

T.C.
ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS
PROGRAMI

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Ayşe Selcen KAYA

ANTALYA-2020

T.C.
ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS
PROGRAMI

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Ayşe Selcen KAYA

Tez Danışmanı
Dr. Öğretim Üyesi İnanç İŞTEN

ANTALYA-2020

ONAY/BİLDİRİM FORMU

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

Ayşe Selcen KAYA'ya ait "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu" adlı bu tez çalışması Tez Kurulumuz tarafından Kamu Hukuku ANABİLİM DALI Tezli Yüksek Lisans PROGRAMI tezi olarak oybirliği / oyçokluğu (..../...) ile kabul edilmiştir.

Akademik Ünvanı, Adı ve Soyadı İmzası

Danışman :,

Üye :,

Üye :,

Enstitü Müdürü :,

Tez Sınavı Tarihi :

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DOĞRULUK BEYANI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışımında alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

.... / / 2020

Ayşe Selcen KAYA

İmzası

ÖZET

İhaleye fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Özel Hükümler*” isimli ikinci kitabının “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü kısmının “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete ilişkin Suçlar*” başlığını taşıyan dokuzuncu bölümünün 235. maddesinde düzenlenmiştir. Madde 235’in 1 ve 5. fıkralarında hangi ihalelerin ve kurumların suçun kapsamına girdiği, 1. fıkra suçun temel cezası, 2. fıkrasında suçu oluşturan fesat karıştırıcı hareketlerin neler olduğu, 3. fıkrasında suçun nitelikli halleri, 4. fıkra ise içtima hükümlerinin uygulanacağı halleri düzenlenmektedir. 11 Nisan 2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun’un 12. maddesi ile 235. maddede bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmada suçla ilgili bu değişikliklerle beraber, ihale ve suç hakkında genel bilgi verilmiş; suçun unsurları, özel görünüş şekilleri, yaptırımları, muhakeme ve yargılama usulü incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İhale, ihaleye fesat karıştırma suçu, ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar, ihale çeşitleri, kamu ihale hukuku.

ABSTRACT

The crime of rigging in tenders settled in article 235 of Turkish Penal Code no.5237. This article is in Second Book named “*Special Provisions*” in Third Part “*Offences Against the Public*” in Ninth Part named “*Offences Against the Economy, Industry and Trade*”. The first and fifth paragraphs include which tenders and institutions are in the scope of this crime, the first paragraph is about the basic penalty, the second paragraph includes what the acts of rigging are, the third paragraph includes qualified versions of this crime, the fourth paragraph includes the situations that aggregation provisions will be applied. The law number 6459 of 11 April 2013’s twelfth article has made some changes of article 235 of Turkish Penal Code. In this study the general information about tender and the crime of rigging in tenders is given and the elements of crime, the special forms of crime, the punishment, the procedure examined.

Keywords: Tender, the crime of rigging in tenders, offences against the economy, industry and trade, types of tenders, public tender law.

ÖNSÖZ

Türk Hukuku'nda ihalelerin ve bu ihalelerin sonrasında akdedilen sözleşmelerin uygulanmasında kullanılan üç temel kanun mevcuttur. Bunlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'dur. Devlet tarafından harcama yapılmasını gerektiren işlerin ihalelerinde 4734 ve 4735 sayılı kanunlar, gelir elde edilmesine yönelik işlerin ihalelerinde de 2886 sayılı kanun uygulanmaktadır.

İhale süreci, idare tarafından kamunun ihtiyaçlarını karşılamak için başlatılan ve sürecin sonunda sözleşmenin imzalanmasıyla sona eren bir süreçtir. İdare bu süreçte kamu hizmetinde bulunduğu için, ihale işlemlerini yapmakla görevli olan kamu görevlisinin ve bu işlemlerde rol alan diğer kişilerin, toplumun kamu idaresine duyduğu güveni zedeleyici tutumlar içerisine girmesi, ceza hukuku bakımından yaptırım uygulanmasını gerektirir.

Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım, satım, kiralama ile yapım işlerine ilişkin ihalelere veya ihale sürecindeki işlemlere fesat karıştırma teşkil eden eylemler, 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu olarak yaptırıma bağlanmıştır. İhale ve ihale sonrasında akdedilen sözleşme süreçlerinde gerçekleştirilen mevzuata aykırı her davranışın ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağından bahsedilemez, zira TCK'nın 235. maddesinde hangi fiillerin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağı teker teker sayılarak belirtilmiştir. İhaleye fesat karıştırma suçu, ancak TCK md. 235'teki sınırlı sayıda sayılmış olan hareketlerin yapılmasıyla işlenebileceği için seçimlik ve bağlı hareketli bir suçtur. İhaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne ilişkin toplumsal güven ve ekonomik düzenin işleyişi ile ekonomide istikrar ve dengenin sağlanmasıdır.

İhaleye fesat karıştırma suçu, 765 sayılı mülga TCK'nın 205, 208, 366, 367 ve 368. maddelerinde birkaç farklı madde başlığı altında düzenlenmiştir. İhaleye fesat

karıştırma suçu, 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesi ile tek bir başlık altında düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca 765 sayılı mülga TCK'daki devlet hesabına yapılan ihale ile hükümet hesabına yapılan ihale ayrımı, 5237 sayılı TCK'da yer almamaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı TCK ile köklü bir değişikliğe uğradıktan sonra uygulamada mahkeme içtihatları tam olarak belirgin hale gelmeden, 11/04/2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde tekrardan büyük değişiklikler yapılmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihaleler yalnızca alım, satım, yapım, kiralama işlerine ilişkin ihaleler olmayıp, taşıma işleriyle ilgili ihaleler de kamu kurum ve kuruluşları adına yapılır. Ancak suç ve cezada kanunilik ilkesi gereği, taşıma işleriyle ilgili ihaleler TCK md. 235'te suçun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşları arasında sayılmadığı için taşıma işlerine ilişkin ihalelere fesat karıştırıldığı takdirde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Yasa koyucunun hem kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelere fesat karıştırılmasını önlemeye çalışıp hem de taşıma işlerine ilişkin ihaleleri TCK md. 235 kapsamına dahil etmemiş olması, önleme amacına hizmet etmemektedir. Sayılan ihale türlerinin madde kapsamındaki ihalelere dahil olmamasının hiçbir hukuki gerekçesi bulunmamaktadır. Bu bakımdan çözüm olarak kanun metninde taşıma işlerine ilişkin ihalelerin de dahil edileceği kanun değişikliği yapılmalıdır.

Suçla ilgili bir diğer sorun noktası da 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe gireli 15 sene olması dolayısıyla yeni yeni fesat karıştırma niteliğindeki fiillerin ortaya çıkmakta olması sebebiyle, TCK md. 235'in kapsamının yeniden belirlenmesi gereğidir. Örneğin, ihaleler artık internet yoluyla da yapılmakta, internet yoluyla yapılan e-ihalelere internet alanında uzmanlaşmış hacker vb. kişilerce siber saldırı yoluyla ihaleye katılmak isteyen isteklilerin katılması veya ihale yapılması mümkündür. Bu bakımdan, bu ve benzeri hareketler tespit edilerek, TCK md. 235 metnine bu suçun elektronik ortamlarda işlenmesi halinde oluşacağı hususu da yeni kanun değişikliği ile beraber eklenebilir.

Suçla ilgili bir diğer sorun noktası da uygulamada ihale yapılması gereken bir halde ihale yapılmaksızın işin doğrudan bir kişiye verildiği veya önce ihale konusu işin

yapılıp daha sonra sırf işi yapan kişiye para ödenmesi için şekli olarak ihale yapan kişilerin kanunu dolanması durumlarıdır. Bu durumların sonucu olarak, ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunmak isteyen hukuki değer korunamamaktadır. Çözüm yolu olarak TCK md. 235/2-a'ya *“kanunen ihale yapılması gereken hallerde ihale yapılmadan işin doğrudan verilmesi veya önce işin yapılıp sonra görünüşte ihale yapılması”* halleri de hileli hareket olarak yeni kanun değişikliği ile beraber eklenmelidir.

Suçla ilgili bir diğer sorun noktası da ihale komisyonunun ya da ihale görevlisinin isteklilerce kendilerine sunulan belgelerin sahte olup olmadığını araştırma yükümlülüklerinin olmamasıdır. İhale gibi ciddi sonuçlar doğuran bir kamusal faaliyette böyle bir yükümlülüğün öngörülmemiş olması büyük eksikliktir. İhale komisyonuna ihaleye katılmak isteyen istekliler tarafından sunulan belgelerin sahte olup olmadığını ya da ihaleye katılan kişilerin yeterli koşullarına sahip olup olmadıkları bilirkişi vb. vasıtalarla araştırma yükümlülüğü yeni kanun değişikliği ile beraber getirilmelidir.

Suçla ilgili bir diğer sorun noktası da hem TCK md. 235/2-b'de hem de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 61. maddesinde ihale mevzuatına göre gizli tutulması gereken bilgilerin başkalarına ulaştırılması yasaklanmış olmasına karşın, gizli tutulması gereken bilgilerin neler olduğu ayrıca belirtilmemiş olmasıdır. Çözüm olarak, TCK md. 235'te veya 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ayrı bir maddesinde ihale türüne göre gizli belgelerin neler olduğu açıklanmalıdır. Bir diğer sorun noktası, gizli bilgilerin tekliflerle ilgili olmaması durumunda TCK md. 235'teki suçun oluşmamış olmasıdır. İhale sürecinde gizli kalması gereken her bilgi, tekliflerle alakalı olmayabilir. Örneğin, idarenin bu ihale sebebiyle edeceği kâr miktarı başkalarına ulaştırılmışsa da ihaleye fesat karıştırılmış olacak, kamu zararı meydana gelecektir. Dolayısıyla çözüm olarak TCK md. 235/2-b'deki cümlelerin başına *“ihale sürecindeki işlemlerle ilgili”* ifadesi yeni kanun değişikliği ile beraber getirilmelidir.

Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'nün Kamu Hukuku/ Ceza Hukuku alanında yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu tez çalışmamın tüm oluşum aşamalarında yardımlarını esirgemeyen tez danışmanım Sayın Dr. Öğretim Üyesi İnanç İşten' e, Araştırma Görevlisi Sayın Selami Cin'e ve Araştırma Görevlisi Sayın Kerem Öz'e;

Öğrenim hayatım boyunca şahsıma emeği geçmiş tüm kıymetli hocalarıma ve desteklerini benden esirgemeyen aileme teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Ayşe Selcen KAYA



İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM KAMU İHALE USULÜ VE İHALE USULÜNÜN CEZA NORMU İLE KORUNMASI

I. KAMU İHALE USULÜ.....	5
A. Genel Olarak İhale Kavramı.....	5
B. İhalenin Amacı ve Hukuki Niteliği.....	7
C. İhale Sürecine Egemen Olan İlkeler.....	9
D. İhalenin Aşamaları.....	19
E. İhale Usulleri.....	20
1. Açık İhale Usulü.....	21
2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü.....	21
3. Pazarlık Usulü.....	22
4. Kapalı Teklif Usulü.....	23
5. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü.....	23
6. Açık Teklif Usulü.....	24
7. Yarışma Usulü.....	24
F. Doğrudan Temin.....	25

G. İhale Sürecindeki Yasak Fiil ve Davranışlar.....	26
---	----

II. CEZA NORMUNUN KONUSU OLARAK KAMU İHALE USULÜ.....30

A. Genel Olarak İhaleye Fesat Karıştırma Suçu.....	30
1. Tarihsel Gelişim.....	34
2. Benzer Suçlarla Karşılaştırma.....	49
a. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu.....	49
b. Dolandırıcılık Suçu.....	52
c. Cebir ve Tehdit Suçları.....	55
d. İş ve Çalışma Özgürlüğünü İhlal Suçu.....	56
e. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması Suçu.....	57
f. Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu.....	58
g. Görevi Kötüye Kullanma Suçu.....	58
B. Suçla Korunan Hukuki Değer	60

İKİNCİ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI

I. SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....62

A. Fail	62
B. Mağdur.....	66
C. Suçun Konusu.....	67
D. Fiil (Hareket).....	70
1. Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Kişilerin İhaleye Katılmasını Engellemek (md. 235/2-a- 1).....	79

2. Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak (md. 235/2-a-2).....	83
3. Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak (md. 235/2-a-3).....	86
4. Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Halde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak (md. 235/2-a-4).....	90
5. Teklifler İle İlgili Olup Da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak (md. 235/2-b).....	90
6. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle ya da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek (md. 235/2-c)	95
7. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları (md. 235/2-d).....	98
II. SUÇUN MANEVİ UNSURU	101
III. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	103
IV. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI.....	105
A. Ağırlaştırıcı nedenler.....	105
B. Hafifletici Nedenler	106
V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	108
A. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme.....	108
B. İştirak	110
C. İçtima.....	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YAPTIRIM, MUHAKEME VE YABANCI HUKUK ÖRNEKLERİ

I. YAPTIRIM	113
II. GÜVENLİK TEDBİRLERİ	114
A. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma	114
B. Müsadere.....	116
C. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri.....	117
D. Diğer Güvenlik Tedbirleri	117
III. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ.....	118
IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	119
V. DAVAYA KATILMA.....	120
VI. ZAMANAŞIMI	121
VII. YABANCI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER.....	122
A. Almanya.....	124
B. Avusturya.....	125
C. Fransa.....	126
D. İtalya.....	128
E. İspanya.....	129
SONUÇ.....	133
KAYNAKÇA	136
ÖZ GEÇMİŞ.....	146

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	:	Avrupa Birliği
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CMK	:	Ceza Muhakemeleri Kanunu
DİK	:	Devlet İhale Kanunu
E.	:	Esas
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	:	İcra ve İflas Kanunu
K.	:	Karar
KİK	:	Kamu İhale Kanunu
KİSK	:	Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunu
KİT	:	Kamu İktisadi Teşebbüsleri
KMYKK	:	Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu
Md.	:	Madde
MÖ	:	Milattan Önce
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
vb.	:	Ve benzeri

vd. : Ve Devamı



GİRİŞ

Ticari hayat gerçek kişilerin ve gerçek kişilerin birleşmesiyle oluşan tüzel kişilerin yürüttüğü ekonomik faaliyetlerden oluşmaktadır. Ekonomik faaliyetlerin yürütülmesi sırasında mal ve hizmetler alınmakta veya satılmaktadır. Bu alım veya satım işlemlerinin gerçekleştirilme sebebi, mal veya hizmetlere ihtiyaç duyulmasıdır.¹

Mal veya hizmetlere duyulan ihtiyaç ticari hayatın işleyişinden veya mesleki gereklerin yerine getirilmesinden kaynaklanmakta olup, gerçek veya tüzel kişiler bu ihtiyaçlarını karşılamak ve sahip oldukları yükümlülükleri yerine getirmek için ihtiyaçları olan mal veya hizmetlerin alımını gerçekleştirmekle beraber, gelir elde etmek veya sahip oldukları yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla ellerinde bulunan mal veya hizmetleri satmaktadırlar. Bu alım veya satım işlerinin gerçekleştirilmesiyle, birçok farklı türde ticari ve hukuki ilişkiler kurulmaktadır.² Tüzel kişilerden kasıt, kamu kurum ve kuruluşları ile bu kurum ve kuruluşlara bağlı olan şirket ve vakıflardır. Bu tüzel kişiler, kamu hizmetlerini yürütme yükümlülüğü altındadır ve bu yükümlülüklerini yerine getirirken, gereksinim duydukları mal ve hizmetleri almak, satmak, kiralamak veya bunların yapım işlerini gerçekleştirmek isterler. Bu tüzel kişiler gereksinim duydukları mal veya hizmetleri almak, satmak, kiralamak veya bunların yapım işlerini gerçekleştirmek için de piyasadaki diğer gerçek veya tüzel kişilerle birtakım ticari veya hukuki ilişkiler kurmak zorundadırlar. Bahse konu tüzel kişilerin nihai amacı kamu hizmetlerini mümkün olan en iyi şekilde yürütmek olup, bu tüzel kişiler bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında hasıl olan ihtiyaçları mal veya hizmetlerin alımına, satımına, yapımına veya kiralanmasına yönelik ihaleler yaparak karşılamak zorundadır.³

İdare, kamu hizmetini yürütme yükümlülüğünden doğan ihtiyaçları karşılayabilmek için bazen tek taraflı olarak gerçekleştirdiği idari işlemlerde

¹ Şen, Ersan/ Aksüt, Ertekin, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin Kitabevi, 4.Baskı, Mayıs 2014, s.15.

² Güler Demirel, Gamze, “ İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, (BAÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul,2017, s.6.

³ Tuğrul, Ahmet Ceylani, İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ocak 2013, s.7.

bulunmakta, bazen de karşı tarafla anlaşmak suretiyle sözleşmeler yapmaktadır. İdare, bu yükümlülüğünü yerine getirirken tek taraflı olarak gerçekleştirdiği idari işlemlerle ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetleri temin edemezse, bu ihtiyaçlarını temin edebilecek bir gerçek veya tüzel kişiyle bir sözleşme akdedebilir. İdarenin akdedebileceği bu sözleşme türlerinden biri de ihale sözleşmeleridir.⁴

Türk hukukunda kamu ihale hukuku alanında yapılmış olan ilk düzenleme, Osmanlı İmparatorluğu devrinde yürürlüğe giren 1857 tarihli nizamnamedir. İçerik ve kapsam bakımından o dönemde hasıl olan ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kaldığı için, 1857 tarihli bu nizamnameye ilaveten 1914 (10 Muharrem 1330) tarihli bir nizamname daha yürürlüğe konmuştur. Bu nizamnamenin eksikliklerini tamamlaması için ilaveten getirilen bir diğer nizamname de, 04 Haziran 1919 tarihinde hazırlanan ve 1921 senesinde yürürlüğe konulan nizamnamedir. Türk hukukunda kamu ihale hukuku alanındaki ilk kanun, cumhuriyetin kurulmasından sonra çıkartılmış olan 22 Nisan 1925 tarihli ve 661 sayılı “*Müzayede, Münakaşa ve İthalat Kanunu*” dur. Bu Kanun doğan ihtiyaçlar doğrultusunda birkaç kez değişikliğe uğramış olup, bu değişiklikler 1926 senesinde 799, 878 ve 1300 sayılı Kanunlarla, 1929 senesinde 1540 sayılı Kanunla, 1933 senesinde ise 2338 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir. Ancak bu kanun değişikliklerinin de bu Kanun'un uygulanmasından doğan eksiklikleri tamamlayamayacağı anlaşıncı, 661 sayılı Kanun'un yerini alacak yeni bir kanunun çıkartılması kararlaştırılmıştır. Bu karar doğrultusunda çıkartılan 10 Aralık 1934 tarihli ve 2490 sayılı “*Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu*” 661 sayılı Kanun'un yerini almıştır. 2490 sayılı Kanun 49 yıl yürürlükte kalmış olup, bu Kanun da yürürlükte olduğu süre zarfında birkaç kez değişikliğe uğramış, bu değişikliklerin uygulamadaki ihtiyaçları karşılayamayacağı anlaşıncı da bu Kanun'un yerini alacak yeni bir kanunun çıkartılması kararlaştırılmıştır. Bu karar doğrultusunda çıkartılan 08 Eylül 1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) 2490 sayılı Kanun'un yerini almış ve 01 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) ve 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) çıkartılmadan önce DİK, devletin yaptığı alım, satım, kiralama ve yapım işlerine dair hükümler içeren tek kanun olma özelliğine sahipti.

⁴ Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, 9.Baskı, 2004, s.166.

⁵ Uz, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.128-129.

Piyasada kamu ihalelerinin konusunu teşkil edebilecek birçok mal veya hizmet türünün ortaya çıkmasıyla, teknolojiye ilerleme kat edilmesiyle ve ekonomik koşulların iyiye gitmesiyle beraber idarelerin ihtiyaç duydukları mal veya hizmetler günden güne değişmeye başlamıştır. DİK'in bu değişimler sonucu ortaya çıkan yeni durumlara ilişkin hükümler içermemesi, yolsuzluğu gereken düzeyde önleyememesi,⁶ kamu kaynaklarının önemli bir kısmının idarelerin ihaleye çıkmak için yaptıkları harcamalarda kullanılması⁷ gibi sebeplerden dolayı ve doktrinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne (AB) uyum süreci içerisinde olması sebebiyle ihale mekanizmasının kamunun denetimine açık ve her an hesap verilebilecek durumda olması gerektiğine ilişkin görüşlerin ileri sürülmesi sonucu, KİK ve⁸ KİK'in uygulama alanına giren ihaleler hakkında yapılan sözleşmelerin düzenlenme ve uygulanma usulünü belirten KİSK⁹ çıkarılmıştır.¹⁰ Fakat KİK ve KİSK, DİK'i tamamen yürürlükten kaldırmamıştır.¹¹

Ülkemizde kamu ihalesini düzenleyen pek çok kanun vardır. İhale mevzuatı, KİK ve DİK'ten çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır fakat KİK ve DİK'in yaygın olarak kullanılması sebebiyle, bu çalışmada ihale açıklanırken sadece KİK ve DİK referans alınacaktır.¹²

DİK ve KİK'in uygulama alanları ve kapsamına giren idareler birbirinden farklıdır. KİK kapsamına giren idareler KİK madde (md) 2'de, DİK kapsamına giren idareler ise DİK md. 1'de belirtilmiştir. DİK'in uygulama alanı, DİK kapsamındaki idarelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri ile sınırlı olup DİK, bu ihale türleri hakkında uygulanacak hükümleri belirtmektedir. KİK'in uygulama alanı ise, KİK kapsamındaki idarelerin mal veya hizmet alım ve yapım işleri ihaleleri ile sınırlı olup KİK, bu ihale türleri hakkında uygulanacak hükümleri belirtmektedir. KİK md. 68/a, KİK kapsamına dahil olan ihaleler hakkında DİK hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmekte olup, bu

⁶ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.7.

⁷ Demirel, Salim, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde İhalesi Yapılan Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinde İhaleye Fesat Karıştırma Suçu" (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2014, s.1.

⁸ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.7.

⁹ Demirel, 4734 Sayılı, s.1.

¹⁰ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.7.

¹¹ Doğanyüğit, Sadettin, Açıklamalı, Uygulamalı, Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.482-483.

¹² Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Yayınevi, 14.Baskı, 2013, s.469-471.

düzenlemeden hareketle KİK kapsamında yer almayan ihalelerin DİK'e tabi olduğu belirtilmelidir.¹³ Bu düzenlemeden çıkarılacak bir diğer sonuç, KİK'in uygulama alanına giren ihalelere ilişkin olan DİK hükümlerinin zımnen kaldırılmış olduğudur.¹⁴

Çalışmamızın ilk bölümünde ihale hakkında genel bilgiler, ihale kavramı, amacı ve hukuki niteliği, ihale sürecindeki ilkeler, ihalenin aşamaları, ihale usulleri, ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışlar, ikinci bölümünde ihaleye fesat karıştırma suçu incelenmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde suçun tarihsel gelişimi, benzer suçlarla karşılaştırılması, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler, korunan hukuki değer, suçun fail ve mağdurunun kimler olabileceği belirtildikten sonra hangi tür ihalelerin suçun konusunu teşkil edebileceği, suçun hangi hareketlerle işlenebileceği, suçun manevi unsuru, nitelikli halleri, özel görünüş biçimleri, suçla ilgili öngörülen yaptırımlar ve suç hakkında muhakeme kuralları incelenmiştir.

¹³ Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Yayınevi, Kasım 2010, s.473.

¹⁴ Özgenç, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2013, s.11-12.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE USULÜ VE İHALE USULÜNÜN CEZA NORMU İLE KORUNMASI

I. KAMU İHALE USULÜ

A. Genel Olarak İhale Kavramı

Ülkemizde her sene yaklaşık olarak 150.000 ihale yapılmakta, ihaleye çıkma ihtiyacı duyan idarelerin sayısı 20.000'i bulmaktadır. İhale sürecinin sonunda yapılan ihale sözleşmeleriyle birçok şirket, sözleşmeyle üstlendiği edimi yerine getireceğine dair taahhütte bulunmaktadır. Ülkemizdeki kamu alımları genellikle KİK kapsamındaki ihale usullerinin ve doğrudan temin yönteminin uygulanmasıyla gerçekleştirilmekte ve bu alımlar milli gelirlerin %9'unu oluşturmaktadır. Diğer ülkelerde bu oran genellikle %10 ile %20 aralığındadır.¹⁵

İhale sürecinde uyulması gereken kurallar kanunlarla ne kadar detaylı düzenlense de bu süreç haksız kazanç sağlamaya elverişli bir süreçtir. Bu süreçte yüksek meblağların elde edilebilmesinin mümkün oluşu, bazı kişileri haksız menfaat elde etme düşüncesine itebilmektedir. Bu yüzden, birçok devletin ceza kanununa göre kamu ihalelerinde uyulması gereken kurallara aykırı nitelikteki davranışlar suç teşkil etmektedir. Bu düzenlemelerin getirilmesindeki amaç, idarelerin ekonomik menfaatlerine zarar gelmesini önlemek ve toplumun idarelerin ihale sürecini dürüst bir şekilde yürüttüğüne ilişkin duyduğu güvenin zedelenmemesidir.¹⁶

¹⁵ Koçberber, Güler, “ Türkiye’deki Kamu Alımı Uygulamalarında Şeffaflık ve Rekabet Edilebilirliğin Değerlendirilmesi”, Dış Denetim Dergisi, S.2 (Ekim-Kasım-Aralık 2010),s.131-137.

¹⁶ Dülger, Murat Volkan, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2008, s.3.

İhale süreci, devletin kamu hizmeti yürüttüğü bir süreç olduğu için, bu süreçteki işlemleri yapan bir kamu görevlisinin hukuka aykırı tutum ve davranışlarda bulunmaması gerekir. Bu işlemlerin yapılmasında rol alan görevlilerin toplum tarafından kamu idaresine duyulan güveni sarsıcı nitelikteki tutum ve davranışları, ceza hukuku bakımından müeyyidelere bağlanmıştır. İhale sürecindeki hukuka aykırı tutum ve davranışlar, ülkemizde de TCK md. 235'te yaptırım altına alınmıştır.¹⁷

İhale sözcüğü köken olarak “*havl*” fiiline dayanmakta olup, anlamı bir işin yapılabilmesi için gerçekleştirilen artırma veya eksiltmeleri o işi yapmak isteyen kişinin üzerinde bırakmaktır.¹⁸ Bir işin yapımının, o işi en uygun şartlar altında yapmayı taahhüt eden kişiye bırakılmasıdır.¹⁹

İhale bir hukuk terimi olarak, idarenin bir ihalenin nasıl yapılacağına ilişkin hükümler içeren KİK'e ya da DİK'e uygun bir şekilde hareket ederek mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini en uygun şartlarda yapmayı kabul eden kişinin üzerine bırakması ve bu kişiyle yetkili merciin onayı alınarak sözleşme akdetmesidir.²⁰ Kısaca ihale, KİK ve DİK'te yer alan iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesine yönelik işleyen süreçtir.²¹

Uzun bir tanım yapmak gerekirse ihale; idarenin kendi görev alanında yer alan işlerin yapılması ve hizmetlerin yürütülmesi karşılığında bedel ödemek ve ihale sürecine ilişkin ayrıntılı hükümler içeren KİK ve DİK'e uymak kaydıyla, bir işin yapımının bu işi yapmak veya hizmeti yürütmek isteyen kişiler arasında o işi en uygun şartlar altında yapmayı kabul eden kişiye bırakılması amacıyla sözleşme akdedilmesi ve bu sözleşmenin akdedilmesi için gerekli tüm işlemlerin gerçekleştirilmesidir.²² İdare kamu hizmetlerinde bulunma görevinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken birtakım masraf ve ödemelerde bulunmakta ve bu masraf ve ödemeler kamu kaynakları kullanılarak yapılmaktadır. Bu yüzden idare ihale sözleşmelerini yaparken

¹⁷ Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 11.Baskı, 2011,s.644.

¹⁸ Özön, Mustafa Nihat, Osmanlıca Türkçe Sözlük, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 8.Baskı, 1997, s.361.

¹⁹ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara, TDK Yayınevi, 1998, C.1, s.1052.

²⁰ Can, Ozan, Kamu İhale Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s.1.

²¹ Sezer, Yasin/ Şahin, Mustafa Emre/ Kalkan, Recep Emre, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, 2017, s.19.

