

REVNA CEBECİ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

BİLKENT ÜNİVERSİTESİ 2024

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

REVNA CEBECİ

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Temmuz 2024

*Özgürce yaşayabildiğim, düşünebildiğim, okuyabildiğim, çalışabildiğim ve
üretebildiğim için*

*Türkiye Cumhuriyeti'nin Kurucusu, Ulu Önder Mustafa Kemal ATATÜRK'e sonsuz
saygı ve minnetle*

TÜRK CEZA HUKUKUNDA
İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

REVNA CEBECİ

Kamu Hukuku Disiplininde Yüksek Lisans Derecesi
Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA

Temmuz 2024

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU
Revna CEBECİ

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Haluk Toroslu
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Devrim Güngör
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Güneş Okuyucu Ergün
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı

Refet S. Gürkaynak
Enstitü Müdürü

ABSTRACT

THE CRIME OF BID RIGGING IN TURKISH CRIMINAL LAW

Cebeci, Revna

L.L.M., Department of Law

Supervisor: Dr. Haluk Toroslu

July 2024

Public procurements are essential on the occasion of their economic and social consequences on the community as well as their direct concern to the government. For this reason, public procurements are legally regulated and violations of those regulations can be subject to administrative and/or penal sanctions.

The two fundamental legislations governing public procurements are the State Procurement Law No. 2886 and the Public Procurement Law No. 4734. The procedures and principles regarding public procurements have been determined and the functioning of procurements have been placed on a legal basis. In order to ensure that the public procurements are being conducted in accordance with the law, some unlawful acts are regulated as bid rigging and subject to criminal sanctions within the scope of the Turkish Penal Code No. 5237.

The main purpose of this study is to examine the irregularities in public procurements, which greatly affect and concern the government economically and socially, and therefore the crime of bid rigging. In this direction, firstly, the historical and conceptual framework of public procurements will be covered, and then the process and the

principles to be followed in procurement process and illegal practices will be examined. Finally, the crime of bid rigging withing the Turkish Penal Code will be scrutinized.

Keywords: Public Procurement, Criminal Law, Tender, Corruption, Bid Rigging.



ÖZET

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Cebeci, Revna

Yüksek Lisans, Kamu Hukuku Programı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Haluk Toroslu

Temmuz 2024

Devletin harcama ve gelir getirici işlemlerinden olan kamu ihaleleri, devleti doğrudan ilgilendirmelerinin yanı sıra ekonomik ve sosyal boyutları dolayısıyla hem ihaleye katılan isteklileri hem de toplumun genelini doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemektedir. Bu sebeple kamu ihaleleri yasal düzenlemelere, ilgili düzenlemelere aykırılıklar ise kanuni şartların gerçekleşmiş olmasına bağlı olarak idari ve cezai yaptırımlara tabii tutulmaktadır.

Kamu ihalelerinin düzenlendiği temel iki kanun 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunudur. Kamu ihalelerine ilişkin usul, esas ve ilkeler belirlenerek kamu ihalelerinin işleyişi yasal bir zemine oturtulmuştur. Kamu ihalelerinin hukuka ve kanuna uygun olarak yürütülmesini teminen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçuna yer verilerek ihale sürecinde meydana gelecek birtakım fiiller cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Çalışmamızdaki temel amaç devleti ekonomik ve sosyal açıdan büyük ölçüde etkileyen ve ilgilendiren kamu ihalelerindeki usulsüzlüklerin ve dolayısıyla da ihaleye

fesat karıştırma suçunun incelenmesidir. Bu doğrultuda ilk olarak kamu ihalelerinin tarihsel ve kavramsal çerçevesine yer verilecek, daha sonrasında ise usulüne uygun ihale süreci ve bu süreçte uyulması gereken ilkelerle sakınılması gereken yasaklı davranışlar incelenecektir. En nihayetinde ise ihaleye fesat karıştırma suçu detaylı olarak irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhaleleri, Ceza Hukuku, İhale, Yolsuzluk, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu.



İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	İİ
ÖZET.....	İV
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İHALE HUKUKUNUN TARİHSEL VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ, İHALE SÜRECİ, İLKELER, YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR

I. GENEL OLARAK	6
A. KAVRAM, AMAÇ VE NİTELİK BAKIMINDAN İHALELER	6
B. KAMU İHALE KANUNLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ	13
II. İHALE TÜRLERİ	18
A. YAPIM İHALELERİ	21
B. HİZMET ALIM VE SATIM İHALELERİ	22
C. DİĞER İHALE TÜRLERİ	23
III. İHALE USULLERİ	24
A. DEVLET İHALE KANUNU KAPSAMINDA DÜZENLENEN İHALE USULLERİ.....	25
1. Kapalı Teklif Usulü.....	26
2. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü	27
3. Açık Teklif Usulü	28

4. Pazarlık Usulü	29
5. Yarışma Usulü	29
B. KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDA DÜZENLENEN İHALE	
USULLERİ.....	30
1. Açık İhale Usulü	31
2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü.....	32
3. Pazarlık Usulü	35
4. Doğrudan Temin Yöntemi	37
IV. İHALE SÜRECİ.....	39
V. İHALE SÜRECİNE HAKİM OLAN İLKELER	43
A. SAYDAMLIK İLKESİ	45
B. REKABET İLKESİ	47
C. EŞİT MUAMELE İLKESİ.....	49
D. GÜVENİLİRLİK İLKESİ	49
E. GİZLİLİK İLKESİ.....	50
F. KAMUOYU DENETİMİ İLKESİ.....	51
G. İHTİYAÇLARIN UYGUN ŞARTLARLA ZAMANINDA KARŞILANMASI İLKESİ	51
H. KAYNAKLARIN VERİMLİ KULLANILMASI İLKESİ	52
I. ARALARINDA BAĞLANTI OLMAYAN İŞLERİN BİRLİKTE İHALE EDİLME YASAĞI.....	52
İ. ÖDENEĞİ BULUNMAYAN İŞ İÇİN İHALE YASAĞI	53
J. EŞİK DEĞERİN ALTINDA KALMAK AMACIYLA İŞİN KISIMLARA BÖLÜNMESİ YASAĞI.....	54

K. ÇED RAPORU ALINMADAN İHALEYE ÇIKMA YASAĞI	54
VI. YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR.....	55

İKİNCİ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE SUÇUN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK.....	59
II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU.....	65
III. SUÇUN MADDİ KONUSU.....	68
IV. MAĞDUR.....	72
V. FAİL	77
VI. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI	83
A. MADDİ UNSUR.....	83
1. Davranış	83
a) Hileli Davranışlar (f. 2-a)	87
b) Gizliliğin İhlali (f. 2-b).....	92
c) Cebir, Tehdit veya Hukuka Aykırı Diğer Davranışlar (f. 2-c)	94
d) İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek İçin Açık veya Gizli Anlaşma (f. 2-d)	99
2. Netice	101
B. MANEVİ UNSUR.....	106

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ,
YAPTIRIM VE MUHAKEME USULLERİ

I. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	109
A. NİTELİKLİ HAL	109
B. TEŞEBBÜS	112
C. İŞTİRAK.....	114
D. İÇTİMA.....	117
II. MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIMLAR	124
A. GENEL OLARAK	124
B. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	125
C. YAPTIRIMLAR.....	128
1. Ceza.....	128
2. Güvenlik Tedbirleri.....	129
3. Kabahatler Kanunu Kapsamında Uygulanacak İdari Yaptırım	134
SONUÇ.....	137
KAYNAKÇA.....	143

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
AY	:	Anayasa
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
CD.	:	Ceza Dairesi
DİK	:	Devlet İhale Kanunu
E.	:	Esas
E.T.	:	Erişim Tarihi
IMF	:	Uluslararası Para Fonu
K.	:	Karar
KİK	:	Kamu İhale Kanunu
KİSK	:	Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
md.	:	Madde

S. : Sayı

s. : Sayfa

s.k. : Sayılı Kanun

T. : Tarih

TDK : Türk Dil Kurumu

TCK : Türk Ceza Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

vb. : Ve benzeri

vd. : Ve devamı

GİRİŞ

Devlet, ekonomiye çeşitli müdahaleler gerçekleştirmekte, bu müdahalelerin bir türünü ise kamu harcamaları oluşturmaktadır. Zira kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi bakımından devletin öncelikle birtakım mal ve hizmetleri sağlaması gerekmektedir. Devletin mal, hizmet ve yapım işi gibi işleri birtakım gerçek veya tüzel kişilere gördürdüğü harcamaları kamu harcamaları olarak nitelendirilmektedir. Kamu harcamalarının en belirgin ve önemli yöntemlerinden biri kamu alımlarıdır. Bu tip alım ve yapım işlerini gerçekleştiren taraflar ve devletin bütçesi göz önünde bulundurulduğunda kamu alımları ekonomi bakımından büyük öneme sahiptir. Devletin bu noktada önemli bir yükümlülüğü, kamunun ihtiyaç duyduğu hizmetleri gereği gibi sağlarken kamu kaynaklarını tasarruflu ve verimli kullanmaktır.¹

Devlet, kamu hizmetlerinin üretimi, sunumu ve kullanımı hususunda, kamu imkanlarını olduğu kadar özel kesimin imkanlarını da kullanmak mecburiyeti altındadır. Bu doğrultuda kamu alımlarında kamu ihalelerine ilişkin usul ve esaslar uygulanmakta, devletin etkin fiyatlandırmasını sağlayacak ekonomik koşulları oluşturan ihale hukuku kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Kamu ihale hukuku bağlamında, 1925 tarihi ile varlık göstermeye başlayan kamu alımlarına ilişkin yasal düzenlemeler, günümüzde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu adı altında yürürlüğünü sürdürmektedir.²

¹ Gözübüyük, Ş./Tan, T.: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Ankara, 2021, s.499.

² Çetinkaya, Ö./Filibe, M./Üstün, K.: *Tarihsel Boyutu ile Kamu Alım Usullerindeki Gelişmeler ve Günümüzdeki Yapının Değerlendirilmesi*, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, C.6, S.1, 2018, s. 311.

Kamu ihaleleri, kamu kaynaklarını kullanarak yapılmaktadır. Bu nedenle mal veya hizmet alım veya yapım işleri söz konusu olduğunda idarenin, sözleşmenin tarafı olan gerçek veya tüzel kişinin belirlenmesi, ihalenin yapılması, uygulanması ve sözleşmelerin akdedilmesi konusunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) hükümlerine uygun olarak hareket etmesi ve bu doğrultuda kamu kaynaklarını etkin bir biçimde kullanması gerekmektedir.

Kamu hizmetlerinin temelini kamu gelirlerinin oluşturduğuna şüphe götürmemektedir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kamu alımlarının da ekonomik kaynağını yine kamu gelirleri oluşturmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, doğrudan vatandaştan kaynaklanan ve yine vatandaş etkileyen kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanması, sosyoekonomik etkileri de göz önünde bulundurulduğunda zaruridir. Bu sebeple kamu alımlarının ve kamu ihalelerinin açık ve belirli bir yasal zemine oturulması gerekmektedir. Bu amaçla, ihale sürecinin tamamında bulunması gereken temel ilkeler ve yasaklar KİK'te sayılmakta, kanuna tabii olan idareler bakımından bağlayıcı olup sürecin hukuka uygun ve adil olarak yürütülmesi amaçlanmaktadır.

Türkiye’de, Cumhuriyet’in kuruluşundan bu yana yasal düzenlemelerin geçirdiği değişiklikler, günümüzde yürürlükte olan kanunlar ve uygulama bir arada göz önünde bulundurulduğunda, kamu ihale sürecinin hukuka ve kanuna uygun olarak yürütülemediği, yürütülse dahi tereddütlere yol açtığı görülmektedir. Bir başka deyimle, tarihin süzgecinden geçerek değişmiş ve güncellenmiş yasalar, uygulamada yolsuzluğun önüne geçmek için yeterli olmamaktadır.

Yolsuzluk en genel tanımıyla, bir kişinin kendisine emanet edilen yetkiyi, kamunun veya özel kişilerin çıkarlarını zedeleyecek biçimde kötüye kullanması olarak ifade edilmektedir.³ Kamu görevlilerinin sahip oldukları yetkileri kimi zaman kanuna aykırı olarak kullandıkları, kimi zaman kanunda öngörülen yöntemlerin eksik veya yanlış uygulandığı görülmektedir. Bu tip hukuka aykırılıklar, kamu ihaleleri bakımından meydana geldiğinde yolsuzluk ortaya çıkmakta hem ilgililer hem de kamu zarar görmektedir. Kamu ihalelerinin gereği gibi yürütülmemesine veya kanuna aykırı olarak yürütülmesine sebebiyet veren birtakım davranışlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) kapsamında bir suç tipi olarak düzenlenmekte ve ihaleye fesat karıştırma suçu olarak adlandırılmaktadır.⁴

TCK'nın birinci maddesinde, kanunun amacı *“kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak ve suç işlenmesini önlemek”* olarak düzenlenmektedir. Söz konusu kanunun üçüncü kısmının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar Başlıklı Dokuzuncu Bölümünde yer alan 235. maddesi ise, ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenlemektedir. İlgili madde kapsamında, kamu ihalelerindeki usul ve esaslara aykırı uygulamaların bir ceza yaptırımına bağlanması ile hem toplumu hem de idareyi gerek ekonomik gerek sosyal etkileri bakımından ilgilendiren kamu ihalelerinin hukuka uygun olarak yürütülmesini amaçlamaktadır. Kanunun genel amacı da göz önünde bulundurulduğunda, maddenin caydırıcı bir etki sağlayarak suç işlenmesinin önüne geçme amacını da sağladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu madde aracılığıyla,

³ Altun, M./ Sayer, A./ Barutçu, A.: *Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kararları Işığında Kamuda Görülen Etik Dışı Davranışlar ve Yolsuzluklar*, Sayıştay Dergisi, S.91, 2013, s. 36.

⁴ Çetinkaya, Ö.: *Evaluation of Public Procurement System Considering the Principles of Competition, Transparency and Equal Treatment*, Business and Economics Research Journal, C.5, S.3, 2014, s. 103.

idarenin işlemlerinden olan kamu ihalelerinde kamuya ve kamu görevlilerine duyulan güven korunmaya, kamunun, ihaleye katılanların ve toplumun maddi menfaatlerini garanti altına almaya ve ihalede gerekli rekabet ortamı sağlanmaya çalışılmaktadır.

Şunu belirtmek gerekir ki, kamu ihalesine ilişkin tanım ve esaslara, TCK kapsamında yer verilmemektedir. Başka bir deyişle, ihalenin tanımı ihale hukukuna ilişkin mevzuata bırakılmıştır. Dolayısıyla söz konusu suç tipinin iyi anlaşılması bakımından kamu ihale mevzuatının da detaylı ve doğru incelenmesi gerekmektedir. TCK'nın ilgili 235. maddesinin ilk fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal, hizmet alım ve satımları ile kiralama işlerini ve yapım işleri için yapılan ihaleler maddenin uygulanma kapsamı içerisine alınmıştır. Ek olarak, beşinci fıkra ile kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmeler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulan şirketler, bunların bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler tarafından yapılan mal veya hizmet alım ya da satım veya kiralama işlerine ilişkiler de kapsam dahilinde tutulmuştur. Maddenin ikinci fıkrasında suçu meydana getirecek davranışlar tek tek sıralanmıştır. Burada, ihale sürecine ilişkin birtakım kavramlar yer almaktaysa bile ne maddenin lafzında ne de kanun kapsamında bu kavramların tanımları bulunmaktadır. Dolayısıyla ihale hukukunu ilgilendiren bu kavramlar için idare hukuku mevzuatının incelenmesi gerekmektedir.

Öte yandan, gerek ihaleye fesat karıştırma suçuna sebebiyet verme gerek başkaca hukuka aykırı fiilleri meydana getirme bakımından kamu ihale mevzuatından kaynaklanan durumlar söz konusu olmaktadır. Tüm bunlara dayanarak, çalışmamızda

öncelikle kamu ihaleleri incelenecektir. Bu doğrultuda birinci bölümde ihale hukukunun tarihsel ve kavramsal çerçevesi çizilmeye çalışılacak, ikinci bölümde ise kamu ihale süreci, kamu ihalelerine hâkim olan temel ilkeler ile yasak fiil ve davranışlar ışığında bir değerlendirme yapılacaktır. Çalışmanın üçüncü ve dördüncü bölümlerinde ise, TCK kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçu; temel kavramlar, suçun unsurları, suçun ortaya çıkış biçimleri ile yaptırım ve muhakeme usulü bağlamında incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İHALE HUKUKUNUN TARİHSEL VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ,

İHALE SÜRECİ, İLKELER, YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR

I. GENEL OLARAK

A. KAVRAM, AMAÇ VE NİTELİK BAKIMINDAN İHALELER

Kamu hizmetleri yerine getirilirken, idare, birtakım iş ve işlemleri kendisi yapmak yerine, yeterli nitelik, donanım ve özelliklere sahip gerçek veya tüzel kişiler tarafından yerine getirilmesini tercih etmektedir.⁵ Bu noktada, kamu hizmetinin başkaca kişilere gördürülebilmesi veya başkaca kişilerden temin edilmesi bakımından bu kişilerin nasıl seçileceği ve hangi şartlar altında iş ve işlemleri gerçekleştirecekleri hususu gündeme gelmektedir. Zira kamu hizmetlerinin amacı kamu yararını sağlamak olduğundan, bu hizmetlerin yerine getirilmesi aşamasında da kamu yararının gözetilmesi, kamu kaynaklarının dikkatli ve verimli kullanılması önem arz etmektedir.⁶ Kabaca belirtmek gerekirse, idarenin yapacağı bir ihale sonucunda, istekliler arasından işin nitelik ve gerekliliklerine en uygunu seçilerek bu kişi ile idare arasında bir sözleşme imzalanacaktır. Detayları ileride açıklanmak üzere, söz konusu sözleşmenin imzalanması ve en önemlisi bu sözleşmenin tarafı olacak özel kişinin belirlenmesi birtakım yasal düzenlemelere bağlanmıştır. Görevi üstlenecek özel kişi,

⁵ Çetinkaya, s. 97.

⁶ Danışman, M.: İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 13.

kanunda belirlenen ilke ve usuller doğrultusunda yapılacak bir kamu ihalesi yoluyla belirlenecektir.⁷

Kamu hizmetlerinin özel kişilerce de yerine getirilmesi mümkün olabileceğinden, idare ile kamu hizmetini yürütecek özel kişi arasında bir sözleşme imzalanması gerektiği ve söz konusu sözleşmenin tarafı olacak özel kişinin yapılacak ihale sonucunda belirleneceği yukarıda belirtilmiş idi. Başka bir tabirle, özel kişinin belirlenmesinde kamu ihalesi olarak adlandırılan süreç yürütülmekte ve bu süreç ilişkin olarak ilgili mevzuatta düzenlenen usul ve esaslar takip edilmektedir. İhaleler, ihale konusuna göre kamunun gelir ve gider kalemlerini oluşturmaktadır. Kamuya gelir sağlayan satım ve kiraya verme işlemlerinde artırma, gider kalemini oluşturan mal ve hizmet alımı ile kiralama işlerinde ise eksiltme esasına dayanmaktadır. Her halükârda, kamu ihalelerinde en temel esas kamu yararı olduğundan, en uygun fiyatın belirlenmesine yönelik bir rekabet ortamı yaratılması söz konusu olmaktadır.⁸ Kamu yararının sağlanması ve korunması için, idare ile sözleşme yapacak özel kişinin, ihale ve sözleşme konusu kamu hizmetini gerçekleştirecek yeterlilikte olması ve işin en uygun fiyata gördürülmesi gerekmektedir.

İhalelere ilişkin genel açıklamalardan sonra, kamu ihalesi kavramından ne anlaşılması gerektiğini öncelikli olarak incelemek gerekmektedir. Her şeyden önce ihale kavramının dar ve geniş olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Dar anlamda kamu ihalesi kavramı, kamunun ihtiyacı olan mal, hizmet ve yapım işlerinin temini amacıyla idarenin akdedeceği sözleşmelerin karşı tarafını belirleme işlemlerini ifade etmektedir. Geniş anlamda bakıldığında ise, kamu ihalesi

⁷ Günday, M.: İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 195.

⁸ Uz, A.: Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 192.

kavramı, hem idarenin akdedeceği sözleşmelerin tarafını belirleyeceği rekabete dayalı bir süreci hem de tek yanlı bir işlem ile kamu hizmetlerinin görülmesi maksadıyla, ruhsatname verilecek özel kişinin belirlendiği süreci kapsamaktadır. İhaleye ilişkin bu genel tanımların yanı sıra, başkaca alanlarda kullanılan ihale kavramlarına ve bunların tanımlarına da değinmek, ihale sürecinin daha doğru anlaşılması için faydalı olacaktır.

Türk Dil Kurumu'nun ihale tanımı, “iş, mal ve benzerini birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma” şeklindedir.⁹ Ekonomi alanındaki kullanımına bakıldığında ise ihale, kaynakların dağıtımının ve fiyatlarının, piyasa katılımcılarının teklifler ile belirlendiği, kendine özgü kuralları olan bir mekanizmadır.¹⁰

Kamu maliyesi açısından da ihaleleri ele almak gerekmektedir. Kamu maliyesi kısaca, kamuya ait gelirler, harcamalar ve bütçe olmak üzere, kamuya ilişkin ekonomik kurallar bütünüdür.¹¹ Bu açıdan ele alındığında kamu ihaleleri, kamu harcamalarının büyük bir bölümünü oluşturmaktadır. Bunun yanında, kamuya ait malların kiralanması, satışı ve özelleştirmesi gibi iş ve işlemleriyle, gelir getirme yönünün de bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Tüm bunlara bütünsel olarak yaklaşıldığında kamu ihalelerinin hem kamu maliyesi hem de özel sektör bakımından doğrudan etkili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu maliyesi açısından ihaleler önemli bir gelir ve gider kalemi oluşturmaktadır. Vatandaştan toplanan vergilerle yapılan ve yine vatandaşın yararına kullanılması amaçlanan mal veya hizmet alım ile yapım işleri ihaleleri gider; satım, kiralama ve özelleştirme ihaleleri ise gelir

⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü (çevrim içi) <https://sozluk.gov.tr/>

¹⁰ Uz, s. 11.

¹¹ Dülger, M. V.: *Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi*, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C: 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 4.

kalemmini oluşturmaktadır. Kamu maliyesindeki bu etkisi dolayısıyla, kamu ihaleleri, doğrudan ülke ekonomisini etkilemektedir.

İdare hukukundaki ihale kavramı, kamu ihale kavramına kıyasla daha geniş olup, idarenin alım-satım, kiralama veya yapım işleri için gerçekleştireceği sözleşme sürecinde tabi olduğu kural, yöntem ve usullerin tümünü ifade etmektedir.¹²

İhalenin kanuni tanımı, KİK'in 4. maddesinde yer almakta olup şu şekildedir:

“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 işlemlerdir.”

DİK'in ilgili 4. maddesinde ise;

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

şeklinde ifade edilmiştir.

İhale kavramının ve genel olarak ihale sürecinin idare hukuku kuralları ve buna ilişkin mevzuat ile düzenlenmesi, bilinçli bir tercihin sonucudur. İhaleler, konuları gereği kamu kaynakları ile doğrudan ilgili olduğundan, sözleşmenin en iyi şart ve koşullarla imzalanması, karşı tarafın objektif bir biçimde belirlenmesi¹³ hukuka

¹² Akel, Y. N.: *İdari Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.6, S.11, 2018, s. 6.

¹³ Arslan, Ç.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 31.

aykırılıklar ile yolsuzlukların önüne geçilmesi ve toplumun güven duygusunun korunması amaçlanmaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse, en uygun taraf belirlenerek en kaliteli mal ya da hizmet, en uygun bedelle ve en kısa zamanda temin edilebilecektir.¹⁴

Tüm bu tanımlardan yararlanarak ortak çıkarımlar yapmak mümkündür. Buna göre, ihalenin tek bir işlemi değil genel olarak bir süreci, başka bir deyişle bir mekanizmayı, ifade ettiği söylenebilir. Bu bakımdan, ihale sürecinde işlemler birbirini izlemekte olup herhangi birinin atlanması ya da birbirlerinden ayrılması söz konusu değildir. Bu durum, idari işlem teorisi kapsamında “zincir işlem” olarak adlandırılmaktadır.¹⁵ İdarenin, sözleşme yaparken karşı tarafı olan özel kişiyi belirleme konusunda sözleşme özgürlüğüne sahip olmadığını da belirtmek gerekmektedir. Kamu ihalelerine ilişkin kanunlarda, uyulması gereken ilke ve usuller bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Belirtildiği üzere, ihale sonucunda sözleşmenin en uygun şartlarda imzalanması amaçlanmaktadır. Bu şartlardan en önemlisi, ihalenin ekonomik olarak en avantajlı teklifte bulunan isteklinin üzerinde bırakılmasıdır. En avantajlı teklif, DİK ve KİK kapsamında farklı şekilde açıklanabilir. DİK kamu mallarının satım ve kiralanmasını, KİK ise kamunun mal ve hizmet alımlarını düzenlemektedir. Bu bilgiler ışığında ele alındığında, DİK’e göre artırma usulü esas olmakta, teklif edilen bedellerden en yükseği en uygun bedel olarak değerlendirilmektedir. KİK’e göre ise,

¹⁴ İnan, A.: İhale Hukuku Ders Notları, 6. Baskı, Ankara 2021, s.18.

¹⁵ Uz, s.8.

yapılacak kamu alımlarının piyasa değerleri de göz önüne bulundurulduğunda, eksiltme sistemiyle ekonomik olarak en avantajlı teklif belirlenecektir.¹⁶

İhale kavramı, idare hukukuna ait bir kavram olup ihaleler neticesinde idarenin akdettiği sözleşmeler bulunmaktadır. İdarenin sözleşmeleri, kamu hukukuna tabi olanlar bakımından idari sözleşmeler, özel hukuka tabi olanlar bakımından özel hukuk sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁷ KİSK uyarınca, kamu ihale sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmeleridir.¹⁸ Dolayısıyla bu konudaki uyuşmazlıklar hukuk mahkemelerinde çözümlenecektir.¹⁹ Her ne kadar kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri olarak adlandırılmaktaysa da nitelikleri gereği diğer özel hukuk sözleşmelerinden birtakım farklılıklar da bulundurmaktadırlar. Bunlardan en önemlisi, sözleşmenin bir tarafının idare olması ve ihale sürecinde ihale hukuku kurallarının uygulanmasıdır.²⁰

İhale sözleşmeleri şartname ve anlaşma olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Şartnameleri de idari ve teknik olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. İdari şartname, ihaleye katılma şartlarını; teknik şartname, ihale konusu işle ilgili proje ve teknik detaya ilişkin şartları içermektedir. Şartname tarafların inisiyatifinde olmayıp üzerinde değişiklik yapma, uzlaşma yetkileri bulunmamaktadır. Şartname

¹⁶ Uz, s.134.

¹⁷ Buz, V.: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 50.

¹⁸ Demirboğa, D. A.: *Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri)*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.5, S.9, 2017, s. 182.

¹⁹ Toprak, E.: *Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.32, S.145, 2019, s. 383.

²⁰ Buz, s. 70.

idare tarafından belirlenip özel kişi tarafından kabul edilmektedir. Bu bağlamda idarenin tek taraflı ve düzenleyici işlemi olarak kabul edilmektedir.²¹

İdare hukuku kapsamında, ihalelerin usulüne ve hukuka uygun olarak yürütülmesine aykırı faaliyetlerde bulunarak rekabetçi ve şeffaf bir ihale sürecini engelleyenler hakkında idari yaptırımlar söz konusu olmaktadır. Fakat bu idari yaptırımlar, ihalelere girmekten menetme ve dolayısıyla da birtakım ekonomik kazançlardan mahrum bırakma şeklinde olup caydırıcılık noktasında yetersiz kalmaktadır.²² Bu bakımdan, ihalelerin hukuka ve usulüne uygun olarak yürütülmesi maksadıyla ceza hukukuna ait yaptırımlara ihtiyaç duyulmaktadır. Öte yandan, ihalenin tanım ve amaçlarına ilişkin yapılan açıklamalar ve bu doğrultuda detaylarına aşağıda yer verilecek olan ilkeler, bu çalışmanın konusunu teşkil eden fesat karıştırma kavramının ve ihaleye fesat karıştırma suçunun dayanağını da oluşturmaktadır.²³ TCK kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında yer alan davranışlar, ihalelerin amacına ulaşmasını engeller niteliktedir.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçu ve genel olarak ceza hukuku açısından ihale kavramı ele alındığında, daha önce de belirtildiği üzere, ceza kanununda bir ihale tanımına yer verilmediği görülmektedir. Fakat TCK'nın ilgili 235. maddesine bakıldığında genel olarak bir anlam çıkartılması mümkündür. Bu noktada maddenin birinci ve beşinci fıkraları önem taşımaktadır. Belirtilen hükümlerde, hangi tür ihalelere fesat karıştırılması halinin TCK'nın 235. maddesi uyarınca cezalandırılacağı düzenlenmiş, kamu kurum ve kuruluşlarının

²¹ Günday, s. 124

²² Ackerman, S. R.: *Corruption And The Criminal Law*, Forum on Crime and Society, C.2, S.1, 2002, s.4-7.

²³ Arslan, s. 32.

gerçekleştirdiği ihaleler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunlar bünyesinde kurulan şirketler ve vakıflar ile kamu kurumu yararına çalışan dernek ve kooperatifler tarafından yapılan mal ve hizmet alım ve satım ihaleleri ile yapım ve kiralamaya ilişkin artırma ve eksiltme suretiyle yapılan kamu alımları olarak belirlenmiştir.

B. KAMU İHALE KANUNLARININ TARİHSEL GELİşİMİ

Tarihsel süreçte, kamu ihalelerine ilişkin olarak birçok birincil ve ikincil mevzuat bulunmaktadır. Kamu ihale hukuku, ilk olarak 1857 tarihli nizamname ile Osmanlı döneminde gündeme gelmiştir.²⁴ Söz konusu nizamnamenin içerik olarak yetersizliği ve uygulanmaması dolayısıyla 1914 yılında ve takiben 1921 yılında çıkartılan nizamnameler²⁵ ile çeşitli iş ve işlemlerin ihalesiz olarak, bakan izniyle yapılması ve bazı ek değişiklikler kabul edilmiştir.²⁶

Cumhuriyet döneminde ise, ilk olarak 22 Nisan 1925 tarihinde 661 sayılı Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede, Münakaşa ve İhalat Kanunu yürürlüğe girmiştir.²⁷ Kamu alımlarını düzenleyen ilk yasal metin olarak, satın alma, satış, kira, işletme ve benzeri işlerin, kapalı zarf usulüyle artırma veya eksiltme suretiyle yapılacağını düzenlemiştir. Bu kanun doğrultusunda idarelerce yapılacak alım satımlar, kira, inşaat, tamirat ve benzeri işlerin eksiltme veya artırmasının kapalı zarf

²⁴ Uz, s. 127.

²⁵ Dülger, s. 5.; Azimli ilingir, G./Durna, D.: *1925 Tarihli Müzayede, Münakasa ve İhalat Kanununa Göre Kamu İhale Usulü*, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, s. 195-216.

²⁶ Arslan, s. 46.

