığına dair sahte bir belge tanzim eden sosyal güvenlik memuru, evrakı komisyona veren ihale isteklisi ve ihaleye katılım yasağı olmasına rağmen aksine sahte bir belge

---

[691] Yargıtay 5. CD. 2.5.2013T., 2013/4483E., 2014/4350K sayılı kararı; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.212

[692] Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.815; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.135; k.g. Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.114 (Eserde 235/2-a-2 maddesinde hileli harekette bulunan isteklinin fail olabileceği ifade edilmiştir.)

[693] K.g.Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.803; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.17; aynı yönde Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s.545

düzenleyen ihale görevlisi, TCK'nın 212'inci maddesi uyarınca hem sahte evrak düzenlemek suçundan, hem de ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır[694]. Elbette sahte yeterlilik belgeleriyle ihaleye katılım sağlanması eylemlerinde, sahte evrakın niteliğinin açıkça belirlenmesi gerekir[695]. İğfal kabiliyeti olup olmamasına göre ihale komisyon üyelerinin sorumlulukları net olarak ortaya çıkacaktır. Sahte belgenin iğfal kabiliyeti varsa ihale komisyon başkan ve üyelerinin kasıtlı yada taksirli bir hareketlerinin olup olmadığı somut olaya göre belirlenecektir[696].

Doktrinde, 235/2-a-1 maddesi ile bu maddede düzenlenen suçların birbiriyle örtüştüğü, kanun koyucunun iki farklı hüküm yaratarak kavram karmaşasına yol açtığı, her iki düzenlemenin aynı bent altında düzenlenmesi gerektiği belirtmiştir [697] . Gerçekten ihale komisyonu tarafından yapılan suç konusu ihalede koşul ve yeterlilikleri bulunan kişilerin engellenmesi suçu mu, yoksa yeterliliği bulunmayanların ihaleye katılması suçunun mu oluşacağı net olmayabilir. Aynı eylem iki hüküm bakımından çakışabilir.

Bizce burada bir kavram karmaşası yoktur. İşlenen eylemin niteliği, şartnamenin ve isteklilerin niteliğine göre belirlenecektir. Keza tüm istekliler aslında ihaleye katılma koşullarına sahipse, ancak biri veya birkaçı ihaleden eleniyorlarsa 235/2-a-1 maddesinden cezalandırmak gerekir. Şayet mevzuat ve şartnameye göre

---

[694]k.g. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.134 (yazar burada bir yasa boşluğu olduğunu, sahte evrak tanzim eden üçüncü kişilerin ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olmayacağını ifade etmişse de, burada üçüncü kişinin ayrıca TCK. 40/2 maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçuna yaptığı katkının ağırlığına göre 37. veya 39. maddelere göre durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir.)

[695]Yargıtay 5. CD. 6.11.2017T., 2017/2745E., 2017/4745K sayılı kararı; *"... ihaleye katılma yeterliliği olmayan sanık Bilal'in yetkilisi olduğu firmanın ihaleye katılması ve ihaleyi kazanmasını sağladıkları iddia edilen olayda, belgede sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdiri hakime ait olduğu cihetle, sahtecilik suçuna konu 09/04/2004 tarihli iş deneyim belgesinin aslının duruşmaya getirtilerek aldatma kabiliyeti hususunda incelenip özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması, söz konusu belgedeki sayı ve mühür eksikliğinin iğfal kabiliyetine etkisi üzerinde durulması ..."*

[696]Yargıtay 5.CD. 9/1/2014T., 2013/14394E., 2014/221K. sayılı kararı,

[697]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.92 (Yazar,)

isteklilerden yalnızca biri koşulları karşılamıyorsa ve bu kişi ihaleye katılıyorsa, bu halde 235/2-a-2 maddesi uygulanmalıdır.

2.7.2.5. Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak ve Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Halde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak Eylemleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TCK'nın 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 fıkraları yalnızca mal alım ihaleleri için geçerlidir. Çalışmamızın ilk kısmında açıklanan diğer ihale türleri hakkında bu maddenin uygulanması söz konusu değildir.

Bu kapsamda hizmet alımı veya yapım ihalelerinin kapsam dışı bırakılması doğru olmamıştır. Zira, hizmet alımında da idareler tarafından nitelik ve kalite aranmaktadır. Buna rağmen, istekliler tarafından taahhüt edilen hizmetin şartnameye aykırı olması halinde, sorumluların bu maddeden cezalandırılması mümkün değildir[698].

Hizmet, yapım veya kira sözleşmelerini içeren ihaleler ile satımları içeren ihaleler maddenin yazılış biçiminden dolayı kapsam dışında kalması nedeniyle, maddede "teklif edilen mallar" ibaresi yerine "teklif edilen edim" şeklinde bir ifade eklenmek üzere kanun değişikliği yapılması gerekmektedir. Ancak bu halde çoğu ihaleye fesat karıştırma halinin cezasız kalması sakıncası giderilmiş olacaktır[699].

[698]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.157; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.140 (yazar, mal alımı ibaresi yerine "teklif edilen edimleri" ibaresinin kullanılması durumunda, bu sorunun çözüleceğini savunmaktadır.)

[699]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.114; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.95

Bizim de savunduğumuz görüşe göre, yapım ihalelerinin mal ve hizmet ihalelerini içeren karma nitelikli bir ihale türü olması olması sebebiyle, hizmete ilişkin kısmına değil ancak mal alımına ilişkin kısmı hakkında TCK. 235/2-a-3 maddesi uygulama alanı bulabilecektir[700].

Uygulamada ihale türü hususu Kanun'a aykırı olarak gözardı edilmektedir. Bu konuda bir Yargıtay kararında, hizmet ihalesine ilişkin verilen teklif hakkında TCK'nın 235/2-a-4 maddesi yönünden değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Oysa maddede açıkça ifade edildiği üzere hizmet ihaleleri bu suçun konusu dışında kalmaktadır[701].

Maddede ifade edilen şartname kavramı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 4'üncü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre idari şartname ve teknik şartname olmak üzere iki tür şartname bulunmaktadır. Şartnamelerde düzenlenen kayıtlar birbiriyle uyumludur ve aykırılık içermezler. Eğer ikisi arasında bir çelişki var ise idari şartnameye öncelik tanınır. İdari şartnameler genel olarak isteklilere talimat niteliği taşır. İhaleye için asgari başvuru şartlarını içerir. Teknik şartname ise ihale konusu işin teknik ayrıntılarının yer aldığı belgedir[702].

İhaleye çıkılırken hazırlanan ihale dokümanı içerisinde idari şartname, plan ve projeyi içeren teknik şartname, sözleşme tasarısı ve gerekli olan diğer belge ve bilgiler yer alır. Ön yeterlilik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlar, ön yeterlilik kriterleri ve gereken diğer belgeler yer alır. İlandan sonra ihale dokümanı idare

[700]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.990

[701]Yargıtay 5.CD. 3.6.2013T., 2012/8709E., 2012/5984K. Sayılı kararı; *"...K. Devlet Hastanesinin koruma ve güvenlik hizmetleri ihalesine katılan F. Şirketinin iki boş, bir dolu teklif mektubunu sunmasından sonra ihale komisyonu üyesi sanıklar tarafından ihale sürecinin devam ettirilerek aşırı düşük teklif sorgulamalarının yapılması sornrası firmaların açıklamalarının yeterli bulunmaması ve tekliflerin maliyet fiyatının üzerinde olması gerekçeleriyle ihalenin iptal edilmesi şeklinde gerçekleşen olayda, boş verilen mektupların her hangi bir rakam içermemesi nedeniyle teklif olarak nitelendirilmesinin mümkün bulunmamasına bağlı olarak eylemlerde 5237 sayılı TCK'nın 235/2-a-4 maddesinde yer alan suçun unsurlarının oluşmadığı..,"*

[702] Mahmutoğlu, "Tekliflerin Şartnamelere Uygunluğunun Değerlendirilmesi Safhasında Gerçekleştirilen Hileli Davranışlar Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler -2**, ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, Ankara, 2014, s.39

tarafından isteklilere dağıtılır. Eğer bu belgelerde değişiklik gerektiren zorunlu haller varsa, idare bu değişikliği doküman alan tüm isteklilere bildirmek durumundadır[703].

İhale günü teklifler alınır, zarflar açılır ve açıklanır, ardından değerlendirme aşamasına geçilir. Teklif edilen mallar şartnameye aykırı ise idare tarafından fiyat konusu tartışılmadan değerlendirme dışı bırakılır. Yani ihalenin değerlendirme dışı bırakılması, karara bağlanmasında dikkate alınmaması anlamına gelir. Tam bu aşamada TCK. 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerindeki suç oluşur[704].

Madde kapsamındaki suçun niteliğini belirleyen en önemli unsur şartnamedir. Teklifin suç oluşturup oluşturmadığı şartnameye göre anlaşılmaktadır. İhale konusu mallar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4 ve 12. maddesi uyarınca[705] ihale görevlisi tarafından teknik şartname ve şartname ile belirlenmektedir. İhalede malın alımına ilişkin unsurlarını ve özelliklerini belirten şartname, teknik şartname veya idari şartname olabilir. Burada her iki şartname arasında bir ayrım yoktur[706].

Alımı yapılacak malın teknik standartlara uygunluğuna yönelik tespitler yapılmalıdır. Bunun yanında, marka, patent, menşei, kaynak zikredilmemelidir. Bu tespitler yapılıp ihale ilanı yapıldıktan sonra, ihale usulüne göre gelen teklifler değerlendirilecek ve şartnameye aykırı olan nitelikte teklif edilen mallar değerlendirme dışı bırakılacaktır. Değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilen teklif ihalenin karara bağlanmasında hiç dikkate alınmaması anlamına gelmektedir. Teklif değerlendirmeye alındığında ise diğer uygun tekliflerle arasında başka kriterlere göre seçim yapmak ve en uygun olan teklif üzerinde ihaleyi bırakmak veya bırakmamak yönünde bir karar verilmesini gerektirir. İşte tam bu aşamada suç oluşmaktadır. Uygun

[703]Yargıtay 5. CD. 26/9/2012T., 2012/3921E., 2012/9472K. sayılı kararı

[704]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.818; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.93

[705]Bunun haricinde bu tür ihaleler için Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği dikkate alınmalıdır. İhalelerin usul ve esasları bu yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiştir. Ayrıca 14. maddesine göre de idareler tarafından hazırlanan teknik şartnamelerde belirlenecek teknik kriterlerin, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlanması gerektiği belirtilmiştir; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.81

[706]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.115

olmayan teklifin değerlendirmeye alınması suçun oluşumu için yeterlidir [707]. Bu teklife ihalenin verilmesi zorunlu değildir.

Yargıtay 2014 yılında verdiği bir kararda [708], açık ve net şekilde suçun unsurlarını ortaya koymuş ve teklifin değerlendirmeye alınmasının dahi yeterli olduğuna vurgu yapmıştır. Suça konu teklifi yapan isteklinin ihaleyi kazanıp kazanmamasının bir önemi olmadığı gibi, ihalenin iptal edilip edilememesinin de bir önemi yoktur.

Hileli hareket teklife konu malların şartnameye uygun olup olmadığına ilişkindir. Şartnameye aykırı olmasına rağmen ihale komisyonu tarafından gerçeğe aykırı olarak uygunluğuna dair verilen karar 235/2-a-3 maddesi bakımından hileli harekettir. Elbette bu iki bentte düzenlenen suç bakımından önşart hukuken geçerli bir ihale ve teklif bulunmasıdır[709].

Teklifleri değerlendirmeye almak veya bırakmak eylemleri yalnızca ihale komisyonu üyeleri tarafından kullanılan bir yetki olduğundan, üçüncü bir şahıs bu eylemin faili olamayacaktır [710]. Ancak, teklifi yapan kişiler ile ihale komisyonu arasında danışıklı bir durum var ise bu kişilerin cezasız kalması söz konusu değildir. 5237 sayılı TCK. 40/2 maddesi uyarınca iştirak hükümleri gereği sorumluluğun kabulü gerekir[711].

---

[707] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.141

[708] Yargıtay 5. CD. 10/3/2014 T., 2012/15529E., 2014/2516K. sayılı kararı; "*...İP Kamera Sistemi Alım İhalesi'ne katılan M...'nin sunduğu teklifte öngörülen Sanyo marka ... depolama ünitesi cihazlarının teknik şartnamenin 6. maddesinde öngörülen nitelikleri taşımaması nedeniyle ihale komisyonu başkanı ve üyeleri olan ...'nın söz konusu teklifi değerlendirme dışı bırakarak ilgili firmayı ihaleden elemeleri yerine, bu firmanın katılımını kabul edip, ihaleyi üzerinde bırakmaları, ihale yetkilisi M.'nin de ihale evraklarını onaylaması, daha sonra mevcut şartnamenin rekabeti önleyici ve katılımı engelleyici nitelikte bulunduğu gerekçesiyle 2/11/2009 günü alınan kararla ihalenin iptal edilmesi şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda, ... ihalenin iptal edilmesinin suçun oluşumunu etkilemediği gözetilerek sonucuna göre hukuki durumların belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,..."* (UYAP personel portalı Erişim:20.6.2017)

[709] Yargıtay 5. CD. 3.6.2013T., 2012/8709E., 2013/5984 sayılı kararı

[710] Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma* , s.115

[711] Yargıtay 5.CD. 17/2014 T., 2013/1005E., 2014/4345K sayılı kararı (UYAP personel portalı Erişim:20.6.2017)

Uygulamada TCK'nın 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerindeki suçlar ile 236'ncı maddede düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karıştırıldığı görülmektedir. Hata yapılan nokta, ihale sürecinde malların hangi aşamada teslim edildiği ile ilgilidir. Sözleşme imzalanan isteklinin numune olarak teklif edilen mallardan farklı bir mal "teslim etmesi" halinde TCK'nın 236'ncı maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşmaktadır. Ayrıca numuneden farklı bir mal teslim eden istekli suçun faili olabilir. Oysa 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerinde teslim edilen mallar değil, teklif edilen mallar suçun konusunu oluşturur. Şartname ile alımı kararlaştırılan nitelikteki mallardan bir başka malın numunesini teklif olarak getirilmesine rağmen, ihale komisyonu tarafından sanki şartnameye uygunmuş gibi değerlendirmeye alınması halinde söz konusu suç tamamlanmış olur.

Bu konuda verilen bir Yargıtay kararında[712] faile yüklenen eylem, numunelere aykırı mal teslim etmek olmasına rağmen TCK'nın 235/2-a-4 maddesi uyarınca hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Halbuki ihale tamamlanmış ve kazanan istekli ile sözleşme imzalanmış ise, bu aşamadan sonra yapılacak eylemler TCK. 235 değil 236'ncı maddenin konusuna girer. Sözleşme ile verilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle ilgili işlem ve eylemler ihale süreci dışında kalır. Yargıtay kararında ifade edilen bir başka husus ise 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerindeki suçun asli failinin ihale komisyonunda görevli kamu görevlileri olduğudur. Yargıtay'ın yerleşik

[712] Yargıtay 5. CD. 6.2.2013T., 2012/4502E., 2013/902K sayılı kararı *"... Hani ilçesi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından fakir öğrencilere yardım amacıyla 850 adet kaban ve 850 çift ayakkabı alımı için 10/10/2007 tarihinde yapılan ihaleye katılan Genç Sever Ltd. Şti.'nin ortak ve sorumlu müdürü olan sanığın, ihale komisyonuna sunduğu ayakkabı ve kaban numunelerinin komisyonca uygun görülüp ihaleye katılımına karar verildikten sonra teklif mektuplarının açılmasını müteakip yapılan pazarlık sonucu en düşük teklifi veren firma yetkilisi olarak ihaleyi kazanarak 19/11/2007 tarihinde 850 adet kaban ve 850 çift ayakkabının teslim edilmesi biçiminde gerçekleşen olay nedeniyle sanık hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan cezalandırılması istemi ile açılan kamu davasında, tekstil mühendisi bilirkişinin C.Savcılığına sunduğu rapora göre, her ne kadar ihale komisyonuna sunulan numunelerin ihale şartnamesinin 45. maddesine uygun olmadığı anlaşılmış ise de, daha sonra teslim edilen kaban ve ayakkabıların ihaleye sunulan numuneler ile aynı özelliklere sahip olduğunun bildirilmesi, ihale şartnamesinin 41. maddesinde "... en avantajlı teklif numune olarak getirilen malın kalitesi ve düşük fiyat esasına göre belirlenecektir" hükmünün yer alması karşısında sanığın gerek ihale sürecinde gerekse ihale sonrasında edimin ifası safhasındaki eylemlerinde hileli hareketleri bulunmadığı gibi, isnat olunan TCK'nın 235/2-a-4 maddesinde belirtilen suçun özgü suç niteliğinde olup ihale komisyonu üyelerince işlenebileceği, sanığın ancak bu eyleme TCK'nın 40/2. maddesi kapsamında iştiraki mümkün olabileceğinden ve böyle bir durumun da dosyada sübuta ermediği anlaşıldığından, ayrıca sanık hakkında düzenlenen iddianamede edimin ifasına fesat karıştırma suçundan açılmış bir kamu davası bulunmadığı da gözetilmeden CMK'nın 225. maddesine de aykırı olarak, beraeti yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,..."*

kararlarında ifade edildiği üzere TCK. 235'inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer alan eylemler özgü suç niteliğindedir ve ancak kamu görevlisi olan kişiler tarafından işlenebilir. Yerel mahkeme ise eylemi şartnameye aykırı malları uygunmuş gibi değerlendirmeye almak olarak değerlendirdikten sonra, kamu görevi bulunmayan ihale isteklisini suçun asli faili olarak değerlendirmiş ve mahkum etmiştir. Bu nedenle hem suçun nitelendirilmesi hem de suçun faili bakımından yerel mahkeme ve Yargıtay kararı hatalı olmuştur.

Bu başlığa son vermeden 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerinin, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olup olmadığı hususuna değinmek gerektiğine inanıyoruz. Suç ve cezada kanunilik prensibinin uzantılarından biri, yürütme tarafından suç ihdas edilemeyeceği kuralıdır. Bazen kanun koyucu idari birimlerin gelecekte yapacağı idari kararlar ile suç üretebilmesine, suçu oluşturacak ve yasaklanacak davranışların neler olacağına karar vermesine olanak tanımaktadır. Doktrinde bunlara açık, beyaz veya kör ceza kanunları adı verilmektedir[713]. Bu konuda Anayasa Mahkemesi 2011 yılında verdiği bir karar ile, ceza infaz kurumu tarafından belirlenecek eşyaların kuruma sokulmasını yasaklayan TCK. 297/2. maddesini, kanunilik ve belirlilik prensiplerine aykırı olduğunu vurguladıktan sonra, bu maddede idareye suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanındığını, belirsiz ve geniş bir alanda idari bir organa suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı sorununa açık, belirgin olarak yer verilmediği ve bu yüzden belirlilik, öngörülebilirlik ve suçun kanuniliği ilkesine uygun olmadığı ifade edilerek iptal edilmiştir[714]. TCK. 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerinde de benzer bir durum olduğunu düşünüyoruz. İhalede teklif edilen malların şartnameye aykırı olmasına rağmen değerlendirmeye almak ve teklif edilen malların şartnameye uygun olmasına rağmen değerlendirme dışı bırakmak suçlarında, idare tarafından belirlenen şartname eylemin belirleyici yönünü oluşturmaktadır. Burada idari işlemle suç unsuru üretildiğini ileri sürülebilir.

[713]Ayrıntılı bilgi için bkz.Mehmet Emin Artuk, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, (ed.) Yener Ünver, İstanbul, 2014, s.49

[714]Anayasa Mahkemesi 7/7/2011T:, 2010/69E., 2011/116K. sayılı iptal kararı

Kanaatimizce burada kanunilik prensibine aykırı her hangi bir durum yoktur. Zira idare failin eyleminin niteliğine ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. İdarenin buradaki tasarrufu yalnızca satın almak istediği mallara ilişkin açıklayıcı bir liste yapmaktır. Fail bu listeye uygun yada aykırı bir teklif getirmesi halinde, idareden mevcut duruma göre yerinde bir karar vermesi beklenmektedir. İdare ise gerçeğe aykırı olarak karar verdiğinde suç oluşmuş olmaktadır. Netice olarak idari kararlar ile suç ihdas edildiği sonucuna varamayız.

2.7.3. Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnameye Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak

TCK'nın 235/2-b maddesinde ihdas edilen bu suç ihalenin temel ilkelerinden gizlilik ilkesinin bir görünümüdür. Gizlilik ilkesi gereği, rekabet ve eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikteki bilgilerin ihaleden önce üçüncü kişilerce öğrenilmesi yasaklanmıştır. Zira gizlilik ilkesinin ihlali, katılımcılar arasındaki rekabeti, aynı zamanda güvenirlik, saydamlık ve eşitlik ilkelerini de ihlal etmesi sebebiyle suça konu edilmiştir[715].

Gizlilik ilkesiyle amaçlanan ihaleyi gizli kılmak değil, diğer ihale ilkeleri gibi kamu kaynaklarının verimli olarak kullanılması ve rekabetin artırılmasıdır. Gizli bilgi ve belgeleri elde eden kişilerin ihaleye girerek çok daha kar amaçlaması karşısında, kamunun da zarar göreceği aşikardır. Bu nedenle ihalede belirli bir aşamaya kadar birtakım bilgi ve belgelerin gizli kalması zorunludur. Gizli kalması gereken bilgilerin sızdırılarak üçüncü kişilere duyurulması durumunda 235/2-b maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır[716].

[715] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.38; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.24; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.96

[716] Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.116

Gizlilik prensibinin gereği olarak ihale mevzuatında da yasak davranışlara yer verilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 9'uncu maddesine[717] göre yaklaşık maliyete ihale ön yeterlilik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi olmayan diğer kişilere açıklanamaz. Keza Kamu İhale Kanunu'nun 61'inci maddesi uyarınca[718], ihale görevlileri ile danışmanlık hizmeti sunan kişiler, ihale edilen işin teknik ve mali yönlerini, gizli kalması gereken belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler. Bu bilgileri kendilerinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanamazlar. Ayrıca Kamu İhale Kanunu 30 ve 36'ncı maddesine göre teklifler ihale saatinden önce açıklanıp aleni hale gelinceye kadar gizlidir. Bu gizliliğin ihlali de ihaleye fesat karıştırılması anlamına gelir[719]. Özellikle yaklaşık maliyetin gizli kalması, ihale edilecek işin piyasa değerinin belirlenmesi açısında büyük önem taşıdığından, önceden üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi rekabeti engelleyecek ve kamunun zarara uğramasına yol açacaktır[720]. Bununla birlikte 2886 sayılı Kanun kapsamına giren ihalelerde ise yaklaşık bedelin gizli tutulmasına ilişkin bir zorunluluk yoktur. Hatta bu kanun kapsamında yapılan ihalelerde bedel önceden ilanda belirtilmektedir[721].

Gizlilik ilkesi, ihaleye ilişkin bilgi ve belgelerle birlikte ihaleye katılmak isteyen tarafların ticari ve mali sırlarını da ihtiva eder. Sır kavramı herkes tarafından bilinmeyen sahibinin açıklanmasını istemediği veya belirli kişilere açıkladığı ve açıklanmamasında menfaatinin bulunduğu gerçek nitelikteki her türlü gizli bilgi olarak

---

[717]4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 9'uncu maddesi "*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz."* Hükmü yer almaktadır.

[718]4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 61'inci maddesinde "*Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır*." Hükmü yer almaktadır.

[719]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.96; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.19

[720]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.417; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.143; Soyaslan vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.116;

[721]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.46

tanımlanabilir[722]. Ancak bu bilgilerin ihaleye fesat karıştırma suçuna konu olması için bir şekilde tekliflere ilişkin olması gerekir. Teklif verenlerin isimleri, firma bilgileri gizli kalması gereken bilgi ve belge niteliğinde değildir. İhale evrakı ve şartname satın alanların mali ve ticari bilgileri, tekliflerle ilgili olmadıkça 235/2-b maddesindeki suça konu edilmez. Bu tür bir hareket şartları oluştuğu takdirde TCK'nın 239'uncu maddesinde düzenlenen suçun unsuru olabilir[723].

Hangi bilgi ve belgelerin gizli kalacağı mevzuatta ve ihale şartnamesinde belirtilmiş olmalıdır. Mevzuat yada şartname içerisinde gizli kalacağına dair bir şart içermeyen belgelerin elde edilmesi TCK'nın 235'inci maddesinin (b) bendinde yer alan suçu oluşturmamaktadır. Zira gizliliğin korunmak istenmesi tamamen rekabetin sağlanması ile ilgilidir. Yaklaşık maliyetin veya tekliflerin içeriğinin ele geçiren istekli, diğer istekliler ile yarışmaksızın kendisi açısından en karlı teklifi yapacaktır. Bu halde rekabet ilkesinin ihlal edildiği ve ihaleye fesat karıştırıldığını söylemek gerekir[724].

TCK'nın 235/2-b maddesinin lafzına göre, gizli kalması gereken belge ve bilgilerin bir şekilde tekliflerle ilgisi olması gerekir. Bir bakıma mevzuatta ifade edilen gizli kalacak belgelerin hemen hepsi, ihale teklifleri ile alakalıdır. Yine de, gizli kalması gereken belgelerden sayılmasına rağmen tekliflerle ilgili olmayan belgeleri üçüncü kişilere ulaştırılması halinde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır[725].

Doktrinde bazı yazarlar tarafından ileri sürülen görüşe göre, TCK 235/2-b maddesinin yalnızca tekliflerle ilgili bilgilerin kabul edildiği, yaklaşık maliyetin tekliflerle doğrudan bağlantılı olmadığı, yaklaşık maliyetin üçüncü kişilere

---

[722] Kangal, "Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu", s.9-12

[723]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.47; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.20; Kangal, "Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu", s.19

[724]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.821; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.751

[725]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.96; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.18

açıklanması durumunda TCK. 258'inci maddesinde düzenlenen göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunun oluşacağı belirtilmiştir[726]. Kanaatimizce ihale hukukunda yaklaşık maliyet, tekliflerle ilgili en önemli kavram olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle tekliflerle alakalı olmadığını söylemek isabetli olmamaktadır. Bu nedenle yaklaşık maliyetin mevzuata aykırı olarak üçüncü kişilere bildirilmesi 235/2-b maddesindeki suça vücut vermektedir.

İstikrar gösteren Yargıtay kararları da[727] özellikle yaklaşık maliyetin üçüncü kişiler ile paylaşılması durumunda 235/2-b maddesindeki suçun oluşacağını ifade etmektedir[728]. Anılan kararlarda TCK'nın 235/2-b maddesi yönünden, gizlilik prensibinin bir gereği olan, yaklaşık maliyet ve isteklilerin ticari ve mali sırlarının korunmasını düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 9'uncu ve 61'inci maddelerine atıf yapılmaktadır.

Edinilen bilgiler ticari bir sır olsa dahi, ihaleye verilen teklif ile alakalı değil ise TCK'nın 235'inci maddesi uygulanmayacaktır. Açıklanan bilgiler muhakkak o ihaleye yapılan tekliflerle, yaklaşık maliyetle ilgili olmalıdır[729].

---

[726]k.g. Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.821 (

[727]Yargıtay 5.CD. 1.3.2018T., 2016/4931E., 2018/1364K; Yargıtay 5.CD. 5.4.2018T., 2016/9917E., 2018/2613K; Yargıtay 5.CD. 14.4.2016T., 2016/1210E., 2016/3912K; Yargıtay 5.CD. 16.11.2015T., 2014/5402E., 2015/16280K sayılı kararları

[728]Yargıtay 5.CD. 24.11.2014T., 2014/2403E., 2014/11367K sayılı kararı; "…*İ ile aynı bölümde çalışıp görevi nedeniyle ihale aşamasında görevli kişilerden sayılan sanık E'nin ise G'nin azmettirmesi ve aracılığıyla 28/12/2009 tarih ve 2009/160097 kayıt numaralı ihaledeki yaklaşık maliyete ilişkin gizli bilgileri öğrenip firma sahibi olan N'ye aktardığı dosya kapsamından anlaşılmakla; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 9. maddesinde, "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz" ve aynı Kanunun 61. maddesinde, " Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar." şeklinde hükümlerin bulunması karşısında yaklaşık maliyete ve sair gizli tutulması gereken bilgilerin yetkisiz kişilere verilmesiyle veya bu bilgilerin ifşa edilmesiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun tamamlanmış olacağı, …*"

[729]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.44

Eylem ihalede görevli bir kimse veya ihaleyle ilgisi bulunmayan üçüncü biri tarafından işlenebilir. Özgü suç niteliğinde olmadığından failin özel niteliklere sahip olması şart değildir. Tabi suçun niteliği gereği genellikle ihalede görevli kişiler tarafından işlenmektedir. Bununla birlikte, suça konu gizli bilgilerin ulaştırıldığı kişiler bakımından da özellik arzetmez. Gizli belgeleri öğrenen kişinin sıfatı önemli olmadığı gibi ihaleye katılması da şart değildir[730].

Bu suçun maddi unsuru gizli kalması gereken bilgi belgelerin başkaları tarafından öğrenilmesi şeklinde ortaya çıkar. Öğrenme, bilgilerin doğrudan iletilmesi şeklinde olabileceği gibi ifşa edilmesi, açığa vurulması veya yayınlanması şeklinde de tezahür edebilir. Aleniyet suçun unsuru değildir[731]. Ele geçirilen gizli bilgi ve belgelerin aleni olarak yayımlanmasına lüzum yoktur. Gizli belge ve bilgilerin ele geçirilerek üçüncü kişilere ulaştırmak gerekli ve yeterlidir[732].

Suç oluşturan hareket pek çok şekilde işlenebilir. Gizli bilgi ve belge sözlü olarak, internet üzerinden her hangi bir yol ile, telefonla veya posta ile ulaştırılabilir. Hareketin niteliği bakımından bir sınırlama söz konusu değildir. Kural olarak etken bir hareket ile işlenebilir. İstisna olarak ihmali bir hareket de söz konusu olabilir. İhale görevlisi yaklaşık maliyete ilişkin tutanakları saklamayarak başkaları tarafından görülmesine sebebiyet vermesi durumunda 235/2-b maddesindeki suç meydana gelmektedir[733].

Yargıtay, ihale komisyonunda görevli kişiler ile ilişkisi bulunan kimselerin ihalede teklif vermesi halinde gizlilik ilkesinin ihlal edildiğini düşünmektedir[734]. İhale

[730] Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.417; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.96; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.920; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.116;

[731] Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.48; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.417

[732] Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.751

[733] Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.751

[734] Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.116; Yargıtay 5.CD. 3/6/2013T., 2013/6422E., 2013/6049K. sayılı kararı; *"... 4734 sayılı Kamu ihale Kanununun 9. maddesinde mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyetin belirleneceği, ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmeyeceği, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmayacağı,*

komisyonunda görevli kişiler ile ticari veya ailevi bir ilişki içerisinde bulunan kişiler ihalelere KİK'nun 11'inci maddesi gereği giremezler. Yargıtay yerinde bir kararla, bu tür bir ilişkinin bulunması halinde gizlilik ilkesinin ihlal edildiği ve dolayısıyla 235/2-b maddesindeki suçun işlendiği sonucuna varmaktadır[735].

Bilgi ve belgenin her hangi bir şekilde üçüncü kişiye ulaştığı anda suç tamamlanmış olur[736]. Aslında sırf hareket suçu olan bu eylem, TCK 235'inci maddesinde 2013 yılında yapılan değişiklik ile zarar suçu haline geldiğinden teşebbüse elverişlidir. Bununla birlikte kamu zararının oluşmadığı durumlar için teşebbüs hükümleri değil, 235'inci maddenin 3'üncü fıkrasının (b) bendi uygulanmaktadır. Bu hüküm gereği kamu zararının oluşmadığı hallerde de suç tamamlanmıştır. Ancak zarar yokluğu ceza sorumluluğunu azaltmaktadır. Netice olarak zarar bulunmayan haller bakımından 235/2-b maddesindeki suç, sırf hareket suçu olarak karşımıza çıkar[737]. Dolayısı ile TCK'nın 235/2-b maddesinde düzenlenen suç icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi ve failin elinde olmayan bir nedenden dolayı tamamlanamaması halinde teşebbüs aşamasında kalabilir. Posta yoluyla üçüncü kişilere iletilmeye çalışılan gizli bir belgenin muhatabına ulaşmadan kaybolması durumunda suç tamamlanmış olmaz ve teşebbüs hükümleri uygulanabilir[738].

---

aynı Yasanın 61. maddesinde ise; bu kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar, ihale süreci ile ilgili bütün illemlere isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemeyecekleri, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamayacakları, şeklinde düzenlemelerin bulunması karşısında, mahkemece sanığın davaya konu ihale sürecinde görevli veya resmi bir şekilde ilişkisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi,… hizmet alımları yönetmeliğine göre yaklaşık maliyet kalemlerinden biri olması nedeniyle gizli kalması gerektiği nazara alınarak…."Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.819

[735]Bu tür bir davranış aslında 235/2-a-2 maddesinde yer alan ihale koşullarını sağlamayan kişilerin hileli yollarla ihaleye katılımını sağlamak suçuna da vücut verebilir. Ancak hileli bir hareketin olmadığı durumlarda gizli belgelerin ifşası suçundan bahsedebiliriz. Ayrıca 235/2-a-2 maddesini yalnızca ihale komisyonu üyeleri işleyebilmektedir ve kamu görevlisi olmayan istekliler bu suç nazarında azmettiren veya yardım eden olabilmektedir. Ancak gizli belgelerin ifşa edilmesi suçunu herkes işleyebilmektedir.

[736]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.417; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.116; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.751

[737]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.751; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.417

[738] Kangal, "Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu", s.9-56; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.417

İhaleye fesat karıştırma suçunun ihdasındaki genel amaç rekabeti engelleyen nitelikteki hareketleri cezalandırmak olduğu gözetildiğinde, şartname satın alan ve teklif veren katılımcıların mali durumları ile daha önce referans verdikleri işler hakkında bilgi verilmesi şeklinde bir hareket, suç oluşturmayacaktır. Açıklanan bilgiler ticari sır niteliğinde ise kanuni şartlarına göre TCK.nun 239. maddesinde düzenlenen ticari sırrın açıklanması suçu gündeme gelebilir[739].

Gizli kalması gereken belge ve bilgilerin tümünün ya da bir kısmının açıklanması, suçun oluşumu bakımından fark yaratmaz. Önemli olan husus açıklanan bilgilerin mahiyetidir [740] . Örneğin, yaklaşık maliyet için yapılan araştırma tutanaklarından bir tanesi dahi ihaleye katılacak kişinin yapacağı teklif konusunda kendisine bir fikir verebilir ve avantajlı konuma geçmesini sağlayabilir. Direkt olarak yaklaşık maliyetin bilinmesi suçun oluşumu için gerekmez.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 39. maddesine göre ihale komisyonu tarafından bütün teklifler reddedilebilir. Bu halde isteklilerin teklifleri diğer istekliler tarafından öğrenilmiş olur. Ancak burada ihaleye fesat karıştırıldığı söylenemez. Bir sonraki ihale için önceki ihalenin tekliflerinin öğrenilmesi suç değildir[741].

Fail bilgilerin gizli kalması gereken bilgilerden olduğunu bilmeksizin açıklamış ise burada esaslı bir hataya düşmüştür. Açıkladığı belgeler, gizli kalması gerekmeyen belge ve bilgilerden olmasa idi suç oluşmayacaktı. Fiili hata bulunduğu hallerde failin kusurluluğu bulunmadığından cezalandırılması mümkün değildir[742].

[739]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.47

[740]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.159

[741]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.821

[742]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.160

Bu eylem için hile unsuru aranmaz[743]. Gizli bilgi ve belgenin hangi yolla ulaştırıldığı önemli değildir. Bu bilgilerin üçüncü kişilere tarafından bir şekilde ulaştırılması ile suç oluşmaktadır[744].

Mevzuat ve şartname gereği gizli kalması gereken bilgilerin üçüncü kişilere açıklanması suçuna ait eylemler aynı zamanda TCK. 239'uncu maddesinde düzenlenen sıfat ve görevi gereği, meslek ve sanatı gereği vakıf olunan sırların yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi suçunu da oluşturabilir. Bu hallerde ihaleyi ilgilendirdiğinden özel hüküm olan 235. maddenin tatbiki gerekir[745]. Söylemek gerekir ki, yalnızca ihale görevlileri tarafından işlendiğinde TCK. 239'uncu madde gündeme gelebilir. Görevi gereği bilgi ve belge saklama yükümlülüğü bulunmayanlar fail değildir. Oysa TCK. 235/2-b hükmü ihale komisyonu üyeleri tarafından işlenebileceği gibi, hiç ilgisi bulunmayan üçüncü kişi tarafından da işlenebilmektedir[746].

Yaklaşık maliyet tespitinde görevlendirilen kişilerin bedelin tespitine yönelik yazılı ve sözlü bilgi alışverişlerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağı açıktır. Özellikle piyasa araştırması şeklinde yapılan yaklaşık maliyet tespitlerinde farklı firmalarla yapılan görüşmeler ve örnek teklifler için gizlilik söz konusu olmamaktadır. Görüşülen bu firmalar örneğin bir yapım ihalesinin aşağı yukarı ne kadar maliyetle yapılacağı konusunda bilgi sahibi olabilmektedir[747]. Bu kişilerin daha sonra ihaleye girmeleri halinde dahi suç oluşmamaktadır[748]. Bu durumda ihale komisyonu kararı gereği yapılacak araştırma sebebiyle yaklaşık maliyetten haberdar olan kişiler için bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Hukuka uygun bir davranış için failde suç kastının olduğu söylenemez.

---

[743]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.96

[744]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.160

[745] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.164 (Yazar bu halde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir)

[746]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.116

[747]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.34

[748]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.18

2.7.4. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle yada Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla İşlenen İhaleye Fesat Karıştırma

TCK. 235/2-c maddesinde isteklinin ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olmasına rağmen, ihale sürecindeki işlemlere katılması cebir, tehdit veya bir diğer hukuka aykırı davranışla engellemek suçu düzenlenmiştir. Bu maddede hile suçun unsuru değildir. Cebir kullanmak TCK'nın 108'inci maddesi, tehdit ise 106'ıncı maddesi kapsamında düzenlendiği gibi burada suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Her iki suç birleşik suçun unsurlarıdır. Cebir veya tehdidin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabilmesi için, bu davranışlar ile isteklinin ihaleye katılamaması arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Hukuka aykırı diğer davranışlar ise, ihaleye katılımı engellemek amacıyla suç tüm hukuka aykırı fiilleri kapsamaktadır. Bunlar bağımsız suç değil, bilakis ihaleye katılım yönünden zorlama vasıtasıdır[749].

Cebir, 5237 sayılı TCK'nın 108'inci maddesinde düzenlenmiş bağımsız bir suç olmakla birlikte 148, 80, 235'inci maddelerde yer alan suçların da unsuru, araç eylemi veya ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmiştir. Cebir kelime olarak *"zor, zorlayış; bir işi yaptırmak için zora başvurmak", "bir kimsenin arzu ve rızası hilafına bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlamak"* anlamına gelmektedir[750]. Cebir mağdur üzerinde onun direncini kıracak veya gerçekleştirmesi olası direncini engelleyecek her çeşit zorlayıcı eylemdir. Failin cebri, yönelttiği mağdurun özgürlüğüne etki etmektedir[751].

---

[749]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.117; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.144-145; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.86; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.417

[750] Cebir eyleminin düzenlendiği TCK. 108'inci maddenin gerekçesinde ise "*cebir kullanmak suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır"* ifadesi bulunmaktadır. Devamında "*kişiye fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesi"* şeklinde tanımlanıştır. Maddenin gerekçesinde devamla, "*cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır*"

[751] Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.752; Ezgi Cankurt, "Yağma Suçu ve Cebir Kavramı", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, Aralık 2015, s.100

Cebir mağdur üzerinde fiziki iz bırakması gerekmez. Ancak mağdur üzerindeki baskının hissedilmesi bakımından belli bir ağırlığa ulaşması gerekir. Bu anlamda, cebir suçunun maddi nitelikteki zor kullanma şeklindeki maddi unsuru ile, kasten yaralama suçunun maddi unsurları arasında sağlıklı bir ayrım yapabilmek zordur. Kasten yaralama suçunun daha az cezayı gerektiren hali olarak düzenlenen TCK'nın 86/2. maddesindeki basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralama suçları açısından karışıklık daha da ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira basit tıbbi müdahale ölçütü, kasten yaralama suçlarını kabahat niteliği taşıyan eylemlerden ayırmak amacıyla getirilmiş bir ölçüttür. Cebir eyleminin TCK'nın 86/2 maddesinde öngörülen seviyeyi aşıp aşmayacağı konusu ayrı bir tartışma konusudur[752]. Netice itibariyle ceza hukuku içerisinde cebir henüz üzerinde uzlaşı sağlanamamış bir kavram olsa da ifade etmek gerekir ki, cebir kasten yaralamanın özel kasta dayanan nitelikli halidir[753].

İhaleye katılmaması konusunda kişiye uygulanan fiziki zorlama cebirdir. Ancak fiziki cebir yalnızca kişinin bedeni üzerinde değil, malına yönelik de uygulanabilir. Mağduru zorla bir yere kapatmak, şantaj yapmak, aracına zarar vermek, zorla alkol veya uyuşturucu vermek gibi eylemler cebirdir. Ancak zorlama uygulanmadan yapılan eylemler "hukuka aykırı diğer davranışlar" içerisinde kabul edilmelidir[754].

TCK'nın 148/3 maddesinde "*mağdurun, her hangi bir vasıta ile kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır*" hükmü yer almaktadır. Yağma suçu dışında, cebirin kapsamı dar yorumlanır ve sadece maddi cebir ile ilişkilendirilir. Buna göre TCK'nın 148/3 ve 103/2 maddesinde mefruz cebrin unsur olmasına karşın, 103/4 ve 109/2 maddelerinde ise sadece maddi cebir

[752]Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Özen, "Kasten Yaralama Suçunun Maddi Unsur Bakımından Bazı Suçlarla İlişkisi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.3, S.22, 2008, s.89-94

[753]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.129

[754]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.146; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.417

kabul edilmiştir[755]. Mefruz cebir olarak ifade edilen kavram, cebir karinesidir[756]. Yani mağdurun her hangi bir vasıta ile kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesini ifade eder. Kanımızca ihaleye fesat karıştırma suçlarında mefruz cebirin de kabulü gerekir. Mağdurun bizi karşı koymasını güçleştiren, direncini ortadan kaldıran her etkinin cebir sayılması icap eder[757]. Zira bir isteklinin ihaleye katılımını engellemek üzere onu ilaçla veya gazla bayıltmak onun iradesini engelleyen bir cebir olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak madde düzenlenişine göre, ihaleye fesat karıştırma suçu cebir ve tehdit olmasa dahi hukuka aykırı bir davranışla işlenebildiği için, pratikte bu konuyu tartışmanın sonuca etkisi olmayacak, mağdurun kendini bilemez bir hale getirilmesi şeklindeki eylemler yine ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.

Cebir muhakkak ihaleye girmesi istenilmeyen mağdura yönelik yapılmalıdır. Bizzat cebir eyleminin muhatabı ihaleye katılacak kişi olmalıdır Bir başkasına yönelik cebir, ihaleye katılmak isteyen kişi bakımından tehdit niteliğindedir[758].

Burada bir hususu daha dile getirmek gerekir; cebir kavramı kusurluluğu ortadan kaldıran haller içerisinde düzenlenmiş hem de özel hükümler içerisinde bir suç tipi olarak ifade edilmiştir. Bu noktadan hareketle doktrinde, bu iki kavramın karışıklığa yol açtığını, zira cebir uygulayan kişi fail olduğu gibi kendisine cebir uygulanmak suretiyle suç işletilen kişinin de fail olduğunu, ikinci durumda araç fail olan kişinin cezai sorumluluğunun cebri bizzat uygulayan kişiden fazla olduğu ifade edilmiştir[759]. Ancak TCK'da kullanılan suç olan cebir ile ceza sorumluluğunu kaldıran cebir kavramlarının gayet açık olduğunu ve ihaleye fesat karıştırma suçunda da açıkça

[755]Yargıtay 5.CD. 26.4.2011T., 2011/1560E., 2011/3461K sayılı kararı

[756]Yargıtay CGK. 23.5.2000T., 2000/5-10E., 2000/115K sayılı kararı *"...mefruz cebir, onbeş yaşından büyük olan mağdurda akıl ve beden hastalığının bulunması, olayda hile kullanılması, fail*in *iradesi dışında onunla ilgisi olmayan uyku hali, bayılma gibi nedenlerle mağdurun karşı koyma gücünün bulunmamasıdır..."*, Cankurt, "Yağma Suçu ve Cebir Kavramı", s.110

[757]Özlem Çakmut, "Cebir Suçu (TCK m.108)", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.2, Aralık 2013, s.221-228

[758]Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.699

[759]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.99 (Yazarın bu görüşünü 2013 yılında 6485 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi ileri sürdüğünü, değişiklik sonrası ceza miktarının değiştiğini belirtmek gerekir.)

cebri bizzat işleyen kişinin ve dolayısıyla 108'inci maddenin kastedildiğini düşündüğümüzden, kavram karmaşası olduğu yönündeki eleştiriye katılmamaktayız.

Tehdit ise, hukuk tarafından korunmaya değer bir menfaatine ileride zarar verileceğinin beyan edilmesi suretiyle mağdurun korkutulmasıdır. TCK. 106'ncı maddesi gibi tehdit içeren hareketler bir sınıflandırma veya sınırlandırmaya tabi olmadığından her hangi bir şekilde işlenebilir. Kişinin hayatına ve vücut bütünlüğüne yönelen tehdit, mal varlığı, hürriyeti, şerefi yahut her hangi bir hakkına da yönelebilir[760]. Örneğin, ihaleye girmesi durumunda mensup bulunduğu siyasi partiden atılacağı yönünde bir uyarı da kişinin siyaset özgürlüğüne yapılmış bir tehdittir[761]. Bunun haricinde ihaleye müdahale edilmek üzere üst düzey bürokrat ve siyasetçilerin nüfuzlarını kullanarak mağdura gözdağı verilmesi de TCK 235/2-c anlamında tehdittir. Mağdur nüfuzlu kişilerin ihale hakkında kendisine tavsiye niteliğindeki sözlerinden dahi ihaleden çekilmemesi durumunda sonucun hukuken aleyhine sonuçlanacağı hissiyatına kapılabilmektedir[762].

Tehdit eylemi yalnızca icrai hareketler ile yapılır[763]. Mektup, e-posta, söz, mimik, ima, yazı gibi her hangi bir icrai hareketin vaki olması yeterlidir. Tehdidin hangi yolla yapıldığının bir önemi yoktur. Yeter ki, mağdur bu tehdide muhatap olsun ve objektif olarak etkilenmiş bulunsun.

Tehdit eyleminin mağdura bizzat mağdurun yüzüne karşı yapılabileceği gibi, üçüncü bir kişi vasıtasıyla ve kendisine iletilmesi kaydıyla gıyabında da yapılması mümkündür. Önemli olan husus tehdidin objektif olarak mağdurun iç huzurunu bozan ve onu korkutan bir yapıya sahip olmasıdır.

---

[760]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.147

[761]Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.699; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.21

[762]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.149

[763]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.167; (İhmali hareketlerle tehdit suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceğini ifade eden yazarın bu görüşüne ceza hukuku mantığı içerisinde katılmamız mümkün görünmemektedir.)

Tehdit içeren eylemin ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verebilmesi için mağdurun ihaleye katılmaya çalışan bir istekli olması gerekir. Eğer mağdurun ihaleden uzaklaşması amacıyla bir hareket veya söz sarf edilmişse, ihaleye fesat karıştırma suçunun varlığını kabul etmek gerekir. Yargıtay, ihale sırasında mağdurların durumu ve failin amacına bakmadan ölümle tehdit eyleminin TCK 235/2-c yerine 106'ncı maddeye göre cezalandırılmasını hukuka aykırı bulmuştur[764].

Fail sarfettiği tehdit içerikli sözleri gerçekte yapabilecek kapasite ve imkan içerisinde olmasa da, tehdidin mağdurun ihaleden çekilmesi açısından elverişli olması yeterlidir. Bununla birlikte, objektif korkutucu nitelikteki tehdit içeren sözler mağdur tarafından ciddiye alınmamış ve korkutucu görülmemiş olabilir. Bu halde dahi tehdidin varlığını kabul etmek gerekir[765]. Örneğin silahı olmamasına rağmen mağdura "seni kurşuna dizerim" şeklinde sözler sarfeden failin hareketi tehdittir. Ancak "günah işliyorsun" veya "sana beddua ederim" şeklindeki bir tehdit ciddi ve objektif olarak korkutucu nitelikte değildir[766].