²² Uz, Abdullah, İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.9-10.

kamu yararını ve kamunun çıkarlarını ön planda tutmak zorunda olup,²³ sözleşme imzalarken sözleşmenin türünü ve sözleşmenin ne zaman imzalanacağını özgürce belirleme imkanına sahip değildir. İdarenin akdedebileceği sözleşme türleri bu sözleşmeye ilişkin hükümler ihtiva eden kanunlarda ve bu sözleşmeleri akdederken uygulaması gereken yöntem ve geçeceği aşamalar da hem ilgili kanunlarda hem de düzenleyici işlemlerde ifade edilmiştir. İdare sözleşme akdederken bu ihale sürecinin nasıl olması gerektiğine ilişkin tüm kurallara uymakla yükümlü olup, bu kurallar idari usul niteliğindedir. İdarenin nasıl harcama yapabileceği ise kamu ihale mevzuatında belirtilmiş olup, bu mevzuat özel bir idari usul niteliğindedir.²⁴

Bir kurum veya kuruluşun KİK kapsamında yer alan bir ihaleyi yapabilmesi için KİK md. 1 uyarınca şu özelliklere sahip olması gerekir: Kamu hukuku alanında faaliyet göstermek ya da kamu tarafından denetlenmek, iş ve işlemlerini yürütürken kamu kaynaklarından harcama yapan bir kamu kurum veya kuruluşu olmak. Bu özelliklere sahip olmayan kurum veya kuruluşlar tarafından yapılan ihaleler hakkında, ilgili kanunlardaki istisnai haller saklı olmak üzere, KİK hükümleri uygulanamamaktadır. KİK md. 3'te belirtilen istisnai alım türleri KİK'in dışında tutulmuştur.²⁵

B. İhalenin Amacı ve Hukuki Niteliği

İhale hukuku alanında KİK, DİK ve KİSK gibi düzenlemelerin getirilmesindeki amaç; kamu hukuku alanında faaliyet gösteren, kamu tarafından denetlenen veya iş ve işlemlerini yürütürken kamu kaynaklarından harcama yapan veya tam tersi gelir elde eden kurum ve kuruluşların bir ihaleyi yaparken uymaları gereken kural ve izlemesi gereken yöntemleri belirtmektir.²⁶

Yasa koyucu kamu ihale hukuku alanında birçok düzenleme yapmış ve bu düzenlemeleri getirerek kamunun gelir elde ettiği ve kamu hizmetini yürütme

²³ Can, Sibel, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, C.13, S.155 (2015), s.73.

²⁴ Uz, İdarenin Taraf, s.9-10.

²⁵ Danışman, Mustafa, İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Bilge Yayınevi, 2.Baskı, 2014, s.14.

²⁶ Uslu, Yusuf/ Demirel, Salim, Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri, Ankara, 2.Baskı, Ekim 2014, s.62-64.

yükümlülüğünden kaynaklanan harcamalarda bulunduğu ihalelerin yapılmasında ihale sözleşmesi akdedilecek olan kişinin objektif kriterlere uygun bir şekilde seçilerek²⁷ sözleşme akdetmek isteyen kişiler arasında en uygun teklifi veren kişiyle bu sözleşmenin akdedilmesini sağlamaya çalışmıştır. İdare en uygun teklifi veren kişiyle sözleşme akdetmek istemektedir çünkü ihtiyaç duyduğu mal veya hizmeti bedel, koşul ve zaman kriterleri bakımından en iyi koşullarda edinmeyi hedeflemektedir.²⁸

KİSK md. 4/3, KİSK'e tabi olan bir sözleşmeyi akdeden tarafların bu sözleşmede bulunan hükümlerin uygulanması sırasında hak ve yükümlülükler bakımından eşit olduklarını ifade etmektedir. Bu eşitliğe aykırı bir hüküm ne şartnamede ne de sözleşmede yer alabilir. DİK'in aksi yönünde bir hüküm bulundurmaması sebebiyle bu eşitlik ilkesinin DİK'e tabi olan sözleşmeler bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Bu hükümden hareketle, kamu ihale sözleşmeleri hukuki nitelikleri itibarıyla özel hukuk sözleşmeleridir. İhale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmaları, diğer tüm özel hukuk sözleşmeleriyle tıpatıp aynı olacakları anlamına gelmemektedir. Kamu ihale sözleşmeleri kendilerine has niteliklere sahip oldukları için diğer özel hukuk sözleşmelerinden belirli noktalarda farklılık arz ederler. Bu sözleşmeler idare ile akdedilmekte oldukları için, bu sözleşmelerin akdedilmesine kadar ihale hukukuna ilişkin kurallara uyulması gerekmekte olup, ihale süreci tamamen idare hukuku alanında kalmaktadır.²⁹

Türk hukukunda ihale hakkında pek çok hukuk dalında az veya çok sayıda düzenlemeler bulunmaktadır. Bir özel hukuk dalı olan borçlar hukukunun temelini oluşturan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) ihalenin bir açık arttırma ile satış niteliğinde olduğu kabul edilmiş ve açık arttırma da bu Kanunda md. 274 ile md. 281 arasında düzenlenmiştir.³⁰

Borçlar hukukuna göre idarenin ihale yapacağını duyurması icaba davet, bu ihaleye katılmak isteyen kişilerin katılmak istediklerine dair teklifte bulunmaları icap, idarenin ihale yapmaya karar vermesi ve bu sürecin sonunda sözleşme akdetmek

²⁷ Zeyneloğlu, Ş. Güler, "İhalenin Feshi", Türkiye Noterler Birliği Dergisi, 2005, s.97.

²⁸ Başaran, Şakir/ Şahiner, M. Emin/ Altınkülçe, Rasih/ Barçın, Bahadır, Kamu İhale Kanunu Örnek Uygulamaları, Ankara, Ekin Yayınevi, 2010, s.878.

²⁹ Arslan, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara, Yetkin Yayınevi, 4.Baskı, 2017, s.33-35.

³⁰ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.16.

istediği kişiyi belirlemesi bir idari işlem, sözleşme akdetmek için belirlediği kişiyi davet ederek sözleşmeyi akdetmesi ise kabuldür.³¹

İcra ve iflas hukukuna göre ihale, alacaklının borçludan alacağını tahsil edebilmesi için hacze koyulan mal veya hakların paraya çevrilebilmesi için başvurulmuş bir yöntemdir. Alacaklının borçludan alacağını alabilmesi için borçlunun haczedilen malları, açık artırma yoluyla satılır. Elde edilen paradan bu malların satışı için yapılan masraflar düşüldükten sonra kalan para alacaklıya ödenir. Bu malları satın almak isteyen herkes yapılan açık artırmaya katılıp fiyat teklifi verebilir, bu tekliflerin meblağı artırmaya katılan herkesin önünde duyurulur ve kim en yüksek fiyatı teklif etmişse o kişi ihaleyi alır. İcra dairesi, bu artırmanın yapılabilmesi için gerekli olan işlemleri tesis ederken, idarenin kamu hizmetinde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmekte ve bu işlemleri alacaklı hesabına yapmaktadır.³²

2128 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 112. ve devamı (vd.) maddelerine göre taşınır ve taşınmaz malların satılabilmesi için ihale yapılması gerekir. Malın satışı, icra dairesi tarafından en uygun şekilde yapılır. İhaleye çıkılmadan önce malın değeri tespit edilir. Malın değeri tespit edildikten sonra şartname hazırlanır ve bu şartname hazırlanırken mal değer tespiti dikkate alınmak zorundadır. Bu kapsamda yapılan ihalenin geçerli olarak kabul edilebilmesi için, şartnamenin hukuka uygun bir şekilde hazırlanması gerekmektedir (İİK md. 124-129).³³

C. İhale Sürecine Egemen Olan İlkeler

İdare kamu hizmetlerini yürütürken birtakım masraf ve harcamalarda bulunmakta olup, bu masraf ve harcamaları kamu kaynaklarını kullanarak yaptığı için, bu kaynaklar hemen tükenmektedir. Kamu kaynaklarının gereksiz yere kullanılmasını önlemek için bu kaynaklar idare tarafından sadece ihtiyaç olan hallerde, adil, bütçeye zarar vermeyecek ve verimli bir şekilde kullanılmalıdır. Kaynakların

³¹ Arslan, İhaleye Fesat, s.33-35.

³² Altıparmak, Cüneyt, Türk Ceza Kanununda İhaleye İlişkin Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Mart 2014, s.18.

³³ Altıparmak, İhaleye, s.18.

gerekli hallerde, adil, bütçeye zarar vermeyecek ve verimli bir şekilde kullanıldığı topluma ifade edilmeli ve idare bunun için gereken önlemleri almalıdır. İdarenin bu tedbirleri alırken dikkat ve özen yükümlülüğünü ne ölçüde yerine getirdiği, kamunun ihtiyaçlarını karşılarken izlediği yöntemlerden anlaşılır. İdare kamunun ihtiyaçlarını karşılamak için yaptığı masraf ve harcamalar dolayısıyla topluma hesap vermek zorunda olduğu için, idarenin bu harcamalarından ötürü olumlu sonuçlar elde etmesi gerekir. Bu yüzden idarenin kamu hizmetlerini kaliteli ve ihtiyacı karşılayacak şekilde yürütmesi ve bu ihtiyaçları mümkün olan en kısa zamanda karşılaması gerekir. İhalenin yapılma amacı toplumun ihtiyaçlarını karşılamak olduğu için, ihale sürecinde çok dikkatli ve özenli bir şekilde hareket edilmelidir.³⁴

İhale sürecinde mümkün olduğunca dikkatli ve özenli bir şekilde hareket edilmesini sağlamak ve bu sürecin bir gereği olan rekabeti koruyabilmek için yasa koyucu KİK ve DİK’te ihale sürecinde uyulması gereken birtakım ilkeler öngörmüştür.³⁵

DİK’te yer alan ilkeler şunlardır: İhtiyaçların en iyi biçimde, en uygun şartlar altında ve zamanında karşılanması ilkesi, rekabet ilkesi ve saydamlık ilkesi (DİK md. 2/1). KİK’te yer alan ilkeler ise şunlardır: Saydamlık ilkesi, rekabet ilkesi, eşitlik ilkesi, güvenilirlik ilkesi, gizlilik ilkesi, kamuoyu denetiminin sağlanması ilkesi, ihtiyaçların en iyi biçimde, en uygun şartlar altında ve zamanında karşılanması ilkesi ve son olarak kaynakların verimli kullanılması ilkesi (KİK md. 5/1).³⁶

Bu çerçevede ihale sürecine hakim olan temel ilkeler şunlardır: Saydamlık ilkesi, rekabet ilkesi, güvenilirlik ilkesi, eşitlik ilkesi, gizlilik ilkesi, kamuoyu denetimi ilkesi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesi, kaynakların verimli kullanılması ilkesi.³⁷

Bu ilkelerden ilki, saydamlık ilkesidir. Saydamlık ilkesi, ihalenin ihale yapılan ortamda bulunan herkesin huzurunda yapılması ve ihaleye katılma isteği geri çevrilen veya sonradan bu sürecin dışında bırakılan kişilerin istekte bulunmaları halinde yazılı

³⁴ Dilberoğlu, Ahmet Vedat, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara, U-S-A Yayıncılık, 2018, s.21.

³⁵ Soyaslan, Doğan/ Kemer, Mustafa/ Gülseven, Mustafa, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014,s.19.

³⁶ Soyaslan, Doğan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2 (2012), s.176.

³⁷ Soyaslan, İhaleye Fesat, s.176.

bir gerekçeyle neden ihaleye katılma isteklerinin geri çevrildiğinin veya neden sonradan bu sürecin dışında bırakıldıklarının bildirilmesidir.³⁸

Saydamlık ilkesi sayesinde ihale sürecinde yer almak isteyen kişiler arasında ayrımcılık yapılması engellenmiş olmakla beraber, idarenin ihale sözleşmesini akdedeceği kişi de objektif esaslara uygun bir şekilde seçilmiş olur. Saydamlık ilkesi uygulamaya konulabildiği takdirde, toplumla birlikte ihale ile alakası olan şahıslar da ihale sürecindeki tüm işlemler ve ihalenin nasıl sona erdiği hakkında bilgi sahibi olur ve ihalenin kimin üzerinde bırakılacağı hususunda adil bir karar verilmiş olur. Yasa koyucu saydamlık ilkesini öngörerek ihale sürecinde yer almak isteyen kişilerin arasında ayrımcılık veya kayırmacılık yapılmasını, rüşvete başvurulmasını ve bu tarz hukuka aykırı durumların meydana gelmesini önlemek istemiştir.³⁹

İkinci ilke, rekabet ilkesidir. Rekabet ilkesi, ihalelerin ilgili kanunlarda belirtilen kurallar çerçevesinde yapılabilmesi için en çok önem arz eden ilke olup, bir ihalede eşitlik ilkesinin uygulandığından bahsedilebilmesi için öncelikle rekabet ilkesine uyulması gerekmektedir. İhale sürecinde yer almak isteyen kişilerin birbirlerinin önünü kesmek amacıyla gerçekleştirdikleri rüşvet vermek, yolsuzluk yapmak gibi davranışlar, o ihalede rekabet ortamının oluşmasına engel olmaktadır. Yasa koyucu ihalelerde rekabet ortamının bozulmasını önlemek için KİK ve DİK dışında başka düzenlemeler de getirmiştir. Bu düzenlemelerden biri de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanundur. Rekabet ilkesine göre idare bir ihaleye çıkacağı zaman, bu ihalenin gerçekleştirileceğini ilan yoluyla mümkün olduğu kadar fazla kişiye duyurmalıdır. İdare, bu ihale hakkında ilgili kanunlarda uyulması gerektiği belirtilen her türlü kurala uygun bir şekilde işlem tesis etmeli ve davranmalıdır. İhale sürecinde hangi kişilerin yer alabileceğini objektif esaslara uygun bir şekilde belirlemelidir. İhale aşamasında yapılması yasaklanmış anlaşmalar yapmak, hileli bir şekilde davranmak suretiyle ihalenin akıbetini değiştirmek ve bunlara benzer davranışlarda bulunmak, ihale

³⁸ Sarıtaş, Hatice, “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Sayıştay Dergisi, S.73 (2009), s.52.

³⁹ Arıttürk, Ramazan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2011, s.48.

sürecinin rekabete dayalı bir şekilde işlemesine engel teşkil etmeleri sebebiyle yasaklanmıştır.⁴⁰

Rekabet ilkesi uyarınca, ihaleye katılmak isteyen tüm isteklilerin hiçbir baskı altında olmadan ihalede yer alarak ihaleyi kazanmak için birbirleriyle rekabet edebilecek durumda olmaları gerekir. Uygulamada rekabet ilkesine işlerlik kazandırabilmek için gerçekleştirilen davranışlara örnek olarak; idarenin ihaleye çıkacağını mümkün olduğunca fazla kişiye duyurması, ihale sürecinde yer almak isteyen kişilerin sahip olmaları gereken belgelerin KİK md. 10'da belirtilmesi, bir kimsenin danışmanı olarak görev aldığı bir ihaleye katılamaması, sadece bir malın seçilebilmesine imkan verecek şekildeki iş veya hizmet tanımının şartnamelerde yer alamaması verilebilir.⁴¹

İhale sürecinin rekabete dayalı bir şekilde işlemesini sağlayabilmek için; ihale sürecinin rekabete dayalı olarak nasıl işleyeceği konusunda bilgi ve tecrübe sahibi kişiler tarafından ihaleyi düzenleyen idarelere bu konuda seminer vb. yollarla eğitim verilmeli ve bu eğitimlerle idarelerin bilinçlendirilmesi sağlanmalıdır. İdare ihaleyle yapılacak olan işin piyasadaki durumu hakkında çok detaylı bir şekilde bilgi edinmelidir. İhalenin yapılacağı işle ilgili her türlü ürün ve hizmet detaylı bir şekilde incelenmelidir. İhaleye katılan kişi sayısının az olması halinde, bu az sayıdaki kişilerin yasak anlaşmalarda bulunma ve grup kurma riski artacağı için mümkün olduğunca fazla kişinin ihaleye girmesi sağlanmalıdır. Gruplaşmaları ve yasak anlaşmaları önlemek amacıyla katılımcı sayısı artırılmalıdır. Mümkün olduğunca fazla kişinin ihaleye girmesini sağlamaya yönelik olarak, ihaleye katılma yeterliği hususunda çok fazla şart ve kriter öngörülmemelidir. İhale sürecinin rekabete dayalı bir şekilde işlemesine herhangi bir şekilde engel olan kişilerin ihaleye katılmaları yasak olmalıdır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırılık teşkil eden davranışlarda bulunan kişilere mutlaka ceza verilmeli, bu cezaların süreleri Rekabet Kurulu'nun takdirinde olmalı ve verilecek cezalar, 4054 sayılı Kanun'un güvencesi altında olmalıdır.⁴²

⁴⁰ Eker Kazancı, Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s.40.

⁴¹ Uysal, Cevdet, "İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.147 (2018), s.8.

⁴² Uysal, İhale, s.8.

Rekabet ilkesinin uygulama alanı bulmadığı tek bir durum vardır. Bu durum, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerin sadece yerli isteklilerin olabildiği ihalelerin yapıldığı haller veya sadece yerli isteklilere fiyat indiriminin yapıldığı hallerdir. Fakat rekabet ilkesinin hariç tutulduğu bu durumların varlığı halinde bile ölçülü bir şekilde davranılmalıdır çünkü aksi takdirde AB'ye uyum süreci kapsamında getirilen mal ve hizmetlerin ticari ortamlarda herhangi bir kısıtlamaya yer verilmeksizin alınıp satılabilmesi ve malların alınıp satıldığı pazarlarının ortak olması gerektiği ilkelerine uyulmamış olur.⁴³

TCK md. 235'te yer alan suçu teşkil eden eylemlerden bazıları aynı zamanda rekabet ilkesini de engelleyici niteliktedir. Örneğin, bir kişi ihaleye katılabilmek için gerekli tüm koşulları taşıdığı halde bu kişinin ihale sürecinde yer almasına cebir, tehdit uygulayarak veya hukuka aykırılık teşkil eden başka yöntemlerle engel olunduğu takdirde veya sırf idareyi zarara uğratarak kazanç elde etmek maksadıyla ve bunları gerçekleştirmek için fiyata veya ihaleye yönelik koşullara etki etmek suretiyle ihale sürecinde yer alan veya almak isteyen kişilerin birbirleriyle gizli bir şekilde anlaşma yapmaları halinde rekabet ilkesine aykırı hareket edilmiş olur.⁴⁴

Üçüncü ilke, güvenilirlik ilkesidir. Güvenilirlik ilkesi, ihaleye çıkacak olan idarenin bu ihale sürecinde dürüst ve kanunlara uygun bir şekilde davranışlarda bulunacağı konusunda toplumun ve ihale sürecinde yer alacak olan kişilerin içinde herhangi bir şüphe yer almamasıdır. İhale sürecinde yer alan veya almak isteyen kişiler idarenin bu süreçte olması gerektiği gibi hareket edeceğini düşünerek bu düşünceye göre ekonomik olarak kendilerini ayarladıkları için idare, bu düşünceye ters düşecek şekilde ihale sürecini yürütmemeye özen göstermelidir. İdare ihale sürecinde kendisine duyulan güvene yakışır bir şekilde hareket etmeli, bu güveni boşa çıkarmamalı ve adaletli ve dürüst olmaya çalışmalıdır.⁴⁵

Güvenilirlik ilkesine aykırılık teşkil eden hallere örnek olarak idarenin çok gerekli bir durum olmadıkça ihaleyi iptal etmesi ve ihale sürecini yürütenlerin bu süreç hakkında aldıkları kararları uygulamaya koymamaları verilebilir.⁴⁶ İdarenin güvenilirlik

⁴³ Can, Kamu İhale, s.31.

⁴⁴ Uysal, İhale, s.9.

⁴⁵ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.38.

⁴⁶ Soyaslan/Kemer/Gülseven, İhaleye Fesat, s.23.

ilkesine işlerlik kazandırmak için bulunmaktan kaçınması gereken davranışlara örnek olarak da, ihale sürecinde yer alabilecek olan kişilerin ve bu kişilerce bulunulması gereken tekliflerin nitelikleri, bu tekliflerin hangi kriterlere göre değerlendirileceği, ihale sürecinde hangi usullerin uygulanacağı gibi hususlarda belirlemeler yaptıktan sonra bu belirlemelere aykırı hareket etmesi verilebilir. Sadece idare değil, aynı zamanda istekliler de güvenilirlik ilkesine uygun davranışlarda bulunmak zorundadırlar. Mesela istekliler ihale sürecinde yer alabilmek için idareye teklif sunduktan sonra bu teklifi geri alırlarsa veya ilk verdikleri teklifi geri alıp bu teklifin koşullarında değişiklik yaptıktan sonra ikinci bir kez teklif verirlerse, güvenilirlik ilkesini zedelemiş olurlar.⁴⁷

Dördüncü ilke, eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesi, ihaleye çıkacak idarenin ihale sürecinde yer almak isteyen veya yer alan kişilere bu süreçte herhangi bir noktada ayırım gözetmeksizin bu kişileri eşit tutarak davranma ve yerli istekli olmayıp da ihale sürecinde yer almak isteyen kişilerin ihaleye katılmalarını engellememe yükümlülüğünü ifade eder.⁴⁸ Eşitlik ilkesinin uygulama alanı bulmadığı üç durum vardır. Bu durumlardan ilki, yerli isteklilerin yabancı ülkelerde yapılan ihalelere katılmalarına engel olduğu tespit edilirse KİK md. 53 uyarınca, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, KİK'in uygulama alanına giren ihalelerde katılımcı olarak yer alamayacaklarına ilişkindir. Kamu İhale Kurumu, bu kişilerin KİK'in uygulama alanına giren ihalelere katılamamaları için Bakanlar Kurulu'na gereken işlemlerin yapılmasına ilişkin talepte bulunabilir. Bu durumlardan ikincisi, KİK md. 63'te yer almaktadır. KİK md. 63'te yer alan ikinci durumda, yapılacak olan ihalenin hizmet alımına veya yapım işine ilişkin olması halinde yerli istekli olup ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilere, ihalenin mal alımına ilişkin olması halinde de ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak amacıyla teklif sunan kişilerin tekliflerinin konusunu oluşturan malların Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan yerli malı listesinde yer alan mallardan biri olması halinde bu teklifte bulunan isteklilere verilen fiyatlarda en fazla %15 oranında indirim yapılabilir. Bu durumlardan üçüncüsü ise yapılan yaklaşık maliyet hesaplaması sonucunda eşik değerin altında kaldığının tespit edilmesi halinde,

⁴⁷ Sarıtaş, İhaleye Fesat, s.52.

⁴⁸ Sarıtaş, İhaleye Fesat, s.52.

ihale dokümanı ihaleye sadece yerli isteklilerin katılabileceği şeklinde veya bu yönde bir hüküm ihtiva edecek şekilde hazırlanabilir.⁴⁹

Eşitlik ilkesiyle alakalı düzenlemeler sadece KİK'te yer almayıp, 1982 Anayasası'nın 10. maddesi de eşitlik ilkesiyle ilgili bir düzenlemedir. Anayasamızın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi uyarınca, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişiler aynı kriterlere göre değerlendirilir ve idare bu kişileri hangi ırktan oldukları, hangi inancı benimsedikleri, hangi dili konuştukları, hangi siyasi görüşü benimsedikleri gibi hususlara göre değerlendiremez ve bu hususları esas alarak bu kişilerden birini diğerinden üstün tutamaz, idare ihale sürecinde katılımcı olarak bulunmak isteyen her kişiye eşit mesafede olmalı ve bu kişilerin tümüne eşit davranmalıdır. İdare, aynı şartlarda bulunan iki istekliden birine diğerinden farklı bir muamele yapmamalıdır. Örneğin, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen iki kişinin de ihaleye katılmaları için gerekli olan belgelerinin eksik olması ve bu eksik belgelerin aynı olması halinde idare, bu isteklilere aynı davranmakla ve bu isteklilere birbirinden farklı muamele yapmamakla yükümlüdür. KİK md. 29 uyarınca, ihaleye çıkıldığına ilişkin ilan yapıldığında esas kural, ihale dokümanında değişiklik yapılmamasıdır. İhale dokümanında değişiklik yapılması zorunlu olursa, bu değişikliği gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilir, önceki ilanlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilan olunur. İdarenin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen iki kişiden birinin verdiği fiyat teklifinin diğerinin verdiği fiyat teklifinden yüksek olması sebebiyle, bu kişiler aynı savunmayı yapmalarına rağmen daha yüksek fiyat teklifinde bulunan kişinin yaptığı savunmayı doğru olarak değerlendirerek bu kişiyle ihale sözleşmesi akdetmesi, Kamu İhale Kurulu tarafından eşitlik ve güvenilirlik ilkelerine aykırılık olarak değerlendirilmiş ve bahse konu olaydaki ihalenin iptal edilmesine karar verilmiştir.⁵⁰

Eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan uygulamalar sayıca çok fazla olup, bu uygulamalarda istekliler değil, ihaleye çıkan idarelerin bulunduğu görülmektedir. Bu uygulamalara örnek olarak idarenin ortada bunu yapmasını gerektiren bir durum olmamasına rağmen ihale dokümanlarını sadece seçtiği isteklilere dağıtması, ihaleye çıkacağını duyurması gerektiği halde bunu yapmaksızın kendi seçtiği bir kişiyle ihale

⁴⁹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, İhaleye Fesat, s.23.

⁵⁰ Can, Kamu İhale, s.34-70.

sözleşmesi akdetmesi, ihaleye katılım dosyasında bulunması gereken hususların son teslim tarihinin kişiden kişiye değişiklik göstermesi verilebilir.⁵¹

Beşinci ilke, gizlilik ilkesidir. Gizlilik ilkesi, idarenin ihale süreci henüz başlamamışken yaklaşık maliyet tutarını hesaplayarak bu tutarı yaklaşık maliyetin hesaplanmasında görev alan kişiler dışındaki kimselere açıklamamasını⁵² ve ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerin hangi faaliyetlerde bulunduklarını, bu faaliyetlerinin teknik olarak hangi kalitede olduğunu ve bu faaliyetlerinden ne kadar gelir elde ettiklerini kimseye ifşa etmemesini gerektirir.⁵³ İdarenin gizlilik ilkesini her durumda değil, yalnızca ilgili kanunlarda uygulanması gerektiğinin belirtildiği istisnai hallerde uygulaması gerekir. İhale sürecinde uyulması gereken ilkeler birbirleriyle bağlantılı olup, her bir ilke bir diğerinin sebebi veya sonucu niteliğindedir. Gizlilik ilkesi de güvenilirlik ilkesinin bir sebebi, rekabet ilkesinin de bir sonucu niteliğindedir. İdarenin hesapladığı yaklaşık maliyet tutarını bu tutarı hesaplayan görevliler haricindeki kimseye açıklamamasının ve ihale komisyonunun isteklilerin verdiği tüm teklifleri okumasına ve alenen açıklamasına kadar geçen süre zarfında bu tutarı gizli tutmasının sebeplerinden biri, adaylardan birinin bu tutarın ne kadar olduğunu öğrenmek suretiyle diğerleri karşısında haksız bir şekilde üstünlük elde etmesini önlemek ve ihale sürecini rekabet ortamında yürütmektir. KİK md. 61 hükmü de ihale sürecindeki rekabet ortamının korunmasına yöneliktir.⁵⁴

Bir ihale sürecinin toplumun ve ihalede katılımcı olarak yer alan kişilerin idareye duyduğu güvene layık bir şekilde yürütülmesi gerektiği için, ihale sürecinde görev alan kamu görevlilerinin bu güvene layık davranışlar sergilememeleri halinde haklarında çeşitli yaptırımlar uygulanacaktır. Bu yaptırımlar bu davranışlara iştirak eden ihale sürecinde yer alan veya almak isteyen kişiler bakımından da geçerlidir. Gizlilik ilkesiyle bağdaşmayan fiiller KİK md. 17’de yer alan yasak fiil ve davranış türlerinden biri aracılığıyla gerçekleştirildikleri için, bu fiiller hakkında KİK md. 17’deki yaptırımların geçerli olacağını söylemek mümkündür.⁵⁵

⁵¹ Seyhan, Serkan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, Nisan 2019, s.83.

⁵² Can, Kamu İhale, s.40.

⁵³ Sarıtaş, İhaleye Fesat, s.52.

⁵⁴ Can, Kamu İhale, s.40.

⁵⁵ Can, Kamu İhale, s.42.

Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere gizliliğin ihlaline karine oluşturan ve gizlilik ilkesinin ihlali niteliğinde olan bir başka durum, teklif meblağlarıyla yaklaşık maliyet tutarının birbirine eşit olmasıdır.⁵⁶

Altıncı ilke, kamuoyu denetimi ilkesidir. İdareler gerek diğer işlemleri gerekse ihaleye çıkma işlemlerini tesis ederken dürüst ve olması gerektiği şekilde davrandıklarına ilişkin toplumun güvenini kazanmak zorundadırlar. İdareler toplum nezdinde güvenilir olabilmek için, ihale süreci hakkında tesis ettikleri tüm işlemleri ve bu işlemlerden doğan sonuçları kamuoyuna duyurmalı ve bu işlemler dolayısıyla kamuoyuna hesap verip kamuoyu tarafından denetlenmelidirler. Kamuoyu denetimi ilkesi de bu amaçların gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir.⁵⁷ Kamuoyu denetimi ilkesi güvenilirlik, rekabet ve saydamlık ilkelerinin uygulanabilirliklerini artırmak için getirilmiştir.⁵⁸ İdarelerin ihale sürecindeki işlemlerini bu ilkeler doğrultusunda tesis etmeleri halinde, ihalelerde yapılan yolsuzluklar önemli ölçüde azalacaktır.⁵⁹

Kamuoyu denetimi, eşitlik, tarafsızlık ve saydamlık ilkelerinin uygulanabilirliklerini artırmak için öngörülen düzenlemeler sadece KİK ve DİK ile sınırlı olmayıp, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun 1. maddesinde de bu madde kapsamında belirtilen idarelerce yapılan ihaleler hakkında bilgi almak isteyen herkesin, aynı Kanun'un 23. maddesinin kapsamına giren yani öğrenilmeleri halinde idarenin veya diğer şahısların zarar göreceği nitelikte olan bilgiler dışındaki bilgileri edinmek için başvuruda bulunabileceği belirtilmiştir.⁶⁰

İhale aşamasında ihale komisyonunun isteklilerin verdiği teklif zarflarını isteklilerin önünde açması, açılan bu zarfların içeriğinde bulunması gereken belgelerde herhangi bir eksiklik olup olmadığı incelendikten sonra bu incelemelerin yapıldığına dair tutanağın düzenlenmesi, hangi isteklinin ne kadar fiyat teklifinde bulunduğunu orada bulunan herkesin önünde açıklanması ve bu açıklamanın yapıldığına dair tutanağın düzenlenmesi ve ihale komisyonu tarafından bu tutanakların onaylı suretleri çıkarılarak bu tutanağın onaylı suretini almak isteyen kişilerin bu tutanağı aldıklarına

⁵⁶ Seyhan, İhalelerin Denetimi, s.90.

⁵⁷ Sarıtaş, İhaleye Fesat, s.52.

⁵⁸ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.36.

⁵⁹ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.37.

⁶⁰ Soyaslan/Kemer/Gülseven, İhaleye Fesat, s.25.

ilişkin imza vermeleri koşuluyla bu tutanağı alabileceklerinin açıkça ifade edilmesi gibi durumlar, uygulamada kamuoyu denetimi ilkesinin sağlanmasına yöneliktir.⁶¹

Yedinci ilke, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesidir. İdare kamu hizmetlerini yürütme görevini yerine getirirken, bu hizmetlerin yürütülmesinden doğan masraf ve ödemeleri kamu kaynaklarını kullanarak gerçekleştirmektedir. Bu yüzden idare bu kaynakları hesaplı bir şekilde, yalnızca ihtiyaç olan durumlarda, doğru yöntemlerle kullanmalı, toplumun ihtiyaçlarını mümkün olan en kısa zamanda karşılamalı ve bu hususta toplumu mağdur etmemeye çalışmalıdır. Yasa koyucunun bu ilkenin uygulanmasını sağlamak bakımından getirdiği düzenlemelerden biri de, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun (KMYKK) 11. maddesidir. Bu maddede idarelerin ekonomik proje ve tasarılarını bu ilke doğrultusunda hazırlamaları gerektiği ifade edilmektedir.⁶² İdare ihale sözleşmesi akdedeceği kişiyi seçerken bu kişinin işi yürütmesi karşılığında idarenin bütçesine uygun bir bedel isteyip istemediği ile beraber, bu hizmeti ne kadar iyi yürütüp yürütemeyeceğini de dikkate almalıdır (KİK md. 40). İdareler ihaleye çıkacakları mal veya hizmetlerin neler olabileceğini serbestçe belirleme imkanına sahiptirler.⁶³ Bu ilkenin uygulamada daha etkin bir şekilde uygulanabilmesi için yasa koyucu idareye bazı hak ve yetkiler vermiştir. Bu hak ve yetkilerden bazıları şunlardır: Sözleşmeye konu işi yapmayı üstlenen tarafa işin teknik olarak nasıl yapılabileceği hususunda direktifler verme ve bu direktifleri belirtmeye yönelik teknik şartname hazırlayabilme, sözleşmede işin bitirilmesi gereken tarihi belirleme ve işin bu tarihe kadar bitirilmemesi halinde işi yapan kişi hakkında gecikme cezasının verileceğini öngörebilme.⁶⁴

Sekizinci ilke, kaynakların verimli kullanılması ilkesidir. Bu ilke, kamu hizmetlerinde bulunma yükümlülüğünü yerine getiren idarenin bu hizmetlerde bulunurken kullandığı kamu kaynaklarını sadece gerekli ihtiyaçlar için, doğru ve verimli bir şekilde kullanmasını sağlamaya yönelik öngörülmüş bir ilkedir. İdarenin bu ilkeyi uygularken yapacağı alımlarda göz önünde bulundurması gereken en önemli

⁶¹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, İhaleye Fesat, s.25.

⁶² Soyaslan/Kemer/Gülseven, İhaleye Fesat, s.25.

⁶³ Can, Kamu İhale, s.45.

⁶⁴ Uslu/Demirel, Kamu İhale, s.113. Teknik şartname; bir malın nasıl üretilmesi gerektiğinin, o malda bulunması gereken fiziksel, kimyasal ve estetik niteliklerin yer aldığı dokümandır.

husus, hangi mal veya hizmetin en hesaplı olduğudur.⁶⁵ Bu ilkenin uygulanması doğrultusunda idarenin ne kadar harcamada bulunacağını doğru bir şekilde tespit etmesi ve yapım işlerinde nereye ne kadar harcama yapacağına ilişkin tablolar hazırlaması gerekir. Bu ilkenin uygulanması doğrultusunda kamu hizmetlerinin yürütülmesinde görev alan kişiler, KMYKK'nun 8. maddesi uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları hizmetleri yürütürken bu ilkeye uygun işlemlerde bulunup bulunmadıkları hususunda yetkili makamlar tarafından sorgulamaya çekilebilirler.⁶⁶

D. İhalenin Aşamaları

İhalenin üç evresi vardır. İlk evre, ihale yapılmadan önceki evre olan hazırlık evresidir. İkinci evre, ihalenin yapıldığı evredir. Üçüncü evre ise ihale yapıldıktan sonraki evredir. Bu evrelerde idarenin uygulayacağı esas ve usuller KİK ve DİK'te belirtilmiş olup, idare üç ihale evresinde de bu iki kanunun dışına çıkamaz.⁶⁷

İhalenin yapılmasından önceki evre olan hazırlık evresinde idare, hangi mal veya hizmete ihtiyaç duyduğunu tespit eder ve bu ihtiyaç hakkında bir ihale dokümanı oluşturur. İdare ihaleye çıkarken ihaleye çıktığı iş hakkında harcama yapıp yapılmayacağına dair düzenlenmiş olan yıllık bütçe programını göz önünde bulundurmak zorundadır, zira bu programda hangi işler için ihaleye çıkılabileceği açıkça belirtilmiş olup, idare bu programdaki işlerden biri hakkında ihale yapabilir. Hazırlık evresindeki ikinci adımda, idarenin ihaleye çıkabilmesi için oluşturmuş olduğu ihale dokümanını bu dokümanı incelemekle yükümlü merciin incelemesine sunup onayını alması ve bu onayı belgeleyerek o ihale hakkında hazırlanan dosyaya koyması gerekir (KİK md. 7). İdare bu onayı alırsa ikinci evre olan ihalenin yapıldığı evreye geçilir.⁶⁸

⁶⁵ Sarıtaş, *İhaleye Fesat*, s.52.

⁶⁶ Uslu/Demirel, *Kamu İhale*, s.113.

⁶⁷ Bal, Mehmet, “ *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*”, (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2016, s.7.

⁶⁸ Seyhan, *İhalelerin Denetimi*, s.119-127.

İhalenin yapılma evresi olarak adlandırılan ikinci evrede idare, ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet hakkında hazırlamış olduğu ve bu mal veya hizmette bulunma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceğine dair şartları içeren ihale dokümanını ilan eder. Bu şartlar doğrultusunda söz konusu mal veya hizmeti yerine getirmeyi kabul eden kişiler, ihaleye katılma taleplerini içeren teklif zarflarını idareye verir. Teklif zarfları, teklifleri değerlendirmekle yükümlü ihale yetkilisi veya komisyonu tarafından incelenerek değerlendirmeye alınır. Bu değerlendirme sırasında verilen teklifler arasında en hesaplı ve kaliteli malı, hizmeti veya yapım işini taahhüt eden teklif belirlenir ve bu teklifi veren kişinin ihaleyi almasına karar verilir. Verilen bu karar, ihaleyi kazanan kişiye duyurulur ve bu kişi sözleşme akdetmek için çağrılır.⁶⁹ Bu işlemlerin sona ermesiyle, ihale yapıldıktan sonraki evre olan sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi evresi başlar.⁷⁰

Sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi evresinde, en hesaplı ve kaliteli malı, hizmeti veya yapım işini taahhüt eden teklif sahibiyle ihale sözleşmesi akdedilir ve bu teklif sahibi kişi, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirerek bu yükümlülükleri sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirip getirmediğini denetlemesi için idareye haber verir. İdarenin belirlediği bu iş hakkındaki uzman kişilerden oluşan yetkili komisyon, bu denetleme sonucunda yükümlülüklerin sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirildiği kanaatine varırsa, bu yükümlülüğü yerine getiren kişiye sözleşmeyle kararlaştırılan bedeli öder.⁷¹

E. İhale Usulleri

KİK md. 18 uyarınca KİK'te yer alan ihale usulleri açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür. DİK md. 35 uyarınca DİK'te yer

⁶⁹ Bal, İhaleye Fesat, s.7.

⁷⁰ Özcan, Numan Süleyman, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, (Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2015,s.9.

⁷¹ Özgenç, İhale Sürecinde, s.12.

alan ihale usulleri ise kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulüdür.⁷²

1. Açık İhale Usulü

KİK'teki ilk ihale usulü, açık ihale usulüdür. Bir ihalede katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerin tümü, o ihaleye katılmak istediklerine dair teklifte bulunabiliyorlarsa o ihalede açık ihale usulünün geçerli olduğu belirtilmelidir. Açık ihale usulünde ihalede katılımcı olarak yer alacak olan kişilerde sayı, yeterlilik ve malvarlığı bakımından kanunda özel bir sınırlama ya da düzenleme yoktur.⁷³ İhale usulleri arasında uygulanma önceliği bakımından yapılan sıralamada, açık ihale usulü ilk sırada yer alır. Yani, o ihalede öncelikle açık ihale usulünün uygulanıp uygulanamayacağına bakılır, açık ihale usulü uygulanamıyorsa başka bir ihale usulü tercih edilir.⁷⁴

2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

KİK'teki ikinci ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulüdür. Bir işin yapılabilmesi için o işi yapan kişinin o iş alanında uzman olması gereken işlerde, o işin yapılabilmesi için özel teknolojik imkanların kullanılmasına ihtiyaç duyulan işlerde ve idarenin bir yapım işi hakkında yaptığı hesaplamalar sonucunda yaklaşık maliyet tutarının eşik değerin yarısından fazla çıktığı hallerde, belli istekliler arasında ihale usulü geçerli olacaktır. İdare, bu usulün geçerli olduğu bir ihalede teklif verebilecek isteklileri belirlerken bir ön yeterlik değerlendirmesi yapar ve bu değerlendirme sonucunda başarılı bulunan istekliler o ihalede tekliflerini sunabilir. Ön yeterlik

⁷² Gözler/Kaplan, İdare Hukuku, s.479.

⁷³ Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 4.Baskı, Eylül 2013, s.466.

⁷⁴ Kılıç, Zülfi, A'dan Z'ye Açıklamalı, Gerekçeli, KİK Kararları Örnekli Kamu İhale Kılavuzu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, 2018, s.1150.

değerlendirmesinde uygulanacak kriterler, KİK md. 10'da belirtilmektedir. İhaleye katılım başvurularında sahip olunması gereken belgeler, ön yeterlik ilanı ile isteklilere ilan edilir. Yeterlik koşullarını taşıdığı tespit edilen adaylar, teklif vermek üzere davet edilir. Teklif vermek için yeterli bulunmayanlara, yeterli bulunmama sebepleri yazılı bir şekilde açıklanır. İdare teklif vermek için en az beş kişiyi çağırmalı, bu çağrı sonucunda ise en az üç kişi teklif vermelidir. Aksi takdirde ihale iptal edilecektir.⁷⁵

İhalenin iptal edilme sebebi, en az üç kişinin teklifte bulunmamış olması ise, ihale dokümanı tekrar incelenir, bu inceleme sonucunda olması gereken hususlar yoksa veya yanlış bir şekilde belirtilmişse bu yanlışlıklar düzeltilerek ve olması gereken hususlar eklenerek ön yeterlik koşullarını taşıyanlar tekrar teklif vermek üzere çağrılarak ihale süreci tamamlanır.⁷⁶

3. Pazarlık Usulü

KİK'teki üçüncü ihale usulü, pazarlık usulüdür. Pazarlık usulü, hakkında ihale yapılmasına gerek duyulmayan ve mümkün olan en kısa zamanda görülmesi gereken işler, fazla maliyet gerektirmeyen işler ve açık veya belli istekliler arasında ihale usullerinin uygulanması sonucu teklif verilmemiş olan işler bakımından geçerli olan ihale usulüdür. KİK'te bu usulün hangi durumlarda uygulanabileceği sınırlı olarak belirtilmiş olup, idare bu durumlardan biri dışındaki bir durumun varlığı halinde pazarlık usulüne başvuramaz. Pazarlık usulünde, ihale iki aşamalıdır. İlk aşamada idare, ihale konusu işin teknik detayları, işin yapılış yöntemleri ve maliyeti hakkında isteklilerle görüşme yapar ve ikinci aşamada da bu görüşmeler doğrultusunda karar verir.⁷⁷

DİK'teki dördüncü ihale usulü, pazarlık usulüdür. Pazarlık usulünde ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişiler tarafından verilecek teklifler,

⁷⁵ Sezginer, Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara, Seçkin Yayınevi, Kasım 2013, s.39

⁷⁶ Yüksektepe, Mert Asker, Kamu İhale Kurulu ve Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri ve Yargıtay İlamları İle İhale Hukuku, İstanbul, Aristo Yayınevi, Şubat 2018, s.141.

⁷⁷ Sancakdar, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 4.Baskı, Ekim 2014, s.624.

herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Pazarlık usulünün uygulandığı ihaleler iki aşamalı olup, ilk aşamada isteklilerin tekliflerini sözlü veya yazılı bir biçimde belirtmesinden sonra ikinci aşamaya geçilir ve ikinci aşamada da idare isteklilerle para konusunda görüşmeler yaparak anlaşma sağlar. Pazarlık kararında bulunması gereken hususlar, DİK md. 50’de belirtilmiştir.⁷⁸

4. Kapalı Teklif Usulü

DİK’teki ilk ve temel ihale usulü, kapalı teklif usulüdür. Kapalı teklif usulünün uygulandığı bir ihaleye katılmak isteyen kişilerin teklifleri, yazılı olmak zorundadır. Bu usulde teklif mektubu zarfı ve teklif mektubu zarfını da kapsayacak bir büyük zarf olmak üzere iki tane zarf vardır. Teklif mektubu zarfının içinde sadece teklifin meblağı yer alır. Büyük zarfta da ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerin sahip olması gereken diğer belgeler ve teklif mektubu zarfı yer alır.⁷⁹

5. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü

DİK’teki ikinci ihale usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulüdür. Bir ihale DİK md. 44’te belirtilen ihalelerden biri değilse, o ihalede belli istekliler arasında kapalı teklif usulü uygulanamaz. Mal veya hizmet alımı ihaleleri adı üzerinde alım niteliğinde oldukları için idare, bu ihaleleri yaparken birtakım masraflarda bulunur. Bu yüzden mal veya hizmet alımı ihaleleri hakkında idarelerin masraf yapmasına ilişkin hükümleri ihtiva eden KİK uygulanacaktır ve DİK ya da DİK’e tabi olan herhangi bir ihale usulü uygulanamayacaktır. Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü DİK’e tabi olduğu için bu usulün, KİK’e tabi olan mal veya hizmet alımı ihalelerinde uygulanması

⁷⁸ Sancakdar, İdare Hukuku, s.673.

⁷⁹ Akyılmaz / Sezginer/Kaya, İdare Hukuku, s.469.

mümkün değildir. Bilindiği üzere DİK, idarelerin gelir elde etmesine yönelik olarak düzenlenmiş bir kanundur.⁸⁰

6. Açık Teklif Usulü

DİK'teki üçüncü ihale usulü, açık teklif usulüdür. Açık teklif usulünde ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişiler, teklifte bulunduklarını ihale yetkililerinin karşısında sözlü bir şekilde ifade edebilirler ya da ilanda belirtilen tarihi geçirmemek kaydıyla bir iadeli taahhütlü mektup yoluyla da teklifte bulunabilirler. İadeli taahhütlü mektupta belirtilen teklifte herhangi bir değişiklik yapılamaz.⁸¹

7. Yarışma Usulü

DİK'teki beşinci ihale usulü, yarışma usulüdür. Yarışma usulünün konusunu sanatsal tasarımlarla ilgili işler oluşturur. İdare bu işleri yürütürken harcamalarda bulunduğu için bu işler hakkında KİK hükümleri uygulanabilmekte olup, DİK hükümleri uygulama alanı bulamamaktadır.⁸²

İdare kamu hizmetinde bulunma yükümlülüğünü kaliteli bir şekilde yerine getirebilmek için, ihale sözleşmesi akdettiği kişiyi iyi seçmelidir. Bu kişi ihale konusu işle ilgili mesleğinde uzmanlaşmış olmalı ve gelişmiş teknik ekipmana sahip olmalıdır. KİK bakımından gerçekleştirilen ihalelerde, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerin sahip olmaları gereken tüm belgeler KİK md. 10'da belirtilmiş olup, bu kişilerden KİK md. 10'da belirtilmemiş olan bir belgeyi temin etmeleri istenemez.⁸³

⁸⁰ Sezginer, İdarenin Sözleşmeleri, s.74.

⁸¹ Sancakdar, İdare Hukuku, s.673.

⁸² Sezginer, İdarenin Sözleşmeleri, s.81.

⁸³ Demirel, Salim, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurunun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.100 (2014), s.3.

DİK bakımından gerçekleştirilen ihalelerde ise ihale sürecinde yer almak isteyen kişilerin sahip olmaları gereken tüm belgeler, DİK md. 16'da belirtilmiştir.⁸⁴

F. Doğrudan Temin

Doğrudan temin usulü, 2003 yılında 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesinin KİK md. 18/d'de yaptığı değişiklikle, ihale usulü niteliğinde olmadığı gerekçesiyle ihale usulleri arasından çıkarılmış ve bir alım yöntemi olarak KİK md. 22'de düzenlenmiştir.⁸⁵ KİK md. 4 uyarınca doğrudan temin, KİK'te belirtilmiş olan hallerde ihtiyaçların idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartlara ve fiyata ilişkin görüşmeler yapılarak doğrudan temin edilebildiği bir usuldür. KİK md. 22/1 uyarınca doğrudan temin usulünde, idare ilan yapmadan ve teminat almadan alım yapma yetkisine sahiptir. KİK md. 22/2 uyarınca doğrudan temin usulüyle yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve KİK md. 10'da belirtilen yeterlik şartlarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisi tarafından görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir. Doğrudan temin usulünde idarenin KİK md. 10'daki yeterlik koşullarını arayıp aramama hususunda takdir yetkisine sahip oluşu, bu yetkiyi tamamen istenilen şekilde kullanabileceği anlamına gelmez. Alımı yapan idare, KİK md. 5'teki temel ilkelere aykırı davranmamakla ve bu alımlar sırasında serbest rekabet ortamını bozan, haksız kazanç elde etmek isteyen kişilerin katılımını önlemekle ve bu hususta gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.⁸⁶

⁸⁴ Satioğlu, İsa/ Şahin, Bekir, “ İhaleye Hakim Olan İlkelerin ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Yasak Fiil ve Davranışların İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, Mali Kılavuz Dergisi, S.53 (Temmuz- Eylül 2011), s.75.

⁸⁵ Hakkakul, Seyyid Ahmet/Üçışık, Fehim/ Arslan, Çetin, Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, Ankara, Bilge Yayınevi, C.1, 2014, s.66.

⁸⁶ Sezer, Yasin, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.185-190.

G. İhale Sürecindeki Yasak Fiil ve Davranışlar

KİK’te yer alan yasak fiil ve davranışlar KİK md. 17’de ifade edilmiştir. KİK md. 17’de yer alan “veya başka suretle” ifadesinden hareketle, kanunda belirtilenlerin dışındaki başka hareketlerin de fesat karıştırma teşkil edebileceği ifade edilmelidir. Kamu İhale Kurumu’nun kararlarına göre, KİK md. 10/4 kapsamına giren kişiler ve her ne kadar Danıştay 13. Dairesi bu görüşte olmasa da kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan kişiler de ihaleye katılmaktan yasaklanmalı ve bu kişilerin, KİK md. 58 kapsamına girdiği kabul edilmelidir. İhale dışı bırakılan kişiler hakkında ihaleye katılmaktan yasaklanma yaptırımının uygulanabilmesi için, bu kişilerin ihaleye fesat karıştırma kastıyla hareket etmiş olmaları gerekir.⁸⁷

Bir davranışın rekabeti engelleyici nitelikte olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir. İhaleye katılmak için teklif veren bir kişi sahte belge kullandığının farkında değilse, bu kişi ihaleye katılmaktan yasaklanmamalıdır. Ülke sınırları içindeki veya dışındaki bir yerde işlediği kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı cezalandırılan bir kimsenin ihaleye katılması yasaktır.⁸⁸

DİK kapsamında yer alan yasak fiil ve davranışlar, DİK md. 83’te ifade edilmiştir. İhale yapılırken gizli kamera veya ses kayıt cihazı gibi aletler kullanarak bu esnada sarf edilen sözleri kaydetmek, bu sözlerin DİK md. 83 kapsamında yasak fiil ve davranış teşkil edip etmediğinin belirlenmesi hususunda önemli bir yere sahiptir.⁸⁹

KİSK kapsamında yer alan yasak fiil ve davranışlar, KİSK md. 25’te ifade edilmiştir.⁹⁰

Yasa koyucu kişilerin ihale sürecinde yer alan kurallara aykırı davranmasını engellemek için, bu kurallara aykırı davranışları toplu olarak yasak fiil ve davranış

⁸⁷ Sezer, Kamu İhalelerine, s.159-176.

⁸⁸ Sezer, Kamu İhalelerine, s.159-176.

⁸⁹ Canbazoglu, Kerem, Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.272.

⁹⁰ Sezer, Kamu İhalelerine, s.232.

başlığı altında ilgili kanun maddelerinde düzenlemiş ve bu davranışlarda bulunan kişiler hakkında DİK md. 83, KİK md. 17, KİK md. 61 ve KİSK md. 25'te yer alan yaptırımlara hükmedileceğini ifade etmiştir. KİK ve DİK'te öngörülen bu yaptırımlardan ilki, ihaleye katılımın yasaklanmasıdır.⁹¹ Bu davranışlar ihale sürecinde uyulması gereken birçok ilkeyle, özellikle de eşitlik ve saydamlık ilkeleri ile bağdaşmayan davranışlardır. İhale sürecinin hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi için, ihaleye ilişkin işlemleri yapmakla yetkili ve görevli olan kişilerin KİK md. 17 ve DİK md. 83'te yer alan davranışlardan kaçınmaları ve bu davranışları gerçekleştirmek amacıyla hareket eden kişilerin bu davranışları gerçekleştirmelerine engel olmaları gerekir.⁹²

KİK md. 17'de yer alan son cümlede, bir kimsenin davranışının bu maddede belirtilen davranışlardan birinin kapsamına girmesi halinde, bu kişi hakkında KİK'in dördüncü kısmında yer alan hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. KİK md. 58 md. 59'da öngörülen yaptırım, ihaleye katılmaktan yasaklanmadır. İdari mercilerce verilen yasaklama kararları KİK md. 58'de, yargı makamlarınca verilen yasaklama kararları ise KİK md. 59'da düzenlenmiştir.⁹³

Uygulamada kararın muhatabı ilgili kişi veya kuruluşa, haklarında verilen ihaleye katılmaktan yasaklama kararları hakkında tebligat yapılmaması sebebiyle bu kişiler, bu kararlardan bu kararlara karşı savunma yapmalarına imkan kalmayacak oldukça geç bir zamanda haberdar olmaktadır. Hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bu durumların düzeltilebilmesi için, KİK'te ve Kabahatler Kanunu'nda yapılacak değişiklikle, tebligatların hukuka uygun bir şekilde ve birden fazla yolla yapılması gerektiğine ilişkin hükümler getirilebilir.⁹⁴

KİK md. 58'de bir kimsenin KİK md. 17 kapsamına giren bir davranışta bulunduğu saptanmışsa, bu kimsenin mahkeme tarafından verilecek kararla bir yıldan iki yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanacağı ifade edilmektedir. Yine KİK md. 58'de sözleşme akdetmesine engel olacak bir mücbir sebep olmadığı halde ihaleyi

⁹¹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, İhaleye Fesat, s.103.

⁹² Çelik, Kadir, "Yeni Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C.11, S.5 (2006), s.17.

⁹³ Tuğrul, İhaleye, s.114.

⁹⁴ Çalışkan, Suat, Kamu İhale Kurulu, Danıştay ve Yargıtay Kararları Işığında İhale Kavramları ve İhale Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.296.

kazanmasına rağmen idareyle sözleşme akdetmeyen kişilerin de mahkeme tarafından verilecek kararla altı aydan bir yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanacakları ifade edilmektedir. Mahkeme vereceği cezanın süresini belirlerken bu davranışların niteliğini göz önünde bulundurmak zorundadır.⁹⁵

İhalenin yapılmasında yetkili ve görevli olan kişilerin cezai sorumluluğu KİK md. 60'ta, isteklilerin cezai sorumluluğu ise, KİK md. 59'da düzenlenmiştir. KİK md. 59'da ister gerçek ister tüzel kişi olsun bir kimsenin KİK md. 17 kapsamına giren bir davranışta bulunması ve bu davranışın TCK kapsamındaki bir suça vücut vermesi halinde bu davranışlarda bulunan kimse ve bu kimseyle o işi yaparken ortak olan veya bu kimsenin vekili olan kişiler hakkında ceza kovuşturması başlatılacağı ve bu kovuşturmayı yapması için yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı ifade edilmektedir.⁹⁶

KİK md. 59'a göre, KİK md. 59 kapsamına giren isteklilere hem ceza verilecek hem de bu istekliler hakkında KİK md. 58 uyarınca yasaklama kararı verilecektir. Ayrıca, bu isteklilerin ve KİK md. 58/2 kapsamına giren kişilerin KİK md. 58 uyarınca verilen kararın süresinin dolduğu günden itibaren en az bir yıl ve en fazla üç yıl boyunca KİK'e tabi olan idareler tarafından yapılan ihalelere katılmaları yasaktır ve bu yasaklamaya ilişkin karar, mahkeme tarafından verilir. Cumhuriyet Savcılığı, hakkında ceza ve ihaleye katılım yasağı kararı verilen kişilerin listesini çıkararak bu listeyi Kamu İhale Kurumuna ve bu kişiler hangi işle uğraşıyorlarsa o işin meslek odasına verir. Kamu İhale Kurumu ve ilgili meslek odası tarafından listede adı geçen kişilerin sicillerine bu kişiler hakkında KİK md. 59 kapsamındaki yaptırımlara hükmolunduğu işlenir.⁹⁷ KİK md. 59/2'de de KİK kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında KİK md. 59/1 kapsamında kovuşturma süreci başlatılarak kamu davası açılan kişilerin ve KİK md. 58/2 kapsamına giren kişilerin haklarında mahkeme tarafından kesin karar

⁹⁵ Abacıoğlu, Muhittin/ Abacıoğlu, Ali, İhalelere Yönelik Şikayetler İhaleye veya Edimin İfasına Fesat Karıştırma, Ankara, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, 2016, s.133.

⁹⁶ Abacıoğlu/ Abacıoğlu, İhalelere Yönelik, s.133.