²⁷ etinkaya/Filibe/Üstün, s 314.

usulü ile ihale edileceği düzenlenmiş, kamu ihalesi kavramı bu şekilde Cumhuriyet'in ilk yıllarından itibaren kullanılmaya başlanmıştır.²⁸ Takip eden yıllarda, birçok kanun ile eklemeler ve değişiklikler yapılmıştır. Tüm bu eklemelere ve değişikliklere karşın 661 sayılı kanunun o dönemde mevcut sorunların çözülmesinde yetersiz kalması neticesinde, 1934 yılında 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu 661 sayılı kanun yerine yürürlüğe koyulmuştur. 2490 sayılı kanun aslında, 661 sayılı kanunun yürürlükte kaldığı sürede karşılaşılan eksiklikler ve ihtiyaçlar neticesinde şekillenmiştir. Yaklaşık elli yıl kadar yürürlükte kalmasına karşın, katı hükümleri nedeniyle planlı kalkınma döneminin ihtiyaçları karşısında yetersiz kalmıştır. Kanun hükümlerinin zaman kayıplarına yol açmasının yanı sıra, yine bu hükümler dolayısıyla bazı işlerin kanuna tabi olmaksızın pazarlık yöntemiyle yaptırıldığı görülmüştür.²⁹ Dolayısıyla ortaya çıkan güven ve hız ihtiyacı, yeni bir kanun çıkarılmasının yolunu açmıştır. 2490 sayılı kanun, bahsedilen gerekçeler ile uluslararası ilişkiler ve ekonomik gelişmelere karşın yetersiz kalması neticesinde DİK'in kabul edilmesiyle yürürlükten kalkmıştır.³⁰

DİK ile, idarelerin yetki ve sorumlulukları arttırılmış, hem kamu gelirlerine yönelik artırma hem de kamu harcamalarına yönelik eksiltme ihaleleri düzenlenmiştir. Her ne kadar DİK birtakım eksiklikleri tamamlamak amacıyla düzenlenmişse de bu kanun da birçok eleştiriye konu olmuştur. Özellikle 1990'lı yılların sonunda uluslararası uygulamalar açısından, değişen ve gelişen ekonomik koşullara uyum sağlaması ve ihtiyaçları karşılaması, rekabet, şeffaflık gibi ilkelerin yerine getirilmesi

²⁸ Uz, s. 127.

²⁹ Çetinkaya/Filibi/Üstün, s. 317.

³⁰ Dülger, s.5.

bakımından eksik ve yetersiz bulunmuştur.³¹ Öte yandan, yoğun olarak eleştirilerin merkezinde olan başka bir konu ise, DİK'in yolsuzlukla mücadele bakımından eksik ve yetersiz kaldığıdır. Kanunun ilk olarak yürürlüğe girdiği dönemde, AB'ye uyum sürecinin gündemde olması nedeniyle, söz konusu kanunun AB ve Dünya Bankası'nın öngördüğü saydam ve hesap verilebilir sistemle uyuşmadığına ilişkin olarak, Dünya Bankası ve IMF de kanunun sistematığıne yönelik eleştiriler getirmiştir.³² Ek olarak, kamu harcamaları ve kamu gelirlerinin farklı nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın aynı kanunda düzenlenmesi de uygulamada sorunlara sebep olmuştur.³³ AB başta olmak üzere uluslararası platformdaki uygulamalara ve dünyanın gelişen ihtiyaçlarına uyum sağlamak bakımından kamu alımlarının yeniden düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Detayları yukarıda açıklandığı üzere, DİK'in dönemin koşullarına uyum sağlayamaması, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ile altyapıları takip edememesi, yolsuzlukla mücadelede yetersiz kalması, ihtiyaçlara gereği gibi cevap verememesi, kapsamının ve işlevselliğinin yetersiz kalması, uluslararası düzenlemeler ve standartlarla uygulamalarında kabul edilen ilke ve esaslarla paralellik göstermemesi gibi sebeplerle, ilgili Kanun kısmi olarak yürürlükten kaldırılmış, yeni bir kanun tasarısı gündeme gelmiştir. Bu değişiklikten önce, DİK kamu harcamalarını ve kamuya gelir getiren işlemleri bir arada düzenlemekteyken, yapılacak yeni bir kanun ile kamu harcamalarının ayrıca düzenlenmesi planlanmıştır. Ek olarak, ihale

³¹ Akdoğan, M.: *Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, S.2, 2014, s. 692.; Dülger, s.6.

³² Tan, T.: *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 386.

³³ Bkz. TBMM, "Kamu İhale Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu", 2001.

yapıldıktan sonra yapılacak sözleşmelerin de başkaca bir kanun ile yasal zemine oturtulması amaçlanmıştır.

Bu doğrultuda, 2003 yılına gelindiğinde, 1.1.2003 tarihinde günümüzde hala yürürlükte bulunan KİK ile KİSK yürürlüğe girmiştir. Fakat, bu iki yasanın yürürlüğe girmesi, DİK’i bütünüyle yürürlükten kaldırmamıştır. En kısa tabirle şöyle söylenebilir ki; DİK’te düzenlenen ihale yöntemleri kamuya gelir getirici işlemlere uygulanacakken, KİK’deki usul ve yöntemler mal ve hizmet alımları ile yapım işleri olmak üzere kamu harcaması gerektiren işlere uygulanacaktır. Açıklamak gerekirse, KİK’te yalnızca kamu alımları (mal ve hizmet) ile yapım işlerine³⁴ ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar dışında kalan, satış, kira, trampa, mülkiyet dışında aynı hak kurulması gibi kamuya gelir sağlayıcı faaliyetler, DİK kapsamında tutulmuştur.³⁵ KİK’in yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan en önemli durum, DİK’ten farklı olarak, ihale süreci sonunda yapılan sözleşmelere ilişkin KİSK ile ayrı bir yasal düzenleme yaratılması olmuştur. KİK, kamu ihalelerinin esasına, usulüne ve uygulamalarına ilişkin hükümler içermektedir.³⁶ KİSK ise, ihale yapıldıktan sonra, idare ile ihale üstünde kalan istekli arasında yapılacak sözleşmeyi ve ihale konusu edimin ifasına uygulanacak usul ve esasları düzenlemektedir.³⁷ 2003 öncesi döneme ilişkin en net sorunlardan biri, kamu ihale sözleşmelerinin yasal bir dayanağının bulunmaması, hukuki rejimlerinin yargı kararları uyarınca belirlenmesi olmuştur.

³⁴ “Mal kavramından anlaşılması gereken, satın alınan her türlü taşınır, taşınmaz mal ve haklardır. Hizmet ile ifade edilen, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe ve benzeri sistemlere yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzer hizmetlerdir. Yapım işlerinden kasıt, her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleridir.” Tan, s. 368.

³⁵ Gözübüyük/Tan, s.498.

³⁶ İnan, s. 40.

³⁷ Dülger, s. 7.

Ancak 2003 sonrası dönemde, KİSK ile kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi bağımsız bir yasal düzenleme konusu yapılmıştır.³⁸

KİK ve KİSK düzenlenirken, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, Dünya Bankası ve IMF eleştiri ve düzenlemeleri örnek alınmıştır.³⁹ Her ne kadar DİK sonrasında, KİK ve KİSK düzenlenirken uluslararası düzenlemeler örnek alınmışsa da zaman içerisinde KİK’de meydana gelen değişiklikler, kanunda yer alan istisnaların artmasına ve dolayısıyla birtakım yeni eleştirilerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu eleştirilere örnek olarak, AB’nin *Türkiye 2008 İlerleme Raporu*’nda yer alan “saydamlığın zaafa uğradığı” ifadesi verilebilir.⁴⁰ KİK yürürlüğe girdikten ve uygulanmaya başlandıktan sonra, ihaledeki açıklık, eşit muamele ve rekabet gibi ilkelerin yerine getirilemediği, uluslararası düzenlemelerin örnek alınmasına karşın uluslararası standartları yakalayamadığı, çeşitli maddelerde yer alan tutarsız ifadelerin yanlış uygulamalara yol açabileceği anlaşılmıştır.

Belirtilen eleştiriler ve eksiklikler neticesinde, KİK’te birçok kez değişiklik yapılması yoluna gidilmiştir. 2003 yılında kanunda kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Yine bu değişikliklerde de Avrupa Birliği, Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşların kuralları örnek alınmıştır.⁴¹ 2008 yılına gelindiğinde, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile tekrar kapsamlı bir değişiklik gündeme gelmiştir. Örneğin bu değişiklik ile, KİK’e tabi olmayan istisnaların sayısında ve kapsamında büyük

³⁸ Tan, s. 371.

³⁹ Tan, s. 368.

⁴⁰ Tan, s. 368.

⁴¹ Çetinkaya/Filibe/Üstün, s. 319.

ölçüde artış meydana gelmiştir. İhaleye katılmak isteyen isteklilerin yeterliliğine ilişkin şartlara ve ihaleye katılımdan yasaklı olanlara da eklemeler yapılmıştır.⁴² Söz konusu değişikliklerin sayı ve içerik bağlamında verilen örneklerle sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir. KİK 2003'te yürürlüğe girdiği andan itibaren birçok değişikliğe uğrayarak günümüzde uygulanan şeklini almış, fakat hiçbir düzenleme yolsuzluk, ihaleye fesat karıştırılması, uluslararası standartlara uyum sağlanamaması gibi sorunlarla mücadelede yeterli olamamıştır.

II. İHALE TÜRLERİ

İhale türlerine ilişkin tanımlamalar, KİK ve DİK kapsamında düzenlenmektedir. KİK'e bakıldığında, kanunun kapsamına ilişkin 2. maddede mal ve hizmet alımı ile yapım ihalelerinin düzenlendiği görülmektedir. DİK'in kapsamı düzenleyen 1. maddesinde ise *“alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri”* şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, kamu harcamaları kapsamına giren ihaleler KİK'e, kamuya gelir sağlayacak ihaleler ise DİK'e göre gerçekleştirilmektedir.

İhale türlerine ilişkin bu ayırım, aslında ihale konusu faaliyetin niteliğinden kaynaklanmaktadır. İhale konusu işin mal, hizmet ya da yapım işlerinden hangisi olduğu, uygulanacak kanun hükümleri ve yönetmelikler bakımından da belirleyicidir. Örneğin, işin türüne göre Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ya da Yapım İşleri İhaleleri Uygulama

⁴² Bilgin, H.: *5812 Sayılı Kanun İle Kamu İhale Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.86, 2009, s. 378.

Yönetmeliği'nin uygulanması söz konusu olacaktır. İşin ve ihalenin türüne ilişkin tanımlar KİK'in 4. maddesinde yer almakta olup maddenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“Bu Kanunun uygulanmasında;

Mal: *Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları,*

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

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

Öte yandan, KİK ve DİK kapsamında düzenlenen ihale türlerinin belirlenmesi ve doğru analiz edilmesi, işbu çalışmanın ana konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelmesi noktasında, suç ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca önem taşımaktadır. Zira, ilgili kanunlar kapsamında yer almayan ihalelere

fesat karıştırılmasının, TCK'nın 235. maddesi kapsamında suça vücut verip vermeyeceği tartışma konusu olmaktadır. Detayları ilerleyen bölümlerde açıklanmak üzere, TCK'nın 235. maddesinde suçun kanuni tanımında ihale türleri belirtilmiştir. İlgili maddenin suça vücut verebilecek ihalelere ilişkin birinci ve beşinci fıkraları şu şekildedir:

“(1) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

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

Belirtilen fıkralar uyarınca; ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelebilmesi bakımından “kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler, 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 ilişkin ihalelerden” birinin söz

konusu olması gerekmektedir. Her ne kadar suç tanımında suça vücut vermeye elverişli ihale türleri belirtilmişse de bunlara ilişkin açıklamalar veyahut tanımlamalar maddede yer almamaktadır. Bu sebeple, ihalelere ilişkin hususlarda KİK ve DİK'in ilgili maddelerinin dikkate alınması zaruridir.

Her ne kadar KİK'te ve DİK'te başkaca ihale türleri de yer almaktaysa da çalışmanın esas konusu ihaleye fesat karıştırma suçu olduğundan, TCK'nın ilgili 235. maddesi çerçevesinde bir ayırım ve inceleme yapmak uygun olacaktır.

A. YAPIM İHALELERİ

Yapım ihalelerinin DİK'in 4. maddesinde yer alan tanımı “her türlü inşaat, ihracat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj işlerini” kapsamaktadır. KİK'in tanımları içerir 4. maddesinde ise “bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, yeraltı treni, köprüyol, spor tesisi, alt yapı, boru iletişim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri, tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekupaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat imalat, ihracat nakliye, tamamlama, büyük onarım, yenileme, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri” kapsama alınmıştır. İki kanunda da farklı düzenlemeler yer almakta olup DİK kapsamındakiler için KİK, KİK kapsamındakiler için DİK'in

uygulanmayacağıının yeniden belirtilmesi gerekmektedir.⁴³ Bu ihalelerin usul ve esasları ayrıntılı olarak ilgili yönetmeliklerle düzenlenmektedir.

B. HİZMET ALIM VE SATIM İHALELERİ

DİK'in ilgili 4. maddesinde “kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre çalıştırılan aylıklı, ücretli, yevmiyeli ve sözleşmeli personel istihdamı hariç olmak üzere gerçek veya tüzel kişilere ücret karşılığında yaptırılan araştırma, sondaj, imalat, prototip imalat, istikşaf, etüt, harita, plan, proje kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetler” şeklinde bir düzenleme ile yer almaktayken, KİK'in ilgili 4. maddesinde “bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler” şeklinde düzenlenmektedir. İki kanun arasındaki en önemli fark, KİK'in ilgili 4. maddesinde kiralama işlerinin de hizmet işleri arasında düzenlenmiş olmasıdır.⁴⁴ Bu durum, çalışmanın esas konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçu bağlamında da önem teşkil etmektedir. Zira, bu tür işlerin

⁴³ Karaaslan, E.: Kamu İhale Mevzuatında Kapsam Sorunsalı, Mali Kılavuz Dergisi, C.6, S.24, 2004, s.11. vd.

⁴⁴ Kazancı, B. E.: İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, 2007.

gerçekleştirilmesine ilişkin ihalelerde TCK'nın 235. maddesi uygulama alanı bulabilecektir.

C. DİĞER İHALE TÜRLERİ

Yukarıda detaylarına yer verilenlerin yanı sıra DİK ve KİK kapsamında yer alan başkaca ihale türleri de bulunmaktadır. Bunlardan, bu husustaki tartışmalara en sık konu olanlara örnek olarak trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri verilebilir.⁴⁵ Trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, idarenin gelir getirici işlemlerinden olup DİK kapsamında düzenlenmektedir. İşbu çalışmanın konusunu teşkil eden ihaleye fesat karıştırma suçu bağlamında ele alındığında, TCK m. 235 kapsamında suçun meydana gelebilmesi bakımından, kanunilik ilkesi gereği, maddede sayılanlar dışındaki bir ihale söz konusu olduğunda suçun meydana gelmeyeceği savunulmaktadır.⁴⁶ Bu durum, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisine ilişkin ihaleler bakımından uygun olsa da taşıma işlerine ilişkin ihaleler bakımından aynı durum söz konusu olmamaktadır. Zira KİK'in tanımlara ilişkin 4. maddesinde taşıma işleri de hizmet kapsamında sayılmış olup bu doğrultuda bir hizmet alımı ihalesi olarak TCK m. 235 uyarınca suçun meydana gelmesinden söz edilebilecektir.⁴⁷ Trampa veya ayni hak tesisine ilişkin bir ihaleye fesat karıştırılması halinde 235. madde uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunun değil, kanunda yer alan şartların oluşması halinde

⁴⁵ Arslan, s. 197.

⁴⁶ Arslan, s. 195.

⁴⁷ Kazancı, s. 29.

görevi kötüye kullanma gibi başkaca suçların meydana gelmesi mümkün olabilecektir.⁴⁸

III. İHALE USULLERİ

Kamu ihale sözleşmesinin tarafı olacak özel hukuk kişisi, kamu ihalesi ile belirlenmektedir. Kamu ihaleleri ise belirli usuller uyarınca gerçekleştirilmektedir. Kamu ihaleleri gerçekleştirilirken ilgili kanunlarda, DİK veya KİK, yer alan ihale usullerinden uygun olanının uygulanması ve ihalenin bu usul uyarınca yapılması zaruridir. DİK’te ve KİK’te yer alan ihale usulleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple her iki kanunda yer alan ihale usullerinin incelenmesi gerekmekte olup öncelikle ihalenin hangi kanun kapsamında yapılacağıın tespiti önem taşımaktadır.

DİK’te kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, yarışma usulü ve pazarlık usulü düzenlenmiş olup kapalı teklif usulü ve yarışma usulü KİK’te yer almamaktadır. KİK’te ise, ihale usulleri açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü şeklinde düzenlenmektedir. İhale usullerinin yanlış veya kanuna aykırı olarak uygulanması hem ihaleyi hem de ihale neticesinde imzalanan kamu ihale sözleşmesini hükümsüzlük kılabilir. Kamu ihale usullerine ilişkin kuralların belirlenmesi ve uygulanması, idarenin işlemlerinin belirli bir düzende ilerlemesini sağladığı gibi ihaleye katılacak isteklilerin de yükümlülükler getirmektedir. Öte yandan, ihaleye fesat karıştırma suçunu meydana getirmeye elverişli hareketlerden bazıları, ihale usulünden kaynaklanan birtakım

⁴⁸ Sucuoğlu, A. N.: İhaleye Fesat Karıştırma, Ankara 2021, s. 138.

kuralların ihlal edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁹ Diğer bir yönden ise, ihalenin suça konu olabilmesi bakımından KİK ve DİK’te yer alan ihale usullerinden birinin varlığının ön şart olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Zira bir ihale usulünün kanuni şekil şartlarındaki eksiklik, o ihaleyi geçersiz kılmaktadır. Geçersiz bir ihaleye fesat karıştırılması, ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermede yeterli olmayacaktır. Yargıtay da bir kararında; *“önceden alınan hizmet için sonradan şeklen yapılan ihalenin hukuka aykırılığı ve ortada gerçek bir ihalenin bulunmaması nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biriyle usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu”*⁵⁰, şeklinde hüküm kurarak, ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelebilmesi bakımından kanunlarda düzenlenen ihale usullerine uygun bir ihalenin zarureti vurgulanmıştır.

A. DEVLET İHALE KANUNU KAPSAMINDA DÜZENLENEN İHALE USULLERİ

DİK’in 35. maddesinde sayılan ihale usulleri kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulüdür. Danıştay’ın bir kararında⁵¹ da, DİK kapsamında gerçekleştirilecek ihalelerin ancak bu beş usulden biri ne uygun olarak gerçekleştirilebileceği ortaya koyulmuştur:

⁴⁹ Arslan, s. 38.

⁵⁰ Yargıtay 5. CD., E. 2024/1 K. 2024/1909 T. 22.2.2024.

⁵¹ Danıştay 10. Dairesi 15.05.2023 T. 2003/259 E. 2003/1768 K.

“2886 sayılı Devlet İhale Kanununun "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde; ihalenin; bu kanunda yazılı usul ve şartlarla işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri ifade ettiği hükme bağlandıktan sonra 35. maddesinde ihale usullerinin; a- Kapalı teklif usulü, b- Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, c- Açık teklif usulü d- Pazarlık usulü, e- Yarışma usulü olduğu ve işin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağını idarelerce tespit edileceği hükmüne yer verilmiştir.”⁵²

DİK’in 36. maddesinde ise tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulünün esas olduğu düzenlenmektedir. Bahse konu maddede de düzenlendiği üzere, kapalı teklif usulü haricindeki ihale usullerine ancak ihale konusu işin niteliğine göre başvurulabilecektir. İhaleye hangi usulün uygulanacağına ilişkin olarak idarenin takdir yetkisi, geniş anlamda bir yetki olmayıp, ancak Kanunda gösterilen işler bakımından kapalı teklif usulü dışında bir usulün uygulanması mümkün olabilecektir (DİK m. 36/2).

1. Kapalı Teklif Usulü

DİK’in 37 ve devamı maddelerinde düzenlenen kapalı teklif usulü, “ilan usulü” olarak da adlandırılmakta olup belirtildiği üzere esas usul olarak kabul edilmektedir. Bu usulde; prensipte katılım tüm isteklilere serbest olmaktadır. Teklifler ise yazılı olarak, bir zarfa teklif mektubu ve gerekli diğer belgelerin konulması suretiyle diğer

⁵² Danıştay 10. Dairesi 15.05.2023 T. 2003/259 E. 2003/1768 K.

isteklilerden gizli şekilde yapılmaktadır.⁵³ Teklif mektubunun istekli tarafından imzalanması, teklifin rakam ve sayı ile açıkça yazılması, şartname ve eklerinin kabul edildiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Zarfta bulunması gereken hususların tam ve gereği gibi olmaması, hasarlı, silinmiş veya düzeltilmiş tekliflerin yer alması halinde, teklif reddedilerek hiç yapılmamış sayılmaktadır. Kapalı teklif usulünde uygulanacak kural ve esaslar DİK'in 37 ila 43. maddeleri arasında ayrıntılı bir biçimde düzenlenmektedir.

2. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü

“Davetiye usulü” olarak da adlandırılan belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, DİK'in 44. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili madde uyarınca, *“uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri, bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi”* belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılabilir. Bu usul uyarınca, sınırlı olarak sayılan bu haller, teknik yeterlilikleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında ihale edilebilir. Belli istekliler arasında kapalı teklif usulünde önemli

⁵³ Arslan, s. 39.

olan husus, maddede sayılan işlerin nitelikleri itibariyle teknik yeterlilik ve uzmanlık gerektiriyor olmalarıdır.⁵⁴

DİK'in ilgili 44. maddesinin lafzından da anlaşıldığı üzere, bu usul ile ihaleye davet edilecek şirketlerin “teknik yeterlilik ve güçleri” bakımından idarece kabul edilmiş olmaları gerekmektedir. Bu kriter bakımından açıkça bir tanımlama veya belirlenme olmamakla birlikte, ihale konusu iş ile ilişkili tecrübe, mali ve teknik bilgi bakımından güçlü şirketlerden söz edildiğini söylemek yanlış olamayacaktır.⁵⁵ İhale konusu iş de birtakım özellikleri sahip bir iş olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

3. Açık Teklif Usulü

Açık teklif usulü, DİK'in 45. maddesi uyarınca, ancak tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler bakımından söz konusu olabilmektedir. Açık teklif usulünde istekliler, ihale komisyonları önünde tekliflerini sözlü olarak belirtirler. Benzer şekilde, ihale saatine kadar komisyon başkanlığına tekliflerini iadeli taahhütlü bir mektupla ulaştırmak suretiyle de teklifte bulunabilirler.⁵⁶

⁵⁴ Arslan, s 40.

⁵⁵ Arslan, s 41.

⁵⁶ Bkz. DİK m. 45 vd.

4. Pazarlık Usulü

DİK'in 50 ve devamı maddelerinde düzenlenen pazarlık usulünde, diğer usullerden farklı olarak teklif alınması belli bir şekle bağlanmamıştır. Pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihaleler, işin nitelik ve gereğine göre, bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif alınması ve bedel üzerinde anlaşılması suretiyle yapılmaktadır.⁵⁷ Komisyon tarafından pazarlığın ne şekilde yapıldığı, verilen teklifler ve üzerine ihale yapılanların neden dolayı tercih edildiği pazarlık kararında gösterilmektedir. Pazarlık usulünün uygulanabileceği haller DİK'in 51. maddesinde tek tek sayılmıştır.

5. Yarışma Usulü

Yarışma usulüne ilişkin DİK'in 52. maddesi uyarınca idareler her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işleri gerekli görüldüğünde, yarışma usulü ile yaptırabilirler.⁵⁸

⁵⁷ Arslan, s 42.

⁵⁸ Arslan, s 42.

B. KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDA DÜZENLENEN İHALE USULLERİ

KİK’de kapsamında üç farklı ihale usulü düzenlenmiş, temel usul olarak açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü öngörülmüş⁵⁹, diğer ihale usulleri için birtakım şartların gerçekleşmesi gerektiği belirlenmiştir. KİK’in uygulanacak ihale usullerini belirleyen ilgili 18. maddesi uyarınca ihale usulleri şu şekildedir: açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü. Değirmek gerekir ki; öncelerde belirtilen 18. maddenin d bendinde yer alan “doğrudan temin usulü”, 15.08.2003 tarih ve 4946 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 12. maddesi ile ihale usulleri arasından çıkartılmış, KİK’in 22. maddesi doğrudan temin usulüne ilişkin esas ve usulleri düzenler biçimde değiştirilmiştir. Bu madde uyarınca ancak madde kapsamında sınırlı olarak belirtilen hallerde⁶⁰ ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temin usulüne başvurulabilecektir. Doğrudan temin usulüne ilişkin olarak Yargıtay, “*doğrudan temin yönteminin bir ihale olmadığından ve yalnızca maddede düzenlenen durumlarda başvurulabilecek bir satın alma yöntemi olduğundan*” bahisle, ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelebilmesi için kanunda düzenlenen ihale usullerinden birine göre yapılmış bir ihale olması gerektiğinden bu yöntemle gerçekleşen alımlarda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı görüşündedir.⁶¹

⁵⁹ Akpınar, N.: 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Kamu İhale Usulleri (5812 Sayılı Kanun Değişikliği İle Genel Bir İnceleme), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.19, S.38, 2020, s. 134.

⁶⁰ Akpınar, s. 134.

⁶¹ Bkz. Üstün, Ü. S./Çalış, H. S.: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Doğrudan Temin Usulü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.1, 2019, s. 15.

Belirtildiği üzere, kamu ihalelerinde muhakkak kanunlarda belirlenen usullerden birinin uygulanarak işlem yapılması gerekmektedir. Kanunda belirlenen ihale usullerinden hangisinin uygulanacağı hususundaki yetki, görev ve sorumluluk idareye ve ihale yetkilisine aittir.⁶² KİK kapsamında, ihale usulünün belirlenmesine ilişkin açıklık olmayan hallerde, ihale açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılır.⁶³ Bunu düzenleyen ilgili 5/4. madde şu şekildedir: *“Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir.”*.

1. Açık İhale Usulü

Yukarıda da belirtilen 5. madde uyarınca, KİK uyarınca yapılan ihalelerde temel olan usullerden biri açık ihale usulüdür.⁶⁴ Dolayısıyla, öncelikli olarak tercih edilmesi gereken usul açık ihale usulü⁶⁵ olup bu usulü düzenler 19. madde şöyledir: *“Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür.”*.

Açık ihale usulünden anlaşılması gereken, söz konusu ihale için idarece aranılan kriterleri sağlayan herkesin ihaleye teklif verebileceğidir. Açık ihale usulünde işin gerektirdiği niteliklere ve yeterliliğe sahip bütün istekliler teklif verebilmektedir.⁶⁶ Detayları aşağıda açıklanacak olan rekabet ilkesinin en geniş uygulaması açık ihale usulünde görülmektedir. Bunun sebebi, ihalenin ilan edilmesini takiben, idarenin

⁶² İnan, s. 101.

⁶³ Tan, s. 371.

⁶⁴ Demirboğa, s. 185.

⁶⁵ Soyaslan, D./Kemer, M./Gülseven, M.: İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 27.

⁶⁶ İnan, s.102.

ilanda belirttiği yeterlilik kriterlerini sağlayan tüm isteklilerin ihaleye teklif verebildiği bir usul olmasıdır.⁶⁷ Başka bir deyişle, ihaleye teklif verebilecek istekliler bakımından idarenin takdir yetkisini kullanarak hareket etmesi söz konusu değildir⁶⁸, ihale ilan edilerek yapılmakta ve herkesin teklif vermesi mümkün olmaktadır.⁶⁹ Öte yandan, açık ihale usulü için kanunda herhangi bir konu sınırlaması öngörülmemiştir.

2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

KİK kapsamındaki temel usullerden bir diğeri ise belli istekliler arasında ihale usulüdür. Belli istekliler arasında ihale usulünde, işin niteliği gereği, uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi ve açık ihale usulünün uygulanamadığı durumlarda, yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işlerinde, ön yeterlilik değerlendirilmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebilmektedir.⁷⁰ Yeterlilik kuralları, kanunun 10. maddesinde düzenlenmiş olup ön yeterlilik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterli bulunan istekliler ihaleye davet edilmektedir. Örneğin, yapım işi veya hizmet alım ihalelerinde, işin niteliği gereği uzmanlık gerektirmesi halinde, açık ihale usulünün uygulanamayacak olması sebebiyle bu usul uygulanarak ihale gerçekleştirilecektir.⁷¹

Belli istekliler arasında ihale usulünü düzenleyen 20. madde uyarınca, ancak KİK'in 10. maddesine uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik

⁶⁷ Arrowsmith, S.: The Law of Public and Utilities Procurement, Second Edition, Thomson Sweet and Maxwell, Londra 2010, s. 422.

⁶⁸ Can, O.: Kamu İhale Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 57.

⁶⁹ Demirboğa, s. 185.

⁷⁰ İnan, s. 102.

⁷¹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 27.

ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterlikleri tespit edilenler arasından, dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir. İhaleye davet edilebileceklerin sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.⁷²

Bu usulün uygulanabilmesi açısından iki şarttan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir.⁷³ Bunlardan ilki, işin özelliği gereği uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirmesidir. İhale konusu işin uzmanlık ya da ileri teknoloji gerektirdiğine ilişkin değerlendirme ve belirleme ise KİK'in ilgili 10. maddesi uyarınca idare tarafından yapılmaktadır.⁷⁴ İkinci olarak ise, bu usulün uygulanabilmesi için ihalenin hem niteliğinin hem de ekonomik boyutunun büyük olması söz konusudur. Tekliflerin hazırlanmasının maliyeti de büyüyeceğinden, her adayın bu maliyetlere katlanamayacağı nedeniyle bu usulün uygulanması öngörülmektedir.⁷⁵

Bu usul, iki aşamalı bir usuldür.⁷⁶ İlgili 20. maddeden de anlaşılacağı üzere, belli istekliler arasında ihale usulünde, ilk aşamada idare tarafından bir ön yeterlilik değerlendirmesi yapılmakta, buna dayanarak davet edilen istekliler teklif verebilmektedir. Ön yeterlilik aşaması olarak adlandırılan bu ilk aşamada, adayların yeterlilik belgeleri aracılığıyla ihale konusu işe uygunlukları değerlendirilmekte olup, işin bedeline ilişkin teklifler incelenmemektedir. Burada adayların yeterliliklerini

⁷² Arslan, s. 43.

⁷³ Demirboğa, s. 186.

⁷⁴ Tan, s. 372.

⁷⁵ Demirboğa, s. 186.

⁷⁶ Tan, s. 372.

değerlendirirken, ihale konusu işe ve işin yaklaşık maliyetine göre belirlenen kriterler esas alınmaktadır.