Doktrinde bazı yazarlar, haklı bir nedene dayanmayan itiraz yapılacağına dair tehdit ile menfaat sağlamak şeklinde bir eylemin kanuni tip içerisinde yer almadığını, bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçunu değil tehdit suçunu veya gerçekten usulsüzlük varsa şantaj suçunu oluşturacağını ifade etmişlerdir[767]. Bizce tehdidin konusu, salt ihalenin kötü niyetle uzamasını sağlamak üzere Kamu İhale Kurumu nezdinde itiraz etmek ile korkutmak şeklindeki eylem, kişinin ihaleye katılım iradesini etkileyen hukuka aykırı bir eylem olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur.

---

[764]Yargıtay 5. CD. 16/6/2014T., 2014/926E., 2014/6687K. sayılı kararı; "… *babasına ait evin A. İcra Müdürlüğünde ihale usulüyle satıldığı esnada açık arttırmanın yapıldığı idareye gelen ve "bu evi alacak adamı öldürürüm" şeklinde tehdit içeren sözler söyleyerek ihalenin iptal edilmesine neden olan sanığın eyleminin, aynı Kanun'un 235/5 kapsamında kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla yapılan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılgılı değerlendirmeyle tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesi…"*

[765]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.168

[766]K.g. Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.168 (Yazar bu tür dini bir kötülüğe uğrayacağına dair tehditlerin de suç oluşturduğunu ifade etmektedir.)

[767] K.g. Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.21; ()

Tehdit olarak sarf edilen sözler, hukuka aykırı bir kötülüğün yapılacağına dair ifadeler içermelidir. Yoksa failin gerçekte hakkın olan bir alacağı icraya koyacağı yönünde mağduru korkutmaya çalışmasında tehdit yoktur[768].

Cebir ihaleye katılma niyeti olan kişiye bizzat yapılmalıdır. Ancak tehdit eylemi için böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. İhaleye katılacak kişinin bir yakınına zarar verileceği şeklinde yapılan tehditler fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır[769].

Cebir uygulanması sonucunda oluşan baskıyı mağdur derhal hisseder. Yapılan fiziki zorlama etkisini hemen göstermektedir. Yapılan fiziki müdahalenin etkisi henüz üzerinde olduğu için, mağdur ihaleye katılıp katılmamak konusunda bir seçeneğe sahip değildir. Bu nedenle ihaleye girememektedir. Ancak tehdit söz konusu ise hemen bir müdahale yapılmamakta, mağdura gelecekte bir kötülükle karşılanacağı söylenerek korkutulup, bu baskı altında hareket etmesi beklenmektedir. Bu halde ihaleye katılması için gereken özgür iradesi engellenmiştir[770].

Tehdit suçu neticesiz suçlardan olduğundan, tehdit içeren hareketin yapılması ile suç tamamlanmış olur. Suçun oluşumu için bir başka sonuç doğmasına gerek bulunmaz. Oysa tehdit ve cebirle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarında, yöneltilen tehdit eylemi üzerine katılımcının ihale işlemlerine katılmaktan engellenmesi gerekir. Suç bu halde böyle tamamlanır. Cebir veya tehdide rağmen katılımcı buna aldırmamış ve bir şekilde ihaleye dahil olabilmişse, burada ihaleye fesat karıştırma suçu tamamlanmış olmaz. Artık teşebbüs aşamasında kalmış bir fesat karıştırma suçu vardır[771].[772].

---

[768]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.169

[769]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.149

[770]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.168

[771]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.418; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.51; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.921; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.20

[772]Yargıtay 5. CD. 23.9.2014T., 2013/3317E., 2014/8838 sayılı kararı; *".. Kocaali Devlet Hastanesince 16/12/2008 tarihinde düzenlenen temizlik hizmet alımı ihalesine teklif vermek üzere gelen katılanın "siz ihaleye girmeyin, size istediğiniz kadar para veririm" şeklindeki teklifi kabul etmemesi üzerine Zabit Topçu'yla birlikte saldırıp basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralayarak ihale*

Cebir ve tehditle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarında suçun oluşumu için kurum veya kişilerin bir zarar görmesine lüzum yoktur. Kendisine cebir ve şiddet uygulanan kişinin katılacağı ihale bakımından engellenmesi yeterlidir. Bu madde açısından tehdit ve cebir eylemi sonucunda idarenin ihaleyi iptal edip etmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır. İhalenin iptal edilmiş olması suçun unsuru, neticesi yahut cezalandırabilme şartı değildir. Meydana gelen zararın suçun niteliğine de etkisi yoktur. Yani bir kamu zararının meydana gelmesi halinde suçun nitelikli hali gündeme gelmez. Ancak TCK. 61. maddesi nazarında cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir[773].

Cebir ve tehdit suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçuyla ilgili olarak özel bir içtima hükmüne yer verilmiştir. TCK'nın 235/3-a maddesi uyarınca, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunacaktır. Yargıtay'ın[774] bu konuda verdiği kararlarda TCK'nın 87'nci maddesi kapsamına giren

---

sürecindeki işlemlere katılmasını engellemeye çalışmalarına rağmen katılanın ihaleye katılarak kazanması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda eylemin TCK'nın 235/2-c, 35. maddelerinde düzenlenen cebir kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, …"

[773]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.68

[774] Yargıtay 5. CD. 29.6.2015T., 2013/10529E., 2015/13096K. Sayılı kararı; "…*sanık Suhayip tarafından 6136 sayılı Yasa kapsamındaki silahla üç el ateş edilerek basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek şekilde yaralandığı iddia ve kabul edilerek sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmiş ise de,... görünüşte içtima ilişkisinin bulunması durumunda fikri içtima hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı, bu bağlamda TCK'nın 235/2-c maddesinin bileşik suç olarak düzenlendiği ve aynı Kanunun 42. maddesinde bileşik suçlarda içtima hükümlerinin uygulanamayacağının belirtilmiş olması karşısında fikri içtima hükmünün tatbik imkanının bulunmadığı, ancak sadece TCK'nın 86/1. maddesi kapsamındaki kasten yaralama eyleminin bileşik suçu oluşturan cebir içerisinde değerlendirildiği, 6459 sayılı Kanunun 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. maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama eyleminin bileşik suçu oluşturan cebir kapsamında bulunmadığında duraksama bulunmadığı gibi öğretide ağırlıklı olarak TCK'nın 87. maddesine uyan yaralama eyleminin TCK'nın 235/2-c maddesine unsur olarak katılan cebir suçu kapsamında kabul edilemeyeceğinin belirtildiği de dikkate alındığında, icra takibine bağlı olarak yapılacak olan menkullerin ikinci açık arttırmasına girmek üzere olay yerine gelen katılan Osman'ı basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek şekilde yaraladığı iddia ve kabul edilen sanık Suhayip'in aynı Kanunun 86/1. maddesine temas eden fiilinin ihaleye fesat karıştırma suçunun sübutu halinde bunun cebir öğesini oluşturacağı gözetilmeden ayrıca yaralama suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması*…"; Bu karar ile anlatılmak istenen görüşe katılıyor olsak da, kararda varılan sonuca katılmadığımızı ifade etmek gerekir. Bizce TCK'nın 86'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına giren eylemler 235/2-c maddesinde düzenlenen suçun unsuru değildir. Somut olayda ateşli bir silahla gerçekleşen

yaralamalar, ihaleye fesat karıştırma suçunun yanında ayrıca cezalandırılmalıdır. Ancak TCK 86'ncı maddeye tekabül eden eylemler ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru olup ikinci bir kez cezalandırılmazlar[775]. Bu bakımdan TCK. 235/2-c maddesi unsur olarak tehdit ve cebir suçlarının yalnızca basit hallerini kapsamaktadır.

Cebir ve tehdit, ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engellemelidir. İhale süreci tamamlandıktan sonra uygulanan cebir veya tehdit 235'inci madde kapsamında değildir[776]. İhale işlemleri bitmiş, sözleşme imzalanmış ve tehdit eylemi yükleniciye karşı ihalenin feshedilmesi yönünde işleniyorsa, artık ihale işlemleri son bulduğundan TCK 106'ncı maddede düzenlenen tehdit suçundan veya şartları oluşuyorsa TCK. 236'ncı maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumluluk doğar[777].

Cebir ve tehdit uygulanması sebebiyle ihaleye katılması engellenen kişinin, ihale yeterliliğinin bulunması ve ihale koşullarını sağlaması gerekir. Hukuki açıdan ihaleye katılması ve teklifinin kabul edilerek değerlendirmeye alınması söz konusu olmayan bir istekliye karşı işlenen cebir ve tehdit eylemleri, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Yargıtay'a göre ihale yeterliği olmayan mağdurların cebir ve tehdit kullanılarak ihaleye girmelerinin engellenmesinde ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarının oluşmamaktadır. Bu durumda fail yaralama ve tehdit suçlarından sorumludurlar[778].

İhaleye katılma hakkı bulunmayan mağdura yönelik işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun teşebbüste kaldığı da söylenemez. Burada mağdur sıfatı yokluğu,

---

eylem TCK'nın 86/1 maddesiyle birlikte 86/3-e maddesini de ihlal etmektedir. Bu madde kasten yaralama eyleminin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinden biridir. TCK'nın 235/3-a hükmü yalnızca neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaları değil, 86/3 hükmüyle düzenlenen nitelikli halleri de kapsamaktadır.

[775]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.69

[776]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.21; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.51

[777]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.52

[778]Yargıtay 5. CD. 21.2.2103, 2012/3486E., 2013/1316K. Sayılı kararı; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.119

konu yokluğu ve işlenemez suç gündeme geleceğinden, ihaleye fesat karıştırma suçundan bahsedilmez[779].[780].

Bununla birlikte, Yargıtay'a göre cebir veya tehdit ile ihaleye katılımın engellendiği durumlarda geçerli bir ihalenin varlığı şarttır. İstikrar gösteren kararlarda, ihale mevzuata aykırı yapılmış ise ortada geçerli bir ihale bulunmadığından bahisle, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağına hükmedilmektedir[781].

Buna karşın doktrinde Yargıtay'ın geçerli ihale şartı öngörmesine karşı, ihalenin varlığının kafi olduğu, ihalenin hukuka aykırı olmasının ihalenin mevcut olmadığı anlamına gelmeyeceği, Yargıtay'ın yokluk ve hukuka aykırılık kavramlarını birbirine karıştırdığı ifade edilmektedir[782]. Sakıncaları olmakla birlikte Yargıtay'ın kararı kanaatimizce yerindedir[783].

Cebir ve tehdit dışında her hangi bir hukuka aykırı hareketle dahi ihaleye fesat karıştırma suçu işlenebilir. Katılımcılara ihalenin yeri ile ilgili yanıltıcı beyanlarda bulunmak veya katılımcının ihaleye yetişememesi için aracına zarar vermek, otopark çıkışını kapatmak, uyku ilacı vererek ihaleye geç kalmasına neden olmak, katılımcıyı

---

[779]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.123

[780]Yargıtay 5.CD. 21/2/2013 T., 2012/3486E., 2013/1316K. sayılı kararında *"...sanıkların suç tarihinde Diyarbakır Çocuk Hastalıkları Hastanesinde yapılacak olan 24 aylık 34 kişiyle koruma ve güvenlik hizmetleri işi ihalesine katılmak için D. isimli özel güvenlik şirketi adına ihale evraklarıyla birlikte hastaneye geldikleri, aynı ihaleye girmek maksadıyla çalıştıkları Z. güvenlik koruma hizmetleri şirketini temsile yetkili mağdurların da geldikleri hastanede ihale dosyasını satın alma komisyonuna ibraz edecekleri sırada, sanıkların mağdurların kollarından çekiştirerek odaya girmelerine engel oldukları, sanık M.nin mağdurlar hitaben "bu ihaleye teklif vermeyin, gelin sizinle tatlı tatlı anlaşalım, bize problem çıkartmayın, yoksa sizin canınızı yakarız, eğer bu ihaleye girecek olursanız kafanıza sıkarız" dediği, Z. güvenlik koruma hizmetleri şirketinin Kamu İhale Kanununun 10. maddesi ve ihale şartnamesine göre bilanço ve eşdeğer nitelikteki belgeyi ihale evrakın eklemediği ve böylece ihaleye katılma yeterliliği taşımadığından dolayı teklifinin geçersiz sayıldığı eylemde, sanıkların cebir ve tehdit kullanarak ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu işlediklerinden bahisle mahkumiyet kararı verilmiş ise de, mağdurların yetkilisi olduğu şirketin ihaleye katılma yeterliğine sahip olmadığından 5237 sayılı TCK'nın 235/2-c maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakla sanıkların eylemlerinin tehdit ve kasten yaralama suçlarını oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..."*.

[781]Yargıtay 5. CD. 30.4.2007T., 2007/10848E., 2007/3041K. Sayılı kararı

[782]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.65

[783]Sakınca olasılıkları hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. "Maddi Unsur"

bir yere kilitlemek gibi pek çok eylem ile ihaleden men edilmek istenebilir. Buna benzer sayısız eylem hakkında TCK 235/2-c maddesi uygulanmaktadır[784].

Doktrinde hukuka aykırı davranışlar kavramının, 4734 sayılı Kanun'un "Yasak Fiil ve Davranışlar" başlıklı 17'nci maddesinde yer alan ihlal hallerinin yorum yoluyla karşılaştırılarak tespit edilebileceği ifade edilmiştir[785].

Kanaatimizce "hukuka aykırı diğer davranışlar" ibaresi TCK 235/2-c maddesini açık ceza normuna çevirmiştir. Bir başka kanun hükmüne de atıf yapılmamıştır. Bu nedenle suç kapsamına girecek ihlalleri belirleme yetkisi uygulamaya bırakılmıştır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, hukuka aykırı davranış kavramı yalnızca ihale hukuku kuralları ile sınırlandırılamayacak kadar geniştir. 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi ise sadece ihale sırasındaki davranışlara yasak getirmektedir. Oysa TCK 235/2-c maddesinde kast edilen hukuka aykırı davranışlar ihaleden engellemek üzere hayatın her anında gerçekleştirilebilecek davranışlardır.

Doktrinde ayrıca "hukuka aykırı diğer davranışlar ile ihaleye fesat karıştırmak" şeklinde bir düzenlemenin muğlak, geniş ve suç ve cezaların kanuniliği açısından sakıncalı olduğu ifade edilmiştir[786].

Hukuka aykırı hareket, ceza kanunları içerisinde düzenlenmiş veya düzenlenmemiş her hangi bir şekilde karşımıza çıkabilir. Bu hareketin nelerden ibaret olabileceği kanunda tahdidi olarak sayılmamıştır. Ancak kanun maddesi bir tek kriter koyarak hukuka aykırı davranışın yöneleceği neticeyi netleştirmiştir. Bu netice bir kişinin iradesine aykırı olarak ihaleye girmekten engellenmesidir. Burada kanun koyucu, ihaleye katılan kişilerden hiçbir kötü niyet içermeyen ve hakkaniyetsiz davranışta bulunmadan kamu ihalelerine girmelerini ve tekliflerini vermelerini, her katılımcının özgür iradesiyle ihalede bulunmasını ve rekabetin, en üst seviyede sağlanmasını istemektedir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından suçun kapsamı bir

[784]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.58; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.101

[785]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.921; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.59

[786]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.86

şekilde genişletilerek, ihale işlemleri sırasında sükuneti bozacak her türlü hukuka aykırı eylemi bu kapsamda cezalandırmayı amaçlamaktadır.

Aslında "*belirlilik*" ilkesi gereği yapılan eleştirilerin haklılık payı vardır. Zira bu eleştiriler ifade edilirken, suç ve cezada kanunilik prensibinin bir uzantısı olan belirlilik ilkesince, kanuni düzenlemenin açık ve net yapılması, hiçbir tereddüde yer verilmemesi, yürütmenin keyfi davranışlarının önlenmesi, kanunda öngörülmeyen durumlarda cezalandırmanın kaldırılarak hakimlerin de keyfi davranışlarının önüne geçilmesi gerektiği, bu ilke ile savunma hakkının da ihlal edilmesinin önüne geçilmesini, uygulamada çelişkiye mahal bırakılmaması gerektiği savunulmaktadır[787].

Ancak TCK 235/2-c maddesinin yürütmeye suç ve ceza yaratma imkanı tanıdığını söylememiz mümkün değildir. Bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, çerçeve çizilmesi zor olan konularda suç tanımının yerel mahkemelerce değerlendirilmesi ve hukuk normunun değişen koşullara uydurulabilmesi için belli ölçüde bir esnekliğin gerekli olabileceği ifade edilmektedir. Öyle ki, normun içtihad ile yorumlanabilecek kadar açık olması yeterli kabul edilmektedir[788]. Bu bakımdan ihalelere yönelik haksız eylemlerin tek tek kanun tarafından öngörülmesi imkansız olduğu gibi, tamamının düzenlenmesi kanun yapma tekniğine aykırı olacaktır. Eylemler ayrı ayrı düzenlense dahi muhakkak gözden kaçan bir husus ortaya çıkacak ve hukuka aykırı bir eylem olmasına rağmen sırf kanunda yer almadığı için fail yaptırıma uğramayacaktır. Bu nedenle TCK 235/2-c maddesinin kanunilik prensibine aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

Burada bahsetmemiz gereken bir başka husus, hukuka aykırı diğer eylemler ile hileli hareketler arasındaki kavram karmaşasıdır. Aslında hileli hareketler ile fesat karıştırma halleri, hukuka aykırı diğer davranışlar kapsamında mütalaa edilebilirdi. Bu

[787] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.170; Ayrıca suç ve cezada kanunilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.Selahattin Kolcu, "Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi", **Fasikül Hukuk Dergisi**, S.76, 2016, s.11-22; Hasan Dursun, "Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi", **Ceza Hukuku Dergisi,** S.33, 2017, s.115-149; Ümit Kocasakal, "Anayasa Mahkemesi'nin Suçta Kanunilik İlkesi İle İlgili Bir Kararının İncelenmesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.10, S.108, s.24-40

[788] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Erdoğdu-İnce v. Türkiye Kararı, Başkaya-Okçuoğlu v. Türkiye Kararı, Cantoni v. Fransa Kararı; Kolcu, "Belirlilik İlkesi", s.76

durumda 235/2-a-1 maddesi ile 235/2-c maddesi arasında karışıklık söz konusu olmaktadır. İki hükmün ortak noktası ihaleye katılma yeterlilik ve koşullarına sahip kişilere karşı işlenmesidir. Bu nedenle 235/1-a-1 maddesinin mükerrer hüküm olduğunu düşünüyoruz. Bu madde kaldırılarak, uygulamada anlam karmaşası engellenebilir[789]. Zira Yargıtay uygulamaları üzerinde yapılacak ayrıntılı incelemede, 235/2-a-1 maddesinin tatbikine yönelik hileli hareketlerin tartışıldığı bir karar nadiren görülmektedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi genel itibariyle hile olup olmadığı anlaşılmasa dahi, hukuka aykırı eylemleri TCK'nın 235/2-c maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçu kabul etmektedir. Söz konusu hükmün daha kolay uygulanabilir olması sebebiyle, hileli bir hareket olup olmadığı konusunda uzun uzadıya tartışmaya gerek duyulmamaktadır.

2.7.5. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmak

TCK'nın 235/2-d maddesinde yer alan suç, yazılış amacı itibariyle ihale süreci boyunca rekabeti engellemek ve daha çok kar etmek amacıyla ihale şartlarının ve fiyatın belirlenmesine yönelik gizli ve açık anlaşmaları tümüyle yasaklamıştır[790]. Anlaşmanın konusunu rekabet prensibinin ihlal edilerek ekonomik haksız kazanç oluşturmaktadır[791].

Anlaşma uyarınca tekliflerde teslim edilecek malzemenin kalitesinin düşürülmesini sağlanması, iş teslim süresinin uzatılması, birim fiyatın istekli lehine artması yahut isteklilerin ihaleye hiç girmemesi, teklif vermemesi ve ihalenin çok daha

[789]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.86

[790]Benzer bir hüküm Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinde yer almaktadır. Burada gizli anlaşma yoluyla kartel oluşturma eylemlerine idari para cezası öngörmüştür. Kartel kavramı rakipler arasında rekabeti kaldıran veya azaltan her türlü anlaşmayı kapsar. Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.171-172

[791]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.755; Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.76; Soyaslan, vd., İhaleye Fesat Karıştırma, s.119; Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.151

uygun bedel ile alınması kararlaştırılabilir. Suça konu anlaşma, ihale sırasında göstermelik olarak giren isteklinin ihaleyi kaybetmek amacıyla danışıklı teklif vermesi şeklinde de ortaya çıkabilir[792]. Bu yolla istekliler daha faza kazanç sağlaması karşısında idarenin gereğinden fazla bir bedel ödemesi ve zarara uğratılması amaçlanabilir[793].

Anlaşmanın amacı ne olursa olsun, ihale şartları ve sonuçları bakımından değişiklik yaratabilecek niteliğe sahip olması şarttır. Anlaşma ihale sonucuna veya fiyatına etki etmeyecek bir konu hakkında ise 235/2-d maddesindeki suç oluşturmayacaktır[794].

Anlaşma her hangi bir şekle tabi değildir. Açık veya zımni anlaşma mümkündür. Aleni bir ortamda anlaşma yapılabileceği gibi gizli de yapılabilir. Keza anlaşma yazılı veya sözlü olabilir. Hatta anlaşma taraflarının karşılıklı yüz ifadeleri ile dahi anlaşmaları mümkündür. Önemli olan tarafların ihale üzerinde ittifak kurmuş olmalarıdır[795].

TCK'nın 235/2-d maddesinde düzenlenen ihale şartlarını ve fiyatları etkilemek amacıyla gizli anlaşma yapmak suçu, en az iki failin bulunması gereken ve "karşılama" [796] suretiyle işlenen çok failli bir suçtur. Bu hüküm özgü bir suç olarak düzenlenmiştir.

---

[792]Yargıtay 5. CD. 5.2.2013T., 2012/4424E., 2013/848K. Sayılı kararı; "… *sanık B'nın teklifi üzerine, ihalenin iptal edilmemesi ve ihalenin T firmasında kalması için teklif vermek suretiyle anlaşma yaptıkları, …, A firmasının her iki ihalede de T firmasından daha yüksek teklif vermesi ve ihalelerin T firmasında kalması da gözönüne alındığında sanıkların 5237 sayılı TCK'nın 235/2-d bendinde sayılan ihaleye katılan kişilerin fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları ve aynı kuruma karşı 28 gün arayla yapılan iki ayrı ihalede aynı eylemi işlemeleri nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanarak mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde uygulama yapılması,…*"

[793]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.151

[794]Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.657; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.23; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.922; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.151

[795]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.419; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.922; Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.755; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.101; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.657

[796]Çok failli suçlar kendi içinde "aynı amaca yönelen çok failli suçlar" veya "karşılama suçları" ve "değişik amaçlara yönelen çok failli suçlar" olarak ikiye ayrılmakadır. Bu suçların failleri ortak bir amaca hizmet ederler. Karşılama suçlarında birden fazla kişinin hareketlerinin karşılıklı olması gerekir. Hareketlerin tek başına ceza hukuku açısından her hangi bir önemi bulunmamaktadır. Cezalandırmaya konu olan hareket, iki kişinin karşılaşan hareketleridir. Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin

Suçu yalnızca ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişiler[797] işleyebilmektedir. Elbette bu kişiler özgür iradeleri ile anlaşmaya taraf olmalıdır. İradesi fesada uğrayan, cebir veya tehdit ile zorlanan kişilerin yaptığı anlaşma, 235/2-d maddesi anlamında anlaşma değildir[798].

Anlaşma mutlaka ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişiler arasında yapılmalıdır[799]. Bu kişiler ihaleye katılma hakkına sahip olmalıdır[800]. İhaleye katılmayacak kişilerle yapılan anlaşma "işlenemez suç" niteliğindedir[801].

İhale görevlileri ile yapılan anlaşma 235/2-d maddesinde kastedilen anlaşma değildir[802]. İhale görevlileri ile yapılan anlaşma ile ihaleye fesat karıştırılması hallerinde, kanuni şartları oluşuyorsa TCK'nın 235/2-a veya 235/2-c maddesindeki suçlar söz konusu olabilir. Yahut bu anlaşma gereği ihale görevlisi menfaat temin ediyor ise rüşvet suçu da gündeme gelebilecektir[803].

Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.12; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.735

[797]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.23

[798]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.755; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.922

[799]Yargıtay 5. CD. 6.10.2010, 2010/13644 E., 2010/7252 K sayılı kararı; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.64

[800] Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.120; Yargıtay 5.CD. 16/3/2009T, 2008/15009E., 2009/3152K., sayılı kararı; "… *Tekirdağ F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda yapılan kalorifer yakıtı ihalesinde, sanıkların ihaleyi SFB'un yetkilisi olduğu firmanın kazanmasını temin için tekliflerin ayarlanması konusunda anlaşmaya vardıkları ve bu doğrultuda ihaleye, ihale şartlarına uyan daha önce doküman almış olan AP ve VP petrol firmalarının teklif verdikleri…"* Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.155

[801]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.107

[802]Yargıtay 5. CD. 8.11.2017T., 2017/5338E., 2017/4825K. Sayılı kararı; *"..ihale öncesinde ihale şartlarını özellikle fiyatları etkilemek için anlaşma yapan ve teklif mektuplarında imzaları bulunan firma sahipleri sanıklar B, B ve M'nin eylemlerinin suç tarihi itibariyle yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 205. maddesine nazaran lehlerine olan TCK 235/2-d maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı, kamu görevlisi olan sanıklar J ve H'nın da bu sanıkların eylemlerine azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak edebilecekleri.."*

[803]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.755

İki istekli arasında yapılan anlaşmaya taraf olmaksızın, bu anlaşmadan haberdar olarak kendi lehine olacak davranışlar sergileyen kişinin eylemi ihaleye fesat karıştırma olarak nitelenemez. Ancak bu kişi anlaşmaya bir şekilde iştirak iradesiyle müdahalede bulunur ve katkı sağlarsa şerik olarak sorumlu olur[804].

Anlaşma yapmak üzere isteklileri bir araya getiren, aracılık yapan ve bu işten menfaat edenler, ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişilerden değildir ve TCK 235/2-d maddesi bakımından azmettiren yada yardım eden olarak sorumlu olacaktır[805].

İhaleye giren farklı şirketlerin ortaklarının veya yetkililerinin aynı kişiler olduğu durumlara "ihale kardeşliği" adı verilir. İhale kardeşliğinin bulunması, TCK. 235/2-d maddesi kapsamında gizli bir anlaşmanın bulunduğuna delalet etse de, bunun kanuni bir karine olmadığını ifade etmek gerekir. Örneğin, ihaleye istekli olarak giren kişiler arasında vekalet ilişkini bulunması ve buna benzer pek çok durumda, istekliler arasında anlaşma yapıldığı düşünülebilir[806].

Suça konu anlaşma isteklilerin birbirine yakın teklif vermesi[807] veya bir isteklinin bilerek kendisini ihale dışı bıraktırmak amacıyla eksik belge vermesi

---

[804]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.101

[805]Bazı yazarlarca, uygulamada ihalelerden çekilmesi için aracı olan ve "çıkmacı" olarak ifade edilen kişilerin, ihale taraflarını buluşturup anlaştırması ve hatta "çıkma parası" tabir edilen bir takım menfaatin ihaleden çekilen tarafa iletilmesi eylemlerinde bulunan kişilerin hukuki statüleri tartışmalı olduğu, bu kişilerin anlaşmanın olmazsa olmaz unsuru olduğu, bu nedenle suçun işlenmesine asli fail olarak katıldığını kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir. Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.107

[806]İhale sürecinde piyasada olandan çok daha az sayıda katılımcının ihalede yer alması ve benzer teklifler sunması, sürekliliği olan ihaleleri aynı isteklinin kazanması, kazanan teklif ve diğer teklifler arasında olağan olmayan fiyat farkı bulunması, verilen tekliflerin idarece hesaplanan yaklaşık maliyetlerden veya aynı firmaların bir önceki tekliflerinden çok farklı olması, yeni bir katılımcının büyük fiyat farkıyla ihaleyi alması, ihalede rakip olanların daha sonra birbirleriyle taşeronluk sözleşmeleri imzalaması, tekliflerin birlikte hazırlandığını gösteren detayların bulunması, ihaleyi kazanan katılımcının sözleşme imzalamaması sebebiyle ikinci yada üçüncü teklif verenin ihaleyi alması halleri, katılımcılar arasında gizli anlaşmaların yapıldığına delalet etmektedir. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.151

[807]K.g. Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.292; (Yazar "*ihaleye giren şirketlerin birbirlerine yakın fiyat vermeleri benzer mal ve malzemeyi kullanacaklarını taahhüt etmeleri anlaştıkları şeklinde yorumlanamaz.*" Şeklindeki önermesi ile suçun maddi unsuruna dair öngörüsü yerinde olmamıştır . Anlaşmanın gereği olarak bir taraf ihaleyi yarışmasız ve rekabetsiz bir ortamda en ucuza alabilmek adına, anlaşmanın diğer tarafına muvazaalı hareket yaptırabilir. Bu anlaşma ne şekilde tezahür ederse etsin, ihale şartlarını ve fiyatını etkilemek amacını taşımak durumundadır. Yazar bu önermesiyle,

şeklinde de olabilir[808]. Bu ve benzer şekilde, anlaşma yapıldığına dair şüpheli durumların varlığı halinde, rekabeti önlemeye yönelik faaliyetlerin açıkça tespit edilmesi gerekir[809].

Bazı yazarlarca, taraflar arasında yapılan anlaşma gereği, ihaleye girerek pey sürmesi için karşı tarafın teşvik edilmesinin, ihale şartlarını ve fiyatı etkilemeye yönelmediği, bu tür anlaşmaların ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağı, bir başka görüşte ise ihale sırasında birbirine yakın teklif verilmesi halinin anlaşmaya varıldığı şeklinde yorumlanamayacağı savunulmuştur[810].

Ancak bu önermelere katılmıyoruz. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, suça konu anlaşmanın ihaleye ne tür bir muvazaa ile yansıdığına değil, ihalenin şartlarına ve fiyata etki edip etmediğine bakılmalıdır. İhalede teklif vermeye teşvik etmek eyleminin suç olup olmayacağı ancak somut olayda ortaya çıkacaktır. Kesinlikle suç oluşturacağı veya oluşturmayacağını tasavvur etmek hatalı sonuca götürecektir. İhalede teklif yapmaya teşvik etmek yahut birbirine yakın teklif vermek hallerinde, isteklilerin görünüşte rakip olabileceklerini ve danışıklı teklif verebileceklerini gözardı edilmemelidir. Zira bu durumda ihale komisyonu mevcut tekliflere bakarak "görünüşte" en uygun teklife ihaleyi vermek zorunda kalmaktadır.

TCK'nın 235/2-d maddesi sırf hareket suçudur. Anlaşma yapılmasıyla suç tamamlanmış olur. Anlaşmaya yönelik irade beyanlarının varlığı gerekli ve yeterlidir. Anlaşma doğrultusunda ihalenin kazanılması yahut kamu zararı oluşması şart değildir.

---

ihalede birbirine yakın teklif veren kişilerin görünüşte rakip olabileceklerini ve danışıklı teklif verebileceklerini gözardı etmiştir.)

[808] Yargıtay 5.CD. 6.11.2014T., 2014/1246E., 2014/10558K sayılı kararı; *"...önceden aralarında yaptıkları anlaşmaya uygun olarak Sincan Et Kombinası kalorifer yakıtı ihalesinin İ'nin sahip olduğu şirkette kalmasını sağlayacak şekilde hareket ettikleri, E ve İ'nin birbirine çok yakın fiyatlar verdiği, S'nin ise ihale dışı kalmak için bilerek eksik belge verdiği TCK'nın 235/2-d maddesinde yer aldığı şekilde ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yaptıkları sabit olmakla ..."*

[809]Bir başka görüşe göre, ihaleye katılan şirketlerin ortak ve yöneticilerinin büyük oranda aynı olması halinde, işin doğası gereği rekabetten söz edilemeyecektir. Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.113

[810] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.112; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.292;

Bunun yanında anlaşma karşılığında menfaat temin edilip edilmemesi önem arz etmez. İhalede anlaşma koşulları uygun hareket edilip edilmemesi önemli değildir. Filhakika ihaleye girmemesi hususunda yapılan anlaşmaya rağmen ihaleye girmiş ve hatta ihaleyi kazanmış olması faili suçtan kurtarmayacaktır. Gizli anlaşmanın ihalede tezahür etmesi yalnızca suçun sübutu bakımından ele alınır[811][812].

Yerleşik kararlarına göre Yargıtay, 235/2-d maddesindeki suçu oluşumunda anlaşma yapılmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir[813].

Doktrinde ise suçun tamamlanması için anlaşma sonrası ihaleye katılan istekli tarafından verilen teklifin yetkili ihale yetkilisine ulaşmasının yeterli olduğunu, ihale komisyonunun bu teklifi kabul etmesine gerek olmadığı ileri sürülmüştür[814].

Bu görüşlere karşılık olarak TCK. 235/2-d maddesi ile yalnızca tehlike cezalandırıldığı, ihalenin hiçbir aşamasına etki etmeyen bir anlaşmanın cezalandırılması hakkaniyete aykırı olacağı, keza salt anlaşma yapılması şeklindeki

---

[811] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.153; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.120; Mahmutoğlu, " İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu",s.72; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.755; Özbek, vd., *Özel Hükümler*, s.922; Hafızoğulları, Özen, *Topluma Karşı Suçlar,* s.419; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.63

[812] Yargıtay 5. CD 24.1.2013T., 2012/12328E., 2013/757K. Sayılı kararı; "…*sanıklardan Halil Güleryüz'ün azmettirmesi sonucu ihale şartnamesini alan sanık Fikret Usta'nın pazarlık sonucu 3.500 TL'ye anlaşıp daha sonra 2.000 TL tutarındaki çeki almak ve menfaat sağlamak sureti ile ihaleye fesat karıştırma başlığı altında yer aldığı şekilde ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında gizli anlaşma yapmaları şeklinde oluştuğu anlaşılan olayda delillerle iddia ve savunma duruşma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin…"*

[813]Yargıtay 5. CD. 16.1.2017T., 2013/17279E., 2017/402K., sayılı kararı; *"…konuşma sonucunda Es-Eks Anonim Şirketinin yetkilisi olan sanık Mahmut'un ihale şartnamesi almadığı, bu şekilde sanıklar Dursun ve Mahmut'un ise ihaleye girmeme konusunda sanık Ali ile anlaşmaları doğrultusunda sanık Dursun'un teklif vermemesi, sanık Mahmut'un da şartname almaması şeklindeki eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 235/2-d maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu anlaşılmakla,…";* Yargıtay 5. CD. 18.4.2013T., 2012/4500E., 2013/3662K sayılı kararı; *".. 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,.."*; Yargıtay 5. CD. 6.10.2010, 2010/13644 E., 2010/7252 K sayılı kararı

[814]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.193

eylemlerin çoğu zaman hazırlık hareketi niteliğinde kaldığı ve hazırlık hareketini cezalandırmakta sosyal bir fayda olmadığı ifade edilmiştir[815].

Maddenin lafzından ve gerekçeden "anlaşmaya dair tekliflerin ihale komisyonuna iletilmesi" şeklinde bir maddi unsur elde etmemiz söz konusu olmadığından bu görüşe katılmamaktayız[816].

2.7.6. Netice

İnsan hareketinin harici olarak meydana getirdiği değişikliklerden, hukukun değer atfettiklerine netice denmektedir. Netice maddi bir zarar veya bir tehlike şeklinde ortaya çıkabilir. Neticenin muhakkak hareket sebebiyle meydana gelmesi gerekir. Keza hareket ile nedensellik ilişkisi bulunmayan bir neticenin hukuken bir önemi bulunmamaktadır. Ancak ceza kanununda bazı suçlar için netice öngörülmemiştir ve davranışın varlığı yeterlidir. Bunlara sırf hareket suçları denmektedir. Kanuni tanımda netice düzenlenmiş ise bu netice gerçekleştiğinde suç tamamlanmış olacağından, neticeli suçlar söz konusudur[817].

---

[815]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.120

[816] Anılan madde gerekçesinde "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."

[817]Netice iki anlayış ile karşımıza çıkmaktadır. Neticenin doğalcı anlayışında insan davranışları doğada yeni değişiklikler meydana getirir. Bunlardan bazısı hukuku ilgilendirir. Bu anlayış suçun kurucu unsuru olan netice ile birlikte, cezayı ağırlaştıran neticeleri de kapsamaktadır. Esas olarak bütün suçlarda bir neticenin bulunmasını zorunlu görmemektedir. Doğada maddi bir değişikliğin olması şart değildir. Netice suçun unsuru olarak kanuni tanımda yer almışsa bu neticenin gerçekleşmesi gerekir. Ancak neticeden bahsedilmemişse hareketin varlığı yeterlidir. Anlayış gereği netice davranıştan sonra ortaya çıkmaktadır. Davranış ile neticenin aynı anda ortaya çıktığı hallerde dahi bir zaman farkının bulunması doğaldır. Zamanın uzunluğu önemli değildir. Normatif anlayışta ise netice hukukça korunan menfaatin ihlalidir. İhlalin mutlaka davranışı izlemesi gerekmez ve ikisi aynı zamanda ortaya çıkabilir. Mantıksal olarak netice ve hareket nedenseldir ve neticesiz bir suç olmaz. Bu itibarla sırf hareket suçu ve neticeli suç şeklinde bir ayrımı kabul etmez. Ceza Kanunu'nda neticesiz suçlara yer verilmesi sebebiyle doğalcı anlayışın esas alındığını söylemek gerekir. Türk doktrininde de doğalcı anlayışın normatif anlayışa tercih edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, vd., *Suç Teorisi*, s.67; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, s.380; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.174; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.129, Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.150; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.247; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.66; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.254;

İhaleye fesat karıştırma suçunun, netice suçu veya sırf hareket suçu olduğu yönünde kesin bir çıkarım yapılamaz[818]. Zira bu suçun kanuni tanımında, neticenin bulunmasına ve bulunmamasına ayrı ayrı hukuki sonuç bağlanmıştır. Şöyle ki; suçun temel şeklinde yani TCK 235/1 ve 235/2 maddelerinde seçimlik hareketlerin sebep olacağı bir netice yer almamaktadır. Bu nedenle ilk bakışta sırf hareket suçu görünümündedir. TCK. 235/3-b maddesinde ise[819], seçimlik hareketler sonucu kamu zararının oluşmadığı halleri cezayı azaltan neden olarak düzenlemiştir. Bu hükümden anlaşılan, suçun temel şekli için kamu zararı şeklinde bir netice bulunmalıdır. Maddeye göre kamu zararının olmaması suç vasfını ortadan kaldırmamakta yalnızca cezayı azaltmaktadır. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırma, kamu zararı oluştuğu durumlar bakımından "neticeli suç", kamu zararı bulunmadığı haller yönünden ise "sırf hareket suçu" olduğu ileri sürülemez[820].

Doktrinde, ihale fesat karıştırma suçunun neticesinin bulunup bulunmadığı yalnızca "kamu zararı" kavramı üzerinde tartışılmıştır. Genel görüş, bu suçun ilk halinin sırf hareket suçu olduğu, ancak 6459 sayılı Kanun değişikliğinden sonra ise suçun temel halinin zarar suçu şeklinde düzenlendiği biçimindedir[821].

---

[818]TCK'nın 235/3 maddesi 2013 tarihli 6459 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önce, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçu idi. Kamu zararı maddenin temel halinde yoktu. Kamu zararının gerçekleşmesi cezayı ağırlaştırıcı bir nedendi.TCK'nın 235'inci maddesindeki 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun değişikliğinden önce yazılan eserlerde ihaleye fesat karıştırma suçunun sırf hareket suçu olduğuna dair tespitler yerindedir fakat yürürlükteki düzenlemeyle uyumlu değildir. Bkz. Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.105; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.163; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.194

[819]Kamu zararı ile ilgili TCK'nın 235/3 maddesinin ilk hali şu şekilde idi; *"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"*

6459 sayılı Kanun ile değişik TCK 235/3-b maddesi "*işlenmesi 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."*

[820]K.g.Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.758*

[821]Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.659; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.125-135-145; Soyaslan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler", s.404 vd.; Serkan Türkdoğru, Ramazan Arıtürk; "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda 6459 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Terazi Hukuk Dergisi,** C.9, S.92, s.33; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.929; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu"*, s.300-304

Bu yönde bir başka görüşe göre, anılan Kanun değişikliği ile TCK 235/3-b maddesinin kamu zararı bulunmaması halini düzenleyen "adeta özel bir teşebbüs hükmü" olduğu, ihaleye fesat karıştırma suçunun artık tehlike suçu değil zarar suçu haline getirildiği ifade edilmiştir[822].

Bir başka yazar, suçun temel şeklinden ihaleye fesat karıştırmanın netice suçu yada sırf hareket suçu olduğu hususunda sağlıklı tespit yapılamayacağını, "zarar suçu" olduğunu belirten madde gerekçesinin dikkate alınması gerektiğini, ancak bu kabulün eleştiriye açık olduğunu savunmaktadır[823].

Bazı yazarlar, değişikliğe uğrayan 235'inci maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendine rağmen ihaleye fesat karıştırma suçunun neticeli suç olduğunu, neticenin zarar tehlikesi olduğunu, bu hüküm ile suçun oluşumu için mutlaka kamu zararı bulunmasının zorunlu olmadığını, suç ve ceza siyaseti bakımından değerlendirilerek, faili daha az bir ceza ile cezalandırmakta olduğunu ifade etmişlerdir[824].

Bu görüşlere karşı bir yazar tarafından, suçun oluşması için seçimlik hareketlerin yapılmasının yeterli olduğu, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin gerekli olmadığı, bu nedenle neticesi harekete bitişik suçlardan olduğu, kamu kurum ve kuruluşlarında bir zarar oluşmasının aranmadığı, dolayısıyla somut tehlike suçu olduğu ifade edilmiştir[825].

---

[822]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.829-830

[823]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.758;* (Bununla birlikte yazar kamu zararının bulunup bulunmamasına göre seçimlik hareketler için öngörülen cezalardan bahsederken, gerekçe sunmamakla birlikte "*TCK m. 235/1-a'daki seçimlik hareketler işlenirse, bir zarar meydana gelsin veya gelmesin, fark etmeksizin suçun temel şeklinden ceza verilecektir.*" ifadelerine yer vermiştir. Öncelikle "235/1-a" şeklinde bir madde TCK'da bulunmadığından burada maddi hata yapıldığını düşünüyoruz. Zira seçimlik hareketler 235/2-a maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte 235/2-a maddesinin kamu zararı kavramından istisna tutularak her halükarda 3 yıldan 7 yıla kadar cezalandırılacağına dair bir hüküm de Kanun'da yoktur. Kanımızca yazar TCK. 235/3-b maddesinde yer alan "*bu fıkranın (a) bendinde belirtilen haller hariç olmak üzere"* şeklindeki ibarelerin aslında 235/3-a maddesindeki cebir ve tehdit hallerini kastettiğini gözden kaçırmış, bunun yerine 235/2-a maddesinde yer alan seçimlik hareketlere uygulanacağını ileri sürmüştür.)

[824]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.415

[825]Dülger, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi", s.18

Bazı yazarlara göre, 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile ihaleye fesat karıştırma suçu zarar suçu haline getirilmiştir. TCK 235/3-b maddesi kamu zararının bulunmaması halini daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir[826].

Doktrinde görüşler böyle olmakla birlikte, kanaatimizce TCK 235'inci maddesinde öngörülen "kamu zararı" kavramının suçun maddi unsuru mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu hususu tespit edilmeden, ihaleye fesat karıştırma suçunun netice suçu olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşmayacağını düşünüyoruz. Keza, kamu zararının netice olup olmamasına göre nedensellik bağı, manevi unsur ve teşebbüs hükümleri bakımından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Kamu zararının niteliği hakkında doktrinde iki tür görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre kamu zararı suçun neticesidir ve kanuni bir unsurudur. Diğer görüşe göre yalnızca cezalandırılabilme şartıdır[827].

Kamu zararının unsur olduğunu savunan yazarlar, 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesine işaret etmektedirler[828]. Bu görüşe göre kamu zararı suçun unsuru olup, objektif cezalandırılabilme şartı değildir. Zira söz konusu fiillerin işlenmesi halinde, kamu zararı meydana gelmemiş olsa bile cezaya hükmedilmektedir. Netice gerçekleşmeden ceza öngörüldüğü için, bu hüküm özel bir teşebbüs hükmü niteliğindedir[829].

---

[826]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu" ,s.26

[827]Mehmet Reis Koca, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.136; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.26;

[828]Gerekçede; "*...Maddenin halen yürürlükte olan düzenlemesine göre söz konusu suç temel şekli itibarıyla bir zarar suçu değildir. Zararın meydana gelmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılması öngörülen değişiklikle, bu suçun temel şeklinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi, zarar suçuna dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda kamu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, fail hakkında söz konusu suçun temel şekline nazaran daha az cezaya hükmedilmesini sağlamak için işbu değişiklik önergesi verilmiştir.".* Bir görüşe göre madde gerekçesi, kendiyle çelişki içerisindedir. Şu halde ilk cümlede suçun temel şeklinin zarar suçuna dönüştürüldüğü ifade edilmesine karşın, ikinci cümlede kamu zararının suçun temel şeklinin değil daha az cezayı gerektiren nitelikli şeklinin bir unsuru olduğu belirtildiği, gerekçenin bağlayıcılığı olmadığı ifade edilmiştir. Mehmet Reis Koca, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.139

[829]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s*.71

Bazı yazarlar, 6459 sayılı Kanun değişikliği sonrası kamu zararının suçun bir unsuru değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlendiği sonucuna varmaktadır. Esasen kamu zararı oluşmadan da, ihaleye fesat karıştırmakla haksızlık gerçekleşmiş olmaktadır[830]. Benzer bir görüş, TCK 235/2'de düzenlenen seçimlik hareketlerin sırf hareket suçu özelliği gösterdiğini, kamu zararının daha fazla ceza verme koşulu olarak kabul edilmesi durumunda objektif cezalandırılabilme şartı olacağını, 235/3-b maddesi hükmü zarar doğmasa dahi cezai yaptırım uygulanmasını öngördüğünden suçun unsuru değil objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde olduğu savunmaktadır[831].

Bilindiği üzere, objektif cezalandırma şartları suç unsurlarından ayrı olarak, kanun koyucu tarafından cezanın uygulanması için öngördüğü şartları ifade etmektedir. Cezalandırma şartları, suçun unsuru değil, bilakis suçtan bağımsız bir olgudur. Suç tamamlandıktan sonra veya en azından suç ile aynı anda ortaya çıkar[832].

Cezalandırma şartlarının objektif olarak nitelendirilmesinin nedeni, sübjektif unsurlardan bağımsız olmasıdır. Öyle ki, bu şartlar kast ve taksirin kapsamına dahil değildir. Failin iradi hareketinden bağımsızdır ve objektif olarak ortaya çıkar. Ancak bu şartlar, objektif sorumluluk hallerinden olmadığı gibi başkasının eyleminden

---

[830]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.27

[831]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s.*759

[832]Cezalandırma şartı bir anlayışa göre gerçekleşmesi suçun bütünlüğü için gerekli olan, gelecekteki ancak kesin kesin olmayan bir olaydır. Suçun tamamlanması bu şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bir diğer anlayışa göre cezalandırılabilirlik şartı bütün unsurları ile tamamlanmış bir suçun varlığını gerekli kılar. Bu şart suçu tamamlamamakta, yalnızca cezayı uygulanabilir hale getirmektedir. Objektif cezalandırılabilirlik şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem, "Cezalandırılabilme Objektif Şartı (Şartlı Suçlar)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.27, S.3-4, 1970, s.9-14 ; Hans Kudlich, "Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar", çev.İlker Tepe, Serkan Meraklı, Mustafa Oğlakçıoğlu, **Ceza Hukuku Dergisi,** C.7, S.18, 2012, s.283-293; Uğur Ersoy, "Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi İle Bağdaştırılabilirliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** C.26, S.109, 2013, s.203-250; Zeynel Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C.68, S.1-2, 2010, s.152 vd.; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.231; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.549; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.475-480

sorumluluk da değildir. Bununla birlikte objektif cezalandırma şartları ile suçun maddi unsurlarının nedensellik ilişkisi yönünden birbirinden bağımsız olması gerekmez[833].