⁹⁷ Abacıoğlu/ Abacıoğlu, İhalelere Yönelik, s.133.

verilene kadar KİK'e tabi olan idareler tarafından yapılan ihalelere katılmalarının yasak olduğu ifade edilmiştir.⁹⁸

KİK md. 59/3'te de, bir kimsenin KİK md. 17 kapsamına giren bir davranışta bulunması ve bu davranışın TCK kapsamındaki bir suça vücut vermesi halinde bu kimsenin hakkında tekrarlanmakta olan bir cezaya hükmolunmuşsa, bu kimsenin herhangi bir şahıs şirketinin ortağı ve sermaye şirketinin de %50'sinden fazla meblağda sermayedarı olması durumunda bu şirketlerin süresiz bir şekilde kamu tarafından düzenlenen ihalelere katılmalarının yasak olduğu ifade edilmiştir.⁹⁹

KİK md. 60'da, ihale sürecinin her aşamasında görev alan ilgililer hakkında hükmolunacak yaptırımlar disiplin cezaları, başlatılan ceza kovuşturması sonucu verilecek ceza, uğranılan zararı tazmin ve KİK'e göre yapılan ihalelerde görevli olamamak olarak belirtilmiştir. İhale sürecinin her aşamasında görev alan ilgililer tarafından gerçekleştirilen davranışlar KİK md. 17 kapsamına giriyorsa, tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmıyorsa, kanun hükümleri gereği bu görevlerini yürütürken uymaları gereken kurallara aykırılık teşkil ediyorsa ve bu davranışlar sonucu ilgili idare veya ihaleye katılan kişiler zarar görmüşse, bu davranışları gerçekleştiren ihale yetkilisi veya görevlisine ilgili mevzuat hükümleri uyarınca disiplin cezası verilir, gerekiyorsa hakkında cezai kovuşturma başlatılır ve yol açtığı bu zararlar genel hükümler uyarınca kendisine tazmin ettirilir. İhale yetkilisinin gerçekleştirdiği davranış KİK'e aykırı bir davranışsa ve ihale yetkilisi bu davranışı sebebiyle hüküm giymişse, KİK'e göre yapılan ihalelerde bir daha görevli olamaz.¹⁰⁰ KİK md. 17 kapsamına giren bir davranışta bulunmaları sebebiyle haklarında ceza mahkumiyetinin kurulmasına yol açan görevliler, KİK'in ve KİK'le bağlantılı diğer mevzuatın kullanıldığı iş ve işlemlerde görev alamazlar.¹⁰¹

KİK md. 61'e göre, başta yaklaşık maliyet olmak üzere gizlenmesi zorunlu olan bilgi ve belgeleri açıklamama yükümlülüğünü yerine getirmeyen görevliler ve

⁹⁸ Gök, Erdem, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, (İller Bankası Anonim Şirketi Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), 2018, s. 84.

⁹⁹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.285.

¹⁰⁰ Abacıoğlu/ Abacıoğlu, İhalelere Yönelik, s.133.

¹⁰¹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s. 284-286.

danışmanlık hizmeti sunanlar hakkında KİK md. 58 ve md. 60'daki yaptırımlar uygulanır.¹⁰²

Şunu ifade etmekte yarar vardır: Kendisine yaptırım uygulanmasına sebebiyet veren bir davranışta bulunan kişinin, bu davranışı sebebiyle aynı yaptırımı içeren iki kanun uyarınca yani hem KİK veya DİK uyarınca hem de TCK uyarınca cezalandırılacağı düşünülemez. Çünkü ihaleye fesat karıştırmış olan bu kişi hakkında KİK'te yer alan bir yaptırım uygulanmış fakat yapılan ceza yargılaması sonucunda bu kişinin TCK kapsamında suçsuz olduğuna hükmedilmiş olabilir.¹⁰³

İhalelere katılmaktan geçici olarak yasaklama idari tedbir niteliğinde olup, DİK md. 84'te hüküm altına alınmıştır. Bir kimse DİK md. 83 kapsamında yer alan bir davranışta bulunmuşsa, DİK md. 84 uyarınca idare tarafından verilecek kararlar ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanır. DİK md. 85'e göre ise, DİK md. 83/c'de belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar ve bu kişilerle o işi yaparken ortak olan veya bu kişilere vekil olan kişiler hakkında ceza kovuşturması yapılır ve bu kişiler, mahkeme tarafından verilecek kararlar en az bir yıl en fazla üç yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanırlar. DİK md. 86 ise KİK md. 60 ile aynı doğrultuda düzenlenmiştir ve ihale sürecinde görev alan ve yetkili olan kişiler hakkında hükmedilecek yaptırımları belirtmektedir.¹⁰⁴

II. CEZA NORMUNUN KONUSU OLARAK KAMU İHALE USULÜ

A. Genel Olarak İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

İhaleye fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı TCK'nın özel hükümleri içeren ikinci kitabının "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*" başlıklı dokuzuncu bölümünde 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı

¹⁰² Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.61.

¹⁰³ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.51.

¹⁰⁴ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.61.

İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen 235. maddesinde düzenlenmektedir.¹⁰⁵

TCK md. 235'in ilk fıkrasında, suçun işlenebileceği ihale türleri ile işlenmesi halinde hükmolunacak yaptırımın ne olduğu açıklanmıştır. TCK md. 235/2'de, suçu meydana getiren fiiller dört bent halinde sayılmıştır. TCK md. 235/3'te suçun nitelikli hali, TCK md. 235/4'te ise bu suçun işlenmesi sebebiyle ihale sürecinde görev alan bir kişinin haksız bir biçimde çıkar elde etmesi durumunda hem bu fiilin oluşturduğu suçtan hem de ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacağını belirten gerçek içtima hükmü düzenlenmiştir. TCK md. 235/5'te de suçun işlenebileceği diğer ihale türleri sayılmıştır.¹⁰⁶

Yasa koyucu ülkedeki mevcut ekonomik düzeni korumak ve bunun devamlılığını sağlamak için çeşitli kanunlarda birtakım hükümler öngörmüş ve bu hükümlere aykırılık teşkil eden birçok davranışı suç olarak kabul ederek bu suçları TCK'da ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar adlı ayrı bir başlık altına toplamıştır.¹⁰⁷ Ekonomik suçların düzenlenmesi amaçlanan husus, idarenin kamusal faaliyetlerde bulunma yükümlülüğünü ifa ederken dürüst bir şekilde hareket ettiğini topluma kanıtlamak ve bu hususta toplumun güvenini kazanmaktır.¹⁰⁸

TCK md. 235'e göre, bir ihale kamu kurum veya kuruluşları adına veya bunlar aracılığıyla yapılıyorsa ve bu ihale mal veya hizmetlerin alımına, satımına, kiralınmasına ve yapım işlerine ilişkinse bu ihaleye fesat karıştırıldığı takdirde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşur.¹⁰⁹

Kamu kurum ve kuruluşlarının aracılığıyla yapılan ihalelere örnek olarak İİK hükümleri doğrultusunda yapılan ihaleler verilebilir ve bu ihalelerde hileli davranışlarda bulunmak, gizlilik ilkesini ihlal etmek, yapılması yasaklanmış olan anlaşmalar yapmak,

¹⁰⁵ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, Kasım 2018, s.857.

¹⁰⁶ Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 5.Baskı, Eylül 2018,s.799.

¹⁰⁷ Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Eylül 2016, s.757.

¹⁰⁸ Yılmaz, Tuğsan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", <http://www.tugsanyilmaz.av.tr/ceza-hukuku/ihaleye-fesat-karistirma-sucu> (Erişim Tarihi:10.06.2019), s.1.

¹⁰⁹ Özen, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, Ekim 2017, s.815.

cebir yoluyla veya birilerini tehdit etmek suretiyle veya buna benzer eylemleri gerçekleştirerek ihale sürecinin kanunen olması gereken şekilde işlemlerini önlemek de bu suç kapsamına girmektedir.¹¹⁰

Kamunun gelir elde ettiği ihale türlerinde yani satıma ve kiraya verme işlerine ilişkin ihalelerde, idarenin kâr elde etmek için mümkün olan en yüksek bedeli belirlemeye çalışması temel kuraldır. Tersine eğer idarenin harcama yapmasını gerektiren bir ihale türü mevcutsa, idare piyasada gerçekleşebilecek her türlü ihtimali göz önüne aldığı için zarar etmemek için mümkün olan en düşük bedeli ödemeye çalışır.¹¹¹

Bir ihale KİK ve DİK'e tabi olarak yapılmamışsa bu suç oluşabilir.¹¹² Hangi ihale usulünün kullanıldığı suçun oluşumu bakımından önem arz etmez. Önemli olan, ihale sürecinde TCK md. 235'e ve ihale dokümanındaki hükümlere aykırı davranılmasıdır.¹¹³

İhale sürecinin yürütülmesi esnasında hangi hükümlerin uygulanacağı KİK, DİK, KİSK ve İİK'da yer almakta olup, TCK bu süreç hakkında anılan kanunlar gibi ayrıntılı düzenlemeler ihtiva etmemektedir. Bu sebeple, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşup oluşmadığı hususunda incelemeler yapılırken, anılan kanunlarda yer alan hükümlerin öncelikli olarak göz önünde bulundurulması gerekir.¹¹⁴

Türk yasa koyucusu TCK md. 235'i başta Avrupa ülkeleri olmak üzere diğer ülkelerin ceza kanunlarında bu suça ilişkin yapılan düzenlemeleri dikkate alarak düzenlemiş, bu düzenlemeleri yaparken 6459 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile TCK md. 235'te değişiklik yapma ihtiyacı duymuş ve bu doğrultuda ihaleye fesat karıştırma suçunu suçların öncelikli olarak koruduğu hukuki değerlere ilişkin yapılan ayırımda ekonomik suç kategorisinde kabul etmiş, bu suç karşılığında öngörülen hapis cezasının

¹¹⁰ Doğan, Baran, “ *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Nedir?*”, <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/ihaleye-fesat-karistirma-sucu-cezasi.html> (Erişim Tarihi: 10.06.2019),s.1.

¹¹¹ Altıparmak, Cüneyt, “ *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C.13,S.7 (Temmuz 2008),s.27.

¹¹² Uçar, Mansur, “*Yeni TCK'da İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*”, Mali Kılavuz Dergisi, S.36 (Nisan-Haziran 2007), s.105.

¹¹³ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınevi, 9.Baskı, 2012, s.572.

¹¹⁴ Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 9.Baskı, Ekim 2015, s.877.

sürelerini değiştirmiştir.¹¹⁵ Madde 235'in değişiklikten önceki birinci fıkrasında bu suçun işlenmesi halinde hükmedilecek hapis cezasının süresi beş yıl ile on iki yıl arasında iken, değişiklikten sonra bu sürenin üç yıl ile yedi yıl arasında olacağı ifade edilmiştir. Madde 235'in üçüncü fıkrasının değişiklikten önceki halinde cebrin veya tehdidin bu suça verilen cezayı artıran bir unsur olduğu ifade edilmemişken, değişiklikten sonraki halinde cebrin veya tehdidin bu suça verilen cezayı artıracığı ve failin suçu cebir veya tehdit yoluyla işlemesi halinde hakkında hükmolunacak cezanın beş yıldan aşağı olamayacağı ifade edilmiştir. Madde 235'in üçüncü fıkrasının (b) bendinde yapılan değişiklikten önce suçun işlenmesi sebebiyle idarenin zarar görmediği hallerde hükmolunacak hapis cezasının en az beş yıl olacağı ifade edilmekteyken, değişiklikten sonra bu sürenin bir yıl ile üç yıl arasında olacağı ifade edilmiştir.¹¹⁶ Bu yeni düzenleme uyarınca fail bu suçu işlerken hileye başvursa bile suça konu bu davranışı neticesinde idare zarar görmemişse bu durumda fail hakkında bir yıl hapis cezası verilebilecektir.¹¹⁷ Özgenç de bu yeni düzenleme uyarınca fail bu suçu işlerken hileye başvursa bile failin suça konu bu davranışı neticesinde idare zarar görmemişse, bu durumda fail hakkında bir yıl hapis cezasının verilebileceğini ifade etmiş ve bu bir yıllık cezanın uygulamada ihale sürecinde yolsuzluk yapılmasının önünü açacağı gerekçesiyle bu yeni düzenlemeyi eleştirmiştir.¹¹⁸ Madde 235'te 6459 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce idarenin zarar gördüğü hallerde ise hükmolunacak hapis cezasının süresinin yedi yıl altı ay ile on sekiz yıl arasında olacağı ifade edilmekteydi.¹¹⁹

İdare bu suçun işlenmesi halinde zarar gördüğü hallerde ise, her ne kadar TCK md. 235 metninde açıkça belirtilmemişse de, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmedilmektedir.¹²⁰

TCK md. 235/3'ün 6459 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki halinde idarenin ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda zarar gördüğü hususunda bir tereddüt yoksa, cezanın yarı oranda artırılacağı ve zararın miktarı tespit edilememiş

¹¹⁵ Gök, İhaleye Fesat, s.21.

¹¹⁶ Poyraz, Ercan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu TCK md. 235", Terazi Hukuk Dergisi, C.8, S.83 (Temmuz 2013), s.2.

¹¹⁷ Türkdöğru, Serkan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda 6459 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.92 (Nisan 2014), s.4.

¹¹⁸ Özgenç, İhale Sürecinde, s.12.

¹¹⁹ Türkdöğru, İhaleye Fesat, s.12.

¹²⁰ Şen, Ersan, "İhaleye Fesatta İİK-TCK Karmaşası", <https://www.hukukihaber.net/ihaleye-fesatta-iik-tck-karmasasi-makale,3238.html>, (Erişim Tarihi: 10.06.2019), s.1.

olsa bile md. 235/3'ün uygulanacağı ifade edilmekteyken, 235. maddenin üçüncü fıkrasının değişiklikten sonraki yeni halinde, idarenin ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda zarar gördüğünün belirlendiği hallerde, zararın miktarı tespit edilememiş olsa bile md. 235/3'ün uygulanacağını belirten bir ifade yer almamaktadır.¹²¹

1. Tarihsel Gelişim

İhaleye fesat karıştırma suçu ile her ne kadar ismen birebir aynı olmasa da içerik olarak benzer niteliğe sahip ilk suç olan Crimen Repetundarum adlı suç, Roma Hukuku döneminde ortaya çıkmış olup, dört kanun ile düzenlenmiştir. Bu dört kanun, milattan önce (MÖ) 149 tarihli Lex Calpurnia, Lex Acilia (M.Ö 123), Lex Sevia (M.Ö 111) ve Lex İulia (M.Ö.59) isimli kanunlardır. Crimen Repetundarum suçu, o dönemin kamu görevlileri olan Magistratuslar tarafından devlete karşı ve devletin zarar görmesini sağlayacak biçimde kamu görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak haksız menfaat elde etmeleri suretiyle işlenebilen bir suçtu.¹²²

Ceza hukuku bugünkü anlamıyla olmasa da içerdiği bazı yaptırımlar bakımından İslamiyet'ten önceki Türk devletlerinde de mevcuttu, fakat ihaleye fesat karıştırma suçu o dönemde henüz ortaya çıkmadığı için bu suça ilişkin bir yaptırım bulunmamaktadır.¹²³

İhaleye fesat karıştırma suçu içerik itibarıyla ekonomik düzenin işleyişinin korunmasına ilişkin bir suç olduğu için hem diğer birçok ülke hukukunda hem de Türk hukukunda ekonomik suç niteliğinde kabul edilmektedir. Kronolojik olarak kişilere ve malvarlığına ilişkin suçlar, ekonomik suçlardan daha önce düzenlendikleri için ekonomik düzene ilişkin suçlar kategorik olarak, rejim olarak demokrasiyi benimsemiş ve meclis tarafından yönetilen ülkelerin kurulmasıyla bu ülkelerin ceza kanunlarında yer edinmeye başlamıştır. Ticaret hayatı, burjuva sınıfının bu ülkelerde ticari alanda aktif rol oynaması sayesinde gelişmiş olup, burjuvalar daha çok para kazanmak için

¹²¹Türkdoğan, İhaleye Fesat, s.4.

¹²² Arslan, İhaleye Fesat, s.80.

¹²³ Akbulut, Berin, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu TCK md. 235", Ceza Hukuku Dergisi, C. 4,S. 9 (Nisan 2009), s.5.

ürettikleri malları devlet haricinde diğer özel kişilere satma ihtiyacını duymuş olup, devlet burjuvaların bu faaliyetlerini denetlemek ve kamu hizmetlerini yürütmek için bir hazine bütçesi oluşturmuş ve bu bütçenin denetiminden kendi oluşturduğu özel bir komisyonu sorumlu tutmuştur. Devlet kamu hizmetlerini yürütürken halka hesap vermekle yükümlü olduğu için bu hizmetler hakkında yaptığı harcamaları daha dikkatli, hesaplı, adil ve dürüst bir şekilde ve en çok hak eden kişiden mal almak suretiyle yapma ihtiyacı hissetmiştir. İşte ihale kavramsal olarak bu doğrultuda ortaya çıkmıştır.¹²⁴

Dürüstlüğe aykırı bir şekilde kazanç elde etmek isteyen kişiler, ihale ilk ortaya çıktığı zamanlarda da mevcuttu ve bu kişiler bu amaçlarına ulaşmak için o dönemde yapılan ihalelere de fesat karıştırmakta ve karıştırmaya çalışmaktaydı. Ticaret hayatının gittikçe daha çok gelişmesiyle beraber bu hayatın kapsamı içerisindeki faaliyetler de çeşitlilik kazanmaya başlamış ve bu yüzden başta ihaleye fesat karıştırma suçu olmak üzere ekonomik hayatı olumsuz yönde etkileyen suçların işlenme oranı daha da artmıştır.¹²⁵ Bu tür suçların işlenme oranı arttıkça Türk yasa koyucusu başta ihaleye fesat karıştırma suçu ve ihaleyle alakalı diğer suçlar olmak üzere, bu suçlar hakkında ilgili kanunlarda ceza verme ihtiyacı hissetmiş ve bu doğrultuda devletin kamu hizmetlerini yürütürken yaptığı alımlarda gerçekleştirilen bazı fiilleri suç olarak düzenleyen 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununu yürürlüğe koymuştur. İsminden de anlaşılacağı üzere Ceza Kanunname-i Hümayunu Osmanlı döneminde yürürlüğe girmiş olup, Türk yasa koyucusu bu Kanunnameyi 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme etmiştir. Bu Kanunname aynı zamanda ihaleye fesat karıştırma suçunun ve ihaleye ilişkin diğer suçların düzenlendiği ilk düzenleme olma niteliğini taşımaktadır. Bu Kanunnamedeki ihaleye ilişkin suçlar, ihaleye fesat karıştırma suçu ve ihaleye fesat karıştırma suretiyle işlenen devletin malını çalma suçu olarak iki türlüyü.¹²⁶

Kanunnamenin ilk bölümünde, idareyi zarara uğratacak fiillerin neler olduğu ve bu fiillerin cezaları belirtilmektedir. Kanunnamenin ilk bölümünün üçüncü kısmında rüşvet suçları ile alakalı düzenlemeler bulunmaktadır ve bu düzenlemelerden biri olan 80. madde hırsızlık suçu ile ilgili bir madde olup, 80. maddede devletin gelir elde etmek

¹²⁴ Dülger, Ekonomik Suçlar, s.9.

¹²⁵ Dülger, Ekonomik Suçlar, s.9.

¹²⁶ Dilberoglu, İhaleye Fesat, s.97.

için bir malını satmaya karar vererek, bu malın satışını bir kişiyi görevlendirmek suretiyle ihale yoluyla gerçekleştirdiği durumlarda, bu kişinin görevinin gereklerine aykırı davranarak bu mal için daha fazla para vermeyi öneren kişiler olduğu halde bu malı sırf kendisine para verdiği için kendisine para veren bu kişiye ederinin çok altında bir fiyata satmasının ve bu davranışı sebebiyle devletin zarar etmesine yol açmasının devletin malını çalma suçunu oluşturacağı ve satımı yapmakla görevli olan kişinin aynı Kanun'un dördüncü kısmında yer alan 82. madde uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Atıf yapılan 82. maddede ise, devlet tarafından devletin alım ve satım işlerini yürütmekle yükümlü kılınmış memurun bu işlemler esnasında fesat karıştırma niteliğindeki eylemleri gerçekleştirmesi halinde, bu memurun devlete alım veya satıma konu olan malın iki misli değerinde ödeme yapmakla yükümlü olacağı, hakkında hükmolunacak kalebentlik cezasının beş yıldan daha az olamayacağı ve hayatı boyunca bir daha devlet memuru olamayacağı ifade edilmektedir.¹²⁷

Günümüzde yürürlükte olan düzenlemeler arasında Kanunname'nin 80. maddesinin karşılığı olan veya benzeri niteliğindeki bir düzenlemenin olup olmadığı hususunda bir inceleme yapılırsa, 80. madde ile TCK md. 235/2-a-1'de yer alan ihaleye katılmak için gerekli koşulları taşıyan kişilerin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almalarının hileli davranışlarda bulunarak önlenmesi suretiyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu arasında bir benzerlik bulunduğu görülür. Bu iki düzenlemenin ortak noktası, devletin ihale sürecini yürütmesi için yetki ve görev verdiği kişinin rüşvet karşılığında bu malın satıldığı kişiden daha iyi koşullara sahip olup bu malı daha yüksek fiyattan satın alabilecek veya ihale konusu edimi ihalenin verildiği kişiden daha iyi koşullarda yerine getirebilecek kişilerin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almalarına engel olmasıdır.¹²⁸

Devlet tarafından alıma, satıma ve yapıma ilişkin işlerini yürütmekle görevlendirilmiş memurun bu işlemler esnasında fesat karıştırıcı nitelikteki hareketlerde bulunmasının suç olduğunu ifade eden bir başka madde olan Kanunname'nin birinci bölümünün dördüncü kısmında düzenlenen 83. maddesinde, bu maddedeki eylemleri gerçekleştiren memur kişi hakkında 82. maddede belirtilen yaptırımlara hükmedileceği belirtilmiş, madde 83'te de suçu oluşturan unsur olan irtikabın tanımı, bu kişinin sırf

¹²⁷ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.97.

¹²⁸ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.97.

çıkar elde etmek maksadıyla bu işlemler esnasında o iş karşılığında ödenecek olan paraya, o işin miktarına ve nasıl yapılacağına ilişkin hususlara fesat karıştırmaları ve bu suretle çıkar elde etmesi şeklinde yapılmış ve bu fiilleri gerçekleştiren failin hırsızlık yapmış olacağı ifade edilmiştir.¹²⁹ Devlet hesabına yapılan alımlara, satımlara veya yapım işlerine fesat karıştırma suçunu düzenleyen 765 sayılı TCK md. 205, Kanunnamenin 83. maddesinden alınmıştır ve her iki suç da konu, fail ve işleniş şartları bakımından aynı şekilde düzenlenmiş olup, 205. maddenin yaptırımları 83. maddedeki yaptırımlarla farklılık arz etmektedir ve 83. maddenin sözcükleri günümüz Türkçesi'ne uygun bir şekilde değiştirilmiştir.¹³⁰

Fesat karıştırma kapsamına giren durumların neler olduğu Kanunnamenin 83. maddesinde ifade edilmemiş olduğu için, bir davranışın bu kapsama girip girmediği hakim tarafından belirlenecektir. İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi durumunda uygulanacak yaptırım bakımından devlet görevlileri ile sıradan vatandaşlar arasında herhangi bir farkın bulunmadığı, Kanunnamenin 84. maddesinde ifade edilmiştir.¹³¹

Kanunnamenin 88. maddesi uyarınca, bir malın para olarak ederi ihaleye çıkmadan önce tespit edilmişse, konusunu bu malın teşkil ettiği bir ihaleye fesat karıştırıldığı takdirde bu fesat karıştırma fiilini gerçekleştiren kişiye yaptırım uygulanacaktır. Fesat karıştırma niteliğindeki fiilin neticesinde devletin maddi olarak zarara uğramasına yol açan kişi, bu zararın tamamını devlete ödemekle yükümlüdür. Ticaret hayatında faaliyet yürütmek isteyen kişilerin hangi sığata sahip olduklarının önem arz etmeden bu istekleri doğrultusunda işlemler yapabilecekleri kuralının bir istisnası, Kanunnamenin 89. maddesinde öngörölmüştür. Bu istisna uyarınca, bir kimse kamu görevlisi sıfatını haiz ise, bir ihalenin yapılması sırasında bu ihalede ticari konularda faaliyet yürütemez. Devlet adına yapılan eşya alım satımında ticaret yapma suçunu düzenleyen 765 sayılı TCK md. 208, Kanunnamenin 89. maddesinden alınmıştır ve her iki düzenleme de içerik olarak aynı olup, 208. maddenin sadece sözcükleri günümüz Türkçesi'ne uygun bir şekilde değiştirilmiştir.¹³²

¹²⁹ Altıparmak, İhaleye, s.39.

¹³⁰ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.97.

¹³¹ Gök, İhaleye Fesat, s.6.

¹³² Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.99.

Açık artırmalara ve ticaret hayatı kapsamında yürütülen faaliyetlere fesat karıştırılması, Kanunnamenin 238. maddesinde yaptırıma bağlanmıştır. Yalnız yukarıda bahsedilen açıklamalardan farklı olarak 238. madde kapsamında yapılan açıklamalar idare tarafından yapılan ihalelerle değil, özel kişiler arasında yapılan artırmalarla ilgilidir. Bu artırmalar menkul veya gayrimenkul malların alınması, satılması, kiralanması veya kiraya verilmesi maksadıyla düzenlenmekte olup, bu artırmalara zarar vermeye yönelik konuşmalar yapan, yasak olduğu halde gizli ittifak kuran veya başka icrai davranışlarda bulunmak suretiyle bu artırmaları olumsuz yönde etkileyen kişiler hakkında¹³³ hem hapis hem de para cezasına hükmolunacağı, hükmolunacak hapis cezasının on beş günden aşağı, üç aydan fazla olamayacağı, hükmolunacak adli para cezasının ise en az bir mecdiye altın en fazla yüz mecdiye altın olabileceği ifade edilmiştir.¹³⁴

Sadece belirli niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilen suçlara “*özgü suç*” denilmektedir.¹³⁵ Madde metnindeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, madde 83 ile madde 238’deki suçlar kim tarafından işlenebilecekleri noktasında farklılık arz etmekte olup, madde 83’teki suç ancak devlet adına işlem yapan kişilerce işlenebileceği için özgü suç niteliğindedir fakat madde 238’deki suç tanımında devleti temsilen işlemleri gerçekleştiren gibi bir ifade yer almadığı için bu suçu işleyebilecek kişilerin niteliği bakımından bir sınırlandırma yoktur, bu yüzden bu suç özgü suç niteliğini haiz değildir. Zaten bu suçlar Kanunnameye birbirlerinden bayağı uzak yerlerde düzenlenmiştir. Her iki suç da ihaleye ilişkin suçlar olmakla beraber aralarındaki fark, hangi türden ihaleler bakımından işlenebilmeleridir. Madde 83’de yer alan suç, idare tarafından yapılan ihalelerde işlenebilmekteyken, madde 238’de yer alan suç ise sıradan vatandaşlar arasında yapılan ihalelerde işlenebilmektedir.¹³⁶

Ülkemizde ihaleye ilişkin suçların ikinci defa bir ceza kanununda düzenlenmesi, Cumhuriyet rejiminin kurulmasından sonraki döneme rastlamaktadır. Ülkenin yeni bir rejimle yönetilmesi şüphesiz hukuk alanında da etkisini göstermiş ve bu doğrultuda yeni

¹³³ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.99.

¹³⁴ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.133.

¹³⁵ Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Beta Yayıncılık, 8.Baskı, Eylül 2014,s.486.