İkinci aşamada ise, idarece bazı istekliler davet edilmektedir. Bu noktada iki yöntem ortaya çıkmaktadır.⁷⁷ İlk yöntemde, ön yeterlilik aşamasındaki kriterleri karşılayan isteklilerden tümü ikinci aşamada tekliflerini vermeye davet edilmektedir. Tüm isteklilerin teklif veriyor olması sebebiyle bu yönetimin açık ihale usulüne benzediği değerlendirilmektedir. İkinci yöntemde, rekabetin açık ihale usulüne kıyasla kanunen sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu yöntemde, ön yeterlilik aşamasında yeterli görülen isteklilerden kaç tanesinin ikinci aşamada teklif verebileceği, idarece ön yeterlilik dokümanında belirtilmektedir. Bu doğrultuda, ön yeterlilik aşamasındaki istekliler idare tarafından puanlanmakta ve en yüksek puanı alan istekliden başlanarak belirlenen sayı kadar istekliden teklifler alınmaktadır. Burada davet edilmesi gereken istekli sayıları ile teklif veren istekli sayılarına ilişkin hususlar 4734 sayılı kanunda düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenenden az sayıda isteklinin mevcut olması halinde ihale iptal edilmektedir. Teklif veren istekli sayısının kanunda öngörülen sayıdan az olması sebebiyle ihalenin iptal edilmesi halinde idarece ihale dokümanında değişiklik yapılabilecektir. Bu değişikliklerin akabinde, ön yeterlilik aşamasında yeterli bulunan istekliler yeniden davet edilmektedir. Ancak bu ikinci yöntemin, bahse konu durum açısından sorunlu olduğu söylenebilir. İhale ilk ilan edildiğinde, ilgili dokümandaki şartların sağlanmadığından/sağlanamayacağından bahisle başvuruda bulunmayanların, ikinci aşamadaki değişiklik neticesinde başvurmak istemeleri söz konusu olabilmektedir. Başka bir deyişle, ihale dokümanının değiştirilmiş şeklinin

⁷⁷ Demirboğa, s. 188-189.

baştan bilinmiş olması halinde şartları sağlayarak ön yeterlilik aşamasında başvurabilecek istekliler olmasına karşın; mevcut düzenlemeye göre değişiklik yapıldıktan sonra, ön yeterlilik aşamasında hiç başvurmamış olanların başvurma imkânı bulunmamaktadır.⁷⁸

3. Pazarlık Usulü

KİK'in 21. maddesinde hüküm altına alınmış bir diğer ihale usulü de pazarlık usulüdür. Pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi, KİK'in ilgili 21. maddesinde yer alan şartların gerçekleşmesine bağlıdır. İlgili maddede sayılmış olan şartlardan birinin gerçekleşmesi halinde, pazarlık usulüne başvurulmasının gerekçesinin açıkça ve ilişkili bilgi ve belgelerle birlikte ihale yetkilisince ihale onay belgesinde açıklanması gerekmektedir.⁷⁹ İlgili 21. madde uyarınca pazarlık usulünün uygulanabileceği haller sayma yolu ile belirtilmiştir.⁸⁰ Buna göre; “açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması, 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 veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan

⁷⁸ Demirboğa, s. 188-189.

⁷⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 27.

⁸⁰ Tan, s. 372.

nitelikte olması, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi veya belirli bir maliyete kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları hallerinde” pazarlık usulü ile ihale yapılabilir.⁸¹

2018 tarihinde 7144 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile pazarlık usulüne ilişkin 21. madde değiştirilerek pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerin kapsamı genişletilmiştir. Bu değişiklik uyarınca, (b) bendinde yer alan “beklenmeyen veya” ibaresinden sonra “yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut” ibaresi eklenmiştir.⁸² Kısaca belirtmek gerekirse, bu değişiklik neticesinde, ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması hallerinde, pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilecek olup pazarlık usulünün uygulama alanı öngörülemez bir kapsamda genişletilmiştir. Pazarlık usulünde idare, gerek alım konusu üzerinde gerek sözleşme koşulları üzerinde daha esnek yetkilere sahiptir.⁸³ Bu geniş yetkiler, bu usulde kamu hizmetinin yerine getirilmesinin daha ön planda tutulduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla da aslında rekabet ortamının sınırlandığı bir ihale usulüdür. İhale ilkelerinin sağlanması ve uygulanması bakımından açık ihale usulünün temel usul olarak kabul edildiği, pazarlık usulü gibi usullerde rekabet ilkesi başta olmak üzere birtakım ilkelerin uygulanamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, bu yönde bir genişletme ihalenin kanunda öngörülen ilkeler uyarınca hukuka ve kanuna uygun

⁸¹ Bkz. KİK m. 21.

⁸² İnan, s. 103.

⁸³ Demirboğa, s. 190.

olarak yürütülmesi, kamunun idarelere ve ihale süreçlerine duyduğu güvenin korunması ve kamu yararının gözetilmesi önünde risk teşkil etmektedir.

4. Doğrudan Temin Yöntemi

Yukarıda da değinildiği üzere, doğrudan temin usulü, 15.08.2003 tarih ve 4946 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile ihale usulleri arasından çıkartılmıştır.⁸⁴ Bu bağlamda doğrudan temin yöntemi, bir ihale usulü olarak değil, bir alım yöntemi olarak değerlendirilmektedir.⁸⁵ Bu yöntem ile idarelerin bazı ihtiyaçlarının kolayca karşılanması amaçlanmakta; KİK'in ilgili 22. maddesinde sayma yöntemi ile belirlenen hallerde alımlar ihale komisyonu kurulmadan, ihale yapılmadan ve yeterlilik kuralları aranmadan ihale yetkilisince görevlendirilecek kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak temin edilmektedir.⁸⁶

İhaleye fesat karıştırma suçu bağlamında doğrudan temin yönteme ilişkin Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir:

“Dairemizin istikrar kazanan uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri ile yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, doğrudan temin yönteminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18. maddesinin (d) bendinde bir ihale yöntemi olarak öngörülmüş iken, 15/08/2003 gün ve 25200

⁸⁴ Tan, s. 372.

⁸⁵ İnan, s. 104.

⁸⁶ Arslan, s. 44.

sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12. maddesi ile “4734 sayılı Kanunun 18 nci maddesinin (d) bendinin madde metninden çıkarıldığı”, anılan Kanunun 15. maddesi ile de 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesi değiştirilerek doğrudan temin usulünün düzenlendiği, 4964 sayılı Kanunun 12 ve 15. maddelerinin gerekçelerinde de “esasen bir ihale usulü olmayan "doğrudan temin"in ihale usulleri arasından çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve usullerin Kanunun 22 nci maddesinde düzenlendiği” ifade edilmiş olup, değişiklik gerekçesi ile birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde; doğrudan temin yönteminin bir ihale olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olduğu anlaşılmakla; sanıklara atılı ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları itibariyle oluşmayacağı...”⁸⁷

Yukarıda da değinildiği üzere ve Yargıtay’ın yerleşik içtihadına ilişkin kararı uyarınca, doğrudan temin yönteminin bir alım usulü olduğu, bir ihale olmadığı, TCK m. 235 uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelebilmesi için kanunda düzenlenen ihale usullerine göre yapılan ya da yapılacak bir ihalenin varlığının şart olduğu anlaşılmaktadır.

⁸⁷ Yargıtay 5. CD., E. 2013/14111 K. 2015/13337 T. 2.7.2015.

IV. İHALE SÜRECİ

Kamu ihale süreci, uygulanması gereken ilkeler ve sakınılması gereken davranışlarla birlikte KİK’te düzenlenmiştir. Burada yer alan özel usullere uyulması, ihale sürecinin ve süreç sonunda imzalanacak sözleşmenin hukuka uygunluğu açısından zaruridir. Kanunda yer alan bu ilke ve yasakların en temel amacı kamu kaynaklarının etkin kullanılması ve vatandaşların idareye ve genel olarak devlete duydukları güvenin korunması olup buradaki aykırılıklara yönelik yaptırımlar öngörülmüştür.⁸⁸ Bu yaptırımlardan bir kısmı aynı kanunun *Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu* başlıklı dördüncü kısmında yer almaktadır. KİK’in 58. maddesinde “ihaleye katılmaktan yasaklanma” şeklinde bir idari yaptırım öngörülmüş, aynı kanunun 17. maddesinde yer alan yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar ihaleye katılmaktan yasaklanma yaptırımının muhatabı olarak düzenlenmiştir. KİK’in takip eden 59. maddesinde ise TCK’ya atıfta bulunularak isteklilerin cezai sorumlulukları düzenlenmiştir.

Yapılan ihale sonunda, idarenin en uygun ve en avantajlı teklif yapan istekliyi belirlmesi, ancak ihaleye hâkim olan ilkelerin eksiksiz ve gereği gibi uygulanmasıyla mümkün olabilmektedir. Bu ilkeler gerek DİK’in 2. maddesinde, gerekse KİK’in 5. maddesinde yer almaktadır. Burada yer alan ilkelere uyulması veyahut uyulmaması idarenin takdirinde olmayıp, zorunludur. İhalenin hukuka uygun olması için mutlak suretle gereklidir. Söz konusu ilkelerin kamu ihalelerinin kamu ihale mevzuatına ve hukuka uygun ilerlemesini sağlamasının yanı sıra, belirtilen ilkelerin ihlali durumunda

⁸⁸ Sarıtaş, H.: *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Sayıştay Dergisi, S.73, s. 44.

çoğunlukla TCK m. 235 kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana geldiği görülmektedir.⁸⁹

İlkeleri yorum ve somut kural ilkeleri olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Yorum ilkeleri, ihalenin tüm aşamalarında ve bütün ihalelerde uygulanması gereken ilkeler olup şu şekilde sayılabilir; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların erimli kullanılması. Somut kural ilkeleri ise belli türde ihaleler için ya da ihalenin bir kısmı için uygulanmakta olup ÇED Raporu alınması, eşik değerin altında kalmak amacıyla işlerin bölünmemesi ve ödeneksiz ihaleye çıkılamayacağı şekilde belirtilmektedir.⁹⁰

Daha önce de belirtildiği üzere, idare alım, satım ve kiralamalarını zaman zaman özel hukuk kişileriyle akdedeceği sözleşmeler ile yaptırmaktadır. Bahse konu sözleşmelerin imzalanmasından önce bir ihale gerçekleştirilerek idarenin karşı tarafında yer alacak özel hukuk kişinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ihale süreci, ihale ihtiyacının ortaya çıkması ile idarenin bu ihtiyacı karşılama amacıyla harekete geçmesi, hazırlık, ile başlamakta, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihale kararının alınması ile devam etmektedir.⁹¹ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik uyarınca ihale sürecinin tanımı 3. maddede şu şekilde görülmektedir: *“İhale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmenin taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescili ile noter onayı ve*

⁸⁹ Arslan, s. 56.

⁹⁰ Üstün, Ü. S./Çalış, H. S.: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hakim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, 2018, s. 116.

⁹¹ Günday, s. 208.

tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreç”. İhale süreçlerinin şu aşamalardan oluştuğu kabul edilmektedir: hazırlık, ilan, ihale dokümanının alınması ve tekliflerin sunulması, tekliflerin değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması, onaylanması ve sözleşmeye davet.⁹²

İdare ve özel hukuk kişileri arasında sözleşme yapılmadan önce idare; birtakım hazırlıklar yaparak tek taraflı bir işlem ile şartname hazırlamakta ve ilan ile ihaleyi açarak süreci başlatmaktadır. İhale usulüne uygun olarak ilan edildikten sonra istekliler tekliflerini sunmaktadır. İhale sürecinde, isteklilerin ihale ilkelerine uygun olarak yarışması neticesinde en uygun ve avantajlı teklifte bulunan istekliye iş ihale edilmektedir. Bunun akabinde ise iş ihale edilen istekli ile ihale konusu işin yerine getirilmesi ve buna ilişkin usul, esas ve şartlara ilişkin bir sözleşme yapılır.⁹³ İhale süreci aslında sözleşmenin imzalanması aşamasına kadarki evreleri ifade etmektedir.

İdarenin ön işlemlerinden olan, ihalenin hazırlık aşamasında, idare ihaleye çıkmadan önce ihale konusu işe ilişkin araştırmalar, ihtiyaca ilişkin tespitler yapmaktadır. İdarenin tek taraflı olarak gerçekleştirdiği bu işlemler, özellikle ihtiyacın belirlenmesi bakımından önemlidir. Zira bir ihaleye çıkılması için ihtiyacın ve kamu yararının bulunması gerekmektedir.⁹⁴ Bunun yanı sıra, ihaleye çıkılmadan önce idare tarafından gerçekleştirilmesi gereken birtakım ön şartlar da bulunmaktadır. Bu ön koşullara örnek olarak ÇED raporu alınması, gerekli hallerde kamulaştırma, imar işlemleri, fiyat araştırması ile yaklaşık maliyet hesabı verilebilir.⁹⁵

⁹² Gözübüyük/Tan, s.499.

⁹³ Soyaslan, D.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9, S.2, 2012, s. 168.

⁹⁴ Can, s. 63.

⁹⁵ Günday, s. 209.

Yaklaşık maliyet belirlendikten sonra, idare tarafından ihale dokümanı hazırlanarak ihaleye çıkılacaktır. Bahse konu ihale dokümanı, ihalenin amacını ve koşullarını içerecek, bu hususları ilgili olabilecek kişilere duyuracaktır. Teknik ve idari şartnameler, sözleşme taslakları ve ilgili belgeler, ihale dokümanı içerisinde yer almaktadır.⁹⁶ Burada yer alan şartnameler de idarenin kural işlemelerinden olup bütünüyle idare tarafından hazırlanmaktadır.⁹⁷

İhale dokümanlarının hazırlanmasının akabinde, hazırlık aşaması tamamlanarak ilan aşamasına geçilmektedir. İhalenin ilanı, saydamlık, eşitlik ve rekabet ilkelerinin de gereği ve aynı zamanda destekleyicisidir.⁹⁸ İlandan sonra esas olan ihale dokümanında bir değişiklik yapılmamasıdır. Ancak zorunlu olan bir halde tutanak tutularak böyle bir değişikliğe gidilebilecektir.

İhalenin ilanından sonra istekliler, tekliflerini sunmak üzere birtakım hazırlıklara başlayacaklardır. KİK'in 11. maddesi kapsamında olanlar doğrudan, dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri ya da başkaları adına ihaleye katılamayacaklardır. Bu madde dışında kalan, yani ihalelere katılmaktan yasaklı olmayan istekliler, mali ve teknik yeterliliklerine ilişkin, ihale dokümanlarında ve şartnamelerde yer alan bilgi ve belgeleri hazırlayacaklardır. Bahse konu belgeler, KİK'in 10. maddesinde de ortaya koyulmuştur. İstekliler, gerekli belgeleri içerir bir dosya ile ihaleyi açan kuruma başvurarak tekliflerini vereceklerdir.

⁹⁶ Can, s. 65.s

⁹⁷ Günday, s. 209.

⁹⁸ Günday, s. 210.

İsteklilerin teklif zarfları, ihale dokümanında belirtilen gün ve saate, son teklif tarihine, kadar idareye verilecektir.⁹⁹ Bu süre içerisinde verilen tekliflerin sayısı idare tarafından bir tutanak ile tespit edilecek, duyurulacak ve ardından ihale başlayacaktır. Öncelikli olarak zarflarda yer alan belgelerin tam olduğu, teklif mektubunun ve geçici teminatın uygunluğu değerlendirilecektir. Bu aşamalardaki tüm uygunsuzluklar tutanak ile tespit edilecektir.

İsteklilerin teklifleri incelendikten sonra, ihale komisyonu bir karar verecektir. Bu noktada, komisyonun vereceği karar, durumun gerekliliklerine göre, en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde ihalenin bırakılması şeklinde olabileceği gibi, tüm tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesi yönünde de olabilecektir.¹⁰⁰ Başka bir deyişle, bir iş için ihaleye çıkmış ve teklif alınmış olması, mutlaka işin bir kişi üzerinde bırakılmasını gerektirmemekte, ihale komisyonu teklifleri değerlendirmesi akabinde ihale kararı alıp almama konusunda takdir yetkisini kullanabilmektedir.¹⁰¹ İhalenin en avantajlı teklif veren istekli üzerinde bırakılması halinde ihale yetkilisince onay verilerek ihale kesinleşecektir.

V. İHALE SÜRECİNE HAKİM OLAN İLKELER

İhale sürecinin tamamında bulunması gereken temel ilkeler, KİK'in 5. maddesinde yer almaktadır. İhaleye hâkim olan temel ilkeler, ihale sürecinin hukuka uygun olarak yürütülmesini ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamak

⁹⁹ Günday, s. 211.

¹⁰⁰ Gözler, K./Kaplan, G.: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2020, s. 453.

¹⁰¹ Günday, s. 212.

üzere kanunda düzenlenmiştir. İdareler, KİK uyarınca yapacakları ihalelerde bu ilkelere doğrultusunda iş ve işlemlerini gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Kamu İhale Kurulu ise itirazın şikâyet¹⁰² sonucu önüne gelen ihalelere ilişkin incelemelerinde, bu temel ilkeleri esas almakta, ihlallerini tespit etmesi halinde ise ihlal teşkil eden uygulamanın iptaline ya da düzeltici işlem tesisine karar vermektedir.¹⁰³ Dolayısıyla ilgili kanunun diğer hükümlerinin de bu temel ilkeler ışığında anlaşılması, yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.¹⁰⁴ Bu açıklamadan da anlaşıldığı üzere, ihaleye ilişkin ilkeler, hem ihalenin hukuka uygun olarak yürütülebilmesini hem de ihale edilen işin en uygun şartlarla yerine getirilebilmesini sağlamaktadır. Bu ilkelerden bir veya birkaçının ihalenin herhangi bir aşamasındaki ihlali, işlemlerin hukuka aykırılığına, kamu kaynaklarının israfına ve kamu işlemlerine duyulan güvenin sarsılmasına yol açacaktır. Bu doğrultuda, aşağıda detaylı olarak incelenecek olan ihaleye fesat karıştırma suçunu meydana getiren davranışların, bu ilkelere aykırılığı içinde barındırdığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Kamu ihalelerine hakim olan ilkeler ayrıntılı bir biçimde aşağıda incelenmektedir.

¹⁰² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 54.

¹⁰³ Tan, s. 369.

¹⁰⁴ İnan, s. 51.

A. SAYDAMLIK İLKESİ

Saydamlık ilkesi, aslında kamu ihale sisteminin tümüne ilişkin bir ilkedir. Bir yandan da idare hukukuna egemen olan idarenin açıklığı ve şeffaflığı ilkesinin, kamu ihale sürecinde kendisini saydamlık ilkesiyle gösterdiği söylenebilir.

DİK'in 2. maddesinde, ihalelerin açıklık içerisinde yürütülmesinin esas olduğu düzenlenerek bu temel ilkeye yer verilmiştir.¹⁰⁵ Benzer şekilde KİK'in de 5. maddesinde bu ilkeye yer verilmiş fakat açıklık yerine saydamlık ifadesi kullanılmıştır.

Saydamlık ilkesi kapsamında, ihaleye ilişkin gerekli tüm bilgilerin istekliler tarafından ulaşılabilir olması ve istekliler arasında gizli anlaşmalar yapılmasının engellenmesi gerekmektedir.¹⁰⁶ Bu gerekliliğe ve saydamlık ilkesine aykırılık, aşağıdaki ilgili bölümde detayları incelenecek olan TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının d bendinde yer alan ve suça vücut veren davranışı meydana getirecek olup ilgili bent şu şekildedir: *“İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.”*

Söz konusu ilke, kamu ihaleleri usullerinin açık ve tarafsız yürütülmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla, saydamlık ilkesinin varlığından söz edebilmek için, öncelikle açık ve anlaşılır bir ihale mevzuatının mevcut olması, sonrasında ise ihaleye ilişkin duyuru ve ilanların herkesçe haberdar olunabilir nitelikte yapılması, dolayısıyla da

¹⁰⁵ Gökcan, H. T./Artuç, M.: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 7775.

¹⁰⁶ Sancar, A. E.: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.2, 2014, s.151-177.

mümkün olduğunca çok isteklinin katılımının sağlanması gerekmektedir.¹⁰⁷ Saydamlık ilkesi, ihalenin ilk aşaması olan ilan aşamasından itibaren varlık göstermektedir. İhalenin ilanında gerekli tüm bilgilerin doğru ve eksiksiz olarak yer alması ve ihale aşamasında ilanda yer alan esas ve hususlar üzerinden değerlendirmeler yapılması gerekmektedir. İhale aşamasında, saydamlık ilkesi tekliflerin değerlendirme usulünün açık, anlaşılır ve belirli olması noktasında ortaya çıkmaktadır. Danıştay bir içtihadında saydamlık ilkesine şu şekilde değinmiştir:

*“... temel ihale ilkelerinden olan açıklık ve saydamlık ilkeleri gereği ihale konusunun ve yüklenicinin sorumluluklarının ihale şartnamelerinde belirli şekilde yer alması gerekmektedir. ... yüklenicinin idare tarafından belirlenen araç adetleri ve zaman tarifelerine göre çalışacağı, hatların değişimi ya da hatların çoğaltılmasının ve azaltılmasının idarenin yetkisinde bulunduğu belirtilmiş olup, hangi hatlarda veya güzergahlarda kaç araçla çalışılacağına tespiti hususunun ihale sonrasına bırakılması da açıklık ilkesine aykırıdır.”*¹⁰⁸

İhale sonuçlandıktan sonra saydamlığın sağlanabilmesi için başarısız teklif sahiplerinin ve menfaati bulunan diğer kişilerin hem ihale sonucu hakkında bilgilendirilmesi hem de olası başvurulara yönelik bir mekanizmanın oluşturulması gerekmektedir.¹⁰⁹

Geniş bir açıdan bakıldığında, saydamlık ilkesi ile eşitlik, rekabet ve kamuoyu denetimi ilkelerine uygun zeminin sağlandığı görülmektedir. İhale sürecinin saydamlık ilkesi uyarınca açık ve anlaşılır olarak yürütülmesi, hem ilgililerin hem de

¹⁰⁷ Günday, s. 199.

¹⁰⁸ Danıştay 13. Dairesi, 06.04.2010, E. 2009/7074, K. 2010/2940.

¹⁰⁹ Tan, s. 369; Gözübüyük/Tan, s.501.

idarenin ihale sürecinin işleyişine yönelik ilgi ve dikkatini arttıracığından, işlemlerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesine ve olası yolsuzluk şüphelerinin önüne geçilmesine katkıda bulunmaktadır.¹¹⁰ Saydamlık ilkesi ile ayrımcılık ve rüşvet gibi ihaleye ilişkin usul ve esaslarla uyuşmayan ve ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verebilecek davranışların da engellenmesi amaçlanmaktadır.¹¹¹

İhale usulleri arasında düzenlenen pazarlık usulü ve doğrudan temin usul, ihalelerde saydamlık ilkesinin birer istisnasıdır. Bu usullerde, aleniyet şartı bulunmamakta olup kanunda belirlenen belirli birtakım şartların bulunması durumunda idarenin olabildiğince çabuk bir şekilde gerekli mal veya hizmet alımını gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.

B. REKABET İLKESİ

Kamu ihalelerinde her ilkenin kendine has önemi bulunsa da rekabet ilkesinin yolsuzlukla mücadele, yolsuzluğun engellenmesi ve azaltılması konusunda özellikle etkili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹¹² İhalenin hukuka uygunluğundaki en önemli ilkelerden biri rekabet ilkesidir. Rekabet ilkesi, kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılarak kamu yararının sağlanabilmesi açısından oldukça önemlidir.¹¹³ İdarelerin, ihalelerde rekabet ortamının sağlanması bakımından gereklilikleri yerine getirmesi, bu ortamı engelleyecek her türlü davranıştan kaçınması gerekmektedir.

¹¹⁰ Üstün/Çalış, s. 116.

¹¹¹ Arslan, s. 39.

¹¹² Tan, s. 369.

¹¹³ Ozan, C.: Kamu İhale Hukuku, Ankara, 2021, s. 25.

İhale sürecine katılanlar ne kadar çoksa, rekabetin de o kadar sağlandığı söylenebilir. Fakat bu tek başına yeterli değildir.

Rekabet ilkesinin önemi, kamu ihalelerinde isteklilerin fazlalığı ve çeşitliliğinin kamu yararına hizmet etmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Çok sayıda ve çeşitli isteklinin ihaleye katılması sonucunda birçok teklif alınacak, idarenin en avantajlı olanı tespit etme imkânı doğacaktır. İhaleye katılanların sayısının ve çeşitliliğinin artırılması ise ancak ihalenin hukuka uygun olarak duyurulması, şartnamelerin uygun düzenlenmesi ve gerekli rekabet ortamının sağlanmasıyla mümkün olmaktadır. Danıştay’ın bir kararında¹¹⁴ ihale belgelerinin açık ve anlaşılır olarak hazırlanmasının rekabet ilkesi bakımından önemli olduğu açıkça ortaya koyulmuştur. Danıştay’a göre belgelerin anlaşılır biçimde hazırlanmaması isteklilerin hatalı teklif vermesine, bunun sonucunda ihale dışı kalmasına, dolayısıyla da rekabetin engellemesine yol açmaktadır.¹¹⁵

Rekabet ilkesine ilişkin olarak, KİK’in 17. maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar da önem taşımaktadır.¹¹⁶ Söz konusu madde ve Danıştay içtihadı uyarınca *“ihalelerde rekabetin sağlanması için katılımcılar arasında organik bağ ya da temsil ilişkisinin bulunmaması”* gerekmektedir.¹¹⁷ KİK’in 17. maddesi uyarınca yasaklanan ve rekabet ilkesini ihlal edici davranışlar hakkında uygulanacak yaptırımlar ise KİK’in 58 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.¹¹⁸

¹¹⁴ Danıştay 13. Dairesi, T. 26.04.2010, E. 2009/5621, K. 2010/3534.

¹¹⁵ Danıştay 13. Dairesi, T. 26.04.2010, E. 2009/5621, K. 2010/3534.

¹¹⁶ Üstün/Çalış, s. 120.

¹¹⁷ Danıştay 13. Dairesi, T. 14.12.2010, E. 2009/6170, K. 2010/8505

¹¹⁸ Günday, s. 201.

Saydamlık ilkesinin istisnası olarak belirtilen pazarlık ve doğrudan temin usulleri, rekabet ilkesinin uygulanmasını da imkânsız kılmaktadır. Bu usullerde ilan yapılmadığından, ihale yetkilisi tarafından ihaleye katılacaklar belirlenmektedir.

C. EŞİT MUAMELE İLKESİ

Eşit muamele ilkesi, aslında Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak yorumlanabilir.¹¹⁹ Bu ilke, ihale sürecindeki tüm işlemlerde idarenin tarafsızlığına işaret etmektedir. Özellikle ilgililerin tekliflerini sunduğu, bu tekliflerin açıldığı ve değerlendirildiği aşamalarda idarenin eşit muamele ilkesine uygun olarak tarafsız davranması beklenmektedir. Eşit muamele ilkesine aykırı davranılan bazı haller, başkaca ilkelerin de ihlal edilmesine yol açmaktadır. Örneğin, ihale sürecinde bazı isteklilere çeşitli avantajlar sağlanması, ihaleye katılım aşamasında bazı isteklileri dışarıda bırakacak şart ve kriterler yaratılması gibi eşitlik ilkesine aykırı tutumlar aynı zamanda rekabet ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.¹²⁰

D. GÜVENİLİRLİK İLKESİ

Aslında kamu ihalelerine ilişkin olarak sayılan tüm ilke ve esaslar, hukuk devletine ve idareye ilişkin güvenin sağlanmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla güvenilirlik bir ilke olduğu kadar, bir sonuç olarak da varlığını göstermektedir. İhale sürecinde idarenin hukuka uygun olarak hareket etmesi, hem hukuk devleti hem

¹¹⁹ Günday, s. 202.

¹²⁰ Üstün/Çalış, s. 123.

kanuni idare ilkeleri gereğince hem de ilgililerin sürece dair güvenini korumak bakımından zaruridir.¹²¹

E. GİZLİLİK İLKESİ

İhale sürecine hâkim olan ilkeler arasında hem saydamlık hem de gizlilik ilkelerinin bulunması bir karışıklık veyahut çelişki teşkil etmemektedir. Gizlilik ilkesi, saydamlık ilkesinin engellemeyecek şekilde uygulanmalıdır. Zira gizlilik ilkesi, yalnızca idare tarafından bilinmesi gereken, üçüncü kişilere açıklanmayan ticari ve mali bilgileri kapsamaktadır.¹²² Kamu ihalesine çıkılmadan önce, idare tarafından işe ilişkin yaklaşık maliyet belirlenmekte, bu ilke uyarınca isteklilerle paylaşılmaması gerekmektedir. Yaklaşık maliyetin isteklilerle olduğu gibi, ilişkisi olmayan üçüncü kişilerle de paylaşılmaması gerekmektedir.¹²³ Bu ilkenin idarece ihlal edilmesi, ilgililerden bir veya birkaçına avantaj sağlayacağından eşit muamele ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.¹²⁴ Öte yandan, gizlilik ilkesi TCK m. 235 kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçu ile de sıkı bir ilişki içerisinde. TCK m. 235/2-b uyarınca *“tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnameye göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak...”*, seçimlik hareketlerden biri olarak düzenlenmiş olup gizlilik ilkesinin ihlali ile doğrudan ilişkilidir.¹²⁵

¹²¹ Ozan, s. 37.

¹²² Üstün/Çalış, s. 126.

¹²³ Günday, s. 202.

¹²⁴ Üstün/Çalış, s. 128.

¹²⁵ Arslan, s. 61.

F. KAMUOYU DENETİMİ İLKESİ

Kamuoyu denetimi ilkesinin saydamlık ilkesiyle yakın ilişki içerisinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İhale sürecinde alınan kararların kamuoyuna ilan edilerek haberdar olunmasının sağlanması,¹²⁶ ihalelerdeki hukuka aykırılıkların engellenmesi için oldukça önemlidir. Hem işlemlere dahil olanların denetim dolayısıyla daha dikkatli ve hukuka uygun hareket etmeleri hem de ilgililerin tüm bilgilere ulaşması ile idareye ve ihaleye yönelik güvensizliğin ortadan kaldırılması sağlanmaktadır. Kaldı ki, kamuoyu denetiminin gereği gibi işlediği toplumlarda, demokrasi ve kamu yararına ilişkin bilinç de gelişmiş olduğundan, ihaleye fesat karıştırma, rüşvet, yolsuzluk gibi durumlar oldukça az görülmektedir.¹²⁷

G. İHTİYAÇLARIN UYGUN ŞARTLARLA ZAMANINDA KARŞILANMASI İLKESİ

Kamu ihalelerin amacı kamunun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla mal, hizmet veya yapım işleri ile ilgili alım yapmaktır. Ancak kamu ihtiyaçlarının en uygun şartlarla ve zamanında karşılanması halinde kamu yararı sağlanabilecek olup, idarelerin ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını sağlamaları gerekmektedir.¹²⁸ Söz konusu ilkenin kanunda belirtilmesine karşın açıklanmadığına da değinmek gerekmektedir. Ancak kamu kaynaklarının verimli kullanılması başka bir

¹²⁶ Günday, s. 203.

¹²⁷ İnan, s. 56.

¹²⁸ Gözler/Kaplan, s. 447.

ilke olarak düzenlendiğinden, “uygun şart” ifadesinden işin en uygun zamanda, en kaliteli biçimde ve en uygun fiyata¹²⁹ temin edilmesini anlamak yanlış olmayacaktır.

H. KAYNAKLARIN VERİMLİ KULLANILMASI İLKESİ

Kamu ihalelerinin doğrudan kamu kaynaklarını ilgilendirdiği açıktır. Dolayısıyla bu ihaleler sırasında kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması, israfın mümkün olduğunca azaltılması beklenmektedir. Bu beklentinin kanundaki görünümü, kaynakların verimli kullanılması ilkesidir. Bu doğrultuda, ihalelerin en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde kalması bu ilkeye etkinlik kazandırmaktadır.¹³⁰ Dolayısıyla bu ilkenin, rekabet ilkesi ile sıkı ilişki içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Zira rekabet ilkesi uyarınca gerekli ortam ve koşullar sağlanarak ihaleye katılanların sayısının artırılması ve bu yolla en avantajlı teklifin alınması amaçlanmaktadır.¹³¹

I. ARALARINDA BAĞLANTI OLMAYAN İŞLERİN BİRLİKTE İHALE EDİLME YASAĞI

KİK kapsamında kamu ihaleleri, mal veya hizmet alımı veya yapım işi konularında meydana gelmektedir. Bunlardan hangisi için ihaleye çıkılacağına tespiti, uygulanacak mevzuat, hazırlanacak şartnameler ve katılımcılar bakımından önem taşımaktadır. Kaldı ki, bazı isteklilerin yalnızca bir iş konusunda imkân ve yeterliliğe

¹²⁹ Arslan, s. 62.

¹³⁰ Arslan, s. 62.