Kanaatimizce kamu zararı TCK. 235'inci maddesi nazarında suçun unsuru değil, yalnızca "cezalandırılabilme şartıdır". Bunun bir çok sebebi vardır; öncelikle kamu zararı olsa da, olmasa da failler cezalandırılmaktadır. Dikkat edilmesi gereken husus ceza miktarı değil, failin her koşulda sorumlu olmasıdır. Bu bakımdan failin kusurundan bağımsız bir nitelik arzetmektedir.

Diğer bir sebep, suçun temel şekli denilen 235/1 ve 235/2 maddesinde, suçun tüm unsurları düzenlenmesine karşın kamu zararından bahsedilmemiş olmasıdır.

Şayet kamu zararı suçun unsuru ve neticesi ise, kamu zararının gerçekleşmediği hallerde kanuni unsur bulunmadığından suçun oluşmadığını, yahut netice gerçekleşmediğinden suçun teşebbüs aşamasında kaldığını söylemek gerekir. Bu durumda TCK'nın 235/3-b maddesi lüzumsuz bir düzenleme olacaktır.

Suçun neticesi olduğu söylenen kamu zararı gerçekleşmemişse, TCK. 35'inci maddesine göre suç tamamlanmamış, yani teşebbüs aşamasında kalmış olmalıdır. Oysa TCK 235/3-b maddesine göre, kamu zararı bulunmasa da suç tamamlanmıştır. Demek ki TCK'nın 235/3-b hükmü, kamu zararı kavramına suçun zorunlu unsuru olduğu yolunda hukuki önem atfetmemiştir.

Bir başka açıdan, TCK'nın 235/3-b maddesinin lafzında ihaleye fesat karıştırma suçu ile kamu zararı arasında nedensellik bulunduğuna dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Bilakis maddede "*İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise"* ifadelerinin kullanılması, suçun

[833] Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları", s.153; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.477; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.166; Erem, "Cezalandırılabilme Objektif Şartı", s.12; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.231; (Toroslu, cezalandırılabilme şartlarının suçun unsuru olarak kabul eden anlayışı savunmakta iken, Hafızoğulları-Özen cezalandırılabilmenin suçun oluşup ortaya çıkmasından sonra söz konusu olduğunu, bu nedenle suç unsurlarından ayrı olduğunu ifade etmektedir. Erem ise ümanist doktrin açısından "şartlı suç" konusu nedensellik kavramı içinde incelenmesi gerektiğini, bu bakımdan hareket ile bu şartlar arasında nedensellik ilişkisi bulunabileceği fakat bunun zorunlu olmadığını ifade etmektedir.)

oluşup tamamlandıktan sonra ortaya çıkacak bir zarardan bahsetmektedir. Şu halde kamu zararı unsur değil, cezalandırılabilme şartıdır.

Sonuç itibariyle, TCK 235'inci maddesinde ifade edilen kamu zararı objektif cezalandırılabilme şartı olduğuna göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun tamamen netice suçu olduğu yolundaki görüşleri reddetmemiz gerekmektedir.

Kanaatimizce ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik eylemlerinden 235/2-a bendinde yer alan suç bir netice suçudur. Çünkü işlenen hileli hareket nedeniyle meydana gelen neticede ihaleye katılma hakkı bulunan kişiler ihaleye katılmaktan engellenmiş, ihaleye katılma hakkına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmaları sağlanmış, şartnameye aykırı teklifler değerlendirmeye alınmış veya uygun teklifler değerlendirme dışı kalmış olmalıdır. Ayrıca 235/2-c maddesinde düzenlenen suç bakımından da aynı sonuca varmaktayız. Zira cebir, tehdit ve hukuka aykırılık içeren davranışlar neticesinde, kişilerin ihaleye katılmaları engellenmektedir.

TCK 235/2-b maddesinde yer alan gizli belgelerin başkalarına ulaştırılması ile suç tamamlanmış olacağından, bu suç sırf hareket suçudur. Maddede ayrıca bir netice öngörülmemiştir.

Nihayet TCK 235/2-d maddesinde yer alan suç da sırf hareket suçu olarak karşımıza çıkmaktadır. İhaleye katılan veya katılmak isteyen kişiler arasında ihalenin şartları veya fiyat hakkında anlaşma yapılması ile suç son bulmaktadır. Anlaşma doğrultusunda ihaleden çekilmek, ihaleye katılmak veya kazanmak suçun oluşumu için gerekli değildir.

Son olarak işaret edilmesi gereken husus menfaat kavramıdır. İhaleye fesat karıştırma suçu nedeniyle bir menfaat elde edilmesi, suçun tamamlanması için aranan bir unsur değildir. TCK'nın 235/4 maddesine göre, kamu görevlisi tarafından ihaleye fesat karıştırma suçu sırasında menfaat sağlanması durumunda gerçekleşecek rüşvet, zimmet, irtikap gibi suçlar için gerçek içtima kuralı uygulanmak zorundadır[834].

[834] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.201

TCK'nın 235/4 maddesi yalnızca kamu görevlileri hakkında bir düzenlemedir. İhaleye fesat karıştırma suçuna karışan üçüncü kişilerin özellikle rüşvet verme suçunda, 235/4 maddesi dışında kaldığı görülmektedir[835]. Ancak 235/4 maddesinde düzenlenmediğinden bahisle, ihale isteklisinin rüşvet anlaşması yaptığı kamu görevlisi ile birlikte ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemelerine rağmen rüşvet suçundan cezasız kalması söz konusu değildir. Sorun oluşturacak konu, ihale isteklisinin kamu görevlisini ihaleye fesat karıştırmak üzere azmettirmemiş olması halinde ortaya çıkar. Daha önce ifade edildiği üzere, TCK'nın 235/2-a ve 235/2-b fıkralarında düzenlenen suçlar yönünden ihale isteklisi yalnızca yardım eden veya azmettiren sıfatıyla şerik olabilir. Ancak ihale görevlisi azmettirilmeksizin suçu kendi kararı ile işlemiş ve istekliden menfaat talep etmişse, istekli artık ihaleye fesat karıştırma suçuna azmettirmekten sorumlu değildir. Yalnızca rüşvet vermek eylemi yönünden cezalandırılacaktır[836].

İhale görevlilerinin rüşvet alarak hileli hareketle ihale yeterliliğine sahip kişilerin ihaleden men edilmesi eyleminde, ihaleye fesat karıştırma suçu ile birlikte rüşvet suçu da gündeme gelmektedir. Ancak ihale görevlisinin ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olabilmesi için, rüşvet alması ile kişilerin ihaleden men edilmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağı kurulamıyorsa, yani kişinin ihaleye girememesine rüşvet alan kamu görevlisinin sebep olduğu tespit edilemiyorsa, sırf bu amaç için rüşvet alan ihale görevlisi ayrıca ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olmaz[837].

---

[835] Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma, s.251

[836] Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.108 "…bilindiği gibi anlaşmaya varılmasıyla suç tamamlanmış gibi rüşvet alan da veren de cezalandırılmaktadır. Menfaatin amaçlanan şeyin yapılmasından sonra sağlanması önemli değildir. Rüşvet veren kişi ise rüşvet fiilinden dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet veren ihaleye fesat karıştırmaktan ayrıca sorumlu olmaz. Rüşvet veren kişi rüşvet suçu dışında ihaleye fesat karıştırma suçu açısından da azmettiren, yani bir suç açısından fail, diğer suç açısından da şerik olmakla birlikte failliğin şerikliğe göre asillik özelliği taşıması nedeniyle sadece rüşvet suçundan dolayı cezalandırılır…"

[837] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.86

2.7.7. Nedensellik Bağı

Hareket ile nedensellik bağı kurulamayan bir netice faile isnad edilemez. Meydana gelen neticenin, yapılan hareketten doğmuş olması ile suçun oluşacağı mantıken kabul edilen bir olgudur. Bu nedenle ceza kanunlarında nedenselliğe dair bir hüküm yer almaz[838].

Doktrinde nedensellik ilişkisi, esasen hayati tecrübelere göre belirlenebilecek bir kavram olması itibariyle, hukuki bir kavram olmadığı, felsefi ve tabii bilimlerin araştırma alanında olduğu ileri sürüldüğü gibi, doğa olayları ile hukuki olayların biriyle kıyas edilemeyeceği gerekçesiyle hukuki bir kavram olduğu da belirtilmiştir. Nedensellik sorununun, genel itibarıyla mantık yürütülerek çözülebilen bir sorun olduğu, meydana gelen netice içerisinde hukuki sorumluluk yüklenemeyecek pek çok olayın da bulunabileceği dikkate alındığında, hukukla birlikte doğa bilimlerinin de çözüme katkısı sağladığı ifade edilmektedir[839].

Ceza hukukunda ise nedensellik ilişkisi gereği neticenin bir insan hareketiyle ilişkilendirilmesi gerektiğinden, bu ilişkinin varlığı bakımından doktrinde özellikle doğal nedensellik, insani nedensellik, uygun nedensellik teorileri ileri sürülmüştür. İleri sürülen teoriler ve yöneltilen eleştiriler ile içtihad nedensellik ilişkisinin tespiti noktasında sonuç vermişlerdir[840].

---

[838]Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.131; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.146;

[839]Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s.143; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, (çevrimiçi), http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/802.pdf, (1.12.2017), s.81; Faruk Erem, "Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.25, S.3, 1968, (çevrimiçi) http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/327/3295.pdf (1.12.2017) s.3; Toroslu, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.146; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2006, s.489;

[840]Bahsi geçen teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.146-156; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.131-141; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.174; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*,C.1, s.470; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.158; İçel, vd., *Suç Teorisi*, s.72; Hans Kelsen, "Nedensellik ve İsnadiyet", çev. Zeki Hafızoğulları, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.35, S.1, s.219-233; Karl Heinz Gössel, Zehra Başer Doğan, "Objektif İsnadiyet ve Nedensellik", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.13, S.167, s.239-260; Veli Özer Özbek, "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi", **Ceza Hukuku Dergisi**, C.5, S.9, 2015, s.57-70

Ancak burada nedensellik ilişkisi konusunda çözümlenmesi gereken konu, hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi olup olmadığı değil, nedensellik ilişkisinin hangi durumlarda ve ne zaman var olduğudur[841].

İhaleye fesat karıştırma suçuna konu olan hareketler, meydana gelen netice ile nedensellik ilişkisi içerisinde olmalıdır. Hareket ile netice arasındaki nedenselliği kesen bir başka nedenin mevcut olmaması gerekir. Ancak sırf hareket suçlarında suçun oluşması için hareketin yapılması kafi olduğundan, netice ile hareket arasında nedensellik ilişkisi kurulması anlamında çözülmesi gereken bir problem bulunmamaktadır[842]. Özellikle TCK'nın 235/2-d maddesinde düzenlenen suçta ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşma yapılmasıyla suç oluşacağından, burada nedensellik ilişkisinin varlığı tartışma konusu olmayacaktır.

TCK'nın 235/2-a-1 maddesinde yer alan suçta ise işlenen hileli hareket, ihaleye katılacak kişilerin engellenmesine neden olmalıdır. Hileli hareket yapılmasına rağmen, nedensellik ilişkisini kesen bir sebebin ortaya çıkması nedeniyle istekli ihaleye katılamamış olabilir. Örneğin ihale komisyonu sahte vergi borcu yazısı ile istekliyi ihale dışı bırakacakken, isteklinin geçici teminatı yatırmaması nedeniyle ihaleye girememesi durumunda nedensellik ilişkisi kesilmiş olacaktır.

TCK'nın 235/2-b maddesinde yer alan suçta, ihaleye ilişkin gizli bilgi ve belgenin ele geçirilmesine neden olan hareket üçüncü kişilere ulaştırılmasıdır.

İhale sonucunda kamu adına bir zarar meydana gelmiş ise, failin fesat içeren hareketi ve kamu zararı arasında nedensellik bağı bulunması şart değildir. Zira kamu zararı bu hüküm bakımından suçun neticesi değil, objektif cezalandırılabilme şartıdır. Fail, nedensel olmasa dahi meydana gelen zarardan sorumlu olmaktadır[843].

---

[841]Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.147

[842]Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.609; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.311

[843]K.g. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.158; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.608; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.58; Kamu zararının objektif cezalandırılabilme şartı olduğu görüşü için bkz. Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.27; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.759.

2.8. Hukuka Aykırılık Unsuru

İhaleye fesat karıştırma suçunun bir diğer unsuru olan *hukuka aykırılık,* kanuni tipe uygun eylemin bir özelliğini ifade eder ve ceza hukukuyla getirilen bir emir ve yasakla çatıştığını gösterir. Yani tipik eylemin hukuk düzeniyle çatışmasına hukuka aykırılık denmektedir[844]. Hukuka aykırı bir davranış, yalnızca ceza normlarıyla değil, tüm hukuk düzeniyle çatışmaktadır. Buna "*hukuk düzeninin birliği prensibi"* adı verilmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri tüm hukuk düzeni açısından hüküm ve sonuç doğurur. Buna göre, hukuk disiplinlerinden her hangi birine uygun bir eylem, ceza hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilir. Zira bir hukuk normunun izin verdiği hareket, ceza hukuku tarafından cezalandırılır ise, hukuk düzeni kendi içerisinde çelişmiş olacaktır. Ayrıca bunun aksini kabul etmek, ceza hukukunun (ikincilliği) son çare olması işlevi ile çatışacaktır[845]. Hukuka aykırılık eylemin hukuk düzeniyle çelişmesi, suç ise eylemin kanunda tanımlı bir kuralın çiğnenmesi anlamına gelir[846]. Suçun varlığı onun kanuni olmasına bağlıdır.[847] Zira tüm hukuk düzenine aykırı bir eylem dahi kanunlarda suç olarak tanımlanmış değil ise suç vasfını kazanmayacaktır[848].

Ceza hukukunda, "*hukuka aykırılık*" suçun zorunlu ve bağımsız bir şartı olarak kabul edilmektedir[849]. Suçun hukuka aykırılık unsuru, "*hukuka uygunluk nedenlerinin*

---

[844]Özbek, vd, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.286; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.287, Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, no.665, Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.249; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.323; Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.330; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.379; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,* s.210; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.378; Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım, Adalet Yayınevi, ed. Yener Ünver, 2014, s.197; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayın, 2016, s.297

[845]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.286; Özgenç, *Genel Hükümler,* s.287; Hakan Hakeri; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 20. Bası, 2017, s.316

[846]Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,* C.II, no.665, Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, y.y., İstanbul, 1949, s.111,

[847]Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.378

[848]Hakeri, Genel Hükümler, s.316

[849]Hukuka aykırılığın suçun unsuru olup olmadığına dair görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğrul Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.127-147; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.286; Özgenç, *Genel Hükümler*, s.287; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki*

bulunmaması" anlamına gelir. Bu nedenle "*olumsuz"* bir unsurdur. Eylemin hiçbir şekilde hukuka uygun olmaması gereğine işaret eder. Bu sebeple "*hukuka aykırılık*" unsurunun varlığı tespit edilirken, aslında "*hukuka uygunluk nedenlerinin"* var olup olmadığı irdelenir[850].

Ceza Hukuku, C.II, no.665; Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s.380, İçel, vd., *Suç Teorisi*, s. 96-100; Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C.1, Ankara, 1971, s. 462; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.II-III, istanbul 1992, s.200, (Bununla birlikte, hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak kabul etmeyip, "cezalandırılabilme" unsuru içerisinde olduğu ve hukuka uygunluk nedeni bulunduğunda bunun cezalandırılmaya engel olduğu ileri sürülmüş, ayrıca eylemin hukuka aykırı olması ile kanuni tipe uygun olması arasında fark olmadığını, böylelikle hukuka aykırılığın kanuni unsur içerisinde yer aldığı bir kısım yazarlar tarafından kabul edilmiş, bazı yazarlar ise suçun maddi unsuruna vücut veren tüm eylemlerin hukuka aykırı olduğunu ve bu yüzden hukuka aykırılığın maddi unsur içerisinde sayılması gerektiğini ileri sürmüş, gelgelelim bir kimsenin kusurluluğunu tespit etmeden eyleminin hukuka aykırı olup olmadığının kesin olarak anlaşılamayacağını ileri sürerek, hukuka aykırılığın manevi unsur içerisinde yer aldığını savunanlar da olmuştur. Ayrıca hukuka aykırılık ve tipe uygunluk kavramları arasındaki ilişkinin belirlenebilmesi açısından üç farklı görüş olduğu, bunlardan ilkine göre, tipe uygunluk hukuka aykırılığın meydana geliş sebebi olduğu, (tipikliğin negatif unsurları teorisi) bir davranışın tipe uygunluğunun belirlenmesiyle birlikte hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmiş olacağı ifade edilmiş ve ayrıca bir hukuka uygunluk araştırmasına lüzum olmadığı ileri sürülmüş, bir diğer görüşte ise tipe uygunluğun hukuka aykırılığa karine oluşturduğu, tipe uygun davranışın zaten hukuka aykırı olduğu ifade edilmiş, üçüncü görüşte ise, tipe uygunluğun belirlenmesinin hukuka aykırılık unsuru açısından yalnızca bir araç olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin eleştirisi için bkz. Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, s.250; Özge Sırma, "Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık", ***Fasikül Hukuk Dergisi***, C.4, S.29, 2012, s.15 vd.

[850]Bununla birlikte TCK'da bir takım özel suç tiplerinde yer alan "*hukuka aykırı olarak", "hukuka aykırı davranışla"* gibi ifadelerin aslında failin iradesiyle ilgili olmadığını ifade etmek gerekir. Genelde "*hukuka özel aykırılık*" halleri olarak ifade edilen kavramlar, tipik eylemin hukuka aykırılığını ceza normunda açıkça belirtilmesi anlamını taşır. Hukuka özel aykırılık, kanun koyucunun belli bazı davranışların failce hukuka aykırı olduğu bilinciyle yapılmasını aradığı hallerde söz konusu olur. Kanun koyucunun buradaki amacı failin hukuka uygun olduğunu bildiği ve bu inançla yaptığı eylemler ile hukuka aykırı olduğunu bilerek yaptığı eylemleri ayırmaktır. Kanun, eylemin hukuka aykırılığına bizzat işaret etmekle, failin suç oluşturmayan eylemlerini hukuka aykırı eylemlerinden ayırmak istemesidir. Bu bakımdan her suçta bulunması gereken hukuka aykırılık unsuruna, kimi suçlarda ortaya çıkabilecek tereddütleri önlemek için yasada özel olarak yer verilmesi gerekli görülmüştür. Kanundaki suç tanımında "hukuka aykırı davranışlarla" işlenmesi şeklinde ibarelerin aslında pratik bir faydası bulunmamaktadır. Hukuka aykırılık, hukuk düzeniyle ihtilaf yaşaması nedeniyle eylemin içerisinde doğal olarak vardır. Zira bu ifadelere yer verilen suç tiplerinde, hukuka aykırılığın tipikliğin bir unsuru ve bu durumun bilme ve isteme içinde olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda, diğer suçlarda hukuka aykırılık bilincine lüzum olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s.390. ÖZGENÇ ise, Hukuka özel aykırılık hallerinin aslında Kanun koyucu tarafından özel ve doğrudan kast ile işlemesi koşulunu aradığını, kanuni tanımda eylemin hukuka aykırı olmasına özellikle işaret edilmesi halinde, bu suçların yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceğini ifade etmiştir; "*Hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı durumlarda, ceza sorumluluğu için failin, işlediği fiille ilgilki olarak suçun maddi unsurlarının yanısıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. Aksi takdirde, kastının varlığından söz edilemez…*" Bkz. Özgenç, *Genel Hükümler,* s.294; KOCA ve ÜZÜLMEZ bu ifadelerin bulunduğu durumlarda ikili bir ayrım yapmak gerektiğini ifade etmektedirler. Kanuni tanımda yer alan bu ifadeler maddi unsurun sıfatı olarak görünüyor ise, suçun yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceğini, zira kastın hukuka aykırılığı da kapsaması gerektiğini belirtmiş, şayet kanuni tanımdaki hukuka aykırılık kavramı tüm suç hakkında bir değerlendirme niteliğinde ise bu kavramın gereksiz yer işgal ettiğini, kanun koyucunun hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı konusunda bir ikaz niteliği taşıdığını, kastın hukuka aykırılığı kapsamasına lüzum olmadığını ifade etmişlerdir. Bkz. Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.268-269; ARSLAN, ihaleye fesat karıştırma suçunda hukuka özel aykırılık düzenlemesi

Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren sebeplere hukuka uygunluk nedenleri denmektedir. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde eylem kanunda yazılı tipe birebir uymasına rağmen suç olarak nitelendirilmez veya söz konusu eylem daha dar bir kavram olarak haksızlık teşkil etmez[851].

Hukuka uygunluk nedenleri sayısal olarak belirlenmiş değildir. Her hangi bir hukuk disiplininde yer alan hukuka uygunluk nedeni, ceza hukuku anlamında da geçerlidir. Aynı şekilde ceza hukuku bağlamında uygulanabilen bir hukuka uygunluk sebebi diğer hukuk dalları için kabul edilebilmektedir. Hukuk düzeni ile aynı temele sahip olan ve hukukun bir kaynağı olan örf ve adet düzeni için de aynı durum geçerlidir. Bu itibarla hukuka uygunluk nedenlerinin örf-adet hukuku baz alınarak genişletilmesi, ceza hukukundaki kıyas yasağına tabi olmaz[852]. Şayet bir eylem idare hukuku nazarında hukuka aykırı nitelik taşımıyor ve hukuka uygunluk nedeni içeriyorsa, ceza hukuku nazarında da hukuka uygun olur ve ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz.

yer almadığından, fail iradesinin hukuka aykırılığı kapsayıp kapsamadığı yönünde bir araştırmaya lüzum olmadığını ifade etmektedir; bkz. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.193-194.

[851]Keçelioğlu, "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler", s.302

[852]Hakeri, *Genel Hükümler*, s.241

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından hukuka uygunluk nedeninin var olduğu konusunda failde bir bilinç olması gerekmez. Fail her halükarda hukuka uygunluk nedeninden faydalanır. Zira hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir[853][854].

İhaleye fesat karıştırma suçu açısından var olup olmadığı incelenecek hukuka uygunluk nedenleri, 5237 sayılı TCK'nın 24'üncü maddesinde kanun hükmü ve amirin emri, 25'inci maddede meşru savunma ve zorunluluk hali, 26'ncı maddesinde hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıkları ile düzenlenmiştir.

İhaleye fesat karıştırma eylemlerinde, TCK'nın 24'üncü maddesi gereği kanun hükmünü icra eden bir kimseye ceza verilmesi mümkün değildir. Hakkında mahkeme tarafından verilmiş bir yakalama emri bulunan kişi ihaleye katılmak isterken görevli polis memurunca göz altına alınır ve ihaleye katılımı engellenirse, polis olan failin Ceza Muhakemesi Kanunu ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu hükümlerini uygulamaktan ibaret eylemi hukuka uygundur ve suç teşkil etmez[855].

Amirin emrini ifa halinde failin eylemi hukuka uygun olduğundan, ihale görevlisi elinde bulunan ihale evraklarını ihale ve harcama yetkilisi olan üstünün

---

[853]Objektif görüşü savunan yazaların konu hakkındaki ayrıntılı fikirleri için bkz. Muharrem Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s.141 vd.; Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, s.151; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,* C.II, no.672-696, Önder, *Genel Hükümler,* C.II, s.168, Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, s.465, Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.222; Hafızoğulları, Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.216; Hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyeti konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu anlamda objektif görüş, hukuka aykırılığın değerlendirilmesini yalnızca davranış olarak kabul eder. Failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi, bu nedenlerin objektif olarak varlığına bağlıdır ve iradi olarak bir değerlendirmeye gerek yoktur. Subjektif görüş ise daha çok modern ceza hukuku anlayışında ileri sürülür ve hukuka aykırılıkta kusurluluk kavramının gözardı edilemeyeceğini savunur. Hukuka uygunluk nedeninin sübjektif açıdan mevcut olması gerektiğini savunan yazarlar, bir hukuka uygunluk nedeninin etkili olabilmesi için failin bu nedenin varlığına inanmasını ve hukuka uygun davranma bilincine sahip olmasını gerekli görürler.

[854]Tüm görüşler ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, s.81 vd.; Özen, *Genel Hükümler,* s.323; Bu paralelde sentezci görüş, failce bilinmeyen hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanmayacağını ileri sürmektedir. Ortada ihlal edici bir davranış bulunmadığında, hukuka aykırılık bilincin yada belli bir davranış veya neticenin gerçekleştirilmesine yönelik iradenin mevcut olması yeterli değildir. Çünkü hukuka aykırılık, manevi unsurun da bulunması kaydıyla, suç ile hukuk düzeni arasındaki çatışma ilişkisidir. Kusurluluk değerlendirilmesi yapılabilmesi için, dışsal objektif bir davranışına gereksinim vardır. Bu nedenle hukuka aykırılık unsurunun manevi unsuru olduğu, salt objektif değil, bilakis manevi unsurunun da olduğunu haklı olarak söylemektedir. Özbek, vd., *Genel Hükümler*, s.261; Özgenç, *Genel Hükümler*, s.293; Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", s.121, Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, s.218; Hakeri, *Genel Hükümler*, s.313

[855]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.196; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.924

emriyle internete yüklerse ve ihaleye katılan kişilerce bu bilgi ve belgeler temin edilirse, gizlilik ilkesi konusunda bilgisinin olmadığı belgelerin ifşa edilmesi eylemi suç teşkil etmeyecektir. Ancak bu halde emri veren amir sorumlu olacaktır.

Teorik açıdan ihaleye fesat karıştırma suçu da diğer suçlar gibi meşru savunma hükümlerinin uygulanabildiği hallerde hukuka uygun olacaktır. Ancak suçun yapısı gözetildiğinde, somut bir olayda ihaleye fesat karıştırma suçunda meşru savunma hükümlerinin gerçekleşmesi ve uygulanması oldukça zordur[856]. Bir örnek vermek gerekirse; A ve B firmalarının ihaleye anlaşarak gireceklerini ve kendisine ait teklifin bu şekilde ihaleden elimine edeceklerini öğrenen C firmasının, bunu engellemek için A ve B firmalarını ihaleye katılmamalarını, aksi halde yaptıkları anlaşmayı ifşa edeceğini söyleyerek tehdit etmesi durumunda, kendisine yönelen bir açık saldırının bertaraf edilmiş olduğu ve C'nin meşru müdafaa amacıyla hareket ettiği düşünülebilir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun zorunluluk halinde kalınarak işlenmesi çok istisnai hallerde olmakla birlikte mümkün olabilir. Örneğin; ağır kış koşullarının yaşandığı bir bölgede kamu lojmanlarının elektrik tesisatında arıza olduğu ve derhal tamir veya yeni tesisat gerektiği, aksi halde lojmanda oturanların ve çocuklarının donma tehlikesinin olduğu bir durumda fesat karıştırma suçu işlenebilir. İhale yetkilisi olan failin, aslında kapalı ihale usulü ile yapacağı yeni bir elektrik tesisatı yapım işini, ihale açmaksızın aynı gün anlaştığı bir firmaya yaptırdığını, daha sonra bedelini ödenek üzerinden ödemek için ihale işlemlerine başladığı eyleminde zorunluluk hali olduğunu kabul etmek gerekir.

Hakkın kullanılması açısından baktığımızda haber alma hakkı kapsamında, ihalede yolsuzluk yaptığı gerekçesiyle ihaleye katılan kişinin gizli kalması gereken teklif bilgilerini ve ticari dokümanlarını gazetede yayınlayarak alenileştiren gazeteci failin eylemi suç oluşturmayacaktır[857].

[856]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.924; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.197

[857]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.197

İhaleye fesat karıştırma eyleminin hukuken koruduğu menfaatler göz önüne alındığında, üçüncü bir kişinin mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkı söz konusu olmayacağı için, her hangi bir kişinin rıza göstermesi ile suç hukuka uygun hale gelmeyecektir[858]. Bu nedenle rıza ihaleye fesat karıştırma suçu için elverişli bir hukuka uygunluk sebebi değildir.

2.9. Manevi Unsur

Kanundaki tanımına göre ihaleye fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen bir suç olup, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan artırma ve eksiltmelere yönelik fesat içerikli eylemlerin bilerek ve isteyerek yapılması yeterlidir[859]. Taksirli bir hareketle meydana gelen neticeler ihaleye fesat karıştırma suçu olarak değerlendirilmezler. Örneğin, dikkatsizlik, özensizlik veya tecrübesizlik halinde, ihale komisyonunun şartnameye aykırı olan bir malı kabul etmeleri durumunda suç oluşmaz. Yahut ihale mevzuatı ve şartnameye göre gizli tutulması gereken belgelerin başkasının eline geçmesine dikkatsizlikle neden olunması durumunda ihaleye fesat karıştırma suçu olmaz[860].

---

[858] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.197

[859] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.190; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.415; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.613; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.103; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.925; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.117; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.831; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.317; Parlar; *Tefecilik ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.93; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.760; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.189; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.28; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.73

[860] Soyaslan, vd., İhaleye Fesat Karıştırma, s.134; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s.415; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.613; Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.103; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.925; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.117; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.831; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.317; Parlar; *Tefecilik ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.93; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.760; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.189; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.28; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.73

İhaleye fesat karıştırma suçlarında özel kast aranmamaktadır[861]. Genel kast suçun oluşumu gerekli ve yeterlidir[862]. Ancak TCK. 235/2-d maddesinde düzenlenen faillerin ihale üzerinde yaptıkları anlaşmanın ihalenin şartları ve fiyatını etkileyecek bir anlaşma olduğunu bilerek işlemeleri gerektiğinden özel kast ile işlenebilir[863].

İhaleye fesat karıştırma, bilmek ve istemek unsurlarının dışında hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirme iradesi de içermektedir. Burada kast neticeyi de içermektedir. Bu bakımdan ihaleye fesat karıştırma suçu olası kast ile işlenemez. Özellikle TCK. 235/2-a maddesinde sayılan suçlar "hile" unsuru içermesi sebebiyle yoğun bir kast ile işlenmektedir. Bu nedenle de olası kast ile işlenmesi mümkün değildir[864].

Doktrinde ise, kanunda suçun düzenlenişi "bilerek", "bildiği gibi" ifadelerini içerdiği hallerde failin özel amaç taşıdığını ve olası kastla işlenemeyeceğini[865], ancak

---

[861]Kanun işlenen maddi eylemin bilinçli ve iradi olmasının yanında, failin özel bir amaçla hareket etmesini gerekli kıldığı hallerde "özel kast" gündeme gelir. Bu hallerde failin amacı tipik maddi eylemden ziyade manevi unsura dahil olduğundan suçun tamamlanması için amacın gerçekleşmesi şart değildir. Soyaslan, Genel Hükümler, s.420; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.222

[862]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.190; İhale görevlisi olan failin, husumet beslediği A firmasını diğer istekliler önünde küçük düşürmek amacıyla teklifini hileli yollarla reddetmesi durumunda, kastının ihaleye fesat karıştırma suçu olmadığı ve bu nedenle eyleminden sorumlu olmadığı yönünde doktrinde ifade edilen örnek, kanaatimizce yerinde değildir. Zira burada failin saiki nazara alınmış ve özel kast aranmıştır. Oysa yukarıda izah ettiğimiz üzere ihaleye fesat karıştırma suçu özel kasta uygun olmayıp yalnızca genel kastla işlenebilen bir suçtur. Örnekteki fail yaptığı hileli hareketi bilmekte ve istemekte olup, bunun neticesinde A firmasının ihaleden engelleneceğini bilmekte ve istemektedir. Burada artık kast unsuru gerçekleşmiş ve suç oluşmuştur. Failin bu eylemi hangi amaç ve saik ile yaptığının artık bir önemi kalmamıştır.

[863]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.761; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.28; k.g. Şen, Aksüt; *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.118

[864]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.134

[865]Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.238; Hakan Karakehya, "Olası Kast", **Ceza Hukuku Dergisi,** C.1, S.2, 2006, s.38; Mahmut Gökpınar, "Ceza Sorumluluğunun Temeli: "Kast", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.79, 2008, s.223(ÖZGENÇ, Hukuka özel aykırılık hallerinin aslında Kanun koyucu tarafından özel ve doğrudan kast ile işlemesi koşulunu aradığını, kanuni tanımda eylemin hukuka aykırı olmasına özellikle işaret edilmesi halinde, bu suçların yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceğini ifade etmiştir. "Hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı durumlarda, ceza sorumluluğu için failin, işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanısıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. Aksi takdirde, kastının varlığından söz edilemez…" Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.294

Bu görüşü SOYASLAN şu gerekçelerle eleştirmiştir; TCK.'da suç tiplerinin içerisine "bilerek", "bilmesine rağmen", "bildiği halde" gibi ibareler bulunduğu hallerde bu tür suçların ancak doğrudan kast ile işlenebildiği yolunda bir açıklama yapılmışsa da, aslında söz konusu "bilerek, bilmesine rağmen" şeklindeki ifadeler, kanunda eylemin özel hukuka aykırılık bilinciyle yapılmış olmasının

ihaleye fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında böyle bir ibare olmadığı için olası kastla işlenebileceği ifade edilmiştir[866].

Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira suçun kanuni tanımında yer alan "*bilerek", "bilmesine rağmen", "bildiği halde*" ibareleri özel hukuka aykırılık bilinciyle suçun işlenmesi gerektiğine işaret etmekte olup[867], suçun olası kastla işlenip işlenmediği yahut özel kast ve saik ile hareket edildiği yolunda bir anlam taşımazlar[868]. Zira bilmeme hali failde kastı ortadan kaldırmaktadır[869]. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[870].

---

arandığı anlamına gelir. Yoksa bir olası kastın olup olmadığı yolunda bir tespite yaramazlar; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.431

[866]Eker Kazancı; *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.190; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.924; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.191

[867] Hukuka özel aykırılık, kanun koyucunun belli bazı davranışların failce hukuka aykırı olduğu bilinciyle yapılmasını aradığı hallerde söz konusu olur. Kanun koyucunun buradaki amacı failin hukuka uygun olduğunu bildiği ve bu inançla yaptığı eylemler ile hukuka aykırı olduğunu bilerek yaptığı eylemleri ayırmaktır. Örneğin hırsızlık, cinsel saldırı, adam öldürme gibi suçların hukuka aykırı işlenmeleri esastır. Bu tür eylemlerde suçun hukuka aykırı olup olmadığından bahsedilmez. Buna karşılık bazı suçlarda ise fail hukuka uygun hareket ettiği zannıyla hareket ettiğini bilmeyebilir. Örneğin görevi kötüye kullanma suçunun görevinin gereklerine aykırı olarak işlenmesi gerekir. Burada failin görevinin gereklerinin ne olduğunu ve bunun hilafına davrandığını bilmesi gerekir. Kanun burada eylemin hukuka aykırılığına bizzat işaret ederek, failin işlediği eylemin hukuka aykırı olduğu hususunda bilgi sahibi olmasını ve kastının bu doğrultuda görünmesini istemektedir. Bu bakımdan her suçta bulunması gereken hukuka aykırılık unsuruna, kimi suçlarda ortaya çıkabilecek tereddütleri önlemek için yasada özel olarak yer verilmesi gerekli görülmüştür; k.g. Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", s.118; Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, s.123, Yazarlar ise hukuka özel aykırılık hallerinin manevi unsurun bir argümanı olarak değerlendirmektedirler. Kanun koyucunun suç tipinde özel olarak hukuka aykırılıktan söz etmesi, hukuka özel bir aykırılık değil, özel bir amacın varlığına işaret etmektedir.

[868]Soyaslan vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.134; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.431; k.g. Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.104; Eker Kazancı; *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.190; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.924; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.191

[869]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.258

[870]Yargıtay CGK. 23/1/2007T., 2006/8-275 E., 2007/9 K. sayılı kararı; *"Esasen kural olarak, failin suç saydığı bir sonucu bilmesi, istemesi ve bu suretle harekette bulunması, kastın varlığı açısından yeterlidir. Ayrıca, sonucun yasaya veya hukuka aykırı olduğunu bilme şartı aranmaz. Ancak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından yasamız, eylemin "gayrımeşru surette" işlenmesini şart koştuğundan, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve istemesini aramaktadır. Bu durumda, failin, işlediği fiilin hukuka aykırılık bilincine de sahip olması gerekmektedir. Hakim, suçun manevi unsuruna dahil olan "hukuka aykırılık bilincini elbette araştıracaktır. Fakat, hukuka aykırılık bilinci özel kasıtla karıştırılmamalıdır. Fail, suç tipinin objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, eylemde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle, kastının varlığı kabul edile-mese dahi, bu durum suçun özel kasıtla işlenebileceği anlamını taşımaz.. Öte yandan, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 109. maddesinde de öncekine benzer biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede de, suçun "hukuka aykırı olarak" işlenmesi aranmaktadır. Başka deyişle, hukuka aykırılık suç tipinde ayrıca gösterildiği için, "hukuka özel aykırılık" hali söz konusudur. Bu nedenle failde, suçun manevi unsuruna dahil olan "hukuka aykırılık*

Suçun olası kast ile işlenebileceği yönünde doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, yalnızca gizli anlaşmanın "ihalen şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek" amacıyla yapılmış olmasının icap ettiği, netice olarak gizli anlaşma yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma eylemlerinde olası kast söz konusu olmayacağı ve doğrudan kast ile işlenebileceği, bu madde dışında ise faillerin amaç ve saikinin suçun oluşumuna etkisi bulunmadığı ve suçun olası kast ile işlenebileceği ifade edilmiştir[871].

Bir başka görüşte ise TCK. 235/2-c maddesinde yer alan cebir, tehdit veya hukuka aykırı davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun doğrudan kast ile işlenebileceğini, diğer seçimlik hareketler de ise olası kastın mümkün olduğu ileri sürülmüştür[872].

Kanaatimizce ihaleye fesat karıştırma suçu yalnızca doğrudan kast ile işlenebilir. TCK. 235/2-a-1. maddesinde yer alan hileli hareketlerle ihale yeterlilik ve koşullarını sağlayan kişilerin ihaleden engellenmesi ve 235/2-a-2. maddesinde yer alan hileli hareketlerle yeterlilik ve koşulları sağlamayan kişilerin ihaleye kabul edilmesi eylemlerinde, failin kastı eyleme yönelik olmalıdır. Yani failin kastı, ihaleye katılımını engellemeye yönelik olmalı ve bu kişinin ihaleye katılmaya ehil olduğunu bilmelidir. Bunun bir suç olduğunu bilip bilmemesi sonucu değiştirmez[873].

TCK. 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerindeki suçlarda ise failin kastı, teklif edilen malların şartnameye uygun veya şartnameye aykırı olduğu hususlarını bilmesini, bu malların ihale komisyonunca gerçeğe aykırı ve hileli olarak değerlendirmeye alınmasını ve değerlendirme dışı bırakılması yönünde bir davranışı istemesini kapsar[874]. Bu halde olası kastın bulunması mümkün değildir.

---

bilincinin bulunması gerekmekte ise de, suçun temel biçimi bakımından özel kast (saik) aranmamıştır; genel kastın varlığı yeterlidir."

[871]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.191

[872]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.760-761

[873]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.190; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.433

[874]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.191

235/2-b maddesine geldiğimizde failin ifşa ettiği bilgi ve belgelerin mevzuat ve şartnameye göre gizli kalması gereken belge ve bilgilerden olduğu hususunda bilgisinin bulunması gerekir. Fail bilerek ve isteyerek bu bilgi ve belgeleri üçüncü şahıslarla paylaşmalıdır[875]. Fail dikkatsizliği yahut ihale komisyonundaki görevinde tecrübesizliği nedeniyle gizli kalması gereken belge ve bilgileri ifşa etmesi halinde, taksir derecesindeki bu kusurundan ötürü sorumlu olmayacaktır[876].

Cebir, tehdit ve diğer hukuka aykırı davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunda ise (TCK. 235/2-c) fail, ihaleye katılma yeterliliği ve koşullarını sağladığını bildiği kişiye karşı ihaleye katılmaması yönündeki eylemini isteyerek yapmalıdır[877]. Ancak mağdurun ihale yeterliliği olmadığını bilmiyorsa ve yine engellemek amacıyla cebir ya da tehdit uyguluyorsa, burada failin eylem bakımından kastı olsa dahi işlenemez suç söz konusu olduğundan cezalandırılmayacaktır[878].

Bu arada ifade edelim ki, 235/2-c maddesinde yer verilen "diğer hukuka aykırı davranışlarla" ibaresi, suçun hukuka aykırılık bilinci ile işlendiği anlamına gelmez. Bu ifade hukuka aykırılık unsuru veya manevi unsur ile ilgili de değildir. Yalnızca diğer seçimlik hareketler olan hile, cebir ve tehditten ayırılmasına yarayan bir unsurdur[879].

---

[875] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.191 (Yazar ayrıca failin ifşa etmeye karar verdiği belgelerin gizli kalması gereken belgeler olduğu konusunda isteği olmasa da, bu nitelikte olduğunu öngörmesi ve bu duruma aldırış etmemesi halinde olası kast ile işlenmiş bir suçun varlığından bahsetmişse de, daha önce izah ettiğimiz gibi ihaleye fesat karıştırma suçlarının yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceğini ve bu örnekteki failin kasıtlı olarak suçtan sorumlu olacağını düşündüğümüzden bu görüşe iştirak etmiyoruz)

[876] Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.134

[877] Yargıtay 5. CD. 16/6/2014T., 2014/926E., 2014/6687K. sayılı kararında; " babasına ait evin A. İcra Müdürlüğünde ihale usulüyle satıldığı esnada açık arttırmanın yapıldığı idareye gelen ve "bu evi alacak adamı öldürürüm" şeklinde tehdit içeren sözler söyleyerek ihalenin iptal edilmesine neden olan sanığın eyleminin, aynı Kanun'un 235/5 kapsamında kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla yapılan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılgılı değerlendirmeyle tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesi…" Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.822

[878] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.107

[879] Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.104

5237 sayılı TCK'nın 235/2-d. maddesinde düzenlenen gizli anlaşma yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunda, fail yapmayı istediği anlaşmanın aslında ihalenin koşullarını ve fiyatı etkileyebilecek nitelikte olduğunu bilmesi gerekir. Burada ihale konusunda yapılan anlaşmanın özellikle ihale koşullarını ve fiyatı etkilemek amaç ve saiki taşıması gerekir. Bu nedenle bu eylem özel kast ile işlenir[880].

Kamu zararı suçun neticesi değil, objektif cezalandırma şartıdır. Öyleyse failin kastı kamu kurumlarına zarar verilmesini kapsamaz. Bu bakımdan kamu zararı meydana gelmese dahi faile cezai sorumluluk yüklenmiştir[881].

Fail suçun maddi unsurunda hata etmiş ise bu hatasından yararlanır. Örneğin gizli tutulması gereken bir belgeyi bu niteliğini bilmeksizin ifşa ediyor ise, o zaman esaslı hata vardır ve suç kastı olmadığını kabul etmek gerekir[882].

Yargıtay bir kararında[883], ihale kanununa aykırı hareket edilmesi neticesinde failin, görevine aykırı hareketi suç kastıyla yapmadığı gerekçesiyle suçun oluşmadığına karar vermiştir. Ancak yalnızca eyleme yönelen kast ve genel kastla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunda özel kast arayan bu karara katılmak olanaksızdır. Anılan karar Yargıtay'ın genel kastı açıkça kabul eden kararlarıyla çelişmektedir.

TCK. 29. maddesi uyarınca, failin daha önce maruz kaldığı hukuka aykırı bir davranışın yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye daha az ceza verilecektir. Hakaret ve küçük düşürücü hareketlerle daha önce mağdur edilen

---

[880] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.191; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.190; Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.78

[881] Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* s.759; bkz. "Netice"

[882] Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.134; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.192

[883] Yargıtay 4. CD. 16.06.2005, E.2005/2, K.2005/28 *"...sanık aşamalardaki savunmasında, il valisi olarak görev yaptığı sırada amatör spor kulüplerine yardım etmek amacıyla, ...krampon eşofman ve yağmurlukların pazarlık usulüyle alınmasında sakınca görülmediğini, kamuyu zarara uğratmak veya başkalarına kazanç sağlamak amacının olmadığını beyan etmiş, ...satın alınan spor malzemelerinin ayrı nitelikte oldukları düşüncesiyle pazarlık usulüyle alımı yoluna gidildiği kanısına varılmakla, olayda sanığın suç işlemek kastıyla hareket ettiği yolunda somut ve kesin kanıtlar elde edilememiştir."*

failin, bu davranışların tesirinde kalarak, kendisine bu davranışları yapan kişiyi hileli hareketlerle ihaleye katılmasını engellemesi eylemi, TCK. 29. maddesi gereği indirimli ceza ile sorumlu olacaktır[884].

[884]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.205

3. BÖLÜM: İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ, DİĞER SUÇLARLA İLİŞKİSİ, YAPTIRIM, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

3.1. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

3.1.1. Cezayı Hafifleten Neden

TCK'nın 235'inci maddesinde kamu zararının bulunmayışı cezayı hafifleten bir neden olarak düzenlenmiştir.

TCK'da yer yer zikredilen kamu zararı kavramı yalnızca maddi bir zarara işaret etmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 235'inci maddede[885] ve görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257'nci maddede suça konu olan zarar kamunun ekonomik zararıdır[886]. Bu husus maddede açıkça yazmasa da, madde bütünlüğünden ve gerekçeden kanun koyucunun esasen ekonomik zararı kastettiği anlaşılabilmektedir. Zira 235'inci maddenin üçüncü fıkrasının ilk halinde, ekonomik zarar kastedilerek kamu zararının miktarından bahsedilmiştir[887].

---

[885]TCK. 235. maddesinin gerekçesi kamu zararından şu şekilde bahsetmektedir. "*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*"

[886]Kamu zararının suçun unsuru olarak düzenleyen TCK 257'nci maddesinin gerekçesinde de ekonomik bir zarar bulunması gerektiği ifade edilmektedir; "*..kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, ... kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması halinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir."*

[887]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.186

Yargıtay da ihaleye fesat karıştırma suçlarında kamu zararını dar yorumlamaktadır[888]. Buna göre suç sebebiyle zarar doğma ihtimalinin bulunması yeterlidir. Maddi zararın doğma ihtimalinden kastedilen, rekabet ortamının oluşması halinde kullanılacak kamusal kaynaklar ile fesat karıştırılan ihale sebebiyle harcanan kaynaklar arasındaki farktır. Yoksa yapılmayan bir harcama için maddi zarar yorumu yapılmamıştır. Kamu zararı somut olmalı ve ekonomik açıdan bir kayıp bulunmalıdır. Yargıtay'a göre meydana gelecek kamu zararının net ve kesin rakamlarla belirlenmesi şart olmayıp, somut olarak tespit edilebilmesi kafidir. Yargıtay kamu zararının tespiti için 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71'inci maddesini işaret etmektedir[889]. Bu hükme göre kamu zararı; işmal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması, mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması, transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması, idare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata aykırı bir şekilde yapılması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Kamu zararı rekabetsiz ortamda yapılan ihale sonucu yapılan harcamadır. Eğer ihale yapılmamışsa veya iptal edilmişse böyle bir harcama yapılmamış ve dolayısıyla zarar oluşmamıştır. İptal olan ihale için yapılan masraflar ile yeni yapılacak ihale için

---

[888]Yargıtay CGK. 14.7.2009T., 2009/4-3E., 2009/201K sayılı kararı "*...Olayda, .. ekonomik bir zarar olarak anlaşılması gereken kamunun zarara uğraması keyfiyeti de gerçekleşmemiştir";* Yargıtay 5. CD. 27/2/2013T., 2012/3485E., 2013/1418K. sayılı kararında ; "*…suçun doğrudan zarar değil soyut tehlike suçu niteliğinde bulunduğu, bu suçun oluşumu için zarar doğması ihtimalinin bulunması yeterli olup, buna karşılık fesat karıştırılan ihalenin iptal edilmesi veya ihale sonucunda yapılan sözleşmenin ifa edilmemiş olması Hazineden bir gider oluşmasına yol açmayacağından kamu zararının gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceği, bu şartlarda yeniden yapılan ihale arasındaki olumsuz farkın da zarar kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle kanunda öngörülen her fesat halinde mutlak zarar doğacağının kabulünün olanaksızlığı karşısında, eylem nedeniyle kamunun temin edeceği mal veya hizmet alımlarında ya da yapım işlerinde bedelin olması gerekenden yüksek tutulması, kamu adına kiralama ya da satımlarda ise bedelin düşük kalması nedeniyle serbest rekabet ortamının bozulmasına bağlı bir zararın doğması halinde TCK'nın 235/3. maddesinin uygulanabileceği,.."*

[889]Yargıtay 4. CD. 26.02.2007, E.2007/13076, K.2007/1959.; *"...Kamu zararı gerekçedeki açıklamaya göre ekonomik zarar anlamındadır. Somut (maddi) olmalıdır. Ancak , bunun için miktarın kesin olarak belirlenmesi şart olmayıp, olayın özelliğine göre somut bir zararın meydana geldiği anlaşılabiliyorsa, bu durumda kamu zararının varlığı kabul için yeterlidir. Kamu zararının ne olduğu konusunda müracaat edilebilecek her zaman geçerli olabilecek genel bir tanım 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol yasasının 71. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucu kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması kamu zararıdır. Görev gereklerine her aykırı davranışın kamu idaresine karşı duyulan güveni zedelediği ve böylece bir kamu zararına yol açtığı veya zararın oluşmasına yönelik elverişli hareketin yapılmasının yeterli olduğu biçimindeki genişletici görüş ve yorumlar yasa koyucunun kamu zararının ekonomik ve somut olması yolundaki tercihi ile bağdaşmaz...*"

yapılan harcamalar bu anlamda kamu zararı değildir. Yargıtay'a göre de bu harcamalar bir kamu zararı değil, yerine getirilecek kamu hizmetinin bir uzantısıdır[890].

