



İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU



BUSE AKPINAR

NİSAN 2024

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS TEZİ

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

BUSE AKPINAR

NİSAN 2024

ÖZET

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

AKPINAR, Buse

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Haziran 2024, 117 sayfa

İhaleler kamunun ihtiyaçlarını en doğru şekilde karşılamak amacıyla varlık kazanmış ve devlet tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nu ile düzenlenmektedir. Kaynakların büyüklüğü ve yapılan ihalelerin devleti ve toplumu ilgilendirmesi sebebiyle ceza hukuku bakımından da koruma altına alınmıştır. İhaleye fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar isimli dokuzuncu bölümünde yer alan 235. maddesinde düzenlenmektedir. Çalışmamızın içeriğinde de 5237 sayılı Türk Ceza Kanun’u temel alınmış olup Yargıtay kararları da dikkate alınarak ilk olarak temel ihale süreci, suçun oluşumu, kanunun öngördüğü cezalar ve süreç içerisinde doğabilecek aksaklıklar incelenmiştir. Suçun nitelikli halleri ve nitelikli haller kapsamında yapılmış olan değişiklikler irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza hukuku, İhale, Fesat ve Suç.

ABSTRACT

CRIME OF BID RIGGING

AKPINAR, Buse
M.A. in Public Law

Thesis Advisor: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

June 2024, 117 page

Tenders have come into existence in order to meet the needs of the public in the most accurate way and are regulated by the state with the Public Procurement Law No. 4734 and the State Procurement Law No. 2886. Due to the size of the resources and the fact that the tenders made concern the state and society, it is also protected in terms of criminal law. The crime of bid rigging is regulated in Article 235 of the ninth chapter of the Turkish Penal Code No. 5237 titled Crimes Against Economy, Industry and Trade. The content of our study is based on the Turkish Penal Code No. 5237, and taking into account the decisions of the Supreme Court, the basic tender process, the formation of the crime, the penalties prescribed by the law and the disruptions that may arise during the process are examined. The qualified forms of the crime and the changes made within the scope of the qualified cases were examined.

Anahtar Kelimeler: Criminal Law, Tender, Bid Rigging ve Crime.

TEŞEKKÜR

Bu çalışmam sırasında; desteğini ve sevgisini benden esirgemeyen, her tökezlememde elimden tutup kaldıran, bana kendi ayaklarımın üstünde durmayı öğreten hayatımın şansı olan Annem Aynur AKPINAR ve Babam İbrahim AKPINAR’a, en zor günlerde bile sabrını ve sevgisini her zaman hissettiğim Kardeşim Eylül AKPINAR’a, yoğun çalışmaları arasında benim için değerli vaktini ayırarak, akademik birikimi ve deneyimleri ile yol gösteren tez danışmanım sayın Prof. Dr. Doğan SOYASLAN’a teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
KISALTMALAR LİSTESİ	x
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I.....	4
İHALE KAVRAMI VE GENEL OLARAK İNCELENMESİ.....	4
1.1 İHALE KAVRAMI VE TÜRLERİ	4
1.2 İHALE USULLERİ	6
1.2.1 Devlet İhale Kanununa Göre	7
1.2.1.1 Kapalı Teklif	8
1.2.1.2 Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif.....	9
1.2.1.3 Açık Teklif	10
1.2.1.4 Pazarlık.....	11
1.2.1.5 Yarışma	14
1.2.2 Kamu İhale Kanununa Göre.....	14
1.2.2.1 Açık İhale	14
1.2.2.2 Belli İstekliler Arasında.....	15
1.2.2.3 Pazarlık.....	16
1.2.2.4 Tasarım Yarışmaları	17
1.2.2.5 Doğrudan Temin	18
1.3 İHALE SÜRECİNDE UYULMASI GEREKLİ İLKELER	20
1.3.1 Saydamlık/Açıklık.....	20
1.3.2 Rekabet.....	21
1.3.3 Güvenilirlik	22
1.3.4 Eşitlik/Eşit Muamele İlkesi	23
1.3.5 Gizlilik.....	24
1.3.6 Kamuoyu Denetimi	25
1.3.7 İhtiyaçların Uygun Şartlarda Ve Zamanda Karşılanması.....	25

1.3.8 Kaynakların Verimli Kullanılması	26
1.4 İHALE SÜRECİNDEKİ YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR.....	27
BÖLÜM II.....	36
TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA	
SUÇU	36
2.1 GENEL OLARAK	36
2.2 SUÇUN MADDİ VE HUKUKİ KONUSU İLE FAİL VE MAĞDUR.....	37
2.2.1 Suçun Maddi Konusu	37
2.2.2 Suçun Hukuki Konusu.....	39
2.2.3 Fail	41
2.2.4 Mağdur	44
2.3 SUÇUN MADDİ UNSURU	46
2.3.1 Fiil	46
2.3.1.1 Hileli Davranış	47
2.3.1.1.1 İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan	
Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek	48
2.3.1.1.2 İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan	
Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak.....	49
2.3.1.1.3 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.....	51
2.3.1.2 Gizliliği Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak	52
2.3.1.3 Cebir, Tehdit Ya Da Hukuka Aykırı Davranış ile İhale Sürecine	
Katılımın Engellenmesi.....	54
2.3.1.4 İhaleye Katılanların Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yaparak	
Rekabet Ortamının Bozulmasına Yol Açmaları	56
2.3.2 Netice.....	58
2.4 SUÇUN MANEVİ UNSURU	62
2.5 SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	66
2.6 SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ	69
2.6.1 Cezayı Arttıran Nitelikli Hal	70
2.6.1 Cezayı Azaltan Nitelikli Hal	70

2.7 İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN BAZI SUÇLAR İLE MUKAYESESİ.....	73
2.7.1 Görevi Kötüye Kullanma Suçu	73
2.7.2 Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu.....	75
2.7.3 İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu	76
2.7.4 Sırrın Açıklanması İle İlgili Suçlar	77
2.7.4.1 Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması	77
2.7.4.2 Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu.....	78
2.7.5 Dolandırıcılık Suçu.....	79
BÖLÜM III	80
SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIM VE MUHAKEME	80
3.1. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	80
3.1.1 Teşebbüs.....	80
3.1.2 İştirak.....	84
3.1.3 İçtima.....	86
3.2 YAPTIRIM	91
3.2.1 Ceza.....	92
3.2.2 Güvenlik Tedbirleri	93
3.2.2.1 Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakma	94
3.2.2.2 Müsadere	96
3.2.2.3 Tüzel Kişiler Hakkındaki Güvenlik Tedbirleri	96
3.3 MUHAKEME	97
3.4 ZAMANAŞIMI.....	102
SONUÇ	103
KAYNAKÇA.....	121
ÖZGEÇMİŞ	125

KISALTMALAR LİSTESİ

CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DİK	: Devlet İhale Kanunu
E.	: Esas No
K.	: Karar No
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
M	: Madde
age	: Adı Geçen Eser
agm	: Adı Geçen Makale
s	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayısı
S	: Sayı
T.	: Tarih
ET.	: Erişim Tarihi
Bkz	: Bakınız
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Vd.	: Ve devamı
Y	: Yıl
YÖK	: Yüksek Öğretim Kurulu

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Topluma Karşı Suçlar başlığı altında bulunan ve 235. maddesinde düzenlenen İhaleye Fesat karıştırma suçudur.

Devlet kelime anlamı olarak toprak bütünlüğüne bağlı olarak siyasal bakımdan örgütlenmiş tüzel varlık olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım doğrultusunda baktığımızda devletler varlığını göçebe olarak yaşayan toplulukların bir araya gelmesi ve yerleşik bir düzen içerisinde bir arada yaşamaya başlaması ile kazanmış olup zamanla evrimleşmiş ve ilerlemiştir.

Devletler kamu kaynaklarını elinde bulundurmakta ve bu kaynakları kullanmaktadırlar. Bu sebeptir ki ellerinde bulundurmakta oldukları kaynakları harcarken doğru ve verimli kullanmak mecburiyetindedirler. Devlet sosyal refahı yükseltmek vatandaşlarının sosyal ve ekonomik çıkarlarını korumak gayesi içinde olmalıdır. Sosyal devlet anlayışı bunun bir sonucu olarak 1941 yılında Archbishop Temple tarafından kullanılmıştır. Bu anlayışa göre devlet elinde bulundurduğu kamu kudretini toplumdaki bireylere eşit mesafede kullanmalı, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine saygılı olmalı, ekonomik kalkınmaya sağlamalı, gelir dağılımında adaleti tesis etmeli ve yolsuzluk ile mücadele etmelidir.

Ülkemizde de sosyal devlet anlayışının benimsenmiş olup, Anayasamızın 2. maddesin de değiştirilemez maddeler arasında güvence altına alınmıştır.

Devletlerin ekonomik kalkınmayı sağlamasında en önemli unsurlardan biri rekabet unsurudur. Kamunun yaptığı ve yapacağı harcamalarda doğru rekabetin sağlanamaması yaşanabilecek yolsuzlukların önünü açacak, devletin ve toplumun zararına sebebiyet verecektir.

Kanun koyucu yaşanabilecek bu zararların önüne geçilebilmesi, rekabetin doğru uygulanması, kamu kaynaklarının verimli olarak harcanması ve kamunun işlemlerini yapmak için görev ve yetkiler verdiği kamu görevlilerinin kendi çıkar ve hesaplarına kullanmamalarını sağlamak için Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçları düzenlemiştir.

Devlet, kamu kaynaklarını doğru kullanmak için, en iyi mal veya hizmeti en uygun bedel ile en uygun zamanda temin etmek ister bu sebeplerle de çalışmamızın konusunu oluşturan ihale usullerini kullanır.

Kanun koyucu, ihale usullerinin kullanılmasında yaşanabilecek aksaklıkları öngörülerek suç oluşturabilecek fiilleri müeyyidelere bağlamış bu şekilde fiiller yönünden caydırıcılık kazandırmaya çalışmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçu başlığıyla karşımıza çıkan bu yaptırımlar hangi durumlarda suça konu ile alakalı olarak hukukun koruduğu değerlerin dışına çıkıldığını göstermiş ardından bu durumlarda uygulanabilecek cezayı tayin etmiştir.

Konunun uygulama anlamında işlerliğinin sağlanması, kavranması açısından özel kanun hükümleri bunlara dayanarak yönetmelikler de çıkarılmıştır. İhaleye fesat karıştırma suçu hem ceza hukuku hem de idare hukuku anlamında da büyük bir öneme sahip olup toplumu, ekonomiyi, sanayiye ve ticareti en derinden etkilemektedir. Bu açıdan hem toplumu oluşturan tüm bireyleri hem devleti hem de tüzel kişileri ilgilendirmektedir.

İhaleye Fesat Karıştırma suçunu incelediğimiz bu çalışma üç temel kısımdan oluşmaktadır. İlk bölümde, ihale kavram olarak incelenmekte ve bu kavramla birlikte ihalenin yapılaş usulleri, usullerin doğru uygulanamamasının yol açacağı sorunlar ve bu ihalelerde uygulanacak temel ilkeler irdelenecektir. Ayrıca bu bölümde ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışlar incelenecek olup, ihale ve ihaleye fesat karıştırma suçunun özü temel olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, ihaleye fesat karıştırma suçu, maddi konusu, hukuksal konusu, failinin belirlenmesi ve mağduru yönünden incelenecek olup suçun maddi unsuru kanunda sayılı olan seçimlik haller açısından değerlendirilecek olup fiilin neticesi ve manevi unsuru açıklanmaya çalışılacaktır.

Akabinde hukuka uygunluk hallerinin uygulanabilirliğinin olup olmadığı ve nitelikli halleri ile incelenecek akabinde bazı suç tipleri olan Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, İş ve Çalışma Hürriyetinin ihlali, Sırrın

açıklanması ile ilgili suçlar, dolandırıcılık ve Tehdit ve Cebir suçları ile mukayese edilecek, ihaleye fesat karıştırma suçunun varsa bu suçlar ile ortak özellikleri ve ayrıldığı noktalar incelenecek olup suç Türk Ceza Kanunu nezdinde daha detaylı olarak ele alınacaktır. Kanunun düzenlemesinde yer verdi seçimlik haller ve seçimlik hallerin taşıdığı özellikler anlatılmaya çalışılacaktır. Nitelikli hallerin incelendiği kısımda 11.04.2013 tarihli Kanun kapsamında yapılmış değişiklik sonucu cezayı arttıran ve azaltan nitelikli haller incelenecek bu kapsamda zarar kavramının suç bakımından yeri saptanacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümde ise son olarak, İhaleye Fesat Karıştırma suçu özel görünüş şekilleri bağlamında teşebbüs, gönüllü vazgeçme, iştirak ve içtima yönünden inceleme yapılacak olup, çalışmamızın konusu olan suç yönünden teşebbüs ya da gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı, hangi hallerde iştirakin mümkün olacağı ve suç kapsamında içtima hükümlerinin uygulanmasının nasıl olacağı açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra suça uygulanacak olan ceza, yaptırım ve güvenlik tedbirleri anlatılacaktır. Akabinde bu suç için uygulanacak soruşturma ve kovuşturma usulü, suçun şikayete ve uzlaştırmaya tabi olup olmadığı incelenecek, bu incelemeler sonucunda görevli ve yetki mahkemenin tespiti sağlanacaktır. Son olarak da İhaleye Fesat Karıştırma suçu yönünden değişiklik öncesi ve sonrası süreler göz önüne alınarak zamanaşımı olgusu incelemek suç tüm yönleri ile ele alınacaktır.

BÖLÜM I

İHALE KAVRAMI VE GENEL OLARAK İNCELENMESİ

1.1 İHALE KAVRAMI VE TÜRLERİ

Türk Dil Kurumunun tanımına göre ihale kavramı, “İş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma.”¹ olarak tanımlanmaktadır.

Hukuki yönden ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu² tanımlar başlıklı 4. maddesinde ihale kavramını,

“Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler”

olarak tanımlamıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun³ tanımlar başlıklı 4. maddesinde de,

“Bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade etmektedir.”

şeklinde ihale kavramı teknik olarak tanımlanmıştır. Hukuki ve sözcüksel tanım ışığında bize göre ise ihale kavramının, topluma karşı görevlerini yerine getiren idarenin, bu görevi yerine getirirken duyduğu ihtiyaca binaen mal ve hizmetleri başkaca istekli⁴lerden karşılaması olarak tanımlamak doğru olacaktır.

¹ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 14.07.2023

² 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, RG, 10/9/1983, Sayı 18161, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2886&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, ET. 18.05.2023

³ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, RG, 22/01/2002, Sayı 24648, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4734&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, ET. 18.05.2023

⁴ KİK m.4/e : “istekli: Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini veya kendisiyle çerçeve anlaşma imzalanan gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdıkları iş ortaklığını ifade eder.”

İhale türlerini üç ana temelde, konularına göre değerlendirebiliriz. Bunlar yapım işi ihaleleri, mal alımı ihaleleri ve hizmet alımı ihaleleridir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tanımlar başlıklı 4. maddesi bu mal kavramını, *“Satın alınmış olan ihtiyaca dair tüm maddeler ile niteliği taşınır ya da taşınmaz olmasına bakılmaksızın bütün mal ve haklar”* şeklinde hizmet kavramını ise,

“Bakımı ve onarımı, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri”

şeklinde ve yapım kavramını,

“Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini”

şeklinde tanımlamıştır.

İhalenin, idarenin topluma karşı görevini ifa ederken kullanılan bir araç olmasından dolayı amaç kamuya gelir kazandırmak, kamu ihtiyaçlarının doğru ve tam karşılanmasını sağlamak ve karşı tarafın objektif olarak belirlenerek en uygun sözleşmenin imzalanmasıdır. En doğru istekli ile en doğru anlaşmanın imzalanarak bu durumun sonucunda iyi hizmet ve malın, en doğru bedel ile en uygun zamanda kazanımı mümkün olacaktır⁵.

Ülkemizde uygulanmakta olan ihale sistemi iki ana kanun üzerinde kurulu olup 4734 sayılı KİK kamunun alımlarını düzenlemekte, 2886 sayılı DİK ise kamunun kaynak harcamasına yönelik işlemleri ve kaynak kazandırıcı işlemlerin usullerini belirlemektedir⁶. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere kamu,

⁵ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN (2014), *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.16.

⁶ Gürsel ÖZKAN (2014), *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.47.

“kamu nam ve hesabına yapılan satıma ve/veya kiralamaya yönelik olan işlemlerinde bedel arttırım, mal veya hizmet alımları ve kiralama gibi işlemlerde bedel eksiltme” esası uygulanacaktır⁷.

1.2 İHALE USULLERİ

İhale usulleri ve ilgili kanunlar ile amaçlanan, harcanan kaynaklar ile ihtiyaçların uygun koşullarda ve en uygun zamanda karşılanmasını sağlamaktır.

İhale süreçlerinin verimli olarak yerine getirilebilmesi için, ihale sürecinde yer almak isteyen isteklilerin katılımına açık şekilde rekabetin sağlanması, ihale sürecinin tüm aşamalarında da saydamlığın, güvenilirliğin ve hesap verilebilirliğin egemen kılınması, ön planda tutulması gerekir⁸.

Kamu istediği mal ve hizmetleri karşılamak için ihale usulünü kullanır. Kamu için yapılacak ihaleler önceden kanunda belirlenmiş bazı usul ve şekillere göre yapılmaktadır. İhale süreci yaşamadan kamu için ve kamu adına alımı yapılabilecek mal ve hizmetler KİK’in 3. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Bu madde kapsamı dışında bulunan diğer mal ve hizmet alımlarında kanunda sayılı usullere rivayet edilecektir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun⁹ 235. maddesinin uygulanması için her ne kadar ihalenin KİK veya DİK’e göre yapılmış olması gerekmesi de kamu hukukunda TCK m.235’te sayılan kurum ve kuruluşların ihalelerinin büyük çoğunluğu KİK veya DİK’e tabi olarak yapılmaktadır¹⁰. Türk Ceza Kanunu’nun belirlemiş olduğu yaptırımların konularını oluşturmakta olan ihaleler, bir malın ya da hizmetin alınmasına, satılmasına veyahut kiralamasının yapılmasına dair yapım işleri ile ihaleler olarak belirlenmiştir.

İhale usulünün belirlenmesi, belirlenen bu usule uygun sürecin sürdürülmesi ve sonuçlandırılması doğrudan doğruya ihaleye fesat karıştırma suçuna sebebiyet

⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ (2021), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.7770.

⁸ Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU (2014), “İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend Açık İhale Usulünün Terki Pazarlık Yoluyla İhale Usulünün Keşfi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.2014/115, Ankara, s. 128, <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-115-1427>, ET. 19.05.2023.

⁹5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG, 12/10/2004, Sayı 25611, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>, ET. 05.04.2023

¹⁰ Behiye EKER KAZANCI (2011), *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.33.

vermesi bile, fesat olarak belirlenen eylemlerin çoğunluğu bu süreç içerisindeki kuralların ihlal edilmesi sebebiyle oluşmaktadır¹¹.

İhale usullerini düzenleme alını buldukları kanunlara göre ayıracak olursak bunlar; 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'dur.

İhale usullerinin uygulanmasında işin niteliğine ve özelliklerine göre kanunun belirlemiş olduğu hükümler doğrultusunda hangi usulün uygulanacağına idare karar verecek olup, usullerden hangisi uygulanırsa uygulansın idare ihaleyi kamu adına en uygun olan koşulla sonuçlandıracaktır¹².

1.2.1 Devlet İhale Kanunu'na Göre

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 01.01.1984 yılında yürürlüğe girdiğinden beri uygulanmakta olup kamunun giderine sebep olmayarak ve kamu için gelir sağlama amacıyla satım, kiraya verme ve trampa gibi sözleşme yöntemleri ile uygulanmaktadır.

Devlet İhale Kanunu'nun 35. maddesine göre,

“Kanun kapsamında bulunan işlerin ihale süreçlerinde kapalı teklif usulünün kullanılması, belli istekliler arasında kapalı teklif usulünün uygulanması, açık teklif usulünün uygulanması, pazarlık usulünün veya yarışma usulünün uygulama alanı bulabileceği kanun ile sınırlı olarak sayılarak hüküm altına alınmıştır”¹³.

DİK genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin ihale işlemlerini düzenlemekte olup madde kapsamında sayılmayan kurum ve kuruluşlar yönünden uygulanmamaktadır. Genel bütçeli kurumlar, her yıl Bütçe Kanun'unun A cetvelinde belirlenen kurumlardır. (örneğin TBMM, Sayıştay, Adalet Bakanlığı, Cumhurbaşkanlığı vb.)

Katma Bütçeli kurum ve kuruluşlar, giderleri özel gelirlerle karşılanan ve genel bütçe dışında olan kurumlardır. (örneğin Vakıflar Genel Müdürlüğü, YÖK)

Özel bütçeli idareler ise özel bütçeye sahip bulunan ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun¹⁴ 2 sayılı cetvelinde yer alan kamu idareleridir.

¹¹ Çetin ARSLAN (2017), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Yedinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.37.

¹² Nurdoğan ÜNAL ve Mesut EROL (2016), *Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devler İhale Kanunu*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.171.

¹³ Danıştay 10. Dairesi 15.05.2003 tarih 2003/259 E. Ve 2003/1768 K. sayılı kararında “Devlet İhale Kanunu'nun 35. Maddesinde sayılan usuller dışında başkaca bir ihale usulünün olmadığına ve emanet usulünün (md.81) bu kapsamda bir ihale usulü olarak kabulünün mümkün olmadığına karar vermiştir.”

¹⁴ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, RG, 24/12/2003 Sayı : 25326, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5018&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, ET. 08.06.2023

İl özel idaresi 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun¹⁵ 3. maddesine göre;

“İl halkının mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişisidir.”

Belediye, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun¹⁶ 3. maddesine göre;

“Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişisidir.”

1.2.1.1 Kapalı Teklif

Kapalı teklif usulüne uygulanacak süreç 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 37.- 43. maddeler arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre teklifler yazılı olarak yapılmakta olup teklif edilen bedelin gizliliği temel ilkedir.

Kanunun 37. maddesine göre teklifin hazırlanmasında öngörülen usul,

“Teklif mektubu, bir zarfa konularak kapatıldıktan sonra zarfın üzerine ihaleye katılmak isteyen isteklinin adı, soyadı ve tebligata esas olacak açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır veya mühürlenir. Hazırlanmış olan iş bu zarf geçici teminata ait alındı veya banka tarafından verilmiş olan teminat mektubu ve istenilen diğer belgelerle beraber ikinci zarfa konularak kapatılır. Hazırlanmış olan bu 2. zarfın dış kısmı üzerine katılmak isteyen isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi ve teklifin hangi işe ait olduğu yazılır.

Teklif mektupları katılmak isteyen istekli tarafından imzalanmalı ve bu mektuplarda şartname ve şartname eklerinin tamamının okunup kabul edilmiş olduğunun beyan edilmesi, teklif edilmiş bulunan bedelin de rakam ve yazı şeklinde açıkça bulunması zorunluluğu hasıldır. Bu şartlardan birine uygun olmayan veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddedilecek olup hiç yapılmamış sayılacaktır.”

Tekliflerin verilmesi konusunda da kanun ayrıntılı bir düzenlemeye gitmiş olup usulü kanunun 38. maddesinde,

“Teklifler ilanda belirtilmiş olan saate kadar, sıra numaralı alındılar karşılığında komisyon başkanlığına verilir. Alındı numarası zarfın üzerine yazılır. Teklifler iadeli

¹⁵ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, RG, 04/03/2005 Sayı : 25745, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5302.pdf>, ET. 08.06.2023

¹⁶ 5393 sayılı Belediye Kanunu, RG, 13/07/2005 Sayı : 25874, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5393&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, ET. 15.06.2023

taahhütlü olarak da gönderilebilir. Bu takdirde dış zarfın üzerine komisyon başkanlığının adresi ile hangi işe ait olduğu, ihaleye katılmak isteyen isteklinin adı ve soyadı ile tebliğe yarar açık adresi yazılır. Posta ile gönderilecek tekliflerin ilanda belirtilmiş olduğu saate kadar komisyon başkanlığına ulaşması gerekmektedir. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir. Komisyon başkanlığına verilen teklifler herhangi bir sebeple geri alınamaz.”

şeklinde belirlemiştir.

Kapalı teklif usulünün uygulanmasında Kanun kapsamında belirlenmiş olan usul doğru uygulanmaz ve gizlilik ile rekabet dengesi bozulur ise yürütülen ihale sonucunda sözleşmenin imzalanması sakıncalı olup gözetilmesi gereken kamu yararına aykırılık teşkil etmektedir¹⁷.

Bu usulün en belirgin özelliği, ihaleye katılım konusunda katılmak isteyen tüm ilgililer yönünden ihalenin aleni olması ve bunun yanı sıra süreç içerisinde yapılacak olan tekliflerin idare ve isteklilerden gizli tutulmak sureti ile verilmesidir¹⁸.

2886 sayılı DİK kapsamında bulunan işlerin ihale süreçlerinde kapalı ihale usulünün uygulanması esastır. Bu durum 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 36. maddesinde hükme bağlanmıştır. Özel bir atıf veya düzenleme bulunmayan hallerde bu usul uygulanacaktır¹⁹.

Kanunun temel usul olarak kapalı teklif usulünü öngörmekteyse de Kanun kapsamında şartların sağlandığı durumlarda diğer ihale usulleri de uygulanabilmektedir.

1.2.1.2 Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif

Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 44. maddesinde;

“Uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler,

¹⁷ “...ihaleye katılan 65 firmaya ait teklif mektuplarından 17 tanesinde aynı yazı ve karakterin bulunması ve aynı kişiler tarafından hazırlandığı hususu uzmanlarca hazırlanmış olan raporda teyit edilmiş olup ihalede usulsüzlük yapılmış, gizlilik ve rekabet engellenmiş olduğundan sözleşmenin tescili mümkün değildir...” (Sayıştay Daireler Kurulu 07.02.2001 Tarihli 1058/1 K.)

¹⁸ Çetin ARSLAN 2017, age. s. 39.

¹⁹ Mehmet Reis KOCA (2014), *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.28.

akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi; diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir.”

“Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde Cumhurbaşkanınca bu hususta ayrıca karar alınması şarttır. Bu madde hükümlerine göre yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması zorunludur.”

şeklinde düzenlenmektedir. Usulün uygulanacağı işler kanunda detaylı olarak sayılmakta ve uzmanlık gerektirmektedir. Kanunun tanımından da anlaşılacağı üzere belli istekliler arasında kapalı teklif usulünü, kapalı teklif usulünden ayıran en önemli husus konusu gereği uzmanlığı gerektirmesinden dolayı herkesin katılımına açık bir ihalenin söz konusu olmamasıdır.

Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde işin niteliği ve gerektirdiği uzmanlık sebebi ile davet edilen firmaların teknik yeterlilikte olmaları ve bu yeterliliğin idarece kabul görmüş olması yani ihaleye konu iş ile ilgili olarak uzmanlık, deneyim, teknik ve mali açıdan güçlü olan yükleniciler arasından seçim yapılması öngörülmektedir²⁰.

1.2.1.3 Açık Teklif

Açık teklif usulü 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 45.- 49. maddeler arasında ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Kanunun 45. maddesi,

“Alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihalelerin açık teklif usulü ile yapılabileceğini” öngörmektedir.

Kanun yapılmasını zorunlu olarak düzenlememiş olup bu husus da takdir yetkisini idareye bırakmıştır.

Açık teklif usulüne göre ihale isteklilerin tekliflerini komisyon önünde şifahen ifade ettikleri ihale türüdür. Fakat kanun sözlü başvuruyu kesin olarak düzenlememiş olup kanunun 46. maddesinde,

²⁰ Çetin ARSLAN 2017, age. s. 39.

“İhaleye katılmak isteyen istekliler ihale makamınca ilanda belirtilmiş olan ihale saatine kadar ihalenin yapılması hususunda belirlenmiş olan komisyon başkanlığına ulaşmış olmak şartı ile kanunun 37. maddesinde düzenlenmiş hükümlerine uyacak şekilde düzenlemiş oldukları tekliflerini posta yöntemiyle iadeli taahhütlü bir mektupla da gönderebilirler. Teklifin sahibinin yapılmakta olan ihalede hazır bulunmadığı durumlarda posta ile iadeli taahhütlü mektupla gönderilmiş olan teklif son ve kesin teklif olarak kabul edilecektir.”

Şeklinde bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir.

İstekliler bu ihale usulünde birbirlerinin tekliflerinden haberdar olmaktadır.

Kanun’un 47. maddesine göre,

“...teklifler yapıldığı sırada, yapılan indirim veya artırımların işi uzatacağı anlaşılırsa; isteklilerden komisyon huzurunda son tekliflerini yazılı olarak bildirmeleri istenebilir. Daha önce ihaleden çekilmiş olanlar bu durumda yazılı teklif veremezler.”

Devlet İhale Kanunu’nun 49. maddesine göre açık teklif usulüyle yapılan ihalelerde istekli çıkmaması ya da yapılan ihalede çıkmış olan isteklilerin son tekliflerinin veya ihale şartlarında öngörülmüş olan belgelerinin uygun görülmemesi halinde, yeniden aynı usul ile ihale açılarak veya idare yararı görüldüğü takdirde, ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde iş 43. maddenin 2. fıkrasında öngörülmüş olan esaslar dahilinde pazarlıkla yaptırılabilmesi düzenlenmiştir.

1.2.1.4 Pazarlık

Pazarlık usulü 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 50. maddesinde ve pazarlık usulü ile yapılabilecek işler ise aynı kanunun devam eden 51. maddesinde sayılmıştır.

Pazarlık usulünün uygulanmasında kanun şekil şartı öngörmemiş olup, bu usul komisyonun ihaleye sebep olan konunun niteliklerine ve bu niteliklerin gerekliliklerine göre istekliden sözlü teklif alınması veya yazılı şekilde teklif alınması şeklinde ve karşılığı bir miktar olacak şekilde anlaşmak suretiyle yapılacağını öngörmüştür. Bu anlamda usulün şart olarak öngörmekte olduğu tek durum usule konu pazarlığın hangi suretle yapıldığı ve bu usulün uygulanmasında nasıl tekliflerde bulunulduğu ve üzerine ihale yapılanların neden dolayı tercih edildiği pazarlık kararında gösterilmesidir.