¹³¹ İnan, s. 57.

sahip olması söz konusu olabilir. Bu halde, farklı işlerin bir arada ihale edilmesi, o isteklilerin ihaleye katılmasını engelleyeceğinden rekabet ilkesine zarar verecektir. Bu sebeplerle ancak aralarında doğal bir bağlantı bulunan hallerde mal alımı, hizmet alımı veya yapım işi ihalelerinin bir arada yapılması kanun koyucu tarafından uygun bulunmuştur. Bu yasağın amacı hem idarenin zarar uğramasını hem de haksız bir rekabetin oluşmasını engellemektir.¹³²

İ. ÖDENEĞİ BULUNMAYAN İŞ İÇİN İHALE YASAĞI

İhale konusu iş, teknik unsurlar kadar maddi bir donanımı da gerektirmektedir. En basit tabirle, bir kamu ihtiyacının karşılanabilmesi ancak bütçede gerekli ödeneğin bulunmasıyla mümkün olmaktadır.¹³³ Dolayısıyla, idarenin ihale sürecine başlamadan önce, söz konusu iş için gerekli ödeneği ayırmış olması gerekmektedir. Danıştay içtihadı uyarınca bu yasak idari istikrarın sağlanmasına hizmet etmektedir.¹³⁴ Gerekli ödeneğin bulunması halinde idare bütçesinde oluşan değişimler süreci etkilemeyecek, dolayısıyla da kamu hizmeti aksamayacaktır.

¹³² Üstün/Çalış, s. 135.

¹³³ İnan, s. 60.

¹³⁴ Üstün/Çalış, s. 137; Danıştay 13. Dairesi, T. 13.09.2011, E. 2008/678, K. 2011/3674.

J. EŞİK DEĞERİN ALTINDA KALMAK AMACIYLA İŞİN KISIMLARA BÖLÜNMESİ YASAĞI

KİK, iş için belirlenen yaklaşık maliyetin eşik değerin altında veya üstünde oluşuna göre farklı hükümler içermektedir, başka bir deyişle ihale sürecinde değişiklikler yaşanmaktadır. Bu ilkeyle ilişkili olarak KİK'in 8. ve 63. maddeleri bulunmaktadır. İlgili maddeler uyarınca, ihaleni bölümlere ayrılmasıyla eşik değerin altında kalınmaması, eşik değerin üstünde kalacak isteklilerin haklarının korunması amaçlanmaktadır.¹³⁵

K. ÇED RAPORU ALINMADAN İHALEYE ÇIKMA YASAĞI

Birtakım işlerin nitelikleri gereği Çevresel Etki Değerlendirme Raporu (ÇED Raporu) alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu tip işler için ihaleye çıkılması da bu raporun alınmasına bağlıdır.¹³⁶ ÇED Raporu almadan ihaleye çıkma yasağı, hem 4734 sayılı kanunun 5. maddesinde hem de 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesinde ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin 6. maddesinde düzenlenmektedir. Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğine tabi projeler için olumlu ÇED Raporu veya ÇED Raporu almaya gerek olmadığı yönünde bir karar alınmadan ihaleye çıkılamayacağı düzenlenmektedir. Danıştay'ın içtihadına bakıldığında, ÇED Raporu alınması gereken işlerde işin ihale edilebilmesi için söz konusu raporun beklenmesi gerekmektedir.¹³⁷

¹³⁵ İnan, s. 57.

¹³⁶ Günday, s. 202.

¹³⁷ Danıştay 14. Dairesi, T. 04.10.2011, E. 2011/12413, K. 2011/1052.

VI. YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR

Yukarıda belirtildiği üzere, ihale sürecinin hukuka uygun olarak gereği gibi işleyebilmesi adına birtakım ilkeler öngörülmüştür. Ancak bu ilkeler tek başına yeterli olamayacağından, bu ilkelerin uygulanmasını sağlayacak, ilkelere aykırı davranışlar halinde yaptırım öngörecekt mekanizmalara da ihtiyaç duyulmaktadır.¹³⁸ Hem DİK'te hem de KİK'te yaptırımlara bağlanan davranışlar yer almakta olup bu yasak davranışlar çoğu zaman ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında düzenlenen seçimlik hareketler ile çakışmaktadır.¹³⁹

İhale sürecine ilişkin yasak fiil ve davranışlar, KİK'in 17. maddesinde yer almaktadır. İlgili madde şu şekildedir:

“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.*

¹³⁸ Çolak, M./Demirboğa, D. A.: Kamu İhale Hukukunda Temel Konular, Ankara, 2014, s. 58.

¹³⁹ Arslan, s. 63.

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

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

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.”

DİK'in yasak fiil ve davranışları içerir 83. maddesi ise şu şekildedir:

“İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

a) Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,

b) Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak 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.”

İhale sürecinde, katılımcılar arasında adil bir rekabetin sağlanması ve dürüstlüğün korunması amacıyla birtakım davranışların yasaklanması ihtiyacı doğmuştur. İhale sürecinin şeffaf, rekabetçi ve adil bir şekilde gerçekleşmesini ve ihale sürecine hâkim olan ilkeleri sağlama maksadıyla KİK ve DİK’te yukarıda belirtilen normlar düzenlenmiştir. Hem bahsedilen ilkeler hem de yasak davranışlar neticesinde uygulanan idari yaptırımlar, kamu ihalelerinin amacı ile kamu kaynaklarının verimli ve ihtiyaçlara uygun olarak kullanılmasına hizmet etmektedir.¹⁴⁰ Bahse konu maddelerin düzenleniş amacı Danıştay tarafından da ortaya koyulmaktadır: “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 83. Maddesinde ... yasak fiil ve davranışlar belirtilmiştir...İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması sırasında dürüstlük, açıklık, rekabeti temin ve bu yolla da kamu yararını sağlamayı amaçlayan anılan yasal düzenlemede ihaleye katılanların, ihale işlemleriyle bağdaşmayan eylem ve davranışları tanımlanmakta, söz konusu eylem ve davranışlardan, ceza yasasına göre suç oluşturan, kötü niyete dayalı olanlar, farklı ve daha ağır yaptırıma tabi tutulmaktadır.”¹⁴¹

Yukarıdaki ilgili maddelerde düzenlenen yasak davranışlar hakkında idare tarafından idari yaptırım olarak ihalelerden yasaklama tedbirinin uygulanacağı KİK m. 58’de ve DİK m. 84’te öngörülmektedir. Burada yer alan yasak davranışlar kabahat niteliğinde olup suç teşkil etmemektedir. Kabahatlere karşı idari para cezaları veya idari yaptırımlar uygulanabilecektir. KİK m. 58’de ve DİK m. 84’te yer alan ihalelerden yasaklama tedbiri de bir idari yaptırımdır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, KİK m. 17’de düzenlenen haller ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları ile

¹⁴⁰ Çolak/Demirboğa, s. 59.

¹⁴¹ Danıştay 10. Dairesi 08.06.2005 T. 2002/460 E. 2005/2869 K.

benzerlik göstermekte olup söz konusu davranış aynı anda TCK kapsamında suç teşkil etmesi de mümkündür. Burada sayılan yasak davranışlar aynı zamanda bir suça vücut veriyor ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacak,¹⁴² şartların gerçekleşmesi halinde cezanın yanında güvenlik tedbirine de hükmedilerek fail belirli haklardan yoksun bırakılabilecektir.¹⁴³

Son olarak, maddenin amacından ziyade, lafzına ilişkin birtakım değerlendirme ve eleştirilerde bulunmak gerekmektedir. Genel itibariyle, Türk hukuku mevzuatında, fiil, davranış ve/veya hareket kavramlarının kullanımına ilişkin bir yeknesaklık olmadığı, kavramların ifade ettikleri anlamların doğru bir zemine oturtulamadığı, dolayısıyla bu maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere yanlış kullanımların ortaya çıktığı görülmektedir. Fiilin maddi yönden çeşitli unsurları bulunmakta olup bunlar davranış, kanunun gerekli gördüğü hallerde sonuç ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağıdır.¹⁴⁴ Davranış ise yapma, yani hareket veya yapmama, yani ihmal şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹⁴⁵ Bahse konu madde kapsamındaki durumu kısaca açıklamak gerekirse; davranışın aslında fiilin bir unsuru olduğu, maddede geçtiği üzere fiil ve davranışlar ifadelerinden biri diğerrinin unsuru olup iki kavramın mükerrer bir biçimde kullanılmasının doğru bir kullanım olmadığı söylenebilir.

¹⁴² 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/3.

¹⁴³ Arslan, s. 65.

¹⁴⁴ Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2020, s. 227.

¹⁴⁵ Toroslu, N./Toroslu, H.: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 135.

İKİNCİ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE SUÇUN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Kamu ihalelerinin usulüne ve kanuna uygun olarak yürütülmemesi neticesinde, ihale yetkilileri, ihale isteklileri veya üçüncü kişiler gerçekleştirdikleri birtakım davranışlarla haksız çıkar elde etmekte veya başkalarının haklarını kullanmasının önüne geçmektedirler.¹⁴⁶ Dolayısıyla, kamu ihalelerini düzenleyen mevzuatın yanı sıra, ceza hukukuna ilişkin kanunlar ile ihalelerde uygulanması öngörülen ilke ve esaslara bağlılığın teşvik edilmesi zaruridir. İhale sürecinin ve/veya ihalenin herhangi bir aşamasının usulüne uygun olarak ilerlemesini ya da ihalenin amacına ulaşmasını engelleyen davranışlardan bir kısmı, TCK’da ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında düzenlenmektedir.¹⁴⁷ Kamu ihalelerinde meydana gelen yolsuzluklar, ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermesi halinde cezai yaptırımlara bağlanmış olup bunun yanı sıra ülke ekonomisini ve kamunun idareye duyduğu güveni de olumsuz yönde etkilemektedir.

Türk ceza kanunlarına bakıldığında gerek 765 sayılı Kanunda gerekse TCK’da, ihale sürecine zarar vermeye yönelik hukuka aykırı ve haksız birtakım davranışların ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında düzenlenmiş olduğu görülmektedir.¹⁴⁸ 765

¹⁴⁶ Dülger, s. 3.

¹⁴⁷ Arslan, s. 53.

¹⁴⁸ Dülger, s. 3.

sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda, ihale sürecine ilişkin suçlar kanunun iki ayrı bölümünde düzenlenmiştir. İlk olarak devlet aleyhine işlenen suçlar başlığı altında 205 ve 208'inci maddeler yer almıştır. Bu maddelerde, devlet namına yapılan alım ve satımlara fesat karıştırma suçları düzenlenmiştir. İkinci olarak ise, devlet namına yapılan arttırma eksiltmelere fesat karıştırma 366-368. maddelerde yer almıştır.¹⁴⁹ 765 sayılı kanunun 205. maddesi, söz konusu kanunun alındığı İtalyan Ceza Kanunundan değil, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan ve Cumhuriyetin ilanından önceki dönemdeki ilk düzenleme olan 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un 83. maddesinden alınmıştır. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunun 176. maddesinde de benzer bir suç tipine yer verildiğini belirtmek gerekir.¹⁵⁰ 765 sayılı kanunun 366, 367 ve 368 maddeleri ise, İtalyan Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin bir yansımasıdır.

765 sayılı kanunda birbirine benzer, tekrarlar içeren ve karışıklıklara sebebiyet veren birçok suç tipi bulunmasına karşılık, TCK'da yalnız bir bölümde iki ayrı suç tipine yer verilmiştir. 765 sayılı kanun döneminde, suçun birden çok maddede düzenlenmiş olması, maddeler arasında tekrarlara ve dolayısıyla da karışıklıklara sebebiyet vererek eleştirilerin konusu olmuştur. İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin TCK'nın 235. maddesi, 735 sayılı eski kanunun 205, 208, 366, 367, 368 maddelerinin karşılığını teşkil etmektedir. Karmaşık düzenlemeler yerine, suç tek bir madde altında toplanmıştır. Suçun meydana gelmesine konu olabilecek ihalelere ilişkin açık ve net bir belirlemeye de bu maddede yer verilmiş, ihaleye fesat karıştırma suçu KİK ve DİK'e paralel olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı kanuna kıyasla yeni düzenleme suçun unsurlarında değişiklik yapmakla birlikte, maddenin uygulama alanını da

¹⁴⁹ Sarıtaş, s. 55.

¹⁵⁰ Dülger, s. 9.

genişletmiştir.¹⁵¹ Dolayısıyla, kamu yararının korunması maksadıyla, geniş bir koruma alanı yaratılmasının amaçlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Suçun failleri bakımından yarar sağlama veyahut suç neticesinde bir zarar meydana gelmesi şartlarının aranmamış olması bunun bir göstergesi olarak kabul edilebilir.¹⁵²

Maddenin ilk fıkrasında kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin cezalandırılacağı belirlenmiş, ikinci fıkrada ise suç tipini meydana getirecek davranışlar tek tek sayılmıştır. İhaleye fesat karıştırma suçu seçimlik hareketli ve bağlı hareketli bir suç olarak düzenlenmektedir.¹⁵³ Üçüncü fıkrada ise ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi ile suçun işlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmesi halleri düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada, ihaleye fesat karıştırılması ile aynı zamanda menfaat temin eden kamu görevlisinin, bu nedenle ilgili suç hükmünden dolayı da ayrıca cezalandırılacağı düzenlenmektedir. Son fıkrada ise, bu madde hükümlerinin hangi ihalelerde uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır.¹⁵⁴

235. maddenin uygulanabilmesi için, 235. maddenin 1. ve 5. fıkralarında sayılan ihalelerden birinin söz konusu olması gerekmektedir.

Suçun oluşması bakımından bir ihalenin varlığı zaruridir. Maddenin tümünde olduğu gibi, TCK'nın 235/1 ve 235/5 maddelerinin uygulama alanı bakımından da suçta ve cezada kanunilik ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple, ancak maddede sayılan ihalelere fesat karıştırılmasının bu suça vücut verebileceğine dikkat

¹⁵¹ Parlar, A.: Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik ve İhaleye İlişkin Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 82.

¹⁵² Gören, .: Mali Suçlar Hukuku, Ankara 2012, s. 55.

¹⁵³ Kibarelik, s. 181.

¹⁵⁴ Gökcan/Artuç, s. 7772.

çekmek gerekmektedir.¹⁵⁵ Yargıtay “*esasen tesisin inşaatının tamamlanmasının ve üçüncü kişilerle kiralınmasının mümkün olmadığı ihaleye çıkarma şartlarının oluşmaması ve yapılan ihalenin hukuka aykırılığı nedeniyle ortada gerçek bir ihalenin bulunmadığı ihale koşulları oluşmadığı için ihaleye fesat karıştıma suçunun oluşmayacağı...*”¹⁵⁶ şeklinde tesis ettiği kararında da bir ihalenin varlığının mecburi olduğunu ortaya koymuştur. Gerçekten de ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği TCK madde 235 uyarınca fesat karıştırılan ihalenin birtakım özelliklere sahip olması, tipiklik unsurunun gerçekleşmesi için zaruridir.

Suçun oluşması bakımından ilgili ihalenin KİK ya da DİK’e göre yapılmış bir ihale olması şart değildir. Önemli olan kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin veya yapım ihalesi olmasıdır.¹⁵⁷ Bu durum maddenin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “*ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için yapılan ihalenin KİK ya da DİK sayılı kanun hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan yapılan ihalenin kamu kurum ya da kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihale olmasıdır.*”. Dolayısıyla bu iki kanun dışındaki başkaca özel kanunlara dayanarak yapılan ihaleler de belirlenen şartlar dahilinde suçun konusunu oluşturabilecektir.

Suçun meydana gelmesine sebep olabilecek ihaleler, tür ve ilişkili oldukları kurum veya kuruluşlar açısından da maddede belirlenmiştir. Buna göre, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlar, kiralamalar, yapım

¹⁵⁵ Kibar, İ./ Çelik, İ.: *Ender Corruption (the Articles 235 and 23 of the Turkish Penal Code)*, GSI Articleter, C.19, 2018, s. 181.

¹⁵⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 30.04.2007 T., 2006/10848 E. 2007/3041 K.

¹⁵⁷ Parlar, s. 83.

ihaleleri; kamu kurum veya kuruluşları adına olmasa da bunlar aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmeler; kamu kurum niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet içre eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalar ilişkin ihaleler, ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelebileceği ihaleler olarak sayılmıştır.

Konu açısından bakıldığında mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Konu bakımından bunlar dışında kalan ihalelerde, suçun kanuni tanımında belirtilen davranışlar ile fesat karıştırmış olsa dahi bu suç oluşmayacak olup bu durum kanunilik ilkesinin bir sonucudur.¹⁵⁸ Diğer bir yönden bakıldığında ise, söz konusu ihalenin belirtilen konulardan birine ilişkin olması yeterli olup hangi kanuna tabi olarak yapıldığı fark etmemektedir.

İhaleyi gerçekleştirecek tüzel kişiler bakımından ele alındığında ise, bunlar şu şekilde sıralanabilir: kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu kurumu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler. Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kamu hukuku tüzel kişileri iken, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden

¹⁵⁸ Soyaslan, s. 629.

vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler ise özel hukuk tüzel kişileridir.¹⁵⁹

İhaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelmesi bakımından, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca ancak maddede sayılan ihalelere fesat karıştırılması halinde suçun meydana gelebileceği belirtilmişse de, yukarıdaki bölümlerde detayları açıklandığı üzere, başkaca ihale türleri de bulunmaktadır. TCK'nın 235. maddesinde yer alan ihale türlerinin yanı sıra aynı hak tesisi, trampa gibi başka ihale türleri bulunsa dahi, kanun koyucunun suç tipinde birtakım ihale türlerini belirtmiş olması sebebiyle, maddede düzenlenmeyen ihale türleri için ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olmayacağı söylenebilir. Önemli diğer bir nokta da şudur ki, yukarıda yer alan TCK madde 235/5'te "mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralamalar" düzenlenmiş ancak ilk fıkradan farklı olarak yapım işlerine yer verilmemiştir. Dolayısıyla 5. fıkra sıralanan kurumlar adına gerçekleştirilen yapım işlerine ilişkin ihalelere fesat karıştırılması halinde, suç tanımına girmeyeceğinden hukuka aykırı iş ve işlemler yaptırımsız kalacaktır. Bunun önemli bir eksiklik olduğunu da belirtmek gerekir.¹⁶⁰

Bu genel açıklamalar ışığında, ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin unsurlar detaylı olarak incelenecektir.

¹⁵⁹ Soyaslan, s. 630.

¹⁶⁰ Dülger, s. 13.

II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusuna ilişkin olarak doktrinde birçok farklı ifade kullanıldığı görülmektedir. Bunlara örnek olarak suçla korunan hukuki değer, korunan hukuki menfaat veya hukuki yarar verilebilir.¹⁶¹ Kanunda suç tipleri tanımlanırken, devleti ve bireyleri ilgilendiren bazı değerler veya menfaatler hukuki olarak koruma altına alınmaktadır.¹⁶² Bu açıdan hukuki konu, suçun işlenmesiyle ihlal edilen varlık veya menfaatler olup suçun ihlal edici olma niteliği hukuki konudan kaynaklanır.¹⁶³ Her suçun bir hukuki konusu bulunmaktadır. Başka bir deyişle, her suç bir değer veya menfaati ihlal etmektedir.¹⁶⁴ Suçlar, kanun koyucunun önem verdiği hukuki konu uyarınca kanunda düzenlenme alanı bulmaktadır.¹⁶⁵ Bu husus, suç politikası ve suçların tasnifi bakımından önem taşımaktadır.¹⁶⁶ Hukuki konu maddi veya manevi olabileceği gibi, bireysel veya toplumsal nitelikte de olabilmektedir. Suç tanımında yer alan her fiil bir değer veya menfaati ihlal ettiğinden, hukuki konusu bulunmayan bir suçtan söz edilemez.¹⁶⁷ Başka bir açıdan bakıldığında, bir suçun işlenmesi ile birden çok değer veya menfaatin ihlal edilmesi de söz konusu olabilir; bu durumda çok hukuki konulu suç meydana gelecektir. Çok hukuki konulu suçlarda, hukuki konulardan hangisi daha çok önem arz etmekte ise, suç, kanunun bu konuya ilişkin kısmında düzenlenmektedir.¹⁶⁸

¹⁶¹ Ünver, Y.: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 48.

¹⁶² Toroslu, N.: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Savaş Yayınevi, Ankara 2019. s. 87.

¹⁶³ Toroslu/Toroslu, s. 110.

¹⁶⁴ Demirbaş, s. 573.

¹⁶⁵ Toroslu, N, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 81.

¹⁶⁶ Toroslu/Toroslu, s. 111.

¹⁶⁷ Arslan, s. 116.

¹⁶⁸ Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 105.

İhaleye fesat karıştırma suçunun hukuki konusuna ilişkin açıklamalarda, öncelikle ilgili 235. maddenin gerekçesi ve gerekçeyle ilişkili olarak doktrinde yer alan görüşler üzerinde durmak gerekmektedir. TCK'nın 235. maddesinin gerekçesinde yer alan, suçun hukuki konusuna ilişkin kısım şu şekildedir:

“Bu hükümle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir.”

Öncelikle, madde gerekçesinin kanunun bir parçası olmadığını, ancak bir açıklama ve yorumlama aracı olarak kullanıldığını da belirtmek gerekmektedir. Maddenin gerekçesi uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçu ile kamu görevlilerine duyulan güven korunmaktadır. Öte yandan, ihaleye fesat karıştırma suçuna konu ihalelerin kamu kurum veya kuruluşları adına veya bunlar aracılığıyla yapılması ve dolayısıyla bu ihalelerde kamu görevlilerinin görev alıyor olması bu durumu destekler niteliktedir.¹⁶⁹ Ek olarak kamu görevlileri bakımından, maddenin dördüncü fıkrasında ihaleye fesat karıştırılması ile menfaat temin eden görevlilerin ayrıca cezalandırılacağı da düzenlenmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun gerekçesiyle de bağlantılı olarak, suçun hukuki konusu hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ihaleye fesat karıştırma suçunda birden çok hukuki konu bulunmaktadır.¹⁷⁰ Bu görüşe göre çok hukuki konulu bir suç olmasının sebebi, suçun düzenlenmesi ile birkaç farklı hukuki

¹⁶⁹ Arslan, s. 117.

¹⁷⁰ Arslan, s. 119.

menfaatin birden korunmasının amaçlanmasıdır. İdarenin ve kamu görevlilerinin güvenilirliğinin¹⁷¹ yanı sıra kamu kurum ve kuruluşlarının ekonomik çıkarları ile aynı zamanda ihaleye katılanların hakları ve serbest rekabet ortamı korunmaya çalışılmaktadır.¹⁷² Ancak bahse konu suçun hukuki konusunun bu olduğundan söz etmek doğru olmayacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun, TCK'nın Topluma Karşı Suçlar kısmında yer alması, aslında bu suçla topluma ait bazı değerlerin korunmasının amaçlandığını ortaya koymaktadır. Az önce de belirtildiği üzere, kanun sistematığıne ilişkin bu düzenleme, kanun koyucunun hukuki konuya ilişkin tasnifinin bir sonucudur¹⁷³ ve suçun kanunda düzenleme alanı bulduğu kısım suçun hukuki konusuna ilişkin bir gösterge niteliğindedir. Zira, TCK'nın İkinci Kitap'ının üçüncü kısmında yer alan Ekonomi, Sanayi ve Ticarete ilişkin suçlar alt başlığı altında düzenlenen suçların tümü ile, ekonomik faaliyetlerin, ekonomi piyasalarının ilke ve kurallarına uygun olarak yürütülmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Başka bir deyişle, ihaleye fesat karıştırma suçu ile, ilgili kanun ve ilkelerin ihlali niteliğindeki fiillere karşı yaptırım öngörülerek ekonomik faaliyetlerin hukuka, kanuna ve birtakım ilkelere uygun olarak yürütülmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla aslında ihalelerin, ihale sürecine egemen olması gereken ilkelere¹⁷⁴ ve mevzuata uygun şekilde yapılacağına yönelik toplumsal ve ferdi güven korunmaktadır.¹⁷⁵ Zira kanun koyucunun bu suçu düzenlemekteki temel gayesi kamu görevlilerine duyulan güvenin korunması olsa idi, bahse konu suçun TCK'nın

¹⁷¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 24.03.2014 T. 2014/2920 E. 2014/3290 K.; Evik, A. H.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri*, Ceza Hukuku Dergisi, S.33, 2017, s. 22.

¹⁷² Şen, E./Aksüt, E.: *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 38.

¹⁷³ Toroslu, N, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, s. 85.

¹⁷⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 03.03.2014 T. 2012/13889 E. 2014/2198 K.; Evik, s. 22.

¹⁷⁵ Soyaslan, D.: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 612; Evik, s. 22.

Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı dördüncü kısmının Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı birinci bölümünde yer alması beklenirdi.

III. SUÇUN MADDİ KONUSU

Doktrindeki çoğunluk görüşe göre, suçun maddi konusu, fiilin üzerinde işlendiği insan veya şey olarak tanımlanmaktadır.¹⁷⁶ Maddi konu, mutlaka bir insan veya cismani bir şey şeklinde, maddi bir varlıktır.¹⁷⁷ Maddi konu kapsamındaki “şey”, maddi ve somut bir varlığa sahip olan her şey iken, soyut şeyler maddi konuyu teşkil etmemektedir.¹⁷⁸ Bu noktada, fiilin somut olarak yöneldiği her türlü insan veya şeyin maddi konuyu teşkil edip etmediği de tartışılmaktadır. Maddi konu bağlamında önemli olan suç normundaki tanımda belirtilen insan veya şeydir.¹⁷⁹ Doktrindeki bir kısım görüş, her suçta mutlaka bir maddi konu bulunduğuna yönelikken, bir kısım görüş ise her suçta maddi konu bulunmadığını savunmaktadır.¹⁸⁰ Bu görüşe göre, neticesi olmayan suçların tamamlanması bakımından kanuni tanımdaki fiillerin gerçekleşmesi yeterli olup bu suçların maddi konuları bulunmamaktadır.¹⁸¹ Başka bir deyişle, sırf hareket veya sırf ihmal suçlarının maddi konularının bulunmadığı savunulmaktadır.¹⁸²

¹⁷⁶ Orhan, U.: Suçun Maddi Konusu, Ankara, 2023, s. 33; Arslan, s. 188.

¹⁷⁷ Demirbaş, s. 574.

¹⁷⁸ Orhan, s. 65.

¹⁷⁹ Toroslu/Toroslu, s. 111.

¹⁸⁰ Bkz. Toroslu/Toroslu, s. 112.

¹⁸¹ Toroslu/Toroslu, s. 112.

¹⁸² Toroslu/Toroslu, s. 112.

Maddi konunun fiilin üzerinde işlendiği insan veya şey olduğu dikkate alındığında, ihaleye fesat karıştırma suçunda fiilin bir insan veya şey üzerinde gerçekleşip gerçekleşmediği sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde buna ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte, her ne kadar maddi konunun bir insan veya şey olduğuna ilişkin görüş birliği bulunsa da, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından çoğunluk görüşün ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusunun ihale olduğuna yönelik olduğu görülmektedir.¹⁸³ Detayları aşağıda açıklanmak üzere, bu görüş uyarınca suçun meydana gelmesi için mevzuata uygun bir ihalenin varlığı gerektiğinden suçun maddi konusu da ihalelerdir. Ancak bu hususun, ihale tanımı uyarınca ele alınması gerekmektedir. İhalenin bir süreci ifade etmesi ve maddi bir varlığının bulunmaması¹⁸⁴ sebebiyle, ihalelerin maddi konu olarak değerlendirilmesi, maddi konu tanımı ile çelişmektedir. Bu doğrultuda, daha kabul edilebilir olduğu değerlendirilen diğer bir görüşe göre ise, suçun maddi konusu bir insan veya şey olarak tanımlandığından, suçun maddi konusunun ihale olması mümkün olmayacaktır. Bu görüş uyarınca, ihale, birtakım işlemlerden oluşan bir süreç olup cismani bir varlığı bulunmaması sebebiyle maddi konu olarak kabul edilemeyecektir. İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusu ele alınırken, her iki yaklaşım da açıklanmaya çalışılacaktır.

İlk olarak, ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusunun ihaleler olduğuna ilişkin görüşe göre, failin suç kapsamında sayılan fiilleri yönelttiği şey ihalelerdir. Suçun oluşması için maddede tanımlanan niteliklere sahip bir ihalenin

¹⁸³ Arslan, s. 189.; Özgenç, İ.: İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 33; Parlar, s. 44.; Artuk, M. E./Gökçen, A./ Yenidünya, C.: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 721.

¹⁸⁴ Orhan, s. 90.

bulunması gerekmektedir. Bu görüşün dayanaklarından biri de 245. maddenin gerekçesindeki şu ifadedir: “*Suçun konusu, mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale ya da kiralama ihalesidir.*”¹⁸⁵ Diğer bir yandan, ortada ilgili mevzuata uygun bir ihale bulunmaması halinde, ihaleye fesat karıştırma olarak nitelendirilen davranışlar dolayısıyla suçun meydana gelmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu görüş uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusunu, mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri teşkil etmektedir. Kanuni tanımda yer alan davranışların yöneldiği şey, bu ihalelerdir.

186

İkinci olarak, suçun maddi konusuna ilişkin olarak, maddi konuya yönelik açıklamalar uyarınca daha uygun olduğu değerlendirilen diğer görüşe göre ise, maddi konunun cismani bir varlık olarak bir insan veya şey olması dolayısıyla, ihalenin suçun maddi konusu olmayacağı savunulmaktadır. Bu görüş ve maddenin gerekçesi birlikte ele alındığında, maddi konunun ihale değil de örneğin ihale sürecindeki işlemler veya kişiler olduğu söylenebilir. Zira gerçekten de suç tanımında yer alan davranışlar ile fesat karıştırılan şey ihale sürecindeki işlemler olup davranışlar kişilere veya bu işlemlere yöneliktir. Öte yandan, ihalelerin bir cismani varlığı bulunmamasına karşın ihale sürecindeki işlemler duyular ile algılanacak bir biçimde meydana gelmekte ve dolayısıyla maddi konu olarak nitelendirilmelerinde bir aykırılık bulunmamaktadır. İhale bir bütün olarak bir süreç¹⁸⁷ olup bir bütün olarak ihaleye fesat karıştırılması da teknik olarak mümkün değildir. Suç tanımında yer alan fiiller ile, ihale sürecindeki

¹⁸⁵ Orhan, 91.

¹⁸⁶ Soyaslan, s. 628.

¹⁸⁷ Uz, s. 9.

işlemlerden bir veya birkaçına etki edilmesi ve dolayısıyla bu işlemler vasıtasıyla ihaleye fesat karıştırılması mümkün olabilir.

Öte yandan, kanun kapsamında hangi seçimlik hareketler ile ihaleye fesat karıştırılmış olabileceği düzenlenmiş olup bu davranışlar soyut bir süreç olan ihale üzerinde gerçekleşmemekte,¹⁸⁸ ihalenin usulüne ve mevzuata uygun olarak yürütülmesini engellemektedir. Örnek vermek gerekirse, TCK m. 235/2-c uyarınca cebir kullanılarak ihaleye katılma yeterliliğine sahip bir kişinin katılımının engellenmesi halinde, üzerinde cebir uygulanan bir kişidir, davranış aslında ihale üzerinde meydana gelmemektedir.¹⁸⁹

Doktrindeki çoğunluk görüşü ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusunun ihale olduğu yönündedir. Ancak açıklandığı üzere, suçun maddi konusu suçun üzerinde işlendiği kişi veya şey olarak tanımlanmaktadır. İhale ise, bir süreç, bir kavram olup cismani veya maddi bir varlığa sahip değildir. Dolayısıyla, suçun maddi konusunun ihale olduğuna ilişkin ilk görüşe katılmak oldukça güçtür. Doktrinde çoğunluk görüşün ihalelerin maddi konuyu teşkil ettiği yönünde olması ise, hukuki konu ile maddi konunun birlikte değerlendirilmesinin veya suç teşkil eden hareketin adlandırılışının bir sonucu olabilir. İhale sürecinde gerçekleşen ve suça vücut veren davranışlar dolayısıyla, suçun hukuki konusunu teşkil eden değer veya menfaatler zarara uğramaktadır. Öte yandan, aynı zamanda suçun adını da teşkil eden “ihaleye fesat karıştırma” kavramı dolayısıyla da suçun maddi konusunun ihaleler olduğu yönünde bir yaklaşım olması muhtemeldir. Zira, hukuki konu ve bu adlandırma, sanki suç teşkil eden davranışların doğrudan cismani varlığı olan bir ihaleye müdahale

¹⁸⁸ Orhan, s. 91.