Doktrinde, yapılan masraflar, idarenin kaçırdığı fırsatlar, ihalenin gecikmesi nedeniyle uğranılan zararın da gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir[891]. Bu görüş Kanun'un "ekonomik zarar" ve Yargıtay'ın kabul ettiği "somut zarar" olgusuna karşıdır. Bizce de ileri sürülen görüşün kabulü, kamu zararının nedensel olması bakımından cezai sorumluluğun gereğinden fazla genişletilmesine yol açacaktır.

Kamu zararı kavramının "maddi zarar" haricinde, geniş yorumlanarak manevi zararı da kapsaması durumunda zararın tespiti zor olmaktadır[892]. Belirtmek gerekir ki, devletin maddi zararı dışındaki zararların belirlenmesinde kesin bir kriter belirlemek gerekli değildir. İhaleye fesat suçu ile korunması amaçlanan menfaat, rekabet ortamında devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması olduğundan[893], manevi zarar aramaya gerek de bulunmamaktadır[894]. Manevi zararın, kamu zararı olarak mütalaa edilemesi halinde kavram suistimal edilecektir. Kamunun manevi zararını

---

[890] Yargıtay 5. CD. 27/2/2013T., 2012/3485E., 2013/1418K. sayılı kararında ; *"..ihalenin idari bir işlemle fesat nedeniyle iptaline bağlı olarak yeniden ihale yapılması için izlenmesi gerekli işlemler nedeniyle yapılacak giderlerin anılan hükümde belirtilen zarar kapsamına dahil olmayıp kamu hizmetinin uzantısı ve doğal sonucu olduğu gözetilmeden ..."*

[891] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.667

[892] Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma", s.13.

[893] Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri,* s.91; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.805; Akbulut,"İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.62

[893] Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.5

[894] Kamu zararının tespitinde manevi zararın da dikkate alınması yönünde karşı oy gerekçelerine Yargıtay kararlarında rastlanılmaktadır; Yargıtay CGK. 17.4.2007T., 2007/4-88E., 2007/94K sayılı kararında ; "*..çoğunluk görüşe katılmayan bir kısım üyeler ise, kamu zararının sadece ekonomik zarardan ibaret olmadığı, görevin gereklerini yasaya uygun yapmayan veya görebinin gereklerine aykırı hareket eden her kamu görevlisinin aslında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 6. Ve 7. Maddeleri ile kendisine yüklenen "Türkiye cumhuriyeti kanunlarını sadakatle uygulamak ve devletin menfaatlerini korumak yükümlülüğünü de ihlal etmiş olmasından dolayı kamusal bir zarara sebebiyet vermiş olacağını, dolayısıyla ekonomik bir zararın bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek olmadığını ileri sürerek..."* Sucuoğlu, *Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.57*

kabul etmek, TCK'nın 235'inci maddesinin amacına aykırı olarak geniş yoruma sebep olmaktır[895]. Doktrinde kabul gören görüş bu yöndedir[896].

Kamu zararının tespiti için çoğu zaman teknik bilgi gerekebilir. Yargıtay özellikle bu konuda zararın araştırılması bakımından bilirkişi tayinini zorunlu görmektedir[897]. Hemen her kararda ihalenin mevzuata uygunluğu ve kamu zararının tespiti için bilirkişiye gidilmesine hükmedilmektedir. Oysa bilirkişi beyanları ispat hukuku açısından kesin bir kanıt olmayıp, mahkeme kararına esas teşkil edip etmemesi tamamen hakimin takdirindedir. Hakimin böyle bir kanıtla mecburi tutulması doğru değildir. Eğer hakim bilirkişi ile aynı görüşte değilse ve raporun hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa dahi, bu ihtilafı kendi gerekçesinde çözmesine imkan tanınmamaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçu sonucu ihaleye katılan yada katılacak üçüncü kişilerin uğradığı zararın TCK 235'inci maddesinde gözardı edilmiştir. Düzenlemenin bu hali doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten çoğu zaman ihaleye fesat karıştırma suçundan zarar görenler ihaleye istekli olan kişilerdir. Özel kişilerin uğradıkları zararın kanun koyucu tarafından görmezden gelinmesi TCK. 1'inci maddesinde belirtilen Kanun'un amacına uymamaktadır. Zira TCK öncelikle kişi hak ve hürriyetlerini korumakla kendini görevli kılmıştır[898].

---

[895] Yargıtay 4.CD. 26.2.2007T., 2007/13076E., 2007/1959K sayılı kararında; "…*görev gereklerine aykırı davranışın kamu idaresine karşı duyulan güveni zedelediği ve böylece bir kamu zararına yol açtığı veya zararın oluşmasına yönelik elverişki hareketin yapılmasının yeterli olduğu biçimindeki genişletici görüş ve yorumlar yasa koyucunun kamu zararının ekonomik ve somut olması yolundaki tercihi ile bağdaşmaz.."* Sucuoğlu, *Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.57*

[896] Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.951; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma", s.151; Tezcan, Erdem, Önok, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.754

[897] Yargıtay CGK.17.04.2007, E.2007/4-88, K.2007/94.; (Parlar, Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.4, s.3656.) Yargıtay 4. CD. 21.03.2007, E.2007/883, K.2007/2617.; "*...Kahramanmaraş belediyesinin veya diğer devlet organlarının ekonomik bir zarar görüp görmediklerinin, ihalelerin yasalara uygun şekilde yapılıp yapılmadığının, değil ise yapılan usulsüzlüklerin nelerden ibaret olduğunun ve sözü edilen usulsüz işlemler sonucunda kişilerin mağduriyetinin doğup doğmadığının, yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile tespit ettirilmesi ile sanığın hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerekir..*"

[898] Özen, *Ceza Hukuku Özel Kısım,* s.758

TCK'nın 235/3-b maddesi nazarında kamu zararı, yalnızca ihaleyi yapan kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zarardır. Şu halde kamu kurumu niteliğinde olmayan ancak maddenin 5'inci fıkrasında zikredilen kamuya yararlı dernek, kooperatif ve kamu kurumu iştirakiyle kurulan şirketlerin ve vakıfların uğradığı zararlar hakkında meydana gelen zararların, TCK'nın 235/3-b maddesi kapsamında olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce düzenleme hatalı ele alınmıştır. Kanun'un kapsamına aldığı kamuya yararlı dernek, kooperatif ve kamu kurumu iştirakiyle kurulan şirketlerin ve vakıfların uğradığı zararın gözardı edilmesi önemli bir çelişkidir. Aslında TCK 235/3-b maddesinde "*ilgili kamu kurum veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise*" ibaresi yerine, "*ilgili kamu kurum veya kuruşları ile bu maddenin beşinci fıkrasında sayılan kuruluşlar*" şeklinde bir ifade kullanılması daha doğru görünmektedir. Ancak hükümdeki eksikliğe rağmen, doktrinde beşinci fıkranın da kapsam dahilinde olduğu ifade edilmektedir[899].

TCK'nın 235/3-b maddesine göre kamu zararının bulunmaması hali, daha az cezayı gerektiren nitelikli haldir. 6459 sayılı kanunla 11.4.2013 tarihinde yapılan değişikliğe kadar ise, kamu zararının bulunması hali cezayı artıran nitelikli hallerden sayılmıştır[900].

Maddenin ilk halinde kamu zararı bulunmadığı hallerde fail 5 yıldan 12 yıla hapis cezasından sorumlu oluyor ve kamu zararı var ise verilen cezalar yarı oranında artırılıyordu. 6459 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası ise kamu zararına yol açan fesat karıştırma eylemleri 3 yıldan 7 yıla hapis cezası ile cezalandırılırken, kamu zararının tespit edilemediği durumlarda bu ceza 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olmaktadır.

Bu hüküm TCK. 235/2-a-b-d bentlerinde yer alan suçlar ve 235/2-c bendindeki cebir ve tehdit dışında kalan hukuka aykırı davranışları içeren suçları kapsamaktadır.

---

[899]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.239

[900]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.25; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.68; Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.905-924

Cebir ve tehdit ile işlenen ihaleye fesat karıştırma suçları için zarar koşulu aranmamaktadır ve cezanın altı sınırı 5 yıl hapis cezasıdır[901].

Düzenleme pek çok yönden eleştiriye açıktır. Bir kere ihaleye fesat karıştırma suçunun temel hali için kamu zararının öngörülmesi pek çok eylemi temel ceza miktarından kurtarmaktadır. Öncelikle ihaleye fesat karıştırma suçu işlendiğinde bu durum çoğunlukla ihale süreci bitmeden, yahut sözleşme imzalanması veya edimin ifası sırasında anlaşılmaktadır. Bu süreçte henüz kurum tarafından ödeme yapılmamakta ve zarar oluşmamaktadır. Ancak edim ifa edilip de, kurum tarafından hak ediş belgesi düzenlendikten sonra harcama yetkili tarafından ödeme gerçekleşmektedir. Netice olarak bu hükmün uygulanabilme ihtimali düşüktür.

Doktrinde de kamu zararına ilişkin düzenlemenin suçun işlenmesini zorlaştırdığı ifade edilmektedir. Zira fesat içeren eylemler neticesinde kamu zararının somut olarak ortaya konabilmesi, sadece eksiltme ihalelerinde en çok eksiltenin, artırma ihalesinde ise en çok artıranın ihalede engellenmesi halinde mümkün olabilir. Bu nedenledir ki, eksiltme ihalesinde idare ihaleyi en düşük teklife vermek zorunda olmadığından, mevcut zararın belirlenebilmesi çok güçtür[902].

Bununla birlikte düzenleme kanun yapma tekniğine aykırıdır. Kanaatimizce suçun önce basit hali, ardından kamu zararı bakımından cezayı artıran nitelikli hali düzenlenmelidir. Zira belgede sahtecilik, hırsızlık, dolandırıcılık ve mala zarar verme suçlarını düzenleyen hükümlerde önce suçun temel şekli yer almış, kamu aleyhine bir zarardan bahsedilirken sonraki fıkralarda cezanın artırılacağı belirtilmiştir. Mevcut düzenleme ise suçun niteliğinin belirlenmesi ve yorumlanması bakımından karışıklığa neden olmaktadır.

Son olarak, cebir veya tehdit suçları bakımından kamu zararının kapsam dışı bırakılması yerinde değildir. Hileli hareketler ile cebir veya tehdit eylemleri arasında

[901]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.71

[902]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma, s.27

gerekçesiz bir ayrıma gidilmiştir. Bunun mantıklı bir izahı yoktur. Kanaatimizce, hileli hareketler ile cebir veya tehdit arasında haksızlık derecesi bakımından bir fark yoktur. Bu nedenle maddenin bütün suçları kapsar şekilde ele alınması gerekmektedir.

3.1.2. Teşebbüs

Bir eylem tamamlanmadan son bulduğunda, ceza kanununun özel kısmında tanımlanan tipiklik unsuru gerçekleşmiş olmayacaktır. Tamamlanmayan eylemin cezalandırılacağına dair bir hüküm bulunmaksızın, o eylemi cezalandırma imkanı yoktur. Kanun koyucu tamamlanmasa dahi, ortaya çıkardığı tehlike sebebiyle bir eylemi cezalandırmak niyetinde ise, o eylemin teşebbüs aşamasında kalmış halini de düzenlemelidir. Ancak her bir suç tipini ayrı ayrı düzenlemek gerekmez. Bu nedenle suça teşebbüs kavramı ceza kanunlarının genel kısmında yer alır[903].

Hareket yapıldıktan sonra kastedilen[904] neticenin[905] failin elinde olmayan sebeplerle gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs kavramı ele alınır. TCK'nın 35'inci

[903]Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, Kazancı Yayınevi, Ankara,1994, s.51; Hafızoğulları, Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.308 Failin henüz neticelenmemiş bir suçtan cezalandırılması, tamamlanmış suçtan cezalandırılmasıyla aynı sebebe dayanmaktadır. Fail sonuca ermeyen hareketiyle, suç işleme iradesini açıkça sergilemiştir. Düşünce ve hazırlık aşamasını geçen ve icrai bir niteliğe dönüşen hareketler cezalandırılmaktadır. Teşebbüsün cezalandırılmasına yönelik teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.32 vd.

[904] Teşebbüs yalnızca kasten işlenebilen suçlarda söz konusudur. Failin işlediği eylemde kast derecesinde kusuru bulunmalıdır. Taksirli suçlara teşebbüs etme imkanı yoktur. Nitekim fail teşebbüs aşamasında kalan eyleminde, bilerek ve isteyerek suç iradesini ortaya koymalıdır. Failin kasıtlı davrandığı konusunda şüphe bulunmamalıdır. Bu nedenle olası kasta teşebbüs mümkün değildir. Zira olası kastta failin sorumluluğu işlemeyi kastettiği suça teşebbüs değil, gerçekleşen neticeye göre belirlenir. Failin işlemeyi doğrudan kastettiği suçun ne olduğunu tespit etmek her zaman kolay olmamaktadır. Bunun için eylemin niteliğine bakılması gerektiği kadar, hareketten başka failin geçmişine ve suça eğilimine, mağdura husumetinin niteliğine, hareket yaparken içerisinde bulunduğu durum ve yaptığı davranış biçimleri değerlendirilmelidir. Devrim Aydın, *Suça Teşebbüs,* **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, S.1, s. 88; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.120; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.430; Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, s.38

[905]Neticesiz bir suç söz konusu değildir. Gerçekten her hareket mutlaka bir neticeye sebebiyet verir. Ancak her netice, dış dünyada maddi bir değişiklik meydana getirmez. Netice, maddi bir zarardan oluşabileceği gibi, bir tehlike doğurması şeklinde de tezahür edebilir. Bu bakımdan suçu oluşturan eylemin, hukukça korunan menfaate zarar vermesi halinde zarar suçundan söz edilir. Bu eylem bir zarara yol açmıyor, yalnızca hukukça korunan menfaatin zarar görmesi tehdidine yöneliyorsa, burada zarar suçundan değil tehlike suçundan söz edilir. Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, s.383, Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, s.295

maddesindeki düzenleme teşebbüsü "kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle [906] doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması" biçiminde tanımlamıştır[907].

Bu başlık altında, ihaleye fesat karıştırma suçunun teşebbüs halini 11.4.2013 tarihli 6459 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Zira 235'inci maddenin ilk hali, kamu zararı kavramına yer vermemişti ve hareketi neticeye bitişik bir suç olarak düzenlenmişti. Suçun tamamlanması kamunun yada özel kişilerin zarar görüp görmemesine bağlı değildi. Hareketin yapılması ile netice gerçekleşmiş olacağından, kural olarak teşebbüse elverişli değildi. Yalnızca icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmekteydik[908].

Fakat 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, TCK. 235'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine yer verilmiştir; "*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*". İhaleye fesat karıştırma eylemleri bakımından anılan bu Kanun değişikliği ile kamu zararı kavramı gündeme gelmiştir. Bu değişikliğin "teşebbüs" hükümleri bakımından sonuçları bulunmaktadır.

---

[906] Fail işlemeyi kastettiği fiile elverişli vasıta ve araçları somut olayda kullanmalıdır. Vasıtaların elverişliliği somut olayın niteliğine göre değerlendirilir ve teşebbüs sebebiyle sorumlu olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.78; Şen,Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.120

[907] Suçta kullanılan araç hedeflenen suçu gerçekleştirmeye elverişli değilse, icra hareketlerinin varlığından ve teşebbüsten söz edilmez. Kurusıkı tabanca ile ateş edilmesi halinde mağdur ölmeyeceğinden, adam öldürmeye teşebbüs suçu oluşmaz. Bunun yanında hareketin de kastedilen suçu işlemeye elverişli olması gerekir. Ersin Şare, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", **TBB Dergisi**, 2017, S.130, s.129; Çetin, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.205, Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,* C.1, s.403, Toroslu, Toroslu, *Ceza hukuku Genel Kısım*, s.248, Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.441, Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.306

[908] Aslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.207; Erman, Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.703; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.194; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.120

Önceki bölümde ifade ettiğimiz üzere[909], kamu zararı bu suç bakımından suçun unsuru ve neticesi değil, "objektif cezalandırma şartıdır"[910][911]. Bu nedenle suçun tamamlanması kamu zararının oluşup oluşmamasına bağlı değildir. Kamu zararı meydana gelmese dahi suç tamamlanmış kabul edilecektir.

Bununla birlikte doktrinde TCK. 235/3-b maddesinin "adeta özel bir teşebbüs hükmü" olarak düzenlendiği, TCK'nın 35'inci maddesine yer olmadığı, kamu zararı bakımından bu hüküm uygulanmak durumunda olduğu ileri sürülmektedir[912]. 235/3-b hükmü yalnızca neticenin meydana gelmediği durumlardan yalnızca kamu zararının oluşmadığı teşebbüs hallerinde tatbik edilmektedir. İcra hareketlerinin tamamlanamadığı teşebbüs hallerinde yine TCK'nın 35'inci maddesinin uygulanması gerekir[913].

Benzer görüşü savunan yazarlar, iki hüküm arasında, yani 235/3-b ve 35'inci maddeleri arasında özel-genel norm ilişkisi bulunduğunu ifade etmektedirler. Buna göre, TCK'nın 235/3-b maddesi 35'inci maddesine nazaran özel norm niteliğindedir ve öncelikle uygulanır. Bu uygulama 235/2-a, 235/2-b, 235/2-d bentleri ve (c) bendinin hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen halleri bakımından da geçerlidir[914]. Eğer ihaleye fesat karıştırma suçu 235/2-c bendinde yer alan cebir veya tehdit yoluyla işlenmiş ise, 235/3-a maddesi gereği ceza indirimi uygulanmamaktadır[915].

---

[909]Bkz. "Netice"

[910]Özgenç, *İhale Sürecinde İslenen Suçlar*, s.70

[911]Koca, Üzülmez, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.30; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.759

[912]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.832; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.71

[913]Özbek, v.d., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.927

[914]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.832; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.30

[915]Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s.763 (yazar, 235/3-b maddesinin hileli hareketle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği 235/2-a fıkrasının alt bentlerini kapsadığını ifade etmiştir. Oysa 235/3-b maddesine tekrar baktığımızda "*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"* hükmündeki "(a) bendi" ile 235/3-a maddesi kastedilmiştir. TCK'nın 235/2-a maddesindeki hileli hareketler bu kapsamda değerlendirilmemiştir.)

Buna karşı çıkan bazı yazarlar ise, TCK'nın 235/3-b maddesinin aslında bir teşebbüs hükmü olmadığı, yalnızca hafifletici neden içeren bir hüküm olduğunu savunmaktadır[916]. Zira 235/3-b hükmü ile getirilen düzenlemenin, ceza kanunu yapma tekniğine uygun bir düzenleme olmadığı ortadadır. Kanun koyucunun amacı ihaleye fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu olduğunu ifade etmek ise, düzenlemeyi yeniden ele almalıdır[917].

Kanaatimizce, TCK 235/3-b hükmünün iki vazifesi vardır. Bunlardan ilki ihaleye fesat karıştırma suçunun, kamu zararı olması halinde cezalandırılacağı vurgusunu yapmaktır. Diğer vazifesi ise daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak zarar bulunmadığı hallerde failin cezai sorumluluğunu belirlemektir. Yoksa doktrinde ileri sürüldüğü gibi özel teşebbüs hükmü niteliği yoktur. Kaldı ki, zararın bulunmadığı eylemler hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanması için TCK. 235/3-b maddesi gibi kapsayıcı olmayan bir hükme ihtiyaç bulunmamaktadır. Ayrıca yeniden ifade etmek gerekirse, netice niteliği taşımadığından kamu zararının gerçekleşmesi konusunda teşebbüs tartışması yapmak mümkün değildir.

Teşebbüs hükümlerinin incelenmesi için ihaleye fesat karıştırma suçunu her bir suç tipine göre ayrı ayrı irdelemek zorunluluk arz eder. Filhakika icra hareketlerinin niteliği ve suçun tamamlanması bakımından, 235/2 maddesinin (a), (b) ve (d) bentlerindeki suçlar birbirinden ayrılmaktadır. Genel olarak söyleyebiliriz ki, icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs etmek mümkündür[918].

---

[916] Soyaslan, *İhaleye Fesat Karıştırma* , s.153; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.71 (Özgenç, 235/3-b hükmünün özel teşebbüs kuralı olduğunu ifade etmektedir.); Şen, Aksüt, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, s.44 (Yazar, 235/3-b hükmünün ihaleye fesat karıştırma suçunu zarar suçu haline getirmediğini, yalnızca bir ceza artırım sebebi olarak düzenlendiğini ifade etmektedir.)

[917] Dilberoğlu, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.330

[918] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.78; Şen,Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.120; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.153

Öncelikle TCK'nın 235/2-a-1 maddesinde düzenlenen hileli davranışla katılma yeterliliği ve koşullarına sahip kişilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engelleme suçunun tamamlanması için, hileli bir hareket bulunmalıdır ve hareketin yöneldiği kişiler ihaleye katılmaktan bir şekilde engellenmelidirler. Eğer hileli hareketlere rağmen mağdurlar ihaleye katılmış ve ihale sürecinde bulunmuşlarsa, teşebbüs aşamasında kalmış ihaleye fesat karıştırma suçundan söz etmek gerekecektir[919].

TCK'nın 235/2-a-2 maddesindeki suç nazarında fail, isteklinin bizzat oluşturduğu sahte katılım belgeleriyle ihaleye katılım kararı vermek üzereyken, diğerleri tarafından sahte evraka itiraz edilmesi halinde, ihale komisyonu üyesi failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. İtiraza rağmen ihaleye katılma kararı alınmışsa suç tamamlanmış olur. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, suçta kullanılan sahte evrakın iğfal kabiliyeti bulunmuyorsa, elverişsiz araç niteliğinde olduğundan teşebbüse imkan vermeyecektir[920].

TCK'nın 235/2-a-3 maddesinde düzenlenen suçta (teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak), hileli hareketlerin bölünebildiği hallerde, teşebbüs mümkündür. Fail olan ihale komisyonu görevlisinin hileli hareketle değerlendirme dışı bıraktığı teklif, şartnameye aykırı bir teklif ise, burada hukuki konu yokluğu söz konusudur. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs olmaz. Burada failin kastı bulunsa da, teklif edilen mallar şartnameye aykırı olduğundan suça konu edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle failin sorumluluğu yoktur[921].

---

[919]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.194

[920] Suçun maddi konusunun bulunmaması veya suçta kullanılan araçların ve dolayısıyla hareketin elverişsiz olması halinde işlenemez suçtan söz etmek gerekir. Bu durumda fail işlemeyi kastettiği suçu gerçekleştirmek için gerekli icra hareketlerini yapmasına rağmen, kullandığı aracın veya yaptığı hareketin elverişli olmaması nedeniyle sonuç gerçekleşmeyecektir. Kastedilen suçu işlemek için elverişli araçlarla icra hareketlerinin tamamlanmış olmasına rağmen suçun üzerinde işlenebileceği maddi konunun bulunmaması halinde de, işlenemez suç vardır. Suçun maddi konus, suçun üzerinde işlendiği şahıs veya şeydir; Aydın, "Suça Teşebbüs", s.101

[921]Eğer hukuki konu yokluğu söz konusu ise fail teşebbüsten cezalandırılmaz. Hukuki konu yokluğu mutlak yada nısbi oluşuna göre teşebbüsün olup olmadığı tespit edilecektir. Hamile olduğu sanılan bir kadına karşı ilaçla işlenen çocuk düşürtme suçu, rahminde cenin olmadığı için mutlak imkansızlık nedeniyle sorumluluk gerektirmez. Bunun yanında hamile kadına verilen ilacın çocuk düşürülmesine hiçbir etkisi yok ise burada da araçların elverişsizliği vardır ve yine failin sorumluluğuna gidilmez. Ancak hamile bir kadın ilacı içmiş fakat bünyesi güçlü olduğundan çocuk düşmemişse burada nisbi

TCK'nın 235/2-a-4 maddede yer alan suçta fail, herhangi bir şekilde icra hareketlerini tamamlayamaz ve kastettiği netice gerçekleşmez ise ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs etmekten sorumlu olacaktır. İhale komisyon üyesi olan fail, mevzuata aykırı mallara ilişkin bir teklifi değerlendirmeye almak üzere tutanak tutmasına veya karar vermesine rağmen, teklif sahibi teklifini geri çektiğini açıklarsa, yine teşebbüste kalmış bir ihaleye fesat karıştırma suçu vardır.

TCK 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 kapsamında, ihale görevlisi olan failin, komisyon kararına muhalefet şerhi koyması eyleminde teşebbüs aşamasında kalan ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olacaktır[922].

TCK. 235/2-b maddesinde düzenlenen gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ulaştırılması eylemi de, icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği hallerde teşebbüse elverişlidir. Bilgi ve belgenin her hangi bir şekilde üçüncü kişiye ulaştığı anda suç oluşmuş olur[923].

Mesela ihale belgeleri fail tarafından posta yada e-posta yoluyla üçüncü kişilere göndermeye çalışmasına rağmen, postanın üçüncü kişiye ulaşmaması durumunda teşebbüste kalmış ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmaktadır. Gizli belgeleri ele geçiren kişinin, ihale saatinden önce elden vermeye çalışırken polis tarafından yakalanması halinde de teşebbüs hükümleri uygulanır.

TCK. 235/2-c maddesinde düzenlenen cebir, tehdit ve hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçları da teşebbüse müsaittir. İhale yeterliliği ve koşullarına sahip mağdurun, cebir kullanarak ihaleye girmesine engel olunmak üzere icra hareketlerine başlandığı sırada, mağdurun bir yolunu bulup failin

imkansızlık bulunduğundan, ilacı veren fail hakkında çocuk düşürmeye teşebbüs söz konusu olacaktır. Şare, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", s.131

[922]Aslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.142

[923]Soyaslan, v.d., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.116

elinden kaçması ve ihaleye katılması durumunda teşebbüs aşamasında kalan ihaleye fesat karıştırma suçu oluşur[924].

Failce yapılan hareketler tehdit veya cebir suçu derecesine varmamış yada hukuka aykırı davranış mağdur üzerinde etki bırakmamış ise teşebbüsten söz edilmez. Zira burada elverişli bir hareket yoktur[925].

Yargıtay'ın istikrarlı kararlarında suçun tamamlanması, hileyle veya cebren ihaleden engellenmeye çalışan mağdurların, bu davranışlar karşısında ihaleye girememeleri ve teklif verememelerine bağlıdır[926]. Elbette suça konu olan cebir veya tehdit eyleminin, mağduru ihaleden engellemeye elverişli olması gerekir. Yargıtay'ın 2017 yılında verdiği bir kararda[927], cebire maruz kalan mağdurun buna rağmen ihaleye girmiş ve ihaleyi kazanmış olması durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğine işaret edilmiştir.

Cebir yoluyla ihaleye katılması engellenen isteklinin ihaleye katılma yeterliği veya koşulları bulunmuyorsa, burada mağdur sıfatı yokluğu, konu yokluğu ve işlenemez suç gündeme geleceğinden, ihaleye fesat karıştırma suçundan bahsedilmez[928]. Suç konusu yoksa, failin teşebbüs hükümlerinden sorumluluğu da

---

[924]Özbek, v.d., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.927

[925]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.120

[926]"*… Çorum Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından düzenlenen gıda alım ihalesine teklif vermek üzere Çorum Valiliği Ek binasına gelen katılanları ihaleye katılmalarını engellemek amacıyla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralayarak ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemeye çalışmalarına rağmen katılanların ihaleye teklif vermesi şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda eylemin TCK'nın 235/2-c, 35. maddelerinde düzenlenen cebir kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hükümler kurulması…*"

[927] Yargıtay 5.CD. 23.9.2014T., 2013/3317E., 2014/48838K. Sayılı kararı*"..Kocaali Devlet Hastanesince 16/12/2008 tarihinde düzenlenen temizlik hizmet alımı ihalesine teklif vermek üzere gelen katılanın "siz ihaleye girmeyin, size istediğiniz kadar para veririm" şeklindeki teklifi kabul etmemesi üzerine Zabit Topçu'yla birlikte saldırıp basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralayarak ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemeye çalışmalarına rağmen katılanın ihaleye katılarak kazanması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda eylemin TCK'nın 235/2-c, 35. maddelerinde düzenlenen cebir kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, …"*

[928]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.123;

olmaz. Şu halde, failin uyguladığı cebir davranışı TCK'nın 86'ncı maddesi seviyesine ulaşmışsa, yalnızca kasten yaralama suçundan sorumlu olur[929].

Bazı yazarlar, mağdurun ihaleye ehil olup olmamasına bakılmaksızın her iki durumu da ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs olarak kabul etmek gerekeceğini ileri sürülmüştür[930]. Bir an için mağdurun ihale koşullarını sağladığını, tehdit edildikten sonra ihaleye girdiğini, fakat teklifinin yetersiz görülmesi sebebiyle ihaleyi kaybettiğini varsayalım. Her iki olayda da fail kastettiği eylemin icra hareketlerini bitirmiş, fakat mağdur ihaleye girdiği için eylemi teşebbüste kalmıştır. Ancak ihaleye ehil mağdura karşı işlenen eylem bu kez basit tehdit değil teşebbüste kalan ihaleye fesat karıştırmadır. Ancak Kanun'da mağdur, ihaleye girmek isteyen her hangi biri değil, ihale koşullarını sağlayan kişidir. Bu nedenle suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı durumlarda ihaleye fesat karıştırma suçundan ve teşebbüsten söz edilemeyeceğinden bu görüşe katılmamaktayız.

Bununla birlikte mevzuata göre hatalı yöntemle yapılan veya ilan kurallarına uyulmayan bir ihale yok hükmünde sayılacağından, ihaleye katılacak isteklinin cebir veya tehdit ile engellense dahi ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Kaldı ki, ihaleye fesat karıştırma suçu için öncelikle hukuken geçerli yapılmış bir ihalenin bulunması gerekir. Yine burada da hukuki konu yokluğundan bahsetmek ve teşebbüs hükümlerinin söz konusu olmadığını ifade etmek gerekir.

---

[929]Yargıtay 5.CD. 21/2/2013 T., 2012/3486E., 2013/1316K. sayılı kararında "…sanıkların suç tarihinde Diyarbakır Çocuk Hastalıkları Hastanesinde yapılacak olan 24 aylık 34 kişiyle koruma ve güvenlik hizmetleri işi ihalesine katılmak için D. isimli özel güvenlik şirketi adına ihale evraklarıyla birlikte hastaneye geldikleri, aynı ihaleye girmek maksadıyla çalıştıkları Z. güvenlik koruma hizmetleri şirketini temsile yetkili mağdurların da geldikleri hastanede ihale dosyasını satın alma komisyonuna ibraz edecekleri sırada, sanıkların mağdurların kollarından çekiştirerek odaya girmelerine engel oldukları, sanık M.nin mağdurlar hitaben "bu ihaleye teklif vermeyin, gelin sizinle tatlı tatlı anlaşalım, bize problem çıkartmayın, yoksa sizin canınızı yakarız, eğer bu ihaleye girecek olursanız kafanıza sıkarız" dediği, Z. güvenlik koruma hizmetleri şirketinin Kamu İhale Kanununun 10. maddesi ve ihale şartnamesine göre bilanço ve eşdeğer nitelikteki belgeyi ihale evrakın eklemediği ve böylece ihaleye katılma yeterliliği taşımadığından dolayı teklifinin geçersiz sayıldığı eylemde, sanıkların cebir ve tehdit kullanarak ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu işlediklerinden bahisle mahkumiyet kararı verilmiş ise de, mağdurların yetkilisi olduğu şirketin ihaleye katılma yeterliğine sahip olmadığından 5237 sayılı TCK'nın 235/2-c maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakla sanıkların eylemlerinin tehdit ve kasten yaralama suçlarını oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması…"

[930]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.123

Failin kastı ihaleye fesat karıştırmaya yönelmedikçe, teşebbüsten de sorumlu olmaz. İhaleye girmesini engellemekten ziyade kastı yalnızca yaralamak olan fail, sırf bu eylemi sebebiyle yalnızca yaralama suçundan sorumlu olur. Yaralama kastı ile yapılan hareket ihaleye fesat karıştırma teşebbüsü sayılmaz[931].

Gizli anlaşma yapma suçunu düzenleyen TCK. 235/2-d maddesinde, ihaleye katılacak taraflar anlaşma yapmak üzere gizlice plan yapıp buluştuktan sonra bir şekilde anlaşmaya varamamaları halinde, eylem teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır[932]. Yargıtay TCK'nın 235/2-d maddesindeki suç için anlaşma yapılmış olmasını zorunlu ve yeterli kabul etmiştir. Yerleşik kararlarında bir başka harekete gerek olmaksızın, ihalenin fiyatı ve şartları konusunda anlaşmaya varılması halinde suçun tamamlanacağını ifade etmektedir. Öyleyse anlaşmak üzere buluşmak hazırlık hareketi değil icra hareketidir. Birbirlerine anlaşma üzerinde tekliflerini ileten failler TCK 235/2-d maddesine teşebbüsten sorumlu olacaklardır[933].

Buna karşın henüz anlaşmaya varılmamış, ancak anlaşma yapma iradesiyle bir isteklinin teklifi üçüncü kişiye iletilmişse, o anda suçun tamamlandığına dair doktrinde görüşler ileri sürülmüştür. Ancak bu düşünce, illiyet bağı açısından hatalı yorumlara yol açabileceği ve ihlalin önemsiz derecede kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir[934].

---

[931]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.120

[932]Özbek, v.d., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.927; Aslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.208

[933] Yargıtay 5. CD 18.4.2013T., 2012/4500E., 2013/3662K sayılı kararı, " ... *TCK'nın 235/2-d maddesindeki sadece ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerce işlenebilecek olan ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için öğretide de çoğunlukla benimsendiği üzere, ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşmanın yapılması suçun tamamlanması için yeterli olup, fiyatların etkilenip etkilenmemesi ve ihalenin tamamlanıp tamamlanmamasının önemli olmadığı, dava konusu olayda ise; ihaleye girmek için teminat yatırdıkları anlaşılan sanıkların açık artırma suretiyle satışı gerçekleştirilecek orman emvallerinin fiyatını etkilemek amacıyla aralarında yaptıkları paylaşımı kağıda aktardıkları sırada olay yerinde bulunan görevli polis memurlarınca olaya müdahale edilmesi ve ihaleye fesat karıştırıldığının bildirilmesi üzerine ihalenin ertelendiği, bu itibarla, ihaleye katılmak isteyen sanıkların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaya teşebbüs ettikleri, sanıklardan Adil Barsbay tarafından düzenlenen ve sanıkların hangi tip emvale pey süreceklerini gösterir adli emanetin 2007/157 sırasında kayıtlı bulunan iki sayfadan ibaret belge içeriği, tanıklar Birol Özenen ve Halim Yılmazer'in beyanları ile tüm dosya kapsamından anlaşıldığı ve sanıkların mahkümiyetlerine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması,…*".

[934] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.79 (Bu eleştirinin haklı yanları vardır. Şöyle ki, failce yapılan hareketin meydana gelen sonuç ile arasında illiyet bağı bulunması ve hareketin o sonucu gerçekleştirmeye muktedir olması gerektiğinden, henüz anlaşma

İhaleye fesat karıştırma suçunda teşebbüse imkan veren durumlarda, failin gönüllü vazgeçmesi mümkündür. Örnek olarak, ihaleye katılmasını engellemek üzere şahsı aracında kilitleyen fail, daha sonra bundan vazgeçerek istekliyi serbest bırakmış ise gönüllü vazgeçmeden faydalanabilecektir. Burada fail icra hareketlerinden kendi isteği ile vazgeçmiştir[935].

Suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde fail yine gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilir. Örneğin, teklifler üzerinde anlaşmaya varıldıktan sonra ihaleye girmekten vazgeçmesi halinde, fail gönüllü vazgeçmiş sayılmalıdır. TCK'nun ceza politikası gereği, gönüllü vazgeçme halinde fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Elbette vazgeçmeden önceki hareketler bir başka suça vücut vermiş ise fail bu suçlardan sorumlu olacaktır[936].

Etkin pişmanlık konusu ise ihaleye fesat karıştırma eylemi için uygulama alanı bulmaz. Zira, etkin pişmanlığın objektif unsurlarının ilki, kanun tarafından etkin pişmanlığa imkan tanıyan bir suçun varlığıdır. Örneğin etkin pişmanlık konusuna yer veren hükümlerden biri olan 168'inci madde, mağdurun zarara yol açtığı bütün eylemlere değil, yalnız bu maddede yazılan hallere uygulanabilir[937]. Ve kanunumuzda ihaleye fesat karıştırmanın etkin pişmanlık hallerini düzenleyen bir madde mevcut değildir. Bunun yanında, ihaleye fesat karıştırma suçu işlendikten sonra kamu zararının oluşup oluşmaması hususu, suçun tamamlanmasına etki etmediği için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ihaleye fesat karıştırma suçunda etkin pişmanlık hükümlerini benimsememiştir[938].

---

için bir araya gelmekten ibaret bir hareketin ihaleye fesat karıştırma neticesine neden olacağına dair bir yorum zorlama olacaktır.

[935]Soyaslan, v.d., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.135; Aslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.208

[936]Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.312

[937]Baba, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, s.33; Soyaslan, vd., İhaleye Fesat Karıştırma, s.136, Özbek,v.d., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.846

[938] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.79; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.123

3.1.3. İçtima

İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan bir eylem aynı zamanda başka suçları düzenleyen ceza normlarını da ihlal edebilir. Bu gibi durumlarda uygulanan bir norm diğerinin uygulanmasını engeller. Aksi halde aynı eyleme birden çok ceza verilmesi gündeme gelir. TCK'nın 235'inci maddesiyle birlikte ihlal edilen diğer normların aynı eylem hakkında uygulanamaması durumunda görünüşte içtima söz konusu olur[939]. Suçlar arasındaki birleşme görünüşte olduğu için, en yüksek cezayı öngören normun uygulanması veya ceza artırımı yapılması gündeme gelmez[940].

Aynı eylem sebebiyle çatışan normlardan hangisinin uygulanacağı özel normun önceliği, yardımcı normun sonralığı, bir normun diğer tarafından tüketilmesi ilkelerine göre belirlenir[941]. Örneğin işlenen bir eylem Türk Ticaret Kanunu'nun 62. maddesinde düzenlenen haksız rekabet suçu ile ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK'nın 235'inci maddesini birlikte ihlal edebilir. Haksız rekabet suçunu içeren kanuni düzenlemede, eylemin daha ağır cezayı gerektiren bir başka suçu oluşturmadığı takdirde cezalandırılacağı öngörülmüştür[942]. Aslında burada normlar çatışması bulunmamaktadır, zira TTK'nın 62'inci maddesi uygulanması gereken kanun maddesini baştan göstermiştir[943]. Bu madde yardımcı norm özelliği gösterdiği için "yardımcı normun sonralığı" ilkesi gereği, mevcut bir eyleme TCK'nın 235'inci maddesi uygulanmaktadır[944].

---

939 Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.92

940 Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.14, 2008, s.37

941 Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.93 (yazar özel normun önceliği görüşünün normlar arası çatışmayı çözmeye yeterli olduğunu, diğer iki prensibe ihtiyaç olmadığını savunmaktadır)

942 Mustafa Özen, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.8, S.1, , 2013, s.354

943 Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.93

944Zeynel Kangal, "Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi,** S.24, 2014, s.47-48

TCK'nın 235'inci maddesinde düzenlenen seçimlik hareketlerin yapısı sebebiyle, işlenen fesat içerikli bir eylem birden fazla seçimlik hareketi ihlal etmiş olabilir. Örneğin ihaleye ilişkin gizli belgenin ele geçirilmesi ile işlenen bir eylem yahut hileli hareketlerle işlenen fesat karıştırma eylemi TCK'nın 235/2-a ve 235/2-b maddelerini ihlal ettiği gibi, 235/2-c maddesinde yer alan hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu ihlal edebilir. Buradaki suçların çokluğu da görünüşte olup, tükenen - tüketilen norm ilişkisine göre yalnızca bir seçimlik suçu düzenleyen norm uygulanacaktır[945].

İhaleye ilişkin gizli belge ve bilgilere üçüncü kişilerin ulaşmasını sağlama eylemi, TCK'nın 235'inci maddesinin yanı sıra, şartları oluştuğu takdirde ticari bilgi ve belgeleri ifşa etmek suçunu düzenleyen 239'uncu maddeyi de ihlal edebilir. Ancak üçüncü kişilere ulaştırılan belge ve bilgi ihaleyle ilgili olması halinde 235'inci madde, 239'uncu maddeye nazaran özel kural niteliğindedir. Bu durum ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen norma özellik ve öncelik kazandırdığından artık 239'uncu madde uygulanmayacaktır[946].

İhaleye fesat karıştırma suçuyla birlikte dolandırıcılık suçu da bahis konusu yapılabilir. Burada hile her iki suçun da kanuni unsurlarından biridir. Ancak ihale sırasında yapılan hileli bir hareket, ayrıca dolandırıcılık suçunu oluşturmaz[947]. Hileli hareketin ihale sırasında gerçekleştirilmesi, daha spesifik bir düzenleme olması sebebiyle yalnızca ihaleye fesat karıştırma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Burada gerçek içtima veya fikri içtima söz konusu değildir. Özel-genel norm ilişkisi de yoktur. Zira özel-genel norm ilişkisini ortaya koymak için öncelikle iki suçun aynı hukuki değeri koruyor olması icap eder[948].

Örneğin, icra dairesince yapılan artırmada, katılanlardan biri diğerine ihaleden çekilmesi yahut düşük teklif vermesi yönünde menfaat sağlarsa, İcra İflas Kanunu

[945]İçel, "Görünüşte Birleşme İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", s.44

[946]Kangal, "Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması Suçu, s.47, Soyaslan, v.d., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.141

[947]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.44, Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.108

[948]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.108; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.201

345./b maddesinde düzenlenen suçun yanı sıra Türk Ceza Kanunu 235/2-d maddesinde yer alan ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşma yapma suçu oluşmuş olur. Burada İİK'nun 345/b maddesi özel hüküm özelliği gösterse de, aslında her iki düzenleme birbiriyle aynı unsurları taşımaktadır. Her iki düzenlemenin koruduğu hukuki değer aynıdır. TCK. 235'inci maddesi cebri icra ihalelerinin tümünü kapsamakta olup artık İİK. 345/b maddesinin uygulanma imkanı ortadan kalkmıştır. Sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Kanunun 235'inci maddesi hükmü, İİK. 345/b maddesini zımni olarak yürürlükten kaldırmıştır[949].[950].

İcra İflas Kanunu 345/b maddesi içerisinde yer alan menfaat karşılığı ihaleden çekilme ile TCK. 235/2-d maddesinde düzenlenen suçlar arasında, bazı yazarların ifade ettiği gibi özel-genel norm ilişkisi yoktur[951]. Gelgelelim 235/2-d maddesi genel norm olmadığı gibi, görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257'inci madde gibi yardımcı norm niteliğinde de değildir. İcra dairelerinde yapılan bütün ihaleleri kapsayan ve burada işlenen fesat karıştırma eylemlerini düzenleyen özel bir normdur. İcra ihalesinde anlaşma yapılıp menfaat karşılığı ihalenin bir başkasına bırakılması şeklindeki eylem, unsurları itibariyle TCK. 235/2-d maddesini ihlal etmektedir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunun 345/b. maddesine göre, bu kanuna göre yapılan ihalelerde kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya katılmayan kimselerin ve buna aracılık eden kimselerin cezai anlamda sorumlu olacaklarına dair özel bir hüküm yer almaktadır. Ancak bir icra satış ihalesi ve menfaat karşılığı ihaleden çekilme şeklinde bir eylem söz konusu ise, artık TCK. 235. maddesi nazarında gizli anlaşma yapmak

[949].k.g. Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.276 (yazar birlikte oluşan her iki suç arasında fikri içtima değil, özel/genel norm ilişkisi olduğunu, İcra İflas Kanunu'na göre yapılan ihalede, kendisine sağlanan yarar karşılığı ihaleden çekilen kişi aynı zamanda TCK. 235/2-d maddesinde düzenlenen fiyatı ve ihale şartlarını etkilemek amacıyla gizli anlaşma yapmak suçunu oluşturduğunu, özel-genel norm ilişkisi sebebiyle bu hususi olay hakkında İcra İflas Kanunu uygulanacağı ifade edilmişse de, TCK. 235/2-d maddesi yardımcı ve ikincil bir norm olmadığı gibi genel bir norm da olmadığını düşündüğümüzden bu görüşe katılmadığımızı söylememiz icap eder.)

[950]k.g. Soyaslan v.d., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.140; k.g. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.215 (Her iki yazara göre, bu iki norm arasında farklı neviden fikri içtima ilişkisi bulunmaktadır.)

[951]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.215; Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.82

suçu oluşur[952]. Yoksa daha özel bir hüküm olduğu ileri sürülerek İcra İflas Kanununun 345/b maddesi uygulanmaz. İcra satışına dair bir ihalede hile, tehdit, cebir kullanılarak fesat karıştırma eylemlerinde yine TCK. 235'inci maddesini tatbik etmek gerekir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir[953].

İcra ihalelerinde menfaat alarak ihaleden çekilen kişinin İİK'nın 345/b maddesinden, menfaat veren kişinin ise TCK. 235/2-d maddesinde düzenlenen gizli anlaşma yapmak suçundan sorumlu olacağı ileri sürülmüştür[954]. Ancak bu görüşe katılma imkanı yoktur, zira TCK'nın 235/2-d maddesinde düzenlenen suçun bir zorunlu iştirak türü olduğu, çok failli suçlardan "yakınsama suçu[955]" niteliğinde olduğu hususu gözardı edilmiştir.

İcra İflas Kanunu 345/b maddesi tek failli bir suç olup yalnızca menfaat karşılığı ihaleden çekilen failin cezalandırıldığı bir düzenleme olmakla birlikte, ihaleden çekilen kişiye menfaat temin eden kişinin azmettiren olarak suçtan sorumlu

---

[952]k.g.Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s.38 (yazar menfaat karşılığı ihaleden çekilme eylemi için İcra İflas Kanunu 345/b maddesinin tatbik edileceğini ileri sürmüşse de, biz bu görüşe katılmıyoruz. Bu durumda menfaati veren kişi için bir hüküm öngörülmediğinden suç sebebiyle cezasız kalması tehlikesi doğmaktadır. Menfaat bir anlaşmadır ve ihale sebebiyle yapılması durumunda, gizli anlaşma suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verir.)

[953]Yargıtay 5. CD. 16/6/2014T., 2014/926E., 2014/6687K. sayılı kararında; "*... babasına ait evin A. İcra Müdürlüğünde saihale usulüyle satıldığı esnada açık arttırmanın yapıldığı idareye gelen ve "bu evi alacak adamı öldürürüm" şeklinde tehdit içeren sözler söyleyerek ihalenin iptal edilmesine neden olan sanığın eyleminin, aynı Kanun'un 235/5 kapsamında kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla yapılan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılgılı değerlendirmeyle tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...*" Bu tür durumlarda Yargıtay kanun boşluğu olduğunu kabul etmemektedir. Zira cebri icra satışlarında tehdit eylemi İcra İflas Kanunu'nun 345/b maddesinin kapsamında sayılmamaktadır. Menfaat karşılığı ihaleden çekilme eylemi dışında, ihale sırasında yapılan hukuka aykırı bir hareket başka bir suç oluşturmadıkça İİK'nın 345/b maddesine göre cezalandırılmaz. Ancak yerinde bir kararla, ihale sırasında yapılan hukuka aykırı hareketler cebri icra satışı dahi olsa TCK'nın 235'inci maddesine göre cezalandırılması yönünde hüküm kurulmuştur.