Kanun 51. maddesinde bu usulün uygulanabileceği işleri sınırlı olarak sayma yolu ile belirlemiştir. Buna göre;

“a) Yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dahil) ve nitelikleri itibariyle her yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, bu Kanunun 1 inci maddesinde gösterilen işler, b) Silahlı Kuvvetlerin manevra ve planlı tatbikatlarının gerekliliği halinde ve ivedi olarak temin edilmesi zorunlu her türlü ihtiyaçları; Silahlı Kuvvetler için Genelkurmay Başkanlığınca, güvenlik kuvvetleri için İçişleri Bakanlığınca tespit edilecek özel durumlardaki her türlü ihtiyaçları ve taşıma işleri, c) Önceden düşünülmesi mümkün bulunmayan ani ve beklenmeyen durumların ortaya çıkması üzerine ivedi olarak yapılması zorunluluğu bulunan, kapalı veya açık teklif usullerinin uygulanması için yeterli ve gerekli süre bulunmayan işler; diğer ihale usulleriyle temin edilemeyeceği açıkça belli olan işler; bilgisayar alımı, kiralınması, bakım ve onarımı; her çeşit araç ve gerecin yetkili servislerine yaptırılacak periyodik bakım ve onarımları; yedek parça ve lastik alımları, d) 29. maddeye göre ihalenin yapılmaması veya sözleşmenin bozulması nedeniyle, yeniden yapılacak ihalelerin sonuçlandırılmasına kadar geçecek süre içindeki ihtiyaç maddelerinin alımı, e) 43. ve 49. maddeler uyarınca, pazarlık usulüyle sonuçlandırılacak işler, f) İdarelerin, müştereken veya iştirak halinde sahibi bulundukları taşınmaz mallardaki paylarının paydaşlara kiraya verilmesi, g) Kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen, Devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralınması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralınması ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, h) Hazinesinin veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki baraj, dalyan, voli yerleri, göller, havuzlar, nehirler ve nehir ağızlarındaki av yerleri ile deniz ve iç sularda belirlenmiş yerlerdeki su ürünleri üretim hakkının, 22.3.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa göre Tarım ve Orman Bakanlığınca kiraya verilmesi, i) Özellikleri nedeniyle belli isteklilere yaptırılmasında yarar görülen her türlü hizmet, eğitim, araştırma, etüt ve proje, planlama, müşavirlik, keşif, harita, fotoğraf, film, baskı, sergileme, kontrol, muayene işleri ile teknik, fikri ve güzel sanatlarla ilgili çalışmayı gerektiren diğer işler, j) Para, tahvil, senet, pul, altın, gümüş, mücevher gibi kıymetlerle, güzel sanatlarla ilgili veya tarihi değeri bulunan eşyanın özel ambalaj, koruma, sigorta ve taşıma işleri, k) Çabuk bozulan, saklanması tehlikeli olan, saklama giderleri değerine veya beklemeden doğacak yararına oranla yüksek bulunan malların satımı, l) Tek kişi veya firma elinde bulunan taşınır mal, hak ve hizmetlerle, belirli taşınmaz malların alımı veya kiralınması, m) Ordu binek ve yük hayvanları ile damızlık olarak veya aşı, serum üretmek veya kontrol ve araştırma işlerinde kullanılmak üzere hayvan alımı, n) Milli Güvenlik nedeniyle gizli tutulması

zorunluluğu Cumhurbaşkanınca kabul edilen işler, o) Hazineye mal edilmiş batık gemiler ile denize düşmüş malların çıkarılması, p) Özellikleri nedeniyle yabancı ülkelerden sağlanması zorunlu olan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri.”

olarak sayılmıştır.

Bu usulün en önemli özelliği, teklif alınmasında belirli bir şekil şartının bulunmaması ve işin niteliğine göre bir ya da daha fazla istekliden yazılı veya şifahen teklif alınması ve bedel olarak belirlenmiş miktar yönünden anlaşılabilir yapılmıştır²¹. Pazarlık usulü, geçici teminatın alınmasında idareye tanıdığı serbesti ile diğer ihale türlerinden farklılık göstermektedir.

İdare 51. madde kapsamında bulunan durumlardan dışında başka bir durumun varlığı halinde pazarlık usulüne başvuramaz.

Kapalı ve açık teklif usulleri idarenin uygun şartnameler hazırlayarak, katılım sayılarının yüksek olduğu ve katılıma bağlı olarak rekabetin sağlandığı, işin geçici teminat ile güvence altında bulunduğu idarenin doğru rekabet ile en avantajlı istekliyi seçtiği usullerdir buna rağmen bu usulünde tek istekli olabileceği gibi fazla istekliden de hiçbir şekil şartı bulunmaksızın teklif alınmakta olup ilan ve geçici teminat gibi koşullar bulunmamaktadır²².

Göstemiş olduğu farklılık, çabukluk ve tanıdığı serbesti yüzünden kanaatimizce pazarlık usulü ihale sürecinin tam olarak doğru rekabet ve açıklık ile yürütülmesine imkan vermemektedir. Açık hale usulüne tabi olmasına rağmen belli başlı çıkarlar sebebiyle pazarlık usulünün tanımış olduğu serbestinin kullanılması ve ihalelerin bu yöntem ile yapılması sonucunda devlete olan güvenin sarsılması ve kamu kaynaklarının doğru ve verimli kullanılıp kullanılmadığının denetiminin zorlaşması söz konusudur. Bu sebeple ihale usullerinin uygulanmasında asıl olan yöntemlerin uygulanması pazarlık usulü ihalelerin ise istisnai olması elzemdir.

Türk Ceza Kanunu kapsamında temel olanın açık hale usulü olmasına rağmen temel usul yerine pazarlık usulünün uygulanması ya da uygulanmaması hususunda yaptırım düzenlenmemiş olup bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.

²¹ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT (2013), *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları 6459 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Işığında*, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.26.

²² Nurdoğan ÜNAL ve Mesut EROL 2016, age. s.202.

1.2.1.5 Yarışma

İdarenin en uygun istekliyi bulmakta uygulayacağı esas usul kapalı teklif usulü olmakla birlikte kanun bazı durumlarda bu usulleri yeterli bulmayarak farklı bir düzenlemeye gidebilmektedir.

Pazarlık usulü, 2886 sayılı DİK 52. maddesinde bu sebep ile düzenlenmiştir.

Bu usulün uygulama alanı bulacağı işler, *“her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işler”* olarak gösterilmiş olup, bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya pazarlık ile ihale edilebilir²³.

1.2.2 Kamu İhale Kanunu’na Göre

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu, kamunun harcama yapmasını gerektiren mal veya hizmet alımlar, danışmanlık ve yapım işlerini kapsamaktadır.

Bu Kanun kapsamında bulunan ihale usulleri kanununun ikinci kısım birinci bölümünün 18. maddesine göre, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve açık ihale usulü olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır.

1.2.2.1 Açık İhale

Açık ihale usulü, 4734 Sayılı KİK’in 5. Ve 19. maddesinde düzenlenmiştir²⁴. 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde bulunan düzenlemeye göre, *“Yapılacak olan ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir.”*

Eş bir anlatımla, kanun ayrıca bir düzenlemeye yer vermediyse, bütün ihaleler bu usuller ile yapılacaktır. Teklif ve değerlendirme aynı zamanda yapılmakta olup teklifler, bütün istekliler arasında sözlü değil yine kapalı teklif mektubu ile verilen zaman içerisinde ilgili idareye sunulması ile gerçekleşir.

Açık ihale usulü 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında temel usul olarak öngörüldüğünden açık ihale usulü haricinde bir ihale usulünün uygulanması halinde bu usulün uygulanma gerekçesinin belirtilmesi gereklidir²⁵.

Kanunun 19. maddesine göre, bu usulde, isteklilerin teklif verebilmesi konusunda bağlayıcı bir kural bulunmayıp, her istekliye teklif verme hakkını

²³ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.26.

²⁴ 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m. 5: *“Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir.”*

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m. 19: *“Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür.”*

²⁵ Ramazan ARITÜRK (2021), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.44.

tanımlanmaktadır. Bu durum istekli sayısının fazla olmasından dolayı rekabeti geliştirse de ihalelerin uzamasına neden olarak idarenin ihtiyacı uygun zamanda karşılanmasının önünde engeldir.

1.2.2.2 Belli İstekliler Arasında

Belli istekliler arasında ihale usulü, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme;

“...yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi neticesinde ihaleyi gerçekleştirecek olan idarece davet edilen isteklilerin teklif vereceği bir usuldür. Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir. ...10. maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.

Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40. maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir.”

şeklindedir.

Bu ihale usulü 4734 Sayılı Kanun'un 5. maddesine göre ön görülen temel usullerden biri olup, açık ihale usulü ile isteklilerin davet edilmesi sürecindeki “ön yeterlik değerlendirme” hususunda ayrılmaktadır.

Bu ihale usulü, DİK’de düzenleme bulan belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile benzerlik gösteriyor olsa da “ön yeterlik değerlendirmesi” özelliği ile bu usulden farklıdır²⁶.

Ön yeterlik değerlendirmesi yaparak isteklileri belirlemek, uygun isteklilerin ihaleye katılımını sağlarken, diğer isteklilerin katılımının önünde engel yaratarak, açık ihale usulünde yaratılan ve ihale sürecinin temelini oluşturan rekabet ortamından uzaklaştıracaktır.

Rekabet ortamının zedelenmemesi için kanun, “aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir” hükmü ile önlem almaya çalışmıştır.

1.2.2.3 Pazarlık

Pazarlık usulü 4734 Sayılı KİK’in 21. maddesinde düzenlenmiştir. İhalede pazarlık usulünün uygulanabilmesi için kanunda belirlenmiş hallerin bulunması zorunlu unsur olup bu hallerin neler olduğu da kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. Kanun’un 21. maddesine göre pazarlık usulü ihaleler;

“a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması. b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması. c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması. d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması. e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi.”

durumlarında uygulanabilmektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere genel kabul açık ihale usulünün uygulanması olup, açık ihale usulünün uygulanmadığı durumlarda pazarlık usulü uygulama alanı bulacaktır.

Kanunda belirlenmiş hallerde kullanım alanı bulabilen, iki bölümlü olarak gerçekleşen, idarenin ihale konu edilen işin teknik yönlerini, meydana getirme

²⁶ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.29.

şekillerini ve bazı durumlarda bedeli ihaleye katılan istekliler ile müzakere ettiği usuldür²⁷.

Pazarlık usulünün uygulama alanı bulabilmesi için 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddede yer alan sebeplerden hangisine dayanılarak bu ihale yönteminin tercih edileceğinin, tercih edilme sebepleri ile idare tarafından düzenlenecek olan onay belgesinde gösterilmesi gerekmektedir²⁸.

İdarenin, ihaleyi bu usulü ile gerçekleştirebilmesi için, madde metninde bulunan şartların sağlanması zorunlu unsurdur. Kanun metninden de anlaşıldığı üzere pazarlık usulü ile işin ihale edilebileceği haller istisna olup işin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun mevcut olması ya da özel durumların söz konusu olması gereklilik arz etmektedir²⁹. Pazarlık usulünün uygulanması hususundaki görüşlerimiz Devlet İhale Kanunu kapsamında incelenmiş olup tekrara düşmemek açısından yinelenmemiştir.

1.2.2.4 Tasarım Yarışmaları

Tasarım yarışmaları ihale usulü olarak sayılmamış olmasına rağmen 4734 Sayılı KİK'in 23. maddesinde,

“İdareler gerekli buldukları mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge plânlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plân veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilân yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilir.”

şeklinde düzenlenmiştir.

Konusu genellikle sanatsal işlerden oluşsa da kamunun yararı gözetilerek ihale süreçlerinde uygulanacak açıklık, rekabet, eşitlik ve güvenilirlik gibi ilkelerin uygulanmasından ve idarece gözlemlenmesinden kaynaklı olarak kanunda yer bulmuştur.

²⁷ Volkan SIRABAŞI (2013), *Kamu İhalelerinde Dava Süreci*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.48.

²⁸ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.27.

²⁹ “27.09.2010 tarihinde pazarlık usulü ile yapılmış olan Gebze İleri Teknoloji Enstitüsü Rektörlük idari binasının sel felaketi dolayısıyla hasar alması ve binalarda bulunmakta olan hasarın yapımına ilişkin ihalesinin iptali talebi ile açılan davada, ... sel felaketi nedeniyle hizmetin yürütülebilir nitelikte bulunmadığı ve yapının bulunduğu konum sebebiyle de sel felaketinin yaşanma ihtimalinin yüksek olduğu ... hususları incelendiğinde eğitim öğretim hizmetlerinde aksaklık yaşanmaması için ihaleye konu edilmiş olan yapının yapılması... hususunda ivedilik bulunduğu anlaşılmakla 21. Maddenin b bendindeki şartların gerçekleştiği kararı verilmiştir.” (Ankara 4. İdare Mahkemesi 09.02.2011 tarih ve 2010/2974 E. (yürütmeyi durdurma) Ve Kamu İhale Kurulunun 17.03.2011 tarih ve 2011/MK-60 sayılı Kararı) <https://www.lexpera.com.tr/>, ET. 11.02.2023

1.2.2.5 Doğrudan Temin

Doğrudan temin 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesinde 10 bent halinde sınırlı olarak sayılarak düzenlenmiş olup Kanun kapsamında sayılan bu bentler haricinde uygulanması mümkün değildir.

Bu usul idareye tanınan, bir temin kolaylığıdır. İhalelerde uygulanmakta olan usullerin uzun sürmesinden kaynaklı olarak idarenin ihtiyaçlara daha hızlı ulaşmasını sağlamak amacı ile uygulama alanı bulmaktadır. Doğrudan temin yönteminin, kamusal bir alım yöntemi olduğu kabul edilmekte birlikte kendine özgü özellikleri sebebi ile bir ihale yöntemi sayılmamaktadır³⁰.

15.08.2003 tarihinde yayımlanmış olan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³¹ ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 15. maddesinin kabulüne kadar Doğrudan Temin ihale usulleri arasında yer almaktaydı fakat yapılan bu kanun değişikliği ile ihale usulleri arasından çıkartılmıştır.

Doğrudan temin Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde, *“ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul”* şeklinde tanımlanmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenmekte olan bu usul tipik bir ihale niteliğinde olmadığından, çalışmamızın konusu olan Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi kapsamında bulunmamaktadır³².

Danıştay 13. Dairesinin 26.01.2015 tarihli kararı da, *“...Kanun'un 18. maddesinde ihale usulleri sayılmış olup, saymış olduğu ihale usulleri arasında doğrudan temin yöntemine, ... ihale usulleri arasında yer verilmemiştir...”* şeklinde doğrudan temin yönteminin ihale usullerinden olmadığı yönünde hüküm kurmuştur³³.

Yargıtay, bu yöntemin bir ihale usulü olmadığını, çalışmamızın konusunu oluşturan fesat karıştırma fiilinin oluşabilmesi için ihalenin kanunda öngörülmüş ve düzenlenmiş bulunan ihale usullerinden bir tanesinin gerçekleşmesi ile yapılabileceğini, bu sebeple bu yöntem ile yapılan idarenin alımlarına dair işlemlerde ortaya çıkabilecek olan hukuka aykırı fiillerin ihaleye fesat karıştırma suçu

³⁰ Cüneyd ALTIPARMAK (2013), *Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.28.

³¹ 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG 15/08/2003, Sayı 2520., <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030815.htm>, ET.22.03.2023

³² Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.31.

³³ *Danıştay 13.Dairesi, 26.01.2015 T. ve 2014/3945 E., 2015/165 K.* <https://www.lexpera.com.tr/> ET. 02.05.2023

kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır³⁴.

Yargıtayın bu yönde,

“... Dairemizin istikrar kazanmış olan uygulamaları doğrultusunda suçun sübut bulabilmesi için Kanun kapsamında düzenlenmiş... ihale usullerinden birinin varlığının gerekli olduğu fakat doğrudan temin olarak belirlenmiş olan yönteminin bir ihale usulü olmadığı, ... sadece idarece kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olduğu anlaşılmakla; sanıklara atılı ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları oluşmayacağı... hüküm kurulması” denilerek, doğrudan temin usulünde ihaleye fesat suçunun oluşmayacağına karar verilmiştir.³⁵”

Yine Yargıtay’ın benzer bir kararı,

“...doğrudan temin olarak belirlenmiş olan yönteminin bir usul olarak ihalelerde kullanılabilir olmadığı, sadece madde metninde öngörülmüş ve düzenlenmiş olan durumlarda idarelerce kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olması sebebiyle fesat karıştırma fiili ile suçun hukuki tanımında belirtilmiş olan unsurların bu anlamda oluşmayacağı...³⁶”

şeklindedir.

Kanaatimizce de ihaleye fesat karıştırma suçunun hukuki varlık kazanabilmesi için ilk olarak hukuk alanında bir ihalenin varlığı gerekmekte olup ihale usulü olarak belirlenmemiş yalnızca idarenin belli bir takım kamusal alım yöntemi olan bu sürecin suç kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Doğrudan Temin yöntemi açısından ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulanabilirliğini düşünmek en temelde ceza hukukunun temelini oluşturan prensiplerden olan kanunilik ilkesine karşı tezatlığa yol açacaktır. Bu yöntem idareye zamansal ve uygulamada kolaylık sağlasa da Ceza Kanunu kapsamında yaptırım altına alınamaması, uygulanmasında mevzuata aykırılık oluşturacak fiillerin caydırıcılığı hususunda eksiklik taşımakta ve sakıncalara yol açmaktadır.

³⁴ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.37.

³⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 28.02.2013 T., 2012/3588 E., 2013/1487 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 12.05.2023

³⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 13.02.2014 T., 2012/13725 E. ve 2014/1372 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 04.06.2023

1.3 İHALE SÜRECİNDE UYULMASI GEREKLİ İLKELER

İhale süreci, kurumca belirlenen ihale onayı vermeye yetkili kişi tarafından onayın verildiği tarih ile başlayan, sözleşme veyahut çerçeve anlaşmanın imzalanması ile son bulan süreçtir. İhale süreçlerindeki temel amaç, ekonomik olarak en avantajlı teklifin bulunmasıdır.

İhalelerin amaçlarına ulaşırken,

“saydamlık, güvenilirlik, eşitlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması gibi ilkelere uyularak rekabete dayalı bir sistem içerisinde yapılmış olması gerekmektedir”³⁷.

Bu durum 4734 Sayılı KİK Temel İlkeler başlığı ile düzenlenmiş olan 5. maddesi kapsamında da hüküm altına alınmıştır.

Danıştay da bu yöndeki, “... ihale işlemleri bakımından öncelikli olarak 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenmiş olan temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği ...³⁸” şeklindeki kararı ile bu ilkelerin ihale sürecinin doğru uygulanmasındaki önemini belirtmiştir.

İhale sürecinde uyulması zorunlu olan ilkelere 2886 sayılı DİK’in 2. maddesinde ve 4734 Sayılı KİK’in 5. maddesinde yer verilmiştir. Bahse konu bu temel ilkelere uygun davranılmaması halinde 2886 DİK ve 4734 KİK kapsamındaki ilgili hükümler ile Türk Ceza Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Fakat bahse konu ilkelerin doğru uygulanmaması her durumda çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçuna sübut vermeyecektir.

1.3.1 Saydamlık/Açıklık

Saydamlık(açıklık) ilkesi, ihalenin sürece katılmak isteyen isteklilere ve beraberinde hazır bulunan herkese açık olarak yapılması, teklifi uygun görülmeyen veya ihale dışı kalan isteklilerin istekleri üzerine, yazılı olarak gerekçesi ile teklifinin neden uygun görülmediğinin bildirilmesidir³⁹.

4734 Sayılı KİK ve 2886 sayılı DİK kapsamında bu ilkeye, ana ilke olarak yer vermektedir. Bunun yanı sıra rekabet ve eşitlik ilkeleri ile çok yakından ilgilidir.

³⁷ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.19.

³⁸ Danıştay 13. Daire, 26.05.2010 T., 2007/13697 E., 2010/4422 K. <https://www.lexpera.com.tr/>, ET. 04.06.2023

³⁹ Hatice SARITAŞ (2009), “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, *Sayıştay Dergisi*, S.73, s.52, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sayistay/issue/61529/918985>, ET. 17.02.2023.

Kamu kaynaklarının elde edilmesinde, kullanılmasında ve denetlenmesinde kamuoyunun bilgilendirilmesi ve mali saydamlığın sağlanması idarenin temel görevleri arasında bulunmaktadır⁴⁰. Bu ilke, oluşabilecek ayrımcılığın önlenmesine ve diğer ihale sürecinde uyulması gereken ilkelere katkı sağlamakla birlikte, ihale kararlarının alınmasında yaşanabilecek hukuka aykırılıkların oluşmaması için veyahut giderilmesi için imkân sağlar⁴¹.

Saydamlık ilkesinin doğal sonucu olarak ihale sürecinde ihale kurallarının idareyi bağlayacağı şekil, teknik şartname, ihale kriterleri ve değerlendirme cetvellerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Saydamlık ilkesi ile elde edilmek istenen amaç ihale süreçlerinde yaşanabilecek olan ayrımcılık, yolsuzluk, kayırmacılık, rüşvet ve gizli anlaşma gibi yaşanabilecek durumların ortaya çıkmasının engellenmesidir⁴².

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu bu ilke yönünde iki istisna öngörmüştür. Bunlar; 44. madde kapsamında düzenlenen belli istekliler arasında yapılacak ihaleler ve 50. madde kapsamında düzenlenen pazarlık usulünde ihalelerdir.⁴³

1.3.2 Rekabet

Rekabet ilkesi, ihalenin usule uygun olarak gerçekleştirilmesi hususunda en temel ilke olup aynı zamanda da eşitlik ilkesinin tamamlayıcısı sayılabilir⁴⁴. İhalenin adil şartlarda yapılmasını sağlayan bu ilke, ihalenin sonucunu hususunda önem arz etmekte olup ihale sürecinin olmazsa olmaz ilkesi olma özelliği taşımaktadır⁴⁵.

Kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması ve belli nitelikte mal veya hizmetin en uygun bedel ile elde edilmesi, rekabet ilkesinin doğru uygulanması ile mümkündür⁴⁶.

Rekabet ilkesi tanımsal olarak,

“idarenin ihale süreçlerinde doğru rekabet prensibinin oluşmasına yönelik olarak gerekli koşulları sağlaması, rekabetin önünü kesecek ve engel teşkil edebilecek tüm davranışlardan kaçınması, doğru bedelin belirlenmesinde herhangi bir müdahalenin olmaksızın serbest olarak belirlenmesi”

⁴⁰ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.20.

⁴¹ Abdullah UZ (2005), *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara, s.27.

⁴² Çetin ARSLAN 2017, age. s. 40.

⁴³ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age. s.7776.

⁴⁴ Behiye EKER KAZANCI 2011, age. s.38.

⁴⁵ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.37.

⁴⁶ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.21.

olarak tanımlanabilir⁴⁷.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde⁴⁸ düzenleme alanı bulan yasak fiil ve davranışlar da ihale sürecinde rekabet ilkesinin bir yansıması olup, rekabet ortamının doğru sağlanmasını amaçlamaktadır. Çalışmamızın konusu olan ve Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu da genellikle rekabet ilkesinin ihlal edildiği durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Türk Ceza Kanunu kapsamında bu ilke suç olarak ihaleye katılmak isteyen isteklilerin birbirleri ile gizli ve açık şekilde anlaşma yapmaları yönünde ihaleye fesat karıştırma fiilini gerçekleştirmeleri şeklinde meydana gelmektedir.

Yine benzer bir şekilde ihalelerin ilgili kanunların öngördüğü usullerde yapılması gerekli olup, bu usullerden farklı olarak yapılması da rekabet ortamının doğru sağlanamaması ve bazı istekliler aleyhine rekabet ortamının ihlali anlamına gelmektedir⁴⁹.

Sonuç olarak rekabet ilkesi kamunun menfaatinin gereği olup ihaleye çok sayıda isteklinin katılım sağlaması, hiçbir baskı unsuru olmaksızın tekliflerin verilmesi ve kamu için en avantajlı teklifin tespit edilmesi için elzem nitelik taşımaktadır fakat rekabet ilkesinin uygulamada zaman yönünden yaratabileceği aksaklık büyük bir engele yol açabilecektir. Bu sebeple ilkenin doğru uygulanması gereklilik arz etmektedir.

1.3.3 Güvenilirlik

Güvenilirlik ilkesi tanımsal olarak incelendiğinde,

“İdareler tarafından, ilan yapıldıktan sonra, ihale katılım kuralları, ihale usulü, tekliflerin türü, tekliflerin değerlendirilmesi gibi hususlarda değişiklik yapılamaması, aynı şekilde isteklilerinde tekliflerini geri alamaması yani sonradan değişiklik yapılamamasıdır.”⁵⁰

⁴⁷ Hatice SARITAŞ 2009, agm. s.52.

⁴⁸ KİK m.17: İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

“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. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır”

⁴⁹ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.73.

⁵⁰ Hatice SARITAŞ 2009, agm. s.52.

Güvenilirlik ilkesi diğer ilkelerden saydamlık ilkesi ile değerlendirildiğinde, birbirleri ile sıkı sıkıya bir ilişkileri olup birbirlerinin bir tezahürü olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Eş bir söyleyişle, ihalelerin saydamlığı güvenilirliğine ışık tutmaktadır⁵¹.

İdare tarafından uygulanacak olan ve ihale mevzuatında öngörülen hükümlerin, uygulanmasında idarenin vereceği kararda tutarlılığının bulunacağına, bu kararların kanuna aykırılık teşkil etmeyeceğine duyulan inanç güvenilirlik ilkesinin temelini oluşturmaktadır. İstekliler yönünden inandırıcılığın sağlanmadığı, güvenilirlik ilkesinin sakatlandığı bir noktada ihaleye katılım sayısı azalacak ve ihale nihai amacı olan nitelikli mal veya hizmetin en uygun bedel ile teminini sağlayamayacaktır.

İdare rekabeti ortadan kaldıran durumları engellemek ile yükümlü olup, idarenin güvenilirliğine zarar vermeden adil ve dürüst şekilde ihaleleri gerçekleştirmeli, kamuya olan güveni korumalıdır⁵².

1.3.4 Eşitlik/Eşit Muamele İlkesi

Bu ilke en temelde Anayasanın⁵³ 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitliğin bir sonucudur. Anayasanın 10. maddesine göre;

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Eşitlik veya eşit muamele ilkesi,

“ihalelerde ihale sürecine aday olanlara, müşteri olabileceklere veya katılan bütün müştehilere ihalenin her adımıyla kamu kudretini kullanmakta olan idarece adil davranılarak, şeffaf ve açık olması.”⁵⁴

⁵¹ Cevdet UYSAL (2018), “İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı:147, s.120. <https://www.jurix.com.tr/article/18066?u=0&c=0>, ET. 27.03.2023.

⁵² Behiye EKER KAZANCI 2011, age. s.36.

⁵³ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG, 9/11/1982, Sayı 17863. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, ET.05.04.2023

⁵⁴ Hatice SARITAŞ 2009, agm. s.52.

şeklinde tanımlanabilir.

Bu ilkenin temel ilkelerden biri olmasının nedeni, idarenin tarafsızlığını teminden, idareye olan güvenin sağlanmasından ve doğru rekabet ortamının kurulmasından gelmektedir.

Bu ilkeye rivayet edilmeyerek, bazı isteklilere farklı davranılarak hileli davranışlarla menfaat sağlanması çalışmamızın konusu olan ve TCK'da düzenlenen çalışmamızın konusunu oluşturan suç doğrudan sebebiyet vermektedir.

1.3.5 Gizlilik

Gizlilik ilkesi, ihale süreci başlamadan önce, idarenin belirlemiş olduğu yaklaşık maliyetin ve ilgili bütün işlemle ile isteklilerin iş ve bu iş ile alakalı tekliflerinin bütçesel ve teknik özelliklerine ilişkin bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerce öğrenilmemesini kapsamaktadır⁵⁵. Yargıtayın bu yönde,

“....ihale mevzuatına ya da şartnameler esas alınarak gizli kalması esas olan bazı belge ve bilgilere başkalarının erişiminin nasıl sağlandığı, ... 4734 Sayılı Kanun'un 61. maddesine göre ihale sürecinde görev almakta olan veya resmi bir şekilde ilişkisi bulunmakta olan fail tarafından, yaklaşık maliyet ... veya Kanunun 61. maddesine aykırılık teşkil edecek şekilde gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ihale sürecinde istekli olarak bulunan ve teklif vererek katılım sağlamakta olan firmanın yetkililerine nasıl verildiği veya bildirildiği... neler olduğu denetime imkan verecek biçimde gerekçeleriyle açıklanmak suretiyle..., azmettirmenin, yardımın kanıtlarının neler olduğu da ayrıntılı olarak gösterilmeden ... hüküm tesisi, bozma nedeni yapılmıştır.”⁵⁶

şeklinde karar mevcuttur.

Gizlilik ilkesinin kapsamına, yaklaşık maliyet olarak belirlenmiş olan miktarın gizliliği, ihale sürecinde yapılmış olan teklif ve bu teklif ya da tekliflere yönelik olarak belgeler ile bilgilerin gizliliği ile gizli kalması elzem olan bu belge ve bilgilerin ifşa edilmesi kuralı girmektedir⁵⁷.

Gizlilik ilkesi açıklık ilkesi ile anlam yönünden çelişkili bir durumda görünmekteyse de iki ilke ihale usullerinde uygulandıkları alanlar bakımından birbirleri ile çelişmemekte aksine ihale sürecinin doğru yönetilmesi hususunda

⁵⁵ Nurdoğan ÜNAL (2017), *İhale Suçları İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, s.30.

⁵⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, T. 5.4.2018, 2016/9917 E., K. 2018/2613 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 11.06.2023

⁵⁷ Asuman ÇAPAR (2020), “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), Güz, s.93. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/59978/865985>, ET. 11.04.2023.

birbirleri ile tamamlayıcı özellik göstermektedirler. Bu denge rekabetin doğru sağlanmasında kendini net bir şekilde göstermektedir. Açıklık ilkesi gereği ihale şartnamesinin herkes tarafından öğrenilebilir durumda olması rekabeti doğru yönde etkiler, tekliflerin ve/veya yaklaşık maliyetin ise gizli tutulması yine rekabet ortamının doğru sağlanması için elzemdir. Eş söyleyişle iki ilke amaç olarak aynı yöndeyken, yöntem olarak birbirlerinden farklı yöndedirler.

1.3.6 Kamuoyu Denetimi

Kamuoyu en genel tanımı ile “*Bir konuyla ilgili halkın genel düşüncesi*” şeklinde tanımlanabilir⁵⁸. İdare tarafından yapılacak olan ihalelerin gizlilik ihlal edilmeden gazete ve internet araçları ile kamuya duyurulması sürecin kamuya açık yürütülmesi kamuoyu denetiminin doğru sağlanmakta, kamu harcamaları ve harcamaların nitelikleri doğru tayin edilmektedir.