¹⁸⁹ Orhan, s. 91.

şeklinde gerçekleştiğini çağrıştırmaktadır. Fakat belirtildiği üzere, suç teşkil eden davranışlar ihale sürecindeki iş ve işlemler veya kişiler üzerinde gerçekleşmekte, bir süreç olan ihaleye doğrudan fesat karıştırmak ve dolayısıyla ihaleleri maddi konu olarak değerlendirmek mümkün olmamaktadır.

IV. MAĞDUR

Ceza hukukunda dar anlamda mağdur, pasif süje olarak da anılmakta¹⁹⁰ olup suçun hukuki konusunun ait olduğu, kendisine karşı suç işlenen kişidir.¹⁹¹ Başka bir deyişle, suçun işlenmesi ile zarar verilen, ihlal edilen, tehlikeye sokulan hakkın veya menfaatin sahibi olan kişi mağdurdur.¹⁹² Suçun mağduru ve konusu farklı kavramlar olmakla birlikte kimi zaman iç içe geçtikleri görülebilmektedir. Her suçta mutlaka mağdur bulunur.¹⁹³ Burada önemli olan husus, suçtan zarar gören herkesin değil yalnızca suçun işlenmesi ile ihlal edilen varlık veya menfaatlerin sahiplerinin mağdur sıfatına sahip olacağıdır.¹⁹⁴ Dolayısıyla mağdur ile suçtan zarar görenin farklı kavramlar olduğunu da belirtmek gerekir. Öte yandan, bir bireyin kendisine karşı suç işlemesi mümkün olmayacağından, kişinin suçun hem faili hem de mağduru olması mümkün değildir.¹⁹⁵ Mağdurun tespit edilmesinde, hukuki korumanın konusunu belirlemek önemli olup bu korunan varlık veya menfaatin hamili ya da sahibi suçun mağdurunu ifade edecektir.¹⁹⁶

¹⁹⁰ Toroslu/Toroslu, s. 113.

¹⁹¹ Arslan, s. 184.

¹⁹² Demirbaş, s. 575.

¹⁹³ Toroslu/Toroslu, s. s. 115

¹⁹⁴ Katoğlu, T.: *Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2012, s. 662.

¹⁹⁵ Demirbaş, s. 579.

¹⁹⁶ Katoğlu, s. 661.

Ceza hukukunda mağdura ilişkin önemli tartışmalardan biri, tüzel kişilerin bir suçun mağduru olup olamayacağı üzerinedir. Doktrindeki bir görüş, tüzel kişilerin mağdur olamayacağını, ancak gerçek kişilerin mağdur olabileceğini¹⁹⁷ ve tüzel kişilerin ancak koşulların varlığı halinde suçtan zarar gören olabileceğini savunmaktadır.¹⁹⁸ Diğer bir görüşe göre ise, tüzel kişilerin hukuken hak sahibi olmaları mümkün olduğundan, tüzel kişiler de suç mağduru olabileceklerdir.¹⁹⁹ Savunulan bu görüşe göre, tüzel kişilerinde hukuken kişi olarak tanımlanması sebebiyle hak sahibi olmalarının önünde bir engel bulunmamakta, dolayısıyla bir suçun mağduru olmaları mümkün olabilmektedir.²⁰⁰

Mağdura ilişkin ele alınması gereken diğer bir önemli husus ise, devletin mağdur olup olmayacağı yönündedir. Öncelikle, devletin bir tüzel kişiliği olduğunu; devlet tüzel kişiliği adına kararlar alındığı, başka devletler ile sözleşmesel ilişkiler içerisine girildiği ve devletin çeşitli haklara sahip olabildiği gibi sebeplerle belirtmek gerekmektedir.²⁰¹ Bunun akabinde, bir tüzel kişi olarak devletin suç mağduru olması hususu incelenmelidir. Her ne kadar devletin suç mağduru olamayacağına ilişkin görüşler bulunsun da bir tüzel kişi olan devletin de mağdur olabileceği kabul edilmelidir.²⁰² Öte yandan, devletin mağdur olabileceği kanaatini takip eden farklı görüşler de bulunmaktadır. Bu farklı görüşlerin doktrinde yer alan detaylı ve kuramsal incelemelerine bu kısımda kısaca değinilecektir. Bir görüş, cezaların kamu hukukuna

¹⁹⁷ Arslan, s. 185.

¹⁹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 444; Özgenç, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 227; Koca, Ü./Üzülmez, İ.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 146; Katoğlu, s. 672

¹⁹⁹ Katoğlu, s. 672.

²⁰⁰ Katoğlu, s. 672; Bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 183.

²⁰¹ Katoğlu, s. 673.

²⁰² Katoğlu, s. 674; Demirbaş, s. 576.

ait olmasından bahisle ve devletin suç işlenmemesine ilişkin menfaatinin bulunduğu²⁰³ dayanarak, devletin mutlaka her suçun mağduru olduğunu ileri sürmektedir.²⁰⁴ Diğer bir görüşe göre ise, kanunda koruma altına alınan varlık veya menfaatler devlete mal edildiğinden devlet mutlaka her suçun mağduru olacaktır ancak bunun yanı sıra, bu varlık veya menfaatler ayrıca ele alınarak devlete ek olarak özel bir mağdurun da olacağı ileri sürülmektedir.²⁰⁵ Diğer bir tarafta, suçun pasif süjesi olan mağdurun, suç ile ihlal edilen varlık ya da menfaatin sahibi olduğunu, her türlü suçta bu süje dışında devletin de mutlaka mağdur olarak kabul edilmemesi gerektiğini de savunanlar bulunmaktadır.²⁰⁶ Buna göre, her suç bakımından devletin mağdur olarak kabul edilmesi mümkün olmamakta, devletin gerçek anlamda mağdur olduğu suçlar bulunmaktadır. Bahse konu görüş uyarınca, devlete ait bir varlık veya menfaatin ihlal edilmesi, devlet bakımından bir zarar yol açılması gibi hallerde ve buna ilişkin suçlar bakımından devlet mağdur olarak kabul edilmelidir.

Mağdur kavramına ilişkin açıklamalar doğrultusunda ihaleye fesat karıştırma suçu ele alındığında, öncelikle doktrinde farklı görüşler olduğunu belirtmek gerekir. Bu kısımda, ihaleye fesat karıştırma suçunda mağdura ilişkin tartışılan hususlar ele alınarak en nihayetinde savunulan görüşe ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından mağduru, dar ve geniş olmak üzere iki anlamda yorumlayanlar bulunmaktadır.²⁰⁷ Buna göre, geniş anlamda mağdur, ihaleye fesat karıştırma suçu ile kamunun güvenilirliği, ekonomik ve ticari hayatın

²⁰³ Bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 182.

²⁰⁴ Katoğlu, s. 674.

²⁰⁵ Bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 179.

²⁰⁶ Katoğlu, s. 676.

²⁰⁷ Arslan, s. 186.

işleyişi korunduğundan, toplumun tümü²⁰⁸ ve kamu tüzel kişisi sıfatıyla devlettir.²⁰⁹ Dar anlamda mağdur ise, kanunda tanımlanan davranışların yöneltildiği ihale yetkilileri ile ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan ve haklarına saldırılan, ihale sürecindeki işlemlere katılmaları engellenen kişi ya da kişilerdir.²¹⁰ Bu kişilerin mağdur sıfatı, suç tanımında öngörülen seçimlik hareketlerden hangisinin gerçekleştiğine ve somut olaya göre belirlenecektir.²¹¹

Öte yandan, tüzel kişilerin de suç mağduru olabileceğini savunan görüşe göre, toplum dışında kişilerin de mağdur olabileceği kabul edildiğinde ve gerekli şartların oluşması halinde, kanuni tanım kapsamında kendi adına ya da aracılığıyla ihale yapan kamu kurum ve kuruluşları veya ilgili diğer tüzel kişilikler de mağdur olabilecektir. Yargıtay'ın birtakım kararları, suçun işlenmesi ile ilgili kamu kurum veya kuruluşu nezdinde bir zarar meydana gelmiş ise bunların da mağduru ve suçtan zarar göreni olabileceğini ortaya koymaktadır.²¹² Örneğin, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 30.09.2009 tarih ve 2009/9958 E. 2009/10759 sayılı kararında, “...*Sanıklar hakkında ihaleye fesat karıştırma, ihalenin ediminin ifasına fesat karıştırma ve rüşvet suçlarından da kamu davası açıldığı, ... hazine ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının bu suçların mağduru ve suçtan zarar göreni olduğu...*” ifadesi yer almaktadır.²¹³ Yalnızca gerçek kişilerin mağdur olabileceğine ilişkin diğer bir görüşe göre ise, gerekli şartların oluşması

²⁰⁸ Arslan, s. 186.

²⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 531; Şen/Aksüt, s. 64.

²¹⁰ Arslan, s. 186; Parlar, s. 89.

²¹¹ Soyaslan, s. 627; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 14.02.2011 T. 2009/155 E. 2011/727 K.

²¹² Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 14.02.2011 T. 2009/155 E. 2011/727 K.

²¹³ Arslan, s. 187-188.

halinde kamu kurum ve kuruluşları ile diğer tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabileceklerdir.²¹⁴

Bu noktada, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından mağdurun genel itibariyle toplum ve kamu tüzel kişisi olarak devlet olduğunu, gerçek kişilerin ve zarar gören diğer kamu kurum ve kuruluşlarının ise zarar gören olabileceğini savunan bir görüş de bulunmakta olup bu yaklaşımın diğer görüşlere göre daha kabul edilebilir olduğu değerlendirilmektedir. Buna göre, suçun mağduru toplum ve devlet olacak, ancak kanuni tanımda yer alan seçimlik hareketler neticesinde mağdurun yanı sıra suçtan zarar görenler de bulunabilecektir.²¹⁵ Bu yöndeki yaklaşımın temel sebebi, ihaleye fesat karıştırma suçunun TCK'nın Topluma Karşı Suçlar kısmında yer alması olup topluma karşı suçların mağdurunun toplum olduğu kabul edilmektedir.²¹⁶

Yukarıda detaylarına yer verilen, mağdur kavramına ve ihaleye fesat karıştırma suçunda mağdura ilişkin çeşitli görüşler göz önünde bulundurulduğunda, suçun hukuki konusunun topluma ait olması dolayısıyla, ihaleye fesat karıştırman suçunun mağdurunun toplum olduğu, başka kişilerin ancak suçtan zarar gören olabileceği değerlendirilmektedir.

²¹⁴ Arslan, s. 187; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 20.05.2015 T. 2013/7990 E. 2015/11734 K.

²¹⁵ Arslan, s. 166; Parlar, s. 51.

²¹⁶ Katoğlu, s. 684.

V. FAİL

Fail, suçun aktif süjesi olarak nitelendirilmektedir.²¹⁷ Bir suçun meydana gelmesi için suçun kanuni tanımında belirtilen hukuka aykırı davranışı gerçekleştiren en azından bir failin bulunması gerekmektedir.²¹⁸ Fail bakımından en önemli özellik, failin yaşayan bir insan olmasıdır; ölülerin, eşyanın veya hayvanların suç işlemesi Türk ceza hukukunda kabul görmemektedir. Tüzel kişiler bakımından da aynı durum söz konusudur. TCK m. 20 uyarınca, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanması kabul edilmemiş olup ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından da tüzel kişiler suç faili olamayacaktır.²¹⁹

İhaleye fesat karıştırma suçu gerçek kişilerce işlenebilmekteyse de, ihalelere sıkça tüzel kişiler adına da girildiği bilinmektedir. Bir tüzel kişilik adına yetkilendirilen kimse, tüzel kişilik adına ihaleye girmektedir. Bu noktada ihaleye fesat karıştırılması söz konusu olduğunda ceza sorumluluğu sorunu gündeme gelmektedir. TCK'nın 20. maddesinin ilk fıkrası "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*" şeklinde olup bu madde uyarınca ceza sorumluluğu şahsidir. Takip eden ikinci fıkra ise tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla tüzel kişilik adına ihaleye katılan yetkili kişi, ihaleye fesat karıştırdığı takdirde suçtan şahsen sorumlu olacaktır. Suçun tüzel kişilik yararına işlenmesi halinde, belirtilen 20. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesi önem taşımakta olup şu şekildedir: "*Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*". Belirtilen madde uyarınca tüzel kişiler bakımından

²¹⁷ Toroslu/Toroslu, s. 108.

²¹⁸ Evik, s. 8.

²¹⁹ Arslan, s. 180.

ancak güvenlik tedbirleri gündeme gelebilecektir.²²⁰ Bu noktada TCK'nın 242. maddesine de değinmek gerekmektedir:

“Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.”

Belirtilen madde kapsamında, ihaleye fesat karıştırma suçunun da düzenlendiği TCK'nın Dokuzuncu Bölümü'nde yer alan suçların işlenmesi ile yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla, TCK'nın 20 ve 242. maddeleri birlikte göz önünde bulundurulduğunda, ihaleye fesat karıştırma suçunun faili doğrudan gerçek kişiler ya da bir tüzel kişinin temsilcisi sıfatıyla TCK m. 20/2 kapsamında gerçek kişiler olabilecek ve yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir.²²¹

İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin TCK'nın 235. maddesinin lafzına bakıldığında, “fesat karıştıran kişi” ifadesi dolayısıyla failin herkes olabileceği²²² ve ihaleye fesat karıştırma suçunun faili olma bakımından özel bir şart aranmadığı söylenebilir. Önemli bir diğer husus ise, bir kişinin dava konusu ihaleye katılması da suçun faili olması bakımından şart değildir. İhaleye katılmayan ve/veya katılacak durumda olmayan kişiler de fail olabilmektedir.²²³ Ancak, ihaleye fesat karıştırma

²²⁰ Soyaslan, s. 627.

²²¹ Şen/Aksüt, s. 40.

²²² Arslan, s. 181.

²²³ Parlar, s. 89.

suçu seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlendiğinden, her hareket nezdinde failin özelliklerinin incelenmesi gerekmektedir.

Kamu ihalelerinin kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir de fail bakımından bu durum karışıklık yaratmamalıdır. Suç tanımında da belirtildiği üzere, suçun meydana getirilmesinde rol oynayabilecek kişiler bu kamu görevlileriyle sınırlı değildir. Suç, kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da işlenebilmektedir. Fail hem kamu görevlisi hem de sivil bir kişi olabilmektedir.

Bazı suçlara ilişkin olarak, kanuni tanımda suçun sadece belirli kişiler tarafından işlenebileceği düzenlenmiştir. Bu suçlar, özgü suç olarak adlandırılmaktadır.²²⁴ Faile ilişkin olarak çeşitli özellik ve niteliklerin öngörülmesi, bazı suçlar bakımından suçun bir unsuru niteliğinde olabileceği gibi, bazılarında bir hukuka uygunluk sebebini teşkil etmekte, bazılarında ise suçun nitelikli halini meydana getirmektedir.²²⁵ Bu noktada, doktrinde kimi yazarlar tarafından, suçun yalnızca kanuni tanımda belirlenen ve birtakım nitelik ve sıfatlara sahip kişilerce işlenmesinin mümkün olduğu suçlar “gerçek özgü suç” olarak; failin birtakım nitelik ve sıfatlara sahip olmasının suçun daha ağır veya hafif cezayı gerektiren nitelikli haline sebebiyet vermesi hali “gerçek olmayan özgü suçlar” şeklinde tanımlanmaktadır.²²⁶

İhaleye fesat karıştırma suçunun özgü suç niteliğinde olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre, hareket ayrımı yapılmaksızın maddenin lafzından hareketle, failin herkes olabileceği ve özgü suç niteliğinin

²²⁴ Toroslu/Toroslu, s. 109.

²²⁵ Evik, s. 10.

²²⁶ Evik, s. 14.

bulunmadığı savunulmaktadır.²²⁷ Bu görüşe tamamen zıt olan diğer bir görüşe göre ise, ihaleye fesat karıştırma suçu, yine hareket ayrımı yapılmaksızın özgü suç niteliğindedir.²²⁸ Buna göre, maddenin lafzında geçen “ihaleye fesat karıştıran kişi” ifadesine göre, suç yalnızca ihale sürecine dahil olan kimseler tarafından işlenebileceğinden, özgü suç niteliğindedir. Ancak belirtilen bu iki görüşe katılmak mümkün değildir.

Daha isabetli olduğu değerlendirilen diğer bir görüşe göre ise, ihaleye fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında yer alan her bir seçimlik harekete göre farklı bir değerlendirme yapılması gerekmekte olup seçimlik hareketlerden bazıları özgü suç niteliğindedir.²²⁹ Bu görüşe göre, ihaleye fesat karıştırma suçu, TCK madde 235/2-a bendi, 235/2-b bendi ile 235/2-d bendi bakımından özgü suç olmaktadır.²³⁰ Örneğin, Yargıtay kararlarında²³¹ da benzer bir yaklaşımla “... *madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. Fıkranın “a” ve “b” bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili görevlilerin, “d” bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği...*” şeklinde bir değerlendirme bulunmaktadır.²³² Gerçekten de, belirtilen 235/2-a bendindeki hareketler yalnızca ihale yetkilileri tarafından gerçekleştirilebileceğinden, 235/2-b bendi uyarınca da tekliflerle ilgili olup da gizli tutulması gereken bilgilere yalnızca ihale yetkililerince veya teklifi veren

²²⁷ Koca, Ü./Üzülmez, s. 762; Koca, Ü./Üzülmez, s.68.

²²⁸ Hafizoğulları, Z./Özen, M. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar, Ankara, 2017, s. 410.

²²⁹ Arslan, s. 161; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 825; Evik, s. 25.

²³⁰ Evik, s. 26.

²³¹ Yargıtay 11. CD., E. 2021/41611 K. 2024/1936 T. 20.2.2024; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 24.03.2014 T. 2014/2920 E. 2014/3290 K.; Evik, s. 8.

²³² Evik, s. 8.

isteklilerce ulaşılabileceğinden ve 235/2-d bendinde ise “ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler” ifadesi kullanıldığından, bu bentlerin fail bakımından özgü suç niteliğini taşıdığını söylemek gerekmektedir.²³³

Bu doğrultuda, 235. maddenin 2. fıkrasının a bendinde yer alan düzenleme uyarınca, bu fiillerin ancak ihale mevzuatına göre yetkili olan kişilerce işlenebildiği söylenebilmektedir.²³⁴ Zira ilgili alt bentlerde düzenlendiği üzere kişilerin katılmalarını engellemek/sağlamak, teklif edilen malları değerlendirme dışı bırakmak/değerlendirmeye almak, ancak ihalede yetkili olan kişilerce gerçekleştirilebilecek hareket ve işlemlerdir. Bahse konu a bendinin 1 numaralı alt bendi uyarınca, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının kamu görevlisi olmayanlar tarafından da engellenebileceği düşüncesinden hareketle, özgü suç niteliğinde olmadığına ilişkin bir anlayış ortaya çıkabilecek olsa dahi, bu anlayışa katılmak mümkün olmayacaktır. Zira 2. fıkranın c bendinde “hukuka aykırı” diğer davranışlar kapsamına hileli davranışlar da dahil olup bu seçimlik hareket herkes tarafından işlenebilecek, a bendi kapsamındaki davranışlar ise ancak ihale mevzuatına göre yetkili kişilerce işlenebilecektir. Bu bakımdan; belirtilen a bendinde yer alan seçimlik hareketlerin özgü suç niteliğinde olduğunu belirtmek gerekmektedir. Ancak bunlar dışındaki seçimlik hareketler bakımından failin kamu görevlisi olma şartı aranmamaktadır.

²³³ Soyaslan, s. 626.

²³⁴ Soyaslan, s. 626.

TCK’da yer alan suçlardan bir kısmının tek bir kişi tarafından işlenebileceği, bir kısmının ise birden fazla kişi tarafından işlenebileceği, hatta bazı durumlarda birden çok kişi tarafından işlenmesinin zorunluluk arz ettiği görülmektedir. Doktrinde genellikle bu durumlar sırasıyla “tek faili suçlar”, “çok faili suçlar” ve “zorunlu iştirak halinde işlenen suçlar” olarak ifade edilmektedir.²³⁵ İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından ise, belirtildiği üzere, suçun kanuni tanımında fail için, “fesat karıştıran kişi” ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadeden, suçun tek kişi tarafından işlenebileceği anlaşılmakla birlikte²³⁶ birden çok fail de söz konusu olabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, ilgili 235. maddenin 2. fıkrasının d bendinde, “ihale şartlarını etkilemek amacıyla açık veya gizli bir anlaşma yapılması” düzenlenmektedir. Bu noktada, bir anlaşmanın doğası gereği, suç fiilinin meydana gelebilmesi bakımından birden çok failin bulunması gerekmektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, ihaleye fesat karıştırma suçunun faili ihale sürecinde bulunan kamu görevlileri, ihaleye katılanlar, ihaleye katılmayı isten kişiler ya da tamamen bağımsız üçüncü kişiler olabilmektedir. Yukarıda açıklanan ve özgü suç niteliğinde olduğu değerlendirilen seçimlik hareketler haricinde, suçun faili hususunda herhangi bir sınırlama bulunmaması, maddenin uygulama ve dolayısıyla koruma alanının genişletilmesi bakımından oldukça önemlidir.

²³⁵ Arslan, s. 160.; Evik, s. 15.

²³⁶ Soyaslan, s. 626.

VI. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI

Suçun unsurları, maddi unsurlar ve manevi unsur olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Maddi unsur altında davranış ve netice ele alınacaktır. TCK'nın 235. maddesinin birinci fıkrasında suç tanımı yapıldıktan sonra, ikinci fıkrada suç meydana getirmeye elverişli davranışlar tek tek sayılmıştır. Ayrıca, suçun meydana gelmesi için hukuka aykırı davranışlar neticesinde bir zarar doğmuş olması şartı da aranmamaktadır. Manevi unsur ise, davranış ile fail arasındaki manevi bağı ifade etmekte olup kast ve taksir olarak iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

A. MADDİ UNSUR

1. Davranış

Ceza hukuku bağlamında suç olarak ifade edilen olgu, en temelinde bir davranış ile meydana gelmektedir. Suçu meydana getiren ve suçun maddi unsurunu teşkil eden şey, insandan kaynaklanan bir davranıştır.²³⁷ Suç fiilini meydana getiren pozitif unsurlar, davranış, netice ve davranış ile netice arasındaki nedensellik bağıdır. Felsefi olarak bakıldığında davranış insanın dış dünyaya yansıyan hareketleri ile düşünce, istek gibi iç dünyasında gerçekleşen olayları ifade etmektedir.²³⁸ Fakat ceza hukukuna ait davranış kavramına bakıldığında, insanın yalnızca dış dünyaya yansıyan filleri önem taşımaktadır. Ceza hukuku bağlamında davranış, hareket ve ihmal olmak üzere iki biçimde ele alınmakta olup hareket kişinin iradesinin dış dünyaya yansıması, ihmal ise yapılması gerekli bir hareketin yapılmaması anlamına gelmektedir.²³⁹

²³⁷ Toroslu/Toroslu, s. 133.

²³⁸ Toroslu/Toroslu, s. 135.

²³⁹ Toroslu/Toroslu, s. 135.

İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsuru olan davranış “*kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştırılması*” (TCK m. 235/1), “*kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmelere fesat karıştırılması*” (TCK m. 235/5) veya “*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*” (TCK m. 235/5) şeklinde ortaya çıkmaktadır.²⁴⁰ Fesat sözcüğü bozukluk, çürüklük, yolsuzluk gibi anlamları ifade etmektedir. İhaleye fesat karıştırması ise, ihalenin olağan akışının, esas ve usullerinin etkilenmesi ile ihalenin amacına ulaşmasının engellenmesidir.²⁴¹ Belirtilen fıkralar kapsamında “fesat karıştırma” niteliğindeki hangi davranışların ihaleye fesat karıştırma suçunu meydana getirmeye elverişli olduğu 235. maddenin ikinci fıkrasında seçimlik hareketler biçimde sayılmış olup²⁴² burada sayılan hareketler dışında bir hareketle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlendiğinden bahsetmek mümkün değildir.²⁴³

İhaleye fesat karıştırma suçunu meydana getirmeye elverişli davranışlar TCK’nın 235/2. maddesinde tek tek sayıldığından, ihaleye fesat karıştırma suçu bağlı hareketli ve seçimlik hareketli bir suçtur.²⁴⁴ Bu noktada TCK’nın 235/2. maddesinde yer alan hareketlerden herhangi birinin meydana gelmesiyle suçun oluşacağı

²⁴⁰ Arslan, s. 126.

²⁴¹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 106.

²⁴² Parlar, s. 89.

²⁴³ Hafizoğulları/Özen, s. 413; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 861.

²⁴⁴ Parlar, s. 90.

söylenbilir, bu husus suçun seçimlik hareketli bir suç olduğunu ortaya koymaktadır.²⁴⁵ Diğer yönden ise, ihaleye fesat karıştırma suçu, hangi hareketlerin suçu meydana getireceği kanunda açıkça düzenlenmiş olduğundan bağlı hareketli bir suçtur.²⁴⁶ Seçimlik hareketler içerisinde yer almayan bir eylem, ihale mevzuatına aykırı olsa bile ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır. Başka bir deyişle, serbest hareketli bir suç değildir. Kanunda düzenlenen davranışlar dışında başka bir davranış ile ihale sürecinin etkilenmesi ve/veya fesat karıştırılması, ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelmesi bakımından yeterli olmayacaktır. Bu durum, bağlı hareketli suçlardan olduğunu ortaya koymaktadır.²⁴⁷

Yukarıda detayları açıklanan, ihalenin ilanından sözleşme imzalanıncaya dek geçen ihale sürecinin herhangi bir aşamasında, TCK m. 235/2’de sayılan seçimlik hareketlerden birinin meydana getirilmesi ile ihaleye fesat karıştırma suçu işlenebilecektir. Bahse konu ikinci fıkra şu şekildedir:

“(2) Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

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

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

²⁴⁵ Arslan, s.127.

²⁴⁶ Şen/Aksüt, s. 34.

²⁴⁷ Arslan, s.114; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.808.

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

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

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

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

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

Belirtilen 2. fıkra da fiillerin dört gruba ayrıldığı görülmekte olup; (a) bendinde bazı hileli hareketler, (b) bendinde gizliliğin ihlali, (c) bendinde cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlar (d) bendinde ise ihale şartlarını etkilemeye yönelik anlaşmalar düzenlenmiştir.²⁴⁸

²⁴⁸ Arslan, s. 127.

a) Hileli Davranışlar (f. 2-a)

(a) bendinin alt bentlerinde yer alan fiillerden herhangi birinin hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi durumunda ihaleye fesat karıştırma suçundan bahsedilebilecektir.

“Hile”; aldatma, yanıltma bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya yöneltmek için yanlış bir fikir doğuşuna ya da yanlış bir fikrin devamına bile bile sebep olma²⁴⁹ şeklinde ifade edilebilir. Hileli davranışlar, aldatılanın psişliğini etkileyen veya gerçekten farklı bir madde görünüm ile dış gerçekliği etkileyen davranışlardır.²⁵⁰

Günümüzde önemini ve farkını büyük ölçüde yitirmiş olmakla birlikte,²⁵¹ öncelerinde özel hukuktaki ve ceza hukukundaki hile kavramlarının birbirinden farklı olduğunu da belirtmek gerekir. Özel hukuktaki hile kavramı, ceza hukukuna kıyasla daha geniş bir anlama sahiptir.²⁵² Bu açıdan bakıldığında, ceza hukuku kapsamında hile anlamına gelen tüm davranışlar özel hukuk anlamında da netice doğurur ancak özel hukukta hile olarak kabul edilen her davranış ceza hukukunda hileyi meydana getirmez. Ceza hukuku anlamında, hileli davranışta bulunan kişinin “kasıtlı kötü iradesinin bir görünümü” olup suç daha ağır ceza ile sonuçlanmaktadır.²⁵³ Bu bakımdan hileli davranışlar, kişiyi aldatmaya yönelik hareket ve söylemler aracılığıyla gerçeği saklama, kişiyi yanıltma olarak anlaşılmaktadır.²⁵⁴ Ancak belirtildiği üzere, günümüzde özel hukuk ve ceza hukuku bağlamında hile kavramı iç içe geçmiş olup mülga Ceza Kanunu’nda hileli davranışların başkalarını kandıracak mahiyette olması

²⁴⁹ Parlar, s. 90.

²⁵⁰ Toroslu, N./Toroslu, H.: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024, s. 186.

²⁵¹ Toroslu/Toroslu, Özel Kısım, s. 185.

²⁵² Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 107.

²⁵³ Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 107.

²⁵⁴ Arslan, s. 134.

şartı aranırken, TCK kapsamında yalnızca hileli davranışlardan söz edilmekte, eski düzenlemeden farklı olarak aldatmaya elverişli olma şartı aranmamaktadır.²⁵⁵

İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 235. madde metninde hilenin niteliğine ilişkin olarak açık veya farklı bir tanımlama yer almamaktadır. Dolayısıyla bir davranışın hile olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda failin hileli davranışla kişiyi aldatmış olması²⁵⁶ esası göz önünde bulundurularak somut olaya göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.²⁵⁷ Ancak ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından genel olarak bakıldığında, hileli hareketlerin ortak özelliği kamu ihalelerinin temel ilkelerinden olan açıklık, saydamlık, rekabet, eşit muamele ve güvenilirliğin sağlanması ilkelerini ihlal etmeleridir.²⁵⁸

Hileli hareketler ile ihaleye fesat karıştırılması, dört alt bent halinde düzenlenmiştir. (a) bendinin 1 numaralı alt bendi uyarınca, “ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek” ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır. Bununla anlatılmak istenen isteklilerin ihale sürecine katılmasının engellenmesi veya ihale süreci başladıktan sonra işlemlere katılmalarının ve sürecin devamlılığının engellenmesidir. Başka bir deyişle, yalnızca ihalenin başlangıç aşamasında yeterliliğe sahip kişilerin katılmasının engellenmesi değil, ihale süreci başladıktan sonra herhangi bir işleme devam edilmesinin engellenmesi de bu suç kapsamında yer almaktadır.²⁵⁹ Bu noktada, maddede açıkça bir sınırlama veya düzenleme yer almadığından, her türlü

²⁵⁵ Toroslu/Toroslu, Özel Kısım, s. 187.

²⁵⁶ Toroslu/Toroslu, Özel Kısım, s. 188.

²⁵⁷ Arslan, s. 134.

²⁵⁸ Parlar, s. 90.