[954]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.277 (yazar burada icra ihalesinde menfaat alan kişinin İcra İflas Kanunu 345. maddesi gereği, ona menfaat temin eden kişinin ise TCK. 235/2-d maddesi gereği sorumlu olduğunu ifade etmiştir.)

[955]Çok failli suçlar yakınsama suçları ve karşılama suçları olarak ikiye ayrılır. Bu ayrım uyarınca yakınsama suçlarında zorunlu olarak suçun işlenişine katılan kişiler aynı yönde hareket etmekte ve aynı amacın gerçekleşmesini arzulamaktadır. Bu nedenle ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek amacıyla gizli veya açık anlaşma yapmak suçu yakınsama suçlarına örnektir. Karşılama suçlarında ise, yakınsama suçlarında olduğu gibi aynı amacı gerçekleştirmeye yönelmişlerse de, hareketleri farklı yönlerden yapılmaktadır. Rüşvet suçu karşılama suçlarına örnektir. Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.68; Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.160, Akbulut ,"İhaleye Fesat Karıştırma", s.107

olmasının mümkün olduğu, böylece cezasız kalmayacağı iddia edilmiştir[956]. Ancak bu görüşte, ilk teklifin ihaleden çekilmek için menfaat almak isteyen kişiden gelmesi durumunda, menfaati verenin nasıl azmettiren sıfatına sahip olacağı konusu gözetilmemiştir. Netice olarak İcra İflas Kanunu'nun 345/B maddesi mükerrer nitelikte olup hiçbir somut olayda uygulanmamalıdır. Yukarıda işaret ettiğimiz kavram karmaşası, İcra İflas Kanunu'nun 345/B maddesinin yürürlükten kaldırılması ile son bulacaktır[957].

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun 108/2 maddesinde yer alan hileli yollarla sıhri hısımların ihaleye katılım sağlama suçu ile TCK'nın 235/2-a-2 maddesinde yer alan suç arasında farklı neviden fikri içtima ilişkisi bulunmamaktadır. Burada özel-genel norm ilişkisi de bulunmamaktadır. Bilakis her iki suçun unsurları aynı olup, korudukları hukuki değer de aynıdır. Bu nedenle kamu kurumları tarafından yapılan tüm ihaleleri kapsayan TCK'nın 235'inci maddesinin yürürlüğe girmesi ile 6183 sayılı Kanun'un 108/2 maddesi artık uygulanmayacaktır[958].

Menfaat temin eden kamu görevlileri bakımından ihaleye fesat karıştırma suçu için ayrı bir içtima kuralı öngörülmüştür[959]. TCK'nın 235/4 fıkrası uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçu sırasında ihale görevlilerince menfaat sağlanması durumunda gerçekleşecek rüşvet, zimmet, irtikap gibi suçlar için gerçek içtima kuralı uygulanmak zorundadır[960]. Burada bileşik suç veya fikri içtima halleri gerçekleşmiş olsa dahi, maddedeki amir hüküm gereği kamu görevlisinin menfaat elde ettiği rüşvet, irtikap suçları, ayrıca cezalandırılacaktır[961].

---

[956] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.82

[957] Ersan Şen, "İhaleye Fesatta İİK - TCK Karmaşası", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S.109, s. 117-122

[958] K.g. Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.216;

[959] TCK. 235/4 maddesine göre, ihaleye fesat karıştırma suçu işlenirken kendisine menfaat sağlayan görevliler, ilgili suç hükmüne göre ayrıca cezalandırılır. Eğer bir ihale görevlisi, katılımcılara karşı zorlama ile para alıp, hileli bir hareketle şartnameye aykırı olmasına rağmen teklif edilen malların kabulünü sağlamış ise, hem ihaleye fesat karıştırmaktan hem de irtikap suçundan sorumlu olacaktır. Aynı eylemi katılımcıdan maddi bir menfaat temin ederek yaptı ise o halde rüşvetten sorumlu olacaktır.

[960] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.201

[961] Yargıtay 5. CD. 26.12.2006T., 2006/12792E., 2006/10667K sayılı kararı; "…suç tarihinde Milli Emlak Müdürü olup aynı zamanda ihale komisyon başkanlığını görevini yapan hükümlü A.P'nin

Doktrinde, TCK. 235/4. maddesinin düzenlenişinin hatalı olduğu, maddede yalnızca rüşvet alan görevlinin sorumluluk alanı düzenlenmiş olup, görevliye rüşveti veren kişileri kapsam dışı bırakılmasına yol açacak bir düzenleme olduğu ileri sürülmüştür[962]. Maddenin bu haliyle, fesat karıştırılmak üzere görevliye rüşvet veren kişi cezasız kalabileceği düşünüldüğünde bu eleştiri haklıdır. Zira TCK'nın 235/4 maddesi yalnızca kamu görevlileri hakkında bir düzenlemedir. Üçüncü kişilerin kapsam dışı bırakılması doğru olmamıştır. Zira rüşvet vererek ihaleye fesat karıştıran istekliler burada gözardı edilmiştir[963]. Ancak 235/4 maddesinde düzenlenmediğinden bahisle, ihale isteklisinin rüşvet anlaşması yaptığı kamu görevlisi ile birlikte ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemelerine rağmen rüşvet suçundan cezasız kalması söz konusu değildir. Sorun oluşturacak konu, ihale isteklisinin kamu görevlisini ihaleye fesat karıştırmak üzere azmettirmemiş olması halinde ortaya çıkar. Daha önce ifade edildiği üzere, TCK'nın 235/2-a ve 235/2-b fıkralarında düzenlenen suçlar yönünden ihale isteklisi yalnızca yardım eden veya azmettiren sıfatıyla şerik olabilir. Ancak ihale görevlisi azmettirilmeksizin suçu kendi kararı ile işlemiş ve istekliden menfaat talep etmişse, istekli artık ihaleye fesat karıştırma suçuna azmettirmekten sorumlu değildir. Yalnızca rüşvet vermek eylemi yönünden cezalandırılacaktır[964].

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka husus bileşik suç niteliğindeki suçlardır. Bileşik suç, esasen tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi içerisinde "görünüşte içtimanın" bir türü olarak karşımıza çıkar. Bileşik

---

mülkiyeti hazineye ait taşınmazın satış ihalesi öncesinde M.S'nin bu taşınmaza çok para harcadığını, muhakkak almak isteyeceğini bildiğinden onu sıkıştırmak suretiyle para almak için KK ile işbirliği yapıp, KK'nin ihaleye adamları vasıtasıyla alıcı olarak girmesini, bilahare MS'den para alma vaadi karşılığında ihaleden çekilmelerini sağlayıp bu şekilde menfaat temin etmesi eyleminde ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçunun da işlediğinin sabit olduğu…" Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.108

[962]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.251

[963] Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma, s.251

[964] Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.108 "…bilindiği gibi anlaşmaya varılmasıyla suç tamamlanmış gibi rüşvet alan da veren de cezalandırılmaktadır. Menfaatin amaçlanan şeyin yapılmasından sonra sağlanması önemli değildir. Rüşvet veren kişi ise rüşvet fiilinden dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet veren ihaleye fesat karıştırmaktan ayrıca sorumlu olmaz. Rüşvet veren kişi rüşvet suçu dışında ihaleye fesat karıştırma suçu açısından da azmettiren, yani bir suç açısından fail, diğer suç açısından da şerik olmakla birlikte failliğin şerikliğe göre asillik özelliği taşıması nedeniyle sadece rüşvet suçundan dolayı cezalandırılır…"

suçta, ihlal edilen normların çokluğu görünüştedir. Hareketin kaç tane normu ihlal ettiği önemsizdir. Tüketilen birden fazla kanun hükmü olsa da, ihlal edilen ceza normu bir tanedir [965] . İhlal edilen diğer hükümler aslında bileşik suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak ortaya çıkar. Cebir ve tehdit suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği 235/2-c maddesinde de durum böyledir. Cebir, tehdit veya diğer hukuka aykırı eylemler ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru olup, ayrıca diğer bir hükümden ceza tertip edilmez[966].

6459 sayılı Kanun ile TCK. 235/3 maddesinde yapılan değişiklik sonucu cebir veya tehditle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunda, kasten yaralama ve tehdit suçunun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda bileşik suç hükmü değil, gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Cebir ve tehdit suçlarının nitelikli hallerinin işlendiği durumlarda, bu suçlardan failler hakkında ayrıca ceza verilmesi gerekir[967]. Kasten yaralamayla aynı unsurlara sahip olan cebir suçunun, TCK. 86/1 maddesi kapsamında kaldığı hallerde ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru kabul edilmeli ve birleşik suç hükümleri gereği tek ceza verilmelidir. Yargıtay'ın uygulamaları da bu yöndedir[968].

---

[965]Göktürk, "Türk Hukukunda Suçların İçtimaı", s.41

[966]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.128

[967] Söz konusu Kanun değişikliğinin gerekçesinde "birinci fıkradaki ceza miktarlarının aşağı çekilmesi karşısında, ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde ortaya çıkabilecek adil olmayan sonuçların önüne geçmek amacıyla, üçüncü fıkranın (a) bendine konulan hükümle cezanın alt sınırının beş yıl olarak muhafaza edilmesi amaçlanmıştır. Ancak cebir veya tehdit uygulanması ile kasten yaralama suçunun veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesinin sağlamak için üçüncü fıkranın (a) bendine hüküm konulmuştur. "

[968]Yargıtay 5. CD. 2.10.2014T., 2014/5592E., 2014/9460K sayılı kararı, "…TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtimanın uygulanabilmesi için öncelikle görünüşte içtima ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespiti gerekli olup; görünüşte içtima ilişkisinin bulunması durumunda fikri içtima hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı, bu bağlamda TCK'nın 235/2-c maddesinin bileşik suç olarak düzenlendiği ve aynı Kanunun 42'nci maddesinde bileşik suçlarda içtima hükümlerinin uygulanamayacağının belirtilmiş olması karşısında fikri içtima hükmünün tatbik imkanının bulunmadığı, ancak sadece TCK'nın 86/1 maddesi kapsamındaki kasten yaralama eyleminin bileşik suçu oluşturan cebir içerisinde değerlendirildiği,..", "…TCK'nın 86/1 maddesi kapsamındaki kasten yaralama eyleminin bileşik suçu oluşturan cebir kapsamında değerlendirildiği, 6459 sayılı Kanunun 12'inci addesi 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'inci maddesi kapsamındaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama eyleminin bileşik suçu oluşturan cebir kapsamında bulunmadığında duraksama bulunmadığı gibi, öğretide ağırlıklı olarak TCK'nın 87'inci maddesi kapsamına girecek şekilde yaralama eyleminin TCK'nın 235/2-c maddesine unsur olarak katılan cebir suçu kapsamında kabul edilemeyeceğinin belirtildiği de dikkate alındığında…"

Ancak TCK. 87 maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümlerine yol açan cebir içerikli eylemlerde gerçek içtima gereği ayrı ayrı cezalar uygulanmalıdır[969].

TCK'nın 212'nci maddesinde sahtecilik suçlarına ilişkin genel bir içtima kuralı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca sahte bir belgenin ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem 204/1 hem de 235'inci maddeden ayrı ayrı cezaya hükmolunur. Gerçek içtimaya ilişkin bir diğer kural ise TCK'nın 220'nci maddesi yer almaktadır. Buna göre örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde hem örgüt kurmak veya örgüte üye olmak suçundan hem de ihaleye fesat karıştırma suçundan ceza verilecektir[970].

Bazı yazarlar TCK. 212'nci maddesi hükmünün lüzumsuz olduğunu ifade etmişlerdir. Bir an için TCK'nın 212'nci maddesinin bulunmadığını farzedelim. Bu halde dahi ceza hukukundaki temel ilke, her tipik eylemin ayrı bir suç oluşturacağı ve cezalandırılacağıdır. Zira ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen hükümde resmi evrakta sahtecilik bir unsur olarak düzenlenmiş değildir. Bu nedenle Yargıtay tarafından verilen kararlarda sahtecilik suçunun amaç suç içerisinde eridiğine yönelik kararlar Kanun'a aykırıdır[971]. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi amacıyla yapılan sahtecilik eylemlerinin de ayrı bir suç oluşturmayacağı ileri sürülemez[972].

İhaleye fesat karıştırma suçunun farklı zamanlarda tek bir mağdura yönelik olarak birden fazla işlenmesi halinde "zincirleme suç" hükümlerini düzenleyen

---

[969] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.126

[970] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.200; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.220

[971] YCGK. 6.4.2010T., 2010/7-38E., 2010/79K sayılı kararı;, Yener Ünver, "TCK'daki Evrakta Sahtecilik Suçları", **Hukuk Köprüsü Dergisi**, C.3, S.4, Haziran 2013, s.106-107

[972] Ünver, "TCK'daki Evrakta Sahtecilik Suçları", s.107 (yazar bu maddeye lüzum olmadığını savunarak ceza hukukundaki temel ilke uyarınca her tipik eylemin ayrı bir suç oluşturacağını ve ayrıca cezalandırılacağını ifade etmiştir. Ayrıca TCK. 212'nci maddenin hatalı olarak kaleme alındığını, failin iki kez cezalandırılabilmesi için diğer suçun yanında sahte belgenin suçun işlenmesi sırasında kullanılması şartını aradığını, oysa suçun işlenmesi için kullanılmayan veya suçun işlenmesinde kolaylık sağlamayan bir kullanmanın suça vücut vermeyeceğini ve dolayısıyla işlenen suç yanında ikinci kez ceza verilmesi için tespiti gereken bir suçun mevcut olmayacağını ifade etmiştir.)

TCK.nun 43/1 maddesi gereğince fail tek eylemden sorumlu olur. Örneğin, kurum tarafından farklı tarihlerde yapılan ihalelerde, ihale komisyonunun aynı mağduru birkaç kez haksız olarak ihale dışı bırakması durumunda, komisyon üyeleri olan failler her ihale için ayrı ayrı değil, tek bir eylemden ötürü cezalandırılırlar[973]. Bu durumda zincirleme suç içerisinde kalan suç sayısı ve kast yoğunluğuna göre failin cezası dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır[974].

Mağdurun kamu kurumu olduğu hallerde[975], birbirinden ayrı kurumlar tarafından yapılan farklı ihalelerde fesat karıştırma eylemlerinin işlenmesi durumunda, uygulamada her kurum ayrı mağdur kabul edildiği için zincirleme suç hükümleri uygulanmamaktadır ve ayrı suçlar bulunduğu kabul edilmektedir. Oysa her bir kurum devlet tüzel kişiliği içerisinde bütünü oluşturan parçalardır. Kurumun gördüğü zararı aslında tüm devlet görmektedir. Bu yüzden farklı kurumlar tarafından yapılmış olsa bile, birden fazla fesat karıştırma suçu aynı mağdura karşı işlenmiş sayılmalıdır[976].

İhale görevlisinin farklı zamanlarda birden çok ihaleye katılmaya istekli olan bir kişnin teklif ettiği malları şartnameye uygun olmamasına rağmen değerlendirmeye alması, yada failin ihaleye katılacak birden çok kişiye karşı ihaleden çekilmeleri yönünde tehditte bulunması hallerinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır[977].

---

[973]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.139

[974]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.129

[975] Yargıtay 5. CD. 5.2.2013T., 2012/4424E., 2013/848K. Sayılı kararı, "…aynı kuruma karşı 28 gün arayla yapılan iki ayrı ihalede aynı eylemi işlemeleri nedeniyle zincirleme zincirleme suç hükümlerinin uygulanarak mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde uygulama yapılması …" Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.36 (yazarlar kamu kurumlarının mağdur olabileceği görüşünün klasik ceza hukukuna dayandığını, aslında normlar ile korunan hukuka değerin yalnızca insanlara ait olabileceğini, bu nedenle mağdurun burada toplumu oluşturan herkes olduğunu ifade ederek Yargıtay'ın uygulamasını eleştirmişlerdir. Bu görüşlerine gerekçe olarak TCK'nın 43/1 maddesinde yer alan "mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır" hükmünü göstermektedirler. Bu görüşe göre, Kanun'un topluma, millete ve devlete karşı suçlar kısımlarında yer alan suçların mağduru topluımu oluşturan herkes olduğu için, bu suçlardan birisinin aynı suç işleme kararı ile birden çok kez işlenmesi halinde zincirleme suç kuralı uygulanacaktır.) A.y. Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.87

[976]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.139; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.131 (yazar ise mağdurun topluma karşı işlenen bir suç olduğunu, ortada bir sıç işleme kararı olduğu şeklinde aynı hususu farklı açıdan ifade etmiş ve aynı neticeye ulaşmıştır.Ayrıca durumun bu şekilde değerlendirilmemesi halinde failin defalarca gerçek içtimadan sorumlu olacağını ve hakkaniyetsiz cezaların ortaya çıkacağını haklı olarak savunmuştur)

[977]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.928

Zincirleme suçu oluşturan eylemlerden her birisi ayrı kast ile işlenir. Aynı suç işleme kararı failin kanunun aynı hükmünü birden fazla ihlal etme yönündeki bilinci hareketler topluluğu hakkındaki kararıdır. Yoksa işlenen her suçta ayrı bir suç işleme kastı olduğu gerçeği karşısında, zincirleme suç hükümlerini tatbik etmek olanağı ortadan kalkmaktadır[978]. Yargıtay ise aynı suç işleme kararı kavramını açıklarken önceden kurulan bir plan, genel bir niyet bulunması gerektiği, failin suçları bir defada işlemek yerine kısımlara bölmeyi tercih ettiği, her suç arasında bir bağlantı bulunması ve her hareketin bir önceki hareket için devam niteliğinde olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Elbette bu hususların tespiti için suçun olaysal olarak işleniş şekli, eylemlerin işlendiği yer ve zaman, eylemler arasında geçen süre, ihlal edilen değer ve korunan değer ile olayın oluşu ve gelişimi değerlendirilmek durumundadır[979].

İşlenen eylemler arasında ne kadar bir süre geçerse zincirleme suç hükümleri uygulanacağına dair net bir tespit, içtihat ve doktrinde yapılmış değildir. Burada suçların birliğine ilişkin makul süre somut olaya göre tespit edilecektir. Yargıtay, aynı kurum tarafından yapılan ve aralarında 28 gün süre bulunan iki ihale hakkında gizli anlaşma yapmak suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir[980]. Yine bir başka kararda " …2007 yılının Nisan ve Temmuz aylarında yapılan ihaleleri pazarlık usulu ile yapmak suretiyle fesat karıştırdığı kabul edilen sanığın eylemini bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirdiği ve hakkında TCK'nın 43. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, iki ayrı mahkumiyet hükmü kurularak fazla cezaya hükmolunması,…" bozma nedeni sayılmıştır. Arada 3 ay bir zaman aralığının bulunması Yargıtay'a göre aynı suç işleme kararının icrası kapsamında kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu konudaki görüşüne göre, teselsülün kesilmesini gerektiren bir olgu bulunmuyorsa, makul bir süre içersinde gerçekleştirilen birden fazla eylemler zincirleme olarak tek suç kabul edilmelidir. Bu süre birkaç gün

[978]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.132

[979] Yargıtay CGK. 8/7/2003T., 2003/5-189E., 2003/207K. sayılı kararı; Şen, Aksüt,, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.132

[980]Yargıtay 5. CD. 5/2/2013T., 2012/4424E., 2013/848K. sayılı kararı (UYAP Personel Portalı, Erişim: 20/6/2017)

olabileceği gibi birkaç ay olabilir. Bizce de Yargıtay'ın bu görüşü zincirleme suç hükümlerine aykırı değildir. İhaleye fesat karıştırma eylemi üzerine ortaya çıkan neticeler farklı olsa da, tek suç işleme kararı olduğu durumlarda bu eylemler tek suç sayılacaktır. İşlenen birinci eylemde kamu zararı ortaya çıkmış fakat ikinci ve üçüncü eylemlerde kamu zararı tespit edilememiş ise, bu halde de tek suçtan sorumlu olacaktır[981].

İhaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketleri ayrı ayrı işlendiğinde, zincirleme suç olmaz. Bir eylem gizli anlaşma yapmak suretiyle diğerleri ise cebir kullanılarak ve hileli yollarla yapılmış ise birden fazla suç oluşmuştur ve gerçek içtima kuralları gereği ayrı ayrı cezalandırılmalıdır[982].

Kanunda açık bir hüküm bulunmasa da, uygulamada kabul edildiği üzere zincirleme suçu oluşturan eylemler arasında en ağır cezayı gerektiren eylem esas alınarak ceza tertip edilmesi gerekir[983].

Farklı neviden fikri içtima kuralını düzenleyen TCK. 43/2 maddesinde düzenlendiği üzere, ihale suçlarında da birden fazla mağdura karşı tek eylem ile fesat suçu işlenirse, mağdur sayısınca suçtan değil tek suçtan sorumlu olunur[984]. Örneğin aynı ihaleye katılacak birden fazla istekliyi, tek bir tehdit ile ihaleye katılmalarına engel olmak şeklindeki bir eylem, yine tek eylem kabul edilecektir[985]. Öyle ki, burada

---

[981]Şen, Aksüt,, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.133

[982]Şen, Aksüt,, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.134

[983] Şen, Aksüt,, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.138;(Yazar, 6222 sayılı Sporda Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik ile getirilen açık hüküm ise bu belirsizliği kaldırdığından, TCK 43. maddesine de eklenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu hükme göre "eylemlerden en az birinin suçun nitelikli halini oluşturduğu durumlarda, nitelikli halin esas alınarak zincirleme suç hükümlerinin tatbiki gerekir" denmiştir.)

[984] "Her ne kadar birden fazla kişinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasına engel oluınuyor ise de, suçun konusu oluşturan ihale tek olduğundan, tek ihaleye fesat karıştırma suçunun varlığını kabul etmek gerekmektedir. Bu gibi hgallerde, tek fiil ile ihaleye katılmasına engel olunan kişilerin sayısının çoklığından hareketle, aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz…" Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.33

[985]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.139

mağdur farklı olsa da suçun konusu değişmemektedir. Ancak mağdur fazlalığı cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmalıdır[986].

3.1.4. İştirak

TCK'nın 235'inci maddesinde suçun faili tanımlanırken "fesat karıştıran kişi" ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle ihale fesat karıştırma suçu tek failli bir suçtur[987]. Bunun dışında ihaleye fesat karıştırma iştirak bakımından bir özellik göstermez ve suça iştirakin her çeşidine uygundur[988]. Fakat özgü suç olduğu ileri sürülen hileli hareketle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu ile gizli belgelerin üçüncü kişilere ulaştırılması ve gizli anlaşma yapılması suçları, iştirak hükümleri bakımından farklılık göstermektedir [989] . Bu nedenle maddede yer alan seçimlik suçları ayrı ayrı değerlendirmek yerine, tek bir bütün olarak ele alıp "özgü suç" olup olmadığı konusunda bir sonuca varmak sağlıklı değildir.

[986]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.837

[987]Yalnız ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek üzere anlaşma yapma suçunu düzenleyen 235/2-d maddesi, yapısı itibariyle anlaşma yapan en az iki istekliyi zorunlu tuttuğundan "karşılama suçu" olarak ifade edilen çok failli bir suçtur. Mahmutoğlu, " İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık ve Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.77, Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.107; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.68

[988]Aslan,*İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.210; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,* s.198; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.136

[989]K.g. Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.31 (yazarlar kanuni düzenleme gereği iştirak hususunda her hangi bir farklılık olmadığını, TCK'nın 235'inci maddesinin özgü suç olarak düzenlenmediğini, kamu görevlileri veya isteklilerin bu suça fail olabileceklerini ileri sürmüşlerdir)

Öncelikle belirtmeliyiz ki, faillerin çokluğu, suça maddi – manevi katkısı[990] ve iştirak iradesi[991] gibi iştirake ait genel şartlar[992], özgü suça iştirak söz konusu olduğunda da mevcut olmalıdır. Bunun yanında suça iştirak eden faillerden en az birisi, özgü suç için gerekli niteliklere sahip olmalıdır[993]. Ancak tipik davranışın, muhakkak

[990]Tek failli bir suçun birden çok fail tarafından işlenmesi hali yalnızca genel unsurlar bakımından TCK'nın iştirak hükümlerine göre cezalandırılır. Burada arızi iştirak hali söz konusudur. Bu nedenle iştirakin ilk şartı birden fazla fail tarafından birden fazla hareketin yapılmasıdır. Biden fazla hareketin aynı olması gerekmez. Ortak bir amaca hizmet etmesi yeterlidir. Bununla birlikte suça teşvik etmek, herhangi bir şekilde yardım etmek de, birden fazla hareket unsurunu karşılar. O yüzden hareketin icrai nitelikte olmasına gerek yoktur. Suça hazırlık şeklinde cereyan eden hareketler de iştirak kapsamında kabul edilebilir. Suça katkısı olması halinde ihmali hareketler dahi suça iştirak niteliğindedir. Yalnız aktif bir hareket değil pasif veya manevi bir hareketle suça iştirak edilebilir. Bu yüzden bir kişiyi suça yönlendirmek, suç kararını güçlendirmek veya suça teşvik etmek de iştirak niteliğindedir . Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,* C.II, s.446; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.291, Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.272; Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, s.484; Hakan Hakeri, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.1, C.1, 2006, s.75-109

[991]Suç birden fazla kişinin katlımına rağmen birbirinden habersiz işlenebilir. Bu tür failler hakkında iştirak hükümleri uygulanmaz. Zira aralarında iştirak iradesi bulunmamaktadır. Birbirinden habersiz olarak aynı veya benzer hareketlerle aynı suçu işleyen faillerde iştirak iradesi olmadığı için her biri işledikleri suçlardan ötürü ayrı ayrı cezalandırılır. Bunun yanında meydana gelen neticeyi gerçekleştirmek üzere birbirinden habersiz kalabalık bir fail grubu bir araya gelmiş olabilir. Bu halde de iştirak hükümleri uygulanmamaktadır. Bu nedenle iştirakin bir diğer şartı iştirak iradesidir. İştirak iradesi, bir suç işleme konusunda faillerin birlikte hareket ettikleri inancıdır. Birden çok ortağın, birbirinden ayrı hareketlerini bir bütün içinde birleştiren ve birbirine bağlayan şarttır. İştirak iradesinin bulunması, şeriklerin yalnızca kendi eylemlerinden değil, diğer şeriklerin eylemlerinden de sorumlu olmalarına neden olur. Suçu birlikte işleyen kişiler, belirli bir suça iştirak ettiklerini bilmeli ve bunu istemelidir. Hakeri, "İştirak", s.77; Efekan Kaptan, "Ceza Hukukunda Suça İştirak", **Terazi Hukuk Dergisi,** C.9, S.96, Ağustos 2014, Sayfa: 31-41; Elvan Keçelioğlu, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.65, 2006, s.83

[992]5237 sayılı TCK'nın benimsediği sisteme göre iştirakin esası fiil üzerinde hakimiyet kurulmasıdır. TCK'ya göre iştirakçide kanuni tanımda yer alan suçu gerçekleştirme iradesi var ve kendisi için bu iradeyi fiilen gerçekleştiriyorsa o iştirak halinde suçun failidir. Failde eylem üzerinde hakimiyet yoksa şeriklik söz konusudur. Failin suçu gerçekleştirme iradesi olmasa dahi, bir başkasının işlemesi için ikna etmek üzere bir iradesi varsa "azmettiren" olarak suça ortaktır. Eğer işlenen fiile katkıda bulunmak için bir irade söz konusu ise o zaman fail, "yardım eden" statüsünde bir şerik olacaktır. Bağlılık kuralı gereği şerik, asli fail kadar suç üzerinde ağırlığı ve hakimiyeti olmasa da, faille şahsi bir bağlantı içinde olması sebebiyle eyleminden sorumlu olmaktadır. kapsamda, kişi suçu doğrudan işlediğinde müstakil fail, suçu bir başkası vasıtasıyla işlediyse dolaylı fail, birden fazla kişiyle birlikte işlediyse müşterek fail sıfatını alır.Teşebbüs aşamasına varmak kaydıyla, kasıtlı ve hukuka aykırı işlenen her fiile iştirak edilebilir "Bağlılık kuralı, suça iştirakte sorumluluğun sahiplerini ve kapsamını belirlerken faillik ve şerikliği birbirinden ayıran ikilik sisteminde, suçun işlenmesine katkı sağlayan ancak katkısı suçun kanundaki tarihine uymayan suç ortaklarının fiilden sorumlu tutulmalarını sağlayan kuraldır." Beril Taşkın Kapusuzoğlu, *Suça İştirakte Bağlılık Kuralı*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.94 ; Özen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", s.251

[993]Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu,* s.133

gerekli niteliğe sahip fail tarafından gerçekleştirilmesinde mantıki bir zorunluluk bulunmamaktadır[994].[995].

Özgü suçlarda, suçun gerektirdiği nitelikleri taşımayan kimselerin suça iştirak edebilmesi mümkündür. Özgü suça ait niteliklere sahip olmayan fail, tek başına bu suçu işleyemese dahi iştirak edebilir. Aksi halde suça katkı sağlayan veya faili azmettiren kişilerin eylemlerinden ötürü ceza almaları mümkün değildir[996].

Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 40/2 maddesindeki düzenlemeye göre özgü suçlara iştirak mümkündür[997]. Bu maddeye göre tipik hareketin muhakkak gerekli sıfata sahip kişiler tarafından işlenmesi gerekir. Özel fail nitelikleri bulunmayan kişiler ise özgü suçun işlenmesine azmettiren veya yardım eden olarak katılabilirler[998].

---

[994]Bizzat özel fail tarafından işlenmesi gereken yalan yere yemin etme veya askerden firar etme gibi suçlar hakkında bu kural zorunludur. Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.349

[995]Üçüncü kişilerin aracılığıyla da işlenebilen özgü suçların asıl failinin, mutlaka özel niteliğe sahip olması zorunlu değildir.Buna örnek olarak, zimmet suçunu işleyecek kamu görevlisinin kendine tevdi edilmiş parayı, gizlice bir başkasını daireye sokarak aldırması ve kendisine teslim ettirmesi eyleminde, üçüncü kişinin zimmet suçunun faili sayılmaması için bir neden yoktur. Veya inceleme konusu görevi kötüye kullanma suçunda, görevli polisin kanuna aykırı olarak yanında bulunan arkadaşına bir şahsın aracını aratması eyleminde, polisin arkadaşının fail olarak sorumlu olmaması, kusurluluğun belirlenmesi açısından hukuka aykırıdır. O yüzden 40. maddenin ikinci fıkrasında yer alan 3. şahsın özgü suçlarda fail olamayacağı hükmü isabetli değildir. Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.351; Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s.134

[996]Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.351

[997] 5237 sayılı kanun, 40/2. maddesindeki özgü suçlara ilişkin genel kurala, 94. maddede düzenlenen işkence suçuyla bir istisna getirmiştir. 94/4. maddesine göre, işkence suçuna iştirak edenler kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. Bu maddenin gerekçesinde; "Bu suçun faili bir kamu görevlisi olabilir. İşkence, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmektedir. Ancak, suçun işlenişine kamu görevlisinin yanı sıra diğer kişiler de iştirak etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla, maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Buna göre, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır." denmiştir. Bu hükümde suça iştirak eden 3. kişinin kamu görevlisi gibi cezalandırılmasından kastedilen, genel hükümlerden farklı olan yeni bir iştirak şekli mi, müşterek faillik çeşidi mi, yoksa sadece cezai sorumluluğu genişleten bir hüküm mü olduğu hususu belirli değildir. Hükmün amacına bakıldığında, bu hususun bir iştirak çeşidi değil, işkence suçuna katılan şahsın cezai sorumluluğunun genişleten bir hüküm olduğu anlaşılmaktadır.. Mustafa Özen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İştirak Kurumuna Bakışı", **TBB Dergisi,** S.70, 2007, s.250

[998]Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.25

Öğretide bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, özgü suçlara müşterek fail olarak katılmak mümkündür[999]. Belirli sıfata sahip olmayan kişilerin özgü suçların maddi eylemini gerçekleştirmek konusunda mantıksal bir imkansızlık bulunmamaktadır. Özel niteliği bulunan fail şerikler arasında bulunmak kaydı ile, diğer fail de suçun tipik hareketini gerçekleştirebilir ve suç sebebiyle asıl fail olarak sorumlu olabilir[1000].

Ancak bu noktada özgü suçlar açısından bir ayrım yapmak gerekmektedir. Gerçek özgü suçlardan güveni kötüye kullanma gibi "yükümlülük suçları" ile sarhoşken araç kullanmak suçu gibi "bizzat işlenebilen suçlar" [1001] bakımından TCK'nın 40/2 maddesi hükmü geçerli olabilir. Bu tür suçların tipik hareketlerini işlemesine rağmen belirli sıfat ve niteliğe sahip olmayan failler, suça azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olurlar. Bu tür suçlarda (misal yalan tanıklık, yalan yere yemin, kendini askerliğe elverişsiz hale getirme, çocuk düşürme suçları), failin üçüncü

[999]Evik, İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.33; Akbulut, "ihaleye Fesat Karıştırma",s.107; Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma, s.211

[1000]Katıldığımız örnekte düzenlemenin hakkaniyetsiz olduğu, aynı eylemleri işleyen kişiler hakkında eşitliğe aykırı cezaların öngörüldüğü, bununla birlikte belirli niteliğe haiz olmayan kişilerin tamamen cezasız kalması şeklinde bir tutarsızlığın da olduğu görülmektedir; "*..mevcut düzenlemenin; "fiil üzerinde ortak hakimiyet kurma" esası ile tutarlı olmadığı gibi, olası faillerin cezai sorumlulukları açısından da hiçbir şekilde adil olmadığı, vereceğimiz şu örnekten açıkça anlaşılmaktadır; Kamu görevlisi (a) ile kamu görevlisi olmayan (b)'nin (c)'ye ait televizyonu birlikte çalarak satmaları durumunda her ikisi de hırsızlık suçunun müşterek faili olacaklar ve suçun tam cezası ile cezalandırılacaklardır. Buna karşılık, ihale yetkilisi/görevlisi olan (a) ile ihale isteklisi (b)'nni TCK madde 235/2 (a)'daki suçu yada ihale isteklisi (a) ile bu sıfatı haiz olmayan (b)^mim TCK 235/2-d deki suçu birlikte işlemeleri durumunda özel faillik vasfını taşıyan (a) fail olarak ihaleye fesat karıştırma suçunun tam cezası ile (b) ise bu sıfatları haiz olmadığı ve özgü suça müşterek fail olamadığı için yardım eden sıfatıyla (a)'ya nazaran daha az bir ceza ile cezalandırılacaktır*." Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.37

[1001]Öğretide özgü suçlar genellikle her hangi bir ayrım yapmaksızın veya failin hususi durumuna göre alt başlıklara ayrılarak ele alınmıştır. Genellikle alt başlık olarak gerçek özgü suçlar ve gerçek olmayan özgü suçlar şeklinde bir ayrım yapıldığına rastlanmaktadır. Özgü suçlar başlığı altında ayrıca "sırf yükümlülük suçları" ve "hakimiyet yükümlülük suçları" şeklinde bir ayrımın olduğu, bunun yanında gerçek ve görünüşte özgü suçlar olarak ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Türk literatüründe "bizzat işlenebilen suçlar" veya "bizatihi suçlar" şeklinde kavramlar yer almamaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçunun faili belirli bir sıfat ve niteliği haiz olması gerekmediğinden, eylem üzerinde hakimiyet kurabilen her fail tarafından işlenebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle 235'inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (d) bentlerinde düzenlenen suçların ihale sürecinde görev alan kamu görevlileri ve ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerce değil, bunların dışında kalan kişilerce de işlenebileceği ileri sürülmüştür. Zira mevcut uygulamanın ve düzenlemenin fiil üzerinde ortak hakimiyet kurma olgusu ile tutarlı olmadığı, olası faillerin cezai sorumlulukları açısından adil olmayan sonuçların ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Evik, İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.10

bir kişinin olması mümkün değildir. Burada failin özel niteliğe sahip kişi olmasında zorunluluk vardır[1002].

İhaleye fesat karıştırma suçunda ise böyle bir zorunluluk yoktur. Zira ihaleye fesat karıştırma suçu bir yükümlülük suçu olmadığı gibi bizzat işlenebilen suç da değildir. Bu yönde düşünen bazı yazarlara göre, TCK'nın düzenlemesi itibariyle ihaleye fesat karıştırma suçunun faili her hangi biri olabilmektedir. Fail veya şeriklik bakımından özellik göstermez. İhaleye fesat karıştırma suçunu herkes işleyebilir. Madde içerisinde özel bir faillik durumuna işaret edilmemiştir. Ancak suçun yapısı gereği, genellikle ihalede görev alan ve ihaleye katılan kişiler suça karışmakta ve fail olmaktadır. Kamu görevlisi olmak ise bir şart değildir. Bu husus ancak TCK'nın 62'nci maddesi gereği cezanın alt ve üst sınır tayininde dikkate alınabilir[1003].

Ancak istikrar gösteren Yargıtay kararları ve bazı yazarlarca savunulan görüşe göre, özellikle hileli hareketle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçuna katılan şeriklerden, ihale komisyonu görevlisi olmayan fail[1004], suça katkısına göre yalnızca azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olmaktadır. Bu kişilerin fail gibi sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay 235'inci maddenin 2'nci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinden yalnızca kamu görevlilerinin sorumlu olduğunu, (d) bendinde yazan suç bakımından ise failin yalnızca ihaleye katılan veya katılmak isteyen isteklilerin olabileceğini, bunun dışında bir sorumluluk yaratılamayacağını, kanunilik ilkesi gereği faillik kavramının genişletilemeyeceğini ifade etmektedir[1005]. Yargıtay benzer

[1002]İhaleye fesat karıştırma suçunda failin özel niteliklere sahip olup olmadığına dair görüşler için bkz. Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.25. Bu yöndeki görüşler için bkz. Mustafa Özen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İştirak Kurumuna Bakışı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.70, 2007, s.250, Centel, Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.535; Hakeri, "İhmali Suçlar", s.141

[1003]Aynı yönde bkz. Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.89; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.31; Akbulut, "ihaleye Fesat Karıştırma", s.75; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.125

[1004] Yargıtay kararlarında "kamu görevlisi" olarak ifade edilmektedir.

[1005] Yargıtay 5.CD. 8.11.2017T., 2017/5338E., 2017/4825K sayılı kararı; "*…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,*

bir kararda[1006], TCK'nın 235/2-a ve 2325/2-b maddesi kapsamında işlenen bir suçta kamu görevlisi olan özel fail bulunmaksızın, üçüncü kişilerin ihaleye fesat karıştırma suçuna fail veya şerik olarak iştirak etmelerinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. İsteklilerin veya üçüncü kişilerin gerçekleştirdikleri eylemlerin bir başka suça vücut vermesi halinde, yalnızca bu suçlardan sorumlu olacakları belirtilmiştir.

İçtihad ile aynı yönde düşünen yazarlar da, 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddelerinde yer alan suçlarda ihalede görev alan kamu görevlilerinin, 235/2-d maddesinde düzenlenen suçta ise ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişilerin fail olacağını ifade etmişlerdir. Bazı yazarlar ise tıpkı Yargıtay kararında ifade edildiği gibi 235/2-a maddesi bakımından bir ayrım yapmaksızın bu eylemin yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebileceğini söylemişlerdir[1007].

Bizce de benimsenen görüşler ışığında belirtmeliyiz ki, hileli hareketlerle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK'nın 235/2-a maddesinin alt bentlerindeki eylemler "gerçek özgü suç" niteliğindedir. Bu nedenle suçun faili yalnızca ihale komisyonu başkan ve üyeleri işleyebilmektedir. İstekliler veya üçüncü kişiler tarafından yapılan hileli hareketler, ihale komisyonu görevlisini azmettirme veya ona yardım etme şeklinde ortaya çıkar. Eylemde ihale görevlisinin bulunmadığı hallerde ise ihaleye fesat karıştırma suçu değil, istekli veya üçüncü kişilerin hileli eylemleri evrakta sahtecilik gibi bir başka suçu oluşturmaktadır.

Yargıtay'ın yukarıda zikredilen kararlarında özellikle "kamu görevlisi" kavramı işaret edilmekteyse de, buraya hata yapıldığını ifade etmemiz icap eder. Çünkü TCK'nın 6/1 maddesinde tanımlanan "kamu görevlisi" ve "kamusal faaliyet" kavramları içerisine belediye iştirakiyle kurulan şirket görevlileri, dernek, vakıf veya

---

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 TCK'nın 235/2-d maddelerinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarına iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında…"

[1006]Yargıtay 5. CD. 17/4/2014T., 2013/1005E., 2014/4345K. sayılı kararı

[1007] Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma, s.161, Soyaslan, vd., İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.136, Özbek, vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.898; Evik, İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.33

kooperatif görevlileri girmemektedir. Bu kurumlarda ihale ile görevlendirilen kişiler kamu görevlisi olarak telakki edilemez. Bu yüzden özgü suç olması sebebiyle gerekli bir nitelik aranan fail bir "kamu görevlisi" değil, "ihale komisyonu görevlisi" olarak kabul edilmelidir[1008].

İhaleye ilişkin gizli bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ulaşmasını sağlama eylemini düzenleyen TCK'nın 235/2-b maddesinde ise, gizli belgelerin üçüncü kişilere ulaştıran herkes, ve hatta belgeleri ele geçiren üçüncü kişi de, iştirak iradesi olmak kaydıyla suçun failidir[1009]. Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararlarında 235/2-b maddesinin yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebileceği, kamu görevlisi olmayan faillerin ise yalnızca yardım eden yahut azmettiren olarak sorumlu tutulacağı yolundaki görüşleri isabetli değildir. Maddenin lafzında bulunmadığı gibi gerekçesinde de bu suçun kamu görevlisince işleneceği yorumuna sebebiyet verecek hiçbir kanıt yoktur. Bu yüzden suçun genel kural gereği herkes tarafından işlenebileceğini, özgü suç niteliğinde olmadığını ifade etmemiz gerekir[1010].

TCK'nın 235/2-c maddesinde yer alan cebir ve tehdit ile işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunda zorlama niteliğindeki eylemleri icra eden kişiler, bu eylemi birlikte işlemiş olacaklardır[1011]. Bu madde özgü suça ilişkin bir düzenleme değildir. Bu nedenle herkes tarafından işlenebilir. İştirakin her çeşidine uygundur. 235/2-c maddesi bakımından Yargıtay ve doktrin arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır[1012].

[1008] Evik, İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.33

[1009] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.199

[1010] Soyaslan vd., İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.136; Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.33

[1011] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.199 (Yazar, cebire uğrayarak ihaleye katılmayan kişinin, kusurluluğu ortadan kaldıran halin varlığı sebebiyle sorumlu olmayacağını ifade etmişse de, bize göre cebre maruz kalan kişi mağdur olduğundan, fail olarak suça iştirak edip etmediği hususu tartışma konusu dahi değildir)

[1012] Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.89; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.31; Akbulut, "ihaleye Fesat Karıştırma", s.75; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.125; Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma, s.161, Soyaslan, vd., İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.136, Özbek, vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.898; Evik, İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.29

TCK'nın 235/2-d maddesinde geldiğimizde düzenleme gereği, ihale şartlarını ve fiyatları etkilemek amacıyla gizli anlaşma yapmak suçu, "karşılama" suretiyle işlenen çok failli bir suçtur[1013]. İhaleye katılan ya da katılmak isteyen kişiler arasında yapılan anlaşmalarda her iki taraf da fail statüsünde olacaklardır. Anlaşma yapan kişilerin fiillerine iştirak edilmesi mümkündür[1014]. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler dışında herhangi birinin fail olması mümkün değildir. Bu yüzden anılan bentte yer alan seçimlik suç özgü suç niteliğindedir. İhaleye katılan veya katılmak isteyenler haricinde suça iştirak edenler yalnızca azmettiren veya yardım eden sıfatını alabilir.

Özgü suçlara iştirak hususunda bahsi geçen bir diğer konu dolaylı faillik hususudur[1015]. Dolaylı faillik, özgü suç bakımından bir değer taşımaz. Dolaylı faillik bir iştirak türü değil, bir faillik türüdür. Bu nedenle dolaylı failin suç sırasında sıfatının bir önemi yoktur. Araç olarak kullanılan failin, özgü suçun gerektirdiği niteliğe sahip olması kafidir. Örneğin ihale komisyonu görevlisinin çocuğunu kaçırarak, kendilerinin ihaleye kabul edilmesini ve ihalenin hukuka aykırı olarak kendilerine verilmesi için görevliyi zorlayan failler bu suçun dolaylı failleri olurken, suça zorlanan ihale görevlisi bu suçtan TCK'nın 28'inci maddesi gereği sorumlu olmayacaktır. Artık burada dolaylı failin ihale görevlisinin yetkilerine haiz olup olmaması hususunda, TCK'nın 40/2. maddesine ilişkin bir tartışmaya lüzum yoktur. Dolaylı fail, tıpkı araç fail gibi ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır[1016].

[1013] "Karşılaşma suçlarında; mutlaka birden fazla kimsenin hareketinin karşılaşmaya dayanması gerekmektedir. Hareketlerin tek başına ceza hukuku açısındam her hangi bir önemi bulunmamaktadır. Cezalandırılmak istenen, farklı iki kimsenin hareketlerinin karşılaşmış olmasıdır. Suça katılanlar aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemekte, fakat farklı yönlerde olduklarından suça ilişkin katkıları birbirinden farklı olmaktadır. Rüşvet, uyuşturucu ticareti, rızaya dayalı kürtaj suçlarında olduğu gibi" Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", s.32

[1014] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.80

[1015] Dolaylı Faillik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Meral Ekici Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.8, S.107-108, 2013, s.61-68, Aydın, Suça iştirak, s.135, Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.196; Hasan Sınar," Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.15, 2011, s.61

[1016] Meral Ekici Şahin, "Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 8, S. 109, 2013, s.7-25

Tüm bunların haricinde, sahte evrakla ihaleye giren ve ihale komisyonu görevlilerini aldatan faillerin, dolaylı fail olarak sorumlu olacakları bazı yazarlarca ileri sürülmüştür[1017]. Bazı yazarlar tehdit altında iken zimmet suçu işleyen kamu görevlisinin araç fail olduğu, tehdit edenin zimmet suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olacağı şeklinde bir örnekle bu hususa değinmişlerdir[1018].

Dolaylı faillik kurumu, isnad kabiliyeti, kusur yeteneği olmayan veya hataya düşmüş bir kimsenin araç olarak kullanılarak suç işletilmesi halinde, arka plandaki kişinin suçu bizzat işlemiş gibi sorumlu olacağına işaret etmektedir[1019]. Zira TCK. 37/2 maddesi dolaylı fail konusunda gayet açık bir hüküm getirmiştir; "*suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası üçte birinden yarısına kadar artırılır*". Özgü suç söz konusu olduğunda bu tanıma yeniden bakmak ve dolaylı faillik ile hata konusunu gözardı etmemek gerekir. Öncelikle dolaylı failin araç fail üzerinde bir hakimiyet kurması icap eder. Dolaylı fail, araç kişinin kastına ilişkin yanlış bir düşünce içerisinde olabilir. Dolaylı fail, araç kişinin kasten hareket ettiğini sanmasına karşın, araç failin eylemi işlerken kastı yoktur. Bu halde, aslında kastsız işlenen bir eylem söz konusu olduğu için, faillik statüsü oluşmamıştır. Araç kişinin kastının bulunmaması onu araç fail yapmaz ve buna paralel olarak perde arkasındaki kişinin dolaylı fail olması da mümkün değildir. Bu nedenle kasten işlenen bir eylem bulunmaması sebebiyle, şeriklik dahi söz konusu olmaz. Kast yokluğu, dolaylı failin veya azmettiren kişinin sorumlu tutulmamasını gerektirir[1020].

[1017]Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma" s.32; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.803; aynı yönde İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.545

[1018]Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s.134

[1019] "…dolaylı fail, tipik fiil oluşturan davranışı gerçekleştiren araç faili, öndecen tasarlanmış bir plan çerçevesinde bu davranışı gerçekleştirmeye yönlendirdiği ve bu safhada onu denetim altında tuttuğu için dolaylı failin faillik statüsü "fiili egemenlik" öğretisi uyarınca belirlenir. Fiili egemenlik öğretisi çerçevesinde dolaylı faillik, ancak suç olgusunun bir bütün olarak perde arkasındaki failin eseri olarak nitelenebilmesi ve araç failin gerçekleştirdiği fiilin tamamına egemen olunması durumunda söz konusu olur. Bu durum aynı zamanda dolaylı faillik ile azmettireme arasındaki temel farklılığı da ortaya koymaktadır." Sınar, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", s.61

[1020]Sınar, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", s.80

Bu açıklamalar ışığında, sahte evrakla kandırılan ihale görevlisi burada 235/2-a-2 maddesindeki suçun araç faili değil, bilakis mağdurudur. Burada kendisine sahte evrak verildiği konusunda hiçbir bilgisi olmayan kamu görevlisine kusur bulmanın mantığı yoktur. Tıpkı dolandırıcılık suçunda olduğu gibi, hileli hareketin muhatabı mağdur olmak durumundadır. Bu nedenle araç fail olması söz konusu olmayan bir kişi üzerinden dolaylı faillik nitelemesi yapılmaz. O halde, ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmadığı için, sahte evrakı komisyona sunarak görevliyi aldatan kişi yalnızca resmi evrakta sahtecilik suçundan sorumlu olacaktır.