İdarenin işlemlerinde kullandığı parasal değerlerin çoğunluğu, kamuyu oluşturan vatandaşların ödedikleri vergilerden karşılandığı için, vatandaşların vergilerinin nerelere ve ne şekilde harcandığını, harcamaların doğru yerlere yapılıp yapılmadığını denetlenmesi gerekmektedir⁵⁹. Bu denetim en temelde açıklık ilkesi yakından ilgili olup gizlilik ilkesini ihlal etmeden uygulanmalıdır.

Kamuoyu denetimi ile idarenin eylem ve işlemlerinin her türlü keyfilikten uzak olarak yapılması ve kamu önünde hesap verilebilirliğin sağlanması amaçlanmaktadır.

Kamuoyu denetiminin sağlanmasında uygulanacak istisna, isteklilerin ekonomik çıkarlarına zarar verecek ve haksız rekabete yol açacak bilgi ve belgelerin kamuoyu ile paylaşılmasıdır⁶⁰.

1.3.7 İhtiyaçların Uygun Şartlarda Ve Zamanda Karşılanması

İdareler ihale süreçlerinde kamu kaynaklarını kullanmaktadırlar. Bu ilke kamu kaynaklarının mümkün olduğunca doğru ve az miktarda tüketilmesini esas almakta, kamu kaynaklarının israf edilmesini engellemek maksadı ile uygulanmaktadır.

⁵⁸ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 14.09.2023

⁵⁹ Kazım ARSLAN (2022), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, s.18. <http://acikerisim.akdeniz.edu.tr/xmlui/handle/123456789/6829>, ET. 02.11.2023.

⁶⁰ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.24.

İhtiyaçların uygun şartlarda ve zamanda karşılanması ile kastedilen, kamunun isteklerinin en uygun fiyat ve kalitede karşılanması, ihalenin ise gecikmeden ve gerektiği andan yapılmasıdır⁶¹.

Mal ve hizmet alım ihalelerinde söz konusu ilke gözetilerek, piyasa koşulları, mevsim şartları ve bunlara bağlı fiyat değişiklikleri idareyi zarara uğratmayacak şekilde doğru değerlendirilmelidir⁶². Bu ilkenin yanlış uygulanması kamu kaynaklarının yok olmasına sebep olabileceği gibi idareyi de büyük zarara uğratma riskini taşımaktadır. Benzer yönde bir ifade ile anlatacak olursak kışın kullanılabilecek bir ürünün yazın ihale edilmesi ve ihale edilen ürünün yazın kullanılmaz hale gelmesi ihaleyi yapan kurumun ürünü bir sonraki kış tekrar almasına sebebiyet verecek ve kamu kaynağı israf edilmiş olacaktır.

1.3.8 Kaynakların Verimli Kullanılması

Kaynakların verimli kullanılması; kamunun duyduğu ihtiyacın makul bedel ile uygun şekilde sağlanmasıdır. Diğer bir ifade ile,

“Kamunun sahip olduğu kaynaklarının verimli olarak kullanılması amacı ile kamunun ihtiyaçlarının tespitinin doğru olarak belirlenmesi ve mali yönden en avantajlı bedel ile alımların yapılmasıdır.”⁶³

Bu ilkenin doğru gerçekleşebilmesi, rekabet ilkesinin doğru uygulanmasına bağlı olarak rekabet ortamının sorunsuz sağlanması, düşük tekliflerin kabul edilmesi ile mümkün kılınacaktır. Fakat burada düşük teklifler değerlendirilirken gerekli niteliklerde ve kalitede olması elzemdir. Yani kaynakların verimli kullanılması doğru kalite ve nitelikteki ürünlerin ve hizmetlerin en uygun fiyatlarda alımının sağlanması ile mümkün olacaktır.

Kaynakların verimli kullanılması, belirlenen bütçeye, kanuna, konu hakkındaki tüzük ve yönetmeliklere uyulması ile sağlanacak olup bu hususta denetim yetkisi Sayıştaya verilmiştir⁶⁴.

⁶¹Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.83.

⁶²Cevdet UYSAL 2018, agm. s.121.

⁶³Hatice SARITAŞ 2009, agm. s.52.

⁶⁴Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.25.

1.4 İHALE SÜRECİNDEKİ YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR

İdarelerin kamu adına yaptıkları ihale süreçlerinde amaçlarına doğru rekabet ve idareye güvenin tam sağlandığı bir ortamda ulaşılabilmesi için yukarıda detaylı olarak incelemiş olduğumuz temel ilkeler öngörülmektedir. Fakat bu sayılı temel ilkeler tek başlarına yeterli olmayıp kanun koyucu tarafından ilkelerin doğru uygulanmasını ve ihale süreçlerinin etkin şekilde hayat bulmasını sağlamak amacıyla belli müeyyideler öngörülmüştür.

Başvurulacak bu yaptırımlar, 4734 Sayılı KİK'in 17. maddesinde ihalelerde *“yasak fiil veya davranışlar”* başlığı ile,

“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. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.”

şeklinde düzenleme alanı bulmuştur.

Bu anlamda bir diğer düzenleme 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda bulunana ve *“İhale İşlerinde Yasaklar ve Sorumluluklar”* başlıklı dördüncü bölümünün 83. maddesinde *“yasak fiil ve davranışları”* başlığı altında,

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

şeklinde düzenlenen davranışlardır.

Yine ihale sürecinde yasaklardan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁶⁵ ile 25. maddesinde “*yasak fiil veya davranışlar*” başlığı ile yasak olan fiil ve davranışlar,

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

şeklinde ifade etmiştir.

Uygulanacak olan yaptırımlar ceza yargılaması bakımından kesinlik taşımamakta olup eş bir söyleyiş ile kişiye düzenlenmiş ve yukarıda sayılmış olan Kanun maddeleri uyarınca bir yaptırım uygulanmış olsa bile, hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda Türk Ceza Kanunu kapsamında davranışının suça sübut vermediğine hükmedilebilir⁶⁶.

Kanaatimizce, her ne kadar KİK, DİK ve KİSK kanunları çerçevesinde düzenlenen ihalelerde yasak sayılan fiil ve davranışların hepsi Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil etmese de Ceza Kanununda düzenlenen çalışmamızın konusu olan ihaleye fesat karıştırma suçu ile aynı doğrultudadır.

Türk hukukunda kanunlar ihale süreçleri için farklı hukuk dallarında düzenlemeler yapmış olup, yaptırımlar öngörmüşleridir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁶⁷ 2. maddesinde, “*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*” tanımını düzenlemiş olup ihale sürecinde düzenlenmekte olan bazı yaptırımlarda bu doğrultudadır.

Düzenlemelerin bazıları Kabahatler Kanunu’na göre kabahat olarak sayılmaktayken bazıları da TCK düzenlemesi kapsamında, suç teşkil etmektedir. Bu

⁶⁵ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, RG, 22/01/2002 , Sayı 24648.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4735&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, ET.16.05.2023

⁶⁶ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.51.

⁶⁷ 5326 Kabahatler Kanunu, RG, 31/03/2005, Sayı 25772.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5326&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, ET.27.05.2023

noktada fiilin hem kabahat hem de suç olarak düzenlenmiş olması söz konusu olabilecektir. Kanun koyucu bu durumu öngörerek Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrasında,

“Bir fiil yönünde yapılmış olan düzenleme hem kabahat hem de suç yönünden ise, bu fiil için uygulanacak olan yaptırım sadece suçtan dolayı olacaktır. Fakat suç yönünden yaptırım uygulanamayan durumların varlığı halinde fiile kabahat yönünden mevcut olan düzenleme gözetilerek yaptırım uygulanacaktır.”

şeklinde düzenlemede bulunmuştur. Bu düzenlemeler yapılırken bazı yasak sayılan fiiller yönünden kanun koyucu ceza kanunu kapsamında bir düzenleme yoluna gitmemiştir. Türk Ceza Kanunu yönünden düzenlemenin yapılmaması sadece bazı fiillerin KİK, DİK ve KİSK’te yasak fiillerden sayılması bu fiiller yönünden idari yaptırım uygulanabilirliğini sağlasa da Ceza Kanunu yönünden ceza verilememektedir. Bu durum kanunda sayılan yasak fiillerin caydırıcılığı ters yönde etkilemekte olup bu fiillerin de Türk Ceza Kanunu’nda belirlenerek yaptırım altına alınması zaruridir.

BÖLÜM II

TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

2.1 GENEL OLARAK

İhaleye fesat suçu ile ilgili ilk düzenleme mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olup bu Kanun kapsamında ikili bir düzenleme söz konusudur. İlk düzenleme, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 205. ve 208. maddelerinde devlet adına yapılan alım-satımlara fesat karıştırma şeklinde ikinci düzenleme ise yine 765 sayılı TCK'nın 366, 367 Ve 368. maddelerinde devlet adına yapılmakta olan arttırma-eksiltme ihalelerine fesat karıştırma şeklindedir.

İhaleye fesat karıştırma suçu son ve güncel olarak 2005 yılında yürürlüğe girmiş olan 5237 sayılı TCK'nın “*ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar*” başlığı altında 235. madde ile düzenlenmektedir.

Fesat kavramı kelime anlamı olarak “*bozukluk, karışıklık, kargaşalık, ara bozuculuk, hile*” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁸. Ülkemizde 2023 yılının ilk yarısının istatistikleri incelendiğinde Kamu İhale Kurumu özet istatistiklerine göre 25.446 mal alım ihalesi, 10.436 yapım ihalesi ve 13.168 hizmet alımı ihalesi yapılmıştır ayrıca doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımların sayısı da toplamda 430.285dir ⁶⁹.

Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların ülkemizdeki istatistik verileri incelendiğinde; Türk Ceza Kanunu kapsamında Cumhuriyet başsavcılıklarında soruşturma evresinde gelen Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların (235-242. madde aralığı) dosya sayısı 2022 yılındaki istatistiklere göre Adalet bakanlığı tarafından 11.874 dosya, 30.618 şüpheli sayısı ve 37.575 suç sayısı olarak, soruşturma evresinde karara bağlanan dosya sayısı ise 7.010 olarak belirlenmiştir.

⁶⁸ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 16.12.2022

⁶⁹ “Kamu Alımları İzleme Raporu 2023” <https://dosyalar.kik.gov.tr>, E.T.08.02.2023

Ceza mahkemelerinde gelen dosya sayısı toplam 2.583, sanık sayısı 5.325 ve suç sayısı 6.356 olup 840 dosya, 1.496 sanık hakkında mahkumiyet, 1.027 dosya, 2.608 sanık hakkında beraat ve 151 dosya 262 sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiştir⁷⁰. Adalet Bakanlığının yapmış olduğu araştırmalar ve istatistikleri incelendiğinde çalışmamızın konusunun da içerisinde bulunmakta olduğu suçlar yönünden yüksek suç oranları söz konusudur.

Bu verilerden de anlaşılacağı üzere Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar ve çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçu toplumu yakından ilgilendirmektedir. İdarenin ihtiyaçlarını temin etmesinde ihalelerin önemi azımsanamayacak kadar fazla olduğundan kanaatimizce ülkemizde kamu alımlarında temel olarak kullanılan ihalelerde yaşanacak herhangi bir usule aykırılık ya da temel kanunlarda belirtilen emredici hükümlere aykırılık kamuyu büyük zararlara uğratabilecek olup toplumun devlete olan güvenini de derinden sarsacaktır.

Yolsuzluk kelime anlamı olarak, “*verilmiş olan bir görevin ya da bir yetkinin çıkar doğrultusunda kötüye kullanılması; usulsüzlük*⁷¹” şeklinde tanımlanmakta olup ihaleye fesat karıştırma suçu bakımında “kamu görevlisinin ihale sürecinde adam kayırması, fesat fiilini gerçekleştirmek için rüşvet olması ya da fesat fiilinin gerçekleşmesi için rüşvet verilmesi ve görevin kötüye kullanılması⁷²” yolsuzluğa neden olan fiiller olarak kabul edilebilmektedir.

5237 sayılı TCK’nın 235. maddesi hangi fiillerin çalışmamızın konusunu oluşturan suç yönünden oluşturacağını madde metninde detaylı olarak sayarak düzenlemektedir. Biz de çalışmamızda kanunun belirlemiş olduğu bu fiilleri sırası ile inceleyeceğiz.

Bu anlamda ihaleye fesat karıştırma fiili, ihalenin her safhasında oluşabileceği gibi, sürecin normal seyrini etkileyen ve bu şekilde ihalenin sahip olduğu amaca ulaşmasına engel olacak her fiildir⁷³.

Kanun 235. maddesinde bulunan 5. fıkra ile ihaleye fesat karıştırma fiilinin hangi ihaleler yönünden uygulanacağını,

⁷⁰ T.C. Adalet Bakanlığı (2022), Adalet İstatistikleri, Resmi İstatistik Programı Yayını, s.68-89. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/home/sayfadetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, ET. 15.06.2023.

⁷¹ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 12.01.2023

⁷² Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age.s.101.

⁷³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞSIZ (2020), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, On Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.916.

“kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılmakta olan 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”

şeklindeki hükmü ile belirlemiştir.

Kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı gereği sayılı ihale usulleri haricindeki ihalelere TCK 235. madde yönünden ihaleye fesat karıştırma suçundan ceza verilmesi mümkün değildir.

2.2 SUÇUN MADDİ VE HUKUKİ KONUSU İLE FAİL VE MAĞDUR

2.2.1 Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, “icra fiillerinin üzerinde gerçekleştiği kişi ya da şeydir”⁷⁴.

İhaleye fesat karıştırma suçunda maddi konu da 5237 sayılı TCK’nın 235. maddesinde nitelikleri ve özellikleri düzenlenmiş olan ihalelerdir⁷⁵.

Bu bağlamda; çalışmamızın konusunu oluşturan suç yönünden konu, sadece 4734 sayılı KİK ve 2886 sayılı DİK kanunlarında bulunan düzenlemelere tabi ihaleler olmayıp, kapsamına bakıldığında bunlar, kamunun sahip olduğu kurum ve kuruluşlar, adına yapılan mal ve hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin tüm ihalelerdir⁷⁶. Bu bakımdan suçun konusunu oluşturacak olan ihaleler TCK’nın 235. maddesinin 1. Ve 5. fıkralarında,

“Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri, kamunun sahip olduğu kurum veya kuruluşlar 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”

⁷⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2020, age. s. 57.

⁷⁵ Doğan SOYASLAN (2020), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, On Üçüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.628.

⁷⁶ İbrahim ŞAHBAZ (2020), *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.3020.

şeklinde belirlenmiştir.

Benzer bir anlatımla, ihalenin suçunun konusu olabilmesi için aranan şart o ihalenin Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde sayılan ihale usul ve çeşitlerinden biri olması ve yine kanunun ilgili maddesinde belirtilen tüzel kişilerle alakalı olması gerekir. Bu durum madde gerekçesinde de,

“İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için yapılan ihalenin 4734 sayılı KİK veya 2886 sayılı DİK hükümlerine tabi bir ihale olması şart olmayıp, suçun oluşabilmesi için önemli olan yapılan ihalenin kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan bir ihale olmasıdır.”

şeklinde açıklanmıştır.

TCK'nın ilgili hükmünde suç kapsamı içerisinde düzenlenmiş olan ihaleler sınırlandırılmış olup, örneğin Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlenmesine rağmen TCK 235. madde kapsamında sayılmamış olan *“trampa ve gayri ayni hak tesisine ilişkin ihaleler”*, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak suçun konusunu oluşturmayacaktır⁷⁷.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere çalışmamızı oluşturan suçun maddi konusu ihaledir bu bakımdan doğrudan temin yöntemiyle yapılan alım satımlar yönünden Türk Ceza Kanunu kapsamında suçun konu yokluğu sebebiyle oluşmayacağı söylenebilir. Şöyle ki; doğrudan temin usulü idareye tanınan bir temin kolaylığı olup teknik anlamla arttırım veya indirim esasına göre işlemediğinden bir ihale yöntemi olmadığı kabul edilmiştir.

Bu yöndeki bir Yargıtay kararı,

“Doğrudan temin yönteminin ... 4734 Sayılı KİK'in 18. maddesinin (d) bendinde bir usul olarak öngörülmüş olmasına rağmen, 15.8.2003 gün ve 25200 Sayılı Resmi Gazete 'de ... yürürlüğe giren 4964 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla KİK Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12. maddesiyle ... "4734 Sayılı Kanunun 18. maddesinin (d) bendi madde metninden çıkarıldığı", ... 4734 Sayılı Kanunun 22. maddesi değiştirilerek doğrudan temin usulünün düzenlendiği,... 4964 Sayılı Kanunun 12 ve 15. maddelerinin gerekçelerinde de "esasen bir ihale usulü olmayan "doğrudan temin" in ihale usulleri arasından çıkarıldığı ve buna dair esas ve usullerin Kanunun 22. maddesinde düzenlendiği" ifade edilmiş olup, ... değişiklik gerekçesiyle birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde:... doğrudan temin yönteminin bir ihale usulü

⁷⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.629.

*olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olduğu...*⁷⁸”

şeklindedir.

Bu sebeple teknik anlamda bir ihalenin olmaması sebebiyle Türk Ceza Kanunu yönünden suç kapsamında değerlendirilemeyecek olup, gerçekleştirilen usulsüzlükler kamuyu zarara uğratmamış ise, çalışmamız konusu suç yerine görevi kötüye kullanma suçu yönünden değerlendirme yapılabilecektir⁷⁹.

Fiilin suçun konusu üzerindeki etkisi, etkileniş şekline göre ayrılmakta olup bu ayrım karşımıza tehlike ve zarar suçu ayrımı olmak üzere ikili bir ayrım tabi şekilde çıkmaktadır⁸⁰. İhaleye fesat karıştırma suçu ise başta tehlike suçu olarak karşımıza çıkmakta iken 11.04.2013 tarihli 6459 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle birlikte zarar suçu haline getirilmiştir⁸¹. Bu hususa çalışmamızın netice başlıklı bölümünde detaylıca yer vereceğiz.

2.2.2 Suçun Hukuki Konusu

Suçların faili ve mağduru olduğu gibi bir de hukuki konusu bulunmaktadır. Suçun hukukî konusu, “*ceza düzeninin koruma altına aldığı ve gerçekleşen fiil ile birlikte ihlâl edilmekte olan hukukî varlık ya da menfaattir*”⁸².

Benzer bir anlatım ile suç ile korunmak istenen hukuki değer, kanunun düzenlemiş olduğu hüküm ile koruma altına alınmış olan ve suçun faili tarafından belli başlı bir fiil ile kanun tarafından tanınmış olan menfaatin ve hakkın ihlali olarak tanımlanmaktadır⁸³.

Kanaatimizce; ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değeri, en temelde ihale süreci ile ilgili olarak elde edilmek istenen bütün hukuki menfaatlerin kazanımı olarak tanımlanabilmek mümkündür.

Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 235. maddesinde de korunan hukuki değer açıklanmıştır. Buna göre;

⁷⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 12.04.2014 T., 2013/9310 E., 2014/1341K. <http://www.kazanci.com>, ET. 17.04.2023

⁷⁹ Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ (2023), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Dokuzuncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.849-851.

⁸⁰ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.205.

⁸¹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.628.

⁸² Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU (2021), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Yirmi Altıncı Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s.102.

⁸³ Faruk EREM, Ahmet ÇALIŞKAN ve Mehmet Emin ARTUK, (1997), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.234.

“Türk Ceza Kanunu gerekçesinde de belirtildiği üzere, 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 korunmasının sağlanmasıdır.”

Çalışmamızın konusunu oluşturan suç yönünden korunan hukuki değer hususunda farklı görüşler bulunmakla birlikte, ilk ve bizim de katıldığımız görüşe göre;

“Korunan hukuki değer ihalede serbest rekabetin korunması gerektiği ve bu anlamda da hem kamu kurum ve kuruluşlarının ekonomik çıkarlarının, hem de ihaleye katılmış olan isteklilerin hak ve çıkarlarının korunmasıdır⁸⁴. ”

Yargıtayın da bu görüşü destekler mahiyette kararları mevcuttur⁸⁵.

Bir diğer görüşe göre;

“suç ile korunan hukuki değer karma yapıya sahip olduğunu ve bu anlamda kamu idaresinin güvenilirliğinin ve itibarının korunmasının amaçlandığını, bunun yanı sıra kamunun ekonomik menfaatlerinin de korunması olduğunu⁸⁶ ”

söylemektedirler.

Yargıtayın bazı kararlarında bu görüş üzerinden değerlendirmede bulunduğu görülmektedir⁸⁷.

Bir diğer görüşe göre; *“suç ile korunan hukuki değer devletin ekonomik yararını gözetmek olduğunu⁸⁸”* söylemektedir.

Farklı ve son bir görüşe göre ise;

“söz konusu suç ile korunan hukuki değer sadece kamu görevlilerinin dürüstlük esasına uygun olarak görevlerini ifa etmesi olmadığı, aynı zamanda kamu özel hukuk tüzel kişileri bünyesinde yürütülen faaliyetlerin de dürüstlük esasına tam ve doğru uyularak toplumsal güvenin korunmasının amaç olarak görüldüğünü⁸⁹”

söylemektedir.

⁸⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.611-612.

⁸⁵ Yargıtay 5. CD. 03.03.2014 tarih, 2012/13889 E., 2014/2198 K. www.kazanci.com.tr, ET.10.06.2023

⁸⁶ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKÇEN ve Caner YENİDÜNYA (2013), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Sekizinci Basım, Adalet Yayınevi, s. 515- 516.

⁸⁷ Bu yönde kararları; Yargıtay 5. CD. 12.02.2018 tarih, 2017/3886 E., 2018/569 K., Yargıtay 5. CD. 26.03.2019 tarih, 2018/5963 E., 2019/3496 K. www.kazanci.com.tr, ET. 15.06.2023

⁸⁸ Sulhi DÖNMEZER (1984), *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul, s.91.

⁸⁹ İzzet ÖZGENÇ (2013), *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s 32- 33.

2.2.3 Fail

Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesine göre fail tanımsal olarak, “suçun kanunda yer bulan tanımına uygun olarak fiili icra eden kimse olarak” adlandırılmaktadır. Fail suçun aktif süjesidir⁹⁰ . 5237 sayılı TCK'nın 235. madde hükmüne göre “fesat karıştıran kişi” ihaleye fesat karıştırma suçunun failidir.

Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçunda fail için herhangi özel şarta yer verilmediğinden 235. maddede sayılı seçimlik hareketlerden bir veya birkaçını gerçekleştiren herkes suçun faili olabilecektir.

“...TCK'nin amir hükmü olan 235. madde kapsamında ihalelerde yaşanabilecek ve suça konu edilecek olan fesat halleri yasa koyucu tarafından sayma yolu ile belirtilmiş olup, maddede kapsamında tek tek sayılmış olunan seçimlik durumlar dışında bir faillik durumunun... genişletilmesinin TCK'nın ilgili bulunan 2. maddesinde düzenlenmiş olan kanunilik ilkesine ... aykırılık teşkil edeceği kesindir...”⁹¹ ”

Ceza kanununda temel kural suçların herkes tarafından işlenebilir niteliğe haiz suçlar olarak düzenlenmekteyse de bazı suç tipleri bakımından failde birtakım özellikler aramıştır. Kanunun suç tanımında fail yönünden genel düzenlemeden farklı olarak bir sorumluluklar altında bulunan ve belli niteliklere haiz olan kişiler olabileceğini belirlediği suçlara özgü suçlar adı verilmekte olup bu suçlar kanunun faile yüklediği niteliğe göre ayrıma tabidirler⁹² .

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının “a” ve “b” bentlerinde sayılmış olan fiillerde ihale sürecinde görev üstlenen olan kamu görevlileri, “d” bendinde belirtilen fiil yönünden ise ihale sürecine katılan veya katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabilecekleri belirtilmiş olup iş bu nedenlerle söz konusu bentlerde düzenlenen fiiller yönünden özgü suç söz konusudur⁹³.

Çalışmamızın konusu olan ihaleye fesat karıştırma suçunda kanun faili düzenlerken “ihaleye fesat karıştıran kişi” şeklinde tanımlama yorulana gitmiş failin başka bir özelliğini aramamıştır. Kanun suç saydığı fiilleri tahdidi olarak sayma yoluna gitmiş ve bu saydığı seçimlik haller yönünden bazı özelliklere yer vermiştir bu sebeple

⁹⁰ İsmail ERCAN (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*; On Altıncı Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.70.

⁹¹ *Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 10/11/2021T. 2021/5630 E., 2021/5494 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 16.05.2023*

⁹² Kayıhan İÇEL (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Altıncı Baskı, Beta Basım, İstanbul, s.305.

⁹³ M. Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Ü. Kerim ÇAKIR (2022a), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yirminci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.935.

kanunda sayılan her hareket yönünden özgü suçun söz konusu olup olmadığı hususu kanaatimizce ayrı değerlendirilmelidir.

Bu anlatımla Yargıtay bu yönde,

“...5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde ihaleye karıştırılacak ve Kanun kapsamında fesat fiili olarak nitelendirilebilecek durumlar yasa koyucu tarafından yapılmış olan sayma yolu ile belirleme ile hükme bağlanmıştır, madde kapsamında düzenlenmiş olan seçimlik fiillerin ... faillik durumunun genişletilmesinin TCK'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağına kuşkuyla yer bulunmadığı, ... Öğretide suç yönünden tam anlamıyla özgü suç niteliği kabul edilmese de maddenin düzenlemesi gerekçesiyle incelendiğinde; ... 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri,.... “d” bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan isteklinin ya da katılmak isteyen isteklilerin suçun faili olabileceği,.... söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinin ...kabulü gerektiği...”⁹⁴ ”

şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay yine benzer nitelikte bir kararında,

“... TCK'nın 235/2-(b) uyarınca ihale aşamalarında görevli bulunmakta olan kamu görevlisi tarafından işlenebilen.... İhale sürecine karışacak olan fesat fiili yönünden ... iştirak etmiş olan kişilerin bu suç kapsamında ... azmettiren veya yardım eden sıfatları ile sorumluluğunun mümkün olabileceği, bu anlamda incelendiğinde asıl fail olabilecek olan yetkili ve görevli kamu kudreti kullanan görevlinin fail olarak ceza almadığı suçta azmettiren veya yardım eden sıfatları ile şerikliğin de mümkün olamayacağı da gözetilerek...”⁹⁵ ”

Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının b bendini “kamu görevlisi tarafından işlenebilen” bir suç olması sebebiyle özgü suç niteliğini taşıdığını hükme bağlamıştır.

5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrasına göre;

“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.”

Madde metninden de anlaşılmakta olduğu üzere ihaleye fesat karıştırma suçunun 2. fıkranın “a”, “b” ve “d” bentlerinde sayılan hallerde suçun işlenmesinde

⁹⁴ Yargıtay 5.Ceza Dairesi 8.11.2017T., 2017/5338 E., 2017/4825 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 20.05.2023

⁹⁵ Yargıtay 5.Ceza Dairesi 11.11.2021T., 2018/812 E., 2021/5549 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 20.05.2023

iştirak halinde iştirak edenler yönünden azmettiren veya yardım olarak sorumluluk ortaya çıkacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçu, tek kişi tarafından işlenebilir suç olmasına rağmen 2. fıkrasının d bendinde düzenlenen fiil yönünden, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşmalar yapılmasını aramıştır. Dolayısıyla suçun oluşabilmesi için kişilerin “anlaşma yapması” gerektiğinden anlaşmanın varlığı açısından birden fazla kişinin varlığı gerekmekte olduğundan bu bent kapsamında yer alan suç, çok failli suç niteliği taşımaktadır⁹⁶. Yargıtayın da uygulaması bu yönde istikrar kazanmıştır⁹⁷.

Çalışmamızın konusu olan suç yönünden kanunun yapmış olduğu düzenlemeye göre ancak gerçek kişilerce işlenebilir bir suç niteliğine haiz bulunması söz konusudur. Bu nedenledir ki suçun faili tüzel kişiler olamaz⁹⁸. Bu durumda; ihale süreçlerinde aktif olarak katılım sağlamakta olan özel hukuk tüzel kişilerinin organ veya temsilcileri yönünden suçun işlenmesi durumunda, ceza sorumluluğu şahsi olduğundan suç oluşturan fiili gerçekleştiren temsilci suçtan sorumlu olacaktır⁹⁹.

Özel hukuk tüzel kişisi yararına işlenmiş fiilin varlığı halinde, tüzel kişi hakkında faaliyet iznin iptali, eşya veya kazancın müsadereşi şeklinde güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir¹⁰⁰.

⁹⁶ Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s.931.

⁹⁷ “...ihale aşamasında kendisine görev atfedilmiş alan ilgili kamu görevlilerinin, "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan istekli ya da katılmak isteyen isteklilerin ... 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 eylemlerde suça iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri...” **Yargıtay 5.Ceza Dairesi 12/02/2020T., 2016/3417 E., 2020/4831 K.**, <http://www.kazanci.com>, ET. 10.06.2023

“...TCK'nın 235. maddesinde ... yasa koyucu tarafından fesada ilişkin fiillerin neler olduğu tahdidi sayılmış olup maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği, madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; ... 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili görevlilerin, ... "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği,.... dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceği...” **Yargıtay 5.Ceza Dairesi 25/03/2021 T., 2018/667 E., 2021/1360 K.** <http://www.kazanci.com>, ET. 10.06.2023

⁹⁸ TCK m. 20: “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”

⁹⁹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.627.

¹⁰⁰ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.190.

2.2.4 Mağdur

Mağdur kelime anlamı olarak en yalın halinde “haksızlığa uğramış” olarak ifade edilmektedir¹⁰¹. Ceza hukuku bakımından ise mağdur, “*Suçun maddi konusunun ait olduğu kişidir*”¹⁰².

İhaleye fesat karıştırma suçunun mağduru, öğretideki genel kabule göre toplumda bulunmakta olan herkestir. Fakat olay yönünden incelendiğinde olaya özgü olan bazı durumların varlığına göre bazı hallerde suça konu fiilin meydana gelmesinde bazı kişi veya kişiler yönünden de mağduriyete sebebiyet verilebileceği de kabul görmektedir¹⁰³.

İhaleye fesat karıştırma suçunda mağdur en geniş hali ile ihalenin dürüstlük ve rekabet kurallarına uygun bir şekilde yapılamaması sebebiyle menfaatleri ihlal edilen herkesken dar anlamda ise ihale sürecine katılmak isteyen veyahut katılan bu yeterliliğe haiz kişileridir¹⁰⁴.