¹³⁶ Akbulut, İhaleye Fesat, s.5.

kanunlar çıkarılmıştır. İşte ülkemizde ihaleye ilişkin suçların ikinci defa düzenlendiği ceza kanunu, 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı TCK'dır.¹³⁷

Ülkede yeni bir rejimin kurulması, aynı zamanda çeşitli hukuk alanlarında önemli kanunlar çıkartan ülkelerin bu kanunlarından kısmen ya da tamamen alıntılar yapılmasını da gerektirmiş ve bu doğrultuda 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun çevirisi niteliğindeki 765 sayılı TCK yürürlüğe girmiştir. 765 sayılı TCK'nın 205. maddesindeki suç, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda bulunmamaktadır. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 176. maddesindeki suç, kamu ihale hukukuna ilişkin bir suç tipidir. Madde 176'da idarenin herhangi bir işi yapması için kendisi adına işlem yapmak üzere görevlendirdiği bir memurun bu işi yaparken şahsına özgü çıkar elde etmesi halinde en az bir ay en fazla beş yıl hapis cezasına ve yüz lîre ile beş bin lîre arasında adli para cezasına çarptırılacağı ifade edilmektedir.¹³⁸

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları 765 sayılı TCK'nın 366, 367 ve 368. maddelerinde üç ayrı madde halinde düzenlenmiştir. Bu üç madde aynı suça ilişkin oldukları halde, bunların ayrı suç tipleri olarak düzenlenmesi, doktrinde eleştirilmiştir.¹³⁹

Türk hukukunda ihaleye ilişkin suçlara dair cezai hükümler ihtiva eden üç tane kanun olup, bu kanunların kronolojik sıralaması şöyledir: 1858 yılından 01.03.1926 tarihine kadar uygulanan Ceza Kanunname-i Hümayun, 01.03.1926 tarihinden 01.06.2005 tarihine kadar uygulanan 765 sayılı TCK ve 01.06.2005 tarihinden itibaren günümüze kadar geçerliliğini korumakta olan 5237 sayılı TCK.¹⁴⁰ Geçmişten bugüne ülkemizin ekonomisinde meydana gelen değişiklikler, bu üç düzenlemede yer alan suç tiplerini şekillendirmiştir.¹⁴¹

Bu üç düzenleme de ancak kendisinden bir sonraki düzenleme yürürlüğe konuluncaya kadar yürürlükte kaldıkları için, 5237 sayılı TCK da 765 sayılı TCK'yı ilga etmiştir. Fakat bir suç 01.06.2005 tarihinden önce işlenmişse, 01.06.2005 tarihinden önce 765 sayılı TCK yürürlükte olduğu için 765 sayılı TCK'nın bu suç hakkında

¹³⁷ Dülger, Ekonomik Suçlar, s.9.

¹³⁸ Dülger, Ekonomik Suçlar, s.9.

¹³⁹ Dülger, Ekonomik Suçlar, s.9.

¹⁴⁰ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.99.

¹⁴¹ Dülger, Ekonomik Suçlar, s.9.

öngördüğü yaptırımla 5237 sayılı TCK'nın bu suç hakkında öngördüğü yaptırımın birbirinden farklı olması halinde, hangi kanun failin lehine ise o kanunda yer alan yaptırım uygulanacaktır. Doktrinde failin lehine olan hükmün uygulanması ilkesi olarak ifade edilen bu kuralın hukuki dayanağını 5237 sayılı TCK md. 7/2, 765 sayılı TCK md. 2/2 ve 1982 Anayasası md. 38/1 oluşturmaktadır. Bu durumda suçun 01.06.2005 tarihinden önce işlenmiş olması kaydıyla, 765 sayılı TCK'da söz konusu suç hakkında öngörülen yaptırımın 5237 sayılı TCK'da öngörülen yaptırıma kıyasla failin lehine olması halinde, bu durumda fail hakkında 765 sayılı TCK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁴²

Bir suçun işlenebilmesi için herhangi bir kişinin veya idarenin zarar görmesi olmazsa olmaz bir şart ise, o suç zarar suçudur. Bu bakımdan 765 sayılı TCK'nın 205. maddesindeki “*zarar kendisine ödettirilir*” ifadesinden hareketle, bu suçun oluşabilmesi için idarenin zarara uğramaması bir ihtimal olarak bile düşünülemeyeceğinden, bu suç zarar suçudur. 765 sayılı TCK döneminde geçerli olup 5237 sayılı TCK'da kaldırılmış olan eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımındaki her iki teşebbüs türü de bu suçun zarar suçu olması hasebiyle bu suç bakımından gerçekleştirilebilmekteydi.¹⁴³ 765 sayılı TCK'da yer alan ihaleye fesat karıştırma suçları iştirak halinde işlenebilmektedir.¹⁴⁴

765 sayılı TCK'da ihaleye ilişkin suçlar, kanunda farklı maddelerde ve oldukça dağınık bir şekilde düzenlenmiştir.¹⁴⁵ 765 sayılı TCK'nın 205. maddesindeki devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapım işlerine fesat karıştırma suçu ve 208. maddesindeki devlet adına yapılan eşya alım satımında ticaret yapma suçu “*Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler*” başlıklı üçüncü bab'ın “*Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlama*” başlıklı birinci faslında, 362. maddesindeki kamuya karşı taahhüdün yerine getirilmesinde hile yapma suçu, 364. maddesindeki fen veya sanayi alanıyla ilgili sırların açıklanması suçu, 366. maddesindeki hükümet hesabına yapılan artırma ve eksiltmeye fesat karıştırma suçu, 367. maddesindeki kamu kurumları aracılığıyla veya özel kişiler tarafından gerçekleştirilen artırmaya fesat karıştırma suçu ve 368. maddesindeki para veya benzeri

¹⁴² Arslan, İhaleye Fesat, s.86.

¹⁴³ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.11.

¹⁴⁴ Danışman, İhale ve İhaleye, s.80.

¹⁴⁵ Parlar, Ali, Türk Ceza Kanununda Tefecilik ve İhaleye İlişkin Suçlar, Ankara, Bilge Yayınevi, 2.Baskı, 2015, s.82.

menfaat karşılığında ihaleden çekilme suçu ise “*Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler*” başlıklı altıncı bab’ın “*Ticaret ve Sanayie ve Müzayedeye Hile ve Fesat Karıştırmak Cürümleri*” başlıklı beşinci faslında düzenlenmiştir.¹⁴⁶ İhale süreci hakkında hükümler içeren suçlar 765 sayılı TCK döneminde de ekonomik suç niteliğini haiz olmakla beraber, bu suçlardan 205 ve 208. maddelerdeki suçların “*Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler*” başlıklı bölümde, 362, 364, 366, 367 ve 368. maddelerdeki suçların ise “*Ticaret ve Sanayie ve Müzayedeye Hile ve Fesat Karıştırmak Cürümleri*” başlıklı bölümde düzenlendiği görülmektedir.¹⁴⁷

Yasa koyucu ihaleye fesat karıştırma suçunun kanuni tanımındaki unsurları düzenleyen 765 sayılı TCK’nın 205, 366, 367 ve 368. maddelerini 5237 sayılı TCK md. 235 hükmünü getirerek tek bir madde altında toplamıştır. Ayrıca 765 sayılı TCK’nın 208. maddesindeki devlet adına yapılan eşya alım satımında ticaret yapma suçunun 5237 sayılı TCK’daki karşılığı, kamu görevlisinin ticareti suçunu düzenleyen 259. madde; 362. maddesindeki kamuya karşı taahhüdün yerine getirilmesinde hile yapma suçunun 5237 sayılı TCK’daki karşılığı, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu düzenleyen 236. madde; 364. maddesindeki fen veya sanayi alanıyla ilgili sırların açıklanması suçunun 5237 sayılı TCK’daki karşılığı ise ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçunu düzenleyen 239. maddedir.¹⁴⁸

5237 sayılı TCK md. 236’da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan fiiller, 765 sayılı TCK md. 205’deki suç oluşturmaktaydı. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan fiillerle ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fiillerin aynı maddede aynı suçmuş gibi düzenlenmeleri, karmaşıklığa yol açmaktaydı. Yasa koyucu 5237 sayılı TCK md. 235 ve md. 236 düzenlemelerini getirerek md. 205’i ikiye ayırmış ve eski kanun dönemindeki bu karışıklığı gidermiştir.¹⁴⁹

765 sayılı TCK md. 205’teki suç, devlet hesabına yapılan alım ve satımlara fesat karıştırılmasını yaptırma bağlamaktayken, md. 366’daki suç ise hükümet hesabına yapılan müzayedelere fesat karıştırılmasını yaptırma bağlamaktaydı. Eski kanun

¹⁴⁶ Evik, Ali Hakan, “*İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri*”, Ceza Hukuku Dergisi, C.12, S.33 (Nisan 2017),s.6.

¹⁴⁷ Danışman, İhale ve İhaleye, s.81.

¹⁴⁸ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.101.

¹⁴⁹ Artuk/Gökçen, Ceza Özel, s.859.

dönemindeki ihaleler aynı idareler adına yapılmalarına rağmen, bu idareler arasında devlet ve hükümet olarak ikili bir ayırım yapılmıştı. 765 sayılı TCK'da bir ihalenin Türkiye Devleti hesabına mı ya da hükümet hesabına mı olduğunun neye göre belirleneceği hususu belirtilmediği için, bu belirsizlik, hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkelerine aykırılık teşkil ediyordu.¹⁵⁰ Bu belirleme Yargıtay tarafından verilen kararlarla yapılmaya çalışılmaktaydı.¹⁵¹

Doktrinde bir ihalenin devlet hesabına mı yoksa hükümet hesabına mı yapılacağına belirlenmesinde başvuru yöntemlerinden birisi de devlet kavramını tanımlamak olmuştur. Bu tanımın yapılması sırasında 1982 Anayasasında yer alan devlet tanımından yararlanılmıştır. Anayasamıza göre bir idarenin devlet adına faaliyet yürütebilmesi için, o idarenin yürüttüğü faaliyetlerin yasamaya, yürütmeye veya yargıya ilişkin olması gerekir ve bu faaliyetler ancak merkezi idarelerin kapsamı içinde yer alan bakanlıklar tarafından yürütülebilir. Bakanlıklar da hükümetlere bağlı olarak faaliyet göstermekte olup, hükümetler ise devleti temsilen bu faaliyetleri yürütmektedirler. Yani mahalli idarelerin kapsamı içinde yer alan il özel idareleri, belediyeler, köyler gibi tüzel kişiler ve diğer kamu kuruluşları adına, örneğin Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) adına faaliyet yürüten kişiler tarafından gerçekleştirilen davranışlar, md. 205'teki suçun tanımına uysa bile bu kişiler, md. 205 kapsamındaki suç işlemiş olmazlar.¹⁵²

Fakat Yargıtay bu görüşte değildir. Yargıtay'a göre, mahalli idarelerin kapsamı içinde yer alan tüzel kişiler ve diğer kamu kuruluşları adına faaliyet yürüten kişiler de md. 205'teki suçun faili olabilir.¹⁵³

5237 sayılı TCK'da ise, devlet hesabına ve hükümet hesabına ayırımına yer verilmemiş olup,¹⁵⁴ TCK md. 235/1'de bu iki kavramı da kapsayan "*kamu kurum veya kuruluşları adına*" ifadesine yer verilmiştir.¹⁵⁵

765 sayılı TCK'da ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kişinin menfaat elde etmesi durumuyla ilgili, 208. maddede devlet memurlarının devletin alım ve satım

¹⁵⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, İhaleye Fesat, s.646.

¹⁵¹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.145.

¹⁵² Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.105.

¹⁵³ Arslan, İhaleye Fesat, s.90; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 06.11.1991 tarihli ve Esas (E.) 4124, Karar (K.) 4738 sayılı kararı ve Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 15.12.1987 tarihli ve E. 8836, K. 7450 sayılı kararı.

¹⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, İhaleye Fesat, s.646.

¹⁵⁵ Özcan, İhaleye Fesat, s.52.

işlerini yürütürken kazanç elde etmesinden bahsedilmesi dışında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁵⁶

9 Temmuz 1953 tarihli ve 6123 sayılı Kanun ile 765 sayılı TCK md. 205'te birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler şunlardır: Madde 205'in önceki halinde devlet tarafından madde kapsamındaki işleri yapmakla görevlendirilmiş memurun bu suçu işlemesi halinde ömrü boyunca devlet memuru olamayacağına ilişkin yaptırım bulunmaktayken, bu yaptırım kaldırılmıştır. Ayrıca memur hakkında hükmolunacak hapis cezası beş yıldan az olamazken, bu değişiklik sonrası on yıldan az olamamaktadır. 765 sayılı TCK'nın üçüncü bab'ın birinci kısmının başlığında da değişiklik yapılmış, 21 Kasım 1990 tarihli ve 3679 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile yapılan bu değişiklik sonucu söz konusu başlık "*Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım Satımlarında Menfaat Sağlama*" olarak değiştirilmiştir.¹⁵⁷ Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapım işlerine fesat karıştırma suçunu düzenleyen md. 205'de, devlet tarafından Türkiye devleti adına alım, satım ve yapım işlerini yürütmekle görevlendirilen bir kişinin görevlendirildiği bu işlere veya bu işlerin meblağına veya miktarına ilişkin işlemlere fesat karıştırarak haksız bir şekilde menfaat elde etmesi durumunda, bu kişi hakkında hükmolunacak hapis cezasının on yıldan aşağı, aynı Kanun'da yer alan md. 13 gereğince de yirmi dört yıldan fazla olamayacağı ve bu kişinin bu fiilleri neticesinde devletin zarar görmesine yol açması sebebiyle, verdiği zararı devlete tazmin etmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁸

Doktrinde md. 205 hükmü ile alakalı tartışılan husus, bu suçun özgü suç olup olmadığı idi. Bazı görüşlere göre madde metninde "*memur*" ifadesine değil "*bir kimse*" ifadesine yer verildiği için bu suçu herkes işleyebilirdi. Bir kimsenin bu suçu işleyebilmesi için devlet memuru olması şart olmayıp, devlet tarafından devlet adına alım, satım veya yapım işlerini yürütmek konusunda yetkilendirilmiş olması yeterliydi.¹⁵⁹ Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, bu suç özgü suç niteliğini haizdir. Madde metninde "*bir kimse*" denilse de, bu suç ancak devlet tarafından bu maddedeki işlemleri yürütmesi için kanunla görevlendirilmiş devlet memurları tarafından işlenebilir, çünkü bu suç Kanun'un devlete karşı işlenen suçlar bölümünde ve

¹⁵⁶ Özcan, İhaleye Fesat, s.52.

¹⁵⁷ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.75.

¹⁵⁸ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.134.

¹⁵⁹ Akbulut, İhaleye Fesat, s.6.

bu bölümün devlet adına yapılan alım veya satım ile ilgili işlemler sırasında zimmet yoluyla haksız çıkar elde etme başlıklı kısmında düzenlenmiştir. Zimmet suçu da ancak devlet memurlarının işleyebildiği bir suçtur.¹⁶⁰

765 sayılı TCK md. 205'te açıkça "*Türkiye Devleti*" ifadesi geçtiği için, bu suçun oluşabilmesi için bu madde kapsamında yürütülen işlerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına yürütülmesi şarttır. Bu madde kapsamındaki işlerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti dışındaki bir devlet adına yürütülmesi halinde, suç oluşmaz.¹⁶¹

765 sayılı TCK md. 205'te yer alan suçun oluşabilmesi için alım, satım ve yapım işlerinin yürütülebilmesi bakımından idarenin ihaleye çıkma zorunluluğu bulunmamaktadır ve¹⁶² alım, satım veya yapım işlerinin eşyaya ilişkin olması gerekir.¹⁶³ Menkul veya gayrimenkul eşyalarla beraber tüketilebilecek mallar da bu maddede ifade edilen eşya kapsamına girmektedir.¹⁶⁴ Bir ihalede gerçekleştirilen alım, satım veya yapım işlerinin eşyaya ilişkin olmaması halinde, bu ihale bakımından md. 205'teki suçun işlenebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan bu suçun işlenemeyeceği ihale türlerine örnek olarak hizmet ihaleleri gösterilebilir. Kiralama ihalelerinde ise eşyaya ilişkin kısımların mevcut olması halinde, yalnızca bu kısımlar bakımından bu suçun işlenebilmesi mümkündür.¹⁶⁵

765 sayılı TCK md. 205'deki suçun oluşabilmesi için, failin devlet hesabına almaya, satmaya veya yapmaya memur olduğu her türlü eşyanın alım, satım, yapım, fiyat veya miktarına fesat karıştırarak irtikap eylemesi gerekir.¹⁶⁶ Hileli davranışlarda bulunmak, cebir uygulamak veya tehdit etmek gibi davranışlar md. 205 bakımından fesat karıştırma kapsamında değerlendirilmekteydi. Madde 205'te hangi hareketlerin hile olarak kabul edileceği tek tek sayılma suretiyle sınırlı olarak belirtilmediği için, hakim bir davranışın hileli olup olmadığını belirleme konusunda takdir yetkisi vardı. Edimin ifası aşaması bir işin yapımı, pahası ve miktarı gibi hususlarla ilişkili olduğundan ve bu hususlar md. 205'teki fesat karıştırma eyleminin konusunu

¹⁶⁰ Arslan, İhaleye Fesat, s.89.

¹⁶¹ Balcı, Murat, "*Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapım fesat karıştırma suçu (TCK. m. 205)*", (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2004, s.42.

¹⁶² Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002, s.237 vd.

¹⁶³ Akbulut, İhaleye Fesat, s.7.

¹⁶⁴ Özgenç, Ekonomik Çıkar, s.237 vd.

¹⁶⁵ Gök, İhaleye Fesat, s.8.

¹⁶⁶ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.135.

oluşturabileceğinden, ihale süreci ile beraber edimin ifası sürecinde de hileli davranışlarda bulunulması, mağdura cebir uygulanması veya tehdit yöneltilmesi mümkündür.¹⁶⁷ Yasa koyucunun hile kapsamına giren fiillerin hangi fiiller olduğunu tek tek sayma suretiyle sınırlı olarak belirtmemesi, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi.¹⁶⁸

765 sayılı TCK md. 205’de geçen irtikap eylemek fiilinden kasıt, irtikap suçunun işlenmesi değil, failin bu madde kapsamında yürütülen işlere fesat karıştırarak haksız bir şekilde çıkar elde etmesidir. Failin haksız bir şekilde elde ettiği çıkar, kendi şahsına veya başkasına yönelik olabilir. Bu çıkar elde edilme biçimi bakımından fail tarafından elde edilebileceği gibi, failin üçüncü bir kişiyi vasıta olarak kullanması suretiyle de elde edilebilir.¹⁶⁹

765 sayılı TCK md. 205’deki suçun oluşabilmesi için, devlet memurunun veya üçüncü kişinin haksız çıkar elde etmesi neticesinde, idare ekonomik olarak zarara uğramış olmalıdır. Eğer devlet memurunun veya bir üçüncü kişinin haksız çıkar elde etmesi neticesinde idare maddi zarara uğramamışsa, bu suçun meydana gelmeyeceğini, fakat faillerin bu fiillerinin başka bir suça vücut verebileceğini ifade etmek gerekir.¹⁷⁰

Manevi unsur bakımından md. 205’deki suçu incelemek gerekirse, madde metninde aksi yönde bir ifadeye yer verilmediği için, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün olmayıp, kasten işlenebilmektedir. Eğer fail suçu işlerken haksız çıkar elde etmek niyetiyle hareket etmemişse, bu suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Yasa koyucu bu suçu düzenleyerek, toplumun idarenin ihale sürecindeki kamu hizmetlerini dürüstlük ilkesine uygun bir şekilde yürüttüğüne dair duyduğu güveni korumak istemiştir. 765 sayılı TCK md. 219’da failin hakim, savcı veya emir veya idare yetkisine sahip olan bir görevli olması halinde, cezanın yarı oranda artırılacağı ifade edilmektedir.¹⁷¹

Devlet hesabına yapılan alım satımda ticaret yapma suçunu düzenleyen 765 sayılı TCK md. 208’de, bir devlet memurunun idaresine ve nezaretine memur olduğu

¹⁶⁷ Akbulut, İhaleye Fesat, s.7.

¹⁶⁸ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.59.

¹⁶⁹ Akbulut, İhaleye Fesat, s.7.

¹⁷⁰ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.136.

¹⁷¹ Dilberoglu, İhaleye Fesat, s.109.

işlerde devlet için az veya çok eşya veya malzeme alım veya satımında ticari faaliyetlerde bulunması yasaklanmıştır. Madde 208'e göre bu memurun gizli veya açık olması fark etmeksizin, hem bizzat hem de başka kişileri kullanarak veya bu kişilerle ortaklık kurarak kazanç elde etmek için ticari faaliyetlerde bulunması veya mal üretimine veya bina inşasına ilişkin faaliyetler yürüten kimselerle baştan kararlaştırılan sabit bir ücret alma koşuluyla bu faaliyetlerin yürütülmesi bakımından ortaklık kurması durumunda, hakkında hükmolunacak hapis cezası üç yıldan aşağı olamaz. Madde 208'in devamında ise, memurun bu işlemler sırasında gerçekleştirilen alışverişler üzerinden provizyon elde etmesi veya para değişimi işlemleri yapmak suretiyle kazanç elde etmesi durumunda hakkında hükmolunacak hapis cezasının beş yıldan aşağı olamayacağı ifade edilmiştir.¹⁷²

765 sayılı TCK md. 208'deki suçun oluşabilmesi bakımından ihaleye fesat karıştırılmış olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Madde 208'de belirtilen işlemleri yürütmesi için devlet tarafından görevlendirilen memurun, yaptığı ticari işlemin ihale ile ilgili düzenlemelere veya ticari mevzuata aykırı olmadığını ve ticari faaliyetlerde bulunması hasebiyle ekonomik açıdan zarara uğradığını kesin bir şekilde kanıtlaması, md. 208'deki suçun oluşumuna engel değildir. Çünkü yasa koyucu bu suçu düzenleyerek idare tarafından bu madde kapsamındaki işleri yapmakla görevlendirilen memurun, bu işleri yaparken ticari faaliyetler yürütmesi sebebiyle toplumun idareye duyduğu güvenin ve kamunun itibarının zedelenmesinin önüne geçmek istemiştir.¹⁷³ Bu suçun oluşabilmesi için, idarenin bu suçun işlenmesi hasebiyle zarara uğraması veya suçun temel şekli bakımından failin bu suçu işleyerek maddi kazanç elde etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁷⁴

Madde 208'de bu suç kapsamındaki faaliyetlerin yalnızca mal alım veya satımına ilişkin faaliyetler olabileceğinin ifade edilmesi sebebiyle, alım ve satım haricindeki iş ve işlemler, md. 208'de yer alan suça konu olamazlar. Suçun oluşabilmesi için, failin suç kapsamındaki eylemlerde bulunma amacı sadece kendisi için kazanç temin etmek olmalıdır. Fail, bu suçu kasten işleyebilir. Suçun oluşabilmesi için, md. 208'de ifade edilen alım satımlar yapılırken artırma veya eksiltmeye gidilmemiş olması

¹⁷² Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.102-110.

¹⁷³ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.109.

¹⁷⁴ Arslan, İhaleye Fesat, s.95.

gerekir. Madde 208 kapsamındaki alım veya satım işlerinin yürütülmesi sırasında artırma veya eksiltme usulleri kullanılmışsa, bu hükme göre daha özel hüküm niteliğindeki 765 sayılı TCK md. 366 ve md. 367 hükümleri uygulanacaktır.¹⁷⁵

Hükümet hesabına yapılan artırma veya eksiltmeye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 765 sayılı TCK md. 366'da, bir kimse hükümet namına gerçekleştirilen artırma veya eksiltmelerdeki rekabet ortamının oluşmasını engellerse veya rekabet ortamını olumsuz yönde etkileyen davranışlarda bulunursa veya bu davranışlar yoluyla artırmada veya eksiltmede pey sürenleri çekilmeye sevk ederse, bu kimse hakkında hem hapis hem de para cezasına hükmolunacağı, hükmolunacak hapis cezasının üç aydan aşağı, bir yıldan yukarı olamayacağı ve hükmolunacak para cezasının ise en az otuz Türk lirası en fazla iki yüz Türk lirası olabileceği ifade edilmiştir. Madde 366'nın ikinci fıkrasında, failin kanunen veya hükümet tarafından artırmaya veya eksiltmeye memur olan bir kimse olması halinde, hükmolunacak bu cezaların en az bir yıl en fazla üç yıl hapis cezası ile en az elli Türk lirası en fazla dört yüz Türk lirası para cezası olacağı ifade edilmiştir. Bu madde kapsamındaki suçu oluşturan seçimlik fiiller ise, rekabet ortamını olumsuz yönde etkilemeye yönelik olarak gerçekleştirilen şiddet uygulamak, tehdit etmek, hediye vaat etmek veya vermek, herhangi bir menfaat temin etmek, yasaklanmış olduğu halde bazı kimselerle gizli ittifak kurmak ve birtakım hilelere başvurarak rekabeti engellemek veya ihlal etmek veya artırma veya eksiltmede pey sürenleri çekilmeye sevk etmek fiilleridir.¹⁷⁶

Madde 366'daki suçun oluştuğundan söz edilebilmesi için, bu fiillerin gerçekleştirilmesi sonucunda idarenin zarara uğramamış olması gerekir. İdarenin bu suç kapsamındaki fiillerin gerçekleştirilmesi sonucunda zarara uğraması halinde, 765 sayılı TCK md. 205'te yer alan suç meydana gelecektir.¹⁷⁷

Madde 366'daki suçun meydana gelebilmesi için hangi konuda ve hangi kanun kapsamında ihale yapıldığı önemli değildir, bu ihalenin hükümet namına yapılmış olması ve bu ihaleyi yapan merciin resmi daire niteliğini haiz olması yeterlidir. Yani md. 366 kapsamındaki ihalenin alıma, satıma, kiralamaya veya diğer konulara ilişkin olması mümkündür. Yerel yönetimler ve KİT'ler gibi merkezi idare kapsamına

¹⁷⁵ Altıparmak, İhaleye, s.47.

¹⁷⁶ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.79-80.

¹⁷⁷ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.80.

girmeyen diğer kamu kuruluşlarının hesabına yapılan ihalelerde, bu madde kapsamındaki davranışlarda bulunulması durumunda bu maddedeki suç oluşmayacaktır.¹⁷⁸

Fail bu suç kapsamında belirtilen hareketleri gerçekleştirmekle beraber bu hareketleri gerçekleştirme amacına ulaşamamışsa, yani rekabet ortamının oluşmasını önleyememişse, rekabeti olumsuz yönde etkileyememişse veya teklifte bulunan kişilerin artırma veya eksiltmelerden çekilmesini sağlayamamışsa, bu suç tamamlanmış olmayacak, fakat teşebbüs için gereken koşulların varlığı halinde bu suça teşebbüs edilmesi mümkün olabilecektir. Manevi unsur bakımından md. 366'daki suçun incelemek gerekirse, madde metninde aksi yönde bir ifade yer verilmediği için bu suçun taksirle işlenmesi mümkün olmayıp, kasten işlenebilmektedir.¹⁷⁹

Kamu kurumları aracılığıyla veya özel kişiler tarafından gerçekleştirilen artırmaya fesat karıştırma suçunu düzenleyen 765 sayılı TCK md. 367'de, bir kimse kamu kurumları aracılığıyla veya özel kişiler tarafından gerçekleştirilen herhangi bir malın veya mülkün alımına, satımına veya kiralanmasına ilişkin bir artırmada md. 366'daki suçu oluşturan seçimlik fiillerden birini gerçekleştirerek rekabet ortamının oluşmasını engellerse veya rekabet ortamını olumsuz yönde etkileyen davranışlarda bulunursa veya bu davranışlar yoluyla ihaleye katılmak amacıyla teklifte bulunan kişilerin bu ihaleye katılmaktan çekilmelerine yol açarsa, bu kimse hakkında hükmolunacak hapis cezasının bir aydan aşağı, üç aydan fazla olamayacağı, hükmolunacak para cezasının ise en az otuz Türk lirası en fazla yüz Türk lirası olacağı ifade edilmiştir.¹⁸⁰

Madde 367'de yer alan suçun oluşması için fesat karıştırılmış olan ihalenin, herhangi bir malın veya mülkün alımına, satımına veya kiralanmasına ilişkin bir artırma ihalesi olması gerekir. Bu bakımdan bu suçun işlenemeyeceği ihale türlerine örnek olarak hizmet ihaleleri, eksiltme ihaleleri ve yapım işlerine ilişkin ihaleler gösterilebilir.¹⁸¹

¹⁷⁸ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.80.

¹⁷⁹ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.116.

¹⁸⁰ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.82.

¹⁸¹ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.82.

Madde 367 ve madde 366'daki suçlar bakımından iki ortak yön vardır. İlk ortak yön, her iki suçun da aynı eylemlerle işlenebilmesidir ve yasa koyucu gereksiz açıklamalarda bulunmamak için md. 367'de, 366. maddeye gönderme yapmıştır. İkinci ortak yön ise her iki suçun da failinin herkes olabilmesidir. Fakat md. 367'nin md. 366/2'den ayrıldığı nokta, md. 367'de md. 367'deki suçun bir devlet memuru tarafından işlenmesinin daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmemiş olmasıdır.¹⁸²

Para veya başka bir menfaat karşılığında ihaleden çekilme suçunu düzenleyen 765 sayılı TCK md. 368'de, bir kimsenin kendisine veya bir başkasına vaad olunmuş para veya sair menfaat karşılığında müzayedeye veya münakaşaya devamdan istinkaf suretiyle resmi müzayedeye fesat karışırması halinde, bu kişi hakkında hükmolunacak hapis cezasının süresinin altı aya kadar çıkabileceği ve hükmolunacak para cezasının da en az otuz Türk lirası en fazla elli Türk lirası olabileceği ifade edilmektedir.¹⁸³

Madde 368'de bu suçun ancak resmi ihalelerde işlenebileceği ifade edildiği için bir ihalenin özel kişiler arasında yapılması veya bu ihaleye ilişkin sürecin bu kişiler tarafından yönetilmesi halinde bu ihale, bu madde kapsamına girmemektedir. İhale sözleşmesi akdedildikten sonra ihaleden çekilme durumunda, bu suçun işlenmesi mümkün değildir.¹⁸⁴

2. Benzer Suçlarla Karşılaştırma

a. Edimin İfasına Fesat Karışırma Suçu

Edimin ifasına fesat karışırma suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK md. 236'ya göre, bir kişi bu madde kapsamındaki kurum veya kuruluşlara karşı yerine getirmeyi üstlendiği herhangi bir edime fesat karışırırsa, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla

¹⁸² Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.82.