Özgü suça iştirak konusunda karışıklığa yol açan bir başka husus "örgüt" kavramıdır. Örgüt, çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir gruptur[1021]. Örgüt konusunun gündeme gelebilmesi için öncelikle üç kişinin, devamlı suç işleme iradesiyle bir araya gelmeleri ve anlaşmaları gerekir[1022] [1023]. Örgüt mensupları aynı amaca aynı yönde hareket ettiklerinden, örgüt kurma ve örgüte üye olma suçu çok failli suçlardan yakınsama suçu niteliğindedir. Bu nedenle örgüt üyeleri işlenen suç sebebiyle asli fail olarak sorumlu olacaklardır[1024].

İhaleye fesat karıştırma suçları işlemek amacıyla kurulan örgüt içerisinde, ihale komisyonunda görevli kişiler ile üçüncü kişiler ortak suç işleme kararı ile hareket ederler. İhale görevlileriyle birlikte örgüt faaliyeti çerçevesinde TCK'nın 235/2-a

[1021]Yargıtay 8. CD. 2005/341E., 2005/2011K. sayılı kararı ; Çalışkan, *İhale Kavramı ve İhale Suçları,* s.795

[1022]Uygulamada örgütün yapısal unsurlarını şu şekilde belirlemiştir; üye sayısının üç ve daha fazla kişi olması gerekmektedir. Üyeler arasındaki birleşmenin soyut bir birleşme değil somut olması ve gevşek de olsa bir hiyerarşi bulunması icap eder. Suç işlemek için eylemsel bir birleşme yeterlidir. Örgütün meydana geldikten sonra suç işlemesi zorunlu değildir. Örgütten bahsetmek için devamlılık gerekir. Tek bir suç için bir araya gelen kişiler örgütten değil iştirak hükümlerinden sorumlu olurlar. Son olarak örgütün işlemeyi amaçladığı suçlar için elverişli üye, araç ve gerece sahip olmalıdır. Yargıtay CGK. 3/4/2007T., 2006/10-253E., 2007/80K. sayılı kararı, Çalışkan, *İhale Kavramı ve İhale Suçları,* s.796

[1023] Bir örgütün ihale suçlarını işlediği sıradaki davranış biçimleri, örgütün üyeleri arasında yapılan iş bölümü gereği ihalelerin ve tekliflerin manipüle edilmesi amacıyla paravan şirketler veya dernekler kurulması, ihale komisyonunda görevli bir kişiden gizli belgelerin ele geçirilmesi, bir başka örgüt üyesinin kamu görevinden kaynaklanan nüfuzunu kullanarak diğer tekliflerin geri çekilmesini sağlaması gibi türlü görünüşlerde karşımıza çıkabilir. Yargıtay 8. CD. 29/11/2006T., 2006/846E., 200/8666K. sayılı kararı

[1024] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.225

maddesindeki hileli yollarla ihaleye fesat karıştırma suçlarının işlenmesi durumunda, artık suçta kimin asıl fail, kimin yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu olduğunu tespit etmenin bir anlamı kalmamaktadır. Ayrıca örgütlü işlenen bir suça örgüt içerisinde bulunmayan ve suça dışarıdan katılan bir kişi yardım eden yahut azmettiren sıfatı ile iştirak edebilir. Örgüt üyelerinin azmettiren veya yardım eden olmaları söz konusu değildir[1025]. Zira suça yönelen örgüt üyelerinin, aralarında yaptıkları iş bölümü gereği gerçekleştirdikleri hareketler arasında ittifak bulunması sebebiyle, her birinin asıl fail olarak sorumlu olduklarını söylemek gerekir. Kamu görevlisi olmayan bir örgüt üyesi hakkında, özgü suça iştirak edip etmediği tartışma konusu olmaz. Her örgüt üyesi, kastedilen ihaleye fesat eyleminden fail olarak sorumludur.

3.2.Diğer Suçlarla İlişkisi

3.2.1. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihaleye fesat karıştırma suçu gibi ihale süreci içerisinde değil, ihale işlemleri bittikten sonra idare ile yapılan sözleşmenin tarafı olan kişinin taahhüt altına girdiği edimlerin yerine getirilmesi sırasında söz konusu olmaktadır[1026]. Elbette sözleşmenin imzalanması ile artık idare hukuku değil, özel hukuk hükümleri geçerli olacaktır. Ancak bu bir özel hukuk sözleşmesi olsa da kamu yararı gereği sözleşmenin ifa edilmesi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre yapılmaktadır[1027]. Söz konusu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir. Ancak kamu yararını ilgilendirmesi nedeniyle ve kamu görevlilerinin denetiminin sağlanması için TCK. tarafından suç olarak düzenlenmiştir[1028].

[1025] Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1998, s.230

[1026]Çetin Arslan, Ali Rıza Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.14, 2013, s.231

[1027] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu". s.72; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.842; Mahmut Kaplan, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C.71, S.1, s.710

[1028]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.283

Tıpkı ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun hukuki konusu da, devletin mali ve ekonomik menfaatleridir. Ayrıca kamusal faaliyetlerin dürüstlüğü ilkesi de korunmaktadır[1029].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu da özgü bir suçtur. Faili herkes olamaz. İhaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak, fail edimi yerine getirmek üzere sözleşme ile taahhüt altına giren kişidir. Diğer taraftan failin edimi kabul etmeye yetkili kişilerden olması gerekir[1030].

Suçun konusunu, hukuken geçerli ihale üzerine yapılan sözleşmeler oluşturmaktadır. Bu halde doğrudan temin usulü ihale olmadığından, bu suretle taahhüt edilen edimin ifası bakımından da suç teşkil etmemektedir. Bununla birlikte TCK'nın 236'ncı maddesi mutlaka ihale sonucu imzalanan sözleşmelerden bahsettiğinden idari sözleşmeler, imtiyaz sözleşmeleri kapsam dışı kalmaktadır[1031].

[1029]Suçun hukuki konusu hakkında farklı görüşler için bkz. Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.175; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.225; Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma", s.232; Mehmet Reis Koca, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.2, 2014, s.214; Kaplan, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.711

[1030]TCK. 236/2-a,b maddelerinde malın teslim eden kişi hem de kabul eden görevli suçtan sorumlu tutulduğundan, çok failli suç niteliğindedir. Burada failler aynı amacı paylaşmakla birlikte karşılıklı ve farklı karakterde hareketleri ile eyleme katkıda bulunduklarından, aynı zamanda "karşılaşma suçu" niteliğindedir ve özgü suç niteliğindedir. İhaleyi alan ve sözleşme yapmaya hak kazanmış kişi dışında bir başkası suçun faili olamayacaktır. Bunun yanında ihale edilen kişi ile sözleşme yapıldıktan sonra, edimi kabul etmekle görevli kamu görevlisi dışında bir kimse yine edimin ifasına fesat karıştırma suçuna fail olamaz. Yargıtay 5. CD. 26/9/2012T., 2012/3921E., 2012/9472K. sayılı kararında; "*her ne kadar bir kısım öğreti de özgü suç olarak kabul edilmese de, madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde, 2. fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, (c), (d), (e) bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgiki kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK. 40/2 'ye göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK. 236/2-e uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmetttiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri…*" Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.287; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.849; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.123; Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.235; Koca, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", s.214; Kaplan, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.720

[1031]Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.234; Berrin Akbulut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi,** S.10, 2009, s.42; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.282; k.g. Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.116; Kaplan, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.714

Suça konu edimler, TCK'nın 235/1 ve 235/5 maddesinde sayılan kurumlarla paralellik göstermektedir. Yalnızca kamu kurumları aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmeler, suçun yapısı gereği burada yer almamaktadır. Buna göre, kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler yada kooperatifler ile yapılan sözleşmeye dayalı edimler suçun konusudur[1032].

İhaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak, TCK'nın 236'ncı maddesine göre edimin ifasına ancak hile ile fesat karıştırılabilir. Hile olayın özelliğine göre aldatıcı nitelikte olmalıdır. Basit ve soyut yalan hile sayılmaz. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun maddi unsurunu oluşturan hileli hareket, dolandırıcılık suçunun unsuru olan hile ile aynı kavramdır. Bu suç tehdit ve cebirle işlenemez. Edimin yerine getirilmesine ilişkin üçüncü bir kişiye uygulanan cebir ve tehdit yalnızca TCK. 107 ve 108'inci maddesi kapsamında değerlendirilir[1033].

Suçun maddi unsuru belirli kuruluşlara karşı taahhüt altına girilen edimlere fesat karıştırılmasıdır. Bu suç kapsamına yalnızca hileli hareketler alınmıştır. Hileli olarak ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi, eksik mal teslim edilmesi veya kabul edilmesi, edimin süresinde yerine getirilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi, yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirtilen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi, hizmet niteliğindeki edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi, edimin ifasına fesat karıştırma sayılmıştır[1034].

[1032]Koca, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", s.217; Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.233

[1033]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.117; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.843; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.225

[1034]Kaplan, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.716; Koca, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", s.219-221; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel*

İhaleye fesat suçunda olduğu gibi, maddede belirlenen fesat eylemlerinin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olur. Zararın doğması veya bir başka neticenin gerçekleşmesine gerek yoktur. Bu açıdan sırf hareket suçudur. 236'ncı madde kapsamında 5 ayrı suç öngörüldüğünden seçimlik hareketli bir suçtur. Yalnızca bu hareketlerin yapılması ile suç işlenebildiğinden bağlı hareketli suçlardandır[1035].

Teslim ve kabule ilişkin şartlar 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 11. maddesi ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 91. maddesinde düzenlenmiştir. 4734 sayılı kanunun 11. maddesine göre, mal, hizmet ve yapıma ilişkin teslimler, kurulacak bir komisyon tarafından denetlenerek kabul edilirler. Taahhüt edilen edim teslim edilmedikçe kabul işlemi yapılamaz. Ancak sözleşmede kararlaştırılmış ise, idare imalat ve üretim süreci bulunan edimlerde, sözleşmede belirlenen kalitede ilerleyip ilerlemediğini aralıklarla denetleyebilir. Eğer edim müstakil bölümlere ayrılabiliyorsa, kısmi kabul işlemi mümkündür. Bazı durumlarda muayene kabul işlemleri numune üzerinden yapılmaktadır. Burada teslim edilen malın, kabul edilen numune ile aynı olması ve sözleşmedeki taahhütlere uygun olması icap eder[1036].

İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın telsim veya kabul edilmesi, ihale sözleşmesinde kararlaştırılan mal noksan miktarda idareye teslim edilirse eğer, TCK.nun 236/2-b maddesinden sorumluluk doğacaktır. İhaleyi alan kişi teslim ettiği malın miktarından sorumlu olduğu kadar, idarede malı kabul etmeye yetkili kişi de sorumludur[1037].

Hükümler, s.846;Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.177; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.290; Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma", s.237-239

[1035] Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.*852*;* Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.178

[1036] Akbulut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma", s.53

[1037] Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.238; Akbulut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma", s.52; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.845*

Sözleşmede belirtilen sürede edimin ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi eylemi, ihaleye sona erdiğinde yapılan sözleşme ile edimin ne sürede bitirileceği kararlaştırılır. Bu süreye uyulmadığı zaman taahhüt altına giren taraf bundan özel hukuk hükümlerince sorumlu olacaktır[1038]. Ancak süresi geçmiş olmasına rağmen, her hangi hileli bir hareketle, edimin süresi içerisinde yerine getirildiğine dair idare adına kabul yapan kişi TCK.nun 236/1-c maddesinden sorumlu olacaktır[1039]. Maddede yalnızca kabul etme işleminden bahsedildiğinden, edimi üstlenen kişi adına süre yönünden bir sorumluluk doğmayacaktır. Elbette suçu işlemesi için kamu görevlisini azmettirmesi durumu bundan ayrıdır.

Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi eyleminde, hileli hareketler içermek kaydıyla, yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemelerin şartname ve sözleşmeye aykırı olarak kabul edilmesi durumunda anılan suç oluşacaktır. KİSK.nun 30. maddesine göre yüklenici ve alt yükleniciler yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmasına dikkat etmek durumundadırlar. Aksi halde ortaya çıkacak zarardan mesul olurlar. Ancak sözleşme ve şartnameye aykırılık bir hileli davranıştan ileri gelmişse, artık TCK.nun 236/2-d maddesi gündeme gelir[1040].

Hizmet niteliğindeki edimin sözleşme hilafına gereği gibi verilmemesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi suçunda, hizmet edimlerinde gerçeğe aykırı hakkediş düzenlenmesi suretiyle de edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlenebilir. Örneğin, sözleşmede öngörülenin aksine daha az personel ve araç çalıştırmasına

[1038]Soyaslan, vd., İ*haleye Fesat Karıştırma,* s.178; Koca, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", s.227

[1039]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.292; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.848*

[1040]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.178; Koca, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", s.229; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.292; Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.238-239

rağmen, sözleşmeye uygunmuş gibi edimin yerine getirildiğinden bahisle hakkediş düzenlenmesi halinde de edime fesat karıştırılmıştır[1041].

Kanun maddesinde kamu zararına dair bir şart hiç yer almamıştır. İhaleye fesat karıştırma suçu gibi edimin ifasına fesat karıştırma suçunda da "zarar" suçun unsuru değildir. Seçimlik hareketlerin yapılması ile suç tamamlanmış olacaktır[1042].

Neticesi harekete bitişik suç olsa da, hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda eylem teşebbüse müsaittir. Örneğin sözleşmeye aykırı olarak eksik teslim edilecek olan mal, idarece kabul edilmezden evvel yakalanacak olursa teşebbüste kalmış edime fesat karıştırma suçundan bahsedebiliriz[1043].

İçtima konusunda ise ihaleye fesat karıştırma suçu ile benzer hükümler söz konusudur. TCK. 236/3 maddesi istisnai bir içtima kuralı öngörmüştür. Bu madde uyarınca edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden kişilerin, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Menfaat temini bu suç için bir unsur niteliğinde değildir. Menfaat elde edilmesi eylemi unsurlarına göre rüşvet, zimmet veya irtikap hükümlerine göre sorumluluk getirecektir[1044].

İhaleye fesat karıştırma suçunda incelediğimiz iştirak hususunun bu madde için de geçerliği olduğunu öncelikle belirtmek gerekir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, özgü suç niteliğine sahip olduğundan, sözleşmeyi imzalayan kişiler ile edimi kabul etmeye yetkili kamu görevlileri haricinde kimse bu suçun asli faili olamazlar.

[1041]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.122; Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.239; Koca, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", s.233

[1042]K.g. Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.849; k.g.* Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s.*122

[1043]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.180; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.295; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* 851; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.235; Koca, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", s.237; K.g. Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.849;* k.g. Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s.*122

[1044]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.295; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.238; Akbulut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma", s.68

Ancak suça katkılarına göre TCK.40/2 maddesi uyarınca azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaklardır[1045].

3.2.2. Görevi Kötüye Kullanma Suçu

Görevi kötüye kullanma suçu Türk Ceza Kanunu'nun 257'nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir; "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksızsız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi ...*"

Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenleme genel ve tamamlayıcı norm mahiyetindedir. Bu nedenle suç olduğu değerlendirilen hareketin bir başka suça vücut vermemesi gerekir. Eğer eylem kanunlarda yer alan bir başka suça vücut veriyorsa faile ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmez[1046].

Bu kapsamda ihaleye fesat karıştırma suçunun varlığı TCK'nın 235'inci maddesinde seçimlik olarak sayılan hareketlerin işlenip işlenmediğine göre belirlenir. Eğer ihaleye ilişkin idari mevzuata aykırı bir hareket 235'nci madde içerisinde sayılmamış ise ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olmaz[1047]. Bu durumda yapılan hareketin mevzuata aykırı olması durumunda, ihale görevlileri görevlerinin gereklerini yerine getirmeyerek kötüye kullanmış olabilirler. Bu halde TCK'nın 257'nci maddesinde yer alan kanuni şartların varlığı halinde ihale komisyonu görevlileri görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılırlar[1048].

[1045]Arslan, Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.245; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.295; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.237; Akbulut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma", s.69; Kaplan, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s.723

[1046]Özbek, vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.927; Tezcan, Erdem, Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.991 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.1114

[1047]Yargıtay 4. CD. 29/6/2011T., 2010/20011E., 2011/9315K. sayılı kararı; "İzmit Büyükşehir Belediye başkanı olan sanığın valilikten hiçbir geçici işçi vize talebi olmadan Yuvam İzmit Konut Döner sermaye işletme müdürlüğünün bütçe yasalarına ve İçişleri Bakanlığı'nın Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün genelgelerine aykırı olarak geçici işçi çalıştırmasına onay vermekten ibaret eyleminde ne surette bireylerin mağduriyetine, kamunun zararına yol açıldığı…"

[1048]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.77; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s.*89; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.411;Yargıtay 4.CD.

Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ihale usulü sayılmasına rağmen daha sonra yapılan kanun değişikliği ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin yöntemiyle yapılan kamu alımları, ihaleye fesat karıştırma suçuna konu edilmemektedir. Bu yüzden mevzuata göre doğrudan temin usulüne aykırı olarak yapılan alımlar hakkında kamu görevlisi vasfına sahip ihale görevlileri, görev gereklerine aykırı hareket ettikleri ölçüde görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacaktır[1049].

3.2.3. İrtikap ve Rüşvet Suçları

İrtikap suçu (yiyicilik) 5237 sayılı TCK.nun 250. maddesinde düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak, bir kimseyi kendisine maddi bir menfaat sağlamaya zorlaması, ikna etmesi veya kanunen verilmemesi gereken bir menfaatin mağdurun bilgisizliğinden yararlanarak ele geçirmesi irtikap suçudur[1050]. Kanun koyucu, kamu görevinin haksız bir gelir elde etme yöntemi olarak kullanmasına engel olmak amacıyla irtikap suçunu düzenlemiştir. Zira burada kamu görevlisi, konumu ve sahip olduğu yetkilerden kaynaklanan nüfuzunu kendine yarar sağlamak üzere kullanmaktadır[1051]. Fail, görevi sebebiyle kanunun kendisine sağladığı kamusal iktidarı ve gücü görevinin gereklerine aykırı şekilde kullanmaktadır. Kamu görevi

11/4/2011T., 2011/3197E., 2011/4812K. sayılı kararı; "11/5/2004 tarihli Yüzüncüyıl Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Satınalma Komisyonu ihale kararında imzası bulunan sanığın sözü geçen işlem ile Devlet İhale Yasasının 2. maddesine aykırı olarak kardeşinin şirketinden kamu kurumuna mal almak suretiyle görevde yetkisini kötüye kullanma eyleminden dava açılması karşısında, dava zamanaşımının durma süresi ve sorgunun yapıldığı tarih dikkate alınıp yargılamaya devamla sanık hakkında hüküm kurulması gerekirken, …"

[1049]Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.67; Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", s.7; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçu"*, s.70; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s*.89; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,* s.411; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.842; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.254;

[1050]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar,* s.21

[1051]Yerdelen, "İrtikap Suçu", **Ekonomik Suçlar,** ed.Yener Ünver, 2016, s.106

gereği vergi cezası kesmeye yetkili bir görevlinin, her hangi bir kusuru bulunmayan mağdura ceza kesmesi durumunda irtikap vardır[1052].

Rüşvet suçu da kamu idaresine karşı işlenen suçlardandır. 5237 sayılı TCK.nun 252. maddesinde düzenlenmiştir. Öncelikle rüşvet anlaşmasının konusunu oluşturan iş kamu görevlisinin kendi görev alanı içerisinde bulunmalıdır[1053]. Rüşvet suçunda, rüşveti alan kamu görevlisi ve rüşveti veren kişi birlikte bu suçtan mesuldür. Yapısı gereği rüşvet karşılıklı bir anlaşmayı gerektirdiği ve en az iki kişiden teşekkül eden bir suç olduğundan zorunlu iştirak söz konusu olmaktadır[1054]. Rüşvet alma, kişinin ifa ettiği kamu görevi sebebiyle yetkisi ve görevi dahilinde bulunan bir işi menfaat karşılığı yapması veya yapmamasıdır. Menfaat temini kamu görevlisinin bizzat şahsına yapılacağı gibi, üçüncü bir kişiye de yapılabilir[1055].

Rüşvet alma ve rüşvet verme eylemlerinde, faillerin karşılık örtüşen iradeleri ile rüşvet sözleşmesi tamamlanmış olur. Suçun tamamlanması için iki tarafın rüşvet sözleşmesi üzerinde anlaşmış olmaları kafidir. Karşılıklı menfaatlerin teslimine gerek yoktur. Her iki tarafın birbirini zorlaması, kandırması veya hatasından yararlanması söz konusu olmadığından, irtikap suçundan bu noktada ayrılmaktadır[1056].

Rüşvet ve irtikap suçları ile ihaleye fesat karıştırma suçunun ilişkisi TCK'nın 235/4 maddesinde düzenlenmiştir. Rüşvet suçu bakımından, ihale isteklisinin ihaleyi kazanmak adına ihale komisyonu görevlisi ile anlaşma yaparak menfaat sağlaması halinde, ihaleye fesat suçunun yanında rüşvet suçu da gündeme gelir. TCK'nın 235/4 maddesi uyarınca menfaat temin eden görevlinin ayrıca rüşvet suçundan cezalandırılması gerekmektedir. Ancak bu hüküm yalnızca kamu görevlileri hakkında bir düzenlemeyi içermektedir. İstekliler ve üçüncü kişiler ise kapsam dışı bırakılmıştır.

[1052]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar,* s.25

[1053]Güneş Okuyucu Ergün, "Rüşvet Suçu", **Ekonomik Suçlar**, ed. Yener Ünver, 204, s.41

[1054]Okuyucu Ergün,"Rüşvet Suçu", s.40

[1055]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar,* s.43

[1056]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*,s.44

Zira menfaat sağlayarak rüşvet veren ve bu suretle ihaleye fesat karıştıran istekliler burada gözardı edilmiştir[1057].

235/4 maddesinde yer almasa da bizce menfaat temin eden istekli rüşvet vermek eyleminden sorumludur ve her halükarda cezalandırılır. Aslında sorun teşkil eden konu ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından çıkar. Daha önce ifade edildiği üzere, TCK'nın 235/2-a fıkrasında düzenlenen suçlar yönünden ihale isteklisi yalnızca yardım eden veya azmettiren sıfatıyla şerik olabilir. İhale görevlisi azmettirilmeksizin suçu kendi kararı ile işlemiş ve istekliden menfaat talep etmişse, istekli artık ihaleye fesat karıştırma suçuna azmettirmekten sorumlu değildir[1058].

İrtikap suçu yönüyle ise, ihale görevlisi olan failin, ihale dışında anlaşmaya vardığı kişiye yönelik yaptığı tehdit, icbar veya zorlama ile kendisine menfaat sağlamaya çalışması muhtemeldir. Örnek olarak, ihale teklifleri alındıktan sonra teklif yapan istekliye ulaşan ihale komisyonu başkanının, aslında en iyi teklifi yaptığını ancak kendisine parasal bir menfaat vermemesi durumunda bir şekilde ihale teklifini iptal edeceğini söyleyerek kendisine menfaat sağlamaya zorlaması halinde, ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçu da oluşacaktır. Aynı husus ikna suretiyle irtikapta da geçerlidir. Hatadan yararlanılarak yapılan irtikap suçunda ise, mağdurun ikna edilmesi gerekmez. Burada irtikap suçu, mağdurda bulunan yanlış bir kanı sebebiyle, gerçekte vermesi gerekmeyen bir maddi faydayı kamu görevlisine ödemesi üzerine, failin mağduru uyarmayarak bu faydayı kabul etmesi şeklinde işlenmektedir. Bu kez, aslında teklifin mevzuata uygun olmasına rağmen, istekliye şartnameye aykırı olduğunu ama kendisine çıkar sağlaması durumunda ihaleyi kendisine verebileceğini söyleyerek para alması durumu da böyledir[1059].

[1057]Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma, s.251

[1058] Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.108 "…bilindiği gibi anlaşmaya varılmasıyla suç tamamlanmış gibi rüşvet alan da veren de cezalandırılmaktadır. Menfaatin amaçlanan şeyin yapılmasından sonra sağlanması önemli değildir. Rüşvet veren kişi ise rüşvet fiilinden dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet veren ihaleye fesat karıştırmaktan ayrıca sorumlu olmaz. Rüşvet veren kişi rüşvet suçu dışında ihaleye fesat karıştırma suçu açısından da azmettiren, yani bir suç açısından fail, diğer suç açısından da şerik olmakla birlikte failliğin şerikliğe göre asillik özelliği taşıması nedeniyle sadece rüşvet suçundan dolayı cezalandırılır…"

[1059]Yargıtay 5.CD. 26.12.2006T., 2006/12792E., 2006/10667K sayılı kararı; *"..suç tarihinde Milliği Eğitim Müdürü olup aynı zamanda ihale komisyon başkanlığı görevini yapan hüküm A'nın mülkiyeti Hazineye ait taşınmazın satış ihalesi öncesinde M'nin bu taşınmaza çok para harcadığını, muhakkak almak isteyeceğini bildiğinden, onu sıkıştırmak suretiyle para almak için K ile işbirliği yapıp K'nın*

3.2.4. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı ve Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması ve Göreve İlişkin Sırların Açıklanması Suçları İle İlişkisi

TCK. 235/2-b maddesinde tanzim edilen gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ulaştırmak suçu ile, 239'uncu maddede ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçu ve. 258'inci maddede ise göreve ilişkin sırların açıklanması suçu ile benzerlik göstermektedir[1060].

İhaleye fesat karıştırma suçlarından olan gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ifşası suçunun hukuki değeri kamusal olup, ekonomik hayatın tüm süjeleri açısından rekabetin korunması söz konusu iken, TCK'nın 239'uncu maddesiyle korunan hukuki değerler bireysel niteliktedir. Bu anlamda ticari ve mesleki sırların açıklanması suçunda, ticari ve mesleki sırları ifşa edilen özel kişilere ait menfaatler ön planda tutulmuştur[1061].

TCK. 239'da yer alan suç, bireysel nitelikteki ticari sır, bankacılık sırrı gibi bilgi ve belgenin mahremiyetini ihlal etmek eylemleri, ihalede teklif verenler aleyhine de işlenebilir. İfşa edilen bilgi ve belgeler ihale tekliflerine ilişkin ise özel norm olması sebebiyle TCK'nın 235/2-b maddesi uygulanır. Ancak tekliflerle ilgisi olmayan bilgi ve belge hakkında işlenen eylemlere TCK 239'uncu maddesi uygulanır[1062].

---

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 5252 sayılı Yasa'nın 9/4. Maddesi gözetilerek 5237 sayılı Yasa'nın 235/4 maddesi delaletiyle aynı Yasa'nın 250/1 maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken isabetli olmayan gerekçe ile bu suçtan cezalandırılmayacağına karar verilmesi…"

[1060] Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu",s.73

[1061]Zeynel Kangal, "Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu", ***Ceza Hukuku Dergisi,*** C. 9, S.24, 2014, s.10; Mahmutoğlu, "İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu",s.73

[1062]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.58

Bununla birlikte TCK. 239'uncu maddesindeki suçu yalnızca görev, meslek veya sanat gereği vakıf olan kişiler işleyebilmektedir. Halbuki TCK'nın 235/2-b maddesinde fail herkes olabilir[1063].

TCK'nın 258'inci maddesinde düzenlenen göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunda ise, görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisi cezalandırılacaktır. Eğer suçun konusu bir ihalenin yaklaşık maliyeti hakkında ise bu halde TCK'nın 235/2-b maddesi uygulanır[1064]. Buna karşın üçüncü kişilere ulaştırılan bilgi ve belge tekliflere veya yaklaşık maliyete ilişkin değilse, fakat gizli kalması gereken belgelerden ise TCK'nın 258'inci maddesinden cezalandırılır[1065]. Bununla birlikte TCK'nın 258'inci maddesindeki suçu yalnızca kamu görevlileri işleyebilmektedir. TCK 235/2-b maddesinde ise fail herkes olabilir.

3.3.Yaptırım

3.3.1. Ceza

Ceza kanunumuzun benimsediği suç ve ceza siyaseti, ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi yönündeki görüşlere itibar etmemektedir. Ekonomiye karşı işlenen suçların önlenmesi ve caydırıcı olması, yaptırımların failin elde ettiği veya etmeye çalıştığı faydadan fazla ve ağır olması gerekir. Zira yolsuzlukla mücadelede ekonomik suçlara ekonomik ceza verilmesi düşüncesi olumlu bir katkı sağlamaktan uzaktır[1066].

[1063]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.*157; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.142

[1064]Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* s.821 (Eserde, tekliflerle ilgili olmadığından yaklaşık maliyetin ifşa edilmesi halinde yalnızca TCK'nın 258'inci maddesinde yer alan suçun oluşacağı ifade edilmektedir); Koca, Üzülmez, "İhaleye Fesat Karıştırma", s.17

[1065]Arıtürk, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.*157

[1066]Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.222; Veli Özer Özbek, "Ticari Ceza Hukukuna Hakim Olan Ceza Hukuku İlkeleri ve Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Yapılan Değişikliklerin Söz Konusu İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.9, 2009, s.26; Ağır yaptırımların yerine önleyici tedbirlere yer verilmesinin daha rasyonel olduğuna dair

İncelememize konu olan ihaleye fesat karıştırma suçu da ekonomik bir suçtur. TCK'nın 235'inci maddesi bu suç için temel ceza olarak hapis cezası öngörmektedir. Cezanın yanısıra, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucu gerçek ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri de söz konusudur. Bu kapsamda ihale mevzuatında ihaleye fesat karıştıranlar hakkında bir güvenlik tedbiri olan ihaleden yasaklanma kararı verilmektedir. Bunun yanında suça konu edilen eşya ve suçtan kaynaklanan kazançlar da müsadereye tabidir. Son olarak belirli hakları kullanmaktan yasaklanma tedbiri söz konusu olmaktadır[1067].

Suçun temel halinin düzenlendiği birinci fıkraya göre ihaleye fesat karıştıranlar 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. TCK'nın 235/2 maddesinde sayılan seçimlik hareketler neticesinde kamu zararı meydana gelmişse, o halde 235/1. maddede yazılı temel cezaya hükmedilecektir. Fesat karıştırma eylemi neticesinde kamu zararı doğmadıysa failin cezası TCK. 235/3-b maddesi uyarınca 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olacaktır. Kamu zararı doğsun doğmasın, fesat karıştırma eylemi cebir ve tehdit yolu ile işlenmişse, verilecek cezanın alt haddi 5 yıldır.

6459 sayılı değişiklik öncesi ihaleye fesat karıştırma suçu 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. Her bir seçimlik suç bakımından tek bir ceza öngörülmüştü. Ancak 235/3 maddesi gereği suç sebebiyle kamu zararı ortaya çıkmış ise verilecek ceza yarı oranında artırılmakta idi.

görüşler için bkz. Devrim Aydın, "Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri", ***Ceza Hukuku Dergisi***, C.5, S.12, s. 87-101

[1067] Cezadan farklı olarak güvenlik tedbiri failin tehlikeliliğini esas alır ve gelecekte yeniden bu tehlikenin ortaya çıkmasını engellemek amacı taşır. Her iki yaptırımın infaz şekli de farklıdır. Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Faruk Turhan, Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.2, S.4, 2007, s. 171-196; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.466; Ahmet Vedat Dilberoğlu, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.65, S.4, 2016, s.1535-1536; Mehmet Emin Artuk, "Güvenlik Tedbirleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.12, S.1-2, 2008, s.465 vd.; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.376 (Yazar ihaleye fesat karıştıranlar hakkında ayrıca Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesi uyarınca vergi kaçakçılığından cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir)

Doktrinde, mevcut yaptırımların miktarı ve niteliği konusunda da farklı görüşler ortaya atılmıştır. İhaleye fesat karıştırma gibi bir suç için ekonomik yaptırımın yeterli olmayacağı, bu nedenle hapis cezası öngörülmesinin isabetli olduğu ifade edilmiş[1068], buna paralel bir görüşte fesat eylemi nedeniyle elde edilmesi planlanan ekonomik faydaya nazaran çok daha ağır bir yaptırımla karşı karşıya kalınması düzenlemenin caydırıcı nitelikte olacağı belirtilmiştir[1069].

Buna karşılık suçla mücadele için hapis cezası öngörülmesinin yerinde olmakla birlikte, gerçek içtimanın uygulandığı hallerde cezanın fahiş rakamlara ulaşacağı da savunulmuştur. Bu denli yüksek hapis cezalarının temel hukuk prensiplerine aykırı olduğu, toplumsal bir yarara hizmet etmeyeceğini, özellikle kamu zararının bulunmadığı hallerde öngörülen hapis cezalarının yüksekliğinin hakkaniyetsiz sonuçlara yol açacağı ifade edilmiştir[1070].

Bizce kamu zararının doğmadığı hallerde hile, gizli anlaşma ve gizli bilgilerin ifşası suretiyle fesat karıştırma suçları ile cebir-tehdit suretiyle fesat karıştırma suçlarının cezaları arasında uçurum oluşmuştur. Bunun izah edilebilir tarafı yoktur. Genele bakıldığında, cebir-tehdit suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma eylemleri daha çok küçük il ve ilçelerde, küçük çapta taşıma, hizmet ihaleleri üzerinde işlenmektedir. Dolayısıyla ortaya çıkacak tehlike veya zarar oranı düşüktür. Oysa hile suretiyle fesat karıştırma eylemi ile çok büyük rakamların zikredildiği ve devletin çok daha büyük harcamalar yaptığı ihalelerde işlenmekte olup, ortaya çıkabilecek tehlike veya zararın boyutları çok daha yüksek olabilmektedir. Eylemlere öngörülen cezanın bu kadar düşük olması elbette hakkaniyetsiz uygulamalar ile karşılaşmamıza yol açacaktır[1071].

[1068] Eker Kazancı, "Yolsuzluk Kavramı ve TCK'da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler", s.63

[1069] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.230

[1070] Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.134; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.223

[1071] Arslan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu ve Son Değişiklilkler", s.96

3.3.2. Güvenlik Tedbirleri

Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği ikinci yaptırım türü güvenlik tedbirleridir. Güvenlik tedbirleri, kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup, toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hakim tarafından hükmedilen yaptırımlardır[1072]. Güvenlik tedbirinin ana hedefi suç işleyen failin ıslah olmasına yardımcı olmak ve toplumu tehlike arz eden birisinden korumaktır. Bu noktada cezadan ayrılır. Zira cezanın esas amacı failin cezalandırılmasıdır. Onun bedeni ve maddi olarak kısıtlanmasını hedefler. Güvenlik tedbirleri ise suçlunun topluma kazandırılmasını amaçlar. Bununla birlikte kişinin cezalandırılması için bir suçun işlenmesi veya teşebbüs edilmesi gerekir. Güvenlik tedbiri uygulanması için ise suç işlenmesine gerek yoktur. Çünkü güvenlik tedbiri suç işleyenlere uygulanmakla birlikte suç işleme tehlikesi içinde bulunanlar için de uygulanır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ceza yalnızca gerçek kişiler hakkında uygulanabilir. Güvenlik tedbirleri ise hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler için söz konusu olur. Şartları gerçekleşiyor ise cezanın yanında güvenlik tedbirine de hükmedilmesinde sakınca yoktur[1073].

Güvenlik tedbirleri ya kişi hürriyetini kaldırmakta veya haklardan yoksun bırakmakta ya da kişi hürriyetini kısıtlamaktadır. Bunlar bir ceza ile birlikte uygulanabilirken, tek başına ceza yerine de uygulanabilir. 5237 sayılı TCK'nın muhtelif maddelerinde düzenlenen güvenlik tedbirleri, 53'üncü maddede gerçek kişiler için belirli haklardan yoksun kılma hükümlerini, 54 ve 55'inci maddelerde eşya ve kazanç müsaderesi hükümlerini, 60'ıncı maddede ise tüzel kişiler için faaliyet izninin iptali ve müsadere hükümlerini içermektedir. TCK'nın 60. maddesine göre, kamu kurumu tarafından verilen izin ile faaliyette bulunan bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcileri sebep olduğu ve kendilerine verilen yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen suçlar sebebiyle mahkumiyet kararı verilmesi halinde, tüzel kişinin faaliyet izni iptal edilmekle birlikte müsadere hükümleri uyarınca tüzel kişinin suçla ilişkili eşya ve kazancına el konulabilecektir. TCK'nın 242. maddesinde de, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesiyle haksız

[1072]Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.466; Artuk, "Güvenlik Tedbirleri", s.466

[1073]Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.575

menfaat elde eden tüzel kişi hakkında, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır[10741075].

3.3.2.1.Belirli Hakları Kullanmaktan Yoksunluk

Hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak TCK'nın 53'üncü maddesinde yazılı haklar hapis cezasının sonuna kadar kullanılamamaktadır. Bu kapsamda hapis cezasına mahkum olanlar birinci fıkranın (a) bendine göre sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun bırakılırlar. Bir sonraki bentlerde seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan, velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, vakıf, dernek sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılmalarına karar verilecektir.

TCK. 53'üncü maddenin beşinci fıkrasında ifade edildiği üzere, kamu görevinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar sebebiyle hapis cezasının infazından sonra geçerli olmak üzere, mahkeme tarafından hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkilerin yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerin birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına hükmedilmesi halinde, gün para cezasının yarısından bir katına kadar hak ve yetkilerin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir.

[1074]Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.466; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.235; Artuk, "Güvenlik Tedbirleri", s.490; Zeki Hafızoğulları, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", **Ankara Barosu Dergisi,** S.1, 2007, s.91

[1075]5237 sayılı TCK'da Ayrıca 56'ıncı maddede ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5'inci maddesinde çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, 57'inci maddede akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, 58'inci maddede mükerirler ve tehlikeli suçlular hakkında güvenlik tedbirleri ve 59'uncu yabancılar hakkında sınır dışı tedbirleri düzenlenmiştir.

Belirli haklardan yoksun bırakılma tedbirinin güvenlik tedbiri değil fer'i ceza olduğu doktrinde ifade edilmişse de, hak yoksunluğu hapis cezasına mahkumiyetin doğal sonucu olarak uygulandığı ve mahkeme kararında yer almasa bile hukuki sonuç doğurduğu hususları gözetildiğinde bir ceza olarak nitelendirilemez[1076].

Aslında TCK'nın 53. maddesinde düzenlenen hak yoksunluğu tedbirleri, ceza mahkumiyetinin bir doğal sonucudur[1077]. Bunun için ayırca mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Kesinleşen mahkumiyet kararı ile otomatik olarak uygulanır. TCK'nın 53/1. maddesinde düzenlenen hak yoksunlukları bu kapsamdadır[1078]. Hapis cezasına mahkum olan kişi, infaz sırasında birinci fıkrada yer alan haklarını kullanmasına imkan bulunmadığından, hak mahrumiyetine ilişkin mahkeme kararında ibare olmasa dahi infaz aşamasında dikkate alınmak zorunludur. Ancak infaz sonrası TCK. 53/5 maddesi gereği uygulanacak yasaklılık haline ilişkin mahkeme kararı yoksa, kişi hakkında doğrudan hak yoksunluğu uygulanamaz. Bununla birlikte para cezasına mahkum olunması halinde hak mahrumiyeti uygulanmaz. Hapis cezası almış olmakla birlikte TCK. 51'inci maddesi gereği cezası ertelenen failin durumu koşullu salıverilen hükümlülerinki gibidir. Hapis cezası ertelenen hükümlü, cezası infaz edilmiş sayılacağından, erteleme süresi boyunca TCK. 53'üncü maddenin birinci fıkrasındaki haklardan mahrum edilecektir. Yalnızca kendi altsoyuna ilişkin velayet, vesayet ve kayyımlık yetkilerini kullanabilecektir. Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını

[1076]Belirli haklardan yoksun bırakılma tedbirini fer'i ceza olarak ifade eden yazarlar, suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olan bir hükmün, tehlikelilikle ilgili olmadığını, bu nedenle güvenlik tedbiri olmadığını, bilakis ihlale tepki olarak ortaya çıkan ceza yanında, ceza mahkumiyetinin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan bir fer'i ceza olduğunu ifade etmektedirler. Bu yöndeki görüşler için bkz. Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.611; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.471; Centel, Zafer, Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş,* s.728; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku,* s.548; a.y.Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.626; Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri,* s.60 vd.

[1077]Hak yoksunlukları bir güvenlik tedbiri niteliğindedir. Fer'i ceza değildir. Her iki kurum arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuhoğlu, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri,* s.60 vd.

[1078]Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme", s.175; (Yazar TCK. 53/1 maddesinde yer alan hak yoksunluklarının tam olarak ceza ve güvenlik tedbiri mahiyetinde olmadığını farklı bir hukuki statüye sahip olduğunu ifade etmektedir.)

doldurmamış olanlar ile kısa süreli hapis cezası ertelenenler hakkında 53/4 fıkrası uyarınca hak yoksunluğuna hükmedilmez[1079].

İhaleye fesat karıştırdığı anlaşılan fail hakkında hapis cezasına hükmedilmiş ise, TCK'nın 53/1. maddesine göre hapis cezası alan kişi hakkında cezanın infazı süresince maddede sayılan hakları kullanması mümkün değildir. Koşullu salıverilen fail hakkında, infaz devam ettiği kabul edilerek yasaklılık hali devam eder. Ancak koşullu salıverilen failin TCK. 53'üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, 53/1-c bendinde yer alan haklar için, kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından yasaklılık hükümleri sona erer. Birinci fıkradaki diğer tüm haklar için yasaklılık bihakkın tahliye tarihine kadar devam eder[1080].

Aynı Kanun'un 53/5 . maddesinde de, ihale komisyonu görevlisi olan ihaleye fesat karıştırma suçunun faili, kamu görevi nedeniyle kendisine verilen hak ve yetkileri kötüye kullandığı için, cezasının infazından sonra ayrıca, cezanın yarısından bir katına kadar olan bir sürede kamu görevinden yasaklanmaktadır. Bu madde kapsamında kamu görevi yapmaktan veya failin görev aldığı kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu, kamuya yararlı dernek, vakıf veya kooperatif yöneticisi olmaktan yasaklanmasına karar verilir. Eğer mahkum olunan yaptırım para cezası ise, fail hükümde belirtilen gün sayısının bir katına kadar bahsi geçen görevlerden yasaklanır [1081] . TCK'nın 53/5 maddesinde belirtilen hak mahrumiyetleri, 53/1. maddesinden farklı olarak, verilen cezanın infazının bitmesi üzerine başlar. TCK. 53/5 maddesi uyarınca hükmedilen hak mahrumiyetleri, mahkemenin kararında açıkça belirtilmez ise infaz edilemezler. Eğer mahkeme hükmü 53/5. maddesini göz ardı etmişse, bu durum failin lehine bir kazanılmış hak doğurmaz[1082]. Zira fail kamu

[1079]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.471; Necati Meran, "Belli Haklardan Yoksun Bırakılma" Güvenlik Tedbiri", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.100, 549-554; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.466

[1080]Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.471; Hakeri, *Genel Hükümler*, s.562; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.630

[1081] Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.611; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.631; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.224

[1082] K.g.Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme" , s.190

görevlisi ise, mahkeme tarafından TCK'nın 53'üncü maddesinin beşinci fıkrası gereği görevleriyle ilgili hak mahrumiyetine hükmedilmesi zorunludur. Yargıtay 53'üncü maddenin uygulanmaması durumunu tek başına bozma nedeni dahi saymaktadır[1083]. Bu kararlarda, yerel mahkemelerin 53'üncü maddeyi çoğu zaman gözardı ettiğini görmekteyiz[1084].

Bunun yanında Anayasa'nın 76/2. maddesi uyarınca resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçundan mahkum olanlar, affa uğramış olsalar bile millet vekili seçilemeyecektir. Ayrıca Siyasi Partiler Kanunu'nun 11'inci maddesine göre siyasi partilere üye olamayacaklardır[1085].

3.3.2.2.İhalelere Katılmaktan Yasaklama

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyenler hakkında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59'uncu maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmektedir. Bunun yanında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 85'inci maddesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Hakkında Kanun'un 27'nci maddesi uyarınca yine ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Söz konusu karar, ihale mevzuatında yasaklanan fiil ve davranışta bulunanlar hakkında, ihaleyi yapan veya sözleşmeyi imzalayan idarenin merkezi idarede bağlı olduğu bakanlık tarafından verilmektedir. Bu bakımdan sübjektif bir idari işlemdir. Yapısı bakımından emredici

[1083]Yargıtay 5. CD. 9.11.2017T., 2014/9286E., 2017/4854K. Sayılı kararı; *"...Yüklenen suçu TCK'nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işleyen sanıklar hakkında, aynı Kanunun 53/5. maddesi gereğince hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,..."*

[1084]Yargıtay 5. CD. 8.11.2017T., 2014/255E., 2017/4823K. Sayılı kararı; *"..Suçları TCK'nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlediği kabul edilen kamu görevlisi sanıklar hakkında aynı Yasanın 53/5. maddesi uyarınca hak yoksunluğuna karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Anayasa Mahkemesinin 08/10/2015 tarih ve E. 2014/140; K. 2015/85 sayılı iptal Kararının 24/11/2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması nedeniyle TCK'nın 53/1. maddesiyle ilgili olarak yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması,..."*

[1085] Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.228; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.629

işlemlerdendir. İdarenin tek yanlı olarak açıkladığı ve uygulanması zorunlu olduğu dikkate alındığında idari bir işlemdir[1086].

Bunun yanında Kamu İhale Kanunu'nun 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yasak fiil ve davranışlar nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçundan kamu davası açılması durumuda, yargılamanın sonuna kadar bu kişilerin ihalelere katılamayacaklarına dair hukuki bir durum yaratılmıştır[1087]. Burada ayrıca bir idari işleme gerek yoktur. Burada bir karar değil, hukuki bir durum vardır. İhaleye ilişkin suça ilişkin iddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile sanık durumuna gelenler, bu tarihten sonra açılacak ihalelere girememektedir. İddianameye konu edilen suç ihaleye ilişkin olmalıdır. TCK'nın 235'inci maddesiyle sınırlı değildir. Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlara tekabül eden eylemler hakkında açılan kamu davaları, KİK'nin 59/2 maddesindeki yasaklama sebebini gerektirmektedir. KİK'nin 59/2. Maddesindeki ihaleye katılma yasağını bir tedbir olarak düzenlenmiş olduğunu görüyoruz. Bu maddeye göre hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan kamu davası açılan kişi hakkında yargılama sonuna kadar ihalelerden yasaklı olacağını, kamu davası açılmasıyla birlikte Cumhuriyet savcısının bu durumu Kamu İhale Kurumuna bildireceği düzenlenmiştir. Yargılama süresi önceden bilinemeyeceğinden, tedbir süresi de belirsiz olmaktadır. Her halükarda bu tedbir dava zamanaşımı süresinin sonunda kendiliğinden kalkacaktır[1088].

Anılan fıkra uyarınca, hakkında kamu davası görülen kişinin ihalelerden yasaklanması için idari karara gerek olmadığı gibi, bir mahkeme yada hakim kararına da ihtiyaç yoktur. Kamu davası açılmakla otomatik olarak kişi ihalelerden men edilmiş

[1086]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, s.298

[1087]Canbazoğlu, *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, s.328

[1088]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.105; Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.150; Dilberoğlu, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.380; Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.141 (Bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi 14.1.2010 tarih, 2007/68 esas ve 2010/2 sayılı kararı ile iptal başvurusunu reddetmiştir. Bu karara muhalif kalan üyeler karşı oylarında idareye takdir hakkı tanımaksızın maddede tanımlanan kişiler hakkında ihalelere katılma yasağı getiren hükmün Anayasa'nın 2 ve 125'inci maddelerine aykırı olduğu, Kamu İhale Kanunu 59'uncu naddesinin ikinci fıkrasında kamu davası açılanların ceza davalarının kesin hükümle sonuçlanmasının ortalama süresi dikkate alındığında idari önlem niteliğinde görülen bir kararla yıllarca hatta on yıllarca kamu ihalelerine katılamayacak olmasının Anayasa'nın 48 ve 13'üncü maddelerine aykırı olduğu, söz konusu yasaklılık tedbirinin yargı kararı olmaksızın verilmesinin Anayasa 38'inci maddesindeki masumiyet karinesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir.)

olur. KİK.nun 58. maddesine yapılan atfa göre de, yargılanan kişinin sadece kendisi değil, adına hareket ettiği şirket veya ortağı olduğu diğer şirketler, ayrıca suçtan şüpheli veya sanık olmayan kişiler hakkında da ihalelerden yasaklılık uygulanmasına imkan tanınmıştır[1089].