Mağdur ile suçtan zarar gören kavramları farklı kavramlar olup mağdur, suçtan direk olarak zarar görenken, suçtan zarar gören, suçtan doğrudan zarar görmemekte dolaylı olarak etkilenmekte olmaktadır¹⁰⁵.

Çalışmamızın konusunu oluşturmakta olan suç, kanun tarafından Topluma Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Suç kapsamında ilk olarak mağdur olan devlet olmakla birlikte devletin yanında ihalenin kanunun öngördüğü kurallara uygun olarak yapılmamasından zarar gören kamu kurumu ile ihaleye katılan ya da katılma yeterliliğine haiz olup da fail tarafından katılması engellenmiş isteklilerdir¹⁰⁶.

Yargıtay da ihaleye katılan ya da katılmak isteyen isteklilerin suçun mağduru olacağı yönünde,

*“... fesat karıştırma suçundan zarar gördüğü... kamu davasına katılma hakkı bulunduğu anlaşılan müşteki R.K. ’nin katılma talebinin kabulü gerektiği gözetilmeden istemin reddine dair verilen 04.10.2006 günlü karar usul ve yasaya aykırı bulunduğundan ...”*¹⁰⁷

şeklinde karar vermiştir.

¹⁰¹ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 22.09.2023

¹⁰² Murat Volkan DÜLGER (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Birinci Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, s.379.

¹⁰³ İzzet ÖZGENÇ 2013, age. s.90.

¹⁰⁴ Çetin ARSLAN 2017, age. s.172.

¹⁰⁵ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.127.

¹⁰⁶ age. s.128.

¹⁰⁷ Yargıtay 5.Ceza Dairesi 14/02/2011T., 2009/155 E., 2011/727 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 15.07.2023

Yargıtay başka bir kararında ise,

“... ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkumiyetine karar verilmiş ise de suç ile korunmakta olan yarar... bu bağlamda suçun topluma karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi ... bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı, ... diğer bir ifadeyle kamu olduğu, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, ... suçtan zarar gören olacağının kabulü gerektiği...”¹⁰⁸

şeklinde karar vermiştir¹⁰⁹.

Zarar gören istekliler yönünden yargıtayın faklı görüşleri bulunmakla birlikte, zarar gören kişilerin mağdur sıfatını alıp almayacakları kanunda sayılı seçimlik hareketlerden hangisinin olduğu ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir¹¹⁰. Şöyle ki; Yargıtay kararlarında cebir ve tehdit ile ihaleye katılımı engellenen isteklinin suç kapsamında kamu davasına katılabileceği yönünde değerlendirme yapmıştır¹¹¹. Fakat Yargıtayın zarar gören isteklinin mağdur sıfatı ile davaya katılamayacağı yönünde kararı da mevcuttur¹¹².

5237 sayılı TCK’da tüzel kişilerin veya devletin mağdur olamayacağını düzenleyen hüküm ya da ibare bulunmamakla birlikte, öğretideki baskın görüş; *“hak süjesinin ancak birey olarak kabul edilebileceğinden yola çıkılarak, tüzel kişilerin suçun mağduru sayılamayacağı ancak suçtan zarar göreni olabileceği”¹¹³* yönündedir.

¹⁰⁸ Yargıtay 5.Ceza Dairesi 17/10/2022 T., 2018/12924 E., 2022/12211K. <http://www.kazanci.com>, ET.22.07.2023

¹⁰⁹ Yargıtayın benzer bir kararı;

“...İhaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki yarar ve bu bağlamda suçun topluma karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi karşısında, ... bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı, diğer bir ifadeyle kamu olduğu,... eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağının kabulü gerektiği, aksinin kabulü halinde, somut olayda olduğu gibi hükmolunacak sonuç ceza miktarları göz önünde bulundurulduğunda...” Yargıtay 5.Ceza Dairesi 21/02/2019T., 2015/12493 E., 2019/2302 K. <http://www.kazanci.com>, ET.22.07.2023

¹¹⁰ Çetin ARSLAN 2017, age. s.172.

¹¹¹ Yargıtay 5.Ceza Dairesi 14/02/2011T., 2009/155 E., 2011/727 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 24.07.2023

¹¹² *“...Sanıklar hakkında açılan ihaleye fesat karıştırma suçunun niteliği itibarıyla doğrudan zarar görmesi söz konusu olmadığından katılma isteminin reddine karar verilen müşteki ...’in davaya katılma ve hükmü temyiz etme hak ve yetkisi bulunmadığından vekilinin temyiz talebinin CMUK’nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE...”* Yargıtay 5.Ceza Dairesi 04/03/2016 T., 2013/16297 E.,2016/2376 K. <http://www.kazanci.com>, ET.26.07.2023

¹¹³ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.197., M. Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Ü. Kerim ÇAKIR 2022a, age.s.935.

2.3 SUÇUN MADDİ UNSURU

2.3.1 Fiil

Fiil tanımsal olarak incelediğimizde,

“İnsanın bir fiili yapma veya yapmama hareketi ile dış dünyaya yansıttığı ya da dış dünyaya karşı sergilemiş olduğu tepkileridir. Ceza hukuku açısından bakıldığında ise bu durum söz konusu hareketin ilgili suç tipine uygun olarak gerçekleşmiş iradi insan hareketinin dış dünyaya yansımasıdır.”

Bir suçun varlığından bahsedebilmemiz için ilk olarak hareketin varlığı gerekmektedir¹¹⁴.

Tipiklik ilkesi sebebiyle, ihaleye fesat karıştırma eyleminin suç teşkil etmesi için fesat oluşturacak fiilin Türk Ceza Kanunu’nun suç ile ilgili maddesini ihlal etmesi gerekmektedir¹¹⁵.

5237 sayılı TCK m.235’te ihaleye fesat karıştırma suçuna sebebiyet veren fiiller düzenlenmiştir. Bu bakımdan aşağıdaki fiillerin gerçekleşmesi durumunda gerçekleştiren yönünden suç oluşmuş fesat karışmış 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.”

Yukarıda da görüleceği üzere ihaleye fesat karıştırma suçu hareket (fiil) hususu yönünden hareket bağlı hareket, miktar yönünden ise seçimlik hareketli suçtur. Şöyle ki; ihaleye fesat karıştırma suçunun hangi hareketler ile işlenebileceği kanunda açık olarak düzenlenmekte olup bu hareketlerden yalnızca bir tanesinin işlenmesi halinde

¹¹⁴ İsmail ERCAN 2020, age. s.73.

¹¹⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.610.

suç sübut bulacaktır¹¹⁶. Bu bakımdan, hareketin bir kez yapılması suçun oluşması için yeterli olduğundan ihaleye fesat karıştırma suçu tek hareketli bir suç olma özelliğini taşımaktadır. Madde kapsamında düzenlenen tüm suç tipleri eylemin yapılmasını zorunlu kıldığından bu suçun, icrai hareketle işlenebilen bir suç olduğu da söylenebilir. Kanun kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunun ihmali hareketle işlenmesi hususunda bir hüküm bulunmamakta olup bu anlamda ihmali hareket ile bu suçun oluşamayacağı söylenebilir.

Kanunda sınırlı olarak sayılı haller dışında kalan benzer nitelikteki fiiller ihaleye yönelik olarak gerçekleştirilmiş bir fesat karıştırma kapsamında değerlendirilemez. Diğer türlü Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrası, *“kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”* şeklindeki hükmüne göre kanunilik ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır¹¹⁷.

İhaleye fesat karıştırma suçunda yer verilen hareketler dört başlığa ayrılmıştır. Bunlar; hileli davranışlar ile, gizliliğin ihlali ile, cebir, tehdit ya da hukuka aykırı diğer davranışlar ile ve/veya rekabet ortamının bozulmasına yönelik anlaşmalar ile işlenebilecek suç tipleri şeklinde düzenlenmiştir.

2.3.1.1 Hileli Davranış

Hile kavramı, Türk Dil Kurumu'na göre, *“birini aldatma veya yanıltma amacıyla icra edilen düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika”* olarak tanımlanmaktadır¹¹⁸.

Hukuki olarak ise hile kavramı, *“bir kimsenin belli bir amaca yönelmiş olan fiili ile başka bir şahsı belli bir irade açıklamasına ya da iradesini gizlemeye yönelten aldatıcı hareketler olarak”* tanımlanmaktadır¹¹⁹.

Eş bir söyleyişle, bir eylemin hileli olarak değerlendirilebilmesi için, kişinin hür iradesi üzerinde kasti olarak iradesini değiştirebilecek nitelikte bir hareketin bulunması gerekmekte olup bu hareket ile kanunda sayılan hüküm arasında da nedensellik ilişkisinin varlığı gerekmektedir.

¹¹⁶ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2020, age.s.928.

¹¹⁷ Çetin ARSLAN 2017, age. s.115.

¹¹⁸ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 12.09.2023

¹¹⁹ Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s.128.

Hile, ceza hukuku kapsamında kasıtlı olarak yönelmiş kötü iradenin görünüm şekli ve fail yönünden daha ağır şekillerde cezalandırılması gerekliliğinin sebebidir¹²⁰.

İhaleye fesat karıştırma suçunun sübut bulduğundan bahsedebilmek için pek tabi ki ilk olarak davranışın hileli bir eylem ile gerçekleştirilmesi gerekmekte olup, hileli davranış da tek başına yeterli olmayacaktır. Suçun oluşması için madde metninde seçimlik olarak sayılı fiil veya fiillerinde varlığı gerekmektedir.

2.3.1.1.1 İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek

Türk Ceza Kanunu'nda belirlenmiş olan ve ihaleye fesat karıştırma fiilini oluşturacak seçimlik hareketlerden ilki, ihaleye katılma yeterliği veya koşullarını taşıyan kişilerin hileli hareketler vasıtasıyla ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılımının engellemesidir. Suçun oluşabilmesi için en önemli unsur ihaleye katılma yeterliğine ya da şartlarına sahip olunmasıdır. Çünkü ihaleye katılma yeterliliği ya da şartlarına sahip olmayan bir istekli yönünden Kanun'un düzenlediği şart yerine gelmemiş olduğundan suç da meydana gelmiş olmayacaktır.

İhaleye katılmak için gerekli olan resmî belgeler ve katılım koşulları Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, gerekli olan belgeler ve koşullar KİK 10. maddesi ile DİK 5. Ve 16. maddelerinde düzenlenmektedir. Bahse konu maddeler kapsamında tüm koşul ve yeterliliklere sahip kişilerin hileli davranış ile ihale sürecine katılımları kasti olarak engellendiğinde Türk Ceza Kanunun 235. Maddesinin 2 fıkrasının a-1 bendindeki fiil ile suç oluşmuş sayılacaktır.

Türk Ceza Kanunun 235. maddesinin,

“En çok arttıranın veya eksiltenin icabını kabul mahiyetindeki irade bildirimi ve bu iradenin oluşumunu sağlayan şartlar esas alınmak suretiyle sözleşme imzalanmasına kadarki idari işlemlerin tümü ihale sürecini oluşturmaktadır. Sözleşmenin imzalanması ile ihale süreci de sona ermektedir.”

şeklindeki gerekçesinden de anlaşılacağı üzere ihale ve ihale sürecinden, idarenin ihale bildirimi yapmasından başlayarak idare ile istekli arasında sözleşme imzalanmasına kadar geçen süre kastedilmektedir. Bu bakımdan bahse konu süreç içerisinde hileli hareket ile sürece katılımın engellenmesi suçu oluşturacaktır.

¹²⁰ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.613.

Suç kapsamında hileli hareket ile katılımın engellenmesi sadece isteklilerin kendi aralarında değil idare ve istekliler arasında da gerçekleşebilir. Şöyle ki; idare ihalenin bir istekli üzerinde kalmasını veya bir istekli üzerinde kalmamasını amaçlayarak ve bu sebeple bu isteklileri etkisiz kılmak için ihaleyi iptal etme yoluna gittiğinde de bu bent kapsamındaki suça yol açmaktadır¹²¹.

İhaleye katılım kasten veya hileli hareketle değil de acemilik ya da dikkati olunmasını ya da özenli davranılmasını gerektiren yükümlülöklere aykırı hareket edilerek engellenmiş ise bu bakımdan suçtan bahsedilemeyecektir^{122, 123}.

2.3.1.1.2 İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak

TCK'nın 235. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde düzenlenen ikinci seçimlik hareket de ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılımının sağlanması şeklindedir.

İhale sürecine katılımcı olarak katılmak için gerekli olan şartların ve yeterliliklerin bulunmamasına rağmen, bu yeterlilikler ve şartlar varmış ve oluşmuşçasına bir isteklinin ihale sürecine dahil ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmasına yol açan bir harekettir¹²⁴.

Bu hareket iki ihtimalde işlenebilir. İlk ihtimalde ihale sürecinde görevli bulunan ihale görevlisi tarafından, gereken şartlara ve yeterliliklere sahip olmayan kişinin belli sebeplerle ihale görevlisi tarafından görevinin gereklerine uymayarak bu gerekliliklere aykırı davranmak suretiyle sürece dahil edilmesi şeklinde, ikinci ihtimalde ise ihale görevlisinin hile yolu ile aldatılarak aslında sahip olunmayan şart ve yeterliliklere sahip olduğu kanısı ile yetkisiz kişinin ihale sürecine katılması şeklinde işlenebilir.

“...belirtilen araca ilişkin bilgi ve belgelerinin olduğundan bahisle isteklinin vermiş olduğü teklifinin değerdendirmeye alınması ve ihalenin bu şirkete verilmesi ... bunun

¹²¹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.617.

¹²² M. Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Ü. Kerim ÇAKIR 2022a, age. s.928.

¹²³ “... K.. odasından alınması şartı bulunan ve farklı bir kantin işletmediğine dair belgeyi ... getireceği hususunda güven terkin eden daha sonrasında ihale günü geldiğinde bahse konu edilen belgeyi getirmemesi sonucu ... ihale dosyasının eksik belge sebebiyle ihalede değerdendirme dışı bırakıldığı olayda ... sanık tarafından katılanın K... odasına bizzat başvurarak edinebileceği belge ve bilgileri katılanın kişisel güvenliğini kötüye kullanarak getirilmemesi eyleminin cezai sorumluluğu gerektirmeyeceği ...” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi 18.04.2013 tarih ve 4344/3665 K.) <http://www.kazanci.com>, ET.10.08.2023

¹²⁴ Çetin ARSLAN 2017, age. s.133.

sonucunda yüklenici firma ile sözleşme imzalanması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda ihale tarihi itibarıyla işin yapılmasında kullanılmak üzere ilgili olarak ekipmanları kiralamış olduğuna dair sözleşmesini ya da bu malın ona ait olduğunu gösterir nitelikte herhangi bir evrak ibraz etmediği, ...daha sonra kolluk tarafından tutulan tutanakta söz konusu olan ve işin yapımında kullanılacak ekipmanların olmadığı belirtilmiştir, ... söz konusu şirketin, bu haliyle ihaleye katılma koşullarını sağlamadığı bunun yanı sıra katılma yeterliliğine de sahip bulunmadığı fakat tüm bu hususlara rağmen ihale sürecinde yapmış olduğu teklifin değerlendirmeye alınarak bu değerlendirme sonucunda ihalenin iş bu istekli üzerinde bırakılması ve ... ihalenin onaylanması ve akabinde sözleşme yapılması eylemlerin TCK'nın ilgili 235/2-a-2 maddesi yönünden ... suçu oluşturduğu ...¹²⁵”

Bu hareket iki ihtimalde işlenebilir. İlk ihtimalde ihale sürecinde görevli bulunan ihale görevlisi tarafından, gereken şartlara ve yeterliliklere sahip olmayan kişinin belli sebeplerle ihale görevlisi tarafından görevinin gereklerine uymayarak bu gerekliliklere aykırı davranmak suretiyle sürece dahil edilmesi şeklinde, ikinci ihtimalde ise ihale görevlisinin hile yolu ile aldatılarak aslında sahip olunmayan şart ve yeterliliklere sahip olduğu kanısı ile yetkisiz kişinin ihale sürecine katılması şeklinde işlenebilir¹²⁶. Suç bu anlamda özgü suç olma niteliği taşımaktadır.

“...5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan, bu nedenle dolaylı failliğe elverişli bulunmayan ve TCK'nın 235/2-(a-2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye teklif veren sanık tarafından işlenemeyeceği, bu suça iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında...¹²⁷”

Devlet İhale Kanunu'nun 6. maddesinde ve 4734 Sayılı Devlet İhale Yasası'nın 11. maddesinde ihaleye katılım sağlayamayacak kişiler sayılmıştır. Buna göre, hileli ve kastli hareket ile katılım sağlaması yasak olan kişilerin ihaleye katılımının sağlanması hem rekabeti temelden sarsacak hem de Kanun kapsamında suçun oluşmasına sebebiyet verecektir.

¹²⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 26.05.2014T., 2013/2182E., 2014/5676K. <http://www.kazanci.com>, ET.16.08.2023

¹²⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.618.

¹²⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 25/11/2019 T., 2015/12377 E.,2019/11027 K. <http://www.kazanci.com>, ET.16.08.2023

2.3.1.1.3 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

İhalede, ihaleye konu ihtiyacın en uygun kalite ve nitelikte en uygun bedel ile temini sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu sebeple ihaleye konu malın kalitesi ve niteliği hususunda yapılacak hile ihalenin amacını temelden sarsmaktadır¹²⁸. Bir ihalede idarenin aradığı mallara ilişkin nitelik ve özellikler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinde belirtildiği şekilde belirlenir.

İhale süreci ihaleye konu edilecek işin niteliklerinin belirlenmesi ile başlar. Belirlenen nitelikler ihale dokümanı¹²⁹ içerisinde,

“idari şartname, plan ve projeyi içeren teknik şartname, sözleşme tasarısı ve gerekli olan diğer belge ve bilgiler olup, Ön yeterlilik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlar, ön yeterlilik kriterleri ve gereken diğer belgeler yer alır. İlandan sonra bahse konu niteliklerin neler olduğunu açıklayan ihale dokümanı idare tarafından isteklilere dağıtılan belgelerdir.”

Şartname KİK 4. maddesi ile, *“yapılması idarece önceden öngörülmüş olan işlerin genel, özel teknik ve idari esasları ile usullerinin belirlendiği bu belirlemelerin gösterildiği belge ve bilgiler olarak”* tanımlanmaktadır.

Bu bakımdan ihale sürecindeki tekliflerin değerlendirilmeye alınabilmesi için şartnameye uygunluğu şarttır.

“Teklif edilen malların ihale komisyonu tarafından şartnamede belirtilen niteliklere sahip olduğu halde sahip olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması veya tam tersine şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alınması ve hatta ihalenin söz konusu istekli üzerinde bırakılması ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır.”¹³⁰

Bu hareketler ile ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, söz konusu ihalenin mal alımına yönelik olarak yapılan bir ihale olması gerekmektedir. Bu sebeptendir ki, ihaleye konu edilmiş olan işlemin konusunun mal alımı haricinde bir ihale olması durumunda bu yönde değerlendirme yapılamayacaktır¹³¹. Suçta ve

¹²⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.619.

¹²⁹ KİK m.4: İhale dokümanı: *“İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri ifade eder.”*

¹³⁰ Çetin ARSLAN 2017, age. s.139.

¹³¹ Veli Özer ÖZBEK (2023), *Ekonomi Ceza Hukuku*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.769.

cezada kanunilik ilkesi gereğince mal alım ihaleleri dışında hizmet ihalesi, yapım ya da kiralama ihalesi gibi ihalelerde maddede sayılan fiillerin gerçekleşmesi bu suçta vücut vermez¹³². Öğretide bu durum diğer ihaleleri kapsamaması nedeniyle eleştirilmiştir.

Kanaatimizce madde metninde değişiklik yapılması ve diğer ihale türlerini de kapsayacak şekilde metnin değiştirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki; kanun metninde yazılı bulunan “*teklif edilen mallar*” ibaresi sebebiyle hizmet, yapım ve kiraya ilişkin ihaleler madde kapsamı dışında kalmakta, kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı sebebiyle mal alımı haricinde bulunan ihaleler kapsamında benzer eylemlerin varlığına rağmen ceza verilememektedir.

Suçun bu bentte düzenleme alanı bulmuş seçimlik hareketinde, ihale süreci içerisinde sunulmuş olunan tekliflerin değerlendirilmeye alınması veyahut değerlendirmeye alınmaması şeklinde karar verilmesi madde metninden de anlaşılacağı üzere komisyonunda görev almakta olan başkan ve üyelere tanınmış bir yetki olup suçta bu sebeptir ki yetkinin verildiği kişilerce işlenebilecek niteliğe haizdir¹³³.

2.3.1.2 Gizliliği Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak

Gizlilik ilkesi ihale sürecindeki temel ilkelerden bir tanesidir. Bu durum Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde,

“İdareler bu kanuna göre yapılacak ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.”

şeklinde belirtilmiştir.

Gizlilik ilkesi ile hedeflenen ana amaç, rekabetin doğru şekilde sağlanabilmesi için ihalenin gizliliğe esas olan aşamasının tamamlanmasına kadar ki bazı bilgi ve belgelerin gizli tutulmasıdır¹³⁴.

Uygulamada ihale sürecinde gizli kalması gereken bilgi ve belgelerden; Kamu İhale Kanunu’nun 5. ve 61. maddelerine göre, idare tarafından belirlenen yaklaşık maliyet anlaşılmaktadır¹³⁵.

¹³² Çetin ARSLAN 2017, age. s.154.

¹³³ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.620.

¹³⁴ M. Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Ü. Kerim ÇAKIR 2022a, age. s.931.

¹³⁵ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.246.

“...ihale aşamasında görevlerden sayılan sanıklar ihaledeki aşamasında belirlenmiş olan yaklaşık maliyete ilişkin düzenlenen gizli belgeleri öğrenerek içerisinde bulunan gizli bilgileri ihaleye katılan istekli firma sahibi olan ...’ye aktarmış olup, bu husus dosya kapsamında bulunan delillerden de anlaşılacakla 4734 sayılı KİK 61. maddesinde düzenlenmiş olan ihale süreciyle alakalı bulunan, ... tekliflerin ... gizli tutulması gerekli olan belgelerin ve bu belgeler ile birlikte bilgilerin ihaleye konu iş yönünden belirlenmiş olan yaklaşık maliyet hesabının, ... ifşa etmeleri eylemleri ile kendilerinin ve başkaca fayda sağlayacak kişilerin yararına sebebiyet verecek şekilde kullanmaları yönündeki fiilleri ile ihaleye fesat karıştırma suçunun sübut bulacağı...”¹³⁶”

Yargıtayın bu kararından da anlaşılacağı üzere ihale sürecinde gizli tutulması, saklı tutulması gereken bilgi ve belgelerin bir ve/veya birden fazla kişinin öğrenmesine yol açacak şekilde açıklanması, yayımlanması veya ifşa edilmesi suça sübut verecektir.

Kanun suçun failinin ihale sürecinde görevli bir kişi olması gerekliliğini aramamış olup, suçun herhangi bir kişi tarafından işlenmesi mümkün kılmıştır¹³⁷. Kanun koyucu suçun ihale sürecindeki görevliler tarafından işlenmesi durumunu Kamu İhale Kanunu’nun 61. maddesindeki düzenlemesi ile ayrıca,

“... ihale sürecinde görevli olarak bulunanlar ile bu süreç içerisinde danışmanlık hizmeti vermekte olanlar; süreç kapsamında ilgili bulunmakta olan bütün işlemlere, ... ihaleye katılmak isteyen isteklilerin konu ve işlemler hakkındaki gizliliği elzem bulunan ve iş bu sebeple gizli tutulması gerekli olan belgelerin ve bu belgelerle birlikte bilgilerin ihaleye konu iş yönünden belirlenmiş olan yaklaşık maliyet hesabını ... ifşa edemezler, kendilerinin ve başkaca kişilere fayda sağlayacak veya bu kişilerin yararına kullanamazlar. Aksi hallerde fiilleri yönünden konunun mahiyetine göre 58 ve 60. maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır.”

yaptırım altına almıştır.

Gizliliğinin sağlanması gereken bilgi ve belgelerin açıklanması, yayımlanması veya ifşa edilmesinin yanı sıra Kamu İhale Kanunu 30. ve 36. maddeleri tekliflerin ihale saatinden önce açıklanamayacağı hükmünü ihtiva etmektedir. Tekliflerin ihale saatinden önce açıklanması da ihaleye fesat karıştırılma suçunun meydana gelmesine sebebiyet verecektir.

¹³⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 24.11.2014T., 2014/2403 E., 2014/11367 K. <http://www.kazanci.com> ET. 23.08.2023

¹³⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.621.

Suçun bu şekli gizliliğinin sağlanması gereken belge ve bilgilerin bunlara vakıf olmaması gereken başkaca bir kişiye ulaşması ile tamamlanmış olur. Bu anlamda ihalenin iptal edilmiş olması veyahut taraflar açısından zararın meydana gelip gelmediği hususu zorunluluk taşımamaktadır¹³⁸. Madde kapsamında gizli tutulması gerekli olan bilgi ve belgelerin başkasına ulaşmış olması aranmakta iken gizliliğin ihlalinin suç oluşturabilmesi için verilen gizli bilgi ya da belgenin ulaşmış olması da gerekmektedir¹³⁹.

2.3.1.3 Cebir, Tehdit Ya Da Hukuka Aykırı Davranış ile İhale Sürecine Katılımın Engellenmesi

Cebir ve tehdit tanımsal olarak,

“ Kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle onun veya üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirmesidir. Tehdit; mağdurun güvenlik duygusunu iç huzurunu etkileyici onu endişeye ve korkuya sevk etmeye elverişli her tür davranıştır ”

şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁰.

Cebir, TCK'nın 108.maddesinde düzenleme alanı bulurken, Tehdit ise TCK'nın 106. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmektedir.

Suçun oluşmasında sadece tehdit ve cebir suretiyle meydana gelen bir eylemin varlığı yeterli olmayıp mağdurun da ihale işlemlerine katılmaktan engellenmesi gerekmektedir¹⁴¹.

“...icra dairesinde açık arttırma yolu ile yapılan satış esnasında istekli olan alacaklı vekili ve pey süren katılan avukatına karşı olarak ihaleye katılmaması için tehdit ve hakaretlerde bulunan sanığın eylemine rağmen katılanın ihaleye girmesi şeklinde gerçekleşen eylemin Cebir veya tehdit fiilleri ile ya da hukuka aykırılık meydana getirebilecek herhangi fiil ve davranışlarda bulunularak,... katılma yeterlilik ve koşullarına haiz bulunmakta olan isteklilerin ihaleye ve süreç içerisinde bulunmakta olan işlemlerden herhangi birine katılımlarının engelleniyor olması suça konu fiil yönünden teşebbüs olarak değerlendirilecektir ... ”¹⁴²

¹³⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.621.

¹³⁹ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.247.

¹⁴⁰ M. Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Ü. Kerim ÇAKIR 2022a, age. s.931.

¹⁴¹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.621.

¹⁴² Yargıtay 5. Ceza Dairesi 06.02.2013T., 2012/4346 E., 2013/878 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 25.10.2023

Yargıtayın bu kararından da anlaşılacağı üzere isteklinin cebir veya tehdit eylemlerine rağmen bu eylemleri dikkate almadan ihaleye katılmış olması halinde ihaleye fesat karıştırma suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir¹⁴³.

Benzer yönde bir Yargıtay kararında

“...olay tarihinde de Şebinkarahisar Satış memurluğunca yapılacak ihaleye girmek isteyen katılan ... ve yakını olan diğer katılanların ihalenin yapılacağı Şebinkarahisar Adliyesine girmelerinden önce sanıkların, katılanların önlerine çıkarak tehdit ettikleri, katılanları darp ettikleri, bu nedenle ihalenin iptal edildiği ve katılan ...'nın söz konusu ihaleye katılmadığının anlaşılması karşısında, ihaleye fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden, atılı suçtan mahkumiyetleri yerine yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, kanuna aykırı, görüldüğünden ... CMUK' nın 321. ... uyarınca BOZULMASINA...”¹⁴⁴”

şeklinde hüküm kurulmuştur.

Hükmün uygulanmasında elzem olan bir diğer şartta, isteklinin ihale sürecine katılabilme koşullarına ve Kanun kapsamında belirlenmiş olan yeterliliklere sahip olan bir kişi olmasıdır. Çünkü isteklinin ihale sürecine katılım için gerekli olan yeterliliklere ve koşullara sahip olmaması halinde tarafına uygulanan cebir sadece cebir ve tehdit suçu kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁴⁵.

Bu doğrultuda Yargıtay

“...samığın suç tarihinde Batman Kız Teknik ve Meslek Lisesinde, 9 kişilik işçilik hizmet alımı ihalesine... iştirak etmek isteyen firmanın muhasebecisi ve ihalenin yapıldığı yerde bulunan mağdur ...'a cebir kullanarak ... ihaleye katılmasına engel olduğu anlaşılmış ... 'nın ihaleye katılma yeterliliğine haiz olmaması halinde eyleminin kasten yaralama suçunu oluşturacağı ve mağdurun muhasebecisi olduğu Demiray Petrol isimli firmanın teklif mektubunda iş bitirme belgesinin bulunmaması nedeniyle ihaleye katılma yeterliliğinin bulunmadığı dikkate alındığında; samığın somut olay kapsamında değerlendirilmekte olan fiilinin TCK'nin 86/2. düzenlemesi ile tanımı yapılan kasten basit yaralama suçunu oluşturacağı, bu suçtan soruşturma ve kovuşturma yapılmasının şikayete tabi olup, mağdurların şikayetlerinden vazgeçtikleri de gözetilerek kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerektiği

¹⁴³ Muhittin ABACIOĞLU ve Ali ABACIOĞLU (2016), *İhalelere Yönelik Şikayetler- İhaleye veya Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.142.

¹⁴⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 29.06.2020T., 2020/1593 E., 2020/11671 K. <http://www.kazanci.com> ET. 19.10.2023

¹⁴⁵ Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s.771.

*gözetilmeden yanılıgılı değerdendirme sonucu beraat hükmü verilmesi kanuna aykırılık taşımakta olup, CMUK'un 321. ... uyarınca BOZULMASINA...*¹⁴⁶”

şeklinde karar vermiştir.

Madde metninde cebir ve tehditle birlikte bir de hukuka aykırı diğer davranışlar sayılmıştır. Öğretide¹⁴⁷; hukuka aykırı diğer davranışlar bazı eleştirilere sebebiyet vermiş olup bizim de bu eleştirilere katıldığımız nokta; madde metninde hukuka aykırı davranıştan tam olarak ne kastedildiği hususunda var olan açıklıktır.