¹⁸³ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.82-83.

¹⁸⁴ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.82-83.

cezalandırılacaktır.¹⁸⁵ TCK md. 235 ve md. 236'nın kapsamlarına aynı kurum veya kuruluşlar girmektedir. TCK md. 236'daki suçun bu madde kapsamında belirtilmemiş olan kurum veya kuruluşlara karşı işlenmesi mümkün değildir.¹⁸⁶

TCK md. 236 metninde “*malı teslim alan*”, “*malı kabul eden*” gibi kelimelere yer verilmesi ve bir kişinin bir malı teslim alıp kabul edebilmesi için bu hususta yetkilendirilmiş olması gerektiği için, doktrinde her ne kadar bir kimsenin bu suçu işleyebilmesi için herhangi bir niteliğe sahip olmasının gerekmediği yönünde görüşler ileri sürülmüş olsa da, bu suç özgü suç niteliğini haizdir. Suçu oluşturan fiiller, TCK md. 236/2'de teker teker belirtilmiş olup, bu fiillerin ortak özellikleri hileli bir şekilde gerçekleştirilebilmeleridir.¹⁸⁷ TCK md. 236'daki suçun işlenebilmesi için malı teslim alıp kabul eden kişilerin, bu maddenin ikinci fıkrasında ifade edilen fiilleri hileli bir şekilde gerçekleştirmiş olmaları gerekir.¹⁸⁸

İhaleye fesat karıştırma suçu ihale sürecindeki hile, cebir veya tehdit içeren fiillere yaptırım uygulamaktayken, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihale yapılmasına gerek olmaksızın md. 236'da sayılan kurum veya kuruluşlara karşı taahhüt edilen edimlerin ifa edilmesi esnasında gerçekleştirilen hileli davranışlara yaptırım uygulamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, madde 236 kapsamında taahhüt edilen edimin, mutlaka bir ihale süreci neticesinde imzalanan bir sözleşmeyle üstlenilmiş olması şart olup, eğer bir sözleşme ihale yapılmaksızın imzalanmışsa, bu sözleşme kapsamında taahhüt edilen edimlere fesat karıştırılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, madde 236'da sayılan kurum veya kuruluşlara karşı taahhüt edilen edimin mutlaka bir ihale süreci sonucunda üstlenilmesi gerekli değildir.¹⁸⁹ Madde 236'nın gerekçesi şu şekildedir: “*Bu maddede, edimin ifasına fesat karıştırma suçu tanımlanmıştır. Sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır. Bu*

¹⁸⁵ Kaplan, Mahmut, “*Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C.71, S.1, s.713.

¹⁸⁶ Akbulut, Berrin, “*Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*”, Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S.10 (2009), s.50.

¹⁸⁷ İçel, Kayhan, “*Eski ve Yeni Ceza Yasalarımız Çerçevesinde Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları Bağlamında Zamanaşımı ve Lehe Yasanın Belirlenmesi Sorunları*”, İstanbul Ticaret Üniv. Sosyal Bilimler Dergisi, S.22 (2012), s.110.

¹⁸⁸ Özdemir, Didar, “*Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*”, (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2015, s.18-90.

¹⁸⁹ Özdemir, Edimin İfasına, s.3-91.

süreçte edimin ifasına fesat karıştırılması bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır...”¹⁹⁰

Edimin mutlaka bir ihale sonucunda üstlenilmesi gerektiğini savunan görüş, hukuki gerekçe olarak anılan gerekçeyi ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, gerekçede ihale sürecinin sözleşmenin imzalanmasıyla sona erdiği ve edimin ifası sürecinin de bu sözleşme sürecinin sonucu olduğu ifade edilmektedir.¹⁹¹ Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, madde 236 kapsamındaki edimin, mutlaka bir ihale sonucunda üstlenilmesi gerekli değildir.¹⁹² Çünkü taahhüde girme ilk ihtimalde ihale sonucunda yapılan bir sözleşmeyle gerçekleşebileceği gibi, ikinci bir ihtimal olarak ihale yoluna gidilmeksizin de gerçekleşebilir.¹⁹³

Gerekçede sadece ilk ihtimale yer verilmiş olması, bu taahhüdün sadece ihale ile üstlenilebileceği yönündeki hatalı görüşün ileri sürülmesine yol açmıştır. Ayrıca, kanımızca gerekçede edimin ifasına fesat karıştırma suçunun “bağımsız” nitelikte bir suç olarak kabul edilmesi, bu suçun ihale süreci gerçekleşse de gerçekleşmese de oluşabileceğinin en açık kanıtıdır.

Taahhüde ihale yoluna gidilmeksizin girildiği durumlara örnek olarak, doğrudan temin yöntemi ile gerçekleştirilen alımlar ile madde kapsamına giren dernek, vakıf ve kooperatiflere karşı girilen taahhütlerin kaynağının özel hukuk hükümleri uyarınca tanzim edilen sözleşmeler verilebilir.¹⁹⁴ Doğrudan temin yöntemiyle mal veya hizmetlerin satın alınması esnasında edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda da md. 236’daki suç oluşacaktır.¹⁹⁵ Çünkü doğrudan teminde bir ihale süreci gerçekleştirilmiyor olsa da taraflar arasında bir sözleşme vardır. Kamu görevlilerince piyasada yapılan fiyat araştırmasını icap, idarenin en uygun teklifi sunan teklif üzerinden alım yapmayı kararlaştırması da kabul olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, doğrudan temin usulü md. 236/2’deki “veya sözleşmede” ifadesi kapsamında kabul edilmelidir. Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararda, doğrudan temin usulüyle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebileceğini kabul etmiştir. Bu yöndeki kararlarına örnek olarak verilebilecek olan Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 10.06.2015 tarihli ve E.

¹⁹⁰ Türkan Er, Neslihan, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2016, s.57.

¹⁹¹ Koca, Mehmet Reis, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155546>, (Erişim Tarihi: 09.08.2020), s. 212-213.

¹⁹² Özdemir, Edimin İfasına, s.5.

¹⁹³ Altıparmak, İhaleye, s.160.

¹⁹⁴ Altıparmak, İhaleye, s.160.

¹⁹⁵ Özgenç, İhale Sürecinde, s.116.

2013/8687, K. 2015/12335 sayılı kararında, doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirilen bir binanın tadilatı işinin miktar ve nevi bakımından uygun bir şekilde yapılmamasına rağmen, yapılmış gibi gösterilmiş olması durumunda md. 236'daki suçun oluştuğuna hükmetmiştir.¹⁹⁶

İhaleye fesat karıştırma suçu ile edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının nitelikli halleri bakımından karşılaştırma yapmak gerekirse, TCK md. 235/3-b'de kamu zararının meydana gelmemiş olması faile daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal öngörülmüş olup, TCK md. 236'da böyle bir nitelikli hal öngörülmemiştir.¹⁹⁷

İhaleye fesat karıştırma suçu, ihale sözleşmesi imzalanana kadar işlenebilecekken, edimin ifasına fesat karıştırma suçu, sözleşme imzalandıktan sonra işlenebilmektedir. Yasa koyucu bu iki suçu birbiriyle art arda düzenlemiştir.¹⁹⁸

TCK md. 235/4'te olduğu gibi, TCK md. 236/3'te de, suçu işleyerek menfaat temin eden görevlinin bu menfaati temin etmesi, hem edimin ifasına fesat karıştırma hem de başkaca bir suçu oluşturuyorsa, bu görevli hakkında her iki suçtan da cezalandırma yapılacaktır.¹⁹⁹

b. Dolandırıcılık Suçu

Kişilerin malvarlıklarına yönelik olarak işlenen dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümler ihtiva eden TCK md. 157'de, bir kimsenin hile içeren davranışlar gerçekleştirerek başka bir kişiyi aldatması ve kendisi veya bir başkası için çıkar temin ettiği bu aldatma sonucunda aldatılan kişinin malvarlığında zararın meydana gelmesine sebep olması halinde, bu madde uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmektedir.²⁰⁰

¹⁹⁶ Kılıç, Ahmet, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2017, s.55.

¹⁹⁷ Demir, Nazlı Hilal, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.5,S.41 (Nisan 2013),s.35.

¹⁹⁸ Gök, İhaleye Fesat, s.15.

¹⁹⁹ Gök, İhaleye Fesat, s.15.

²⁰⁰ Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, Savaş Yayınevi, 9.Baskı, 2018, s.178.

Aldatma fiilini gerçekleştiren kişinin malvarlığında çıkar temin etmesi sonucunda artış meydana gelmektedir.²⁰¹

Dolandırıcılık suçunun faili herkes olabilir. İhaleye fesat karıştırma suçunun faili de istisnai birkaç hal dışında herkes olabilir. Bu suçların işlenmesi sonucu kimlerin mağdur olabileceği hususunda karşılaştırma yapmak gerekirse, dolandırıcılık suçunda mağdurun aldatılan kişi olduğu, ihaleye fesat karıştırma suçunda ise tüm toplum bireyleri olduğu görülmektedir. Zaten md. 235’i ihtiva eden bölüm başlığı, “*Topluma Karşı Suçlar*” adlı başlıktır.²⁰²

Hileli davranış, ihaleye fesat karıştırma suçu ile birlikte dolandırıcılık suçunu da oluşturan ortak eylemdir.²⁰³ Fakat bununla beraber her iki suçta, farklı amaçlarla hileli davranışta bulunmaktadır.²⁰⁴ Dolandırıcılık suçunda fail, hileli davranışı maddi menfaat temin etmek için gerçekleştirirken, ihaleye fesat karıştırma suçunda ise ihale sürecinde katılımcı olarak yer almayı amaçlayan kişilerin bu amaçlarına ulaşmalarına engel olmayı ve kimlerin ihaleye katılabileceği hususunda karar vermeye yetkili olan ihale komisyonunun kararına etki etmeyi amaçlamaktadır.²⁰⁵

Bir hileli eylem genel anlamda aldatıcı olarak kabul edilmemesine rağmen, eğer ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşup oluşmadığı bakımından bir inceleme yapılıyorsa, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan hileli hareket kapsamında değerlendirilebilir. Bu tarz eylemlere, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen bir kişinin, bu isteğini gerçekleştirmek doğrultusunda bir ihale komisyonu üyesine ihale sürecine katılıma ilişkin bir belge vermesi ve bu üyenin bu belgeyi ortadan kaldırması örnek olarak verilebilir.²⁰⁶

²⁰¹ Yırtımcı, Esra, “*Dolandırıcılık Suçu*”, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s.5.

²⁰² Bilen, Mesut, “*Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*”, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), Konya, 2012, s.332.

²⁰³ Dursun, Hasan, “*Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*”, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2016, s.99.

²⁰⁴ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.154.

²⁰⁵ Meran, Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ekim 2014, s.114.

²⁰⁶ Meran, İhaleye Fesat, s.114.

Hangi fiillerin hileli davranış kapsamında değerlendirileceği TCK md. 235/2’de teker teker sayılmak suretiyle belirlenmiş olmasına karşın, TCK md. 157’de böyle bir belirleme yapılmamıştır.²⁰⁷

Hileli davranışın dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için bu suçu düzenleyen 765 sayılı TCK md. 503’ten farklı olarak TCK md. 157’de mağduru kandırıcı nitelikte olması zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁰⁸ Böyle bir zorunluluk aranmadığı için söylenen basit bir yalanın bile dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği ifade edilmelidir. Bu zorunluluk TCK md. 235’te de öngörülmemiştir.²⁰⁹

İhaleye fesat karıştırma ve dolandırıcılık suçlarının korudukları hukuki değerler arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse, dolandırıcılık suçunda failin suç teşkil eden davranışı mağdurun malvarlığına yöneldiği ve bu suç TCK’nın “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı onuncu bölümünde yer aldığı için, bu suçla korunan hukuki değer malvarlığıdır. Bunun yanında bu suç, bireylerin iradelerini etkileyerek işlendiği için, bireylerin irade özgürlüklerinin de korunduğu söylenebilir.²¹⁰ İhaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değer ise, ihale sürecindeki işlemlerin dürüstlük ilkesine uygun yürütüldüğüne dair toplum tarafından duyulan güvendir.²¹¹

TCK’da yer alan iki suç arasında genel norm- özel norm ilişkisi olması için, bu suçlarla korunan hukuki değerlerin aynı olması gerekmektedir. Bu iki suçla korunan hukuki değerler aynı olmadığı için, bu iki suç arasında bu ilişkinin bulunmadığını ifade etmek gerekir. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, aldatılan bireyin maddi olarak zarara uğraması zorunluluğu bulunmaktayken, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için idarenin veya herhangi bir bireyin zarara uğraması zorunluluğu bulunmamaktadır.²¹²

²⁰⁷ Özcan, İhaleye Fesat, s.46.

²⁰⁸ Tüysüz, Fırat, “*Dolandırıcılık Suçu*”, (Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2017,s.34.

²⁰⁹ Gök, İhaleye Fesat, s.16.

²¹⁰ Kuru Taş, Ülkü, “*Dolandırıcılık Suçu*”, (Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır, 2006, s.22.

²¹¹ Meran, İhaleye Fesat, s.115.

²¹² Bilen, Dolandırıcılık, s.333.

c. Cebir ve Tehdit Suçları

Aslında apayrı suçlar olan cebir ve tehdit suçlarının aynı başlık altında incelenme sebebi, bu iki suçun TCK md. 235/2-c’de suçu oluşturan fiiller arasında “*cebir veya tehdit*” olarak birlikte zikredilmiş olmasıdır. Cebir suçu TCK’nın 108. maddesinde, tehdit suçu ise 106. maddesinde yer almaktadır. Suçla korunan hukuki değer bakımından bir karşılaştırma yapmak gerekirse, bu iki suçla korunan hukuki değerlerin ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değerden farklı olduğu görülür. Yasa koyucunun tehdit suçunu düzenleyerek tehdidin yöneldiği bireylerin psikolojik bakımdan huzurlu olmalarını, gerçekleştirmek istedikleri davranışları ve verecekleri kararları özgür iradeleriyle vermelerini amaçladığı,²¹³ cebir suçunu düzenleyerek ise cebrin yöneldiği bireylerin hukuka aykırı olmamak koşuluyla istedikleri davranışlarda bulunmalarını ve bu davranışlarda bulunurken ruhsal olarak ve irade bakımından özgür olmalarını sağlamayı amaçladığı görülmektedir.²¹⁴

TCK’da cebir hakkında yapılan düzenlemelere bakıldığında, cebrin hem müstakil olarak 108. maddede bir suç olarak düzenlendiği, hem de 235. madde ile beraber 102, 103, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 148, 150, 223, 224, 227, 265, 292, 294, 311 ve 312. maddelerde yer alan suçları oluşturan birer unsur olarak düzenlendiği görülmektedir. Cebrin sayılan suçların birer unsurunu oluşturması, bu suçların işlendiği sırada cebir kullanılması durumunda TCK md. 42 uyarınca hem müstakil olarak cebir suçundan hem de bu maddelerdeki suçlardan cezalandırma yapılamayacağı, yani suçların içtimaine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmayacağı, hem bu suçları oluşturan fiillerin hem de cebir fiilinin bileşik suç kapsamında sayılacağı anlamına gelmektedir. Gerçekleştirilen bir cebir eyleminin

²¹³ Parlar, Ali/Utku, Eray, TCK’da Tehdit, Konut Dokunulmazlığının İhlali ve Mala Zarar Verme Suçları, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ocak 2018, s.20.

²¹⁴ Başlı, Süreyya, “5237 sayılı TCK’da hürriyete karşı işlenen suçlardan tehdit ve cebir suçu”, (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2016, s.121.

sayılan suç tiplerinde belirtilen cebir kapsamının dışında kalması halinde, müstakil olarak cebir suçunu düzenleyen TCK md. 108 uyarınca cezalandırma yapılacaktır.²¹⁵

Cebrin veya tehdidin başka bir suçun unsuru olduğu hallerde cebir veya tehdit suçları tali norm niteliğini haiz olup, bu hallerde faile asli norm niteliğini haiz olan suçtan dolayı ceza verilecektir.²¹⁶

TCK md. 235/2-c’de, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden birisi olarak “*cebir veya tehdit kullanmak suretiyle*” ifadesine yer verildiği için, cebrin veya tehdidin ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru olduğu, bu yüzden ihaleye fesat karıştırma suçunun asli norm niteliğini haiz olduğu ifade edilmelidir. Fail ihaleye fesat karıştırma suçunu cebir veya tehdide başvurarak işlemişse, bu durumda fail hakkında cebir veya tehdit suçlarıyla birlikte ihaleye fesat karıştırma suçundan değil, sadece ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı cezaya hükmolunacaktır.²¹⁷

d. İş ve Çalışma Özgürlüğünü İhlal Suçu

TCK md. 117’de, bir kimsenin iş ve çalışma hürriyetini cebir veya tehdit yoluyla veya diğer hukuka aykırı davranışlarda bulunarak ihlal eden kimsenin, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali suçunu işlemiş olacağı ve iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilen kimsenin şikayette bulunması halinde, bu madde uyarınca cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suçla korunan hukuki değer bakımından bir karşılaştırma yapmak gerekirse, TCK md. 117’deki suçla korunan hukuki değerle ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değer birbirlerinden farklılık arz ettikleri ve yasa koyucunun TCK md. 117’deki suçu düzenleyerek iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali niteliğindeki davranışın yöneldiği bireylerin çalışma hayatlarında serbestçe faaliyet göstermelerini ve

²¹⁵ Meran, Necati, Hürriyetten Yoksun Bırakma Tehdit Şantaj Konut Dokunulmazlığını Bozma, Ankara, Seçkin Yayınevi, Haziran 2014, s.120.

²¹⁶ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.155.

²¹⁷ Gök, İhaleye Fesat, s.17.

bu faaliyetler konusunda verecekleri kararları özgür bir şekilde vermelerini amaçladığı görülmektedir.²¹⁸

Aynı fiille birden fazla suçun işlenmesine örnek olarak, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için tüm koşulları taşıyan bir kişinin, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almasına engel olmak verilebilir. Bu engel olma fiilinin gerçekleştirilmesiyle hem TCK md. 235/2-a-1'deki ihaleye fesat karıştırma suçu, hem de iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu işlenmiş olur. Failin aynı fiille birden fazla suçu işlemesi halinde TCK md. 44'de yer alan farklı neviden fikri içtima kuralı gereği, faile hangi suçun cezası daha fazlaysa, o suçtan dolayı ceza verilecektir. İhaleye fesat karıştırma suçunun cezası, TCK md. 117'de yer alan suçun cezasından daha fazla olduğu için, bu durumda bu fiili gerçekleştiren faile, TCK md. 235 uyarınca ceza verilecektir.²¹⁹

e. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması Suçu

TCK md. 239'da, bir kimsenin bulunduğu konum gereği ticaret hayatına, bankacılık mesleğine veya müşterilerinin işlemlerine ilişkin sırları içeren bilgi veya belgeleri haiz olması ve bu bilgi veya belgeleri bunları elinde bulundurma yetkisine sahip olmayan kişilere ulaştırması veya duyurması halinde ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçunu işlemiş olacağı ve bu madde uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmiştir.²²⁰

TCK md. 235/2-b'de, fail bakımından bir belirlemede bulunulmamıştır. TCK md. 235/2-b kapsamındaki gizli bilgileri başkalarına ulaştıran kişi, tekliflerle ilgili olan bu bilgiyi herhangi bir şekilde öğrenen kişi olabilir. Fakat TCK md. 239'daki gizli bilgi ve belgeleri açıklayan kişi, bulunduğu konum gereği yani sıfatı, görevi, mesleği veya

²¹⁸ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.87.

²¹⁹ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.87.

²²⁰ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.156-157.

sanatı gereği öğrendiği bilgileri başkalarına açıklamış olmalıdır. Bu yönüyle iki suç birbirinden ayrılmaktadır.²²¹

f. Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu

TCK md. 258’de, kamu görevlisi sıfatını haiz olan bir kimsenin, bu sıfatı sebebiyle elinde bulundurduğu ve gizli tutmakla yükümlü olduğu bazı belgeleri, kararları, talimatları ve tebligatları diğer kişilere duyurması, yayınlaması veya bunların öğrenilmesini sağlayıcı nitelikte hareketlerde bulunması durumunda, göreve ilişkin sırrı açıklama suçunu işlemiş olacağı ve bu madde uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmiştir. TCK md. 235’te hangi belgelerin bu maddedeki suçun konusunu oluşturabileceği ifade edilmemiş olmakla beraber, TCK md. 258’de hangi belgelerin bu suça konu olabileceği teker teker sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bir de TCK md. 258’deki suç, ihaleye fesat karıştırma suçunun aksine, tekliflerle alakalı herhangi bir eylemde bulunularak işlenen bir suç değildir.²²²

g. Görevi Kötüye Kullanma Suçu

TCK md. 257’de, kamu görevlisi sıfatını haiz olan bir kimsenin bu görevi sebebiyle uymakla yükümlü olduğu kurallara aykırı davranışlarda bulunarak, herhangi bir kimsenin hakkı olmadığı halde çıkar elde etmesini sağlaması, idarenin zarar görmesine yol açması veya diğer kişileri mağdur etmesi halinde, bu davranışları başkaca bir suçu oluşturmuyorsa görevin kötüye kullanılması suçunu işlemiş olacağı ve bu madde uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmiştir.²²³

²²¹ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.157.

²²² Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.88.

²²³ Gök, İhaleye Fesat, s.18.

İhaleye fesat karıştırma suçuna vücut verecek eylemlerin neler olduğu TCK md. 235/2’de sayım yoluyla belirtilmiştir. TCK md. 257’de ise suçu oluşturan fiiller, teker teker sayılmak yerine, sadece tanımlanmıştır. TCK md. 257/1’e göre görevin kötüye kullanılması, kamu görevlisi sıfatını haiz olan bir kimsenin bu görevi sebebiyle uymakla yükümlü olduğu kurallara aykırı davranışlarda bulunmasıdır. Görevin kötüye kullanılması suçunu oluşturan bir duruma örnek olarak, ihtiyaç olmamasına rağmen ve ihtiyaç olmadığını bile bile kamu görevlileri tarafından ihaleye çıkılması sonucu kamu zararının meydana gelmesi verilebilir. Tabi bu örnekteki durumun görevin kötüye kullanılması suçunu oluşturduğundan bahsedebilmek için, söz konusu durumda bu suçun kanuni tanımındaki diğer şartların da yerine gelmiş olması gerekir.²²⁴

Failin kimler olabileceği konusunda ihaleye fesat karıştırma suçu ile görevin kötüye kullanılması suçu arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse, ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK md. 235’te failin herhangi bir kimse olabileceği seçimlik hareketler olduğu gibi, özellik arz etmesi gereken seçimlik hareketler de mevcuttur. Görevin kötüye kullanılması suçu ise adı üzerinde sadece bir kamu görevlisi tarafından işlenebilir.²²⁵ TCK md. 257’de taksirle işlenebileceğine dair bir ifade bulunmadığı için, görevi kötüye kullanma suçu yalnızca kastla işlenebilir. Kamu görevlisinin bu suçu işleyebilmesi için hangi yetkisini kötüye kullandığını bilmesi ve bu yetkisini kullanması halinde kanunlara aykırı bir şekilde hareket edeceğinin farkında olması gerekir.²²⁶

Ayrıca TCK md. 235 ile md. 257 arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Bir fiil, md. 235 kapsamına girdiğinde aynı zamanda md. 257’yi ihlal etse dahi md. 235’ten uygulama yapılır. Ancak md. 235 kapsamına girmeyen fiiller, md. 257 kapsamında değerlendirilebilir.

²²⁴ Günay, Erhan, Belediyelerde İşlenen Adli Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Kasım 2014,s.75.

²²⁵ Günay, Belediyelerde İşlenen, s.75.

²²⁶ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.158.

B. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bir toplumda barış, huzur, nizam ve adaletin sağlanabilmesi için kurulu bir hukuk düzeninin varlığı şarttır. Bu hukuk düzeninin gereklerinden biri de ister gerçek olsun ister tüzel olsun, kişilere bazı hak ve hürriyetlerin tanınması ve tanınan bu hak ve hürriyetlerin korunmasıdır. Bu hak ve hürriyetleri korumak için de yasa koyucular ceza kanunlarında suçlar öngörerek bu hak ve hürriyetlere ilişkin mevcut ihlalleri cezalandırmak, olası ihlalleri de önlemek istemişlerdir. Bu istemin hukukta terim olarak karşılığı, suçla korunan hukuki değerdir.²²⁷

Gerçek veya tüzel kişilerin veya devletin sahip olduğu hak ve hürriyetleri korumak için ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen fiiller, bu hak ve hürriyetlerden birden fazlasını ihlal edebilir. Yasa koyucu TCK'yı hazırlarken bu suçların konularına ilişkin bir ayırım yapmakta, bu doğrultuda aynı konulara ilişkin olan suçları gruplaştırarak TCK'da aynı başlık altında düzenlemekte, bu suçları birer birer düzenlerken de bu hak ve hürriyetlerin arasında bir öncelik sıralaması yapmakta, bu sıralamada daha öncelikli ve önemli olarak gördüğü hak ve hürriyeti suçla korunan hukuki değer olarak kabul etmektedir.²²⁸

Fesat karıştırma niteliğindeki davranışların olumsuz sonuçları arasında, bu süreçte bazı kişilerin haksız yollardan çıkar elde etmesi ve bu yüzden idarenin toplum nezdindeki itibarının sarsılması, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerin bu isteklerini gerçekleştirememeleri, hatta dile getirememeleri yer almakta olup,²²⁹ idare de ihaleye konu mal, hizmet veya iş hakkında gereksiz ve oldukça yüksek meblağlı harcamalarda bulunmakta, maddi olarak zarara uğramakta ve kendisine en uygun olan teklifi alıp kabul etme olanağından mahrum bırakılmaktadır.²³⁰

²²⁷ Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ocak 2003, s.149-474.

²²⁸ Soyaslan, İhaleye Fesat, s.182.

²²⁹ Hakkakul, Seyyid Ahmet/ Üçışık, Fehim/ Arslan, Çetin, Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, İstanbul, Aristo Yayınevi, C.2, Ekim 2016, s.45.

²³⁰ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.31.

Doktrinde, ihaleye fesat karıştırma suçuyla hangi hukuki değerin korunmaya çalışıldığına ilişkin birçok görüş mevcuttur.²³¹ Bu bağlamda ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değer, karma niteliklidir.²³² Yargıtay da verdiği kararlarda karma nitelikli olma görüşünü benimsediğini ifade etmiştir.²³³ Yasa koyucunun bu suçu öngörerek korumak istediği hukuki değerlerin neler olduğunu açıklamak gerekirse; toplumun idarenin ihale sürecindeki işlemleri dürüstlük ilkesine uygun bir şekilde yürüttüğüne dair idareye ve ihale sürecini yürütmesi için idare tarafından görevlendirilen kişilere duyduğu güveni korumak istediği, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alan kişilerin, ihaleyi yapan idarenin ve dolayısıyla da devletin mali açıdan kayba uğramasını önlemeye çalıştığı görülmektedir.²³⁴

İhaleye fesat karıştırma suçunun TCK'da ekonomiye ve ticari hayata ilişkin suçlar kapsamında yer aldığı dikkate alındığında, yasa koyucunun bu suçu düzenleyerek ekonomik sistemin şeffaf ve serbest bir rekabet ortamında işlediği yönünde toplum tarafından idareye duyulan güveni korumaya²³⁵ ve ekonomide istikrar ve dengeyi sağlamaya çalıştığı görülmektedir.²³⁶

²³¹ Özen, Ceza Özel, s.815.

²³² Koca, Mehmet Reis, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, Ocak 2014,s.72.

²³³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 03.03.2014 tarihli ve E. 2012/13889, K. 2014/2198 sayılı kararı şu şekildedir: "...Yasa koyucu TCK md. 235 hükmünü getirerek bazı hukuki değerleri korumak istemiştir. Bu suçla korunmak istenen hukuki değerler; toplumun idarenin ihale sürecindeki işlemleri dürüstlük ilkesine uygun bir şekilde yürüttüğüne dair idareye ve ihale süreci yürütmesi için idare tarafından görevlendirilen kişilere duyulan güvenin korunması, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alan kişilerin, ihaleyi yapan idarenin ve dolayısıyla da devletin mali açıdan kayba uğramasının önlenmesi, ekonomik sistemin şeffaf ve serbest bir rekabet ortamında işletilmesi." (Aynı yöndeki diğer kararlar; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E. 2017/3886, K. 2018/569 sayılı kararı ve Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E. 2018/5963, K. 2019/3496 sayılı kararı.) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.01.2020).