²⁵⁹ Arslan, s. 142.

hileli davranış bu hüküm kapsamında suçu meydana getirmeye elverişli olacaktır. Bu bent kapsamındaki hileli hareketler ile ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin, ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenmesi, ihale sürecindeki yetkili kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilmektedir. Örneğin, isteklinin yeterliliğinin belirlenmesine ilişkin bilgi veya belgelerin gerçeğe aykırı bir biçimde eksik ya da yetersiz olduğu, yetkili kamu görevlisince ileri sürülerek, isteklinin ihale sürecine katılması engellenebilmektedir. Kamu görevlilerinin takdir yetkilerini kötüye kullanarak bu alt bent kapsamında suç işlemesi de mümkün olabilmektedir. Başka bir örnek durum da, kamu görevlisinin, ihalenin bir kişi üzerinde kalmasını engellemek maksadıyla, birtakım sebeplere dayanarak ihaleyi iptal etmesidir. Bu noktada, bir kısım yazarlar, bahse konu alt bentteki davranış vasıtasıyla suça vücut verilmesi bakımından failin mutlaka kamu görevlisi olması gerekmediğini, kamu görevlisi olmayan kişilerce de bu suçun işlenebileceğini savunmaktadır.²⁶⁰ Belirtmek gerekir ki; ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan bir kişinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasının yalnızca ihale yetkilileri tarafından engellenebileceği, dolayısıyla bu bent kapsamında özgü suçun söz konusu olduğu değerlendirilmektedir. Buradaki önemli husus, teklif verildiği aşamadan ihalenin sonlandığı ana kadar, isteklilerin değerlendirilmesi ve dolayısıyla katılımlarının engellenmesi yetkisinin yalnızca ihale yetkililerinde olduğu düşüncesidir. Aslına bakıldığında, ihalenin ilanından teklif verilene kadar geçen sürede, ihale sürecinde karar verme yetkisi bulunan yetkililer dışındaki kişilerin de birtakım hileli davranışlarla isteklilerin katılımını engellemeleri söz konusu olabilir. Ancak bu husus, bu bent kapsamında değil, 2. fıkranın c bendi

²⁶⁰ Arslan, s. 167.

kapsamında düzenlenmekte, iki bent arasındaki fark fail noktasında ortaya çıkmaktadır. Bahse konu c bendinde yer alan “hukuka aykırı” diğer davranışlar kapsamına hileli davranışlar da dahil olup bu seçimlik hareket herkes tarafından işlenebilecektir. Örnek vermek gerekirse, c bendi kapsamında, ihale şartlarına ilişkin olarak birtakım hileli hareketlerle üçüncü bir kişi tarafından isteklinin katılımının engellenmesi veya ihale sürecindeki sürelerde gecikmeye sebep olunması mümkün olabilecektir.²⁶¹

(a) bendinin 2 numaralı alt bendi uyarınca, “hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasının sağlanması” da ihaleye fesat karıştırma suçunu meydana getirecektir. İhalelerin usulüne uygun olarak işlenmesi, ihale konusu işin gereği gibi ve en iyi şekilde yerine getirilebilmesi maksadıyla, ihaleye katılabilecekler bakımından birtakım koşul ve yeterlilikler öngörülmüştür. Her ne kadar rekabet ortamının sağlanabilmesi ve en avantajlı teklife ulaşılabilmesi açısından mümkün olduğunca çok isteklinin ihaleye katılması önemli olsa da niteliksiz katılımcılar da rekabet ortamının bozulmasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple, ihaleye katılanların belirli şart ve yeterliliklere sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu yeterliliklere sahip olmayanların hileli davranışlarla ihaleye katılmalarının sağlanması da ihaleye fesat karıştırma suçunu meydana getirecektir. Bu alt bent kapsamında suç ancak doğrudan ihalede yetkili kamu görevlileri tarafından işlenebilecektir. İhale yetkilisinin, bilerek ve isteyerek, ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan bir kişi yeterliymişçesine işlem yapması ile suç oluşacaktır. Örneğin, isteklinin ihale şartlarını sağlamadığını ve değerlendirme dışı

²⁶¹ Arslan, s. 146.

bırakılmasını gerektiren bilgi veya belgelere rağmen yetkili tarafından isteklinin katılımının kabul edilmesi söz konusu olabilir.²⁶² İhaleye katılma yeterliğine sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak amacıyla hileli davranışlarla ihale dokümanına özel hükümler konulması veyahut ihalenin en avantajlı teklif veren istekli yerine, yetkinin kötüye kullanılması suretiyle başka bir istekli üzerinde bırakılması da bu hususa ilişkin örneklerdendir.

(a) bendinin 3 numaralı alt bendi uyarınca “teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak”; ve yine (a) bendinin 4 numaralı alt bent uyarınca “şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak”, ihaleye fesat karıştırma suçunu meydana getiren davranışlardandır. Bu düzenlemenin en önemli sebebi, mal alım ihalelerindeki amacın, en avantajlı teklif ile işin gereğine en uygun malın temin edilmesi olmasıdır. Şartnamede belirtilen niteliklere uygun olan malların değerlendirmeye alınmaması veya bu niteliklere uymayan malların değerlendirmeye alınması bu amacı zedeleyecek, ihale neticesinde en avantajlı ve en uygun nitelikteki malın alınması engellenecektir. Bu iki alt bent açısından en önemli husus, söz konusu ihalenin mal alım ihalesi olmasıdır. Fakat doktrinde, bu iki alt bendin yalnızca mal alım ihaleleriyle sınırlandırılmış olması eleştirilmektedir. Bu bağlamda, tüm ihaleleri kapsama alacak şekilde bir düzenleme yapılması gerektiği ve “mallar” ifadesi yerine “edimler” ifadesinin kullanılabileceği ileri sürülmektedir.²⁶³ Değinilmesi gereken diğer bir önemli husus ise, bu alt bentlerdeki fiillerin failinin kim ya da kimler olabileceğidir. KİK uyarınca, isteklilerin

²⁶² Yargıtay 5. Ceza Dairesi 27.01.2014 T. 2012/13946 E. 2014/880 K.; Arslan, s. 148.

²⁶³ Arslan, s. 154.

tekliflerini sunması ve tekliflerin açılması akabinde, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına geçilmektedir. Bu noktada, teklif konusu malların şartnameye uygunluğu ihale komisyonu tarafından değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, teklif konusu malın şartnamede belirtilen niteliklere sahip olup olmadığı hususundaki değerlendirme yetkisinin ihale komisyonuna ait bir yetki olduğunu belirtmek gerekmektedir. Tekliflerin değerlendirilmesi, herkes tarafından gerçekleştirilemeyecek bir fiil olup yalnızca ilgili ihale komisyonuna ait bir yetkiyi işaret etmektedir.²⁶⁴

b) Gizliliğin İhlali (f. 2-b)

TCK'nın 235/2 maddesinin (b) bendine göre ise, "ihale sürecinde tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak" ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır. Zira bu şekilde ihalenin objektif ve serbest rekabet koşullarında yapılması engellenmektedir.²⁶⁵ Öte yandan kamu ihalelerindeki önemli ilkelerden biri de yukarıda açıklandığı üzere, gizliliktir. Yeniden belirtmelidir ki, gizlilik ilkesi ile saydamlık ilkesinin devreye girdiği aşamaları karıştırmamak ve iki ilkenin çeliştiği kanısına varmamak gerekmektedir. İhalenin ilanı veya tekliflerin açılması gibi aşamalarda gizlilik ilkesi uygulanmayacaktır. Ancak isteklilere ilişkin ya da ihale mevzuatında veyahut şartnamelerde belirtilen birtakım bilgi ve belgelerin gizli kalması, rekabetin sağlanması açısından önem taşımaktadır. Dolayısıyla gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerin başkalarına açıklanması, iletilmesi, ifşa edilmesi,

²⁶⁴ KİK m. 36-37; Arslan, s. 155.

²⁶⁵ Parlar, s. 91.

kısaca başkalarının ulaşılmasının sağlanması, ihaleye fesat karıştırma suçunu teşkil edecektir.

Bahse konu bent kapsamında suçun meydana gelebilmesi için başkalarına ulaşması sağlanan bilgilerin tekliflerle ilgili ve ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgiler olması gerekmektedir.²⁶⁶ Bu nitelikteki bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak; bilgilerin başkalarının öğrenmesine neden olacak şekilde iletilmesi, ifşa edilmesi, yayınlanması gibi şekillerde meydana gelebilir.²⁶⁷

İhale mevzuatına veya şartnameye göre gizli tutulması gereken bilgi, teklifle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olabilir. Gizli bilgi, ihale ile ilgili hususlara ilişkin olsa dahi, ihale sürecindeki dosyalarla ve/veya teklifle fiziki veya hukuki olarak ilişkilendirilemedikçe, bu bent kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaya elverişli olarak değerlendirilemez.²⁶⁸ Diğer bir önemli husus ise, ihale dosyasına idare tarafından eklenmiş ya da istekliler tarafından sunulmuş belgelerden gizli olanların açıklanmasıdır. İhale isteklisi olan bir şirketin, ihale ile bağlantısı olmayan veya ihale dosyasına sunulmamış ticari bilgilerinin elde edilip açıklanması halinde, bu seçimlik hareket dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacak, ancak gerekli şartlar mevcut ise TCK'nın ilgili 239. maddesi meydana gelebilecektir.

Fail bakımından bu seçimlik hareket kapsamında önemli olan, teklifle ilgili olup ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgiye sahip olunmasıdır.²⁶⁹ Benzer bir şekilde, suçun meydana gelmesi bakımından gizli bilgilerin

²⁶⁶ Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 116.

²⁶⁷ Arslan, s. 156.

²⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 714.

²⁶⁹ Arslan, s. 159.

ulaştırıldığı kişilerin ihale ile ilişkili olması da gerekmemektedir.²⁷⁰ İhale ilkelerinde açıklanan gizlilik ilkesi uyarınca da, paralel olarak, gizli bilgilerin ihale ile ilişkisi olmayan üçüncü kişilerle de paylaşılmaması gerekmektedir.²⁷¹ Tekliflere ve ihaleye ilişkin olarak gizli tutulması gereken bilgilerin, hem ihale ile ilişkili olan kişilerden hem de diğer üçüncü kişilerden gizli tutulması, ihale isteklilerinin veya katılımcılarının dolaylı yollardan da olsa gizli bilgilere ulaşmasının engellenmesi bakımından da önem taşımaktadır. Bahse konu bent kapsamında, suçun meydana gelmesi bakımından, gizli bilgilerin mutlaka ihale ile doğrudan ilişkili kişiler ile paylaşılması beklense idi, madde amacını büyük ölçüde yitirirdi. Öte yandan, gizli bilgilerin başkalarına ulaşması ile suç oluşacaktır. Bu sebeple birtakım kişilerin ihaleden çekilmesi, ihalede kalması,²⁷² ihalenin iptal edilmesi, bir zarar meydana gelmesi gibi neticeler aranmamaktadır.

TCK'nın yanı sıra, KİK'in bilgi ve belgeleri açıklama yasağı başlıklı 61. maddesi, aynı kanunun 58 ve 60. maddelerine atıf yaparak maddeye aykırı davranışlara yönelik yaptırımları öngörmektedir.

c) Cebir, Tehdit veya Hukuka Aykırı Diğer Davranışlar (f. 2-c)

(c) bendi uyarınca, “cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek” ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmiştir. Bu bent kapsamındaki davranışlarla, kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılımlarının engellenmesiyle, aynı zamanda rekabet ilkesini de ihlal

²⁷⁰ Arslan, s. 159; Akbulut, B.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, CHD, S.9, 2009, s. 96.

²⁷¹ Günday, s. 202.

²⁷² Poyraz, E.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Terazi Hukuk Dergisi, C.8, S. 83, 2013, s. 22.

edilmektedir.²⁷³ Yukarıda detaylarına yer verilen TCK m. 235/2-a-1 bendinde olduğu gibi, bu bent kapsamında da ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesi cezalandırılmaktadır.²⁷⁴ Aradaki önemli fark, a bendinin 1 numaralı alt bendinde hileli davranışlarla bu fiilin gerçekleştirilmesi, burada ise cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlarla fiilin gerçekleştirilmesidir. Ancak burada yer alan “hukuka aykırı diğer davranışlar” kapsamına hileli davranışların da dahil olduğunu belirtmek gerekmektedir. İki bent arasındaki fark, yukarıda da belirtildiği üzere, faile ilişkindir.

İsteklilerin ihaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesi, ihale sürecinin başında olabileceği gibi, daha sonraki aşamalarda da meydana gelebilecektir. Cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip kişinin katılmasını engellemek, katıldı ise çekilmesine sebep olmak, ihale amacına aykırı bir biçimde işlemlerin sürdürülmesine neden olmak bu bent kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin Yargıtay bir kararında, “... ihalenin yapılacağı salona sanıkların girerek ihalenin yapıldığı sırada fikir ve eylem birliği içerisinde ihalede pey süren H.İ. ile ihale komisyonu başkan ve üyelerine ‘ben bu ihaleyi yaptırmam, siz bu ihale için mi başa geldiniz, bu işin sonu kötü olur’ şeklinde sözler söyledikleri ve bu sebeple ihalenin iptal edildiğinin anlaşılması karşısında; sanıkların ihale sürecindeki işlemlerini engellemek amacıyla tehdit kullanmak suretiyle TCK’nın 235/2-c maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu işlediklerinin kabulü gerekirken...”²⁷⁵ ifadeleri yer almaktadır. Yargıtay’ın

²⁷³ Uysal, C.: *İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi*, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.147, 2018, s. 119.

²⁷⁴ Arslan, s. 160.

²⁷⁵ Yargıtay 5. CD 2012/4620 E. 2013/3607 K. 18.04.2013 T.

belirtilen kararından da anlaşılacağı üzere, ihale sürecinin ilerleyen aşamasında, ihalenin işleyişini veya ilerleyişini etkilemek suretiyle ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip kişilerin katılımının engellenmesi de bu bent kapsamında suçun oluşmasına sebebiyet verecektir.

Maddenin lafzında görüldüğü üzere, bu bent kapsamında, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılması, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla engellenmektedir. Bu noktada, “cebir”, “tehdit” ve “hukuka aykırı diğer davranışlar” kavramları üzerinde de durmak gerekir. Cebir teriminin ne ifade ettiğine ilişkin olarak ceza hukuku kapsamında dar ve geniş anlamda olmak üzere farklı anlayışlar bulunmaktadır. Dar anlamda cebir, kişi üzerinde fiziksel²⁷⁶ olarak etkili bir güç kullanılmasını; geniş anlamda cebir ise kişiye ve haklarına yönelik her türlü saldırıyı ifade etmektedir.²⁷⁷ Ceza Genel Kuruluna göre cebir “... *maddi kuvvet olup, zor kullanılarak mağdurun iradesini kullanmaktan yoksun bırakılmasıdır.*”²⁷⁸. İhaleye fesat karıştırma suçu ve bu bent uyarınca cebir, kişiye fiziksel olarak etki yapan, kişinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılımına ilişkin iradesini etkileyen her türlü maddi tazyik hareketleridir. Kişinin iradesi fiziksel olarak zorlanma ile değiştirilmekte veya kırılmaktadır. Bu noktada, bahsedilen fiziksel zorlama, mutlaka kişinin bedeni üzerinde olmak zorunda değildir. Kişiyi bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlamak amacıyla doğrudan doğruya kendisine, üçüncü bir kişiye veya kişinin malına/eşyaya yönelik bir fiziki zorlama da cebir olarak kabul

²⁷⁶ Ceza Genel Kurulu’nun yağma suçuna ilişkin 26.03.2002 T. 2002/1-94, 2002/225 sayılı kararında “cebir ve şiddet mağdura fizik bakımından etki yapan her türlü maddi, tazyik hareketleridir” ifadesi yer almaktadır.

²⁷⁷ Arslan, s. 162.

²⁷⁸ Ceza Genel Kurulu 23.05.2000 T. 2000/5-110, 2000/115.

edilebilecektir.²⁷⁹ İhaleye fesat karıştırma suçunun cebir kullanarak işlenmesine örnek olabilecek bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “...düzenlenen gıda alım ihalesine teklif vermek üzere ... Tesisine gelen mağdur ...'a ihaleye katılmasını engellemek amacıyla cebir ve tehdit uyguladıkları, bu sırada mağdur ...'in ihale komisyonuna teklif zarfını verdiği, görevlilerin ikazıyla sanıklar ve mağdurlar tesis dışına çıktıktan sonra kendilerine haber verilmesi üzerine olay yerine gelen sanık ... ile haklarında kasten yaralama suçundan verilen mahkumiyet hükümlerinin açıklanması geri bırakılan... ve ...'in ellerindeki sopalarla mağdurlara vurup basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralayarak ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemeye çalışmaları şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda, ihale sürecinin ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalandığı ana kadar devam ettiği de gözetildiğinde, sanık ...'ün eyleminin TCK'nın 235/2-c, 35. maddelerinde düzenlenen cebir kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu...”²⁸⁰

Tehdit ise mağdurun güven duygusunu ve iç huzurunu etkileyen, bir zarara uğratılacağından bahisle onu endişeye korkuya sevk etmeye yönelik hareketlerdir.²⁸¹ Tehdit ile, ileride bir zarara uğratılacağına yönelik olarak kişi korkutulmaktadır.²⁸² Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 29.06.2010 tarihli ve 2008/15673 E. 2010/12729 K. sayılı kararı, ihaleye fesat karıştırma suçunda tehdit bakımından örnek teşkil etmekte olup şu şekildedir: “... ihalesi ile ilgili ‘ihaleye niye girdin ihaleden çekilmemişsin eğer çekilmezsen bundan sonra başına girecekleri sen düşün benden söylemesi!’ biçimindeki eyleminin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği...”. İhaleye

²⁷⁹ Toroslu/Toroslu, Özel Kısım, s. 81.

²⁸⁰ Yargıtay 5. CD., E. 2014/2041 K. 2016/3720 T. 11.4.2016.

²⁸¹ Toroslu/Toroslu, Özel Kısım, s. 83.

²⁸² Arslan, s. 164.

katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip kişiye karşı, ihaleye katıldığı, ihaleden çekilmediği veyahut ihaleyi aldığı takdirde zarar verileceği, öldürüleceği şeklindeki ifadeler de örnek olarak verilebilir.

Bahse konu bent kapsamında, suçun “hukuka aykırı diğer davranışlar” ile de işlenebileceği düzenlenmektedir. Bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak ilgili maddede açık bir düzenleme veya belirleme bulunmamaktadır. Hukuka aykırı davranışlar dendiğinde ilk akla gelen cebir, tehdit ve hile olmaktadır. Cebir ve tehdit bu bent kapsamında açıkça sayılmakta olduğundan, hukuka aykırı davranışlar kapsamında hile ve diğer hukuk kurallarına aykırılıklar bu bent dahilinde değerlendirilecektir.²⁸³ Hileli davranışlara ilişkin olarak ise yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.²⁸⁴

Burada önemli olan, cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışların, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip kişinin, ihaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemeye yönelik zorlama vasıtaları olarak kullanılmış olmasıdır. Yargıtay’ın bir kararı bu hallere örnek olarak verilebilir: *“...teklif vermek için içeri girmek istedikleri sırada sanıkların katılana ihaleye girmemesi karşılığında masraflarını ödeyeceklerini söyledikleri, tekliflerinin kabul görmemesi üzerine katılan ve arkadaşlarının binaya girişlerini önlerine geçmek, kollarını tutmak suretiyle engelledikleri, katılanın içeri girip ihale komisyonuna teklif verdiğinde ise komisyon başkanının ihale saatini bir dakika geçtiğini belirterek teklif zarfını almadığı, sanıkların bu şekilde cebir ve hukuka aykırı davranışlarla katılanın*

²⁸³ Arslan, s. 167.

²⁸⁴ Bkz. s. 85 v.d.

ihaleye katılmasını engellediklerinin tüm dosya içeriğinden anlaşılması...".²⁸⁵

Yargıtay, failin ihale isteklilerine yönelik, ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılımlarını engellemek maksadıyla uyguladığı fiziksel zorlamayı, bu bent kapsamında "cebir ve hukuka aykırı diğer davranışlar" olarak nitelendirilmiştir.

d) İhale Şartlarını ve Fiyatını Etkilemek İçin Açık veya Gizli Anlaşma (f. 2-d)

(d) bendi kapsamında ise, "ihaleye katılmak isteyen ya da katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları" ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır. Bu tip anlaşmalar objektif ve serbest rekabet şartlarını etkilemekte ve bu sebeple cezalandırılmaktadır.

Bahse konu bent kapsamında, en önemli hususlardan, biri açık veya gizli anlaşmanın ihaleye katılanlar ya da katılmak isteyenler arasında yapılması ve anlaşmanın ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemeye yönelik olmasıdır. Bu şekilde bir anlaşma ile amaç, ihalenin belli bir kişi üzerinde kalması olabileceği gibi, belli bir kişinin ihaleyi kazanmasının engellenmesi de olabilecektir. Anlaşma ile bir ya da birden çok kişinin teklif vermemesi, ihaleden çekilmesi veya anlaşılan şekilde teklif vermesi gibi içeriklerde olabilecektir. Suçun oluşması bakımından açık veya gizli bir anlaşmanın yapılması yeterlidir; ihale şartlarının ya da fiyatın etkilenmiş olması şartı aranmamaktadır. Kendilerine çıkar sağlama karşılığında, ihaleye katılmadan önce ya da ihaleye sırasında çekilmeyi kabul eden kişi de bu hareketleriyle kendisine çıkar sağlayanla anlaşmış sayılır ve suç oluşur.²⁸⁶

²⁸⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 17.03.2011 T. 2011/272 E. 2011/2087 K.

²⁸⁶ Parlar, s. 92.

Maddenin lafzından açıkça anlaşılacağı üzere, bu bent kapsamında suçun meydana gelmesi bakımından söz konusu anlaşmanın ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler arasında yapılması gerekmektedir.²⁸⁷ Doktrinde tartışmaya ve eleştirilere konu olan husus, bu şekilde bir anlaşmanın ihale görevlilerinin taraf olmasıyla da gerçekleşebileceği fakat maddenin lafzından dolayı böyle bir durumda bu bent kapsamında suçun meydana gelmeyeceğidir. Gerçekten de, ihale görevlisi veya görevlileri ile ihaleye katılanlar veya katılmak isteyenler arasında ihalenin şartlarını ya da fiyatını etkilemeye yönelik bir anlaşma yapılması mümkündür. Böyle bir anlaşma da ihale sürecini aynı şekilde olumsuz etkileyecektir. Ancak, ilgili bendin lafzında “ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler” şeklindeki bir sınırlama, bu ihtimali kapsam dışı bırakmaktadır. Bu noktada, yeniden bir düzenleme ile maddenin “ihale şartları ve özellikle fiyatı etkilemek için açık veya gizli anlaşmalar yapmak” şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir.²⁸⁸ Mevcut durumda, ihale görevlileri ile ihale isteklileri arasında yapılan bir anlaşmanın bu bent kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır. Aksi yönde bir değerlendirme halinde ise kanunilik ilkesinin ihlal edilecektir. Bu durum ancak TCK’nın 235/2-a bendindeki hileli hareketler kapsamında değerlendirilebilir.

Bahse konu bent kapsamında, suçun meydana gelmesi bakımından, yapılacak anlaşmalar herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamış, ²⁸⁹ “açık veya gizli anlaşma” yapılması yeterli görüşmüştür. Bu noktada, “açık” ve “gizli” anlaşmadan ne anlaşılması gerektiği hususuna da değinmek gerekmektedir. Maddenin lafzından ve

²⁸⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 28.02.2013 T. 2013/3588 E. 2013/1487 K.; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 03.06.2016 T. 2014/2134 E. 2016/5837 K.

²⁸⁸ Arslan, s. 175.

²⁸⁹ Akbulut, s. 101.

gerekçesinden tam bir anlam çıkarmak mümkün olmamakla birlikte, ihaleye katılmak isteyen ya da katılan kişilerin açık veya zımni olarak anlaşmasının yeterli olacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu bent kapsamında suçun meydana gelebilmesi için, yazılı veya sözlü bir anlaşma, aleni bir ortamda yapılacak bir anlaşma, hatta taraflarının mimikleri²⁹⁰ ile yapacakları bir anlaşma dahi bu madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Yukarıda detaylarına yer verilen seçimlik hareketlerden bir veya birkaçının gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanır. Suçun oluşması için ihalenin tamamlanması gerekmez. Bunun yanı sıra, detayları aşağıda açıklanmak üzere, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf davranış suçu niteliğinde olduğundan, fiilin sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş olması suçun oluşumuna engel değilse de, zararın oluşması halinde 235. maddenin 1. fıkrası ile 3. fıkrasının b bendi uyarınca daha ağır bir ceza uygulanacaktır.²⁹¹

2. Netice

Hareket veya ihmalden kaynaklanan ve dış dünyada değişikliklere sebep olan olaylar, netice (sonuç) olarak ifade edilmektedir.²⁹² Netice kavramına yaklaşım doğalcı sonuç anlayışı ve hukuki sonuç anlayışı olarak iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Hukuki sonuç anlayışına göre netice, davranışın “ihlal ediciliği”²⁹³ ile ilişkilidir. Bu açıdan bakıldığında hukuki sonuç anlayışı uyarınca sırf davranış

²⁹⁰ Akbulut, s. 101.

²⁹¹ Parlar, s. 93.

²⁹² Toroslu/Toroslu, s. 143.

²⁹³ Toroslu/Toroslu, s. 145.

suçlarında dahi netice bulunmakta olup davranış ve netice iç içe geçmiştir.²⁹⁴ Diğer bir yaklaşım olan doğalcı sonuç anlayışına göre ise, netice, davranışa nedensellik bağı ile bağlı olan ve dış dünyada meydana gelen değişikliktir ve her suçta mutlaka bir netice bulunması gerekmemektedir.²⁹⁵

Bu noktada, dış dünyada meydana gelen her türlü değişiklik değil, ceza hukuku kapsamında suçun varlığı için kanunda düzenlenen ve birtakım sonuçları olan değişiklikler netice olarak kabul edilecektir.²⁹⁶ Şunu da belirtmek gerekir ki, TCK kapsamında, netice suçun oluşması bakımından her zaman aranmamaktadır, bazı suçlarda kanun koyucunun takdirine göre davranışın gerçekleşmesi yeterli olmaktadır.²⁹⁷ Bu durum, kanuni tanımda neticenin yer alıp almamasına dayanan neticeli suç veya sırf davranış suçu ayırımına vücut vermektedir. Suçun oluşması için bir netice aranmaması, en kısa tabirle, suçun oluşması için davranışın gerçekleşmesinin yeterli olduğu şeklinde açıklanabilir. Herhangi bir suçun kanuni tanımında, davranış icrasına bağlı olarak bir neticenin gerçekleşmesi aranmakta ise, failin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, söz konusu davranış ve netice arasında bir nedensellik bağının mevcudiyeti zorunludur.²⁹⁸ Fakat, sırf davranış suçlarında, kanuni tanımda belirlenen davranışın gerçekleştirilmesi yeterli olup netice aranmamaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçunu doğrudan netice suçu veya sırf davranış suçu olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır.²⁹⁹ Zira bu suçun düzenleniş biçimi oldukça

²⁹⁴ Toroslu/Toroslu, s. 145.

²⁹⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 193; Toroslu/Toroslu, s. 144.

²⁹⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 193; Toroslu/Toroslu, s. 144.

²⁹⁷ Toroslu/Toroslu, s. 146.

²⁹⁸ Soyaslan, s. 625.

²⁹⁹ Arslan, s. 163.

karmaşık olup kanuni tanımında, neticenin bulunması ve bulunmaması halleri ayrı ayrı düzenlenmiş ve bu hallere farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır.³⁰⁰ Suçun maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan temel şeklinde neticeye yer verilmemiş olup suç ihaleye fesat karıştırılmasıyla tamamlanmaktadır.³⁰¹ Dolayısıyla maddenin temel şeklinin tek başına değerlendirildiği halde suç sırf davranış suçu olarak görünmektedir. Bu iki fıkra tek başına değerlendirildiğinde suç, ilgili 235. maddenin 2. fıkrasında yer alan seçimlik hareketlerden bir ya da birkaçının meydana getirilmesiyle oluşmaktadır. Söz konusu davranış neticesinde ihalenin iptal edilmesi, ihalenin etkilenmesi veya kamunun ya da isteklilerin zarara uğraması, suçun oluşması bakımından zaruri değildir.

Ancak 235. maddenin 3. fıkrasının b bendinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zararının meydana gelmediği hallerde, birinci fıkrada yer alan cezadan daha az bir cezanın uygulanacağı düzenlenmektedir. Aslında bu noktada maddenin düzenlenmiş biçimi bakımından oldukça karışık ve uygulamada sorunlara neden olabilecek bir yapıda olduğunu söylemek gerekmektedir. Bahse konu 235/3-b. madde, kamu zararının meydana gelmesi halini cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak öngörmüş olsa idi, hem netice bakımından, hem suçun temel ve nitelikli halleri bakımından birtakım çıkarımlarda bulunmak daha kolay olabilirdi. Ancak maddenin bu halinden suçun temel şekli için kamu zararı aranıp aranmadığı net bir biçimde anlaşılamamakta, doktrinde ve uygulamada farklı yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır.

³⁰⁰ Sucuoğlu, s. 285.

³⁰¹ Soyaslan, s. 625.

Madde metnindeki karışıklığa ilişkin eleştiriler doğrultusunda, ihaleye fesat karıştırma suçunun neticesi hususunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Mevcut görüşlere geçmeden önce, maddenin 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki halini incelemek faydalı olacaktır:

“İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez.”

6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler öncesinde, maddenin lafzından kamu kurumu veya kuruluşu nezdinde bir zarar meydana gelmesinin cezayı ağırlaştıran bir sebep olduğu, suçun temel şekli için zararın aranmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, değişiklik öncesinde suçun sırf davranış suçu olduğuna ilişkin bir görüş birliği olmasına karşın, 6459 sayılı Kanun sonrasında farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşımların genel itibariyle kamu zararı çerçevesinde şekillenen tartışmaların bir sonucu olduğunu da belirtmek gerekir.³⁰² Bazı yazarlara göre, 6459 sayılı Kanun sonrasında yapılan değişiklik ile 3. fıkranın b bendi dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçu bir “zarar suçu”³⁰³ haline gelmiştir. Bazı yazarlara göre ise seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesinin yeterli olması ve zararın suçun unsuru olmaması sebebiyle, ihaleye fesat karıştırma suçu “sırf davranış suçu”³⁰⁴ niteliğindedir.

³⁰² Sucuoğlu, s. 285.

³⁰³ Koca/Üzülmez, s. 26; Sucuoğlu, s. 287.

³⁰⁴ Arslan, s. 178; Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 125; Dülger, s. 18.

Bu noktada doğru bir değerlendirme yapabilmek adına, maddede yer alan “kamu zararı” maddenin amacına uygun olarak anlamlandırılmalıdır. Bu doğrultuda, kamu zararının suçun maddi bir unsuru ve neticesi olup olmadığına ilişkin bir tespit gerekmektedir.³⁰⁵ Maddenin lafzına bakıldığında, birinci fıkradan, bir kamu zararı meydana gelmese dahi ikinci fıkra düzenlenen seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi ile suçun oluşacağı ve faillerin cezalandırılacağı anlaşılmaktadır.³⁰⁶ Bu bağlamda, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve kamu zararına ilişkin düzenleme, suçun meydana gelmesi ile ilgili değil, cezanın miktarı ile ilgilidir. Zira maddenin gerekçesindeki şu ifade de aynı durumu ortaya koymaktadır: “*Maddenin üçüncü fıkrasına göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, ilgili kurum veya kuruluşun herhangi bir zarar görmesi gerekmemektedir.*”³⁰⁷. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından kamu zararının suçun bir unsuru olmadığı söylenebilir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda ihaleye fesat karıştırma suçu netice bakımından ele alındığında, ihaleye fesat karıştırma suçunun sırf davranış suçu olduğunu söylemek doğru olacaktır.³⁰⁸ İhaleye fesat karıştırma suçu, maddenin birinci ve beşinci fıkrasında düzenlenen ihalelere yönelik olarak ikinci fıkra sayılan seçimlik hareketlerden bir veya birkaçının gerçekleştirilmesi ile oluşmuş olacaktır.