Ancak bu başlık altında incelememiz gereken ihalelere katılmaktan yasaklılık halleri, idare kararıyla verilen yasaklılıktan yada kamu davasının sebep olduğu yasaklılıktan farklıdır. Buradaki yasaklılık kararını ihaleye fesat karıştırma suçunu yargılayan ceza mahkemesi vermektedir.

Kamu İhale Kanunu 59. maddeye göre de, 17. maddeyi ihlal eden hareketlerin suç teşkil etmesi ve haklarında mahkumiyet hükmü verilmesi durumunda, verilen cezanın yanı sıra mahkeme tarafından ihaleye katılmaktan men edilmesine karar verileceği belirtilmiştir. Mahkeme tarafından verilen ihale yasaklama kararının kapsamı ifade edilmeli, yalnızca Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan ihaleler için olacağı belirtilmelidir. Zira 59. maddeye dayanılarak Kamu İhale Kanunu haricinde düzenlenen ihaleler hakkında yasaklama hükmü verilmesi mümkün değildir [1090]. 4734 sayılı KİK.da yer alan yasaklılık halleri yalnızca bu Kanun'a tabi ihalelerde uygulama alanı bulur. Diğer mevzuata göre yapılan ihalelerde uygulanmaz[1091].

Ceza mahkemesi tarafından verilen yasaklama kararı idari bir yaptırım değil, bir güvenlik tedbiridir[1092]. 5237 sayılı TCK. asli ve fer'i ceza ayrımını kaldırarak yerine ceza ve güvenlik tedbiri ayrımını kabul etmiştir. Yasaklama kararı ceza mahkemesi tarafından mahkumiyet kararıyla birlikte verilen bir güvenlik tedbiridir. Bu anlamda idari yaptırım niteliğinde değildir[1093]. .

[1089]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.142; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.105

[1090]Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.208

[1091]Soyaslan, vd., *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.151; Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.109

[1092] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.211

[1093]Danıştay 13.D. 2009/5495E.,, 2010/8143K. sayılı kararı *"4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında kamu davası açılması durumunda, yargılama sonuçlanıncaya kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine*

Mahkumiyet kararı verildiğinde, ihaleden yasaklama kararının da verilmesi zorunludur. Zira Yargıtay, ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen mahkumiyet kararlarının yanında, failler hakkında 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca ihalelerden yasaklanma kararı verilmesinin zorunlu olduğuna hükmetmiştir[1094]. Mahkumiyet kararının yanında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi bozma nedenidir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında[1095] denilerek ihalelerden yasaklama kararının mahkumiyetin doğal bir sonucu olduğu ifade edilmiştir.

Benzer bir hüküm Devlet İhale Kanunu 84. Maddesinde yer almaktadır. Kanun kapsamında bulunan idarelerin ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklama kararı verileceği ifade edilmiştir. Bu maddeye göre yasaklama kararı, mal ve hizmet satımı ve kiralama ihalelerine fesat karıştırma suçundan hüküm kurulduğunda verilebilir[1096].

4734, 4735 ve 2886 sayılı Kanunlarda yasak fiil veya davranışta bulundukları tespit edilenler hakkında (4734 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 4735 sayılı Kanunun 25. maddesi) fiil veya davranışın özelliğine göre 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar, üzerine ihale kaldığı halde mücbir sebep halleri (doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde idarenin başvurusu üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller) dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında 6 aydan az olmamak üzere 1 yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 59. ve 4735 sayılı Kanunun 27. maddeleri uyarınca mahkemeler tarafından verilen yasaklama kararları, 1 yıl ile 3 yıl arasında değişen

---

katılamayacaklarının düzenlendiği, davalı Bakanlık veya başka bir kurum tarafından davacı hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmediği, davacının açılan bir kamu davası sonucu olarak ihalelere katılamayacağı, buradaki ihalelere katılamama olgusunun idari işlem değil, yasal düzenleme gereği ceza yargılamasının sonucu olarak ortaya çıktığı ve yargısal faaliyet kapsamında bulunduğunun kabulü gerektiği, bu durumda davacı hakkında idari işlem niteliğinde bir yasaklama kararının varlığından söz edilemeyeceğinden ..."(UYAP personel portalı, erişim:20/6/2017)

[1094] Yargıtay 5. CD. 5/2/2013T., 2012/4424E., 2013/848K. sayılı kararı (UYAP personel portalı, erişim:20/6/2017)

[1095] Yargıtay 5. CD 5.2.2013T., 2012/4424E., 2013/848K sayılı kararı; *" ... haklarında ihaleye fesat karıştırma suçlarından mahkumiyetlerine ilişkin olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17/a maddesinde belirtildiği şekilde ihalelerde anlaşarak atılı suçu işlediklerinin kabul edilmesi karşısında anılan Yasanın 59/1. maddesi uyarınca yasaklama kararına hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır..."*

[1096] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.208

süresince ihalelerden yasaklanırlar. İdare tarafından yasaklama kararı verilmemesi, mahkeme tarafından yasaklama kararının verilmesine engel değildir, bu durumda mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı karar tarihinden itibaren uygulanır[1097]. Dolayısıyla mahkumiyet kararı ile verilen yasaklama kararının infazı için, 58. madde ile Kamu İhale Kurumu'nun verdiği en az 1 yıl en fazla 3 yıllık yasaklama kararının bitişi beklenmelidir. Bu nedenle hakkında 58. maddeye göre idarece uygulanan yasaklama kararının süresi bitmiş olsa dahi, kamu davasının sonuna kadar ihaleye fesat karıştıranlar ihalelere katılamazlar[1098].

Doktrinde bazı yazarlar KİK. 59. maddede öngörülen ihalelerden men kararının bir güvenlik tedbiri olduğunu, güvenlik tedbirlerinin idari yaptırımlardan tali duruma konularak daha sonra infaz edilmemesi gerektiğini, ayrıca tüm güvenlik tedbirleri gibi bu kararların da adli sicile kaydedilmesi gerekirken hiçbir yasal düzenleme yapılmadığını, mahkeme tarafından verilen yasaklılık kararının ancak adli sicil kaydı ile takibinin mümkün olduğunu ifade etmişlerdir[1099]. Oysa Kamu İhale Kurumu tarafından ihaleye fesat karıştırıp hakkında ceza düzenlenen kişi ve kurumlara ait bir sicil tutulmaktadır. Bu sicil sayesinde verilen yasaklama kararları ihale düzenleyen idareler tarafından takip edilebilmektedir. Ayrıca adli sicile kaydedilmemesi nedeniyle eleştiri yapılsa da, bu tür hükümlerin adli sicile kaydedilmesinde pratik bir fayda bulunmamaktadır[1100].

Ayrıca, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlardaki yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer cezaya hükmolunanlar mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanırlar. Bu yaptırım şahsi olmayıp, kişinin yarısından fazla ortağı olduğu sermaye şirketleri ve ortağı oldukları şahıs şirketlerini de kapsamaktadır. İhalelerden sürekli yasaklığa mahkeme karar verir. Bu kararlar kesinleştikten sonra Cumhuriyet Başsavcılığı kanalı ile sicillerine işlenmek üzere

---

[1097] Sırabaşı, "Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklanma Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği", **Ankara Barosu Dergisi,** S.4, 2011, s.374

[1098] Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.*839; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma,* s.209

[1099] Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.104

[1100] Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma*, s.211

Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere ilgili meslek odalarına bildirilir. Kamu ihalelerine katılmaktan sürekli olarak yasaklanmaya ilişkin mahkeme kararları Kamu İhale Kurumu tarafından resmi gazetede yayımlanmak üzere duyurulur[1101].

Yasaklılık kararı failin o tarihte ortak olduğu şirketleri ilgilendirir. İşlediği suç nedeniyle ihalelerden yasaklanan fail, daha sonra bir başka şirket kurduysa veya bir şirkete ortak olduysa, bu şirketler hakkında daha sonra yasaklama kararı almak mümkün görünmemektedir. Failin yasaklı olmasına rağmen yeni şirketiyle ihalelere dahil olması için önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu yönüyle de anılan maddeler uygulamaya elverişli değildir[1102].

Bunun yanında Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesinde, ihale komisyonunda görev alıp da, fesat karıştırma eylemlerinde bulunanlar hakkında Kanun kapsamında yer alan kamu kurumlarında ilgili kadrolara atanamayacakları ve görev alamayacakları belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 61'inci maddesinde ise görevliler ve danışmanlık hizmeti sunanlar tarafından gizli kalması gereken bilgi ve belgeler ile yaklaşık maliyeti ifşa etmeleri veya üçüncü kişilerin yararına kullanmaları halinde haklarında 58 ve 60'ıncı maddelerde yer alan yaptırımlar uygulanacağı düzenlenmiştir[1103].

Mahkumiyete ek olarak KİK. 59. maddesine göre mükerrirler hakkında verilen sürekli yasaklılık hükümleri, Adli Sicil Kanunu 13/A-1. maddesi uyarınca yasaklanmış hakların iadesine konu olabilir[1104].

Kanaatimizce, yasaklılığın kapsamı gereğinden fazla genişletilmiş olduğundan, KİK. 58 ve 59. maddeleri cezaların şahsiliği açısından Anayasa'nın 38. maddesine aykırı düzenlemeler içermektedir. Fesat karıştırma fiilini işleyen fail ile

[1101]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.140; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.226

[1102]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.108

[1103]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,* s.142

[1104]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.106

birlikte, suçun işlenişine ve hatta ihaleye dahi iştirak etmeyen, tek suçu fail ile ortak olmak olan kişilere ceza sorumluluğu yüklenmesi Anayasa'ya açıkça aykırıdır[1105].

3.3.2.3. Müsadere

765 sayılı TCK döneminde fer'i ceza olarak düzenlenen müsadere kurumu, 5237 sayılı TCK'nın yaptırımlar kısmında ve güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiştir. Hukuki niteliği itibariyle tartışma konusu olsa da [1106], kanun koyucunun iradesi, müsaderenin güvenlik tedbiri olduğu yönünde tecelli etmiştir[1107].

TCK'nın 54'üncü ve 55'inci maddesinde düzenlenen müsadere hükümleri uyarınca, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya ve kazanç müsadere edilir.

Konunun bizi asıl ilgilendiren kısmı kazanç müsaderesidir. İhaleye fesat karıştırma suçu gibi ekonomik çıkar sağlamak üzere işlenen suçlarda suçun işlenmesiyle doğrudan veya dolaylı elde edilen kazanç, müsaderenin konusunu oluşturmaktadır. Kazanç müsaderesi hükmü ile kanun koyucu suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olan maddi menfaatin kişinin yanına kar olarak kalmasını engellemeyi amaçlamıştır. TCK'nın 55. maddesinde suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Müsadere için öncelikle suç sebebiyle bir kazanç elde edilmelidir. Elde edilen değerler bizzat ele geçirilemez ise, kaim değerin müsaderesine karar verilecektir. Müsaderenin orantılılık ilkesi gözetilerek

---

[1105]Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,* s.108

[1106]Müsaderenin güvenlik tedbiri olmadığı ileri süren bazı yazarlar bunun ceza olduğunu, bazıları ise ceza ve güvenlik tedbiri olmadığını ayrı bir ceza hukuku kurumu olduğuna yönelik ayrıntılı bilgi için bkz; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,* s.325; Centel, Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş,* s.751

[1107]Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.636; Adem Tafran, "Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsaderesi", ***Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C.7, S.13, s.30-31

uygulanması gerekir. Ancak bu ilke müsaderenin suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesiyle ilgili olup, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların mantıken orantılılık ilkesine bakılmaksızın müsadere edilmesi icap eder[1108].

5237 sayılı TCK'nın 55'inci maddesine göre, iyi niyetli üçüncü kişilere ait mal veya menfaat hakkında müsadere kararı verilemez. Halbuki ihaleye fesat karıştırma suçu sebebiyle ele geçirilen mal veya elde edilen kazanç kamu idaresine aittir. Ayrıca failce ele geçirilen kazanç kamu idaresine teslim edilmemelidir[1109]. Bu halde fesat karıştırılan ihale sonucunda ödenen hakedişler yahut cari fiyatından aşağı alınan malların müsaderesi için bunların idareye iade edilmesine karar verilmemiş olması gerekir. İadenin mümkün olduğu hallerde artık müsadere konusuz kalmaktadır[1110].

Elde edilen kazanç, suçtan sonra üçüncü kişilerce iktisap edilmiş olabilir. Bu gibi hallerde elde edilen kazancın kaçırılması amaçlandığı için üçüncü kişinin iyi niyetinden söz edilemez. Kanun yalnızca iyi niyetli üçüncü kişiyi koruduğundan, kötü niyetli üçüncü kişideki menfaatler müsadereye konu edilebilir[1111].

İhaleye fesat karıştırma suçu sonucu elde edilen maddi menfaat ve kazanç müsadere edilir. Ancak, kazanca soruşturma veya kovuşturma evresinde 5271 sayılı CMK'nın 128'inci maddesi gereğince el konulması gerekmektedir. Zira el konulmayan mal ve kazançların müsaderesine karar verilemez[1112].

[1108]Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.616; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.486; Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.640; Hüsamettin Uğur, "5237 Sayılı TCK'ya Göre Kazanç ve Kaim Değer Müsaderesi", ***Terazi Hukuk Dergisi,*** C.3, S.28, s.31-44; Tafran, "Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsaderesi", s.21; Toroslu, Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* s.469

[1109]Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu",* s.142; Kemal Günler, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.18, S.3-4, 2014, s.872

[1110]Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.616; Hafızoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.487

[1111] Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.641; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* s.616

[1112]Koca, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,* s.208

Yerel mahkeme kararı ile müsadere hükmü kurulmasa dahi, bu durum fail lehine kazanılmış hak teşkil etmeyecektir. Yargıtay, CMK 256/1 maddesi uyarınca sonradan verilecek bir karar ile müsadereye hükmedilebileceğini ifade etmektedir[1113].

3.4. Zamanaşımı

İhaleye fesat karıştırma eylemi neticesinde kamu zararı doğmadığı hallerde TCK. 235. maddesinde 1 yıldan 3 yıla kadar hapis öngörüldüğü için TCK. 66/1-e maddesi uyarınca suçun işlendiği tarihten itibaren 8 yıldır. Eğer zamanaşımını kesen sebepler ortaya çıkmış ise zamanaşımı süresine en fazla yarısı daha ekleneceğinden, toplam zamanaşımı süresi 12 yıl olmaktadır.

Kamu zararı ortaya çıkmış ise verilecek ceza 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasıdır. TCK. 66/1-d maddesine baktığımızda, dava zamanaşımı süresi 15 yıldır. Zamanaşımını kesen sebeplerden biri ortaya çıkmış ise bu süre en fazla 22.5 yıla uzamaktadır.

TCK. 235/3-a maddesi uyarınca, cebir ve tehdit yoluyla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarının alt sınırı 5 yıl olarak belirlenmiştir. Bu tür eylemlerde yine dava zamanaşımı 66/1-d maddesi gereği suçun işlendiği tarihten itibaren 15 yıldır ve en fazla 7.5 yıl daha uzamaktadır.

Ceza zamanaşımı ise kamu zararının bulunduğu veya cebir – tehdit yoluyla işlendiği hallerde TCK. 68/1-d maddesi gereği 20 yıldır. Kamu zararı yok ise ihaleye fesat karıştırma suçunun ceza zamanaşımı TCK. 68/1-e maddesine göre 10 yıldır.

[1113]Yargıtay 5.CD., 13.3.2007T., 2007/8410E., 2007/1204K sayılı kararı

3.5. Usul

TCK'nın 235'inci maddesinde yer alan ihaleye fesat karıştırma suçunun soruşturulması veya kovuşturulması kural olarak her hangi bir kovuşturma şartına tabi değildir. Re'sen soruşturulan bir suçtur.

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen ihaleye katılan, katılmak isteyenler veya üçüncü kişilerin sıfatı, soruşturma şartı bakımından özellik arz etmez ve derhal soruşturulabilir. Suçun faili kamu görevlisi sıfatına sahip ihale görevlisi olsa bile, hakkında soruşturmaya ve kovuşturmaya başlanılması için izne gerek yoktur. Çünkü 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2/2 maddesi ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun değişik 17'nci maddesinde yer alan "*Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar"* hakkında 4483 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı hükmüne göre, soruşturma 3628 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak ve kamu görevlisinin bağlı olduğu kurum amirliğine soruşturma sonucundan bilgi verilecektir. Bu hüküm TCK'nın 235'inci maddesi kapsamındaki eylemlerin doğrudan soruşturulmasına imkanı vermektedir. Yalnız müsteşar, vali ve kaymakamlar hakkında bu hüküm uygulanmaz. Bu görevliler hakkında ihaleye fesat karıştırma suçunun soruşturulması 3628 sayılı Kanun'un 17/2 maddesine göre 4483 sayılı Kanun uyarınca izne tabidir[11141115].

[1114]Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. ; Özbek, vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.929; Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s.238;

[1115]Bu arada, ihaleye fesat karıştırma suçu sebebiyle yürütülen soruşturma sonucunda iddianame düzenlenmiş ve kamu davası açılmış, ancak yargılama sırasında suçun vasfı değişerek görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceği anlaşılmış ise, yargılamayı yapan mahkemenin burada durma kararı vermesine veya kovuşturma izni talep etmesine lüzum bulunmamaktadır. Sanığa ek savunma vermek suretiye hüküm kurulması mümkündür; Yargıtay CGK. 24.2.1998T, 1997/5-355E., 1998/51 sayılı kararı; Koca, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.181

3628 sayılı Kanun'a tabi soruşturmalarda, 18'inci madde gereğince idareye yapılan ihbarlar derhal tutanağa bağlanarak Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Bu arada 19/2. Maddesi uyarınca suçlanan görevlinin, ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısınları ile gelin ve damadından mal bildiriminde bulunması istenir.

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen ihale görevlisi avukatlık mesleğinden ise, bu eylem avukatlık görevi sebebiyle değil idari bir görevden kaynaklandığı için soruşturulması 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na ve Adalet Bakanlığı iznine tabi değildir[1116].

İhaleye fesat karıştırma suçlarının soruşturması genel itibariyle, benzer suçlarda uzmanlaşmış kolluk görevlileri ve Cumhuriyet savcıları tarafından yapılmaktadır. İhale suçları yalnızca delil değerlendirmesi dışında teknik ihale hukuku konularını içerdiğinden, adi suçlar gibi soruşturulması etkin bir soruşturma imkanını ortadan kaldırır. Ceza hukukuyla birlikte idare hukuku ve ihale hukuku yönüyle ihale suçları konusunda eğitim almış ve tecrübe kazanmış yargılama süjeleriyle ancak etkili bir soruşturma ve adil yargılama mümkün olabilir. Etkin soruşturma yürütülmesi amacıyla illerde kolluğun mali suçlara bakan birimleri, başsavcılıklarda yine ekonomik suçlar bürolarındaki Cumhuriyet savcıları görevlendirilmektedir. Ancak mevcut durum itibariyle küçük illerde ve ilçelerde bu tür bir ihtisaslaşma olmamaktadır[1117].

[1116]Koca, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.180

[1117]Etkin soruşturma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında ifade edilen bir kavramdır. Ancak Yargıtay içtihatlarında ve mevzuatta henüz yerleşik bir kavram değildir. Yargıtay içtihatlarında ise halen "yeterli - yetersiz soruşturma" ifadelerine yer verilmektedir. Etkin soruşturma yapılmasına ilişkin yükümlülük Türk hukukuna 5271 sayılı CMK'nun 172/3. Maddesinde ilk kez zikredilmiştir. CMK'nun 172/3 maddesine göre kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılmak zorundadır. Bu maddede dikkat çeken ilk husus, etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin sadece soruşturma evresi ile sınırlandırılmış olmasıdır. Bir diğer husus husus, maddenin gerekçesinde etkin soruşturma yükümlülüğü sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2 ve 3'üncü maddelerinde düzenlenen haklara ilişkin bir yükümlük gibi değerlendirilmesidir. Bunun dışında etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali ile ilgili Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru sonucunda verilecek benzeri kararların sonucuna ilişkin bir düzenleme yapılmamasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarlarında etkin soruşturma ilkesi şu şekilde vurgulanmaktadır. "Ana ilkeler itibari ile etkili ve eksiksiz bir soruşturmadan söz edilebilmesi için soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından, başvuranların katılımı sağlanarak yürütülmesi, eksiksiz ve titiz bir şekilde yapılması, kamu denetimine açık olması, ihlalden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılması konularında sonuca götürebilecek nitelikte olması gereklidir. Ayrıca kamuoyunun güvenini korumak ve yasadışı eylemlere

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı 5271 sayılı CMK'nın 160'ıncı maddesine göre her hangi bir kovuşturma şartı bulunmaksızın derhal işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Cumhuriyet savcısı tarafından araştırılacak ilk husus ihaleyi yapan kurum ve failin sıfatıdır. Zira soruşturma artık bu yönde yürüyecektir. Fail ihale görevlisi ise bu hususun kurumdan resmi kayıtlar ile teyit edilmesi ve soruşturma konusu ihalenin özellikle görev yaptığı tarihler içerisinde olup olmadığı gözetilmelidir.

Soruşturma konusu olay şayet TCK'nın 235/2-a maddesinde düzenlenen hileli davranışlar ile ihale yeterliği ve koşullarının sağlanması hususunda gerçeğe aykırı olarak bir isteklinin ihaleye katılmaktan engellenmesi veya ihale katılımının sağlanması, mevzuat ve şartnameye aykırı olarak teklif edilen malların değerlendirmeye alınması veya gerçeğe aykırı olarak değerlendirmeye alınmaması suçları ise, işlenen eylemler genellikle ihale sona erdikten sonra ortaya çıkar. Zira ihale komisyonu tarafından suça konu ihaleye katılım veya ihaleden çıkarılma kararı verilmesiyle söz konusu suç ortaya çıkmaktadır. Yahut teklif edilen malların değerlendirmeye alınmasına veya değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilmesi halinde suç tamamlanmış olacağından, suçun işlenip işlenmediği, işlendiyse buna ilişkin deliller komisyon kararından sonra kendisini gösterecektir.

Cumhuriyet savcısı şikayetin yöneldiği ihaleye ilişkin diğer katılımcıların ve tanıkların ifadelerine başvuracaktır. Zira şikayetin hukuki bir temele oturtulması gerekir. Zira şikayet eden aslında bir suç ile karşılaşmamışsa, suç uydurmuşsa veya ihaleyi iptal ettirerek bir başka menfaat peşinde ise, soruşturma daha fazla ilerletilmeden takipsizlik kararı verilmeli ve suç uyduran müşteki hakkında yeniden işleme başlamalıdır.

göre her türlü hoşgörü ya da suç ortaklığı izleniminden kaçınmak amacıyla soruşturmada gerekli olan ivedilik ve özen gösterilmelidir."

Dinlenen tanıklar şikayetçinin anlattığı olay ve olguları doğruluyorlarsa, Cumhuriyet savcısı CMK'nın 161'inci maddesinden aldığı yetkiyle, şikayete konu ihaleye ilişkin tüm dokümanı ilgili idareden talep eder. İdare aynı madde gereğince istenilen tüm bilgi ve belgeleri eksiksiz olarak vermek durumundadır.

Cumhuriyet savcısı ihale dokümanı içerisinde ayrıntılı bir araştırma yapmalıdır. Öncelikle tespit edilecek husus soruşturmaya konu edilen ihalenin mevzuata ve usule uygun bir ihale olup olmadığıdır. Bu kapsamda sahteliği iddia edilen bir evrak varsa, bunun tespiti için resmi bilirkişi raporu alınmaktadır. İhale dokümanı içerisindeki evrakın tamamı ilgili kurumlardan teyit edilmelidir. 5271sayılı CMK'nın 63'üncü maddesine göre çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulabilir. Hakimlik ve savcılık mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenmez. Bunun dışında kalan konular için CMK'nın 63'üncü maddesi uyarınca bilirkişiye gidilebilir. Bilirkişi atanırken hangi konuda bilgi istendiği, uzmanlığının hangi branşı gerektirdirdiği açıkça belirtilmelidir. Suçun oluşup oluşmadığı, sabit olup olmadığı, maddi unsurların ve manevi unsurların bulunup bulunmadığına ilişkin bilirkişiden rapor alınmaz. Bu yönde düzenlenen bir rapor CMK'nın 63'üncü maddesine aykırıdır. Bununla birlikte bilirkişi raporu alınması gereken hallerde, hakim veya savcının özel yaşantısında edindiği bilgiler ve tecrübe ile dosyada çözülmesi gereken teknik konu hakkında bilgi sahibi olsa dahi, tarafsız bir bilirkişi tarafından aynı konuda rapor alması zorunludur.

Yargıtay bilirkişi konusunda verdiği bir kararda[1118] lüzumlu konular haricinde atanan bilirkişilerin ve bu yönde yapılan masrafların sanığa yükletilemeyeceğine işaret edilmiştir. Bilirkişi atanmasına karar veren Cumhuriyet savcısı veya hakim, dosyada çözülmesi gereken konunun ne olduğunu açıkla belirlemeli, bilirkişiden çözülmesini

[1118]Yargıtay 8. CD. 16.6.2015T., 2014/33941E., 2015/19232K sayılı kararı; "… *incelenen dosyada, 30.4.2013 tarihli oturumda herhangi bir açıklama yapılmadan, hakimin hukukçu olup hukuki konularda bilirkişiden görüş alamayacağı da gözetilmeden, dosyanın talimatla içinde hukukçu ve kadastro bilirkişisi bulunan bilirkişi kuruluna tevdi ile rapor aldırılmasına karar verilmesi ve hakkı olmayan yere tecavüz suçunda evrak üzerinde harita ve kadastro mühendisi ile konu ile ilgisi tespit edilemeyen muhasebe işletme bilim uzmanı ve hukukçu bilirkişiler tarafından dosya incelenerek düzenlenip sadece suçun sabit olduğuna yönelik bilirkişi raporunun hükme esas alınması suretiyle yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, …, gereksiz yere yaptırılan bilirkişi incelemesine ilişkin yapılan masrafların sanıklara yükletilmesi …"*

bekledikleri hususları açıklamalıdır. Konuyla ilgisi olmayan, uzmanlığı bulunmayan, kişiler bilirkişi olarak atanmamalıdır.

Eğer iddia ihale komisyonu üyelerinin başkaca hileli yollara başvurduğu yönünde ise ihale dokümanı üzerinde usul ve yerindelik denetimi yapmak üzere eski Sayıştay denetçilerinden bir bilirkişi heyeti oluşturur. Yargıtay özellikle ihale suçlarında bilirkişi seçilmesi için denetçileri işaret etmektedir[1119]. Zira ihale suçlarında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması karmaşık teknik bilgiyi gerektiren mütalaalar ile mümkün olmaktadır. Soruşturma ve kovuşturma aşamasında suçun oluşup oluşmadığı, oluşmuş ise kamu zararının bulunup bulunmadığı ancak bilirkişilerin raporlarının değerlendirilmesi sonucu belirlenebilmektedir. Elbette her ihaleye fesat karıştırma eylemi için bilirkişi mütalaası zorunlu değildir. Mesela cebir ve tehdit suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun tespiti için bilirkişi raporu alınmadan suçun sübuta erip ermediği belirlenebilir. Burada öncelikli olarak bakılması gereken husus, gerçeğe aykırı olarak ihaleden uzaklaştırılan veya ihaleye katılması sağlanan kişinin ihale yeterliği ve koşullarını sağlayıp sağlamadığıdır. İsteklilerin önyeterlilik belgelerine uygun dosya hazırladıkları, bütçe, bilanço, iş hacmi, özkaynak oranlarını ve diğer mali ve ekonomik şartları karşıladıkları, mesleki tecrübe ve yeterlilik belgelerinin doğruluğu, ihaleye katılma yasaklarına uyduklarına dair bir tespit yapılmaktadır. İsteklilerin sunması gereken belgelerin eksiksiz olup olmadığı kontrol edilip ihale yeterliğine ilişkin tespitler yapıldıktan sonra, ihalenin tabi olduğu ihale kanunu, yönetmeliği, genelge ve talimatlar raporda zikredilir. İhale işlemleri tek tek özetlenerek, tabi olduğu mevzuata aykırı yönleri anlatılır. Öncelikle ihalenin doğru yöntemle yapılıp yapılmadığına bakılmalı, bu koşul sağlanıyor ise ilan süreleri ve tebligat usulleri gibi şekil kurallarına uyulup uyulmadığı tespit edilmelidir[1120].

[1119]Yargıtay CGK. 17.11.2009T., 2009/5-18E., 2009/271K sayılı kararı; "*... sanıklara atılı eylemlerin vasıflandırılabilmesi ve ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için çoğunluğu emekli Sayıştay uzman denetçilerinin raporlarındaki tespitlere dayanan eksikliklerin tamamlanması ve bunlar tamamlandıktan sonra gerekli bilirkişi raporlarının alınması zorunludur. Bu hususlar tamamlanmadan verilen direnme hükmü eksik soruşturmaya dayalıdır…*" Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçu,* s.184

[1120] Yargıtay 5.CD. 3.2.2010T., 2009/12756E., 2010/578K sayılı kararı, "*Dairemizin .. sayılı kararlarında belirtildiği şekilde, toplanan deliller ve içinde mevcut tüm müfettiş raporlarıyla birlikte dosya Sayıştay emekli denetçileri ile ihale mevzuatı ve tütün alım satım işlemleri, tütün ve tütün özellikleri, bunların kullanma süreleri, ... konusunda karma bilirkişi heyetine tevdii edilip, bozma ilamlarında belirtilen hususlarda rapor alınması gerekirken..*"

Ardından ihale sırasında mevzuata aykırı bir işlem veya eylem bulunup bulunmadığı, usulsüzlük yapılıp yapılmadığı, tekliflerin ve ihale sonucunun yerinde olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu bakımdan ihale dokümanının hazırlanışı, şartname ve teknik şartnamenin usule ve yapılacak işe uygunluğu tespit edilir. Şartname özellikle bir isteklinin ihaleyi kazanması amacıyla maksatlı olarak hazırlanmışsa, ihale kazanının teklifi ile diğer teklifler karşılaştırılır. Yargıtay ihale suçlarına ilişkin yetersiz soruşturma yapıldığı konusunda ihale dokümanlarının eksikliğine değinmektedir[1121].

6459 sayılı Kanun ile değiştirilen TCK'nın 235'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kamu zararının bulunmadığı hallerde cezada indirim sebebi olarak düzenlendiğinden kamu zararının tespiti büyük önem taşımaktadır. Bu konuda mahkeme kamu zararını tespit için mutlaka bilirkişi raporu almak zorundadır[1122].

İhale komisyonu başkan veya üyelerinin bir istekli ile yaptıkları anlaşmada, menfaat temin ettikleri özellikle düşünülmelidir. Bu suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüpheli varsa ve aşamaya kadar toplanan delillerin üzerine yeni bir delil elde etme imkanı yoksa CMK'nın 135'inci maddesi uyarınca iletişimin tespitine karar verilir. CMK'nın 135'inci maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu katalog suçlar içerinde sayıldığından her halükarda telefon dinlemesine ve iletişimin tespitine konu olabilir. Bu koruma tedbiri özellikle fiyatı ve ihale şartlarını etkilemek üzere gizli anlaşma yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunda söz konusu olmaktadır. Zira hile yapmak suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu, genellikle ihale işlemlerinin

---

[1121] *"ihaleye fesat karıştırma suçlarına ilişkin soruşturmanın sonuçları araştırılarak, dava açılıp sonuçlanmışsa onaylı karar örneklerinin getirtilmesi, tüm bu kanıtlar toplandıktan sonra dosya ve ekleri emekli Sayıştay denetçilerinden yeniden oluşturulacak bilirkişi heyetine tevdii edilerek iddia konusu eylemlerin sübuta erip ermediği, yargılamadaki bilirkişilerin maddi saptamaları ile hazırlıktaki kontrolör ve müfettiş raporlarında ayrıntılı olarak belirtilen iddia ve bulgular arasındaki aykırılıkların nelerden kaynaklandığı ve bınların giderilmesi hususlarında açıklayıcı ve ayrıntılı görüş alınması..."*

[1122]Yargıtay 5.CD. 28.5.2013T., 2012/5843E., 2013/5808K sayılı ve CGK. 17.4.2007T., 2007/4-88E., 2007/94K sayılı kararı"*… dava konusu ihalelerle ilgili mağduriyet veya kamu zararı meydana gelip gelmediği ancak bilirkişi incelemesi sonucu ortaya çıkabilir. Bu nedenle olay tarihinde belediye encümen üyesi olan sanığın katıldığı işlemlere dayanılarak yapılan ihaleler sonucunda kamu zararı veya kişilerin mağduriyetinin doğup doğmadığı yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile tespit ettirilmelidir…*"

tamamlanmasıyla ortaya çıkarken, 235/2-d maddesinde yer alan gizli anlaşma yapmak suçu ihale yapılmadan önceki bir tarihte gerçekleşmektedir. Bu nedenle telefon dinlemeleri neticesinde, istekliler arasında yapılan anlaşmalar tespit edilebilir, daha sonra yapılan ihaledeki tekliflerin bu anlaşmaya uygun olup olmadığı karşılaştırılabilir. Bunun yanında TCK. 235/2-b maddesinde yer alan ihaleye ilişkin olan ve gizli kalması gereken belgelerin başkalarına ulaştırılması suçu için de telefon dinleme kayıtlarının büyük önemi vardır. İhale komisyonu görevlisi ile bilgileri elde eden kişiler arasındaki ilişkinin ortaya çıkarılması, hangi belgelerin elde edildiğinin tespiti bu yolla mümkündür. Gizli belgelerin ve yaklaşık maliyete ilişkin bilgilerin üçüncü kişilere ulaştırılması neticesinde, ihale sırasında verilen tekliflerin yaklaşık maliyetle hemen hemen örtüştüğü durumlarda artık faillerin ihaleye fesat karıştırdıkları konusunda şüpheli bir durum kalmamaktadır. CMK'nın 140'ıncı maddesinde düzenlenen tedbir için aynı hususlar geçerlidir[1123].

İhaleye fesat karıştırma suçunun faillerinin ve suç delillerinin ele geçirilmesi için el koyma kararı verilebilir. CMK'nın 128'inci maddesinde soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suç sebebiyle elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara kara, deniz ve hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlarda bulunan her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdinde bulunan her türlü hak ve alacağa kıymetli evraka ortağı bulunduğu şirkette mevcut ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine el konulabilir. CMK'nın 128/2 maddesinde sayılan katalog suçlar arasında TCK'nın 235'inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu da yer almaktadır.

Eğer işlenen suç TCK. 235/2-c maddesi kapsamında kalan, cebir suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçu ise, ilk yapılması gereken şey mağdurun darp-cebir raporlarının temin edilmek üzere hastaneye sevk edilmesidir. Daha önce ifade ettiğimiz üzere cebir, ihaleye fesat karıştırma suçunda TCK. 86/1 ve 86/2 maddesi nazarında bir yaralamayı gerektirmektedir.

[1123]Yargıtay CGK. 13.6.2006T., 2006/122E., 2006/162K. Sayılı kararı; Yargıtay 5.CD. 9.1.2013T., 2012/4693E., 2013/110K sayılı kararı; Koca, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.*194

Tüm deliller toplandıktan sonra suçluların yakalanması ve savunmalarının alınması gerekir. İfade ve sorgu sırasında aleyhe toplanan delillerin tamamı hakkında savunma istenmelidir. Failden gizlenen bir delil daha sonra iddianameye ve mahkumiyet kararına konu edilemez. Bu savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir.

Deliller kamu davasının tek celsede sonuçlanmasını sağlayacak şekilde toplanmalıdır. 5271 sayılı CMK. davaların tek celsede bitirilmesi amacına matuftur. Yargıtay ise iddianamenin iadesi için daraltıcı bir yorumda bulunmaktadır. Toplanmayan delillerle kamu davası açılması halinde iddianame iadesi yapılmayacağı kanaatindedir. Kaçak sigaralarla ilgili bilirkişi raporu alınmadan açılan iddianamelerin iade edilmeyeceği, yağma suçlarında mağdurun beden ve ruh sağlığı bakımından kendini savunamayacak durumda olup olmadığı konusunda adli tıp raporunun alınmamasının iddianame iadesine sebep oluşturmayacağına karar vermiştir[1124].

Delillerin toplanması aşaması sona erdikten sonra iddianame tanzim edilir. Toplanan bütün deliller işlenen suç ile ilişkilendirilerek ve olay kurgusu izah edilerek yazılmalıdır. Suçun sübutuna etki eden deliller toplanmadan düzenlenen iddianameler CMK'nın 170'inci maddesine aykırıdır ve mahkeme tarafından iade edilir. Mahkemenin aynı delilleri toplaması mümkün ise de, sübut açısından failin mahkum olup olmayacağına hatta hakkında kamu davası açılıp açılmayacağına dair bir fikir veren savcılık tarafından elde edilmesi ve iddianameye konu edilmesi gerekir. Bunun dışında iddianame iadesi söz konusu olmaz. Taraf adlarının hatalı yazımı, sevk maddelerinde maddi hata bulunması gibi nedenlerle iddianame iadesi yapılmaz. Uygulamada mahkeme tensiple, iddianameyi düzenleyen savcılıktan düzeltme talep etmektedir.

3.6.Görevli ve Yetkili Mahkeme

İddianame görevli ve yetkili mahkemeye hitaben yazılır. İhaleye fesat karıştırma suçunun cezası 3 yıldan 7 yıla kadar hapis olduğundan 5235 sayılı

[1124] Yargıtay 7. CD. 15.10.2012T., 2012/21867E., 2012/25578K sayılı kararı; Yargıtay 6. CD. 13.9.2012T., 2012/9550, 2012/15170K sayılı kararı.

Kanun'un 12. maddesi uyarınca yargılama görevi asliye ceza mahkemelerindedir[1125]. Oysa daha önce 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12'nci maddesi gereği, üst sınırı on yıl hapis cezasını aştığı için yargılama görevi ağır ceza mahkemelerindeyken, 6459 sayılı Kanun ile TCK'nın 235'inci maddesindeki ceza miktarları aşağı çekilmiştir. İhaleye fesat karıştırma suçu örgüt faaliyeti kapsamında işlenmişse bile, suçu yargılama görevi asliye ceza mahkemelerindedir.

İhaleye fesat karıştırma suçunda yetkili mahkeme, CMK'nın 12'nci maddesi gereğince suçun işlendiği yer mahkemesidir. Yetkili mahkeme ihalenin yapıldığı yer değildir. İhaleye fesat karıştırma eyleminin gerçekleştirildiği yer mahkemesi yetkilidir. İstanbul'da yapılacak bir ihaleye katılmasını engellemek için mağdurun Ankara'da hürriyetinin kısıtlanması ve cebre uğraması durumunda Ankara mahkemeleri yetkili olacaktır[1126].

Eğer eylem İcra İflas Kanunu 345/B maddesi uyarınca menfaat karşılığı ihaleden çekilme eylemi ise, aynı Kanun'un 346. maddesi uyarınca yargılama yetkisi icra ceza mahkemelerindedir[1127].

[1125]6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce suçun temel cezası 5 yıldan 12 yıla kadar hapis olması sebebiyle yargılama görevi ağır ceza mahkemelerindeydi; Türkdoğru, Arıtürk, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda 6459 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", s.29-39

[1126]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.148

[1127]Şen, Aksüt, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s.276

SONUÇ

(1)Ulusal veriler ile birlikte OECD ve WTO verileri birlikte değerlendirildiğinde görülmektedir ki, ihaleler kamu harcamalarının ortalama %30'unu oluşturmakta ve Gayrı Safi Milli Hasılanın %14'üne tekabül etmektedir. Bu rakamlar ihaleler sebebiyle her sene yaklaşık 170 milyar TL gibi bir harcamaya denk gelmektedir. İhalelerin önemi, devletin ekonomik kalkınma politikalarına doğrudan etkisi nedeniyle yadsınamayacak ölçüdedir. Bu hacimde bir kamu kaynağının adaletli ve eşitlikçi bir yöntemle harcanması, ancak ve ancak yolsuzlukla mücadele argümanlarının eksiksiz olarak yasal düzenlemelerde yer almasıyla ve denetime olanak sağlayacak şekilde uygulanmasıyla mümkündür.

Yolsuzlukla mücadele parametreleri öncelikle ihale hukukuna ilişkin ilkelerin istisnasız uygulanmasını gerektirir. Öncelikle ihalenin usul kurallarını düzenleyen yasal mevzuatın boşluk içermemesi ve istisnasız uygulanması gerekir. Ancak uluslararası düzenlemeler çerçevesinde yenilenen temel ihale mevzuatımız 4734 ve 2886 sayılı Kanun'un bu şartı gerçekleştirmekten uzak olduğunu söylemek zorundayız. Bunun birinci sebebi 2002 yılında yürürlüğe giren Kamu İhale Kanunu'nun 2008 yılı itibariyle 186 kez değişikliğe uğramış olmasıdır. Her bir değişiklikte ihale ilkelerine aykırı hükümler getirilerek, zorunlu ihale usullerinin dolanılmasına yol açılmıştır. Bir diğer sebep ise 4734 ve 2886 sayılı Kanun'ların kapsamının daraltılmasıdır. Her iki Kanun'da yer alan "istisnai hükümler" gereğince, pek çok sektörde ve konuda yapılan ihaleler, öngörülen ihale usullerinden muaf tutulmakta ve denetim dışı bırakılmaktadır. Bu durum milyarlarca liranın idare tarafından denetimsiz şekilde harcanmasına ve buna paralel olarak yolsuzluğa olanak sağlamaktadır. Bu nedenle istisna hükümlerin ortadan kaldırılması, özel kanunlar çerçevesinde gerçekleştirilen tüm ihalelerin temel ihale mevzuatına tabi kılınması gerekmektedir.

İhale şekil şartlarının hiçbirinin uygulanmadığı doğrudan temin usulü ve pazarlık usulü, yalnızca istisna durumlar ve belli eşik değerlerin altındaki işlerde uygulanması gerekirken, Kanun'i şartlar rahatlıkla aşılarak adeta genel bir ihale usulü gibi uygulanmaktadır. Bu uygulama açıkça rekabet ve şeffaflık ilkelerini zedeleyerek yolsuzluğa zemin hazırlamaktadır.

İhalelerin denetimini gerçekleştiren Kamu İhale Kurulu siyasi irade tarafından, bürokrasi içerisinden atamalarla oluşmaktadır. Bu durum Kurul'un bağımsız çalışmasını engellemektedir. Hakeza Kurul'a yapılacak itirazlar hem zor şartlara bağlanmakta hem de etkinliği yok etmektedir. Bu nedenle Kamu İhale Kurulu'nun tam bağımsız görev almasının sağlanması ve başvuruların kolaylaştırılması gerekir. Hatta bu olanaksızlığın ortadan kaldırılması ve Kurul tarafından ihalelerin tamamına sözleşme aşamasında otomatik inceleme mekanizması kurulması zorunludur. Zira önceden belirlenemeyen bir usulsüzlük ve yolsuzluğun, sözleşme yapılıp kamu kaynağının ödenmesinden sonra ortaya çıkarılması çok zordur. Bununla birlikte ihalelerin yargısal denetiminde öngörülen zorunlu başvuru şartı, ihalelerin etkin denetimini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle bu düzenleme bir an önce değiştirilmelidir.

İhalelerde tekel oluşumunun ve yolsuzluğun önlenmesi açısından, her sektör için isteklinin girebileceği ihale sayısına kota konulmalıdır. Bunun yanında ihale konusunda idarenin takdir hakkı asgari seviyeye indirilmek zorundadır.

Yolsuzluğun önlenmesi amacıyla konulan idari yaptırımlar yerindedir. Burada amaç yaptırımların gitgide ağırlaştırılması değil, etkili şekilde uygulanmasıdır. Zira ağırlaşan yaptırımlar karşısında alınan risk, yolsuzluk eylemlerinde talep edilen ve ödenen rüşvet miktarıyla doğru orantılı olmaktadır.

(2) İhaleye fesat karıştırma suçuna dair mülga 765 sayılı TCK'daki dağınık ve karmaşık düzenlemeye 5237 sayılı TCK ile son verilmiş ve fesat karıştırma eylemleri daha minimal bir yapıya kavuşturularak mükerrer hükümler ortadan kaldırılmıştır. Diğer ülkelerin ihaleye fesat karıştırma düzenlemelerine bakıldığında, TCK'nın 235'inci maddesindeki düzenlemenin daha ayrıntılı ve etkili olduğu sonucuna varılmaktadır.

Ancak bu durumda dahi, ihalelerde yolsuzluk eylemleriyle mücadele konusunda çok fazla kanun boşluğu bulunduğunu söylemek gerekir. Bu hususu ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarına ayrı ayrı bakarak belirlemek gerekir.

(3) İhaleye fesat karıştırma suçuyla korunmak istenen hukuksal değer yalnızca devletin ekonomik ve mali menfaatleridir. Zira ihaleye fesat karıştırma suçu TCK'da ekonomik suçlar içerisinde düzenlenmekte olup, bu suç ile ortaya çıkan tehlike ve zarar tehdidi tamamen ekonomik olgulara dayanmaktadır.

Bu kapsamda TCK'nın 235'inci maddesinin lafzında yer alan hukuki terimler tek tek değerlendirilerek, korunan hukuki değerin birden fazla olduğunu söylemek yerinde değildir. Öyle ki, kamunun saygınlığı, ihaleye katılanların ekonomik çıkarları, vücut bütünlükleri, özgürlükleri, ihale süreci, ihale işlemleri, ihale ilkeleri gibi çok sayıda hukuki değer tespit edilmesi, suçun ihdas edilmesindeki amaç ve yöntem ile bağdaşmamakta, ayrıca kavram karmaşası yaratmaktadır. Ayrıca kamunun itibarı, güvenilirliği ve kamu görevlilerinin dürüstlüğüne ilişkin hukuksal değerler, TCK'da yer alan Devlete ve Millete Karşı Suçlar ile korunmaktadır. Oysa ihaleye fesat karıştırma suçu, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar içerisinde yer almaktadır.

(4) İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusu "tüm kamu ihaleleri"dir. Bu nedenle 4734 ve 2886 sayılı Kanun kapsamında bulunmasa da, kamu kurumları adına veya bu kurumlar aracılığı ile yapılan tüm ihaleler TCK'nın 235'inci maddesi kapsamındadır. Özel kişiler arasındaki ihaleler ise suça konu değildir.

Ancak ihale türü ve ihale usulü bakımından suçun kapsamı ihalelerin tamamını içermez. Bu nedenle mal, hizmet alım ve satımları ile kiralama ve yapım işleri dışında kalan trampa ve ayni hak tesisine ilişkin ihaleler suçun konusu değildir. Ayrıca mevzuatta ihale usulü olarak sayılmayan doğrudan temin usulü kapsam dışındadır. Yapım ihaleleri ise 235'inci maddenin birinci fıkrasında sayılmasına karşın, beşinci fıkradaki kurumlar bakımından gözardı edilmiştir.

Ancak kapsam dışında bırakılan ihalelerin kamusal olmadığı ve kamu yararı taşımadığı iddia edilemeyeceğinden, madde içeriğindeki bu kısıtlamanın kaldırılması gerekir.

Bunun haricinde, mevzuatta öngörülen şekil şartlarını taşıyan bir ihale bulunmadıkça ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı yönündeki içtihad, yolsuzlukla mücadele bakımından sakıncalıdır. Zira işleyişe hakim olan deneyimli failler bakımından bu içtihad suç işlenmesine teşvik etmedir. İhale açılması gerekirken, bu prosedürü dikkate almaksızın mal veya hizmet satın alan idare görevlileri, mevcut bir ihale bulunmadığından cezasız kalabilmektedir. Oysa bu tür bir eylem, ihaleye girecek tüm isteklileri ihaleden engellemektedir. Bu sakıncanın giderilmesi bakımından TCK'nın 235'inci maddesinde düzenleme yapılmalıdır.