Bu bahiste açık bir düzenleme ya da madde metninde tek tek sayma şeklinde bir ibare bulunmadığından madde metni suça uygulanması açısından kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaya sebebiyet vermektedir. Ucu açık bırakılan bu düzenlemenin uygulamada yol açabileceği sorunlar bulunmakta olup kanunda yapılacak olan düzenleme ile giderilmesi gerekmektedir.

İhale üzerinde kalan isteklilerin idare ile sözleşme imzalamasından önce tehdit yolu ile sözleşme imzalanmasının engellenmeye çalışılması da ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamındadır. Fakat istekli ile idare arasında sözleşme imzalandıktan sonrasında yapılacak olan ve suça konu edilebilecek tehdit fiili ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında olmayıp, tehdit suçu kapsamında değerlendirilecektir¹⁴⁸.

Kanun ayrıca 235. maddenin 3 fıkrasının a bendinde; “*kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla ceza verileceğini*” hükme bağlamıştır. Bunun en temel nedeni ise iki farklı menfaatinin ihlalinin söz konusu olmasıdır¹⁴⁹.

2.3.1.4 İhaleye Katılanların Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yaparak Rekabet Ortamının Bozulmasına Yol Açmaları

TCK’nın 235. maddesinin 2. fıkrasının d bendinde düzenlenmekte olan suçun bu halinde,

“İhale süreci içerisinde yapılacak ve ihale şartlarını özellikle de fiyatı belirlemek hususundaki anlaşmalar serbest rekabet ortamını sekteye uğrattığından ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından cezalandırılacaktır. Fiilin cezalandırılabilir olması için

¹⁴⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 26.04.2022T., 2018/9204 E.,2022/4327 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 19.10.2023

¹⁴⁷ Behiye EKER KAZANCI (2011), age. s.169-170., Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.258.

¹⁴⁸ Muhittin ABACIOĞLU ve Ali ABACIOĞLU 2016, age. s.143.

¹⁴⁹ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s117.

anlaşmaya katılan ve istekliler arasında, ihale şartları ile fiyatı etkilemeye yönelik olarak yapılmış olması gerekir¹⁵⁰.”

Bu açıdan anlaşmanın konusu ihale şartlarını ve/veya fiyatı etkilemeye yönelik yapılmadıysa suç sübut bulmuş olmayacaktır¹⁵¹. Yapılan anlaşma yazılı, sözlü, açık ve gizli olarak yapılabilir bu hususta bir şekil şartı bulunmamaktadır¹⁵².

Fakat suçun oluşabilmesi için yapılan anlaşmanın kesin olarak ve her tür şüpheden uzak somut kanıtlar ile ispatı gerekmektedir¹⁵³.

Yargıtayın bu yönde bir kararı;

“... İl Özel İdaresince ihaleye çıkartılmış olan,... hizmet binasında bulunmakta olan asansörlerin yapımı için yapılmış olan ihalenin mali yönden en doğru ve uygun teklifi sunmuş bulunan ... firmasına verilmesine dair .../03/2013 tarihinde komisyon tarafından karar alındığı, ... ihale yetkilisi tarafından bu kararın onaylandığı fakat ihaleye ...Asansör isimli firma adına teklif sunmuş bulunan sanığın, komisyon kararına karşı itiraz ettiği,... itiraz ve ihale süreci devam ederken sanığın ...Asansör yetkilisi ...'ye 15.000 TL vermesi karşılığında söz konusu ihaleden çekilmesini teklif etmesi fiilinin 5237 sayılı TCK'nın 235/2-d maddesi delaleti ile 235/1, 35 maddeleri kapsamında ihaleye katılan kişi ile ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için açık veya gizli anlaşma yapmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, atılı suçtan mahkumiyeti yerine yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, kanuna aykırı olup...¹⁵⁴”

şeklindedir.

Suçun oluşması hususunda, anlaşmanın varlığının yeterli olduğu, ihale şartlarının veya fiyatın etkilenmiş olmasının gerekli olmadığı yönünde ve anlaşma yapmanın yeterli olmayacağı yapılan anlaşmanın sonucunda ihale şartlarının veya fiyatın da etkilenmiş olması gerektiği yönünde yargıtayın farklı görüşleri bulunmakta olup, bizim de aynı yönde fikir sahibi olduğumuz görüşe göre Türk Ceza Kanunu'nun 235/2-d maddesi sırf hareket suçu olup anlaşmaya yönelik irade beyanı ve anlaşmanın varlığı suçun oluşması için yeterli olacaktır¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.623.

¹⁵¹ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.259.

¹⁵² Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2020, age.s.936.

¹⁵³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 16.03.2019T., 2008/15009 E., 2009/3152 K. <http://www.kazanci.com>, ET. 19.10.2023

¹⁵⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 09/06/2020T., 2016/4878 E., 2020/11332 K. <http://www.kazanci.com>, ET.19.10.2023

¹⁵⁵ (Anlaşma yapmanın yeterli olmadığı yönünde; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 22.09.2008T. ve 2008/8361E.,2008/7873 K., Anlaşma yapmanın yeterli olduğu yönünde; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 18.04.2013 T. ve 2012/4500 E., 2013/3662 K., Yargıtay 5. Ceza Dairesi 16.1.2017T., 2013/17279E., 2017/402K., Yargıtay 5. Ceza Dairesi 18.4.2013T., 2012/4500E., 2013/3662K sayılı kararı,

Anlaşma için katılan veya istekli olmasalar dahi ihale sürecinde yer almakta olan isteklileri suçun sübut bulması yönünde bir saik ile bir araya getiren, bu kişiler arasında suçun oluşması amacıyla aracılık yapan ve bu suçun işlenmesi anlaşmanın sağlanması yönünden bazı menfaat elde edenler de suçun asıl failinin yanında azmettiren ya da durumun şart ve koşullarına bağlı olarak yardım eden sıfatı ile ihaleye fesat karıştırma fiilinden sorumlu olacaklardır. Hatta bu kişilerin anlaşmanın zorunlu unsurların biri olmasından kaynaklı olarak bazı durumlarda asli fail sıfatı ile suça dahil olduğunun bu yönde hükme esas alınması gerekliliğinin bulunduğu da ifade edilmektedir¹⁵⁶.

2.3.2 Netice

Suçun maddi unsurlarından bir tanesi de neticedir¹⁵⁷. Netice hukuken kendisine değer ve önem tanınmış olan yapılmak veya engel olunmamak şeklinde oluşturulan fiille meydana gelen dış dünyadaki değişiklik olarak tanımlanabilmektedir¹⁵⁸. Kanuni tanımlama yapılırken suçlar neticeye yer verilip verilmemesine göre ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır¹⁵⁹.

Doktrinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun neticeli ya da neticesiz suç olduğu hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Neticesiz suçlar (sırf hareket suçları), "hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlanan" ayrıca bir neticenin gerçekleşmesini aramayan suçları ifade etmektedir¹⁶⁰. Neticeli suçlarda ise suçun tamamlanması hususunda hareketin varlığı yeterli olmamakta hareketin gerçekleşmesinin yanında neticenin de gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹⁶¹.

İhaleye fesat karıştırma suçu için doktrinde ifade edilen görüşlerden birine göre suç, "sırf hareket suçu" olma özelliğine haiz bulunup 235. maddede sayılan seçimlik fiillerden herhangi birinin yapılmasıyla tamamlanmış olur. Suçun tamamlandığından

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 6.10.2010, 2010/13644 E., 2010/7252 K.) <http://www.kazanci.com>, ET.24.10.2023

¹⁵⁶ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.107.

¹⁵⁷ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN 2014, age. s.124, Çetin ARSLAN 2017, age. s.177.

¹⁵⁸ Hakan HAKERİ (2017), *Ceza Hukuk Genel Hükümler*, Yirmi Birinci Baskı, Adalet Yayınları, s. 181.

¹⁵⁹ Çetin ARSLAN 2017, age. s.177.

¹⁶⁰ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ (2020), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, On Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.129., Çetin ARSLAN 2017, age. s.177.

¹⁶¹ Türkan YALÇIN ve Timuçin KÖPRÜLÜ (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, Savaş Yayınevi, Dokuzuncu Baskı, Ankara, s. 188.

bahsedilebilmesi için failin hareketi neticesinde ihalenin iptaline karar verilmesi, fiyatın etkilenmesi veya kamunun zararına yol açılmış olması gerekmemektedir¹⁶².

Farklı bir görüşe göre ise maddenin üçüncü fıkrasının “b” bendinde bahse konu kamu zararı, “*objektif cezalandırılabilme şartı*” dır. Bu sebeple ilgili suçun tamamının neticeli suç olduğu söylenememekle birlikte 2. Fıkrasının “a” ve “c” bentleri ile sınırlı olmak üzere neticeli suç olduğu yönünde değerlendirme yapılabilecektir¹⁶³.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, suçun temel haline ilişkin açıkça netice unsuruna yer verilmese de maddenin devamında ilgili kurumun zararına sebep olunması yönündeki düzenlemede zararın öngörülmesi hasebiyle neticeli suçun varlığından bahsedilebilecektir¹⁶⁴. Bu bağlamda, TCK’nın 235. maddesinin üçüncü fıkrasının “b” bendinde bahsedilen zarar, suçun "netice" unsurudur¹⁶⁵. Sırf hareket suçlarında hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanacağından nedensellik bağı aranmamakta olup neticeli suçlarda bulunması elzem olan nedensellik bağı bu maddenin üçüncü fıkrasının “b” bendinde bulunması gerekli bir unsurdur¹⁶⁶. İhaleye fesat karıştırma suçu bağlamında ilgili bent yönünden doğan zarar nedensel olmalı ve zarar neticesi faile “*objektif olarak*” isnat edilebilmelidir¹⁶⁷.

En temel tanım ile ani suçlar, hareketten doğan neticenin gerçekleşip devam etmediği suçlar olup hareketten doğan neticenin bir süre devam ettiği suçlar da kesintisiz suçlardır¹⁶⁸. Söz konusu suç, kanun koyucunun belirlediği seçimlik hareketler yönünden incelendiğinde hareketin yapılması ile netice meydana geldiğinden suç ani suç olma özelliğine haizdir¹⁶⁹.

Gerçekleşen hareketin suçun konusu üzerindeki etkisine göre suçlar, "tehlike suçu" ve "zarar suçu" şeklinde sınıflandırılmıştır. İhaleye fesat karıştırma suçunun tehlike mi zarar suçu mu olduğu hususunda öğretide bir karmaşa bulunmaktadır. Bunun sebebi 11.04.2013 tarihli Kanun kapsamında yapılmış değişiklik olup ihaleye fesat karıştırma suçunun temel halini düzenleyen 1. fıkra hükmüne göre ayrıca bir

¹⁶² Çetin ARSLAN 2017, age. s.178. Doğan SOYASLAN 2020, age. s. 625

¹⁶³ Arif Naci SUCUOĞLU (2021), *İhaleye Fesat Karıştırma*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.290.

¹⁶⁴ Uğur ERSOY (2020), “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:11, Sayı 41, s. 31. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58516/854851>, ET. 03.09.2023.

¹⁶⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN (2017), *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, Üçüncü Baskı, USA Yayınevi, Ankara, s.415.

¹⁶⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age. s.132.

¹⁶⁷ Çetin ARSLAN 2017, age. s.179.

¹⁶⁸ Hakan HAKERİ 2017, age. s.186.

¹⁶⁹ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2017, age. s.417.

zararın meydana gelmesi gerektiğine yönelik ibarenin bulunmadığı düşüncesinden hareketle suçun tehlike suçu olarak nitelendirilmekte olmasıdır¹⁷⁰.

Zarar suçunda, hareketin meydana gelmesi ile suçun konusu üzerinde zararın varlık kazanması gerekmektedir¹⁷¹. Hareketin, tehlike suçu olarak nitelendirilebilmesi için ise konu üzerinde zarar tehlikesinin doğmasına sebep olunması yeterli bulunmaktadır¹⁷².

Doktrinde dile getirilen ve Yargıtayın da benimsediği görüşe göre; bu suçun türünün “tehlike suçu” olduğu yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre “ihalelerin engellenmesi”, “erteleme” ve “fiyatlara etkisi” gibi sonuçların varlığı suçtan söz etmek için şart değildir. Öte yandan, failin davranışının rekabeti bozucu nitelikte olup olmadığının araştırılmasına da gerek olmadığını ve bu bağlamda TCK’nın 235. maddesinin “soyut tehlikeli suç” olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁷³.

Yargıtay’ın bu yönde bir kararı;

“İhaleye fesat karıştırma suçunda, korunan hukuki yararın kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğu, atılı 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 edilememiş olması Hazineden bir gider oluşmasına yol açmayacağından kamu zararının gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceği...”¹⁷⁴”

şeklinde¹⁷⁵.

Doktrindeki bir diğer görüş ise suçun, “zarar suçu” olduğu yönündedir. Bu görüşü dile getiren yazarlara göre; TCK 235. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde bulunan düzenleme ile “kamu kurumu veya kuruluşu açısından” zarara yol açılmamış olmasının cezaı hafifletici bir nitelikli hal öngörülmesinden bahisle; Suçun temel halinden faile ceza verilebilmesi için failin hareketi sonucunda ilgili kurumun zarara

¹⁷⁰ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞSIZ 2020, age.s.937.

¹⁷¹ Kayıhan İÇEL 2021, age. s.288.

¹⁷² Türkan YALÇIN ve Timuçin KÖPRÜLÜ 2022, age. s.183.

¹⁷³ Çetin ARSLAN 2017, age. s.190.

¹⁷⁴ Yargıtay 5.C.D, E: 2012/13889, K: 2014/2198, T: 03.03.2014 www.kazancı.com.tr, ET. 12.02.2024

¹⁷⁵ Aynı yönde bkz. Yargıtay 5.C.D, E: 2017/3886, K: 2018/569, T: 12.02.2018, www.kazancı.com.tr, ET. 20.02.2024

uğraması yani failin hareketine bağlı bir neticenin varlığı aranmakta olup suçun temel halinin “zarar suçu” olduğu yönündedir¹⁷⁶.¹⁷⁷¹⁷⁸

Zararın tehlike suçunun nitelikli hali olarak düşünülmesi hususunda Ünal’ın değerlendirmesi;

“11.04.2013 tarihli değişiklik öncesinde suç bir tehlike suçu iken ihaleye fesat karıştırma olarak belirlenmiş olan fiillerin işlenmesi suçun oluşumu açısından yeterli kabul edilmekteydi, zararın meydana gelmesi cezayı yarı oranda arttıran nitelikli bir unsur olarak görülmekteydi fakat değişiklik sonrası suçun oluşabilmesi için zararın oluşabilmesi şart olup zararın gerçekleşmesi suçun temel şekli olarak anlaşılabilecek ve suçun zarar suçu olduğu kabulü gerekecektir. İlgili değişiklik soyut tehlike suçunun zarar suçu haline getirilmesinin bir örneğini oluşturmaktadır¹⁷⁹.”

şeklindedir.

Farklı bir görüş olarak ÖZGENÇ 'in değerlendirmesine göre ise, ihaleye fesat karıştırma suçunun “cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi” dışındaki, diğer seçimlik hareketler bakımından “zarar suçu” olduğu yönündedir¹⁸⁰.

Özgenç’in görüşüne katılmamakla birlikte, TCK 235. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uyarınca, suçun cebir ya da tehdit yoluyla işlendiği hallerde “temel cezanın alt sınır beş yıldan az olamaz” hükmü uyarınca maddede bahsedilen zarar gerçekleşmiş olsun ya da olmasın uygulanacak hapis cezasının alt sınırı beş yıldan az olamayacaktır. Bu bağlamda suçun cebir ya da tehdide başvurularak işlendiği hallerde, ilgili bentte bahsedilen zarar gerçekleşmese dahi bu hafifletici hal uygulanamayacağı kanaatindeyiz¹⁸¹.

Kanaatimizce, zararın bulunması halinde cezanın arttırılacağını öngörmekte olan düzenlemede değişiklik yapılmadan önce suç tehlike suçu olma özelliğini taşımaktaydı fakat yapılmış olan değişiklik ile kanun koyucu, zararın varlığı halinde

¹⁷⁶ Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s. 941. Aynı yönde bkz. Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s. 774

¹⁷⁷ Doğan SOYASLAN (2013), “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), s. 405. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48280/621241>, ET. 22.10.2023.

¹⁷⁸ İlgili değişiklik gerekçesi; “Maddenin yürürlükte olan düzenlemesine göre söz konusu suç temel hali itibarıyla bir zarar suçu değildir. Zararın meydana gelmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılacak değişiklik ile bu suçun temel şeklinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi zarar suçuna dönüştürülmesi amaçlanmıştır.” <https://www.lexpera.com.tr/> ET.23.02.2024

¹⁷⁹ Osman Gazi ÜNAL (2023), *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, s. 182.

¹⁸⁰ İzzet ÖZGENÇ 2013, age. s.66.

¹⁸¹ Aynı yönde bkz. Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s.883. ve Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s.775.

de değil de zararın bulunmaması durumunda bir düzenlemeye gitmiş ve zararın meydana gelmemiş olması halinde temel cezadan daha düşük bir yaptırım öngörmüştür. Bu bağlamda kanun koyucu yapmış olduğu yeni düzenleme ile cezada indirim yapılacak bir nitelikli hal düzenlemiştir. Bahse konu yeni düzenleme ile kanun koyucunun ihaleye fesat karıştırma suçunu netice bakımından zarar suçuna dönüştürmeye çalıştığını söyleyebiliriz.

2.4 SUÇUN MANEVİ UNSURU

Manevi unsur incelemeye başlamadan önce suç genel teorisi içerisinde yerinin tespit edilmesi elzem olup Türk Ceza hukukunda suçun unsurları bakımından pek çok görüş ve ayrım bulunmaktadır.

Toroslu’ya göre, suçun unsurları maddi unsur ve manevi unsur olmak üzere iki unsuru şeklidir¹⁸². Başka bir görüşe göre, yine suç iki unsurdan oluşmakta olup bu unsurlar tipiklik ve hukuka aykırılıktır¹⁸³. Bir başka görüşe göre, suç üç unsurdan oluşmaktadır. Bu unsurlar tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdur¹⁸⁴. Suçun unsurlarının dört unsurdan oluştuğu yönünde düşünen yazarlara göre ise, kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsurdur¹⁸⁵.

Suçun maddi unsurunun yanı sıra bir de manevi unsur mevcuttur. Suçun Manevi unsurundan, fail ile gerçekleşmiş olan eylem arasındaki manevi bağ anlaşılmaktadır¹⁸⁶. Bu bağ kurulmadıkça suçun varlığından söz edilemez ve bu fiil yönünden faile suç atfedilemez¹⁸⁷. Fiilin suç niteliği taşıması için söz konusu manevi bağ varlığı gerekmektedir.

Tüm bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere yapılmış olan tüm ayrımlarda manevi unsur bulunmaktadır. Manevi unsur kavramı, temel olarak kasıt ve taksir

¹⁸² Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 129.

¹⁸³ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR (2022b), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş On altıncı Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 291.

¹⁸⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş On Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 209., Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM (2022), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Yirmi İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s171.

¹⁸⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN (1997), *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, 1. Cilt, On dördüncü Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, s.311. Nur CENTEL, Hamide ZAFER, ve Özlem ÇAKMUT (2020), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, On Birinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s.215. Doğan SOYASLAN (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş Onuncu Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 219.

¹⁸⁶ Gamze DEMİREL GÜLER (2017), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, Matris Matbaacılık, Birinci Baskı, İstanbul, s.139.

¹⁸⁷ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA 2013, age. s. 28.

olmak üzere iki tür olarak karşımıza çıkmaktadır. Manevi unsurun suçun unsurları içerisindeki yeri ile kusur kavramı yönünden ilişkisi için doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Şöyle ki;

Bu görüşlerden ilkinde göre, manevi unsur suçun dört unsurundan biridir ve bu unsur altında failin kusurlu davranma yeteneği (isnat yeteneği) ile somut olayda kusurlu şekilde davranmış olması (kusurluluk) incelenir ve kast ile taksir kusurluluğun çeşitleri olarak saptanır¹⁸⁸.

Bir başka görüşe göre ise, manevi unsur genellikle tipikliğin subjektif unsuru olarak değerlendirilmekte olup bu durumun sonucunda kasıt ve taksir kusurluluğun çeşitleri olarak değil, yalnızca tipikliğin subjektif unsurları olarak kabul edilmektedir¹⁸⁹.

Son olarak yer vereceğimiz görüş ise, kasıt ve taksirin tipikliğin subjektif unsuru olduğu gibi kusurluluk içerisinde de yerinin bulunduğunu düşünen görüştür ve bu görüşe göre kusurluluk failin hukuka uygun olan davranış yerine aykırı olanın seçilmesi sebebiyle kınanması olarak tanımlama yaparlar¹⁹⁰.

Manevi unsur hakkında bu değerlendirmeler ışığında çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçu bağlamında manevi unsuru incelediğimizde TCK 235. maddesinde öngörülen suçun manevi unsuru kasttır¹⁹¹. Kast, Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” hükmü ile tanımlanmıştır. Kanunun yaptığı tanıma göre, kast bilme ve isteme olmak üzere, birlikte bulunması gereken iki temel unsurdan oluşmaktadır. Bu sebeple kastın varlığı için failin hem suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar bakımından bilgiye sahip olması hem de bu unsurların gerçekleşmesini istemesi gerekmektedir¹⁹². Fiilin haksızlık içeriğini etkileyen unsurların fail tarafından bilinmesi kast için zorunludur. Kastın varlığı için suçun kanuni tanımında yer alan tüm maddi unsurların fail tarafından bilinmesi bu kapsamda da failin konuyu bilmesi gerekmektedir¹⁹³.

¹⁸⁸ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1997, age. s.143, Doğan SOYASLAN 2022, age. s.433., Uğur ALACAKAPTAN (1975), *Suçun Unsuruları*, İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 118.

¹⁸⁹ Berrin AKBULUT (2023), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Onuncu Baskı, Adalet Yayınevi, s.445., Hakan HAKERİ 2017, age. s.202., Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age. s.152.

¹⁹⁰ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s.306.

¹⁹¹ Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s. 775.

¹⁹² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age. s.154.

¹⁹³ Berrin AKBULUT 2023, age. s.441.

Failin neticeyi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesinin manevi unsurun oluşması için yeterli sayıldığı suçlara genel kastla işlenebilen suçlar denilmektedir. Özel kast ise bilmenin ve istemenin yanı sıra kanunun failin belirli bir amaçla hareket etmesini istediği hâllerde söz konusu olacaktır¹⁹⁴. Genel kast suçun oluşması için yeterli olup ihaleye fesat karıştırma suçunda özel kast aranmamaktadır¹⁹⁵. Fakat TCK 235. maddesinin 2. fıkrasının “d” bendi fiilin “ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla” gerçekleşmesini aradığından bu seçimlik hareket yönünden özel kast söz konusudur¹⁹⁶. TCK 235. maddesinin 2. fıkrasının “d” bendi harici durumlar yönünden suçun sübut bulması için failin maddi unsurların gerçekleştiğini bilerek hareket etmesi yeterlidir¹⁹⁷.

İhaleye fesat karıştırma suçu için kanunda açıkça taksirle işlenebileceği öngörülmediğinden suç kasten işlenebilir nitelikteki suçlar arasındadır. İhale sürecinde özenli ve dikkatli olma sorumluluğuna aykırı olarak gerçekleşen fiiller neticesinde ortaya çıkan aykırılıklar suçun konusunu oluşturmayacaktır¹⁹⁸.

Kasten işlenen suçlar doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kast ile de işlenebilir. Fakat kanuni düzenlemesinde “bilerek” ya da “bildiği halde” gibi benzer ifadelerin yer aldığı suçlar ancak doğrudan kast ile işlenebilmektedir¹⁹⁹. İhaleye fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında “bilerek” ya da “bildiği halde” gibi ifadeler söz konusu olmadığından suçun olası kast ile işlenmesine engel bir hususta bulunmamaktadır²⁰⁰. Aksi yönde bir görüşe göre ise ihaleye fesat karıştırma suçunda fesat eylemi kastın bilme ve isteme anlamının ötesinde daha bilinçli bir hukuka aykırı fiili işleme iradesini hatta hile ögesinin varlığını da gerektirdiğinden suçun olası kast ile işlenmesi mümkün olmayacağı yönündedir²⁰¹.

11.04.2013 tarihli değişiklik ile suçun zarar suçuna dönüştürüldüğü görüşünde olan yazarlara göre, kanunda sayılan seçimlik hareketler yönünden failin ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarına karşı zarara uğratma kastının varlığı gerektiği yönündedir²⁰².

¹⁹⁴ Cengiz APAYDIN (2016), “Kastın Çeşitleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S: 121, Eylül, s.46. <https://www.jurix.com.tr/article/5281?u=0&c=0>, ET. 24.08.2023

¹⁹⁵ Behiye EKER KAZANCI (2011), age. s.190

¹⁹⁶ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.26.

¹⁹⁷ Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s.781.

¹⁹⁸ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.264.

¹⁹⁹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s.365.

²⁰⁰ Çetin ARSLAN 2017, age. s.211.

²⁰¹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s. 630., Ahmet Ceylani TUĞRUL (2011), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, Cantekin Yayıncılık, Ankara, s.106.

²⁰² Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s. 941. Aynı yönde bkz. Veli Özer ÖZBEK 2023,

Aksi görüşü savunan yazarlara göre ise, ihaleye fesat karıştırma suçunun bir tehlike suçu olduğunun kabulü ile anılan değişikliğin sadece suçun nitelikli hali yönünden bir değişiklik barındırdığı bu sebeple faillerin suçun seçimlik haller yönünden kamuyu bir zarara uğratma kastlarının varlığı aranmayacağı yönündedir²⁰³.

TCK 30. Maddesi;

“Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

hükmünü düzenlemektedir.

Fail yönünden suçun maddi unsurunda hatanın söz konusu olması yani suç işlendiğinin bilinmemesi mümkün olup, fail düşündüğünü gerçekleştirmiş olsa idi fiil suç olmayacak idiyse hata esaslı sayılacak ve fiil suç oluşturmayacaktır²⁰⁴. Bu nedenle failin ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından herhangi bir sorumluluğu bulunmamakta olup failin taksiri olsa bile ihaleye fesat karıştırma suçu kanunda taksir ile işlenebilir suçlar arasında sayılmadığından cezalandırılabilir bir fiil söz konusu olmayacaktır²⁰⁵.

Fiil ile fail arasında psikik bağı ortadan kaldıran ve fiilin bilinmemesinden kaynaklanan nedenler kusurluluğu kaldıran nedenler olarak gösterilmektedir. Türk Ceza Kanunu İhaleye Fesat Karıştırma suçu yönünden kusurluğu kaldıran veya etkileyen özel bir düzenlemeye yer vermemiştir²⁰⁶. Bu sebeple TCK’da yer alan kusurluluğu kaldıran haller;

“...kendinde olmama, mücbir sebep, maddi cebir, Hata; hukuki hata, fiili hata, isabette hata, Manevi cebir ve bu temelde kişiden beklenenin bulunduğu koşullarda kendisinden istenememesi (istenememezlik ilkesi)...”

age. s. 774

²⁰³ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.47.

²⁰⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.630.

²⁰⁵ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.270.

²⁰⁶ Köksal BAYRAKTAR (2021), *Özel Ceza Hukuku (Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Bilişim Alanında Suçlar)*, On İki Levha Yayıncılık, Cilt VIII, Birinci Baskı, İstanbul, s.56.

olup somut olaya göre değerlendirilecektir²⁰⁷. Örneğin, “İhaleye katılma yeterliliğine veya şartlarına sahip olmayan birinin tehdit ile ihaleye katılımının sağlanması ya da teklif edilen malların şartnamede belirtilmiş olan niteliklere haiz olmadıkları halde cebir ve tehdit ile değerlendirilmeye alınması halinde, komisyon başkan ve/veya üyelerin değerlendirmeyi yaparken yapmış oldukları yanlış yorum nedeniyle isteklinin ihale dışı kalması hallerinde” kusurluluğu kaldıran haller söz konusu olabilecek olup somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılması gerekecektir²⁰⁸.

Suçun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi konusunda hataya düşülmesi halinde ise fail bu hatasından yararlanacak ve cezayı arttırıcı yönde olan nitelikli hal yönünden cezada arttırım yapılmayacaktır²⁰⁹. Yani TCK’nın 30. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenen hüküm ile nitelikli hallerde gerçekleşecek hataya düşme halinde uygulama yapılırken dikkat edilecek husus;

“failin kastettiğinden daha ağır bir netice meydana gelmiş ise gerçekleşen ağır neticeden değil kastedilen fakat gerçekleşmeyen neticeden ve kastedilenden daha hafif bir netice meydana gelmiş ise kastettiği neticeden değil gerçekleşen neticeden sorumlu olmasıdır”²¹⁰.

şeklinde açıklanabilmektedir.

2.5 SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık unsuru ile yapılmış olan düzelemeye göre, bir fiil yönünden hukuk düzeninin bahse konu fiili suç olarak kabul etmesi ve suç olarak kabul etmiş olduğu bu fiil yönünden herhangi bir şekilde hukuka uygun addetmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Fakat hukuk düzeni suç kabul etmiş olduğu bazı fiiller yönünden yaşanabilecek bazı durumların mevcudiyetinin, fiili hukuk düzenin mubah görebileceğini düzenlemiştir.

Bu anlamda hukuka uygunluk nedenleri, Türk Ceza Kanunu’nda “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında; “*Kanun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme*” (m.24), “*Meşru savunma*” (m. 25), “*Hakkın kullanılması*” (m. 26/1) ve “*İlgilinin Rızası*” (m.26/2) şeklinde sayılmıştır.

²⁰⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN (2019), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, On İkinci Baskı, USA Yayınevi, Ankara, s. 289.

²⁰⁸ Köksal BAYRAKTAR 2021, age. s.56.

²⁰⁹ Doğan SOYASLAN, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN (2014), age. s.135.

²¹⁰ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2019, age. s.298.

Kanun kapsamında belirlenmiş suç olarak belirlenmiş olan hareketi hukuka aykırı olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getiren özel durumlar mevcut bulunmaktadır. En temel hali ile bunlar kanun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası şeklinde kanunda düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusu olan ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından kanunda özel olarak düzenlenmiş ve öngörölmüş bir hukuka uygunluk hali bulunmamaktadır. Bu sebeple genel olarak belirlenmiş olan hukuka uygunluk halleri yönünden ihaleye fesat karıştırma suçunu incelemek gerekmiştir.