²³⁴ Özen, Ceza Özel, s.816.

²³⁵ Ünver, Yener, Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele, İstanbul, Seçkin Yayınevi, Kasım 2013, s.147.

²³⁶ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.93.

İKİNCİ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI

I. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Fail

Doktrinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun TCK md. 235'te yer alan tüm fıkra ve alt bentler bakımından herhangi bir özelliğe, konuma veya sığata sahip olma koşulu aranmaksızın tüm bireyler tarafından işlenebileceğı yönünde bir görüş mevcuttur.²³⁷

Hafizoğulları ve Özen ise, bu suçun özgü suç niteliğini haiz olduğı ve sadece ihale sürecindeki işlemleri yürütmekle yükümlü ve yetkili olan kimseler ile ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen ve bu istek doğrultusunda teklifte bulunan kimseler tarafından işlenebileceğı görüşündedirler.²³⁸

Yargıtay'a göre ise bu suç özgü suç niteliğini haizdir.²³⁹ Hatta Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 25.10.2018 tarihli ve E. 2015/10455, K. 2018/8216 sayılı kararında, TCK

²³⁷ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.152.

²³⁸ Gök, İhaleye Fesat, s.31.

²³⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 22.05.2019 tarihli ve E. 2015/10748, K. 2019/5546 sayılı kararına göre; “...Türk ceza hukukunda bazı yazarlar tarafından ihaleye fesat karıştırma suçunun herhangi bir özelliğe, konuma veya sığata sahip olma koşulu aranmaksızın tüm kişiler tarafından işlenebileceğı savunulmaktaysa da, TCK md. 235'in gerekçesi ile TCK md. 235'in anlam bakımından bütünleştirilerek incelenmesinden çıkan sonuç, bu suçun TCK md. 235/2-a,b bakımından yalnızca ihale sürecindeki işlemleri yürütmekle yükümlü ve bu işlemlerin yürütülmesi hususunda yetki sahibi olan kimseler tarafından, md. 235/2-d bakımından ise ihale sürecinde hali hazırda katılımcı olarak yer almakta olan veya alma niyetinde olan kimselerce işlenebileceğı ve buradan hareketle bu suçun özgü suç niteliğini haiz olduğudur. Bu suç TCK md. 40/2 uyarınca özgü suç niteliğini haiz olduğü için anılan kimseler dışındaki kimselerce işlenemeyecek olup, bu kimseler dışındaki kimselerin bu suç kapsamındaki fiillerinden dolayı ancak iştirakçi olarak azmettiren veya yardımda bulunan sıfatıyla sorumlu tutulabilecekleri ifade edilmelidir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 27.12.2019).

md. 235'teki suçun ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyip bu doğrultuda teklifte bulunan kimseler tarafından bile işlenemeyeceği ifade edilmiştir.²⁴⁰

Suçun herkes tarafından işlenebileceği görüşünü savunan yazarlar bu görüşlerinin gerekçesini şu şekilde açıklamışlardır: Yasa koyucu TCK md. 235/1'de bu suçu tanımlarken “*herhangi bir niteliğe sahip olan kimse*” kelimelerine değil, “*fesat karıştıran kişi*” kelimelerine yer vermiştir. Eğer yasa koyucu bu suçu bir özgü suç kategorisinde değerlendirseydi, mutlaka suçun kanuni tarifinde “*şu veya bu nitelikleri haiz olup fesat karıştıran kimse*” ifadelerini kullanırdı.²⁴¹

İhaleye fesat karıştırma suçunun özgü suç niteliğinde olup olmadığına karar verebilmek için, suçun temel şekline ilişkin hüküm ihtiva eden 235. maddenin birinci fıkrasını ve ikinci fıkrasının tüm bent ve alt bentlerini teker teker incelemek isabetli olacaktır. Madde 235/1'de failin herhangi bir niteliğe sahip olması gerektiğine ilişkin herhangi bir ifade bulunmadığından, bu fıkra bakımından bu suçu herkes işleyebilecektir. Madde 235/2-a-1'deki eylemin, ihale sürecinin yürütülmesinde yetki ve görev sahibi olmayan kişiler tarafından da hileli davranışlarla gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Fakat bu eylemin uygulamada, genellikle kamu görevlileri tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir.²⁴²

Madde 235/2-a-2'deki eylem, isteklinin ihale sürecinde kalıp kalmamasına etki edilebilecek zaman diliminde gerçekleştirilebilir ve bu eylemi isteklinin ihale sürecinde katılımcı olarak yer alıp alamayacağına ilişkin kararı yalnızca ihale komisyonu üyeleri veya ihale yetkilisi olan kimseler verebildiği için hem bu kişiler,²⁴³ hem de ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişiler ihale görevlisine karşı hileli hareketlerde bulunarak ve bu hileli hareketler neticesinde ihaleye katılarak gerçekleştirebilir.²⁴⁴ Bu bakımdan, md. 235/2-a-2'deki eylem, özgü suç değildir.²⁴⁵

İhale komisyonu sadece, md. 235/2-a-3 kapsamında değerlendirme dışı bırakma ve md. 235/2-a-4 kapsamında değerlendirmeye alma yetkisine sahip olduğu için, TCK

²⁴⁰ (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 19.10.2010).

²⁴¹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.176.

²⁴² Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.61.

²⁴³ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.162.

²⁴⁴ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.71.

²⁴⁵ Arslan, İhaleye Fesat, s.182.

md. 235/2-a-3 ve md. 235/2-a-4'teki eylemler özgü suç niteliğini haizdir.²⁴⁶ İhale komisyonu üyesi olmayan kişiler, md. 235/2-a-3 ve md. 235/2-a-4'teki suçların işlenmesine ancak azmettiren veya yardım eden olarak katılabilirler.²⁴⁷

Madde 235/2-b'de belirtilen tekliflerle ilgili gizli kalması gereken bilgilerin bu bilgileri öğrenmemesi gereken kişilere ulaşmasını sağlama eylemi ise belli bir sıfat veya konuma haiz olması gerekmeksizin herkes tarafından gerçekleştirilebilir. Yani bu eylem ihale sürecini yürütmekle görevlendirilmiş bir kimse tarafından da,²⁴⁸ idarenin bir işin yapımı için gerekli teknik donanımına sahip olmaması sebebiyle o işi o iş konusunda uzman olan danışmanlık hizmeti sunucusuna yaptırdığı hallerde danışmanlık hizmeti sunucusu olan kişiler tarafından da,²⁴⁹ bu bilgileri kendi çıkarları doğrultusunda kullanmak için ele geçirmiş olan ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişiler veya böyle bir isteği olmayıp ihale ile herhangi bir ilgisi bulunmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu yüzden de md. 235/2-b'deki eylem, özgü suç değildir.²⁵⁰

Madde 235/2-c'deki eylem ise cebir uygulayarak, tehditte bulunarak veya diğer hukuka aykırı yöntemlere başvurarak ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli koşulları taşıyan kişilerin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almalarını engellemektir. Bu bentte, ihaleye katılımın fiziksel olarak engellenmesi düzenlenmektedir. Bu bakımdan, md. 235/2-c'deki eylem, özgü suç değildir.²⁵¹

Madde 235/2-d'deki eylem, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alan veya almak isteyen kişilerin ihaledeki koşulları veya fiyatı kendi lehlerine olacak biçimde değiştirmek için birbirleriyle anlaşma yaparak ihaleye fesat karıştırmalarıdır. Anlaşma yapma fiili, en az iki kişi tarafından gerçekleştirilebileceğinden, bu bentte yer alan suçun oluşabilmesi için, birden fazla kişinin varlığı gerekir. Bu bakımdan, bu bentte yer alan fiil çok failli bir suç olup, anlaşmada katılımcı olarak yer alan kişilerin tümü asli ve doğrudan faildir. Madde 235/2-d kapsamındaki anlaşma, sadece ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişiler arasında yapılabileceği için, bu bentte yer alan fiil, özgü suç

²⁴⁶ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.162.

²⁴⁷ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.74.

²⁴⁸ Gök, İhaleye Fesat, s.49.

²⁴⁹ Meran, İhaleye Fesat, s.180.

²⁵⁰ Özcan, İhaleye Fesat, s.97.

²⁵¹ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.164-170

niteliğini haizdir.²⁵² İhale sürecinde katılımcı olarak yer alan veya almak isteyen kişilerin kamu görevlileriyle yaptıkları anlaşmaların md. 235/2-d'deki suça vücut verip vermeyeceği ve md. 235/2-d kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, bizim de katıldığımız görüş bu suçun vücut bulabilmesi için öncelikli şartın yapılan anlaşmaların ihale sürecinde katılımcı olarak yer alan veya almak isteyen kişiler arasında olması gerektiğinden hareketle, kamu görevlilerinin bu anlaşmada taraf veya katılan sıfatıyla yer alması durumunda md. 235/2-d'deki suçun meydana gelmeyeceği şeklindedir.²⁵³ İhale sürecindeki katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli koşulları taşımayan veya ihale dokümanını edinmeyip, teminat da yatırmayarak ihale sürecinde katılımcı olarak yer almayan veya almak da istemeyen kişilerin birbirleriyle iletişim kurmaları ve bu iletişimler esnasında ortak bir kanaate varmaları durumunda md. 235/2-d anlamında bir anlaşmanın varlığından bahsedilemeyecektir. Fakat ihale sürecinde katılımcı olarak yer almayan bir kimsenin, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alan kişiler arasında bir anlaşma yapılması maksadıyla birtakım davranışlarda bulunarak bu anlaşmanın yapılmasına yol açması halinde, bu kimse ihale sürecinde katılımcı olarak yer alan veya almak isteyen kişilerden biri olmadığı için, bu suç kapsamında fail olarak değil, azmettiren veya yardımda bulunan sıfatıyla suça iştirak hükümlerinden sorumlu tutulabilir.²⁵⁴

Bulunduğu faaliyetler kamu hizmetini ifa niteliğinde olmasa ve kamu görevlisi sıfatını haiz olmasa bile, eğer bir kimse ihale komisyonunda üye olarak görev yapıyorsa, ihale sürecini başlatmakla veya ihale sürecindeki işlemleri yürütmekle yükümlü ve bu hususta yetki sahibi ise ve bu kimse md. 235/5 kapsamındaki ihalelerden birinde görev almışsa, bu kimsenin md. 235'teki suç kapsamında fail olabilmesi mümkündür.²⁵⁵

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kimsenin bir gerçek kişi olduğu aşikârdır, ancak ihale sürecinde katılımcı olarak yer alan kişilerin daha çok tüzel kişiler olduğu ve ihale sürecinde bu tüzel kişilerin gerçek kişiler tarafından yönetildiği ve temsil edildiği de bir gerçektir. TCK md. 20/2'de de, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı

²⁵² Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.164-170.

²⁵³ Özcan, İhaleye Fesat, s.110.

²⁵⁴ Dilberoğlu, İhaleye Fesat, s.164-170.

²⁵⁵ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.61.

uygulanamayacağı, fakat bir suçun işlenmesi durumunda ilgili kanunlarda ve TCK’da yer alan güvenlik tedbirlerine hükmolunabileceği ifade edilmiştir.²⁵⁶ Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmadığı için, fesat niteliğindeki fiiller tüzel kişiliği temsil eden gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Fail bu fiilleri gerçekleştiren kişiler olmaktadır ve bu fiillerden dolayı öncelikle tüzel kişi adına ihaleye katılan bu gerçek kişilerin veya temsilcilerin cezai sorumluluğuna gidilebilir. Tüzel kişi temsilcisinin işlediği suça tüzel kişi bünyesinde bulunan genel müdür, yönetim kurulu üyeleri, sermaye hissedarları gibi kişiler de iştirak edebilir. Böyle bir halde iştirak şekli anılan kişilerin fail ve fiille olan ilişkileri değerlendirilerek tespit edilecektir.²⁵⁷ Tüzel kişiyi temsil yetkisinin birlikte kullanıldığı hallerde, bu yetkiyi kullanan tüm kişiler fail olarak sorumlu tutulacaktır.²⁵⁸

B. Mağdur

Mağduru ve suçtan zarar göreni tanımlamak gerekirse, eğer bir kimse failin suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmesi hasebiyle doğrudan olarak etkilenmişse ve zarara uğramışsa o kimse mağdurdur, dolaylı olarak etkilenmişse ve bu etkilenme sebebiyle yasal olarak kendisine suç teşkil eden fiilin kovuşturulmasını talep etme hakkı verilmişse suçtan zarar görendir.²⁵⁹

Mağduru geniş ve dar anlamda olarak ikiye ayırmak gerekir. Geniş kelimesi daha fazla sayıda olma veya kişiyi kapsama anlamına geldiği için, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi neticesinde toplumu oluşturan bireylerin geniş anlamda mağdur olduğunu ifade etmek gerekir. İdarelere ihale sürecini işletirken dürüst ve rekabete uygun bir şekilde davranma yükümlülüğü getirilmesinin amaçlarından birisi de, toplumu oluşturan bireylerin menfaatlerinin zarara uğramasını önlemektir. Zaten md. 235’teki suçun TCK sistematigi içinde topluma karşı suçlar kategorisinde yer alması da toplumun geniş anlamda mağdur olarak kabul edildiğinin bir kanıtıdır. Bu

²⁵⁶ Arslan, İhaleye Fesat, s.183-184.

²⁵⁷ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.138.

²⁵⁸ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.271.

²⁵⁹ Bal, İhaleye Fesat, s.58.

suçun işlenmesi sebebiyle dar anlamda mağdur olarak kabul edilen kimseler ise, suça konu hareketlerin yöneldiği kimselerdir, yani ihale sürecini yürütmekle yükümlü ve yetkili olan kimseler ile ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli koşulları taşıyan kimselerdir.²⁶⁰

İhale sürecinde katılımcı olarak yer alan kişilerle birlikte, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma niyetinde olan kimselerin de mağdur olarak kabul edildiğine ilişkin Yargıtay kararları mevcuttur. Bu kararlardan birine örnek olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 14.02.2011 tarihli ve E. 2009/155, K. 2011/727 sayılı kararı verilebilir. Bu kararda, ihaleye fesat karıştırma suçundan zarar gördüğü ve kamu davasına katılma hakkı bulunduğu anlaşılan sanık müdafinin davaya katılma talebinin reddedildiği ve bu redde ilişkin kararın yasaya aykırı bulunduğu ifade edilmiş, CMK md. 237/2'nin verdiği yetki uyarınca müdafinin katılma talebinin kabulüne hükmedilmiştir.²⁶¹

Hem faillik hem de mağdurluk sıfatı tek bir kişide birleşemeyeceğinden, suçu işleyenlerin ve bu suç kapsamında iştirakçi olarak kabul edilen kimselerin mağdur olmaları mümkün değildir.²⁶²

Herhangi bir suçun işlendiği hallerde mağdur sıfatını haiz olamayacak kişilerden biri de tüzel kişilerdir. Çünkü tüzel kişilerin sahip oldukları özellikler, mağdur sıfatını haiz olmalarına engel olmaktadır. Bu yüzden bir suçun işlenmesi neticesinde menfaati ihlal edilen tüzel kişiler, ancak suçtan zarar gören olabilirler. Bu durumda, md. 235'te sayılan ihaleye fesat karıştırma fiillerinin gerçekleştirilmesi sonucunda maddi zarara uğrayan veya ihaleye katılımı engellenen tüzel kişiler, suçtan zarar görendir.²⁶³

C. Suçun Konusu

Fail, suç kapsamındaki fiillerini, herhangi bir kişiye veya şeye karşı veya bunların üzerinde gerçekleştirmektedir ve bu kişi veya şeyler, suçun konusunu

²⁶⁰ Demirel, 4734 Sayılı KİK Çerçevesinde, s.57.

²⁶¹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, İhaleye Fesat, s.128.

²⁶² Demirel, 4734 Sayılı KİK Çerçevesinde, s.57.

²⁶³ Bal, İhaleye Fesat, s.59.

oluşturmaktadır. Suç kapsamındaki eylemler eşyaya, kişinin fiziki veya maddi yapısına veya varlığına yöneliktir.²⁶⁴

Suçun konusunu, madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, “ihale” oluşturmaktadır.²⁶⁵ Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralamaları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu suçun konusunu oluşturmaktadır.²⁶⁶

Diğer yandan, suçun konusunu oluşturan ihale, kamu kurum ve kuruluşları adına yapılanlarla sınırlı değildir. Md. 235/5’e göre; sadece kamu kurum ve kuruluşları adına ve hesabına yapılanlar değil, kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan ihaleler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (barolar, ticaret odaları gibi), kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler (belediye şirketleri gibi), bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler (Kızılay, Yeşilay gibi) veya kooperatifler (Tarım Kredi Kooperatifleri gibi) adına yapılan ihalelerde de uygulanacaktır.²⁶⁷

Bir ihalenin ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu teşkil edebilmesi için o ihalenin md. 235’te sayılan ihale çeşitlerinden biri olması ve yine 235. maddede belirtilen tüzel kişilerle alakalı olması gerekir. Madde 235’teki suça konu ihaleler şunlardır: Kamu kurum veya kuruluşları namına yapılan mal veya hizmetlerin alımına, satımına, kiralamalarına ve yapım işlerine ilişkin ihaleler ile kamu kurum veya kuruluşlarının vasıta olması suretiyle gerçekleştirilen artırma ve eksiltmeler, kamu kurumu niteliğinde oldukları kabul edilen meslek kuruluşları ve kamu kurum ve kuruluşlarının ortaklığıyla veya katılımıyla kurulan şirketler, bu şirketlere bağlı olarak faaliyette bulunan vakıflar, kuruluş ve faaliyette bulunma amacı kamu yararına hizmet etmek olan dernekler veya kooperatifler namına gerçekleştirilen mal veya hizmetlerin alımına, satımına ve kiralamalarına ilişkin ihaleler.²⁶⁸

Yukarıdaki ilgili başlıkta açıklandığı üzere, doğrudan temin 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 12. maddesinin KİK md. 18/d’de

²⁶⁴ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.100.

²⁶⁵ Koca/ Üzülmüş, Ceza Özel, 5.Baskı, s.799.

²⁶⁶ Kaplan, Mahmut/Kantarci, Nurullah, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Nevşehir Barosu Dergisi, Y. 1, S. 2 (Eylül 2014), s.138.

²⁶⁷ Koca/ Üzülmüş, Ceza Özel, 5.Baskı, s.799.

²⁶⁸ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.100.

yaptığı değişiklikle, ihale usulleri arasından çıkarılmış olduğu için bir ihale usulü değildir, bir ihale usulü olmadığı için de ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturamaz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi de 28.02.2013 tarihli ve E. 2012/3588, K. 2013/1487 sayılı kararında, dairenin istikrar kazanmış uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biriyle usulüne uygun yapılmış veya yapılacak olan bir ihalenin varlığının şart olduğunu ifade etmiş, doğrudan temin yönteminin KİK md. 18/d’de bir alım yöntemi olarak düzenlendiğini, fakat sonra 4964 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle bir ihale usulü olmaktan çıkarıldığını belirterek, sanık hakkında ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağını, sanığın sübutu kabul olunan eylemlerinin zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağını belirtmiştir.²⁶⁹ Doğrudan temin usulüyle yapılan alımlarda gerçekleştirilen usulsüzlüklerin ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilmesi, suçun konusunun yokluğu nedeniyle mümkün değildir. Doğrudan temin usulünde piyasa araştırması esnasında gerçekleştirilen usulsüzlükler, kamu zararına yol açmışlarsa, görevi kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilir.²⁷⁰

Yasa koyucu md. 235 hükmünü getirerek, kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelere fesat karıştırılmasına engel olmayı amaçlamasına rağmen, DİK md. 1/1’deki ihalelerden olan taşıma işlerine ilişkin ihaleleri md. 235’te belirtilen ihaleler arasında saymamıştır. Bu da kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan ihalelere fesat karıştırılmasının yeterli düzeyde engellenememesi sonucuna yol açmaktadır. Yasa koyucu bu zararlı sonucu bertaraf etmek için bir an evvel md. 235’de değişiklik yapmalı ve taşıma işlerine ilişkin ihaleleri de md. 235 kapsamına eklemelidir. Taşıma işlerine ilişkin ihalelerin neden md. 235 kapsamındaki ihalelerden biri olamayacağına ilişkin haklı bir gerekçe de olmadığı göz önüne alındığında, bu yasa değişikliğinin yapılması için bir engel bulunmamaktadır.

Kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla yapılan artırma ve eksiltmelerde yapılan fesat niteliğindeki fiiller hakkında md. 235’in değil, başka bir kanun hükmünün uygulandığı bazı istisnai durumlar vardır. Bu istisnai durumlardan birine örnek olarak, İİK’nın 345. maddesinin (b) bendindeki durum verilebilir. “Artırmadan çekilme” suçunun düzenlendiği İİK md. 345/b’de İİK uyarınca yapılan ihalelerde kendisine veya

²⁶⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/ Tepe, Ceza Özel, s.887.

²⁷⁰ Koca/Üzülmez, Ceza Özel, 5.Baskı, s.803.

bir başkasına verilen veya verileceği vaat edilen bir menfaat karşılığında artırmada katılımcı olarak yer almayan veya artırmadan çekilen kişiye en fazla bir yıl hapis cezasının ve en fazla bin gün adli para cezasının verileceği ifade edilmiştir. İİK md. 345/b'deki durumda TCK md. 235'teki yaptırıma değil, İİK md. 345/b'deki yaptırıma hükmolunacaktır. Sonra yürürlüğe giren bir kanunun kendisinden daha önce yürürlüğe giren bir kanunu ilga etmesi bir kural ise de, bu kural TCK ve İİK'nın 345. maddesinin (b) bendinde değişiklik yapan 5358 sayılı Kanun bakımından geçerli olmayacaktır, çünkü her iki kanunun da yürürlüğe girdikleri tarih aynıdır. Cebir kullanarak, tehdit ederek veya hileli bir şekilde davranmak suretiyle İİK kapsamında gerçekleştirilen bir ihaleye fesat karıştırılmışsa, İİK'da bu ihale hakkında İİK hükümlerinin uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmadığı için, bu ihale hakkında TCK md. 235'teki yaptırımın uygulanacağını ifade etmek gerekir.²⁷¹

D. Fiil (Hareket)

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için iki şart vardır. Bu şartlardan ilki, bir ihalenin varlığı olup, ikinci şart ise bu ihalede md. 235'te belirtilen fiilleri gerçekleştirmektir. Bu suçun işlenebilmesi için öncelikli koşul, bir ihalenin mevcudiyetidir. Bir işin ilgili mevzuat uyarınca ihale usullerinden sayılamayacak yöntemlerle yapılmış olması ve ihale konusu edilemeyecek kadar önemsiz görüldüğü için veya ihaleyle yapılması kanunen şart olmadığı için ihaleye çıkılmadan yapılan alım veya satımlarda, fesat karıştırma niteliğindeki hareketlerde bulunulması hallerinde ortada bir ihalenin mevcudiyetinden bahsedilmeyeceğinden, md. 235'teki suç oluşmayacaktır.²⁷² Yargıtay da, bu suçun oluştuğundan bahsedilebilmek için bir ihalenin mevcudiyetinin şart olduğu ve bu ihalenin mevcudiyetinin ise ancak kurucu unsurlarının tam olmasıyla mümkün olabileceği yönünde görüş bildirmiştir. Bir ihalenin kurucu unsurlarından biri eksikse o ihale yok hükmünde olduğu için, md. 235'teki suç

²⁷¹ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.100-105.

²⁷² Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.69.

oluşmayacaktır.²⁷³ Fakat Yargıtay’ın bir ihalenin mevcut olup olmadığına ilişkin verdiği bazı kararları hatalı bir şekilde verdiği ve bu kararlarda hukuka aykırı bir şekilde yapılmış bir ihaleyi yoklukla sakat olarak kabul ederek hukuka aykırılık ile yokluğu birbirine karıştırdığı da görülmektedir.²⁷⁴ Bu kararlara örnek olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından verilen 30.04.2007 tarihli ve E. 2006/10848, K. 2007/3041 sayılı karar verilebilir. Bu kararda; hukuka aykırı bir şekilde yapılmış olan ihalelerin bu sebeple yok hükmünde oldukları, yani bu ihalelerin kurucu unsurlarının bulunmadığı ve bu yüzden de bu ihalelerde ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenemeyeceğinin ifade edildiği görülmektedir.²⁷⁵

Yine bu yöndeki bir başka hatalı karara örnek olarak, Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 22.06.2006 tarihli ve E. 2004/5675, K. 2006/5917 sayılı kararı verilebilir. Anılan kararda, bir ihale yapıldıktan sonra onayı alınması gereken kurumun, bu ihaleyi mevzuat tarafından öngörülen şekilde onaylamaması ve bu ihalenin karşılığında verilmesi gereken paranın verilmemesi halinde bir ihalenin varlığından söz edilemeyeceğinden, md. 235’deki suçun işlenemeyeceği ifade edilmiştir.²⁷⁶

İhale sürecinin başladığı andan itibaren bu sürecin sona erdiği ana kadar ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi mümkündür. KİK ve DİK, bir ihale sürecinin nasıl yürütülmesi gerektiğine ilişkin ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. Bu ayrıntılı hükümler KİK’in 18. maddesinden, DİK’in ise 9. maddesinden itibaren başlamaktadır. Bir ihale sürecinin KİK ve DİK uyarınca KİK ve DİK’e uygun bir şekilde yürütülmesini engelleyen her davranışın md. 235’teki suça vücut vermeyeceğini ifade etmek gerekir. İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fiiller, TCK md. 235/2’de tahdidi olarak sayılmıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca gerçekleştirilen bir eylem, md. 235/2’deki eylemlerden birinin arasında yer almıyorsa, bu eylem ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz.²⁷⁷ Yargıtay da verdiği kararlarda bu ilkeyi

²⁷³ Kibar, İzel/ Çelik, İsmail, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları ve Unsurları (TCK md. 235,236)”, https://www.goksusafiisik.av.tr/Articletter/2018_Summer/GSI_Articletter_2018_Summer_Article11.pdf (Erişim Tarihi: 10.06.2019),s.181.

²⁷⁴ Özgenç, İhale Sürecinde, s.65.

²⁷⁵ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.69.

²⁷⁶ Bal, İhaleye Fesat, s.68.

²⁷⁷ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.51.

benimsemiştir.²⁷⁸ Bir eylemin md. 235/2'deki seçimlik hareketlerden birinin kapsamına girip girmediğine ilişkin kararın verilmesinde, bu eylemin gerçekleştirildiği olayın nasıl vuku bulduğu, bu eyleme ilişkin hüküm ihtiva etme ihtimali olan ilgili KİK ve DİK düzenlemeleri ve elbette ki md. 235 beraber değerlendirilecektir.²⁷⁹

Failin gerçekleştirmiş olduğu fiilin md. 235/2'deki fiillerin arasında yer almamakla beraber, Kanun'da yer alan başka bir suçu teşkil etmesi halinde, fail fiilinin teşkil ettiği suçtan dolayı cezalandırılabilir. Failin gerçekleştirmiş olduğu fiilin md. 235/2'deki fiillerin arasında yer almayıp başka bir suça vücut verdiği hallerden birine örnek olarak, bir ihalenin hangi ihale usulüne tabi olarak gerçekleştirilmesi gerektiği bu ihalenin tabi olduğu ilgili kanunda açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, başka bir usul kullanılarak gerçekleştirilmesi hali verilebilir. Bu hal ve buna benzer hallerdeki fiilleri eğer devlet memuru sıfatını haiz olan bir kimse gerçekleştirmişse, bu durumda md. 257'deki görevin kötüye kullanılması suçunu işlemiş olacaktır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi de 09.02.1998 tarihli ve E. 21, K. 669 sayılı kararında, somut olayda idarenin imar işlerinde kullanmak üzere 35.194 kg çit tel örgü ihtiyacını karşılamak için ihaleye çıktığını, bu ihalede ilgili ihale kanunundaki ilgili hüküm uyarınca kapalı zarf usulünün kullanılmasının gerekmesine rağmen, sırf kanunu dolanmak için bu ihaledeki meblağı kısımlara ayırmak suretiyle pazarlık usulünün kullanılmasının 765 sayılı Kanun'un 240. maddesindeki görevin kötüye kullanılmasına ilişkin suçu oluşturduğunu belirtmiştir.²⁸⁰

İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fesat niteliğindeki fiiller, md. 235'te dört gruba ayrılmış olup, md. 235/2'nin a, b, c ve d bentlerinde düzenlenmiştir.²⁸¹

5237 sayılı TCK on beş yıldır yürürlüktedir ve uzun sayılabilecek bu süre içinde uygulamada, teknolojinin ne kadar geliştiği de göz önüne alınarak, md. 235'teki suça vücut verebilme niteliğini haiz olmasına rağmen md. 235 kapsamına girmeyen ihaleye fesat karıştırma niteliğindeki fiillerin vuku bulduğunu ifade etmek gerekir. Yasa

²⁷⁸ Bu kararlardan biri de Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 20.09.2018 tarihli ve E. 2018/5179, K. 2018/5919 sayılı kararıdır. Anılan karar şu şekildedir: “...İhaleye fesat karıştırma suçuna konu olabilecek tüm ihale çeşitleri ve bu suçu teşkil eden tüm fiiller bir araya getirilerek TCK'nın 235. maddesinde düzenlenmiş ve sınırlı olarak sayılmıştır. Anılan ihale çeşitleri dışındaki ihalelerin bu suçun konusunu teşkil edebilmesi ve anılan fiiller dışındaki herhangi bir fiilin TCK md. 235'teki suçu oluşturması mümkün değildir, bunun mümkün olduğuna ilişkin yapılan yorumlar da TCK md. 2/1 uyarınca batıldır.”