İçtihatlarda hukuken geçerli ihale olmadığı gerekçe gösterilerek ihaleye fesat karıştırma suçunun bulunmadığı durumlar üç tür olayda ileri sürülmektedir. Birinci durum, idarenin ihale yapmamak amacıyla ihale konusu işin parçalara bölünmesi ve eşik değer altına çekilerek usulsüz olarak doğrudan temin usulüne karar verilmesidir . İkinci tür olayda ödenekten para ödenmesi amacıyla yapılan ama hukuken ve fiilen mevcut bulunmayan göstermelik ihalelerdir . Üçüncü durumda ise şekil kuralları gereği hukuken geçersiz bir ihale üzerinde yapılan fesat karıştırma eylemleridir. Her üç halde de, ihale usullerinin dolanılarak yolsuzluk yapılmakta, ancak bu eylemler cezasız kalmaktadır. Bunun yanında işleyişe vakıf suçlular için fırsat yaratılmaktadır. Oysa böyle bir uygulamanın madde lafzından veya gerekçesinden elde edilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak TCK. 235'inci maddesi anlamında ihale kavramını, hukuken var olan bir ihale değil, yapılan veya yapılması gereken ihaleler olarak telakki edilmesi gerekir. Biz bu hususun yasa değişikliği ile açıklığa kavuşturulması zorunludur.

(5) İhaleye fesat karıştırma suçu, bazı seçimlik suçlar bakımından özgü suç niteliğindedir. Hileli hareketle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçları, yalnızca ihale görevlisi olan kişiler tarafından işlenebilir. Bununla birlikte ihale şartlarını etkilemek üzere gizli anlaşma yapma suçu da özgü nitelikte bir suç olup, yalnızca ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişilerce işlenebilir. Buna karşın gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ulaştırılması suçu herkes tarafından işlenebilen bir suçtur.

Bunun özgü suç olduğuna dair kanun lafzından veya gerekçesinden bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Ayrıca 235/2-c bendinde yer alan cebir, tehdit ve hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu herkes işleyebilmektedir. Buna karşın TCK'nın 235'inci maddesindeki suçun tamamının özgü suç olduğu veya tamamının herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğu yolundaki çıkarımlar maddenin lafzına ve amacına aykırıdır.

Söylemek gerekir ki, hileli hareketlerle işlenen suça vücut veren hareketi üçüncü bir kişinin yapması durumunda, TCK. 40/2 maddesi gereğince azmettiren veya yardım eden sıfatı ile sorumlu saymak, bu kişilerin cezasız kalması tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Zira asıl fail olan ihale görevlisi suç işlememiş ise, hileli hareketin sahibi üçüncü kişi de, olayda asli fail bulunmadığından sorumlu olmayacaktır. Elbette bu kişiler hileli davranışları sebebiyle TCK. 235/2-a maddesinden sorumlu olmasalar da, 235/2-c maddesi gereğince cezalandırılabilirler. Ancak çok sayıda Yargıtay uygulamasında görüleceği üzere, bu kişilerin cezasız kalmalarıyla sonuçlanmaktadır. Kanaatimizce bu suçun herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak düzenlenmesine dair bir kanun değişikliği, bu karışıklığı ortadan kaldıracaktır.

Bunun haricinde, kastı bulunmayan ihale görevlisini araç fail olarak kabul edip, hileli hareket yapan üçüncü kişiyi dolaylı faillikten sorumlu tutmak mümkün değildir.

Bir diğer dikkat edilmesi gereken husus, hileli davranışla işlenen fesat karıştırma suçunun faili "kamu görevlisi" değil, "ihale görevlisi" olduğudur. Zira her hangi bir kamusal faaliyette bulunmayan kooperatif veya vakıf personelinin, ihalede görev alması nedeniyle kamu görevlisi sayılması mümkün görünmemektedir.

(6) TCK. 235/2-a maddesinin ilk iki bendinde yer alan suçlar ile 235/2-c maddesindeki suçlar açısından mağdur, ihaleye katılma yeterliliği ve koşullarını sağlayan istekliler olmalıdır. İhaleye katılma hakkına sahip olmayan bir kişiye karşı işlenen fesat karıştırma eylemleri, mağdur yokluğu sebebiyle suç oluşturmayacaktır.

(7)Seçimlik suçlardan hileli hareketle işlenen fesat karıştırma suçunda aranması gereken hile, dolandırıcılık suçunun unsuru olan hile ile aynı niteliğe sahiptir. Yalan beyandan ibaret bir hareketin hile olmayacağını söylemek gerekir. Ayrıca hileli hareket ihale görevlisi tarafından yapılabileceği gibi ihale isteklisi tarafından hatta üçüncü bir kişi tarafından yapılabilir. Fail ihale görevlisi olduğundan, sorumluluk için hilenin varlığından haberdar olması gerekir.

Hilenin konusu, TCK. 235/2-a-1 ve 235/2-a-2 maddesi bakımından ihaleye katılma yeterliliği ve koşullarına ilişkin hususlar olmalıdır. TCK. 235/2-a-3,4 maddeleri bakımından ise hile tekliflerin şartnameye uygunluğu konusunda olmak durumundadır. Bu durumlar haricinde işlenen hileli davranışlar, örneğin ihaleye katılmasını önlemek için istekliye eşinin kaza geçirdiğini söylemek, 235/2-a maddesi nazarında suç oluşturmaz. Bu tür eylemler şartları oluşuyor ise TCK. 235/2-c maddesinde düzenlenen hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenen fesat karıştırma suçuna vücut verecektir.

(8) TCK. 235/2-a-1 maddesindeki ihaleye katılmanın engellenmesi suçu, ihale sürecindeki tüm işlemler bakımından işlenebilirken, 235/2-a-2 maddesi yalnızca ihaleye katılım sağlanan başvurular sırasında söz konusudur. Bu hükmün değiştirilerek tüm ihale sürecine tatbik edilmesinin sağlanması daha uygun olacaktır.

Özellikle bir isteklinin ihaleye girmesini sağlamak üzere maksatlı şartname düzenlenmesi, hem 235/2-a-1 maddesi hem de 235/2-a-2 maddesini ihlal etmektedir.

Anlaşma yapılan isteklinin ihaleyi alamaması sebebiyle ihalenin tümden iptal edilmesi, ihaleyi kazanan istekli yönünden 235/2-a-1 maddesindeki suça vücut verir. Ancak Kamu İhale Kanunu'nda iptal edilen ihale sebebiyle ihale komisyonunun sorumlu olmayacağı hükmü bu tür eylemler bakımından sakınca doğurmaktadır. Bu nedenle anılan hükmün kaldırılması zorunludur.

TCK. 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 maddeleri yalnızca mal alım ihalelerine fesat karıştırılmasını suç kabul etmektedir. Oysa hizmet ve yapım ihaleleri bakımından da tekliflerin şartnameye uygun olup olmamasına göre fesat karıştırma söz konusu olabilir. Kanun koyucunun bu ihaleleri görmezden gelmesinin hukuki bir tarafı yoktur.

Bu nedenle yasa değişikliği yapılmalı ve hizmet ile yapım ihalelerindeki tekliflerin de suç kapsamına alınması gerekir.

TCK. 235/2-b maddesinde yer alan gizli kalması gereken bilgi ve belgeler yalnızca şartname veya tekliflerle ilgili olmalıdır. Bunun haricinde gizliliği ihlal edilen belgeler ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olmaz.

TCK. 235/2-c maddesi ihaleye katılma hakkına sahip mağdura yönelik cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenir. Cebir ve tehdit TCK'nın 106 ve 109'uncu maddelerinde düzenlenen suçların unsurlarını içermelidir. Hukuka aykırı diğer davranışlar ise ihaleye katılımın engellenmesi bakımından elverişli her türlü hukuka aykırı hareketi içerebilir. Bununla birlikte ihale yeterliliği olmayan istekliye yönelik eylemler, mağdur sıfatı yokluğu sebebiyle suç oluşturmaz.

Bu madde kapsamındaki "hukuka aykırı diğer davranışlar" kavramının açık ceza normu olduğu ve bu sebeple kanunilik prensibine aykırılık içerdiği söylenemez. Zira çerçevesinin belirlenmesi zor olan suçlar bakımından, değişen koşullara uygun hüküm kurulabilmesi için mahkemelere takdir hakkı bırakan hükümler öngörülebilir.

Hukuka aykırı diğer davranışlar, esasen TCK'nın 235/2 maddesinde yer alan diğer seçimlik suçları da kapsayan bir niteliktedir. Bu nedenle mükerrer düzenlemeye yol açılmıştır.

TCK. 235/2-d maddesine göre ihale şartları ve sonuçları bakımından değişiklik yaratabilecek nitelikte gizli ve açık anlaşmalar suçtur. Bu anlaşma ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişiler arasında yapılmalı ve bu kişiler mutlaka ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmalıdır. İhale sonucu suçun oluşumuna etki etmez.

(9)İhaleye fesat karıştırma suçu sebebiyle oluşan kamu zararı, suçun neticesi değil objektif cezalandırılabilme şartıdır. Sırf kamu zararına dayanılarak bunun bir netice suçu olduğu ileri sürülemez.

Hileli hareketlerle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu bir netice suçudur. Bunun sebebi kamu zararı değil, yapılan hareket neticesinde ihaleye katılımın

engellenmesi, ihaleye katılım sağlanması, tekliflerin değerlendirilmeye alınması veya reddedilmesidir. Hakeza 235/2-c maddesinde de cebir, tehdit veya hukuka aykırı hareket, isteklinin ihaleye katılımını engellenmesiyle neticelenir. Bununla birlikte 235/2-b ve 235/2-d maddelerindeki suçlar sırf hareket suçudur. Gizli belgenin üçüncü kişiye ulaştırılması veya gizli anlaşma yapılmasıyla suç oluşmuştur.

İhaleye fesat karıştırma suçu nedeniyle ortaya çıkan menfaat, suçun neticesi değildir. Menfaat sağlanması, ayrıca rüşvet veya irtikap eylemlerine vücut veriyorsa ayrıca cezalandırmayı gerekir.

(10)İhaleye fesat karıştırma suçu yalnızca doğrudan kast ile işlenebilir. Zira hileli hareketin varlığı, yoğun bir kasta işaret eder. TCK. 235/2-d maddesinde yer alan gizli anlaşma yalnızca ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla yapılmakta olup, özel kast gerektirir. Diğer seçimlik suçlar ise genel kast ile işlenebilir.

Kamu zararının bulunması objektif cezalandırılabilme şartı olduğundan, failin kastının zararı kapsamasına gerek yoktur.

(11)Kamu zararına ilişkin TCK'nın 235/3-a maddesi kanun yapma tekniğine aykırı bir düzenleme içermektedir. Suçun kamu zararı içermeyen basit hali düzenlendikten sonra, kamu zararının bulunması halinde cezayı artıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmelidir. Mevcut düzenleme suçun niteliğinin belirlenmesi bakımından hatalı yorumlara yol açmaktadır. Bunun yanında cebir ve tehditle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından kamu zararının aranmaması yerinde değildir.

(12)İhaleye fesat karıştırma suçunda teşebbüs mümkündür. TCK. 235/2-a ve 235/2-c maddelerinde, yapılan harekete rağmen ihaleye katılmanın engellenmesi neticesi gerçekleşmemişse suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. TCK. 235/2-b ve 235/2-d maddesi ise sırf hareket suçu olması sebebiyle teşebbüs hükümleri ancak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda uygulanabilir.

Kamu zararı objektif cezalandırılabilme şartı olduğundan, teşebbüs hükümleri açısından dikkate alınmaz.

(13)İcra İflas Kanunu'nun 345/b maddesinde yer alan suç ile TCK'nın 235/2-d maddesi arasında fikri içtima ilişkisi yoktur. Aynı unsurları içermesi sebebiyle sonrada yürürlüğe giren TCK. 235/2-d hükmü İİK. 345/b hükmünü zımnen yürürlükten kaldırmıştır. Zira bu iki hüküm arasında tükenen-tüketilen norm ilişkisi de bulunmamaktadır. Aynı husus 6183 sayılı AATUHK'nın 108/2 maddesindeki suç ile TCK. 235/2-a-2 maddesindeki suç için de geçerlidir.

Cebir ve tehdit, 235/2-c maddesinin unsuru olması bakımından bileşik suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirse de, yaralama ve tehdit suçlarının nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda TCK. 235/4 maddesi uyarınca gerçek içtima kuralları uygulanmaktadır. Gerçek içtima uygulanmasını gerektiren bir diğer konu, ihaleye fesat karıştırma suçunun resmi belgede sahtecilik suretiyle işlenmesi halinde söz konusu olmaktadır. Ayrıca ihaleye fesat karıştırma sonucu ihale görevlisi menfaat temin etmiş ise rüşvet, zimmet veya irtikap suçları sebebiyle ayrıca cezalandırılmaktadır.

Uygulamada zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için, aynı kurum tarafından makul aralıklarla yapılan birden fazla ihaleye fesat karıştırılması gerekir. İhaleyi yapan kurumlar farklı ise TCK. 43/1 maddesi uygulanmaz. Ancak devlet tüzel kişiliği bir bütün olması sebebiyle, aynı suç işleme kararının olduğu durumlarda farklı kurumlar olsa dahi zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır.

(14)TCK. 235/2-a ve 235/2-d suçlar özgü suç olarak düzenlendiğinden, bu suçlara iştirak TCK'nın 40/2 maddesine tabidir. Özel faillik niteliği bulunmayan kişilerin iştiraki yalnızca azmettiren veya yardım eden niteliğinde ortaya çıkabilir. Özel nitelikli fail suç işlenmesine katılmıyor ise, üçüncü kişilerin işlediği eylemler nedeniyle azmettiren yada yardım eden olmaları mümkün değildir.

İhaleye fesat karıştırılması amacıyla örgüt kurulması durumunda, tüm failler iradelerini örgüte özgülediğinden, buradaki eylemlerinin artık iştirak bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Gerçekleşen eylem sebebiyle her bir fail suç oluşturan eylemlerinden sorumludur.

(15)İhale süreci sona erip de sözleşme imzalanmışsa, artık suç niteliğindeki eylemler edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilir. Bu bakımdan şartnameye aykırı teklif verilmesi ihale sürecinde bir suç iken, şartnameye aykırı mal teslimi edimin ifası sürecinde işlenen bir suçu oluşturmaktadır.

İhale görevlilerinin mevzuata aykırı eylemleri TCK. 235/2 maddesindeki seçimlik hareketlerden birine tekabül etmiyorsa, burada görevi kötüye kullanma suçunun şartları tartışılmalıdır.

(16)İhaleye fesat karıştırma suçu sebebiyle öngörülen hapis cezalarına ilişkin düzenleme hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. kamu zararının doğmadığı hallerde hile, gizli anlaşma ve gizli bilgilerin ifşası suretiyle fesat karıştırma suçları ile cebir-tehdit suretiyle fesat karıştırma suçlarının cezaları arasında uçurum oluşmuştur. Bunun izah edilebilir tarafı yoktur. Genele bakıldığında, cebir-tehdit suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma eylemleri daha çok küçük il ve ilçelerde, küçük çapta taşıma, hizmet ihaleleri üzerinde işlenmektedir. Dolayısıyla ortaya çıkacak tehlike veya zarar oranı düşüktür. Oysa hile suretiyle fesat karıştırma eylemi ile çok büyük rakamların zikredildiği ve devletin çok daha büyük harcamalar yaptığı ihalelerde işlenmekte olup, ortaya çıkabilecek tehlike veya zararın boyutları çok daha yüksek olabilmektedir. Eylemlere öngörülen cezanın bu kadar düşük olması elbette hakkaniyetsiz uygulamalar ile karşılaşmamıza yol açacaktır

(17)Çalışmamız neticesinde varılan bu sonuçlar birlikte değerlendirildiğinde TCK'nın 235'inci maddesinin yasal değişikliğe ihtiyaç duyduğunu söylememiz gerekir. Bu bakımdan ihaleye fesat karıştırma suçu şu şekilde düzenlenmelidir;

"İhaleye Fesat Karıştırma

Madde 235- (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına ve bunlar 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 ile özel kanunlarda ihale yapması öngörülen kurum ve kuruluşlar adına yapılan ihalelere ilişkin gizli bilgi ve

belgeleri üçüncü kişilere ulaştırmak, ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla tekliflerle alakalı açık veya gizli anlaşma yapmak, ihaleye katılım yeterliliği ve koşulları bakımından gerçeğe aykırı şekilde hukuka aykırı davranışlarla ihaleye katılım sağlamak veya katılımı engellemek, şartname hükümleri bakımından gerçeğe aykırı tekliflerin kabul veya reddini sağlamak suretiyle ihaleye fesat karıştıran kişi 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)Yukarıdaki hüküm ihale mevzuatı gereği yapılması gereken ihaleler hakkında da uygulanır.

(3) İhaleye fesat karıştırılması sebebiyle kamu kurum ve kuruluşları açısından bir zarar meydana gelmiş ise cezanın alt sınırı 7 yıldan az olamaz. Bu halde kamu zararı ihaleye fesat karıştırandan tahsil edilir.

(4) Failin ihale sürecinde görev alan kişilerden olması halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5)Mahkumiyet halinde ihaleye fesat karıştıran kişi ve ortağı olduğu özel hukuk tüzel kişilerinin ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verilir. ”

KAYNAKLAR

Adalet Bakanlığı. *Hukuk Sözlüğü*. Erişim Tarihi: 13 Ocak 2019 http://www.sozluk.adalet.gov.tr

Adiloğlu, İ. (2001). Devlet İhale Kanunu Değişiyor. Erişim Tarihi: 25.1.2019 http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/420.pdf

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistik Haber Bülteni 2016, Erişim Tarihi: 15.1.2018. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2016karartck.pdf

Akbulut, B. (2009) Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu. *Ceza Hukuku Dergisi***.** (10)

Akbulut, B. (2009) İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Ceza Hukuku Dergisi.* (9)

Akdoğan, M. (2014). Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımasının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.* 72(2)

Aksoy, Ş. (1998) *Kamu Maliyesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi

Alacakaptan, U. (1968) *İşlenemez Suç*. Ankara. Erişim Tarihi: 15 Şubat 2019. http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/800.pdf

Alacakaptan, U. (1975) *Suçun Unsurları. Ankara:*,Sevinç Matbaası Erişim Tarihi: 30.3.2019. http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/802.pdf

Alıcı, O.V. (2017). Kamu Taşınırlarının Yeniden Değerlendirilmesi Çerçevesinde Bir İyi Uygulama Örneği. *Sayıştay Dergisi*, 28(105)

Alyanak, S. (2014) Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına Genel Bir Bakış ve Bu Anlaşmanın Avrupa Birliği'nde Uygulanması. *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi.* 22(1)

Arıtürk, R. (2011) *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. (Yayınlanmamış Doktora Tezi). Marmara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul

Arrowsmith, S. (2011). Public Procurement; Basic Concepts And the Coverage of Procurement Rules. *Public Procurement Regulation: An Introduction*. ed. Sue Arrowsmith. Erişim Tarihi: 25.1.2019.

https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf

Arslan, Ç. (2010). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi

Arslan, Ç., Töngür, A.R. (2013) Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 4(14)

Arslan, D. (2015). İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı. *Terazi Hukuk Dergisi*. 10(103)

Artuk, M.E. (2014) Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi. *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*. ed. Yener Ünver, İstanbul. Seçkin Yayıncılık

Artuk, M.E. Güvenlik Tedbirleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 12(1-2)

Artuk, M.E., Gökçen, A., Yenidünya, C. (2016) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10.Baskı). İstanbul: Adalet Yayınevi

Artuk, M.E., Gökçen, A., Yenidünya, C.(2015). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15.Baskı). İstanbul:Adalet Yayınevi

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Direktifi 18. Maddde. Erişim Tarihi: 19.4.2019http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0065.01.ENG

Avsallı, H. (2006) *Zimmet Suçu*. (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Marmara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul

Aydın, D. (2006) *Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 55(1)

Aydın, D. (2009) *Suça İştirak. Ankara:* Yetkin Yayınları

Aydın, D. (2010) Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri. *Ceza Hukuku Dergisi*. 5(12)

Aygörmez, G.A. (2010) Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I". *Ceza Hukuku Dergisi,* 5(14)

Baba, Y. (2013) *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık.* İstanbul: Onİki Levha Yayıncılık

Bafra, E. (2007) Kira Sertifikalarının Kamu İhalelerine Katılımda Teminat Aracı Olarak Kullanılması Sorunu. *Terazi Hukuk Dergisi*. 12(133)

Bafra, E. (2014) Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları. *Kara Harp Okulu Bilim Dergisi.* 24(1)

Barun, B. Yolsuzlukla Mücadelede Dış Denetimin Rolü. Erişim Tarihi: 15.1.2018http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/Bayram_Barun_Yolsuzlukla_Mucadelede_Dis_Denetimin_Rolu.pdf

Bilen, M. (2012) *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Selçuk Üniversitesi/ Sosyal Bilimler Enstitüsü. Konya

Bilir, H. (2003) Özelleştirme İhalelerinde Yönetim Seçimi: Alternatif Bir Model Olarak Paket (Birleşik) İhale Yöntemi. *Rekabet Kurumu Dergisi,* 4(4,)

Canbazoğlu, K. (2008) *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru ve Denetim Yolları*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara

Canbazoğlu, K. (2017) *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı,* Ankara: Onikilehva Yayıncılık

Cankurt, E. (2015) Yağma Suçu ve Cebir Kavramı. *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1(2)

Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2011) *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınları

Çakmut, Ö. (2013) Cebir Suçu (TCK m.108). *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8, (2)

Çal, S. (2015) Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamına Yönelik Gözlemler. *Kamu İhale Kanununa İlişkin Tebliğler ve Makaleler -2,* ed. Çetin Arslan, Fehim Üçışık, Seyyid Ahmet Hakkakul. Ankara: Aristo Yayınevi

Çalışkan, S. (2013) *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, Ankara: Adalet Yayınevi

Çetinkaya, Ö. (2001) *Türkiye'de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme,* Bursa:Ekin Kitabevi Yayınları

Çetinkaya, Ö. (2014). *Kamu İhale Kanunu ve Yolsuzluk Riskleri,* Ankara: Ekin Yayınları

Çetinkaya, Ö., Filibe, M., Üstün, K. (2018). Tarihsel Boyutu İle Kamu Alım Usullerindeki Gelişmeler ve Günümüzdeki Yapının Değerlendirilmesi. *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi***.** 6(1)

Çınar, A.R. (2009) Hükmün Konusu ve Eylemi Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* (84). s.31-69

Çiftçioğlu, C. (2016) Yolsuzluk ve Yolsuzlukla Mücadelede Türkiye – AB Gümrük Birliği Kapsamındaki Adli İş Birliği. *Fasikül Hukuk Dergisi.* 8(82)

Çorbacıoğlu, Ş. (1997). Osmanlıdan Günümüze İhale Yasaları. Erişim Tarihi: 29.1.2019http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/1358.pdf

Çubuklugil, O. (1973) 2490 sayılı Kanunun Uygulanması, Bu Konu İle İlgili İçtihatlara Toplu Bir Bakış ve Yeni Hazırlanan Devlet İhale Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler. Erişim Tarihi: 25.1.2019. http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1973-3/7.pdf

Demircioğlu, M.Y. (2014) Kamu İhale Hukukunda "Benzer İş" Kavramı ve İş Deneyim Belgeleri. *Ankara Barosu Dergisi.* 2.

Demircioğlu, M.Y. (2014). İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend "Açık İhale" Usulünün Terki "Pazarlık Yolu ile İhalenin" Keşfi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi.*(115)

Dilberoğlu, A.V. (2016) Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 65(4)

Dilberoğlu, A.V. (2016) *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu* (Yayınlanmamış Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara

Doğan, K. (2015). Ceza Hukukunda Belge Kavramı. *Ceza Hukuku Dergisi*. (14)

Doung, D.B. (2004) Kamu Kesimi Yatırım Projelerinde Yolsuzluk: Sayıştayların Önleyici Rolü. çev.Ahmet Okur. *Sayıştay Dergisi.* 15(53)

Dönmezer, S. (1984) *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

Dönmezer, S., Erman, S. (1997) *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* Cilt 1. İstanbul: Beta Basım Yayın

Dönmezer, S., Erman, S. (1997) *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* Cilt 2. İstanbul: Beta Basım Yayın

Duran, L. (1982) *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası

Dursun, H. (2004) Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,*(55)

Dursun, H. (2016). *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu. (*Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara Üniversitesi/ Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara

Dursun, H. (2017). Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi. *Ceza Hukuku Dergisi.* (33)

Dülger, M.V. Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi. Erişim Tarihi: 1.6.2018http://www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf

Eker Kazancı, B. (2008) Yolsuzluk Kavramı ve TCK'da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler. *Ceza Hukuku Dergisi*, 3(6)

Eker Kazancı, B. (2011) *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları.* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi

Ekici Şahin, M. (2013) Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***,** 8(109)

Ekici Şahin, M. (2013) Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***,** 8(107-108)

Erdinç, Z. (2007). Uluslararası Para Fonu-Türkiye İlişkilerinin Gelişimi ve 19. Stand-By Anlaşması. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (18). Erişim Tarihi: 25.1.2019 https://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG_/18/99-116.pdf

Erem, F. (1968) Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 25(3). Erişim Tarihi: 4 Mart 2019. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/327/3295.pdf

Erem, F. (1968) Suçun Hukuki Konusu ve Hümanist Doktrin. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 25(1). Erişim Tarihi: 30 Ocak 2019. http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/10130/

Erem, F. (1970) Cezalandırılabilme Objektif Şartı (Şartlı Suçlar). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 27(3-4). Erişim Tarihi: 3 Mart 2019. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/322/3182.pdf

Erem, F. (1971) *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku* Cilt.1. (9.Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası

Erem, F. (1993) *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler* (Cilt2). Ankara: Seçkin Yayınevi

Eren, F. (2006) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2006

Erman, S. (1947) Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi***.** Erişim Tarihi: 15 Ocak 2019 http://dergipark.gov.tr/ausbf/issue/3240/45227

Erman, S., Özek, Ç. (1992) *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar*. İstanbul: Dünya Yayıncılık

Erman, S., Özek, Ç. (1996). *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul:y.y.

Ersoy, U. (2013) Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi İle Bağdaştırılabilirliği. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi***.** 26(109)

European Commision, France to the EU Anti-Corruption Report, 2014. Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019.https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_france_chapter_en.pdf

European Commision. *Single Market Agreement, Public Procurement*, Erişim Tarihi: 15.1.2019.https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en

European Union, Green Paper on the Modernization of EU Public Procurement Policy. Erişim Tarihi: 25.1.2019. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:EN:PDF

Evik, A.H. (2014) Ticari Ortaklıklar Bünyesinde İşlenen Vergi Suçlarında Failin Tespitine İlişkin Düşünceler. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* 9(119)

Evik, A.H. (2017) İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri. *Ceza Hukuku Dergisi*. (33)

Ferguson, G. (2018). Global Corruption: Law, Theory and Practice. *Evulation of Procurement Laws and Procedures,* ed. Mollie Deyong. Erişim Tarihi: 25.12019 https://icclr.law.ubc.ca/resources/global-corruption-law-theory-and-practice/ 25.1.2019

Ferwerda,J. Deleanu, I., Unger, B. (2016). Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators, *European Journal on Criminal Policy and Reserch.* 23(2). Erişim Tarihi: 25.1.2019 https://www.researchgate.net/publication/303359108_Corruption_in_Public_Procurement_Finding_the_Right_Indicators

German Criminal Code, çev. Michael Bohlander. Erişim Tarihi:25.1.2019. https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf

Giritli, İ., Bilgen, P.,Akgüner, P., Berk, K. (2015) *İdare Hukuku* (7.Baskı). Ankara: Der Kitapevi Yayınları

Gökçen, A. (1989) *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, y.y. İstanbul

Gökpınar, M. (2008). Ceza Sorumluluğunun Temeli: "Kast". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi. (79)*

Göktan, A. (2009) Yolsuzluğun Büyüme Üzerindeki Etkileri ve Yolsuzluğu Önleme Stratejileri. *Çimento İşveren.* Erişim Tarihi: 1.6.2017 https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale238.pdf

Göktürk, N. (2014) Türk Hukukunda Suçların İçtimaı. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi.* 2(1-2)

Gössel, K.H., Başer Doğan, Z. (2018) Objektif İsnadiyet ve Nedensellik. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 13(167)

Gözler, K. (2004). *İdare Hukuku Dersleri* (2.Baskı) Bursa: Ekin Kitabevi,

Gözübüyük, Ş., Tan, T. (2016) *İdare Hukuku* (Cilt 1) (11.Baskı). Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları

Green, S.P. (2009) Hukukta ve Hukuk Teorisinde Beyaz Yaka Suçları. çev. Pınar Bacaksız, *Ceza Hukuku Dergisi***.** 4(9)

Gülel, İ. (2012). 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.* 11

Günday, M. (2011). *İdare Hukuku* (4. Baskı). Ankara: İmaj Yayınevi,

Günler, K. (2014) Türk Ceza Hukukunda Müsadere. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 18(3-4)

Güvel, E.A. (2005) Ekonomik Suçlar: Tanım, Türleri ve Ölçütleri. *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu,* Ankara

Hafızoğulları, Z. (2007) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri. *Ankara Barosu Dergisi***.** (1)

Hafızoğulları, Z., Güngör, D. (2007) Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* (69)

Hafızoğulları, Z., Özen, M. (2016) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar.* Ankara: US-A Yayıncılık

Hafızoğulları, Z., Özen, M. (2017) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar* (3.Baskı). Ankara: US-A Yayıncılık

Hafızoğulları, Z., Özen, M., (2014) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7.Baskı). Ankara: US-A Yayıncılık

Hakeri, H. (2006) Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak. *Ceza Hukuku Dergisi*. 1(1)

Hakeri, H. (2007) İhmali Suçlar. *Ceza Hukuku Dergisi. (4)*

Hakeri, H. (2013) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (17. Baskı) Ankara:Adalet Yayınları

Hakimoğlu, M. (2017). Çevresel Etki Değerlendirmesine İlişkin Kararlara Karşı Açılan Davalarda Süre Sorunsalı. *Terazi Hukuk Dergisi.* 12(125)

Heinrich, B. (2016) *Ceza Hukuku Genel Kısım*. ed. Yener Ünver. İstanbul: Adalet Yayınevi

İçel, K. (2008) Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. (14)

İçel, K. (2016) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın

İçel, K., Akıncı, F., Özgenç, İ., Mahmutoğlu, F.S., Ünver, Y. (2000) *Suç Teorisi-2*. İstanbul: Türdav Basım Yayım

İnançlı, S. Yardımcıoğlu, S. (2010) Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları ve Ekonomik Etkilerinin Değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Aytaç Eker'e Armağan, Kamu Maliyesinde Seçme Yazılar,* Sakarya.

Jareborg, N. (2004). Criminalization as Last Resort. *Ohaio State Journal of Criminal Law.* 2/1

Jiang, L. (2010) Regulating Public Procurement in International Trade. *Public Procurement Regulation: An Introduction, Chapter 10***.** ed. Sue Arrowsmith, Erişim Tarihi: 25 Ocak

2019https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf

Kalabalık, H. (2014). İhale Sürecindeki İşlemlerin İptalinin İdarenin Sözleşmelerine Etkisi ve Sonuçları. *Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler*. ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, Ankara: Bilge Yayınevi

Kamu İhale Kurumu, 2016 Kamu Alımı İzleme Raporu. Erişim Tarihi: 11.4.2019http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_alimlari_izleme_rapor_2016_y%C4%B1lsonu.pdf

Kangal, Z.T. (2003) *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Kangal, Z.T. (2010) Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***.** 68(1-2)

Kangal, Z.T. (2014) Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu. *Ceza Hukuku Dergisi.* 9(24)

Kaplan, M. (2013) Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***.** 71(1)

Kaptan, E. (2014) Ceza Hukukunda Suça İştirak. *Terazi Hukuk Dergisi***.** 9(96)

Karagülmez, A. (2014) Karşılaştırmalı Hukuk Ekseninde Suç Mağduruna Yaklaşımlar. *Terazi Hukuk Dergisi.* 9(100)

Karakehya, H. (2006) Olası Kast. *Ceza Hukuku Dergisi***.** 1(2)

Karatay, Ö., Kapusızoğlu, M. (2011) Mali ve Ekonomik Suçların Terörün Finansmanı Bağlamında Değerlendirilmesi. *Ekonomi Bilimleri Dergisi,* 3(1)

Katoğlu, T. (2003) *Hukuka Aykırılık*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık

Katoğlu, T. (2012) Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 61(2)

Keçelioğlu, E. (2006) Alman Ceza Hukukunda Faillik. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (65)

Kelsen, H. (1978) "Nedensellik ve İsnadiyet", çev. Zeki Hafızoğulları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 35(1) Erişim Tarihi: 4 Mart 2019. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2928.pdf

Keyman, S. (1988) Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 40(1). Erişim Tarihi: 30.3.2019. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/302/2836.pdf

Kızılsümer Özer, D. (2016) Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ve Sözleşmenin Uygulanması Yönündeki Çabalar. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* 6(1)

Koca, M. (2006) YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri. *Ceza Hukuku Dergisi*. (1)

Koca, M., Üzülmez, İ., (2018) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11.Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık

Koca, M., Üzülmez, İ.(2013). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 13

Koca, M., Üzülmez, İ.(2016). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3.Baskı). Ankara:Adalet Yayınevi

Koca, M.R. (2014) Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. (2)

Koca, M.R. (2014) *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları.* Ankara: Adalet Yayınevi

Kocasakal, Ü. (2015) Anayasa Mahkemesi'nin Suçta Kanunilik İlkesi İle İlgili Bir Kararının İncelenmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 10(108)

Kolcu, S. (2016) Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi. *Fasikül Hukuk Dergisi.* (76)

Kudlich, H. (2012) Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar. çev. İlker Tepe, Serkan Meraklı, Mustafa Oğlakçıoğlu, *Ceza Hukuku Dergisi***.** 7, (18)

Kuluçlu, E. (2003). Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri. *Sayıştay Dergisi.* 14(49)

Kunter, N. (1954) *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket - Netice - Sebebiyet Alakası)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını

Kuru, B. (1977). İcra Takibi Konusu Alacağın Temliki", *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975.* Ankara. Erişim Tarihi: 30.4.2019 http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/386.pdf

Kutlu, M. (1997) *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

Mahmutoğlu, F.S. (2014). Tekliflerin Şartnamelere Uygunluğunun Değerlendirilmesi Safhasında Gerçekleştirilen Hileli Davranışlar Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler -2*, ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, Ankara: Aristo Kitapevi

Mahmutoğlu, F.S. (2016). İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek Amacıyla Yapılan Açık Veya Gizli Anlaşmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler,* ed. Fehmi Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul. Ankara: Aristo Yayınevi.

Mantzaris, E. (2014). Public Procurement, Tendering And Corruption, Realities, Challenges And Tangible Solutions. *African Journal of Public, Affairs*. 7(2). Erişim Tarihi: 25.1.2019 https://repository.up.ac.za/handle/2263/58120?show=full

Meran, N. (2011) *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Ankara:Seçkin Yayıncılık

Meran, N. (2014) Belli Haklardan Yoksun Bırakılma Güvenlik Tedbiri. *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(100)

Nuhoğlu, A. (1997) *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri.* İstanbul: Adil Yayınevi

Oder, B. (2004) Kamu İhale Hukuku. *Gün Işığında Yönetim***.** Ankara:Turhan Kitapevi

Odyakmaz, Z. (1998). Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* 2(1-2)

OECD, Cartel and Anti-Competitive Agreements, Fighting Bid Rigging in Public Procurement. Erişim Tarihi :19.4.2019. http://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidriggginginpublicprocurement.htm

OECD, Policy Roundtable on Collusion and Corruption in Public Procurement, 2010. Erişim Tarihi. 25.1.2019 oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf

OECD, Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, 2012. Erişim Tarihi: 25.1.2019 oecd.org/competition/cartels/fightingbidriggginginpublicprocurement.htm

OECD. Convention on Cobating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction and Related Documents. Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019 http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf

OECD. Government At a Glance 2015. Erişim tarihi: 11.4.2019https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2015-en.pdf?expires=1555284443&id=id&accname=guest&checksum=5879CB7FC5E661039051C9B815CD6E3B#page172

OECD. Government at a Glance 2017. Erişim Tarihi: 11.4.2019http://www.oecd-ilibrary.org/deliver/fulltext?itemId=/content/publication/gov_glance-2017-en&mimeType=freepreview&redirecturl=http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/government-at-a-glance-2017_gov_glance-2017-en&isPreview=true

OECD. Guidelines for Fighting Bid Rigging İn Public Procurement, Erişim Tarihi: 25 Ocakl 2019.http://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidriggginginpublicprocurement.htm

OECD. Newsroom. Erişim Tarihi: 1 Nisan 2019. http://www.oecd.org/newsroom/oecd-turkiye-yabanc-kamu-gorevlilerine-rusvet-konusundaki-uygulama-cercevesini-acilen-guclendirmeli-ve-kurumsal-sorumluluk-mevzuatnda-reforma-gitmeli.htm

OECD. Public Procurement the Role of Competition Authorities In Promoting Competition, Policy Roundtable Re- port. Erişim Tarihi: 15.4.2019.http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf

OECD. Recommendantion of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019 http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf

Oğuzman, K., Öz, T. (2009) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık

Okuyucu Ergün, G. (2016) Rüşvet Suçu. *Ekonomik Suçlar.* ed. Yener Ünver. İstanbul. Seçkin Yayıncılık

Okuyucu Ergün, G. (2008) *Zimmet Suçu*, Ankara: Çakmak Yayınevi

Okuyucu Ergün, G. (2009) Görevi Kötüye Kullanma. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 22(82)*

Onar, S.S. (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları (*Cilt.3) İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık

Ökde, B., Ökde, F., Börü, İ.E., Dağ, M. (2017). Avrupa Birliğinde Kamu Alımları ve Türkiye Karşılaştırması. *Journal of Social and Humanities Sciences Research***.** 4(5)

Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N. (2008) *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi

Önder, A. (1992) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Cilt.2-3. İstanbul: Filiz Kitabevi

Özay, İ.H. (1996). *Gün Işığında Yönetim*. İstanbul: Alfa Yayınları,

Özbek, V.Ö. (2009) Ticari Ceza Hukukuna Hakim Olan Ceza Hukuku İlkeleri ve Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Yapılan Değişikliklerin Söz Konusu İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi. *Ceza Hukuku Dergisi*. (9)

Özbek, V.Ö. (2015) Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi. *Ceza Hukuku Dergisi*. 5(9)

Özbek, V.Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık

Özdemir, E. (2014). Davet Usulüyle Yapılan İhalelerde Dikkat Edilecek Hususlar. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9(90)

Özen, M. (1995) Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Özen, M. (2007) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi.* (70)

Özen, M. (2008) Kasten Yaralama Suçunun Maddi Unsur Bakımından Bazı Suçlarla İlişkisi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 3(22)

Özen, M. (2013) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 8(1)

Özen, M. (2018) *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (3.Baskı). Ankara. Adalet Yayınevi

Özen, M. (2018) *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (3.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi

Özen, M., Tozman, Ö. (2009) Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi. *Amme İdaresi Dergisi***.** 42(4)

Özgenç, İ. (1996) Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik. İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği.

Özgenç, İ. (2002) *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi

Özgenç, İ. (2005) İhale Sürecinde İşlenen Suçlar. *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu***.** Ankara

Özgenç, İ. (2005) *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık

Özgenç, İ. (2013) *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, Ankara:Seçkin Yayıncılık

Özgenç, İ. (2016). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler(12.Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınları

Özgür, Y. (1995). *İzale-i Şüyu Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi*, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları

Özkal Sayan, İ., Kışlalı, M. (2004) Yolsuzluk Üzerine Ekonometrik Bir Çalışma, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Matbaası, Tartışma Metinleri. Erişim Tarihi: 15.1.2018http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/tartisma/2004/murat-kislali.pdf

Özkan, G. (2014) *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler.* Ankara: Yetkin Yayınları,

Özkan, Y. (2015). Danıştay'ın, İhalelerde Aşırı Düşük Sorgulamayla İlgili Yürütmeyi Durdurma Kararları ve Sonuçları. *Terazi Hukuk Dergisi*. 10(107)

Özsemerci, K. (2005). Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Yozlaşmanın Kültürel Altyapısı. *Sayıştay Dergisi*. 16(58)

Öztürk, B., Erdem, M.R. (2018) *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku(18.Baskı).* İstanbul: Seçkin Yayıncılık

Parlar, A.(2011). *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi

Pekcanıtez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan M., Özekes, M. (2005) *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Vedat Kitapçılık

Rose-Ackerman, S. (2002). Corruption And The Criminal Law. *Forum on Crime and Society*. 2(1)

Sancakdar, O. (2014). Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar. *Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler*. ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul. Ankara:Bilge Yayınevi

Sancar, A.E. (2014). 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi. *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2(2)*

Sanchez-Graells, A. (2018) Transparency and Competition in Public Procurement: A Comparative View on Their Difficult Balance. *Transparency In EU Procurements: Disclousure within Public Procurement and during Contract Execution, Vol.9 Europan Procurement Law Series*. ed. Kirsi-Maria Halonen, Roberto Caranta, Albert Sanchez-Graells. Erişim Tarihi: 25.1.2019. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3193635

Sayer, A., Barutçu, A. (2010) Kamu İhaleleri ve Etik Dışı Uygulamalar. *Dış Denetim Dergisi.*(2)

Selçuk, S. (1982) *Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri)*. İstanbul: Yasa Yayınları

Senior European Experts, "Corpus Juris: A Criminal Law System for the EU?. Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019 https://senioreuropeanexperts.org/wp-content/uploads/2011/01/corpus-juris-a-criminal-law-system-for-the-eu.pdf

Serim, N. (2010). Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunda Gayrimenkul İhalesi ve İhalenin Feshi Sürecinin İrdelenmesi. *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi.* 29(1)

Sezer, Y. (2012) *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*. Ankara: Adalet Yayınevi

Sezginer, M. (2000) *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı.* Ankara:Yetkin Kitapev

Sınar, H. (2011) Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik. *Ceza Hukuku Dergisi*, (15)

Sırabaşı, V. (2011) Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklanma Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği. *Ankara Barosu Dergisi***.** (4)

Sırma, Ö. (2012) Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık. *Fasikül Hukuk Dergisi*, 4(29)

Soyaslan, D. (1994) *Teşebbüs Suçu*, Ankara: Kazancı Yayınevi

Soyaslan, D. (2014) *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları

Soyaslan, D. (2014). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (10.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları

Soyaslan, D., Kemer, M., Gülseven, M. (2013) *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Ankara: Yetkin Yayınları

Stathaki, M. (2017).Corruption in the Fields of Public Procurement Contracts: The Example of French and Greek Public Procurement Law. *Essays in Honour of Nestor Courakis,* Erişim Tarihi: 15.4.2019 http://crime-in-crisis.com/en/wp-content/uploads/2017/06/36-STATHAKI-KOURAKIS-FS_Final_Draft_26.4.17.pdf 19.4.2019

Sucuoğlu, A.N. (2010) *Ceza Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma Suçları.* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Çankaya Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara

Şan, S. (2015) Resmi Belgede Sahtecilik. *Terazi Hukuk Dergisi.* (106)

Şare, E. (2017) Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi.* **(**130)

Şen, E. (2013) İhaleye Fesatta İİK - TCK Karmaşası. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8(109)

Şen, E., Aksüt, E. (2014) *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları* (4.Baskı). İstanbul: Seçkin Yayınevi

Tafran, A. (2016) Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsaderesi. *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 7(13)

Tan, T. (2011). *İdare Hukuku.* Ankara. Turhan Kitabevi

Tanrıvermiş, A. (2016) Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları Kavramına Genel Bir Bakış. *Fasikül Hukuk Dergisi***.** (78)

Taşkın Kapusuzoğlu, B. (2017) *Suça İştirakte Bağlılık Kuralı*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları

Taşkın, O.E. (2016) Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 6(1) s.59-91

Tezcan, D., Erdem, M.R. Önok, M. (2018) *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (16.Baskı).* Ankara: Seçkin Yayıncılık

The United Nations Commission on International Trade Law. *Model Law on Public Procurement*. Erişim Tarihi: 15 Ocak 2019. http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html

The United States of America, Department of Justice. Antitrust Resource Manual. Erişim Tarihi:25.1.2019. https://www.justice.gov/jm/antitrust-resource-manual-1-attorney-generals-policy-statement

The United States. Department of Justice, Antitrust Resource Manual, Elemets of the Offense. Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019. https://www.justice.gov/jm/antitrust-resource-manual-1-attorney-generals-policy-statement

Toprak, E. (2012). *Türkiye'de Hizmet Alımı İhaleleri Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme.* Ankara: Seçkin Yayıncılık

Toroslu, N. (1970) *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara: Sevinç Matbaası. Erişim Tarihi: 5 Şubat 2019 http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/802.pdf

Toroslu, N. (2018) *Ceza Hukuku Özel Kısım. (9.Baskı)*. Ankara: Savaş Yayınları

Toroslu, N., Toroslu, H. (2018) *Ceza Hukuku Genel Kısım* (24.Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi

Tunca, S., Samadi, V. (2016). İhale Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Sorunu. *Terazi Hukuk Dergisi* . 11(114)

Turhan, F. (2007) Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme, *Ceza Hukuku Dergisi*. 2(4)

Türk Dil Kurumu Büyük Sözlük; Erişim Tarihi: 19 Ocak 2019. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=329812

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Erişim Tarihi: 13 Ocak 2019, http://www.tdk.gov.tr

Türkdoğru, S., Arıtürk, R. (2014) İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda 6459 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9(92)

Uğur, H. (2008) 5237 Sayılı TCK'ya Göre Kazanç ve Kaim Değer Müsaderesi. *Terazi Hukuk Dergisi***.** 3(28)

Ulusoy, A. (1999). Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***.** 48/1

United Nations. Convention Against Corruption, (Article 9. Public procurement and management of public finances). Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019 https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf

United Nations. Trade and Development Commision, Conference on Trade and Development. Erişim Tarihi: 25.1.2019 https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf

Uz, A. (2005) *Kamu İhale Hukuku,* Ankara: Turhan Kitabevi

Uz, A. (2007). İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: "İDDAA" Örneği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 1(57)

Ünlü, C. (1995). *6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun,* Ankara: Seçkin Yayıncılık

Ünver, Y. (2003) *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık

Ünver, Y. (2013) TCK'daki Evrakta Sahtecilik Suçları. *Hukuk Köprüsü Dergisi*. 3(4)

Üstün, Ü.S., Çalış, H.S.(2018). 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Hakim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* 26(2)

Wagner-von Papp, F. Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany: "The Whole Point is Lost If You Keep It a Secret! Why Didn't You Tell the World, eh?. Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1584887

World Trade Organization. Agreement on Public Procurement: Text on Agreement, Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019 https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm

World Trade Organization. Agreement on Public Procurment, Erişim Tarihi: 25 Ocak 2019 https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm

World Trade Organization. *Government Procurement Agreement*. Erişim Tarihi: 17.1.2019. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm

Yalçın Sancar, T. (1998) *Çok Failli Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Yerdelen, E. (2016) İrtikap Suçu. *Ekonomik Suçlar***.** ed.Yener Ünver. İstanbul: Seçkin Yayıncılık

Yıldırım, M.F.(2002) *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile,* Ankara: Nobel Yayınevi

Yılmaz, B.M. (2007) *İdare Hukukuna Hakim Olan İlkeler, Kamu Alımlarında İdari Denetim*, Ankara: Yetkin Yayınları

Yılmaz, E. (1996) *Hukuk Sözlüğü* (5.Baskı). Ankara:Yetkin Yayınları,

Yılmaz,K. (1996) *VUK, GVK, KVK ve KDVK Açısından Değerleme*. Ankara: Maliye ve Hesap Uzmanları Derneği Yayınları,

Yücel, M.T. (2008) *Hukuk Sosyolojisi,* Ankara: Afşar Matbaası

Yüksek, C. (2015) Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. (106)

Zabunoğlu, Y.K. (2012) *İdare Hukuku* (Cilt.1). Ankara: Yetkin Yayınları

Zafer, H. (2013) *Ceza Hukuku Genel Hükümler (3.Baskı).* İstanbul: Beta Yayınları

Zor, Ö.T. (2014) Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları. *Terazi Hukuk Dergisi,* (90)
EK -1

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim	: Arif Naci Sucuoğlu
Uyruğu	: T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri	: 26.12.1983 – Ankara
Medeni Hali	: Evli
E-posta	: arifnacisucuoglu@gmail.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET YILI
Lise	Çankaya Lisesi	2000
Lisans	Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi	2004
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi, Kamu Hukuku ABD	2010
Doktora	Çankaya Üniversitesi, Kamu Hukuku ABD	2019

İŞ DENEYİMİ

YIL	POZİSYON
2006 - ..	Cumhuriyet Savcısı (1. sınıf)