Hukuka uygunluk nedenlerinden ilki kanun hükmü ve yetkili mercii tarafından verilen emrin uygulanmasıdır. Bu hukuka uygunluk nedeni Türk Ceza Kanunu'nun 24. Maddesinde düzenlenmekte olup, *“Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz”* şeklindedir.

Bu hukuka uygunluk sebebi bazı ihtimallerde ihaleye fesat suçu bakımından uygulama alanı bulabilmektedir. Hakkında farklı bir veya birden fazla suçtan dolayı yakalama emri bulunan bir kişinin ihaleye istekli olarak katılması halinde, kolluk görevlilerinin ihale sırasında bu istekliyi yakalanarak kişinin ihale sürecindeki işlemlere katılmasına engel olan kolluk görevlileri bu bakımdan ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemiş olmayacaktır²¹¹.

Anayasa'nın 137. maddesinde de hareketin konusunun suça sebebiyet verdiği emrin varlığı halinde ve bu emrin yerine getirilmesi dolayısıyla hukuk alanında ortaya çıkacak olan hukuka aykırılıktan sorumlu olunacağını belirtilmiştir. Buna göre, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından, fesat eylemini oluşturan fiiller ihale mevzuatına göre yasaklanmış olup aynı zamanda da suç teşkil etmektedir.

İhale kapsamında yasak olan ve suç teşkil eden bu fiillerin yerine getirilmesi verilen emri hukuka aykırı kılmakta olup, ast tarafından emrin hukuka uygun olup olmadığının denetimi üst tarafından engellendiğinde, emri verenin TCK 235. madde kapsamında sorumluluğu ortaya çıkacak ve cezalandırılacaktır²¹².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Meşru savunma ve zorunluluk hali başlıklı 25. maddesi,

“Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara

²¹¹ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.272.

²¹² age. s.278.

göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

hükmünü düzenlemektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından hukuka uygunluk hallerinden meşru müdafanın uygulanması hususunda engelleyici bir durum söz konusu olmamakla birlikte suçun niteliği sebebiyle meşru müdafaa hükümlerinin uygulaması elverişsizdir²¹³.

Bir diğer hukuka uygunluk hali ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıklı 26. maddesinin 1. fıkrasında “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmektedir.

Hakkın kullanılmasının somut olay bağlamında suç oluşturmaması için gereken şartları taşıması gerekmekte olup bu şartlar;

“Bir hakkın bulunması, süjenin hakkı kullanan olması, hakkın süje tarafından doğrudan doğruya kullanılmasının olanaklı olması, süjenin hakkını hakkın sınırları içinde kullanması, hak kullanılması sırasında işlenen fiilin suçun maddi unsuru olarak tanımlanmış olması, hakkın kullanılması ile işlenen ve suçun maddi unsuru olarak tanımlanan fiil arasından bağlantı olması, koşulların suçun işlenmesinden önce veya suçun işleniş anında bulunması şeklindedir.”²¹⁴

Hakkın kullanılması konusunda ihaleye fesat karıştırma suçu değerlendirildiğinde, öğretide genellikle haber alma hakkı kapsamında incelenmekte olup ihalede usulsüzlük yapıldığından bahisle ihaleye katılan isteklinin gizli bilgilerinden olan teklif detaylarını ve ticari belgelerini gazetede yayınlayan gazeteci failin bu eylemi hakkın kullanılması yoluyla hukuka uygun olacak ve suç oluşturmayacaktır²¹⁵.

Kanunla düzenlenmiş hukuka uygunluk hallerinin sonuncusu ise ilgilinin rızasının bulunması halidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıklı 26. maddesinin 2. fıkrası; “*Kişilerin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklinde ilgilinin rızasının bulunması halinin fiili hukuka uygun hale getireceğini düzenlemektedir.

²¹³ Veli Özer ÖZBEK 2023, age. 776.

²¹⁴ Uğur URUŞAK (2010), *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.192.

²¹⁵ Çetin ARSLAN 2017, age. s.197.

Burada esas olan husus fiilin kişinin üzerinde tamamıyla tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığıdır. İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından incelendiğinde bu hukuka uygunluk nedeni suç kapsamında uygulama alanı bulamamaktadır. Şöyle ki; bu husustaki genel geçer kabul rızanın verilmesinin kişiye ait olan haklar bakımından mümkün olduğu, kamunun suçun mağduru olabileceği suçlar bakımından rızanın uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir²¹⁶. Kamunun mağduriyetinin değil ihaleye katılan isteklilerin mağdur olmasından hareket eden görüşe göre ise, ihaleye katılan isteklilerin ihaleye fesat karıştırma suçu bağlamında suç üzerinde doğrudan tasarrufta bulunabilme gibi bir haklarının bulunmadığından bahisle rızanın varlığının fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği yönündedir²¹⁷.

Kanaatimizce de suçun mağdurunun kamu olduğu ihtimalde de mağdurun ihaleye katılan istekliler kabul edildiği ihtimalde de rızanın sadece kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar yönünden uygulama alanı bulabilmesi, kişinin hatta kamunun dahi mutlak tasarruf yetkisinin bulunmaması sebebiyle fiilin hukuka uygun hale gelmesinin mümkün olmadığı yönündedir.

2.6 SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Türk Ceza Kanunu İhaleye fesat karıştırma suçunda iki nitelikli hal öngörmüş olup bunlar; daha ağır bir ceza verilmesini öngören suçun cebir fiili veya tehdit fiili kullanılarak işlenmesi ile cezayı azaltan nitelikli hal olan zarar meydana gelmemiş olması durumlarıdır.

Nitelikli haller, suçun oluşmasında bulunmaları elzem olan asli unsurlara ek olarak, suçun daha ağır veya hafif olması durumlarında temel cezanın artmasını veya azalmasını gerekli kılan, ancak bulunmadıkları hallerde suçun varlığında hiçbir etkide bulunmayan ve suçu etkiledikleri zamanlarda da suçun hukukî değerinde değişime sebebiyet vermeyen hallerdir²¹⁸.

Nitelikli halin belirlenmesinde dikkat edilen özellikler; fiilin işleniş tarzı, fiilin işlendiği yer veya zaman, fail veya mağdurun vasfı, fail ile mağdurun arasındaki ilişki, suçun konusu, amaç ve saiktir²¹⁹

²¹⁶ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.273.

²¹⁷ Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s.777.

²¹⁸ Mustafa ÖZEN (2018), *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 315.

²¹⁹ Berrin AKBULUT 2023, age. s.430.

2.6.1 Cezayı Arttıran Nitelikli Hal

Türk Ceza Kanunu 235. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde ,

“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.”

şeklindeki düzenlemesi ile cezayı arttırma yoluna gidilecek bir nitelikli hal düzenlemiştir.

Bu nitelikli hal yönünden Yargıtayın bir kararı şu şekildedir;

“...Havza Cumhuriyet Başsavcılığının 01/12/2014 tarihli ve 2014/281 sayılı iddianamesi ile sanıklar haklarında ihaleye fesat karıştırma suçundan açılan kamu davasında mahkemece sanıklara basit yaralama suçundan ek savunma ... tanınarak ihaleye fesat karıştırma suçundan beraatlerine, basit yaralama suçundan ise kesin nitelikte adli para cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiş ise de...; TCK'nın 235. maddesi 3-(a) bendinde yer alan suun "Cebir veya tehdit kullanılarak ... işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. fakat, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda,... ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur"... hüküm uyarınca, ... katılanların basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandıkları, buna göre de neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama veya tehdit suçlarının unsurlarının gerçekleşmediği...²²⁰”

6459 sayılı kanunda değişiklik yapılmadan önce çalışmamızın konusunu oluşturmakta olan suç yönünden ilgili kamu kurumu veya kuruluşun zarar görmesi cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmekteyken yapılan değişiklik ile zararın bulunmaması cezayı azaltan bir nitelikli hale dönüştürülmüştür.

2.6.1 Cezayı Azaltan Nitelikli Hal

Türk Ceza Kanunu 235. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde,

“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.”

şeklindeki düzenlemesi ile cezayı hafifleten bir nitelikli hal belirlemiştir.

²²⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 29/09/2022 T.,2019/6676 E., 2022/11302 K. www.kazanci.com.tr, ET.20.11.2023

6459 sayılı kanun ile eklenen bu madde öncesinde çalışmamızın konusunu oluşturmakta olan suç bir tehlike suçu olarak kabul görmekteydi fakat kanunda yapılan değişikliklerle birlikte açık olarak zararın arandığının düzenlenmesi suçu bu anlamda zarar suçu niteliğine dönüştürmüştür. Bu husus bazı karışıklıklara sebebiyet vermektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunun basit hali yönünden suç bir tehlike suçu olarak değerlendirilmekte olup ceza tayini yapılması için suç konusu fiil sonucunda bir kamu kurum veya kuruluşunun zarara uğraması aranmamaktadır. Bu bağlamda kamu zararının aranması gerektiği düşünülseydi suç bir zarar suçu olarak değerlendirilecek ve kamu kurum veya kuruluşlarının zarara uğramadığı hallerde ihaleye fesat karıştırma suçunun diğer yasal unsurları değerlendirilmeksizin fiilin cezasız kalması söz konusu olacaktır²²¹.

Bu yönde Yargıtay,

“...suçun işlenmesi sonucunda ilgili kamuya ait bulunan kurum ya da kuruluş yönünden zararın meydana gelmesi ... artırım nedeni olarak öngörülmüşken değişiklik sonrası suçun işlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş olması halinin... TCK’nın 235/3-(b) maddesinde ayrıca düzenlendiği... ilgili kamu kurumu açısından bir zarar meydana gelmediği ... gözetilerek TCK’nın 235/3-(b) madde ve fıkrası gereği uygulama yapılması gerekmektedir anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca hüküm kurulması... sanıklar haklarında fazla ceza tayini yapılması sebebiyle bozulmasına...”²²²”

şeklinde karar vermiştir.

Zarar kavram olarak “Bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç²²³” şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuki olarak ise zarar suçu haksızlık oluşturacak fiilin gerçekleşmesi sonucunda suç konusunda zararın ortaya çıkmasıdır²²⁴. Benzer bir tanımlama ile Kanun suç tipinde zararlı bir netice belirlemiş ise zarar suçu söz konusu olacaktır²²⁵. Madde metnindeki bahse konu zarar, maddi zarar olup zarar ve zararın miktarı mahkeme tarafından bilirkişi marifetiyle belirlenecektir²²⁶.

²²¹ Gamze DEMİREL GÜLER 2017, age. s.143.

²²² Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 12/10/2022 T., 2018/4328 E., 2022/12111 K. www.kazanci.com.tr, ET.20.11.2023

²²³ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, ET.24.09.2023

²²⁴ Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.310.

²²⁵ Timur DEMİRBAŞ (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, On Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.253.

²²⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.641.

Çalışmamızın konusu suçun işlenmesi sonucunda kamu kurum ve kuruluşları bir zarara uğramamış ise verilecek cezanın belirlenmesinde ilk olarak maddenin temel halinden bir ceza tayini yapılacak akabinde suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali suçun cebir tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hali hariç uygulanacaktır. *Koca*'da bu hususu “*kamu zararının olmaması sebebi ile yapılan indirim suçun temel şeklinin bir unsuru değil, nitelikli halin gerçekleşmesinde bir unsurdur*” şeklinde değerlendirmiştir²²⁷.

Yargıtayın bu hususta yapmış olduğu değerlendirme ihaleye fesat suçunda zararın dar yani somut (maddi) zarar olarak yorumlanması gerektiği yönündedir. Şöyle ki;

“...Kamunun zararı Kanun'un gerekçesinde bulunmakta olan açıklama doğrultusunda,... ekonomik zarar yönünden olup belirlenebilir olmalıdır. Fakat, bahse konu zarar için bedelin kesin ve tam olarak belirlenmesi elzem bulunmamaktadır, durumun özelliğine göre ... zararın meydana geldiği kanaatine varılabiliyor ise ... kamu zararının varlığını kabul için yeterli kabul edilebilmektedir. Kamu zararı kavramının tam olarak belirlenmesi için 5018 sayılı Yasasının 71. maddesinde yer almakta olan düzenleme temel alınabilir. ...mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda 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 gerektiği yolundaki tercihi ile bağdaşmaz.”²²⁸

Kamu zararı belirlenirken, zararın İhaleye Fesat Karıştırma suçu kapsamında bir fiil ile meydana gelmiş olması, bu fiilin bir zarar meydana getirmiş olması ve bu zararın kasten doğmuş olması gerekmektedir. Kamunun zararının miktar olarak net hesaplanabilir olmasına gerek yoktur.

²²⁷ Mehmet Reis KOCA 2014, age. s.140.

²²⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.04.2007 T., 2007/4-88 E., 2007/94, K. www.kazanci.com.tr, ET.08.10.2023

2.7 İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN BAZI SUÇLAR İLE MUKAYESESİ

2.7.1 Görevi Kötüye Kullanma Suçu

Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin 1. fıkrası,

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

hükmünü düzenlemektedir.

Bu suç kapsamında kamu görevlisi görevini yerine getirirken hukukun emredici kurallarına ve görevinin gereklerine aykırı davranmakta, menfaat temin etmekte, kamunun itibarına, güvenilirliğine ve işleyişine zarar vermektedir²²⁹.

Kamu görevlisi görevi kötüye kullanma suçunda, kullandığı yetkiyi ve kullanılan yetkinin kanuna aykırı olduğunu bilmektedir. Bu açıdan suç, kamu görevlisi tarafından kast ile işlenebilir bir suçtur²³⁰. Görevi kötüye kullanma suçu faili yönünden ihaleye fesat karıştırma suçu ile ayrılmaktadır. Çünkü çalışmamızın konusunu oluşturan suç yönünden fail herkes olabilirken, görevi kötüye kullanma suçunda, suçun maddi unsuru kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanmak suretiyle kamuya ve kişilere zarar vermesi olduğundan suçun faili kamu görevlisi olmaktadır.

Kanun koyucu her ne kadar ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından failin herkes olabileceğini düzenlemişse de çalışmamızın fail başlıklı bölümünde de incelediğimiz üzere ihaleye fesat karıştırma suçu “a” ve “b” bentlerinde faile yüklemiş olduğu nitelikler yönünden özgü suç olma özelliği taşımaktadır. İhale sürecinde görev alan kamu görevlilerinin suçun faili olması sebebiyle görevi kötüye kullanma suçu ile fail yönünden bahse konu düzenlemeler yönünden benzerlikleri bulunmaktadır.

Madde metni *“kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında”* şeklindeki düzenlemesi ile görevi kötüye kullanma niteliğindeki fiilin özel nitelikteki suç tiplerinden veya özel kanunlarda başkaca surette cezalandırılmaması halinde genel tamamlayıcı ve tali norm olan bu maddenin uygulanacağını belirtmektedir²³¹. Görevi kötüye kullanma suçu bu yönü ile de çalışmamızın konusunu oluşturan suç ile ayrılmaktadır. Şöyle ki ihaleye fesat karıştırma suçunda kanunda hangi fiillerin suç

²²⁹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.736.

²³⁰ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.172.

²³¹ M. Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Ü. Kerim ÇAKIR 2022a, age. s.1082.

sübut vereceği açık olarak düzenlenmiş olup, görevi kötüye kullanma suçu yönünden kanun bu şekilde bir sayma yoluna gitmemiş genel, tamamlayıcı bir madde niteliğinde düzenlemede bulunmuştur.

Çalışmamızın birinci bölümünde incelemiş olduğumuz doğrudan temin yöntemi bir ihale usulü özelliği taşımamakta olup, Yargıtayın,

“...Fen İşleri ..., belediyeye ait bulunmakta olan bir kısım hizmetin ... yerine getirilmesi için ... doğrudan temin usulü ile alınmasına karar verildiği, 22/01/2008 tarih ve 26764 sayılı Resmi Gazete ‘de yayımlanan Kamu İhale Tebliğine göre 2008 yılı için doğrudan temin sınırının 10.195,00 TL olduğu halde, sanıkların yaklaşık maliyeti 14.835,00 TL ile 17.600,00 TL arasında değişen olaya konu hizmetin sınırın üzerinde bulunmasına rağmen, hizmet alımlarını parçalara ayırarak ve ayrılan parçaların, ayrı ayrı doğrudan temin usulü ile yaptıkları, ... başka firmaların ihaleye katılmasını engellemekte olan ve alım yapılmakta olan ... firmaya da yarar sağlayarak görevlerinin gereklerine aykırı hareket eden sanıkların görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği ...²³²”

“...Mahmutlar Belediye başkanı olarak görev yapan sanığın, D-400 karayolu orta refüjünün çimlendirilmesi, ağaçlandırılması, aydınlatma malzemelerinin alınması, sulama tesisatının yapılması gibi aynı projede yer alan benzer nitelikte olan ve yakın tarihlerde yapılan işlerin doğrudan temin limitinde bırakmak için ayrı ayrı kısımlara bölmek şeklinde doğrudan temin alım yöntemini kullanarak yapması, ... temel ilkelere aykırı şekilde istekli lehine menfaat kazandırılması şeklindeki.... eylemlerinin zincirleme olarak icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu objektif cezalandırma koşulları gerçekleştiği halde,...²³³”

kararlarından da anlaşılacağı üzere kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun olarak hareket etmeyerek suça yol açması görevi kötüye kullanma suçu yönünden cezalandırılacaktır.

Yargıtayın bu yöndeki kararlarını ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından incelediğimizde TCK 235. madde kapsamında bir suçun varlığından söz etmemiz mümkün olmayacaktır. Çünkü ihaleye fesat karıştırma suçunun sübut bulabilmesi için ilk ve elzem olan şart bir ihalenin varlığının bulunmasıdır.

²³² Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 03.06.2020 T., 2020/124 E., 2020/243 K. www.kazanci.com.tr, ET. 17.10.2023

²³³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 24/10/2019 T., 2015/6527 E., 2019/10145 K. www.kazanci.com.tr, ET.17.10.2023

2.7.2 Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu

Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde;

“(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

“(2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır: a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi. b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi. c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi. d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi. e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.”

“(3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar” şeklinde düzenlenmektedir.²³⁴”

İhale sürecinin işleyişine göre, ihale uygun istekli ile en uygun sözleşmenin imzalanması ile tamamlanmaktadır. Daha sonrasında ise isteklinin imzaladığı sözleşme doğrultusunda edimini yerine getirmesi gerekmektedir.

Edim;

“Borçlunun alacaklıya karşı vermekle, yapmakla ya da yapmamakla ya da yapılmasına katlanmakla yükümlü olduğu şey ya da konu olup, maddi ve ekonomik bir değer taşıyabileceği gibi manevi bir değer de taşıyabilir²³⁵.”

şeklinde tanımlanabilir.

²³⁴ 5237 Türk Ceza Kanunu RG 12/10/2004 Sayı: 25611.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>,
ET.06.10.2023

²³⁵ Muhittin ABACIOĞLU ve Ali ABACIOĞLU 2016, age. s.143.

İhale sürecinin sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar olan sürecinde yaşanacak fesat sayılan eylemler ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilmekteyken, sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreçte yaşanacak kanunda belirtilen fesat sayılan eylemler de edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilmektedir²³⁶.

İhaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu sadece hilenin varlığı halinde söz konusu olmaktadır²³⁷. Suçun unsurları incelendiğinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda da fail ve mağdurun ihaleye fesat karıştırma suçu ile aynı olduğunun kabulü gerekmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun düzenlenmesi ile korunan hukuki değer çalışmamızın konusunu oluşturan suçta olduğu gibi kamunun dürüstlüğüne ve kamu görevlilerine duyulan güvendir²³⁸. İhaleye fesat karıştırma suçu ile edimin ifasına fesat karıştırma suçları konu ve zaman olarak birbirini tamamlayan suç tipleri olma özelliğini taşımaktadır²³⁹.

Kanaatimizce bu iki suç tipi birbirini tamamladığından ve süreç olarak ihalenin yapılması ile edimin yerine getirilmesi sağlanacağından her ne kadar korunmak istenen hukuki değer aynı olsa da benzer bir suç tipi olarak kıyaslanması doğru değildir.

2.7.3 İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu

Türk Ceza Kanunu'nun 117. maddesinin 1. fıkrası;

“Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikâyeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

hükmünü düzenlemektedir. Bu suç ile korunmak istenen hukuki değer iş ve çalışma hürriyetidir. İhaleye fesat karıştırma suçu ile korunmak istenen hukuki değer ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali kapsamında korunan hukuki değer farklılık taşımakta olup TCK 117. madde kapsamında korunmak istenen hukuki değer bireylerin çalışma hayatında serbestçe faaliyet göstermeleri ve özgürlükleridir²⁴⁰. Bu bakımdan fail cebir veya tehdit ile ihaleye katılma yeterliliğine sahip isteklinin ihaleye katılımını

²³⁶ Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s.845.

²³⁷ İzzet ÖZGENÇ 2013, age. s.117.

²³⁸ Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s.883.

²³⁹ Çetin ARSLAN 2017, age. s.73.

²⁴⁰ Gamze DEMİREL GÜLER 2017, age. s.87.

engellediğinde hem ihaleye fesat karıştırma fiili kapsamında hem de iş ve çalışma hürriyetinin ihlali kapsamında fiil oluşmuş olacaktır. Bu durum söz konusu olduğunda, yani fiil iki suç tipini de kapsadığında fikri içtima kuralı nedeniyle fail sadece daha ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır²⁴¹. İncelediğimiz suç tipleri yönünden bakıldığında, ihaleye fesat karıştırma suçunun cezası, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna göre daha ağır cezayı gerektirdiğinden faile ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından ceza verilecektir.

2.7.4 Sırrın Açıklanması İle İlgili Suçlar

2.7.4.1 Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması

Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesinde

“Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.”

hükmü düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile korunması hedeflenen hukuki değer piyasanın ekonomik dengesinin güvenilir ve adil şekilde işlemesi olup, rekabetin korunmasıdır²⁴². Madde metninden de anlaşılacağı üzere suç özgü suç niteliği taşımakla birlikte suçun faili kanunda sayılan kişiler olabilecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçunda fail bakımından ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu bakımından yapıldığı gibi bir düzenlemede bulunulmamıştır. Tekliflerle ilgili bilginin ifşa edilmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçu ortaya çıkacak olup maddede kim tarafından ifşa edildiği hususunda sadece bilgiyi öğrenen kişi bakımından bir belirleme yapılmış olup sıfat, görev, meslek veya sanat gereği öğrenmesi şartı bulunmamaktadır²⁴³. İki suç tipi bu yönleri ile birbirlerinden ayrılmaktadır.

²⁴¹ Çetin ARSLAN 2017, age. s.76.

²⁴² Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s.891.

²⁴³ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.171.

İhaleye fesat karıştırma suçunda, ihale mevzuatına göre gizli kalması gereken bilgilerin açıklanması fiili seçimlik hareket olarak ayrıca düzenlenmekte olup 239. madde karşısında özel hüküm niteliğine haizdir. Bu sebeple faile sadece ihaleye fesat karıştırma suçundan ceza verilecektir²⁴⁴.

2.7.4.2 Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu

Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 258. Maddesinde;

“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 görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkra yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.”

şeklinde düzenlenmektedir.

Kanun, 235. maddenin 2 fıkrasının b bendinde;

“Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlama eyleminin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağını”

düzenlemiştir. 258. madde kapsamında ise bulunan ve açıklanmasının suça konu sayacağı şeyleri saymıştır. Sayılan şeyler arasında teklifler ile ilgili olup gizli kalması gereken bilgiler bulunmadığından iki suç tipinin yaptırım altına aldığı açıklanacak konular farklılık gözetmekte olup birbirlerinden ayrılmaktadır²⁴⁵. Suçun mağduru yönünden incelediğimizde ise, göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunda aksi görüşler olmasına karşın mağdur, kamu idaresi yani devlettir²⁴⁶. Suçun mağduru yönünden inceleme yaptığımızda iki suç benzerlik taşımaktadır.

²⁴⁴ Çetin ARSLAN 2017, age. s.217., Behiye EKER KAZANCI 2011, age. s.204.

²⁴⁵ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.171.

²⁴⁶ Muharrem ÖZEN ve Atacan KÖSAL (2020), “Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt No: 69, Sayı:1, s.198. <https://doi.org/10.33629/auhfd.775298>, ET. 25.10.2023.

2.7.5 Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık suçu temel itibarda, TCK'nın 157. maddesinin 1. fıkrası;

“Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir.”

hükmü ile düzenlemektedir.

Bahse konu suç, malvarlığına karşı işlenen suç tiplerinden biri olmasına karşın diğer malvarlığına karşı işlenen suçlardan farklı olarak temeli aldatmaya dayanmaktadır. Dolandırıcılıkta zarar malvarlığına karşı iken ihaleye fesat karıştırma suçunda ise devlet idaresine karşıdır.

Dolandırıcılık suçunun faili bakımından incelediğimizde kanun herhangi bir özellik aramamış olup suçun faili herkes olabilmektedir. İhaleye fesat suçu bakımından ise genel düzenlemede suçun faili herkes olabilirken 235. maddesinin 2. fıkrasının a ve b bentlerinde sayılan fiillerde ihale sürecinde görev alan kamu görevlileri ile d bendinde belirtilen ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek yönünde anlaşma yapan ihaleye katılmak isteyen veya katılan istekliler yönünden özgü suç söz konusu olup fail sadece kanun ile sayılmış kişiler olabilecektir.

Hile unsuru bakımından dolandırıcılık ve ihaleye fesat karıştırma suçu benzerlik taşıyor görünse de elde edilmek istenen sonuç açısından birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Dolandırıcılık suçunda amaç hileli davranış ile maddi menfaat elde etmek iken, ihaleye fesat karıştırma suçunda hile ile elde edilmek istenen amaç isteklinin ihaleye katılmasını engellemek veya katılımını sağlamak şeklindedir²⁴⁷. Bu bakımdan bu iki suç tipi temelde hile unsurunu barındırmakta ise de birbirinden farklılık göstermektedirler.

²⁴⁷ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.168.

BÖLÜM III

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIM VE MUHAKEME

3.1. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

3.1.1 Teşebbüs

Teşebbüs, TCK'nın 35. maddesinde;

“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”

şeklinde düzenlenmektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere kişinin teşebbüsten sorumlu olması için belli şartlar öngörülmüştür. Buna göre, teşebbüs için kişinin suç işleme kastı ile gerçekleştirdiği eylemin varlığı ile, kişinin suça elverişli hareketin icrasına başlaması ve elinde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamaması veya istenen neticenin gerçekleşmemesi şeklinde sonuçlanması gerekmektedir²⁴⁸. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere teşebbüs, icra hareketi ile netice arasında söz konusu olmaktadır.

Kural olarak fail kanuni tanımda yer alan netice gerçekleştiği takdirde suçü tamamlamış yani suçü işlemiş olur. Fakat istenilen netice gerçekleşmemiş ise suçü tamamlanmış olmayacağı gibi fail de suçü işlemiş sayılamayacaktır²⁴⁹.

Fail fiilini tamamlayamayınca suça teşebbüs etmiş olacağından neticesiz suçlarda yani sırf hareket suçlarında suça teşebbüs mümkün değildir²⁵⁰.

Türk Ceza Kanunu, teşebbüste objektif teoriyi kabul ettiğinden ve teşebbüse ilişkin normun tek başına uygulanan değil de bir suçun tamamlanmaması veya istenen neticenin gerçekleşmemesi durumunda uygulanması sebebiyle 35. maddenin 2. fıkrasında;

²⁴⁸ Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.650., Doğan SOYASLAN 2022, age. s.287., Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age. s. 414

²⁴⁹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1997, age. s.403.

²⁵⁰ Ahmet Vedat DİLBEROĞLU (2018), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, USA Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, s.250.

“Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

şeklindeki hükmü ile suçta indirim öngörmüştür²⁵¹. Bu hususta hareketin tamamlandığı ama zararın oluşmadığı durumda cezanın miktarı yönünden bir problem doğmaktadır. Şöyle ki; TCK 235. maddenin 3. fıkrasının b bendine göre ceza *“bir yıldan üç yıla kadar”* şeklinde düzenlenmiştir. Fakat hareketin icrasına başlandığı ancak bunun tamamlanamadığı hallerde, aynı maddenin 1. fıkrası çerçevesinde belirlenecek cezada, TCK 35. madde de öngörülen oranlar dahilinde indirim yapılacaktır. Bu durumda tespit edilen ceza ilk halden yüksek olacaktır²⁵².

İhaleye fesat suçu bakımından incelendiğinde, doktrinde bir görüşe göre; bu suç bakımından teşebbüs mümkün olup, hileli davranış ile seçimlik hareketlerden birinin icrasına başlayan fail elinde bulunmayan nedenlerle suçu tamamlayamadığı takdirde fillinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmekte²⁵³ ve ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile suç yönünden teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadır²⁵⁴.

Yargıtayın bu yönde,

“...Sanık Z.A.’nın ... hizmet alımına ilişkin ihaleye istekli olarak teklif vermek istemesi üzere ... gelen diğer istekli katılan’a ‘ihaleye girmeyin size ... para veririm’ teklifini kabul etmemesi sebebiyle saldırıp BTM ile giderilebilecek şekilde kasten yaralayarak... ihale aşamasında bulunan işlemlere katılımına engel olmaya çalışmasına rağmen, ... istekli katılanın ihaleye katılması ve sonucunda kazanması şeklindeki olayda, ... eylemin cebir kullanılarak, ... ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden ... dosya kapsamı oluşturmaya uygun düşmeyen gerekçeler ve yanlışlıklar değerlendirilerek hükmün kurulması...”²⁵⁵

şeklinde bir kararı mevcuttur.

²⁵¹ Berrin AKBULUT 2023, age. s.717.

²⁵² Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s. 942.

²⁵³ age. s.888.

²⁵⁴ M. Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Ü. Kerim ÇAKIR 2022a, age. s.936.

²⁵⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 23.09.2014 T., 2013/3317 E., 2014/8838, K. www.kazanci.com.tr, ET. 04.12.2023

Soyaslan'a göre ise, ihaleye fesat suçunun sırf hareket suçu olması sebebiyle teşebbüs mümkün görünmemekle birlikte teşebbüsün mümkün olduğu durumlar hareketlerin bölünebilir olduğu hallerde geçerli olacaktır.^{256, 257}

Bu konuda yaşanan karmaşanın ve görüş birliğinin olmamasının sebebi Kanun'un İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun seçimlik hareketlerinin bazılarını zarar suçu bazılarını tehlike suçu mahiyetinde düzenlemiş olması olup böyle karma yapıları bir suçun teşebbüs halini ancak her bir seçimlik hal ve nitelikli hali ayrı ayrı incelenerek belirlenebilecektir²⁵⁸.