³⁰⁵ Sucuoğlu, s. 287.

³⁰⁶ Sucuoğlu, s. 289.

³⁰⁷ Bkz. Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçesi (<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>)

³⁰⁸ Arslan, s. 178.

B. MANEVİ UNSUR

Bir suçun oluşması için sadece maddi unsurların, başka bir deyişle kanuni tanımında yer alan davranışlar ile gerekli görülen hallerde neticenin varlığı yeterli değildir. Bahse konu davranışların faile manevi bir unsur ile bağlanmış olması gerekmektedir.³⁰⁹ Manevi unsur ise kast ve taksir olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçunu manevi unsuru bakımından herhangi bir özellik bulunmamaktadır. Suçun adlandırılış biçimi de manevi unsur hakkında fikir verir niteliktedir. “Fesat karıştırma”, bir sürecin hukuka uygun olarak yürütülmesini bilinçli olarak sekteye uğratma, başvurulmuş hile, cebir, şiddet gibi yollarla kendisine veya bir başkasına haksız menfaat sağlama iradesini ifade etmektedir.³¹⁰ Bir başka deyişle, ihaleye fesat karıştırma suçu, failin suçun kanuni tanımında yer alan davranışları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi ile meydana gelecektir.³¹¹ Suç, kastla işlenebilen bir suçtur. Diğer bir yönden, failin saiki önem taşımadığından suçun oluşması için özel kast aranmaz, failin “bilinçli ve iradi” olarak hareket etmesi, genel kast,³¹² yeterlidir. Bunun bir istisnası olarak TCK m. 235/2-d gösterilebilir. Bu bent kapsamında failin amacı/saiki önem taşıdığından burada özel kasttan söz edilebilecektir.³¹³

³⁰⁹ Toroslu/Toroslu, s. 201.

³¹⁰ Ozan, s. 111.

³¹¹ Ozan, s. 112.

³¹² Toroslu/Toroslu, s. 226.

³¹³ Arslan, s. 212.

TCK'nın kasta ilişkin 21. maddesi şu şekildedir:

“(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.”

TCK'nın belirtilen 21. maddesinin ilk fıkrası uyarınca doğrudan kast, ikinci fıkrasında ise olası kast düzenlenmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunun doğrudan kast ile işlenebileceği açık olup olası kast ile işlenip işlenemeyeceği üzerinde durmak gerekmektedir. Failin muhtemel sonuçları öngörmesine rağmen fiili işlemesi olası kast olarak adlandırılmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından, bazı seçimlik hareketlerin olası kast ile işlenmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir.³¹⁴ Örneğin “gizli bilgilere sahip ihale görevlisi, başkalarının öğrenme ihtimaline karşın ihmali hareketle bilgilerin ele geçmesini önlememiş ve olursa olsun diyerek hareket etmişse”³¹⁵ olası kast söz konusu olacak ve fail sorumlu tutulacaktır. Ancak başka bir seçimlik hareket ele alındığında, örneğin, TCK m. 235/2-d uyarınca ihale şartlarını

³¹⁴ Arslan, s. 211.

³¹⁵ Akbulut, s. 103.

engellemek amacıyla anlaşma yapılması, ancak doğrudan kast ile işlenebilecek, olası kasttan söz etmek mümkün olmayacaktır.³¹⁶

TCK'nın 22. maddesi uyarınca, "taksirle işlenen fiillerin, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağı" düzenlenmektedir. Bu doğrultuda, ihaleye fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında taksirle işlenmesi hali düzenlenmediğinden, ihaleye fesat karıştırma suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçunda taksir söz konusu olmayıp taksirli halinin cezalandırılması mümkün değildir.³¹⁷

³¹⁶ Arslan, s. 212.

³¹⁷ Parlar, s. 93.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ, YAPTIRIM VE MUHAKEME USULLERİ

I. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. NİTELİKLİ HAL

Suçta etki eden birtakım nedenlerin varlığı halinde, suçun nitelikli hali, bir başka deyişle cezanın ağırlaştırılmış veya hafifletilmiş hali gündeme gelmektedir. Suçun temel şeklinden sonra, konuya, faile, mağdura veya davranışa bağlı olarak cezayı ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebepler olarak nitelikli haller düzenlenmektedir.³¹⁸ Suçun kanuni tanımındaki yapısını değiştirmemekle birlikte suça daha hafif ya da daha ağır bir cezanın öngörülmesine sebep olmaktadır.³¹⁹

İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK'nın 235. maddesinin 3 fıkrasının a bendinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlenmektedir. Belirtilen madde hükmü uyarınca suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamayacak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunacaktır.³²⁰

³¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.229.

³¹⁹ Toroslu/Toroslu, s. 283.

³²⁰ Poyraz, s. 23.

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından nitelikli hale ilişkin ele alınması gereken diğer bir husus ise TCK'nın 235/3-b. maddesindeki düzenle olup şu şekildedir:

“İhaleye fesat karıştırma suçunun; ...

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

Bahse konu madde kapsamında, ilk fıkra uyarınca kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştırılması halinde verilecek cezaya göre daha az cezayı gerektiren bir hal düzenlenmektedir. Yukarıda neticeye ilişkin bölümde de detaylarına yer verildiği üzere, maddenin lafzı ve düzenleniş biçimi dolayısıyla, bir zararın meydana gelmesinin suçun temel şekli olup meydana gelmemesinin bir nitelikli hal olması ile suçun temel şekli bakımından zararın aranmamasına yönelik farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

İlk görüş uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçu bir zarar suçu olup suçun temel şekli bakımından kamu zararının meydana gelmesi gerekmekte, kamu zararının meydana gelmemesi hali ise bir nitelikli hal, başka bir deyişle hafifletici sebep olarak düzenlenmektedir.³²¹ Buna göre, ihaleye fesat karıştırma suçu neticesinde, kamu kurum veya kuruluşu zarar görememişse, bu bir hafifletici sebep olarak kabul

³²¹ Birtek, F.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı ve Tespiti*, Ceza Hukuku Dergisi, C.15, S.44, 2020, s. 705.

edilmektedir.³²² Buradaki zarar, maddi zarar olup mahkeme tarafından bilirkişilere hesaplatılmaktadır.³²³ Suçun işlenmesi neticesinde bir zarar meydana gelmemesi, failin daha hafif bir ceza ile cezalandırılacağı hafifletici bir neden olarak düzenlenmiştir.³²⁴

Buna karşın; suçun işlenmesi neticesinde zarar meydana gelmeyen hali suçun temel biçimi, zarar gelmesi halini ise suçu ağırlaştırıcı bir nitelikli hali olarak değerlendirenler de bulunmaktadır.³²⁵ Bu görüşten hareketle, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından kamu zararının suçun bir unsuru olmadığını, zarar meydana gelmese dahi suçun oluşabileceğini söylemek daha doğru olacaktır. Daha önce de belirtildiği üzere, maddenin gerekçesindeki “*maddenin üçüncü fıkrasına göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, ilgili kurum veya kuruluşun herhangi bir zarar görmesi gerekmemektedir.*” ifadesi de bu düşüncüyü desteklenmektedir.³²⁶ Aslında TCK’nın 6459 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki eski halinde, bir zarar meydana gelmesi hali açıkça ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmekte iken³²⁷ değişiklik sonrası suçun temel hali ile nitelikli hali karmaşık bir hale dönüştürülmüştür. Maddenin ilk fıkrası ile üçüncü fıkrasının birbiri ile uyuşmamakta, ilk fıkra uyarınca zarardan söz edilmezken, üçüncü fıkranın zararın meydana gelmemesinin bir nitelikli hal olarak anlaşılacak biçimde düzenlenmesi çelişmektedir. Kamu zararının suçun temel şekli için aranması halinde, maddenin uygulama alanı daralacak, ihalelerin usule ve mevzuata uygun olarak yürütülmesine ilişkin caydırıcılık büyük ölçüde azalacaktır.

³²² Arslan, s. 205.

³²³ Soyaslan, s. 641.

³²⁴ Koca/Üzülmüş, s. 872.

³²⁵ Malkoç, İ.: Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Ankara, 2013, s. 3752.

³²⁶ Bkz. Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçesi (<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>)

³²⁷ Birtek, s. 714.

İhaleye fesat karıştırma suçu bağlamında zararın mutlaka aranması maddenin düzenleniş amacı ile ters düşecektir. Diğer bir yandan, suçun oluşması için bir zarar meydana gelmesinin aranmadığı göz önünde bulundurulduğunda ise, ilgili kamu kurum veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemesi halinde cezanın alt ve üst sınırının indirilmesinin caydırıcılığı azaltacağı da açık olup doktrinde eleştiri konusu yapılmaktadır.³²⁸ Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, özellikle 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında maddenin düzenleniş biçiminde önemli eksiklikler ve hatalar olduğunu, hem doktrin hem de uygulama açısından bu kadar yoruma açık halde olmasının sakıncalı olduğunu belirtmek gerekmektedir.

B. TEŞEBBÜS

Suç, bir süreç olup önce suç işleme kararı alınmakta, gerçekleştirmeye yönelik hazırlıklar yapılmakta ve en nihayetinde suç icra edilmektedir.³²⁹ Bu aşamalar, suç yolu (*iter criminis*) olarak adlandırılmaktadır.³³⁰ Suç fiilin icrasına başlanılmış olmakla birlikte icra hareketlerinin tamamlanmamış olması halinde teşebbüs söz konusu olmaktadır. Teşebbüse ilişkin TCK m. 35 şu şekildedir:

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

³²⁸ Arslan, s. 248.

³²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 717.

³³⁰ Toroslu/Toroslu, s. 295.

İlgili maddede belirtildiği üzere, teşebbüsten söz edilebilmesi için kasten işlenen bir suç bulunması, suçun icrasına elverişli hareketlere başlanması ve failin elinde olmayan sebeplere icra hareketlerinin tamamlanamaması gerekmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından, kanunda fesat karıştırma olarak tanımlanan davranışların gerçekleştirilmesi yeterli olup teşebbüse elverişliliği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Sırf davranış suçu olmasından bahisle teşebbüse elverişli olmadığını ileri sürenler bulunmaktadır. Suçun meydana gelmesi bakımından ihalenin iptal edilmesi, fiyatların etkilenmesi gibi neticeler aranmamakta, madde metninde düzenlenen seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesiyle suç oluşmaktadır. Buradan hareketle suçun teşebbüse elverişli olmadığı söylenebilmekteyse de,³³¹ suç tanımında sayılan davranışlardan kısımlara bölünmeye elverişli olanlar bakımından teşebbüsün mümkün olduğu da belirtilmektedir.³³² Örnek vermek gerekirse, TCK 235/2-c uyarınca, ihaleye katılma yeterliğine sahip olan bir kişinin ihaleye katılması engellemek maksadıyla elverişli cebir veya tehdit kullanılmış ancak herhangi bir sebeple kişinin katılımı engellenememişse suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.³³³

Teşebbüs konusu incelenirken, gönüllü vazgeçme hususuna da değinmek gerekmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından, teşebbüsün mümkün olduğu durumlarda gönüllü vazgeçmeden söz etmek de ilgili maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır. TCK'nın gönüllü vazgeçmeye ilişkin 36. maddesi uyarınca *“fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi*

³³¹ Bkz. Arslan, s. 226.

³³² Arslan, s. 226.

³³³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 27.10.2014 T. 2014/6689 E. 2014/18617 K.; Arslan, s. 227.

çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak ancak tamamlanan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır”. Örnek vermek gerekirse, ihaleye katılma yeterliğine sahip olan bir kişinin ihaleye katılması engellemek maksadıyla tehdit kullanılmaya başlandıktan sonra, henüz kişinin katılımı engellenmeden önce failin kendi isteğiyle kişiye yönelik tehditten vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçmeden söz edilebilecektir.

C. İŞTİRAK

Suç, bir veya birden çok kişi tarafından işlenebilir. Kanundaki tanım uyarınca bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden çok kişi tarafından işlenmesi halinde suça iştirak gündeme gelmektedir.³³⁴ İştirak muhtemel ya da zorunlu iştirak şeklinde meydana gelebilir. Bu noktada, suça iştirakin meydana gelmesi bakımından suçun kanuni tanımını dikkate almak gerekmektedir. Zira suçun meydana gelmesi için kanuni tanımda birden fazla failin varlığı aranmakta ise çok failli suç gündeme gelecektir. Bu durum, zorunlu iştiraki ifade etmektedir. Zorunlu iştiraktan farklı olarak, tek bir kişi tarafından işlenebilen suçun birden çok kişi tarafından meydana getirilmesi hali ise muhtemel iştirak olarak adlandırılmaktadır.

Suç iştirakin söz konusu olabilmesi için kanunen aranan şartlar, TCK’nın 40. maddesinde düzenlenmiş olup öncelikle kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı aranmaktadır. Kasıtlı bir suçun var olmasının yanı sıra, TCK m. 40/3 uyarınca

³³⁴ Toroslu/Toroslu, s. 322.

suçun en azından teşebbüs aşamasında olması gerekmektedir. Dolayısıyla taksirli suçlar bakımından suça iştirakten söz etmek mümkün olmayacaktır. Öte yandan, özgü suçlar bakımından sadece kanuni tanımda yer alan özel nitelikleri taşıyan kişi veya kişiler fail olabileceğinden, TCK m. 40/2 uyarınca özgü suça iştirak edenler ancak azmettiren veyahut yardım eden olarak değerlendirilebilecektir.

Suç iştirak, farklı aşamalarda söz konusu olabilir. Örneğin sürecin en başında, suç işleme kararının oluşmasını sağlamak şeklinde olabileceği gibi, suçun işlenmesine yardım etmek şeklinde de meydana gelebilir. Suça iştirak, TCK'nın 37 ila 39. maddeleri arasında düzenlenmiş olup faillik, azmettirme ve yardım etme olarak üçe ayrılmaktadır. TCK'nın 37. maddesi doğrultusunda, kanuni tanımda yer alan fiili gerçekleştiren kişi ya da kişiler fail olarak sorumlu tutulacaktır. TCK m. 37/2 uyarınca ise, dolaylı faillik düzenlenmekte, suç işlenmesi için bir başkasını araç olarak kullanan kişinin fail olarak sorumlu tutacağı belirtilmektedir. TCK'nın Azmettirme başlıklı 38. maddesinde ise başkasını azmettiren kişinin de söz konusu suçtan dolayı cezalandırılacağı düzenlenmektedir. Azmettirme, “faile suç işleme kararını verme” şeklinde suçun psişik nedenini oluşturan manevi bir iştirak türüdür.³³⁵ Azmettirme suçun işlenmesine ilişkin kararın verilmesi aşamasında meydana gelen bir iştirak türü iken yardım etme halinde suç işleme kararına sahip olan failin düşüncesini kuvvetlendirme veya suçun icrasını kolaylaştırma söz konusudur. TCK'nın Yardım Etme başlıklı 39. maddesinin ilk fıkrasında yardım eden kişinin ne şekilde cezalandırılacağı, ikinci fıkrasında ise yardım etmenin ne şekilde meydana gelebileceği düzenlenmiştir.

³³⁵ Toroslu/Toroslu, s. 358.

İştirak, kişinin suç fiilini işlemesindeki hakimiyetine göre tespit edilmektedir. Fiili hakimiyet şeklinde olması halinde faillik değilse azmettirme veya yardım etme şeklinde iştirak söz konusu olacaktır.³³⁶ İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından ele alındığında, iştirak herhangi bir özellik taşımamakta olup iştirakin her türlü mümkün olabilecektir. Bu noktada, suçun çok faili suç veya özgü suç biçiminde ortaya çıktığı hallerde iştirakin özelliklerine de değinmek gerekir. Her iki durumda da suçun oluşması için gerekli olan failer dışındakilerin de suça iştirak etmesi mümkündür.³³⁷ TCK'nın 40/2 maddesi uyarınca özgü suçlara iştirak mümkün olup suç ancak kanuni tanımda yer alan kişiler tarafından işlenebilecek; gerekli niteliklere sahip olmayan kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebileceklerdir. TCK'nın 235/2. maddesinde yer alan ve özgü suç niteliğini taşıyan seçimlik hareketler bakımından da bu durum söz konusu olacaktır. Öte yandan, TCK'nın 235/2-d maddesi, hem özgü suç hem de çok faili bir suç niteliğindedir. Bu seçimlik hareket bakımından, suçun meydana gelmesi için ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin failliğinden söz edilecek, bunlar dışındakilerin azmettiren veya yardım eden olarak iştiraki mümkün olabilecektir.³³⁸

³³⁶ Arslan, s. 229.

³³⁷ Arslan, s. 232.

³³⁸ Arslan, s. 232.

D. İÇTİMA

TCK kapsamında kabul edilen genel ilke, fiil sayısı kadar suç ve suç kadar ceza olmasıdır.³³⁹ Dolayısıyla kural olan gerçek içtima, bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima ise istisnadır. Gerçek içtima halinde fail, işlemiş olduğu suçlardan dolayı ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Ortada birden çok suç olmasına karşın kanun koyucu tarafından birden çok suç olmadığı kabul edilerek, failin arttırılmış tek bir ceza ile cezalandırılacağı kabul edilmiş ise, TCK’da düzenlenen içtima türleri söz konusudur.³⁴⁰ Başka bir deyişle, Türk Ceza Hukuku’nda kural gerçek içtimadır.³⁴¹

TCK kapsamında içtima türleri Kanun’un İkinci Kısım Beşinci Bölümünde “Suçların İçtimai” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43/1), fikri içtima (m.43/2 ve 44/1). Suçların içtimain bulunduğu durumlarda, birden çok ihlal tek bir suç olarak cezalandırılmaktadır.³⁴² Bu durum, suçlardan birine ilişkin cezanın infaz edilmesi veya birine ilişkin cezada belli bir oranda artırım yapılması suretiyle meydana gelebilir.

Suçların içtimai kapsamında kanun koyucunun düzenlediği ilk hal bileşik suç olup buna ilişkin TCK’nın 42. maddesi uyarınca bileşik suç iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk halde, birden çok suç, başka bir suçun unsurlarını oluşturmaktadır. Örneğin TCK m. 148’de düzenlenen yağma suçu; tehdit (TCK m. 106), cebir (TCK m. 108) ve hırsızlık (TCK m. 141) suçlarından oluşan bir bileşik suç olup bu hale en iyi örneklerden birini teşkil etmektedir.³⁴³ Bileşik suç teşkil eden ikinci hal ise, suçlardan

³³⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 791.

³⁴⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 139.

³⁴¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 669; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.666; Koca/Üzülmez, s.433

³⁴² Toroslu/Toroslu, s. 364.

³⁴³ Toroslu/Toroslu, s. 365.

birinin diğerrinin ağırlaştırıcı nedeni olmasıdır. Bu durumda, ilk halde olduğu gibi suç yeni bir isim almamakta, yalnızca basit bir suç ağırlaştırılmış bir suç olarak meydana gelmektedir.

TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen diğerr bir içtima türü ise zincirleme suçtur. İlgili madde uyarınca, zincirleme suç meydana getiren suçlar ayrı ayrı da suç teşkil etmekle birlikte, aynı suç işleme kararı sonucunda işlenmiş olduklarından kanun koyucu tarafından üç açıdan tek bir suç olarak sayılmakta olup bunlar ceza, yetkili mahkeme ve zamanaşımıdır.³⁴⁴ Zincirleme suçun meydana gelebilmesi için, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı suçun değişik zamanlardan birden fazla kez işlenmiş olması gerekmektedir. Belirtilen 43. maddenin 2. fıkrası ile, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi hali de zincirleme suç kapsamına alınmıştır.

Diğerr bir içtima türü ise, TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtimadır. Fikri içtima halinde, bir fiil ile birden fazla ihlal/suç meydana gelmekte, fakat fail meydana gelen her ihlal/suç için cezalandırılmamaktadır. Fikri içtima halinde, fail meydana gelen her suçtan değil, bu suçlardan en ağır cezayı gerektirenden dolayı cezalandırılacaktır. Fikri içtimadan söz edilebilmesi için tek bir fiil olması ve bu fiil ile kanunun çeşitli hükümlerinin ihlal edilmesi şartları aranmaktadır.³⁴⁵

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından bakıldığında, içtimanın çeşitli hallerinden söz etmek mümkündür. Bu noktada, öncelikle ihaleye fesat karıştırma suçunda gerçek içtimanın incelenmesi gerekmektedir. Buna ilişkin olarak 235. maddenin 3. ve 4. fıkralarını önem taşımaktadır. TCK m. 235/3-a ve 235/4 fıkralarında

³⁴⁴ Toroslu/Toroslu, s. 373.

³⁴⁵ Toroslu/Toroslu, s. 373-374.

ihaleye fesat karıştırma suçunda gerçek içtımı düzenlemekte olup ilgili fıkralar şu şekildedir:

“(3) İhaleye fesat karıştırma suçunun;

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

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

Yukarıda değinilen TCK m. 235/3-a bendinin ikinci cümlesi uyarınca, kasten yaralama veya tehdit suçlarının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde fail ayrıca bu suçlardan dolayı cezalandırılacaktır.³⁴⁶

Bahse konu 4. fıkraya göre ise, suçun oluşabilmesi için kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir; ancak görevlilerin menfaat temin etmiş olmaları halinde, ilgili suç hükmüne göre ayrıca cezalandırılacaklardır. Örneğin ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi ile ihale yetkilisinin menfaat elde ettiği hallerde görevi kötüye kullanma veya rüşvet gibi suçlar da meydana gelebilecektir.³⁴⁷ Bu durumda gerçek içtım kuralları uygulanacak ve kamu görevlisi ihaleye fesat karıştırma suçu yanında ilgili suçtan dolayı da cezalandırılacaktır. Bu duruma örnek bir Yargıtay kararı şu şekildedir:

³⁴⁶ Arslan, s. 240.

³⁴⁷ Arslan, s. 242.

“... ihale komisyonlarının hepsinde üye olarak görev yapan SK’ye ait kredi kartı hesabına kamu ihalelerine giren müteahhit sanık MG tarafından 4000 TL yatırılması ve İl Özel İdare Ek Hizmet Binası İhale Komisyon Başkanı olarak görev yapan sanık AT’nin, tanık olarak dinlenmiş olan ZB’den takım elbise, gömlek ve kravat alıp bedelin yapılacak bir ihaleye katılan sanık Şİ tarafından ödenmesi şeklinde gerçekleşen olaylarda, eylemlerin sanıklar SK ve AT bakımından görevi kötüye kullanma, sanıklar MG ve Şİ’nin ise azmettirme olarak nitelendirilerek cezalandırılmaları...”³⁴⁸

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi, sahte evrak veya belgelerin kullanılmasıyla da mümkün olabilir. Bu gibi durumlarda, ihaleye fesat karıştırma suçu sahtecilik suretiyle işlenmiş olacak ve TCK’nın ilgili 212. maddesi uygulama alanı bulacaktır:

“Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”

Bahse konu madde uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunun, sahte resmi veya özel belgenin kullanılması ile işlenmesi halinde gerçek içtima kuralları uygulanacak ve fail hem ihaleye fesat karıştırma suçundan hem de sahtecilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.³⁴⁹

İhaleye fesat karıştırma suçunda gerçek içtima ele alındıktan sonra, suçun işlenmesi ile Kanunun başkaca hükümlerinin de ihlal edilmesi ve dolayısıyla farklı

³⁴⁸ Yargıtay 5. CD., E. 2009/13644 K. 2010/7252 T. 06.10.2010; Arslan, s. 242.

³⁴⁹ Arslan, s. 243.

suçların da işlenmiş olması durumuna ilişkin olarak, yukarıdaki genel bilgiler ışığında içtima türlerini incelemek gerekecektir.

Öncelikle, yukarıda açıklandığı üzere TCK'nın 42. maddesine göre biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçlar bileşik suç olarak adlandırılmaktadır.³⁵⁰ TCK'nın 235. maddesinin 2. fıkrasının c bendi uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenebilecektir. Aynı maddenin takip eden ve yukarıda değinilen 3. fıkrasının a bendinden de anlaşılacağı üzere, cebir ve tehdit suçları kullanılarak ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi halinde, fail yalnızca ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı cezalandırılacak, fakat cezanın ağırlaştırılması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından, 235/3-a maddesi uyarınca bileşik suçtan söz edilebilecektir. Ancak buradaki önemli husus, ilgili bentte cebir ve tehdidin basit halinin düzenlenmiş olduğudur. Zira, ihaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit suretiyle işlenmiş ve cebrin sınırları aşılarak kasten yaralama suçu meydana gelmiş ya da tehdidin daha ağır cezayı gerektiren bir hali söz konusu olmuş ise, yukarıda detaylarına yer verildiği üzere gerçek içtima söz konusu olacak ve fail ayrıca bu suçlardan dolayı cezalandırılacaktır.³⁵¹

İçtima türlerinden bir diğeri olan zincirleme suç bağlamında ele alındığında, ihaleye fesat karıştırma suçunun bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda aynı fail tarafından aynı mağdura karşı işlenmesi söz konusu olabilir. Bu durumda TCK zincirleme suça ilişkin 43/1. maddesi uyarınca ceza dörtte birden dörtte

³⁵⁰ Toroslu/Toroslu, s. 365.

³⁵¹ Arslan, s. 240.

üç kadar arttırılacaktır.³⁵² Yukarıda da belirtildiği üzere, ilgili maddenin ikinci fıkrasında zincirleme suçun meydana gelebileceği başka bir durum düzenlenmiş olup TCK m. 43/2 uyarınca, tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlenmesi durumunda da ilk fıkra hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu şekilde bir zincirleme suçtan, ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında söz edilip edilemeyeceği üzerinde durmak gerekmektedir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında örnek olarak, bir ihalede, birçok istekliye ait gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerin başkaları ile paylaşılarak ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmiş olması verilmekte³⁵³, bu durumda “birden fazla ihaleye fesat karıştırma eylemlerinin zincirleme biçimde tek ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağı”³⁵⁴ ve TCK’nın 43/2. maddesi kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı savunulmaktadır. Yargıtay’ın bu konuya ilişkin bir kararında³⁵⁵ ise, sanıklar iki farklı ihale isteklisine hakaret etmek ve bu kişileri tehdit etmek suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemiş, Yargıtay ise durumu “... sanıkların TCK’nın 235/2-c maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu aynı Yasanın 43/2 maddesi kapsamında kalacak şekilde hukuksal anlamda tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işledikleri...” şeklinde değerlendirerek hüküm kurmuştur. Ancak bu noktada, Yargıtay’ın belirtilen kararları başta olmak üzere, genel yaklaşımını eleştirmek gerekmektedir. Öncelikle, bu şekilde bir zincirleme suçtan söz etmeden önce, suçun mağdurunu doğru tespit etmek gerekmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunda mağdura ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere, ihaleye fesat karıştırma suçunun mağduru toplumdur. Dolayısıyla başka kişiler ancak suçtan zarar gören olabilecektir. Topluma karşı işlenen bir suçun birden fazla kişiye karşı

³⁵² Arslan, s. 234; Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 139.

³⁵³ Soyaslan/Kemer/Gülseven, s. 139.

³⁵⁴ Yargıtay 5. CD., E. 2020/254 K. 2022/8154 T. 30.6.2022.

³⁵⁵ Yargıtay 5. CD 2021/14689 E. 2014/6538 K. 11.06.2014 T.; Arslan, s. 235.

işlendiğinden söz etmek ise mümkün değildir. Bu bağlamda, Yargıtay’ın bahse konu kararlarındaki yaklaşımının isabetli olmadığını, ihaleye fesat karıştırma suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesinin mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir.

Bu noktada kısaca, ihaleye fesat karıştırma suçu ile bağlantılı olarak TCK’nın “Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” başlıklı 239. maddesine değinmek gerekmektedir. İhaleye ilişkin gizli bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlendiği hallerde, kanunda yer alan şartların oluşması durumunda TCK’nın 239. maddesinin de ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir.³⁵⁶ Ancak TCK m. 235 kapsamında başkalarına ulaştırılan belge ve/veya bilgiler, teklifler/ihale ile ilgili olmakla birlikte, gizlilikleri ihale mevzuatı veya şartnamelerden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, 235. madde, 239. nazaran özel kural niteliğindedir. Böyle bir durumda, ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hüküm özel norm olarak öncelikli olarak uygulanacak, 239. madde uygulanmayacaktır.³⁵⁷

³⁵⁶ Arslan, s. 237.

³⁵⁷ Kazancı, s.200; Arslan, s. 238.

II. MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIMLAR

A. GENEL OLARAK

İşlenen suçtan dolayı kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için birtakım şartlar aranabilmektedir. Bu tip şartlar TCK ve CMK başta olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenmekte olup muhakeme/soruşturma ve kovuşturma şartları olarak adlandırılan bu şartlar gerçekleşmedikçe muhakeme işlemleri yapılamamaktadır.³⁵⁸

Bahse konu şartlar ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından ele alındığında, TCK'nin 235. maddesinde veya başka bir kanunda özel bir şart öngörülmediği anlaşılmakta olup suçun soruşturulması ve/veya kovuşturulması için herhangi bir şikâyet veya izin aranmamaktadır.

Belirmek gerekir ki, ihaleye fesat karıştırma suçunun failinin görev veya unvanları gereği özel soruşturma ve/veya kovuşturma usullerine tabi olması halinde ilgili kanun hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Örnek vermek gerekirse, failin avukat olması halinde 19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, Bakan veya milletvekili olması halinde Anayasa'nın ilgili maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu noktada, ihaleye fesat karıştırma suçunun failinin kamu görevlisi olduğu durumlara değinmek gerekecektir. Failin kamu görevlisi olduğu durumlarda, 02.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca izin şartı aranacağı düşünülebilir. Ancak 19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele

³⁵⁸ Arslan, s. 266.

Kanunu gereğince, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi halinde 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Bu hususa ilişkin olarak 3628 sayılı Kanun'un 17/1. maddesi şu şekildedir:

“Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.”

B. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 11. maddesi şu şekildedir:

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

Belirtilen madde uyarınca, sulh ceza hakimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışındaki dava ve işlere bakma görevi asliye ceza mahkemelerindedir. Bu doğrultuda, ağır ceza mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 5235 sayılı Kanunun 12. maddesi ise şöyledir:

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.”

5235 sayılı Kanun’un yukarıda belirtilen 12. maddesi ile ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar düzenlendiğinden bu madde kapsamda sayılmayan suçların görülmesinde asliye ceza mahkemeleri görevli olacaktır. Bu bağlamda ihaleye fesat karıştırma suçu bahse konu madde kapsamındaki suçlar arasında sayılmadığından ve on yıldan fazla hapis cezası öngörülmediğinden, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, 14.03.2013 tarih ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12. maddesi ile, TCK’nın 235. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Değişiklik öncesinde, ihaleye fesat karıştırma suçu için beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörülmekte olması sebebiyle, görevli mahkeme ağır ceza mahkemeleri

iken öngörülen ceza üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiş ve ihaleye fesat karıştırma suçu ağır ceza mahkemelerinin görev alanından çıkmıştır. Değişiklik öncesi ve sonrasında görülmekte olan davalar için yapılacak uygulamaya ilişkin olarak ise, 6459 sayılı Kanunun 14. maddesi ile TCK'ya geçici madde eklenerek, 235. maddede yapılan değişiklik sebebiyle görülmekte olan davalarda görevsizlik kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bahse konu geçici madde uyarınca ağır ceza mahkemelerinde görülmekte olan dosyalar görülmeye devam edilecektir. Ancak 6459 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden, 30.04.2013, itibaren ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin davalar asliye ceza mahkemelerinde görülecektir.