Fail, TCK 235/2-(a)-(1) ve 235/2-(a)-(2) kapsamında bulunmakta olan fiilleri gerçekleştirmiş fakat buna rağmen istediği amaca ulaşamamışsa, TCK 235/b kapsamında bulunmakta olan bilgileri bunları öğrenmemesi gereken kişilere isteği dışında iletememesi halinde, ihale sürecinde katılmak isteyen ve gerekli koşulları taşıyan ve isteklilere elverişli cebir hareketini uygulamasına hukuka aykırı nitelikteki davranışları gerçekleştirmesine rağmen bu isteklilerin ihaleye katılmalarını engelleyememesi, TCK 235/2- (d) kapsamında yapılan anlaşma görüşmelerinde anlaşma görüşmelerine katılan kişi ya da kişilerin anlaşma için öngörülmüş olan şartları kabul etmemesi sebebiyle anlaşmanın gerçekleşmemesi gibi hallerin varlığında çalışmamızın konusunu oluşturan suç bakımından teşebbüs söz konusu olacaktır²⁵⁹.

TCK 235. maddenin 3. fıkrasının “b” bendi yönünden yani kamu kurum ve kuruluşlarının zarara uğraması halinde seçimlik hareketlerin tamamlandığı, buna karşın zararın meydana gelmediği durumlarda uygulanması gereken bir hüküm niteliğinde olduğundan genel teşebbüs hükümlerine başvurulamayacağı yönündedir²⁶⁰.

Özgenç ve Özbek'e göre, maddede düzenlenen kamu zararının bu suç bakımından aranan netice olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve söz konusu seçimlik hareketlerin işlenmesi ancak kamu zararının bulunmaması halinde özel teşebbüs hükmü olarak değerlendirilmesi yönündedir²⁶¹.

²⁵⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.631.

²⁵⁷ Gürkan ÖZÖK (2018), *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.213-214.

²⁵⁸ Ahmet Vedat DİLBEROĞLU 2018, age. s.253.

²⁵⁹ Çetin ARSLAN 2017, age. s. 225-228.

²⁶⁰ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age. s. 7863., Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s. 946.

²⁶¹ İzzet ÖZGENÇ 2013, age. s.71., Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2020, age. s.888.

Doktrinde TCK. 235/3-b maddesinin düzenlenmesi sebebiyle TCK 35. maddeye yer olmadığı ileri sürülmekteyse de bu hüküm sadece kamunun zararının olmadığı durumlarda uygulama alanı bulacak olup diğer durumlarda TCK 35. madde uygulanacaktır²⁶².

Fail, devam etmekte olan icra hareketlerini herhangi bir dış müdahale yapılmaksızın kendi iradesi ile yarıda bırakır ya da fiilin başlamış olmasına karşın sonuçlanmasını veyahut neticenin gerçekleşmesini şahsi çabası ile önlerse, işlemeyi kastettiği suç yönünden teşebbüs hükümleri ile cezalandırılmaz. Failin bahse konu bu durumunda gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır.²⁶³

Gönüllü vazgeçme Türk Ceza Kanunu’nun 36. maddesinde;

“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır” şeklinde ve iştirak halinde işlenen suçlar yönünden 41. Maddede “İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun; Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır”

şeklinde hükme bağlanmıştır.

Faillin iradesi dışındaki olayların ortaya çıkmasıyla suçun tamamlanmasının engellenmesi onun teşebbüs derecesinde kalmış bir suç olmasına yol açmaktayken failin kendi iradesi ile icra hareketine devam etmemesine gönüllü vazgeçme denilmektedir²⁶⁴.

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından da gönüllü vazgeçme hareketin icrası tamamlanıncaya kadar mümkün bulunmaktadır²⁶⁵. İhaleye fesat karıştırma suçunda teşebbüsün uygulanabileceği durumlarda kanunda tanımı verilen şartlar gerçekleşmiş ise failin gönüllü vazgeçmesi de mümkün olacaktır.

²⁶² age. s.927

²⁶³ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s.213.

²⁶⁴ Kayıhan İÇEL 2021, age. s.533.

²⁶⁵ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.289.

3.1.2 İştirak

İştirak, kanundaki düzenlemeler uyarınca tek bir fail tarafından işlenmesi mümkün bir suçun birden fazla fail tarafından anlaşarak gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olmaktadır²⁶⁶. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere iştirak suçun varlığı için temel unsurlardan biri olma özelliğini göstermemekle birlikte suçun özel görünüş biçimlerinden biridir²⁶⁷.

İştirakin söz konusu olması için dört temel koşul bulunmaktadır. Bunlar;

“Birden çok fail tarafından gerçekleştirilen birden fazla hareketin varlığı, failler tarafından gerçekleştirilen hareketlerin nedensel değer taşıması, failler arasında suç ortaklığı iradesinin varlığı ve tüm failler bakımından aynı olan suçun icra hareketlerine başlanılmış olmasıdır”²⁶⁸.

İştirak Türk Ceza Kanunu’nun 37 ile 41. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Kanun 37. maddesinde; *“fili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birinin ve suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu olacağını”* düzenlemiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun benimsemiş olduğu sistem dolayısıyla suç ortaklığı ikili bir ayrıma tabi olmakta olup bu ayrım; faillik ve şeriklik şeklindedir. Eylemin işlenişi üzerinde tam bir egemenlik alanı söz konusu olan kişi fail olarak kabul edilmekte olup, suçu bizzat kendisi gerçekleştirmeyen fakat faile suçun gerçekleşmesi hususunda katkıda bulunan kişinin de yardımcı olması söz konusudur. ²⁶⁹.

İhaleye fesat suçu bakımından şerikliğin iki şekli olan azmettirme ve yardım etme mümkündür. Azmettirme de suç işleme iradesi bulunmayan kişinin iradesini etkileyerek onu suç işlemeye yönlendirme olarak gördüğümüz fiili, yardım etme de zaten kendiliğinden suç işleme iradesi içerisinde bulunan kişiye iradesini güçlendirici, yol gösterici ve suçun işlenmesinden önce veya sonra yardım edilmesi şeklinde görmektediriz.

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından herhangi bir özel durum söz konusu olmayıp, suça iştirake ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır²⁷⁰.

Çalışmamamıza konu suç bakımından, ana kural olarak tek failli bir suç olma özelliği göstermekteyse de 135. maddenin 2. fıkrasının d bendinde yer verilen

²⁶⁶ Kayıhan İÇEL 2021, age. s.547.

²⁶⁷ Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.694.

²⁶⁸ Kayıhan İÇEL 2021, age. s.550.

²⁶⁹ Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.699-700.

²⁷⁰ Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s.779.

“anlaşma” şartı sebebiyle minimum iki kişinin bulunmasını öngördüğünden çok failli bir suç niteliği de taşımaktadır²⁷¹. Anlaşmanın varlığı için minimum iki kişinin varlığı gerekli olup suç kapsamında anlaşmayı yapan iki asıl fail yanında anlaşmaya iştirak edenlerin fiillerine göre azmettiren ve yardım eden olmaları mümkündür.

Çalışmamızın faillik başlıklı bölümünde detaylıca açıkladığımız nedenlerle ihaleye fesat karıştırma suçunun 2. fıkrasının “a” ve “b” bendi ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen suç olma özelliği taşıdığı bu sebeple özgü suç olarak nitelendirildiğinden bu bentler yönünden iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Bunun sebebi TCK’nın 40. maddesinin 2. bendinde düzenlenen bağıllık kuralıdır.

Bu doğrultuda konuyu değerlendirdiğimizde, kamu görevlisinin asıl fail olarak kabul edileceği bir olayda ihaleye katılan istekli, suç işleme iradesi bulunmayan yetkiliyi suç işlemeye ikna ederek suçun gerçekleşmesine sebep olur ise o istekli azmettiren sıfatını alır. Kamu görevlisinin suç işleme iradesinin var olduğunun kabulü halinde, kamu görevlisi ihaleye katılan istekli ile müştereken suçu gerçekleştirdiğinde ise yine kamu görevlisinin asıl failliğinden isteklinin ise yardım eden sıfatına haiz olmasından bahsedilecektir.

Bu yönde Yargıtay;

“...5237 sayılı TCK’nın 235. maddesinde suça konu fiiller yasa koyucu tarafından sınırlı olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin ... Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, ...her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 235/2-(a-2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında, kamu görevlileri hakkında açılmış bir kamu davası bulunmaması, faili bulunmayan suça şerikliğin de mümkün olmaması, bununla birlikte kamu görevlisi olmayan sanık

²⁷¹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s. 626-627.

*hakkında özel belgede sahtecilik suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle mahkemenin kabul ve gerekçesinde bir isabetsizlik görülmediğinden...*²⁷²”

şeklinde karar vermiştir.

Benzer yönde diğer bir kararı da şu şekildedir.

*“... söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan, bu nedenle dolaylı faillğe elverişli bulunmayan ve TCK'nın 235/2-(a-2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye teklif veren sanık tarafından işlenemeyeceği, bu suça iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise sahte vergi ve SGK borcu yoktur belgelerini teslim alan, ödeme emirlerini düzenleyen kamu görevlileri hakkında ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, faili olmayan suçta şeriklik de mümkün olamayacağından sanığın eyleminin ihaleye fesat karıştırma suçunu teşkil etmeyeceği nazara alınarak...”*²⁷³”

İhale sürecine katılan isteklilerin tüzel kişi olduğu durumlarda ise tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmaması sebebiyle hukuka aykırı fiilden tüzel kişiyi temsile yetkili kişiler sorumlu olacaktır²⁷⁴. Tüzel kişi temsilcisinin işlemiş olduğu ihaleye fesat karıştırma fiiline tüzel kişi bünyesinde bulunan kişi ve kişilerin de iştiraki mümkündür²⁷⁵.

Kanun koyucu, Türk Ceza Kanunu 40. maddenin 3 fıkrasında; “suça iştirakten sorumluluğun doğabilmesi için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasını” öngörmüştür.

3.1.3 İçtima

Ceza hukukunda “kaç tane fiil var ise o kadar suç, kaç tane suç var ise o kadar ceza vardır²⁷⁶” kuralı temel ilke olarak kabul edilmektedir. Yargıtay da Ceza Genel Kurulunun 19/02/2013 tarihli ve 2012/6-1523 Esas, 2013/66 sayılı Kararında bu ilkeyi

²⁷² Yargıtay 5. Ceza Dairesi 26/01/2016 T., 2013/16091 E., 2016/938 K. www.kazanci.com.tr, ET. 17.12.2023

²⁷³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 20/02/2020 T., 2016/1586 E., 2020/7193 K. www.kazanci.com.tr, ET. 19.12.2023

²⁷⁴ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.293.

²⁷⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age. s. 633.

²⁷⁶ TBMM Adalet Komisyonu (2004), Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 03.08.2004 Tarihli 1/593 Esas, 60 Karar sayılı raporu, TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 664, s.229. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, ET. 09.07.2023.

esas alınmış, dolayısıyla da gerçek içtima kuralı benimsenmiştir. Bu kuralın istisnası suçların içtimadır. Bu istisnanın sebebi suçlardaki bağlantı olup failin suça sebep fiillerine karşılık birden fazla ceza ile cezalandırılması yerine sorumluluğun tek bir ceza olarak belirlenmesi söz konusudur.

Suçların içtima, temel olarak;

“Fail tarafından suça konu edilmiş fiilleri yönünden ayrı ayrı karşılığı ceza olarak belirlenmiş hükümlerin uygulanması yerine kanun tarafından belirlenmiş olan cezanın ağırlaştırılarak ya da fiillerden daha ağır ceza öngörülen yönünden cezanın belirlenerek hüküm kurulması”

şeklinde tanımlanmaktadır²⁷⁷.

İhaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturan fiil yönünden başkaca bir suç oluşturuyor ise bu durumda gerçek içtima uygulanacak ve her suç için ayrı ayrı ceza verilmesi yoluna gidilecektir. Bunun nedeni infazı imkânsız cezalara sebebiyet vermemektir²⁷⁸.

Yine Türk Ceza Kanunu’nun 235. maddesinin 4. fıkrası; *“İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar”* şeklindeki hüküm ile gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağını, cezalandırmanın hem ihaleye fesat karıştırma suçu hem de menfaat temin etmeleri ile oluşacak suçtan dolayı belirleneceğini hükme bağlamıştır.

Kanunun düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere failin çalışmamızın konusunu oluşturan suç yanında irtikap veya rüşvet suçu işlemesi ya da Türk Ceza Kanunu 220. maddesinin 4. fıkrası sebebiyle suç işlemek amacıyla örgüt kurma halinde de her iki suç yönünden ayrı ayrı cezalandırılması yönünde hüküm kurulacaktır²⁷⁹.

Ayrıca İhaleye Fesat Karıştırma suçu ile sahte evrak kullanılarak gerçekleştirildiğinde fail sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması sebebiyle Türk Ceza Kanunu 212. maddesi gereği gerçek içtima uygulanacak faile hem belgede sahtecilikten hem de ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir²⁸⁰.

Yargıtayın bu yönde bir kararı

²⁷⁷ Pervin İPEKÇİOĞLU AKSOY (2012), “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:61, S.1, s. 45. <https://doi.org/10.1501/Hukfak.0000001650>, ET. 15.07.2023.

²⁷⁸ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2019, age. s.354., Hakan HAKERİ 2017, age. s.571.

²⁷⁹ Çetin ARSLAN 2017, age. s.227.

²⁸⁰ Gamze DEMİREL GÜLER 2017, age. s.155., Aynı yönde bkz. Köksal BAYRAKTAR 2021, age. s.59.

“...Kamu görevlisi olan sanıklar ..., ... ve ...'ın, sanıklar ..., ... ve ...'nın sahtecilik eylemlerine iştirak ettiklerine dair somut delil bulunmadığı, bu nedenle sanıklar ..., ..., ...'nın eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nin 204/1 de düzenlenmekte olan resmi belgede sahtecilik filini oluşturduğu, ayrıca davaya konu ihale nedeniyle kamu zararı oluşmadığı nazara alındığında; sanıklara isnat edilen ihaleye fesat karıştırma eylemlerinin sübutu halinde 5237 sayılı TCK'nin 6459 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değişik 235/3-b maddesi kapsamında düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağı...”²⁸¹”

şeklindedir.

Yargıtay doktrinde işlerlik kazanmış bir karında

“...Suç tarihinde Milli ... Müdürü olup, ... ihale komisyon başkanlığı görevini icra etmekte ola ... A....'ın hazineye ait bulunan taşınmazın ... ihale sürecinden önce M...’in bu taşınmaza için çok para harcadığını, kesinlikle almak isteyeceğini öngördüğünden onu bu hususta sıkıştırarak para almak için K... K... ile iş birliği yapıp, K....’ın ihaleye adamları vasıtasıyla alıcı olarak girmesini, daha sonra M....’den para alma sözü karşılığında ihaleden çekilmelerini sağlayıp ... menfaat temin etmesi eyleminde ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçunu da işlediği sabit olup...”

ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçunu da işlediğine karar vermiştir²⁸².

Suçların içtimaı Türk Ceza Kanunu’nda *bileşik suç* (TCK. m.42), *zincirleme suç* (TCK. m.43) ve *fikri içtima* (TCK. m.44) şeklinde düzenlenmiştir.

Bileşik suç Türk Ceza Kanunu’nun 42. maddesinde; *“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir”* şeklinde tanımlanmıştır.

Bileşik suçun söz konusu olabilmesi için, bileşik suçu oluşturan suçların gerek unsur gerekse nitelikli hal şeklinde olsun, kanunda açıkça öngörülmesi gerekir bunun sebebi de failin her suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılmamasıdır²⁸³.

Cebir fiili ve tehdit fiili içeren hareket ile ihaleye fesat karıştırma fiilinin meydana gelmesi hususunun düzenlendiği 235. maddenin 2. fıkrasının c bendinde bileşik suç söz konusu olup, ihlale yol açan fiil suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; Cebir fiili, tehdit fiili ya da başkaca hukuka

²⁸¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 08.06.2022T., 2018/4344 E., 2022/12098 K. www.kazanci.com.tr, ET. 25.12.2023

²⁸² Yargıtay 5. Ceza Dairesi 26.12.2006T., 2006/12792 E., 2006/10667 K. www.kazanci.com.tr, ET. 25.12.2023

²⁸³ Hakan HAKERİ 2017, age. s. 611.

aykırılık teşkil etmekte olan fiiller ile ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmasında bu gibi durumların suçun unsuru olması dolayısıyla ayrıca diğer fiilleri yönünden bir ceza tayini yapılmayacaktır²⁸⁴.

Bu yönde Yargıtay

“...TCK'nın 235. maddesinin 3-a bendinde yer alan "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" şeklindeki hüküm uyarınca, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engelleme suçunun bileşik suç olarak düzenlendiği ve kasten yaralama veya tehdit suçlarının temel hallerinin bileşik suç kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği...”²⁸⁵”

şeklinde hüküm kurmuştur.

Türk Ceza Kanunu’nun 43. maddesine göre zincirleme suç; *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.”* şeklinde tanımlanmaktadır.

Kanun hangi suç türlerinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını sayma yolu ile Türk Ceza Kanunu’nun 43. maddenin 3. fıkrasında belirtmiştir. İhaleye fesat karıştırma suçu sayılı suç türlerinden olmadığından, zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlardan biri değildir.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden suçun, farklı zaman dilimlerinde bir mağdura karşı ve tek fiil ile birden fazla kişiye karşı işlenebilir nitelikte bulunduğundan bu suç yönünden zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir²⁸⁶.

TCK’nın 235. maddesine göre, çalışmamızın konusu suçun topluma karşı işlenen suçlardan biri olma özelliğini göstermekte olup suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir. İlgili ihaleyi yapmakta olan kurum ve kuruluşları ise suçun zarar göreni niteliğindedir. İş bu nedenle suç işleme kastının varlığı ile suçun icrası kapsamında değişik zamanlarda yapılan ihalelere fesat karıştırılması durumunda, ihaleye fesat karıştırma suçunun faili olan kişiler hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır²⁸⁷

²⁸⁴ Ersan ŞEN ve Ertekin AKSÜT 2013, age. s.128.

²⁸⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 29/09/2022T., 2019/6676 E., 2022/11302 K. www.kazanci.com.tr, ET. 25.12.2023

²⁸⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age. s. 635.

²⁸⁷ Mahmut KOCA Ve İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s.877.

Yargıtayın bu yönde,

“...Ceyhan Devlet Hastanesi temizlik ihalesi, 05.06.2008 tarihinde yapılan ... ili Eğitim ve Araştırma Hastanesi yemek alım ihalesi, 17.06.2008 tarihinde yapılan ... ili Devlet Hastanesi temizlik ihalesi, 07.05.2008 tarihinde yapılan ... ili Dr. Suat Eren Göğüs Hastalıkları Hastanesi özel koruma ve güvenlik alım ihalesi..., ihaleye fesat karıştırma suçu ile gözetilmekte olan hukuki yarar ve bu anlamda suçun topluma karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi halleri incelendiğinde, ... suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı, yani kamu olduğu gözetilerek bir suç işleme kastı ile hareket ettiği ... bu sebeple Özel Dairenin güncel içtihatları da gözetilerek, Kanunun 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ...²⁸⁸”

şeklinde kararı mevcuttur.

Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesi gereğince; *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”*

Kanun bu düzenleme ile bir fiil ile birden fazla suç işlemiş kişinin iki ayrı suçtan cezalandırılması engellemeye çalışmaktadır.

Tehlike suçları yönünden içtima hükümleri uygulanırken genel kurallar geçerli olacak olup, bir fiille hem zarar hem de tehlike suçunun işlenmiş olması durumunda içtimaı bakımından bu suçlar arasında bir ilişki doğmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesi gereği genel olarak tek fiille birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmaktadır. 6459 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası suçun temel şekli yanında zararın meydana gelmemiş olmasının daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması içtima hükümleri yönünden de soruna sebebiyet vermektedir. Bu durum hakkında farklı görüşler bulunmakta olup, bir görüşe göre; Farklı neviden fikri içtima, genel hüküm olduğundan bu kapsamdaki tüm suçlar açısından uygulanabilir niteliğe haiz olup bir hareketle hem zarar suçu hem de tehlike suçu işlendiği takdirde farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulamasını savunmaktadır²⁸⁹. Bu görüşe göre; İhaleye fesat karıştırma da fikri içtima mümkün olup örneğin, ihale sürecinde istekli teklifleri ile alakalı olarak gizliliği elzem olan bilgi ve belgelerin kamu görevlisi tarafından üçüncü kişilere açıklanması TCK 325. madde kapsamında düzenlenmekte olan suçun

²⁸⁸ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 29/06/2021T., 2019/3909 E., 2021/11440 K. www.kazanci.com.tr, ET. 27.12.2023

²⁸⁹ İzzet ÖZGENÇ 2013, age. s. 102., Neslihan GÖKTÜRK (2013), *Fikri İçtima*, Birinci Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, s.92, Timur DEMİRBAŞ 2021, age. s. 584.

işlenmesine yol açacak aynı zamanda da fail yönünden göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunun da sübut bulmasına yol açacaktır²⁹⁰. Bu gibi hallerde faile işlenen fiil yönünden en ağır müeyyideye sahip olan suç yönünden yaptırım ile cezalandırılacak olup fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Farklı bir görüşe göre ise; zarar suçları ve tehlike suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisi bulunmakta olduğunu bu sebeple tehlike ve zarar suçları arasında farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmayacağını ve asli norm-tali norm ilişkisinin geçerli olacağını savunmaktadır²⁹¹.

Yargıtay da bu hususta,

“...Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için gerekli olan ilk şart, fiilin tek olmasıdır. Bu maddenin gerekçesinde verilen örneklerden, kanun koyucunun fiilden, hareketi anladığı, hareket teorisine üstünlük tanıdığı sonucunu çıkarmak mümkündür. Yerleşmiş yargısal kararlarda, fiilin tek olması koşulu, hareketin tek olmasına bağlı olarak kabul edilmiştir...”²⁹²

3.2 YAPTIRIM

Türk Ceza Kanunu’nda cezalar karma teori etkisinde düzenlenmekte olup, ceza kanunun amacı suçun işlenmesini önlemek ve toplumun bireylerini suç işlemekten caydırmaktır.²⁹³ Yaptırım sözlük anlamı olarak; “*Kanun, ahlak gibi kurumların buyruklarının yerine getirilmesini sağlama; müeyyide*²⁹⁴.” şeklinde tanımlanmaktadır.

Türk ceza hukukuna göre ise, “*suç karşılığı olarak kanunlarda öngörülmekte olan ve devlet eli ile uygulanan sonuçlardır*²⁹⁵.” şeklinde tanımlanmıştır. Ceza hukuku belirlemiş olduğu yaptırımlar ile bir yandan cezanın korkutucu niteliği sayesinde suç işlenmesini önlemeye çalışmakta, diğer yandan ise suçluyu ıslah ederek tekrar sosyalleşmesini ve topluma kazandırılmasını hedeflemektedir²⁹⁶.

Ceza Kanunu’nun suça sebebiyet veren fiil sonrasında belirlemiş olduğu düzenlemeler yani yaptırımlar cezalar ve güvenlik tedbirleridir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ceza olarak yalnızca hapis cezası ve adli para cezası öngörmüştür. Güvenlik

²⁹⁰ Veli Özer ÖZBEK 2023, age. s.780.

²⁹¹ Hakan HAKERİ 2017, age. s. 658., Ayhan ÖNDER (1989), *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, Cilt II, İstanbul, s.62.

²⁹² Yargıtay 5. Ceza Dairesi 02.10.2014 T. ve 2014/5592 E. , 2014/9460 K. www.kazanci.com.tr, ET.17.12.2023

²⁹³ Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.886,894.

²⁹⁴ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, ET.18.11.2023

²⁹⁵ Berrin AKBULUT 2023, age. s.926.

²⁹⁶ Kayıhan İÇEL 2021, age. s.659

tedbiri olarak ise belli haklardan yoksun bırakma ve müsadere gibi farklı durumlarda uygulama alanı bulan farklı kurumlar öngörmektedir.

3.2.1 Ceza

Türk Ceza Kanunu suçun karşılığı ceza olarak hapis ve adli para cezası öngörmekte olup, sadece hapis veya sadece adli para cezası olabileceği gibi her ikisini birlikte de öngörebilmektedir.

Hapis cezası Kanun'un 46. ve devamındaki maddelerde düzenlenmektedir. 01.4.2013 tarihli 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra Türk Ceza Kanunu çalışmamızın konusu olan suç yönünden temel cezasını üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olarak ve suçun nitelikli halini 235. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde; *“Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz”* şeklinde belirlenmiştir²⁹⁷.

Çalışmamızın konusunu oluşturmakta olan suç kapsamında ceza yaptırımı konusunda 6459 sayılı yasayla daha az bir cezaya hükmedilmesi şeklinde değişikliğe gidilmiş olup fesat eylemi sonucunda bir kamu zararı meydana gelmemişse fail hakkındaki ceza 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür²⁹⁸.

İhaleye fesat karıştırma suçu, *“ekonomik bir suç”* tipi olup bu suç için ceza olarak kanunda hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi öğretide eleştirilmiştir²⁹⁹. Yine benzer yönde Arslan ve Arıtürk'e de suçun ekonomik bir faaliyet çerçevesinde olmasından kaynaklı kanunun öngördüğü ceza alt sınırının yüksek olduğu bu sebeple ertelemeyi ve seçenek yaptırımlara çevirmeyi imkansızlaştırması hasebiyle eleştirmişlerdir³⁰⁰.

Adli para cezası da Kanun'un 52. maddesinde;

“Adli para cezası, 5 günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde 730 günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. En az 20 ve en fazla 100 Türk lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir. Kararda, cezanın belirlenmesinde kullanılan tam gün sayısını ve gün başına belirlenecek tutarı ayrı ayrı belirtecektir. Hakim,

²⁹⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.642.

²⁹⁸ Muhittin ABACIOĞLU ve Ali ABACIOĞLU 2016, age. s.148.

²⁹⁹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.642.

³⁰⁰ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.302 ve Çetin ARSLAN 2017, age. s.230.

kişinin ekonomik ve kişisel durumunu dikkate alarak, cezanın ödenmesi veya bu cezanın sabit taksitler halinde ödenmesi için hüküm tarihinden itibaren kişiye bir yıla kadar süre verebilir, buna da karar verebilirsiniz. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit tutarı dörtten az olamaz. Taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi durumunda geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.”

şeklinde düzenlenmiştir.

Adli para cezası 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un³⁰¹ 106. maddesinin 1. fıkrasında bulunan tanıma göre;

“Adli para cezası, Türk Ceza Kanunu’nun 52. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.”

şeklindedir.

Bu bakımdan adli para cezası, mağdurun kimliği ile ilgili zararlardan farklı olarak suçlunun devlet hazinesine para ödemesini belirleyen bir cezadır³⁰².

3.2.2 Güvenlik Tedbirleri

TCK’da düzenlenmekte olan bir diğer yaptırım türü de güvenlik tedbirleridir.

Güvenlik tedbiri, işlenen bir suç ile ilişkili olarak bu suçu işleyen fail hakkında tehlikelilik durumu, suçun konusu ve suçun işlenmesi için kullanılan araç ile bağlantılı uygulanan koruma veya iyileştirme amacı taşıyan yaptırım türüdür³⁰³.

Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmekte olan güvenlik tedbirleri,

“Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsadere, kazanç müsadere, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular, sınır dışı edilme ve tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleridir.”

Güvenlik tedbirlerinin uygulama alanı bulabilmeleri için fiilin suç teşkil etmesi gereklilik taşımamakta olup, kişinin kusurunun varlığı veya cezalandırılabilirlik şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir³⁰⁴.

³⁰¹ 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu, RG 29/12/2004 Sayı: 25685 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5275&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, ET.16.10.2023

³⁰² Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.970-971.

³⁰³ Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.988.

³⁰⁴ Berrin AKBULUT 2023, age. s.926.

Güvenlik tedbiri mahiyetleri dolayısıyla gerçek kişilerde uygulanabileceği gibi tüzel kişiler hakkında uygulanabilmektedir fakat ceza sadece gerçek kişiler bakımından uygulanabilir bu hususta iki yaptırım birbirinden farklı özellik göstermektedir.

Bu yönde Yargıtay,

“...TCK'nın 20. maddesinde bulunmakta olan düzenleme sebebiyle, “Ceza sorumluluğu şahsiliğinin kabulü ile kimsenin başkası tarafından işlenmiş olan fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. ... Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” düzenlemesi ve “...Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza ... hükmedilebilir. Bu anlayış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir...” izahatına göre suç faili olmasına ve ceza yaptırımına uğramasına yasal olanak bulunmayan ... Büro Malzemeleri İnşaat Eğitim Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan kamu davasında güvenlik tedbiri uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekmekte olup...”³⁰⁵”

şeklinde karar vermiş tüzel kişiler yönünden güvenlik tedbiri uygulanacağını hükmetmiştir.

3.2.2.1 Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakma

Uygulama alanı en geniş olan güvenlik tedbiri olan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde;

“Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; a) 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 ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu

³⁰⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 09/06/2020 T., 2017/549 E., 2020/11301 K. www.kazancı.com.tr, ET.16.11.2023

kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.”

şeklinde düzenlenmektedir.

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, kasten işlenen suçlarda verilen cezanın kanuni bir sonucu, fer'i ceza niteliği taşımakta olup bu nedenle de mahkemenin hükümle birlikte ayrıca karar verme zorunluluğu bulunmamaktadır³⁰⁶.

İhaleye fesat karıştırma suçu için kanunda yaptırım olarak hapis cezası öngörülmüş ve kast ile işlenen bir suç olma özelliğini taşımaktadır. Bu açıdan ihaleye fesat suçu bakımından kanunda öngörülen hapis cezasıyla birlikte fail belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır. Fail hakkında uygulanan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma, ihaleye fesat karıştırma fiili sebebiyle hükmedilen hapis cezasının infazı tamamlanana kadar devam edecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçu TCK 53. maddenin 1. fıkrasında sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmiş ise cezanın infazından sonra da devam edecek şekilde hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar olan süreyle hak ve yetkilerin kullanımının yasaklanmasına karar verilecektir³⁰⁷.

İhaleye fesat karıştırma suçuna sebebiyet veren fiil KİK veya DİK kapsamında yasak fiillerden ise fail hakkında verilecek ceza ve güvenlik tedbirine ek olarak KİK veya DİK kapsamında düzenlenmiş olan belli haklardan da yoksun bırakılacaktır³⁰⁸.

Fail, ihaleye fesat karıştırma suçunun sübut bulması ile Anayasanın 76. maddesinin 2. fıkrası³⁰⁹ ile Siyasi Partiler Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasına³¹⁰ göre de bazı haklardan yoksun bırakılacaktır.

³⁰⁶ Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.992.

³⁰⁷ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.310.

³⁰⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.643.

³⁰⁹ AY m. 76/2: “...En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, askerlikle ilişkisi olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, Resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler...”

³¹⁰ 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu, RG 22/4/1983 Sayı: 18027 m.11/2: “...Basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar siyasi partilere üye olamazlar ve üye kaydedilemezler....”
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2820&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>,
ET.24.12.2023

3.2.2.2 Müsadere

Kanunda öngörülen bir diğer güvenlik tedbiri de müsadere'dir. Müsadere, bir suç ile bağlantısı bulunduğu tespit edilmiş bulunan şeyin, mülkiyetinin alınarak devlete geçirilmesi olarak tanımlanmakla birlikte Türk Ceza Kanun'unun güvenlik tedbirleri başlığı altında Eşya Müsaderesi ve Kazanç Müsaderesi olarak ikili bir ayırım ile düzenlenmiştir. Kanun 54. maddesinde Eşya müsaderesini;

“İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir”

Kazanç müsaderesini ise, 55. maddesinde kanun şu şekilde düzenlemiştir;

“Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir”

Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere, ihaleye fesat karıştırma suçunun gerçekleşmesinde kullanılan eşyalar, kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyalar veya ihaleye fesat karıştırma fiili sebebiyle elde edilen eşyalarla, elde edilen haksız kazancın tamamı ile ihaleye fesat karıştırılması için sağlanmış menfaatler müsadere edilecektir³¹¹.

3.2.2.3 Tüzel Kişiler Hakkındaki Güvenlik Tedbirleri

Son olarak inceleyeceğimiz güvenlik tedbiri Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde;

“Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır. Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır”

hükmü ile düzenlenen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbidir.

³¹¹ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.312-313.

Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamamakla birlikte haklarında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir fakat tüzel kişiler hakkında bu tedbirin uygulama alanı bulabilmeleri için ilk kural kanunun doğrudan bu anlamda bir düzenlemede bulunmuş olması gerekliliğidir.

Türk Ceza Kanunu Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması başlıklı 242. maddesinde; *“Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”* şeklindeki amir hükmü ile çalışmamızın konusunu oluşturmakta olan suç yönünden lehine bir hakka sahip bulunmayan ve menfaat sağlayan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulayacağını hükme bağlamıştır³¹².

Bu tüzel kişiler için; kast ile işlenen suç sebebiyle verilmiş mahkumiyet kararı, suçun tüzel kişi organ veya temsilcisinin katılımı ile oluşması, suçun tüzel kişinin yararına işlenmiş olması ve suç tipi için kanunda açıkça yazılı düzenleme bulunması şartlarının varlığı halinde tüzel kişinin sağlanmış olduğu gelirler de müsadere edilecektir³¹³.

3.3 MUHAKEME

Türk ceza hukukunda genel kural olarak suçlar resen soruşturulur ve kovuşturulur. Fakat bazı suç türleri bakımından kanun resen takipten farklı olarak suçtan zarar görenin başvurusu ile suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını öngörmektedir. Bu ikili ayrımında genel kuraldan ayrılan, soruşturma ve kovuşturmasının şikâyeteye bağlı olacağı şartı taşıyan suçlar kanunda sayılarak açıkça belirlenmiştir. Suç hakkında kanunda şikâyeteye bağlı olduğu ile ilgili bir düzenleme bulunmadığı hallerde suçun resen soruşturulacak ve kovuşturulacak bir suç olduğu anlaşılmaktadır.

Kanunda ihaleye fesat karıştırma suçunun soruşturulması veya kovuşturulması için özel bir soruşturma veya kovuşturma şartı öngörülmediğinden çalışmamızın konusu olan bu suç resen soruşturulacak ve kovuşturulacak bir suç türüdür.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ceza mevzuatımıza uzlaşma kurumunu getirmiştir. Bu düzenleme ile fail ve mağdur arasında oluşan çekişmenin, mağduriyetin giderilmesi ile ortadan kaldırılmasını amaçlanmaktadır. Uzlaştırma kapsamında bulunan suçlarda

³¹² Doğan SOYASLAN 2020, age. s.644.

³¹³ Murat Volkan DÜLGER 2021, age. s.1010.

kanunda sayılmıştır. Kanunda uzlaştırma kapsamında sayılmayan suçlar bakımından uzlaştırma kurumu uygulanamayacak olup ihaleye fesat karıştırma suçu da uzlaştırma kapsamınsa kanunda sayılı bulunan suçlar arasında değildir bu sebeple uzlaştırma kurumu ihaleye fesat suçu bakımından uygulanamayacaktır.

Kanun bazı suçların soruşturma ve kovuşturmasının yapılabilmesi için izin vermesini veya talepte bulunması şartını öngörmekte olup bu izin veya talebin bulunmaması durumunda dava açılmayacağı gibi açılmış bulunan davaya da devam edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Çalışmamızın konusunu oluşturan suçun, soruşturulması ve kovuşturulması izne bağlı bulunmakta olan suçlar arasında sayılmamakla birlikte suçun memur ve kamu görevlilerinin görev nedeniyle işlemiş oldukları görev suçlarından olması durumunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Kanun soruşturma ve kovuşturmayı izne bağlı kılmıştır. Fakat 4483 sayılı Kanun kabul etmiş olduğu izin sisteminde istisna getirilmiş olup bunlardan biri 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulmaması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunudur³¹⁴. 3628 sayılı Kanunun 17. maddesi bakımında;

“... kanunda ve 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda yazılı suçlarla irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin yargılanması hakkında kanun hükümleri uygulanmaz. Bu fıkra hükmü Müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz. Görevleri veya sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklar ile ilgili kanun hükümleri saklıdır.”³¹⁵

Cumhuriyet savcısı ihaleye fesat karıştırma fiilini öğrendiğinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 160. maddesine göre kamu davasının açılması gereğinin varlığının bulunup bulunmadığına karar vermek üzere, görevli bulunmakta olan adlî kolluk marifetiyle, şüphelinin yararına ve aleyhine olan tüm kanıtları biriktirerek soruşturmayı yürütür. Savcılık yapılan soruşturma ve incelenen deliller sonucunda yeterli suç şüphesi var ise iddianameyi düzenler, yeterli suç şüphesi olmadığı kanaatinde ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.

³¹⁴ 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulmaması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, RG 4.5.1990 Sayı : 20508, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.3628.pdf>, ET. 10.11.2023

³¹⁵ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.316.

3628 sayılı Kanun'un 18. maddesine göre Hazine ve ihale sürecinde bulunmakta olan ilgili kurum ve kuruluşları meydana gelmiş olan fiil dolayısıyla suçtan zarar gören oldukları konumunda bulundukları için davaya katılma hakları mevcuttur bu bakımdan Hazineye davanın ihbar edilmemesi bozma sebebi sayılmıştır³¹⁶. Aynı yönde;

"CMK'nin 260/1. maddesi gereğince ... açılan kamu davalarında katılan olarak kabulü gereken zarar görmüş Hazinesinin ... kanun yollarına başvuru hakkının bulunması ve anılan suçtan sanık ... hakkında verilen beraat hükmü dışındaki hükümlerin vekili tarafından temyiz edilmesi karşısında, ... 3628 sayılı Kanun'un 18. maddesindeki "...Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması ... Maliye Bakanlığı, başvurunun yapılmış olduğu tarih itibariyle müdahil sıfatını kazanır" düzenlemesinin verdiği yetkiye ve CMK'nin 237/2. maddesine dayanılarak Hazinesinin ihaleye fesat karıştırma suçundan açılan kamu davalarına katılan olarak KABULÜNE ...³¹⁷ "

karar verilmiştir.

Aynı yönde;

"...ihaleye fesat karıştırma suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı kanun sebebiyle ... kurum veya kuruluşlarının da bu suçun zarar göreni oldukları, bu sebeple ... CMK'nin 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer hakların kullanabilmesi için Milli Eğitim Bakanlığının dava ve duruşmalardan önce bilgi verilmesi gerektiği, ... Kanun'un 260/1. maddesine göre kamu davasından haberdar edilmemiş bulunup da katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanların kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu gözetilerek hükmün bildirilmesinin gerektiği ...³¹⁸"

İhaleye fesat karıştırma suçunda bilirkişilik kurumu önem taşımakta olup, değerlendirmenin ihale süreci, taraflar arasındaki süreç, ihale dokümanları ve sahteliği iddia edilen evraklar ile ilgili olduğu durumlardan bu sürecin tespiti ve uzmanlığı gerektirmesinden dolayı bilirkişi marifetiyle inceleme yapılması önem arz etmektedir. Suçun 3. fıkrada düzenlenen kamu zararının bulunmadığı durumlarda cezadan indirim

³¹⁶ "3628 sayılı Kanun'un 18. Maddesine göre Hazine ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının bu suçun mağduru ve bu suçtan zarar göreni oldukları, bu sıfatlarının gereği olarak CMK'nın 233. ve 234. Maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmeleri için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünün duruşmanın haberdar edilerek CMK'nın öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanması gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirir." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi 02.02.2011 T., 11564/1552) www.kazanci.com.tr, ET. 08.12.2023

³¹⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 01/03/2022T., 2021/3431 E.,2022/2376 K. www.kazanci.com.tr, ET.13.12.2023

³¹⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 26/05/2021T., 2021/940 E.,2021/2380 K. www.kazanci.com.tr, ET.13.12.2023)

öngörmesi sebebiyle de incelemenin doğru ve hatasız yapılması büyük önem taşımaktadır.

Ayrıca İhaleye Fesat Karıştırma suçunun meydana gelmesi halinde bu suçun failinin memur veya ihaleyi kazanan kişi olması halinde idarenin ihaleyi iptal ve sözleşmeyi feshetmesi gerekecektir. Bu bağlamda Ceza Mahkemesi tarafından verilecek hüküm ihaleye fesat karıştırılmasına ilişkin davalarda bağlayıcıdır³¹⁹. Savcılık tarafından yapılacak soruşturma sonucunda iddianame hazırlayarak kovuşturmaya başlanırsa kovuşturmanın sonuçlanmasına kadar haklarında kamu davası açılanlar Kanun kapsamında yer alan ihalelere katılamazlar³²⁰. Bu husus ceza hukuku kapsamında sayılan güvenlik tedbirleri arasında bulunmamaktadır. Bu husus bazı hak kayıplarına yol açmakta olup mahkumiyet ya da beraat hükmü beklenmeksizin bazı idari yaptırımlar uygulanması en temelde Anayasa'nın 38. maddesinde “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” şeklinde ifade edilen masumiyet karinesine aykırılık teşkil edecek olup, geri dönülemez zararlar vereceği kanaatindeyiz.

“Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatıldığını, iddianamenin kabulü ile kamu davası açıldığını; S.K.’ın ihaleye fesat karıştırma suçunu işlediği gerekçesiyle yargılandığını, bundan dolayı KİK 59. maddesi gereğince ihalelere katılmaktan yasaklandığını; anılan madde hükmü gereğince savcılığın; müvekkili ile MFS Ltd. Şti ve Sfk Medikal...Ltd. Şti şirketleri için Kamu İhale Kurumuna bildirimde bulunduğunu, bu bildirim tarihinden itibaren müvekkillerinin hiçbir ihaleye katılamadıklarını; Mersin 4. Ağır Ceza Mahkemesinin E:2014/111 sayılı dosyadan, 11/12/2014 tarihli 3. celsesinde sanık hakkında ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları oluşmadığından beraatine karar verildiği olayda yasaklama kararının verildiği tarihten beraat ettikleri tarihe kadar olan sürede kendileri ve ortağı olduğu firmalar eliyle hiçbir ihaleye katılamadıklarını, İdarenin haksız olarak verilen yasaklama kararı sebebiyle ağır maddi kayıplara sebep olduğunu, müvekkilinin ticari saygınlığının kalmadığını, firmaların iflas etme noktasına geldiğini...”³²¹”

Yukarıda bahse konu olaydan da anlaşılabacağı üzere,

“Hakkında kamu davası açılanların tekrar kamu ihalelerine katılabilmeleri ancak ceza kovuşturması sonunda beraatlerine ilişkin kesin hükme varılması halinde

³¹⁹ Çetin ARSLAN 2017, age. s.264-265.

³²⁰ Berrin AKBULUT 2023, age. s.113.

³²¹ Mersin 4. Ağır Ceza Mahkemesi 11.12.2014 T 2014/111 E-2014/398 K www.kazancı.com.tr, ET.13.12.2023

mümkün olacaktır. Ülkemizde ceza davalarının kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçen ortalama süreler dikkate alınacak olursa, “idari bir önlem” niteliğinde kabul edilen kural nedeniyle bazı kişiler yıllarca hatta on yıllarca kamu ihalelerine katılamayacaklardır³²²”

Anayasa Mahkemesinin bu karşı oy yazısına katılmakla birlikte benzer durumların yaşanması anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan suç, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında³²³ Kanun’un 12. maddesi uyarınca, bu madde kapsamında düzenlenmiş olan suç tiplerinden biri olmadığı için ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektirmediği için, 5235 sayılı Kanun’un 11. maddesinin,

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.”

hükmü gereği asliye ceza mahkemesinin bakmak ile görevli olduğu dosya ve davaların alanına girmektedir.

6459 sayılı değişiklikten önce ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından kovuşturma makamı ağır ceza mahkemesi iken yapılan değişiklik sonucunda cezanın üst sınırının 12 yıl hapis cezasından 7 yıl hapis cezasına düşürülmesi ile ceza sınırı sebebiyle görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Fakat 30.04.2013 tarihinden önce açılmış (iddianamesi kabul edilmiş) davaların kovuşturması Ağır Ceza Mahkemesinde, 30.04.2013 tarihinden sonra açılmış davaların kovuşturması ise Asliye Hukuk Mahkemesinde görülecektir³²⁴. Failin niteliğine göre görevli mahkeme farklılık gösterebilmektedir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu³²⁵ 12. maddesi gereğince davaya bakmakla yetkili olan mahkeme suça konu olan fiilin tezahür ettiği mahal mahkemesi olarak belirlenmiştir. Çalışmamızın konusu bulunan suç yönünden yetkili mahkeme davaya konu fiilin meydana geldiği yer mahkemesidir. İhaleye fesat

³²² Anayasa Mahkemesi, 14.1.2010 T. ve 2007/68 E. , 2010/2 K. www.kazanci.com.tr, ET. 18.12.2023

³²³ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, RG 7/10/2004 Sayı : 25606. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5235.pdf>, ET.18.09.2023

³²⁴ Ramazan ARITÜRK 2021, age. s.317.

³²⁵ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RG 17/12/2004 Sayı : 25673. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5271.pdf>, ET.18.09.2023

karıştırma suçuna ait seçimlik hareketler başka yerlerde işlenebileceğinden yetkili mahkeme ihalenin yapıldığı yer mahkemesi olacaktır³²⁶.

3.4 ZAMANAŞIMI

Dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayarak kanunda öngörülen sürenin geçmesi halinde sanık hakkında soruşturma başlatılmasını, kamu davası açılmasını ya da devam etmekte bulunan kamu davasının seyrine mani olan bir kurumdur.

İhaleye fesat karıştırma suçunun temel hali için Türk Ceza Kanunu 235. maddesinde ceza 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bu sebeple TCK 66/1-d bendi uygulanacak zamanaşımı TCK'nın 66. maddesinin 1. fıkrasının d bendi uyarınca 15 yıl olup zamanaşımını sekteye uğratan sebeplerden biri ortaya çıkmış ise bu müddeti en fazla 22 yıl 6 aya uzamaktadır. Fakat bu durum suçun temel hali için geçerli olup TCK kamu zararının doğmaması halinde 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası belirlediği için öngörülen dava zamanaşımı TCK'nın 66. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca; suçun meydana geldiği tarihten itibaren 8 yıl olarak tayin edilmiştir.

TCK'nın 235. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uyarınca, cebir ve tehdit yoluyla işlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarının alt sınırı 5 yıl olarak belirlenmiştir bu sebeple bu durumda da Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin 1. fıkrasının d bendi uyarınca dava zamanaşımı süresi belirlenecektir.

Ceza zamanaşımı, verilen ve kesinleşen cezaların kanunda öngörülen sürelerin geçmesi şartı ile yerine getirilmesini engelleyen bir kurumdur³²⁷. Kamu zararının ortaya çıktığı durumlarda veya cebir, tehdit fiilleri ile işlendiği hallerde TCK'nın 68. maddesinin 1. fıkrasının d bendi gereği 20 yıl, kamu zararının bulunmadığı hallerde ise çalışmamızın konusu suç bakımından ceza zamanaşımı Türk Ceza Kanunu'nun 68. maddesinin 1. fıkrasının e bendi maddesine göre 10 yıldır.

³²⁶ Çetin ARSLAN 2017, age. s.272

³²⁷ Berrin AKBULUT 2023, age. s.1119.

SONUÇ

Çalışmamızın konusu olan ihaleye fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümleri içeren ikinci kitabının Topluma Karşı Suçlar başlıklı 3. Kısımının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı 9. Bölümünde 235. Madde de düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde ve çalışmamızın içeriğinde de incelediğimiz üzere ihale sürecinde hedef kamuyu zarara uğratmadan, kamu ihtiyaçlarının doğru ve tam temini olup ihale sürecinin doğru şekilde yönetilmesi önem arz etmektedir.

Taşıdığı önem sebebiyle usul kurallarının doğru şekilde uygulanması şarttır. İhale sürecinin sonlanmasını sağlayan sözleşmenin en doğru istekli ile imzalanması devletin ve kamunun menfaatidir. Çalışmamızda bu menfaatin sağlanması için hazırlanmış olan 4734 sayılı KİK ve 2886 sayılı DİK baz alınmıştır. Bu kanunlar temel alınmakla birlikte ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşması için kanunda düzenlenmekte olan hükümlere tabi bir ihale olması şartı bulunmamaktadır. Bu konuda Kanun'un açıkça belirlemiş olduğu ihalelerin varlığını aramıştır.

Temel kanunların belirlemiş olan ihale usulleri incelenmiş olup hangi usulün ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturacağı ortaya konulmuştur. İhale sürecinde doğru amaca ulaşmak için gereken ilkeler ve bu ilkelere uyulmaması halinde yaşanabilecek bazı problemler belirlenmiştir.

Adalet Bakanlığının yapmış olduğu resmi istatistik çalışmasından da anlaşılacağı üzere kamunun yapmış olduğu ihaleler ile suç arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu, Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu düzenledikleri hükümler dolayısıyla büyük önem taşımakta en temelde devleti ve kamu kaynaklarını korumaktadır. Kamu kaynaklarının yanı sıra toplumun, devlete ve devlet görevlilerinin görevlerini yaparken kullandıkları kamu gücüne de güveni sağlamaktadır.

İhale süreçlerinde doğru rekabet ortamının ve idareye güvenin tam sağlanması hususunda belirlenen temel ilkeler yanında yasak fiil veya davranışlarda kanun koyucu tarafından ortaya konulmuştur. Çalışmamızda bu hususta incelenmiş olup 4734 sayılı KİK ve 2886 sayılı DİK'in yasaklanmış olduğu her fiil ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğini ortaya koymuştur. İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayan fakat ihale sürecinde yasak olan bu hareketlerin idari yaptırım altına alınarak ceza kanunu kapsamında suç olarak düzenlenmemesi çalışmamızda da bahsettiğimiz üzere kanunun bu hususta yetersiz kaldığını göstermektedir. Bu eksiklik Türk Ceza Kanunu'na yasak fiil ve davranışların eklenmesi yolu ile giderilebilecektir.

Şu an kanun nezdinde böyle bir düzenleme bulunmaması hasebiyle çalışmamızda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde tahdidi olarak düzenlemiş olan fiiller incelenmiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği ihalelerin türleri Türk Ceza Kanunu'nda belirlenmiş olup, bu ihale türleri sadece alıma, satıma, yapıma veya kiralamaya ilişkin ihalelerdir.

İhaleye fesat karıştırma suçu Türk hukukunda ilk defa 1274 / 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 83. ve 238. maddelerinde karşımıza çıkmakta olup daha sonra 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 205, 208, 366, 367, ve 368'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Farklı madde metinlerinde düzenlenmekte olan ihaleye fesat karıştırma suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile tek bir madde başlığı altında toplanmıştır.

İhaleye fesat karıştırma suçuyla korunmak istenen hukuki değer ihalede serbest rekabetin korunmasıyla birlikte ihale sürecinde taraf olan kamu kurum ve kuruluşları ile isteklilerin hak ve çıkarlarının korunmasıdır. Suç madde metninde sayılan fiillerden bir veya birkaçının gerçekleşmesi ile işlenebilmektedir. Bu sebeple suç seçimlik bir suç olma özelliğini taşımaktadır. Hareketin bir kez yapılması da suçun oluşması için yeterlidir.

Türk Ceza Kanun'u 235. maddenin 2. fıkrasının a bendinde hilenin varlığını aramış ve a bendinde düzenlemiş olduğu tüm fiilleri hilenin varlığına bağlamıştır. Kasıtlı olarak ortaya çıkan bu kötü irade ile seçimlik hareketlerin yapılması sonucunda suç varlık kazanacaktır.

Çalışmamızda açıklamaya çalıştığımız bir diğer önemli konu ise a, b ve d bentlerinin düzenlemiş olduğu fiiller yönünden söz konusudur. Türk Ceza Kanunu her ne kadar ihaleye fesat karıştırma suçu yönünden özel bir düzenlemede bulunmayarak

suçun ihaleye fesat karıştırma herkes tarafından işlenebilecek nitelikte bir suç olduğunu düzenlemişse de bu fıkralar yönünden faile bazı özellikler yüklemesi sebebiyle özgü suç olması durumu ortaya çıkmaktadır. Kanun 2. fıkranın a ve b bentlerinde fail yönünden ihale sürecinde görev alan kamu görevlileri yönünden d bendinde ise ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler olması yönünden bir özellik aramıştır.

İhaleye fesat karıştırma suçu açısından bir diğer önemli konu ise kanunda açıkça taksirle işlenebileceği öngörülmediğinden suç kasten işlenebilir nitelikteki suç olma özelliğini taşımakta olup dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle gerçekleşen durumlarda suçun konusunun oluşmayacağıdır.

Çalışmamızda ihaleye fesat suçu için hukuka aykırılık unsuru incelenmiş olup, Kanun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme”, “Meşru savunma”, “Hakkın kullanılması” ve “İlgilinin Rızası” yönünden değerlendirmelere yer verilmiştir.

Suçun nitelikli halleri incelenmiş ve Türk Ceza Kanunu 235. maddesinin 3. fıkrasının cezayı arttıran a bendi ile cezayı azaltan b bendine yer verilmiştir. Kanun’un kurumun zarar görmemiş olmasını cezada indirim şartı olarak görmüş olup 6459 sayılı kanun ile yapılan bu değişiklik ile suç yönünden zararın aranması sebebiyle bu fıkra yönünden zarar suçuna dönüşmesi söz konusu olmuştur. Çalışmamızda bu konu Yargıtay kararları ışığında incelenmiş olup öğretide tartışılan sebepler açıklanmaya çalışılmıştır. Kanaatimizce ihaleyi yapan kurumun zarar görmemiş olması durumunda faile daha az ceza verilmesi suçun caydırıcılığını kötü yönde etkilemekte olup cezayı azaltıcı nitelikli bir unsur olarak kanun kapsamında yer bulması uygun değildir.

İhaleye Fesat Karıştırma suçu öğretide görevi kötüye kullanma suçu, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, sırrın açıklanması ile ilgili suçlardan ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması ile göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu, dolandırıcılık suçu ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları ile çok karıştırılmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçunun bu suç tipleri ile mağdur, fiil ve/veya fail yönünden benzerlikleri bulunmakla birlikte farklılıkları da mevcuttur. Çalışmamızda bu alan aydınlatmaya çalışarak bu suç tiplerinin benzerlikleri, benzer görünmelerine rağmen sahip oldukları farklılıklar açıklanmaya çalışılmıştır.

Son olarak çalışmamızda ihaleye fesat karıştırma suçu yönünden zamanaşımı görevli ve yetkili mahkeme incelenmiş olup bu hususta 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin görevli mahkeme olan etkisinden bahsedilmiştir. Buna göre istisnaları hariç olmak üzere görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanından Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına geçirilmiştir.

KAYNAKÇA

- ABACIOĞLU Muhittin ve ABACIOĞLU Ali (2016), *İhalelere Yönelik Şikayetler-İhaleye veya Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AKBULUT Berrin (2023), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Onuncu Baskı, Adalet Yayınevi.
- AKSOY Pervin İpekçioğlu (2012), “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:61, S.1, ss. 43-68, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001650, ET. 15.07.2023.
- ALACAKAPTAN Uğur (1975), “Suçun Unsurları”, İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- ALTIPARMAK Cüneyd (2013), *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- APAYDIN Cengiz (2016), “Kastın Çeşitleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S: 121, Eylül, <https://www.jurix.com.tr/article/5281?u=0&c=0>, ET. 24.08.2023.
- ARITÜRK Ramazan (2021), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ARSLAN Çetin (2017), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Yedinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARSLAN Kazım (2022) *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, <http://acikerisim.akdeniz.edu.tr/xmlui/handle/123456789/6829>, ET. 02.11.2023.
- ARTUK M. Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN M. Emin ve ÇAKIR Ü. Kerim (2022), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yirminci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN M. Emin ve ÇAKIR Kerim (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş On altıncı Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA Caner (2013), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Sekizinci Basım, Adalet Yayınevi
- BAYRAKTAR Köksal (2021), *Özel Ceza Hukuku (Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Bilişim Alanında Suçlar)*, Birinci Baskı On İki Levha Yayıncılık, Cilt VIII, İstanbul.
- CENTEL Nur, ZAFER Hamide ve ÇAKMUT Özlem (2020), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, On Birinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- ÇAPAR Asuman (2020), “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), Güz, <https://dergipark.org.tr/pub/imuhfd/issue/59978/865985>, ET. 11.04.2023.
- DEMİRBAŞ Timur (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, On Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- DEMİRCİOĞLU Mustafa Yaşar (2014), “İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend Açık İhale Usulünün Terki Pazarlık Yoluyla İhale Usulünün Keşfi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.2014/115, Ankara, <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-115-1427>, ET. 19.05.2023.
- DEMİREL GÜLER Gamze (2017), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, Matris Matbaacılık, Birinci Baskı, İstanbul.
- DİLBEROĞLU Ahmet Vedat (2018), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, USA Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara.
- DÖNMEZER Sulhi ve ERMAN Sahir (1997), *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, 1. Cilt, On dördüncü Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- DÖNMEZER Sulhi (1984), “*Özel Ceza Hukuku Dersleri*”, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul.
- DÜLGER Murat Volkan (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Birinci Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul.
- EKER KAZANCI Behiye (2011), *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ERCAN İsmail (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*; On Altıncı Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- EREM Faruk, ÇALIŞKAN Ahmet ve ARTUK Mehmet Emin (1997) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ERSOY Uğur (2020), “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:11, Sayı 41, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58516/854851>, ET. 03.09.2023.
- GÖKCAN Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa (2021), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- GÖKTÜRK Neslihan (2013), *Fikri İctima*, Birinci Baskı Adalet Yayınevi, Ankara,.
- HAFIZOĞULLARI Zeki ve ÖZEN Muharrem (2019), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, On İkinci Baskı, USA Yayınevi, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI Zeki ve ÖZEN Muharrem (2017), *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, Üçüncü Baskı, USA Yayınevi, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2017), *Ceza Hukuk Genel Hükümler*, Birinci Baskı, Adalet Yayınları, Yirmi Birinci Baskı.
- İÇEL Kayıhan (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Altıncı Baskı, Beta Basım, İstanbul.
- KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan (2023), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Dokuzuncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan (2020), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, On Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KOCA Mehmet Reis (2014), *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÖNDER Ayhan (1989), *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, Cilt II, İstanbul.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray ve BACAKSIZ Pınar (2020), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, On Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş On Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZBEK Veli Özer (2023), *Ekonomi Ceza Hukuku*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZEN Muharrem ve KÖSAL Atacan (2020), “Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt No: 69, Sayı:1. ss.189-232. <https://doi.org/10.33629/auhfd.775298>, ET. 25.10.2023.

- ÖZEN Mustafa (2018), *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet (2013), *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ÖZKAN Gürsel (2014), *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ÖZCAK Gürkan (2018), *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan (2022), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Yirmi İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- SARITAŞ Hatice (2009), “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, *Sayıştay Dergisi*, S.73, ss. 51-68, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sayistay/issue/61529/918985>, ET. 17.02.2023.
- SIRABAŞI Volkan (2013), *Kamu İhalelerinde Dava Süreci*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- SOYASLAN Doğan, KEMER Mustafa ve GÜLSEVEN Mustafa (2014), *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- SOYASLAN Doğan (2013), “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48280/621241>, ET. 22.10.2023.
- SOYASLAN Doğan (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş Onuncu Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- SOYASLAN Doğan (2020), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, On Üçüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- SUCUOĞLU Arif Naci (2021), *İhaleye Fesat Karıştırma*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ŞAHBAZ İbrahim (2020) *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ŞEN Ersan ve AKSÜT Ertekin (2013), *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları 6459 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Işığında*, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- T.C. Adalet Bakanlığı (2022), “Adalet İstatistikleri”, *Resmi İstatistik Programı Yayını*,
<https://adlisicil.adalet.gov.tr/home/sayfadetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>,
ET. 15.06.2023.
- TBMM Adalet Komisyonu (2004) *Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 03.08.2004 Tarihli 1/593 Esas, 60 Karar sayılı raporu*, TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 664,
<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, ET. 09.07.2023.
- TUĞRUL Ahmet Ceylani (2011), *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, Cantekin Yayıncılık, Ankara.
- TOROSLU Nevzat ve TOROSLU Haluk (2021), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Yirmi Altıncı Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
- URUŞAK Uğur (2010), *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- UYŞAL Cevdet (2018), “İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı:147, <https://www.jurix.com.tr/article/18066?u=0&c=0>, ET. 27.03.2023.
- UZ Abdullah (2005), *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara.
- ÜNAL Nurdoğan ve EROL Mesut (2016), *Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devler İhale Kanunu*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- ÜNAL Nurdoğan (2017), *İhale Suçları İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları.
- ÜNAL Osman Gazi (2023), *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara.
- YALÇIN Türkan ve KÖPRÜLÜ Timuçin (2022) *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, Savaş Yayınevi, Dokuzuncu Baskı, Ankara.