Yetki bakımından ise, CMK m. 12/1 uyarınca davaya bakmakta yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesidir. İhaleye fesat karıştırma suçu, sırf davranış suçu olduğundan³⁵⁹, fesat karıştırma olarak tanımlanan davranışın gerçekleştirildiği yer mahkemesi yetkili olacaktır. TCK'nın ilgili 235. maddesinin 2. fıkrasında yer alan seçimlik hareketlerden bazıları, ihalenin yapıldığı yerden başkaca bir yerde de gerçekleştirilebileceğinden, mutlaka ihalenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili olması beklenemeyecektir.

³⁵⁹ Arslan, s. 273.

C. YAPTIRIMLAR

TCK kapsamında suç olarak tanımlanan davranışı gerçekleştirilmesi neticesinde uygulanan yaptırımlar ile, suç işleyen kişinin sorumlu tutulması ve bu kişi nezdinde birtakım fiili veya hukuki sonuçlar meydana gelmesi amaçlanmaktadır. Ceza hukuku kapsamında yer alan yaptırımlar cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Cezalar ise, TCK m. 45 uyarınca, hapis cezaları ile adli para cezaları olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bir suça karşılık seçenekli olarak hapis cezası veya adli para cezasının uygulanabileceği gibi, bu ikisinin birlikte uygulanması ya da yalnızca hapis cezasının uygulanacağı kanunda öngörülebilir. Güvenlik tedbirleri, TCK'nın 53-60. maddelerinde düzenlenmektedir. TCK m. 20/2 uyarınca tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanmayacağı ancak güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği öngörülmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçu bağlamında yaptırımlar TCK'nın cezalara ilişkin 45 ve devamı maddeleri ile güvenlik tedbirlerine ilişkin 53 ve devamı maddeleri kapsamında incelenecektir.

1. Ceza

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyenlere yönelik yaptırımlar, TCK'nın ilgili 235. maddesinde hapis cezası olarak öngörülmüş olup hapis cezasından başkaca bir yaptırım düzenlenmemiştir.

TCK'nın ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin 235. maddesinin ilk halinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun cezası beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası olarak

düzenlenmekte idi. 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 11.04.2013 tarihinde yapılan değişiklik sonrasındaki maddenin mevcut halinde, suçun temel şekli için öngörülen ceza yaptırımını üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıdır. 235. maddenin 3. fıkrasının a bendi gereğince, suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde ise temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamayacaktır. Yine 235. maddenin 3. fıkrasının b bendi uyarınca suçun işlenmesi neticesinde ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemişse fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmedilecektir.

Adli para cezası ise, ilgili 235. madde kapsamında hapis cezasına seçenek ya da ek yaptırım olarak düzenlenmemektedir. Dolayısıyla, ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında, TCK m. 49/2 ve 50 uyarınca hapis cezasının adli para cezasına çevrilme imkânı bulunmamaktadır.

2. Güvenlik Tedbirleri

Ceza sisteminin tamamlayıcı bir unsuru olan güvenlik tedbirleri cezaların yetersiz kaldığı veya uygulanabilir olmadığı durumlarda devreye girmektedir. Ceza muhakemesinde, soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yürütülerek maddi gerçeğe ulaşılmasını ve/veya karar verildikten sonra cezanın infazını sağlayabilmek maksadıyla güvenlik tedbirleri olarak adlandırılan tedbirlere başvurulabilmektedir.³⁶⁰

³⁶⁰ Arslan, s. 249.

Güvenlik tedbirleri aynı zamanda durumun niteliğine veya gerekliliğe göre faili tedavi etmeyi ve topluma geri kazandırmayı da amaçlamaktadır.³⁶¹

Güvenlik tedbirleri, cezalara benzer ve cezalardan farklı nitelikleri, amaçları, kanundaki düzenleniş biçimleri uyarınca tanımlanmaktadır.³⁶² Bu doğrultuda doktrinde çeşitli tanımlar bulunduğu görülmektedir. Güvenlik tedbirleri, suç işleyen kişi hakkında, suçun konusu veya suç işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak koruma ya da iyileştirmeyi amaçlayan yaptırımlar³⁶³; suç işleyen kişinin yeniden suç işleme ihtimali ve tehlikelilik hali dolayısıyla uygulanan koruyucu nitelikteki yaptırımlar³⁶⁴; suçluyu eğiterek veya tedavi ederek sosyal hayata yeniden kazandırmayı amaçlayan tedbirler³⁶⁵; suçun işlenmesinden sonra hakim tarafından hükmedilen toplumsal savuma vasıtaları³⁶⁶ gibi şekillerde tanımlanmaktadır.

Güvenlik tedbirlerinin cezalardan ayrılan yönleri bulunmaktadır. Güvenlik tedbirleri cezalardan farklı olarak geleceğe yönelik³⁶⁷ olup ihlal ile değil failin kişiliği ile orantılıdır. Öte yandan güvenlik tedbirlerinin acı verici olma özelliğinin bulunmadığı söylenmekle beraber, bazı türleri bireyin özgürlüğünü sınırlayıcı nitelikte olduğundan cezalar kadar yoğun olmasa da acı verici olabilmektedirler.³⁶⁸

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlendiği durumlarda da kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması halinde tutuklama, arama gibi güvenlik tedbirlerine

³⁶¹ Toroslu/Toroslu, s. 477.

³⁶² Artuk, M.E.: Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.1-2, 2008, s. 461-492.

³⁶³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 959.

³⁶⁴ Koca, M./Üzülmez, İ., s. 470.

³⁶⁵ Toroslu/Toroslu, s. 477.

³⁶⁶ Artuk, s. 466.

³⁶⁷ Artuk, M.E./Yılmaz, E.: Teorik Açıdan Güvenlik Tedbirleri, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2020, s. 14.

³⁶⁸ Toroslu/Toroslu, s. 477.

başvurulabilmektedir. Bunun yanı sıra, delil toplanması açısından önem arz eden birtakım güvenlik tedbirlerinin ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından da öngörülmüştür. CMK'nın 128. maddesinde düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma, 135. maddede düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, 140. maddedeki teknik araçlarla izleme gibi tedbirler ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından da uygulanabilmektedir.³⁶⁹

Tüzel kişiler bakımından ele alındığında, yukarıda detaylarına yer verildiği üzere TCK kapsamında tüzel kişiler suç faili sayılmamakta³⁷⁰ ve tüzel kişilere ceza verilmesi mümkün olmamaktadır. Ancak TCK'nın 20/2. maddesi uyarınca, kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri tüzel kişilere uygulanabilecektir. TCK'nın Birinci Kitap Üçüncü Kısımının Güvenlik Tedbirleri başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 60. maddede tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirleri düzenlenmekte olup ilgili madde şu şekildedir:

“(1) 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.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

³⁶⁹ Arslan, s. 270.

³⁷⁰ Centel, N.: Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması-, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65, S.4, 2016, s.3314.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

Bahse konu madde kapsamında, yalnızca kanunda özel olarak belirtilmiş hallerde (TCK m.60/4)³⁷¹ özel hukuk tüzel kişilerine güvenlik tedbiri uygulanması düzenlenmektedir.³⁷² Başka bir deyişle, ilgili madde kapsamında yalnızca özel hukuk tüzel kişilerine güvenlik tedbirleri uygulanabileceği düzenlenmekte, özel hukuk tüzel kişilerine güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmesi ve bu suçu düzenleyen kanun maddesinde tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebileceğinin açıkça belirlenmesi gerekmektedir.³⁷³

Yukarıdaki açıklamalara paralel olarak, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi halinde tüzel kişilere güvenlik tedbirlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun ele alınması gerekmektedir. Buna ilişkin olarak, TCK'nın Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı bölümünde yer alan 242. madde önem taşımakta olup ilgili madde şu şekildedir:

“Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

³⁷¹ Demirbaş, s. 675.

³⁷² Centel, s.3314.

³⁷³ Centel, s.3317.

TCK'nın belirtilen 242. maddesi uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçu neticesinde yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabileceği düzenlenmektedir.³⁷⁴ Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. Yukarıda yer verilen, TCK'nın 60. maddesinde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri, faaliyet izninin iptali (TCK m. 60/1) ile müsadere (TCK m.60/2).³⁷⁵ Bu doğrultuda, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin kanunda *numerus clausus* ilkesi uyarınca sınırlı sayıda sayıldığını da belirtmek gerekmektedir.³⁷⁶

Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine kısaca değinmekte fayda vardır. Bunlardan ilki olan faaliyet izninin iptali, tüzel kişinin faaliyet konusuyla sınırlı olarak faaliyet izninin iptal edilmesi, başka bir deyişle faaliyette bulunmasının engellenmesidir.³⁷⁷ Faaliyet izni ise, kamu kurum ve kuruluşlarınca tüzel kişinin belirli bir alanda faaliyette bulunmasına müsaade edilmesidir.³⁷⁸ Faaliyet izninin iptal edilmesi için, özel hukuk tüzel kişisine bir konuda faaliyette bulunması için bir kamu kurumunca verilmiş bir izin bulunması; izin verdiği yetki kötüye kullanılarak kasıtlı bir suçun işlenmesi; tüzel kişinin organ veya temsilcinin suça iştirak etmesi şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁷⁹ Müsadereye ilişkin hükümler ise TCK kapsamındaki güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmiş olup tüzel kişiler bakımından da

³⁷⁴ Soyaslan, s. 644.

³⁷⁵ Demirbaş, s. 675; Aktaş, B.: *Türk ve İtalyan Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbiri Kuramı ve Kişi Hürriyetini Sınırlandırılan Güvenlik Tedbirleri*, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022, s. 427.

³⁷⁶ Gödekli, M.: *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020, s. 292.

³⁷⁷ Centel, s. 3319.

³⁷⁸ Gödekli, s. 293

³⁷⁹ Demirbaş, s. 675.

uygulanabilecektir.³⁸⁰ Müsaderede, tedbirin konusu bir eşya veya kazançtır.³⁸¹ Eşya müsaderesinde, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesi söz konusudur (TCK m. 54/1). Kazanç müsaderesinde ise, suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesi söz konusudur (TCK m. 55/1).³⁸²

3. Kabahatler Kanunu Kapsamında Uygulanacak İdari Yaptırım

Toplum düzenini, genel ahlâkı, sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak maksadıyla kabahatlere ilişkin ilkeler, yaptırımlar ve süreçler 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmektedir. Kabahatler Kanunu kapsamında idari yaptırımlar, idari cezalar, bunlara ilişkin uygulama ve süreçler de yer almaktadır.³⁸³ Bahse konu Kanun kapsamında uygulanacak yaptırımlar idari para cezaları üzerine kurulmuştur.³⁸⁴

İhaleye fesat karıştırma suçu açısından bakıldığında, tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirlerinin detaylarına yukarıda yer verilmiş olup bu güvenlik tedbirleri dışında tüzel kişilere uygulanabilecek idari para cezaları³⁸⁵ Kabahatler Kanunu'nun Tüzel Kişilerin Sorumluluğu başlıklı 43/A maddesinde yer almaktadır. İlgili madde şu şekildedir:

³⁸⁰ Demirbaş, s. 676.

³⁸¹ Aktaş, s. 428.

³⁸² Centel, s. 3319-20.

³⁸³ Otacı, C.: Türk Kabahatler Hukuku, Ankara, 2006, s. 4.

³⁸⁴ Otacı, s. 4.

³⁸⁵ Centel, s. 3319.

“(1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından;

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun; ... 3) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun, ... tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından elli milyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Ancak idari para cezası, işleme veya eyleme konu menfaatin iki katından az olamaz.

(2) Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkra da sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.”

Belirtilen madde kapsamında, bir tüzel kişinin³⁸⁶ organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişilerin sorumlulukları düzenlenmektedir. Bu kişiler tarafından ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi halinde tüzel kişi, Kabahatler Kanunu’nun 43/A maddesinde öngörülen idari para cezası ile cezalandırılacaktır.³⁸⁷

Bahse konu madde kapsamına dahil olan suçlar sayma yöntemi ile belirlenmiş olup bu suçlar dışındaki suçlar dolayısıyla 43/A. madde uyarınca idari para cezası söz konusu olmayacaktır.³⁸⁸ Bu maddede yer alan düzenlemenin, *sui generis* bir

³⁸⁶ Centel, s. 3316.

³⁸⁷ Yurtcan, E.: Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s. 358.

³⁸⁸ Yurtcan, s. 358-362.

düzenleme olduğu söylenebilir; zira maddede TCK kapsamında düzenlenen suçlar sayılmakta, suçlar karşılığında ise kabahat yaptırımları düzenlenmektedir.³⁸⁹ Bu madde uyarınca, idari para cezasına karar verme yetkisi sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkemeye aittir.

Öte yandan, 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 26. maddesi ile, Kabahatler Kanununun 43/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*bir özel hukuk tüzel kişisi*” ifadesi “*bir tüzel kişi*” şeklinde değiştirilerek, madde kapsamında sayılan suçların, özel hukuk tüzel kişisinin yararına işlemesi şartı kaldırılmıştır.

³⁸⁹ Centel, s. 3321.

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesi, idarenin kanuniliği ve güvenilirliği aracılığıyla kendini göstermektedir. İdarenin, yaptığı işlemlerde etik değerlere ve hukuk kurallarına bağlı uygulamalar ile kamu yönetimini sağlaması, hem doğrudan ilgili kişilerin hem de genel olarak toplumun güveninin korunması bakımından önem taşımaktadır. Ek olarak, kamuyu ilgilendiren iş ve işlemlerde, kamu yararının gözetilmesi ve kamu kaynaklarının verimli kullanımı da iyi bir kamu yönetiminin söz konusu olabilmesi bakımından zaruridir. Ancak bu şekilde toplumun hem kamu kurum ve kuruluşlarına hem yargıya hem de devlete olan güveni sağlanacak ve korunacaktır.

Türkiye’de süregelen yasal düzenlemelere ve uygulamalara bakıldığında, kamuya ilişkin iş ve işlemlerin her zaman kanunda belirtilen ilkeler ve etik değerler çerçevesinde gerçekleştirilmediği görülmektedir. Etik dışı davranışların ve hukuka aykırı uygulamaların en çok görüldüğü alanlardan biri de kamu ihaleleridir. Kamu ihalelerindeki hukuka aykırı davranışlar, ayrımcılık, idarenin takdir yetkisini kötüye kullanması, kamu görevlilerinin görevlerini kötüye kullanmaları ve genel olarak mevzuattaki eksik veyahut yetersiz düzenlemeler yolsuzluk olgusunun günden güne artmasına sebep olmaktadır. Öte yandan, yolsuzluğun kamu yönetiminde varlığının sebeplerinden bazıları olarak da bürokratik ayrıcalıklar ve yetersiz denetim de gösterilmektedir.

Kamu ihalelerinin ekonomideki belirleyici rolü ve idareyle doğrudan ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda, bu sürecin tam ve doğru bir biçimde yasal zemine oturtulması, bu doğrultuda da kanuna ve kanundaki kendine özgü kurallarına uygun olarak yürütülmesi önem taşımaktadır. Detayları açıklandığı üzere kamu ihalelerindeki

temel amaç en avantajlı ve uygun şartlarla kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasıyla kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla kamu ihaleleri bakımından ilgili mevzuatta öngörülen ilke ve esaslar uygun davranılması zaruridir. Bu ilke ve esaslara aykırılıklar TCK kapsamında düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu ile büyük oranda örtüşmektedir. Bu bağlamda, kanun koyucu da kamu ihalelerinin usulüne uygun olarak yürütülmesine, kanunda yer alan ilke, esas ve mekanizmaların bozulmasını engellemeye ilişkin olarak cezai yaptırım öngörmüştür. TCK'nın 235. maddesinde yer alan ihaleye fesat karıştırma suçu en genel anlamda bu amaca hizmet etmektedir; sosyal ve ekonomik sebepler dolayısıyla, toplumun menfaatlerinin gözetilmesi, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütülmesi ve kamu görevlilerine duyulan güvenin korunması amaçlanmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçu, bireylerin, toplumun ve kamunun ekonomik menfaatlerini, serbest rekabet ortamını, devlete ve ihalelere duyulan güveni korumaya hizmet ettiğinden çok hukuki konulu bir suç olarak ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, ihaleye fesat karıştırma suçundan söz edilebilmesi için, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına, kiralamalara, yapım ihalelerine; kamu kurum veya kuruluşları adına olmasa da bunlar aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmelere; kamu kurum 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 kiralamalar ilişkin bir ihalenin söz konusu olması gerekmektedir. Doktrindeki birtakım görüşlere göre, bu ihaleler suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. Ancak maddi konunun cismani bir varlık olarak bir insan veya şey

olması yönündeki görüş birliği de göz önünde bulundurulduğunda, bir süreci ifade eden ihaleler, suçun maddi konusunu oluşturamayacaktır. Ancak suç tanımında yer alan davranışlar ile fesat karıştırılan ve suçun maddi konusu olarak nitelendirilebilecek şey ihale sürecindeki işlemler veya bahse konu davranışların yöneldiği kişiler olabilecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından geniş anlamda mağdurun toplumu tümü olduğu değerlendirilmektedir. Bunlar dışındaki gerçek ve tüzel kişiler, somut olayın niteliklerine ve mevzuatta yer alan şartların gerçekleşmesine bağlı olarak suçtan zarar gören olabilecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun faili ise, genel anlamda özel bir şarta bağlanmamışsa da kanuni tanımında yer alan her bir seçimlik harekete göre farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bazı hareketler bakımından fail özel bir nitelik taşımamakta, bazı hareketler bakımından özgü suç, bazıları bakımından ise çok failli suç söz konusu olmaktadır.

Suçun kanunda tanımlanış biçimi bakımından, her türlü davranış suçu meydana getirme bakımından elverişli olmayıp yalnızca kanunda sayma yöntemiyle sıralanan davranışların ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verebileceği kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, maddede birden çok davranış düzenlenmiş olup bunlardan bir veya birkaçının meydana getirilmesiyle suç oluşmuş olacaktır. Kısa bir deyişle, ihaleye fesat karıştırma suçu bağlı hareketli ve seçimlik hareketli bir suç tipidir. Öte yandan, netice bakımından ele alındığında, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf davranış suçu niteliğindedir. Zira suç, maddenin birinci ve beşinci fıkrasında sayılan ihalelere yönelik olarak ikinci fıkra da sayılan seçimlik hareketlerden bir veya birkaçının

gerçekleştirilmesi ile oluşmuş olacaktır, ihalenin iptal edilmesi veyahut bir zarar meydana gelmesi gibi neticeler suçun oluşması bakımından gerekli değildir. Suçun kanuni tanımında taksirle işlenmesi hali düzenlenmediğinden, ihaleye fesat karıştırma suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur.

TCK'nın 235/3-a. maddesinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlenmekte olup buna göre suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamayacaktır. TCK'nın 235/3-b. maddesinde ise suçun temel biçimine göre daha az cezayı gerektiren bir durum düzenlenmekte olup maddenin lafzı dolayısıyla bu hususun niteliği oldukça karmaşık ve tartışmalıdır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun sırf davranış suçu olması dolayısıyla teşebbüse elverişli olmadığını savunanlar bulunmakla beraber, suç tanımında sayılan davranışlardan kısımlara bölünmeye elverişli olanlar bakımından teşebbüsün mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

İştirak, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından ele alındığında herhangi bir özellik taşımamakta olup iştirakin her türlü mümkün olabilecektir. Bu noktada, suçun çok faili suç veya özgü suç biçiminde ortaya çıktığı hallerde, suçu meydana getiren davranışın ve faillerin özelliklerine göre iştirakin değerlendirilmesi ve belirlenmesi gerekmektedir. TCK'nın 235/3-a ve 235/4 maddelerinde, ihaleye fesat karıştırma suçunda gerçek içtimaî düzenlenmekte, kasten yaralama veya tehdit suçlarının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde failin ayrıca bu suçlardan dolayı cezalandırılacağı ve görevlilerin menfaat temin etmiş olmaları halinde yine ilgili suç hükmüne göre ayrıca cezalandırılacağı

öngörülmektedir. Bunun yanı sıra, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından diğer içtima türlerinin meydana gelmesi de mümkün olup somut olaya ve davranışa göre ilgili içtima hükümleri uygulanacaktır.

TCK'nin 235. maddesinde veya başka bir kanunda özel bir şart öngörülmediğinden suçun soruşturulması ve/veya kovuşturulması için herhangi bir şikâyet veya izin aranmamaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. İhaleye fesat karıştırma suçunu ilişkin olarak TCK'nın ilgili 235. maddesinde hapis cezası öngörülmüş olup hapis cezasından başkaca bir yaptırım uygulanması mümkün olmayacaktır. Buna ek olarak, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi halinde ve kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması şartıyla güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir.

Bu çalışma kapsamında gerek ihalelere ilişkin yasal düzenlemeler gerekse Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümler bağlamında kamu ihalelerini ve en nihayetinde ihaleye fesat karıştırma suçunu inceleme gayreti gösterilmiştir. Her ne kadar kamu ihalelerine ve ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin birtakım yasal düzenlemelerin bulunduğu, bu düzenlemelerin tarihsel süreç içerisinde birçok değişiklik geçirerek mevcut hallerini aldıkları açıkça görülmekteyse de uygulamaya bakıldığında kamu ihalelerinin ihale ilkelerine ve kanuna uygun olarak işletilmesi, yolsuzluğun engellenmesi veya azaltılması bakımından yetersiz kaldıkları bir gerçektir. Çalışmada da birçok kez değinildiği üzere, ihaleye fesat karıştırma suçu kanunda düzenleniş biçimi bakımından eksiklikler ve belirsiz ifadeler içermekte; gerek doktrinde, gerek Yargıtay kararlarında gerekse uygulamada çelişkilere ve görüş ayrılıklarına yol açmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, ilk adım yolsuzluğu mümkün olduğunca önleyecek bir mevzuat

oluşturulması ve bu mevzuatın uygulanabilmesi için gerekli altyapının sağlanması olmalı, ardından kamu görevlileri başta olmak üzere toplumun genelinde kamu yönetimindeki etik ve ahlaki değerlere ilişkin bilinç kazandırılmalıdır. Bunun zor ve uzun bir süreç olacağı göz önünde bulundurulduğunda, mevcut uygulamadaki sorunların belirlenmesinin ardından denetimin kuvvetlendirilmesi, bu konudaki yargı sürecinin hızlandırılması ve nihayetinde daha kapsayıcı, uygulanabilir ve caydırıcı yaptırımlar belirlenmesi önem arz etmektedir.



KAYNAKÇA

Ackerman, S. R.: *Corruption And The Criminal Law*, Forum on Crime and Society, C.2, S.1, 2002, s.4-7.

(https://www.unodc.org/documents/treaties/publications/corruption_criminal_law.pdf)

Akbulut, B.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, CHD, S.9, 2009, s. 41-116.

Akdoğan, M.: *Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, S.2, 2014, s. 683-692.

Akel, Y. N.: *İdari Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.6, S.11, 2018, s. 1-47.

Akpınar, N.: *4734 sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Kamu İhale Usulleri (5812 Sayılı Kanun Değişikliği İle Genel Bir İnceleme)*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.19, S.38, 2020, s. 132-154.

Aktaş, B.: *Türk ve İtalyan Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbiri Kuramı ve Kişi Hürriyetini Sınırlandırılan Güvenlik Tedbirleri*, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022.

Altun, M./ Sayer, A./ Barutçu, A.: *Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kararları Işığında Kamuda Görülen Etik Dışı Davranışlar ve Yolsuzluklar*, Sayıştay Dergisi, S.91, 2013.

Arrowsmith, S.: The Law of Public and Utilities Procurement, Second Edition, Thomson Sweet and Maxwell, Londra 2010.

Arslan, Ç.: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Artuk, M.E.: Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.1-2, 2008, s. 461-492.

Artuk, M.E./Gökçen, A./ Yenidünya, C.: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.

Artuk, M.E./Yılmaz, E.: Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2020, s. 7-43.

Avcı, A.: *Ekonomik Kamu Düzeninin Korunmasına Yönelik Kamu İhale Hukuku İlkeleri*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2021, s. 339-373.

Azimli Çilingir, G./Durna, D.: *1925 Tarihli Müzayedeye, Münakasa ve İhale Kanununa Göre Kamu İhale Usulü*, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, s. 195-216.

Berksoy, T./Yıldırım, N. E.: *Yolsuzluk Kavramına Genel Bir Bakış*, Journal of Awareness, C.2, S.1, 2017, s. 1-18.

Bilgin, H.: *5812 Sayılı Kanun İle Kamu İhale Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.86, 2009, s. 339-382.

Birtek, F.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı ve Tespiti*, Ceza Hukuku Dergisi, C.15, S.44, 2020, s. 711-745.

Bovis, C.: *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, First Edition, Oxford University Press, 2009.

Busu, M./Busu, C.: *Detecting Bid-Rigging in Public Procurement. A Cluster Analysis Approach*, Administrative Sciences, C.11, S.13, 2021, <https://doi.org/10.3390/admsci11010013>.

Buz, V.: *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Can, O.: *Kamu İhale Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2021.

Centel, N.: *Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması-*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65, S.4, 2016, s.3313-3326.

Clark, R./ Coviello, D./ Gauthier, J. F./ Shneyerov, A.: *Bid Rigging and Entry Deterrence in Public Procurement: Evidence from an Investigation into Collusion and Corruption in Quebec*, The Journal of Law, Economics & Organization, C.34, S.3, s. 301-363.

Çapar, A.: *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2020, s. 87-117.

Çetinkaya, Ö.: *Evaluation of Public Procurement System Considering the Principles of Competition, Transparency and Equal Treatment*, Business and Economics Research Journal, C.5, S.3, 2014, s. 97-112.

Çetinkaya, Ö./Filibe, M./Üstün, K.: *Tarihsel Boyutu ile Kamu Alım Usullerindeki Gelişmeler ve Günümüzdeki Yapının Değerlendirilmesi*, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, C.6, S.1, 2018.

Çolak, M./Demirboğa, D. A.: *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, Ankara, 2014.

Danışman, M.: *İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, 2. Baskı, Ankara, 2014.

Demirbaş, T.: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2020.

Demirboğa, D. A.: *Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri)*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.5, S.9, 2017, s. 181-201.

Doğanyığıt, S./ Güvendi, İ.: *İhale ve Sözleşme Hukuku*, Ankara, 2016.

Dönmezer S./Erman, S.: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2*, İstanbul, 2019.

Dülger, M. V.: *Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi*, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C: 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008. (çevrimiçi)

Eroğlu, F./Retornaz, E. A./Kangal, Z. T./ Bozbayındır, G. B./Bayraktar, K./Evik, V. S./ Kartal, P. M./ Evik, A. H./ İnceoğlu, A. A./ Yıldız, A. K.: *Özel Ceza Hukuku Cilt 8, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul, 2021.

Evik, A. H.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri*, Ceza Hukuku Dergisi, S.33, 2017, s. 7-46.

Giosa, P. A.: *Division of Public COntacts into Lots and Bid Rigging*, European Procurement & Public Private Partnership Law Revies, C.13, S.1, 2018, s. 30-38.

Gödekli, M.: Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020.

Gökcan, H. T./Artuç, M.: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Gören, Ö.: Mali Suçlar Hukuku, Ankara 2012.

Gözler, K./Kaplan, G.: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2020.

Gözübüyük, Ş./Tan, T.: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Ankara, 2021.

Günday, M.: İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017.

Gürün, F./Özcan, E.: *Avrupa Birliği Direktifleri Doğrultusunda Kamu Alımlarında 4734 Sayılı Kanun, Yolsuzluk ve Denetim Olgusu*, Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.4, S.7, 2018, s. 309-336.

Hafızoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar, Ankara, 2017.

İnan, A.: İhale Hukuku Ders Notları, 6. Baskı, Ankara 2021.

Karaaslan, E.: *Kamu İhale Mevzuatında Kapsam Sorunsalı*, Mali Kılavuz Dergisi, C.6, S.24, 2004.

Katoğlu, T.: *Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2012, s. 657-693.

Kazancı, B. E.: *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Ankara, 2007.

Kibar, İ./ Çelik, İ.: *Ender Corruption (the Articles 235 and 23 of the Turkish Penal Code)*, GSI Articletter, C.19, 2018, s. 177-196.

Koca, M./Üzülmez, İ.: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Köktaş, A./ Karaosmanoğlu, F./ Bilgiç, V. K.: *Kamu İhaleleri ve Etik*, Yolsuzluğun Önlenmesi için Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması, 2009.

Malkoç, İ.: *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 3. Cilt, Ankara, 2013.

Meriç, G.: *Proje İhalelerinde Kamu İhale Mevzuatının Uygulanması Üzerine Eleştirel Bir Deneme*, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s. 113-120.

Oktar, S.: *Yolsuzluk Ekonomisi*, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, C.18, S.1, 2003, s. 13-27.

Orhan, U.: *Suçun Maddi Konusu*, Ankara, 2023.

Otacı, C.: *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara, 2006.

Ozan, C.: Kamu İhale Hukuku, Ankara, 2021.

Özer, B./Mıynat, M.: *Türkiye’de Uygulanan Kamu Tedarik Usullerinin Yolsuzluk Riski Açısından Analizi*, CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C.14, S.2, 2016, s. 21-50.

Özgenç, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Özgenç, İ.: İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Parlar, A.: Türk Ceza Kanunu’nda Tefecilik ve İhaleye İlişkin Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015.

Poyraz, E.: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Terazı Hukuk Dergisi, C.8, S. 83, 2013, s. 14-30.

Sancar, A. E.: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.2, 2014, s.151-177.

Sarıtaş, H.: *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Sayıştay Dergisi, S.73, s. 51-68.

Soyaslan, D.: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020.

Soyaslan, D.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9, S.2, 2012, s. 167-212.

Soyaslan, D.: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, 2013, s. 403-406.

Soyaslan, D./Kemer, M./Gülseven, M.: *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Sucuoğlu, A. N.: *İhaleye Fesat Karıştırma*, Ankara 2021.

Şahin, S.: *Kamu İhale Usulleri*, 1. Baskı, İstanbul 2017.

Şen, E./Aksüt, E.: *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, 1. Baskı, Ankara 2012.

Şener, O.: *Uluslararası Yolsuzluk Endeksi*, M.Ü. AT Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.6, S.1, 1998, s. 171-178.

Tan, F. Z./Çekinmez, Ş./Erol, M.E.: *Türkiye’de Yolsuzluk*, ECONDER International Academic Journal, C.2, S.2, 2018, s. 238-249.

Tan, T.: *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara 2015.

Taylor, R./ Taylor, D.: *Contract Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2011.

TBMM: *Kamu İhale Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu*, 2001.
(Erişim:<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>)

THAI, K. V.: International Handbook of Public Procurement, Boca Raton, Taylor and Fransic Group, 2009.

Toker, Ç.: Kamu İhalelerinde Olağan İşler, 1. Baskı, İstanbul 2019.

Toprak, E.: *Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.32, S.145, 2019, s. 369-396.

Toprak, E.: Kamu İhaleleri, Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetmel ve Siyasi Boyutu, Ankara 2016.

Toroslu, N.: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Toroslu, N./Feyzioğlu, M.: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.

Toroslu, N./Toroslu, H.: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023.

Toroslu, N./Toroslu, H.: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024.

Uysal, C.: *İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi*, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.147, 2018, s.115-125.

Uz, A.: Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

Ünver, Y.: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Üstün, Ü. S./Çalış, H. S.: *4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hakim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, 2018, s. 111-147.

Üstün, Ü. S./Çalış, H. S.: *4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Doğrudan Temin Usulü*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.1, 2019, s. 11-36.

Yasak, M.: *Kamu ihale Sisteminde Yenilikler-2*, İhale İmar Dergisi, 2003, C.1, S.2.

Yıldız, H.: *Kamu İhale Kurumu'nun İhale Sürecindeki Kararları ve Bu Kararların Yargısal Denetimi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.70, S.1, 2021, s. 295-331.

Yurtcan, E.: *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.

Zabunoğlu, Y.K.: *İdare Hukuku Cilt.1*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.