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 20.10.2019).

²⁷⁹ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.51.

²⁸⁰ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.133.

²⁸¹ Bal, İhaleye Fesat, s.71.

koyucu, uygulamada ortaya çıkan fesat karıştırma niteliğinde kabul edilebilecek bu yeni fiilleri de yapılacak kanun değişikliği ile madde kapsamına eklemelidir.

25.02.2011 tarihli ve 27857 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 25.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği md. 1 uyarınca, KİK kapsamındaki idareler, KİK uyarınca yapacakları ihaleleri Elektronik Kamu Alımları Platformu adı verilen uygulama aracılığıyla internet ortamında yapabilmektedirler.²⁸²

İnternet yoluyla yapılan e-ihalelerde de fesat karıştırma niteliğindeki md. 235 kapsamına girmeyen fiillerin gerçekleştirilmesi mümkündür. Mesela, internet alanında uzmanlaşmış hacker olarak tabir edilen kişiler aracılığıyla veya bizzat bu hackerların çabalarıyla ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaya ilişkin koşulları haiz olan kimselerin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almasına veya bu ihaleye ilişkin sürecin başlatılmasına engel olunabilir. Hackerların veya diğer isimler altındaki internet uzmanlarının gerçekleştirdiği fiiller genellikle md. 243 ila 245/a’daki bilişim suçlarını oluşturmakla beraber, bu fiillerin gerçekleştirildiği olayın vuku buluş şekline göre ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamına girmeleri de mümkündür.

Bu yüzden yasa koyucu, yapılacak kanun değişikliği ile ihaleye fesat karıştırma niteliğini haiz olan fiillerin sırf elektronik ortamda gerçekleştirildikleri için bilişim suçlarından biri kapsamında değerlendirilmelerine engel olmak için, ihaleye fesat karıştırma niteliğini haiz fiillerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi durumunda ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmiş olacağını ya da md. 243 ila 245/a’daki suçları oluşturan fiillerin ihaleye fesat karıştırma maksadıyla icra edilmesinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağını ifade eden düzenlemeler getirebilir.

İhaleye fesat karıştırma suçu, yalnızca md. 235’de belirtilen fiillerden birinin gerçekleştirilmesiyle işlenebileceği için, seçimlik hareketli, kanunda sayılanlar dışındaki davranışlarla işlenemeyeceği için bağlı hareketli bir suçtur.²⁸³ Madde 235’te yer alan fiillerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi halinde suçun konusu da değişmemişse, iki veya daha fazla sayıda ihaleye fesat karıştırma suçunun işlendiğinden

²⁸² Yurtseven, Duygu, “E-İhale ve E-Teklif Geliyor, İhale Uygulama Yönetmelikleri Değişti”, <https://www.hakedis.org/e-ihale-ve-e-teklif-geliyor/> (Erişim Tarihi: 27.10.2019).

²⁸³ Özcan, İhaleye Fesat, s.71.

bahsedilemeyecektir ve tek bir suç işlenmiş olacaktır.²⁸⁴ Hareketin yapılmasıyla netice meydana geldiği için bu suç ani suçtur.²⁸⁵

Yasa koyucu md. 235'deki suçu tanımlarken, bu suçun meydana gelebilmesi için herhangi bir neticenin gerçekleşmiş olması şartını aramamış olduğu için, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçu veya neticesi harekete bitişik bir suçtur.²⁸⁶

6459 sayılı Kanun'la md. 235'te yapılan değişiklikle beraber bu suçun tehlike suçu niteliğini mi yoksa zarar suçu niteliğini mi haiz olduğu hususunda doktrinde tartışmalar bulunmakta olup, bazı yazarlar ihaleye fesat karıştırma suçunun hem bu değişiklikten önce hem de bu değişiklikten sonra tehlike suçu olduğunu savunmakta, bazı yazarlar ise bu suçun artık zarar suçu haline geldiğini savunmaktadır. Bu suçun zarar suçu olduğu görüşünde olan yazarlar bu görüşlerini şöyle gerekçelendirmişlerdir: Bu suç md. 235/2'deki hareketlerden birisinin kasten yapılmasıyla gerçekleşmekte, bu fiillerin neticesinde ilgili kamu kurum veya kuruluşunun zarara uğramasıyla da tamamlanmaktadır. Madde 235/3'te bu suça daha az ceza verilmesini gerektiren bir durum öngörülmüş olduğundan ve bu durum kamunun zarara uğramadığı hallerde geçerli olduğundan, suçun md. 235/1'de düzenlenen temel şeklinin oluşması için mutlaka kamu zararının meydana gelmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır, bu yüzden de md. 235'teki suç, zarar suçu niteliğini haizdir,²⁸⁷ madde 235'in gerekçesinde yer verilen şu ifadeler de bu suçun zarar suçu olarak kabul edilmesi gerektiğinin açık kanıtıdır: “...İhaleye fesat karıştırma suçunun temel hali md. 235/3 değiştirilmek suretiyle zarar suçu haline getirilmeye çalışılmıştır.”²⁸⁸

Madde 235/1'deki suçun temel şekline ilişkin düzenlemede suçun kanuni tanımı yapılmakta olup, bu tanımda kamu zararına ilişkin herhangi bir ifade bulunmamakta ve kamu zararı suçun bir unsuru olarak yer almamaktadır. 6459 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle suçun unsurlarının ve temel şeklinin yer aldığı md. 235/1'de değil, md. 235/3'te değişiklik yapılmış olup, bu değişiklik neticesinde suçun daha fazla

²⁸⁴ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.106.

²⁸⁵ Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara, USA Yayınevi, 3.Baskı, Eylül 2017,s.417.

²⁸⁶ Bal, İhaleye Fesat, s.70.

²⁸⁷ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.106.

²⁸⁸ Koca, İhaleye Fesat, s.139.

cezalandırmayı gerektiren nitelikli hali daha hafif cezalandırmayı gerektiren nitelikli haline çevrilmiştir.²⁸⁹

Bu suç zarar suçu niteliğini haizdir dersek, kamu zararının suçun md. 235/1'deki unsurlarından biri olduğu kabul edilmiş olur ve bu durumda kamu zararının meydana gelmediği hallerde bu unsurlardan biri eksik olacağı için suç işlenmemiş olacaktır ve mahkeme md. 235/3'teki nitelikli halin somut olayda var olup olmadığına bakamadan beraat kararı vermek zorunda olacak ve md. 235/3'teki nitelikli halin uygulanması imkansız hale gelecektir.²⁹⁰ Bir suç tehlike suçu niteliğini haizken, o suçu zarar suçuna çevirmek, o suçun işlenme ihtimalini azaltır. Açıklanan bu hususlar nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçunun tehlike suçu olarak kabul edilmesi gerekir.²⁹¹

Ayrıca, suçun oluşabilmesi için md. 235'de ihalenin feshi, başka bir zaman yapılmasının kararlaştırılması, fiyatın idare aleyhine değiştirilmesi, suçu işleyen kimsenin bu suçu işlemesi sebebiyle haksız bir şekilde menfaat temin etmesi gibi zarar doğurucu nitelikteki herhangi bir neticenin meydana gelmesi şartı aranmamıştır. Bunlar veya bunlara benzer şartların aranmaması da bu suçun tehlike suçu niteliğini haiz olduğunu kanıtlamaktadır. Fesat karıştırma niteliğindeki fiillerin, ihalede rekabeti olumsuz yönde etkileyici derecede tehlikeli olup olmadığının araştırılması şartı bulunmadığı için de bu suç, soyut tehlike suçudur.²⁹²

İhale ile yapılması gereken bir alım, satım, yapım veya kiralama işinin ihalesiz bir şekilde yapılması ya da önce işin yapıp sırf para ödemesinde bulunmak için sonra ihale açılarak, ihalenin işi yapan kişinin üzerinde bırakılması fiilleri, uygulamada ihale yetkilileri tarafından sıkça gerçekleştirilmekte olup,²⁹³ somut olayın özelliklerine göre bu fiiller zimmet, resmi belgede sahtecilik, görevi kötüye kullanma veya dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 20.11.2006 tarihli ve E. 2006/3428, K. 2006/9311 sayılı ve 4.Ceza Dairesi'nin 11.05.2009 tarihli ve E. 2009/5123, K. 2009/8909 sayılı kararları da bu yöndedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 20.11.2006 tarihli ve E. 2006/3428, K. 2006/9311 sayılı kararında, 59.381 ton yapı malzemesinin kullanılmadığı, depolanmadığı, satın ve teslim alınmadığı halde birtakım

²⁸⁹ Koca, İhaleye Fesat, s.139.

²⁹⁰ Koca, İhaleye Fesat, s.139.

²⁹¹ Özen, Ceza Özel, s.823.

²⁹² Arslan, İhaleye Fesat, s.190.

²⁹³ Üçışık/ Arslan/ Hakkakul, Kamu İhale Hukuku, C.1, s.98.

sahte evraklar düzenlenmek suretiyle satın alınmış gibi gösterilmesi zimmet suçu kapsamında değerlendirilmiş ve bu fiillerin zimmet suçu kapsamında değil, ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilmesi eleştirilmiştir.²⁹⁴ Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin 11.05.2009 tarihli ve E. 2009/5123, K. 2009/8909 sayılı kararında da, yolcu taşımacılığı işi için ihaleye çıkılması gerektiği halde, ihaleye çıkmaksızın bu işi yapacak kişilerin resmi bir yazı ile belirlenmesinin, bu iş karşılığında ücret alınmamasının, sözleşme süresi dolan araçların çalıştırılmasının, bu iş için ihalesiz bir şekilde sözleşme akdedilmesinin belediyeyi zarara uğrattığı ve bu eylemlerin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu belirtilmiştir.²⁹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (CGK) 07.02.2006 tarihli ve E. 2005/11-119, K. 2006/15 sayılı kararına göre de, sözlü talimat üzerine belli bir kişiye önceden yaptırılan işlerle ilgili olarak gerekli ödemelerde bulunulabilmesi için, sonradan şeklen keşif özeti hazırlanmış ve ihale yapılmış olması durumunda, ihaleye fesat karıştırma suçu değil, görevin kötüye kullanılması suçu oluşmuştur.²⁹⁶

Bir alım, satım, yapım veya kiralama işini yaparken ihaleye çıkmak gerektiği halde ihaleye çıkılmaması veya ilk olarak bu işin yapılıp daha sonra sadece para ödemek için ihaleye çıkılarak işi yapan kişiye ihalenin verilmesi fiilinin ve bu fiillere benzer nitelikteki fiillerin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturması gerekirken belirtilen diğer suçlar kapsamında sayılmasına ilişkin uygulama,²⁹⁷ md. 235'in amacına aykırıdır. İhale yapılması gereken hallerde, yapılmayıp işin doğrudan belirli bir kişiye verilmesi ya da önce işin yapılıp sonra sırf para ödenmesi için, sadece şeklen ihale yapılması md. 235'i dolanmaktır. Madde 235'te fesat kavramının tanımlanmamış olması, ihale sürecinde idarenin güvenilirliğine ve adil imajına gölge düşüren her türlü davranışın fesat karıştırma niteliğinde olmadığı anlamına gelmemektedir. Bir ihaleyi anlam, amaç ve şekil bakımından bir bütün halinde yapmak yerine sadece şeklen yapmak, o şeklen yapmayı da ihaleyi sadece istenilen kişinin üzerine bırakmak için yapmak fiili de fesat karıştırma niteliğini haizdir ve bu tarz fiiller hem ihale sürecinde hayata geçirilmesi gereken ilkelere hem de md. 235'e aykırıdır. Bir iş önceden

²⁹⁴ Bal, İhaleye Fesat, s.69.

²⁹⁵ Kennedy, Mike/ Davis, Simon/ Tezcan, Durmuş/ Balcı, Murat, "Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi", <https://www.bahadiroktay.av.tr/images/haberler/86c52a4f87d97d5.pdf> (Erişim Tarihi: 09.08.2020), s.318.

²⁹⁶ Özgenç, İhaleye Fesat, s.82.

²⁹⁷ Üçışık/ Arslan/ Hakkakul, Kamu İhale Hukuku, C.1, s.98.

belirlenen bir kişiye yaptırılırsa, bu işi yapmayı isteyen kişilerin ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma fırsatını değerlendirmelerine engel olunur ve dolayısıyla isteyen herkesin ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabileceğine ilişkin ilke olan eşitlik ilkesi çiğnenmiş olur. Belirtilen davranışların sonucunda, bu suç ile korunmak istenen hukuki değer korunması amacı gerçekleştirilememiş olur. Bu bakımdan md. 235/2-a'ya, *“İlgili yasal düzenleme uyarınca ihaleye çıkılması elzem durumlarda ihale konusu işin ihalesiz bir şekilde seçilen kimseye yaptırılması ya da ihale konusu işin önce yapılıp sonra ihalenin yapılması”* şeklinde bir ekleme yapılması uygun olacaktır.

Anayasa md. 141/3 ve CMK md. 34'de yer alan mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu gereği, yaptığı telefon görüşmelerinden hareketle bir kişinin hakkında ihaleye fesat karıştırma suçunu işlediği bahsiyle hüküm kurabilmek için, bu görüşmedeki cümlelerin ve kelimelerin md. 235'deki suçun kapsamına girmesi ve bu kapsama hangi hareketlerin girdiğinin ispatlanarak, bu ispata dayalı kanıtların açık, net ve gerekçeli bir şekilde verilen hükümde yer alması gerekmektedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 04.10.2012 tarihli ve E. 2012/5339, K. 2012/9870 sayılı kararında, kişi hakkında ihaleye fesat karıştırma suçunu işlediği bahsiyle hüküm kurulan olayda, suça vücut veren eylemin hangi surette gerçekleştirildiğinin gerekçeli olarak gösterilmemesi nedeniyle kararın bozmayı gerektirdiğini ifade etmiştir. Örneğin, bir dosyada adı geçen şüphelilerin iddianamelerde yer alan hiçbir ihalede adlarının geçmediği, soruşturma evresindeki ifade ve sorgu tutanaklarında bazı ihaleler hakkında ses kayıtları bulunmakla beraber görüşülen ihalelerin iddianame kapsamında yer alan ihaleler olmadığı, şüphelilerin hangi ihale veya ihaleler için hangi davranışları ve telefon görüşmelerinde yer alan hangi cümleleri sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçunu işledikleri hususunda net bir tespitin yapılamadığı durumlarda, ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır.²⁹⁸

Fesat karıştırma kavramının tanımlanmaması, yalnızca md. 235'e özgü bir durum değildir. DİK md. 83 ve KİK md. 17'de de bu tanım yapılmamıştır.²⁹⁹

Hile ve fesadın ne anlama geldiğinin açıklanması gerekmektedir. Bir davranış yöneldiği kişilerin iradelerini ve herhangi bir hukuksal işlemin geçerliğini felce

²⁹⁸ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.79-83.

²⁹⁹ Ömercioğlu, Abdullah, *“İhaleye Fesat Karıştırma Suçu ve Cezası”*, Mali Kılavuz Dergisi, S.66 (Ekim-Aralık 2014), s.59.

uğratiyorsa o davranış fesat olarak kabul edilir. Bir davranış, ihale yapılırken işleyen sürecin olması gerektiği gibi işlemlerini olumsuz anlamda önlüyorsa ve o davranış sonucunda hukuken yasaklandığı halde çıkar elde ediliyorsa, o davranış fesada örnek bir davranıştır.³⁰⁰

Madde 235'te hile kavramı da tanımlanmamıştır. Hile; karşı tarafın hataya düşmesine ve düşüncelerinin etkilenecek aldatılmasına yönelik her türlü davranış olarak tanımlanabilir.³⁰¹

Bir eylemin hile niteliğini haiz olduğuna ilişkin bir kanıya varılabilmesi için, gerçeklerin gün yüzüne çıkmasına engel olması gerekir. Hilenin hangi hareketlerle yapıldığı önemli değildir.³⁰²

Türk doktrininde hileye ilişkin süregelen görüş ihtilaflarından biri de, fiilin aldatıcı niteliği haiz olmasının zorunlu olup olmamasıdır. “*Hile dediğin aldatıcı olur*” diyen yazarlara göre, bir kimse kendisine yöneltilen bir davranış sonucunda bu davranışın sahtekarlık içerip içermediğini tetkik etmekle yükümlüyse ve bu yükümlülüğü de yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen bunu tetkik etmemişse, bu ihmalkarlığının bedelini ödemelidir. Bir davranış, kendisini yoğun bir şekilde destekleyen argümanlar kullanılarak ve orta zekalı bir insanı bir yalana ikna edecek şekilde aldatıcı bir kurnazlıkla gerçekleştirilmişse, ancak o zaman hilelidir. Bir davranışın yöneldiği muhatabı aldatılabilir olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir. Yalanın hile oluşturabilmesi için, hata yapmaya sevk edici diğer unsurlarla birlikte bulunması gerekir. Salt yalan söylenmesi, hile olarak kabul edilemez.³⁰³

Geçerli olarak kabul edilmesi gereken görüş, hileli olarak kabul edilecek bir davranışın illa muhatabını kandırma zorunluluğunun bulunmasının gerekmemesi ve bu davranışın kendisini yoğun bir şekilde destekleyen argümanlar kullanılarak

³⁰⁰ Demirel, 4734 Sayılı KİK Çerçevesinde, s.43.

³⁰¹ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.140.

³⁰² Yargıtay CGK 27.04.2004 tarihli ve E. 2004/6-85, K. 2004/104 sayılı kararında hile konusunda doktrindeki aldatıcılık unsurunun varlığının gerektiğine ilişkin görüşü benimsemiş olup, hileyi; “ *Bir kimseyi gerçeklere aykırılık teşkil eden her türlü methodla kandırmaktır. Bir kimse diğer bir kimseye karşı hem konum ve kimliğini gizleyerek hem de yanlış kimlik veya konuma sahip olduğunu ifade ederek hile* *yapabilir.*” şeklinde tarif etmiştir.

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 19.10.2019).

³⁰³ Meran, İhaleye Fesat, s.136.

gerçekleştirilmesinin şart olmamasıdır. Bir davranış veya söz gerçeklere ilişkin olmayan bir bilgi aktarıyorsa bile o davranış hilelidir.³⁰⁴

Hileli davranışın aktif veya pasif bir hareketle gerçekleştirilmesi mümkündür. Fakat bir kimsenin pasif hareketli bir hileyi gerçekleştirebilmesi için, hileye düşmüş olan kimseyi bilgilendirme konusunda hukuken sorumlu olmasına rağmen, susarak bu sorumluluğunu yerine getirmemiş olması gerekir.³⁰⁵

Bu açıklamalar çerçevesinde, md. 235/2’de ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilen fiillerin incelenmesine geçilebilir.

1. Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Kişilerin İhaleye Katılmasını Engellemek (md. 235/2-a-1)

İhale sürecinde katılımcı olarak yer alması bir merci tarafından yasaklanmamış ve ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli koşulları haiz olan kişiler, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilir.³⁰⁶

İhale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için taşınması gereken koşullara ilişkin hükümler, KİK md. 10, DİK md. 5 ve 16’da yer almaktadır. Bir kimsenin usulüne uygun bir ikametgahı bulunuyorsa, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaya ilişkin koşulları taşıyorsa ve buna ilişkin her türlü belgeyi ilgili makama teslim edebiliyorsa, DİK’in 5. maddesi uyarınca, o kimsenin DİK kapsamındaki ihalelerde katılımcı olarak yer alabileceğini ifade etmek gerekir.³⁰⁷

KİK md. 10’da yer alan yeterlik belgeleri, mali durumu ve iştigal edilen iş alanındaki uzmanlık durumunu gösteren belgeler olarak iki gruba ayrılır. Yeterlik belgeleri KİK md. 10 metninde sınırlı olarak sayıldığı için, sayılanlar dışındaki belgeler istenemez. KİK md. 10’da sınırlı olarak sayılan yeterlik belgelerinin hepsi her ihalede

³⁰⁴ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.151.

³⁰⁵ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.198.

³⁰⁶ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.111.

³⁰⁷ Özcan, İhaleye Fesat, s.76.

istenemez. Hangi ihale türünde ne tür yeterlik belgelerinin istenmesi veya istenmemesi gerektiği, “İstenebilecek Belgeler” başlığı altında Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 27, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 29, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 29, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 30’da düzenlenmiştir.³⁰⁸

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 27/1-c uyarınca, mali durumu gösteren belgelerin tesliminin talep edilemeyeceği ihaleler şunlardır: Bir malın satın alımına ilişkin olup belli istekliler arasında ihaleler usulünün kullanılmadığı ihaleler, yapılan yaklaşık maliyet hesaplamasının eşik değerinde çıkmadığı ihaleler. Bir malın satın alımına ilişkin olup da mali durumu gösteren belgelerin isteklilerden talep edilip edilmeyeceğine idarenin karar verdiği ihaleler, md. 27/1-c’de belirtilen koşulların dışındaki ihalelerdir.³⁰⁹

Madde 235/2-a-1’de yer alan suçun işlenebilmesi için öncelikli koşul, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alması engellenen kişinin, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gereken tüm özelliklere sahip olmasıdır.³¹⁰ Bir kimsenin ihaleye katılmak için gerekli koşulları haiz olmadığının, ihale sürecinde yer almasından sonra ortaya çıkması ya da önceden bu şartlara sahip olmakla beraber, ihale sürecinde iken bu koşulları haiz olma niteliğini yitirmesi durumunda, bu suç işlenemeyecektir. KİK md. 10/4’de, isteklilerin hangi durumlarda ihale dışı bırakılacakları belirtilmiştir. KİK md. 10/4 kapsamına giren istekliler ihale dışı bırakılacakları için, bu isteklilerin ihaleye katılması hileli bir hareketle engel olunmuşsa ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmaz.³¹¹ Doktrinde, KİK md. 14 kapsamındaki iş ortaklığını veya konsorsiyumu oluşturan herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin ihaleye katılma yeterliğine sahip olmaması

³⁰⁸ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.90.

³⁰⁹ Özcan, İhaleye Fesat, s.78.

³¹⁰ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.86.

³¹¹ KİK md. 10/4: “ İflas eden, konkordato ilan eden, hakkında zorunlu tasfiyeye hükmolunan, kesinleşmiş sosyal güvenlik prim veya vergi borcu olan, ihale yapılmadan beş yıl önce mesleğine ilişkin bir faaliyetinden ötürü hüküm giyen veya ihaleyi düzenleyen idarenin işlerini yaparken meslek etiğine aykırı davrandığı ilgili idarece ispat olunan, kayıtlı olduğu meslek odasınca mesleki faaliyetini yapmaktan men edilen, KİK md. 10’daki bilgileri veya belgeleri vermeyen veya sahte belge veya asılsız bilgi veren, KİK md. 11 uyarınca ihaleye katılamayacağı bildirildiği halde ihaleye katılan, KİK md. 17’deki davranışları gerçekleştiren kişiler ihale dışında bırakılacaklardır.” Meran, İhaleye Fesat, s.143-145.

durumunda, bu ortak girişimin mağdur sıfatını haiz olamayacağını savunan bir görüş mevcuttur.³¹²

Hile, md. 235/2-a kapsamına giren tüm fiiller bakımından aranmakta olup, hilelin olmadığı durumlarda fiil ancak başka bir suçun veya md. 235'te belirtilen diğer fiillerin kapsamına girebilecektir. Madde 235/2-a-1'de yer alan fiilin hileli olarak değil, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka uygun olmayan sair hareketlerle gerçekleştirilmesi, md. 235/2-c kapsamına girmektedir. Bahsedilen cebir, md. 108'de tanımlanan düzeyde, yani maddi anlamda zor kullanma aşamasında olan cebirdir.³¹³ Tehdit ise, md. 106'da tanımlanan adi veya nitelikli tehdittir. Cebir veya tehdit fiillerinin, mutlaka ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli koşulları haiz olan kişilerin ihaleye katılmasını engellemek amacıyla gerçekleştirilmiş olması gerekir. Aksi takdirde, faile sadece md. 106'daki tehdit veya TCK md. 108'deki cebir suçlarından ceza verilebilir.³¹⁴

Madde 235/2-a kapsamındaki suçların oluşabilmesi için, md. 235/2-a'da belirtilen hareketler ile hile arasında illiyet bağı bulunmalıdır.³¹⁵

Mağdurun ihaleye katılmasının engellenmesi, ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere istekli olarak kabul edilmemesi şeklinde olabileceği gibi, kabul edildikten sonra ihale süreci işlerken ihale dışında bırakılması şeklinde de olabilir.³¹⁶

İhaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılımın engellenmesi, kişinin ihale sürecindeki ilk veya sıradaki işleme iştirak etmesinin önlenmesidir. Katılımı engellemeye yönelik her türlü hileli davranış, md. 235/2-a-1 kapsamında kabul edilmektedir. Uygulamada da sıkça rastlanılan hileli davranışlara örnek olarak; ihale sürecinde yetkili kamu görevlisinin gerçeğe aykırı bir şekilde, isteklinin ihaleye katılabilmesi için gerekli yeterlik belgelerinin bulunmadığını veya bu belgelerin eksik veya yetersiz olduğunu ileri sürmesi veya sonradan ikmal edilmesi mümkün olan bir belgenin bulunmadığını ileri sürerek ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen bir kimsenin ihaleye katılmasını engellemesi verilebilir. KİK md. 37/2'ye göre, teklifin

³¹² Özcan, İhaleye Fesat, s.79.

³¹³ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.85.

³¹⁴ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.85.

³¹⁵ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.85.

³¹⁶ Özcan, İhaleye Fesat, s.80.

esasını değiştirecek nitelikte olmayan belge eksiklikleri veya önemsiz bilgi eksiklikleri bulunması halinde idare, bu eksiklikleri tamamlaması için eksik belge veren kişiye sınırlı bir zaman tanımakla ve sınırlı bir zaman tanıdığına ilişkin yazılı bir uyarıda bulunmakla yükümlüdür. İhale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kimse, bu uyarı doğrultusunda hareket etmezse, ancak bu durumda ihale sürecinin dışında bırakılır.³¹⁷

İhale sürecinde katılımcı olarak yer alınmasını engellemeye yönelik md. 235/2-a-1'deki suça vücut veren diğer eylemler şunlardır: Hakkında ihale sürecinde katılımcı olarak yer almasının yasak olduğuna ilişkin herhangi bir ilam bulunmayan bir şirketi veya ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilme arzusunda olup, bu süreçte katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli tüm koşullara sahip bir kişiye bu şartları taşımadıklarından bahisle ihaleye dahil etmemek, idarenin en kazançlı çıkacağı teklifi verme niteliğini haiz olan bir firmanın ihaleye katılmasını engellemek için bu firmanın prim borcunu ödemediğine ilişkin sahte belge ibraz etmek³¹⁸ veya tanzim etmek, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma amacıyla ihaleyi düzenleyen ilgili makama teslim edilmek üzere toplanan belgeleri hileli davranışlarla gizlemek, ihale görevlisi kişinin ihalenin üzerinde kalmasını istemediğı bir isteklinin ihale sürecinin dışında kalmasını sağlamak için hileli davranışlarla ihalenin iptalini gerçekleştirmesi, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma arzusunda olan yani rakip konumundaki iki kişiden birinin diğerinin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almasını önlemek maksadıyla diğerine ihale hakkında gerçek dışı ve aldatıcı açıklamalarda bulunması. Madde 235/2-a-1 kapsamındaki sahte belge tanzimi aynı zamanda md. 212'deki belgede sahtecilik suçunu oluşturmakta olup, tanzim fiilini gerçekleştiren kişi hakkında md. 235/2-a-1'deki suçla birlikte md. 212'deki suçtan da cezalandırma yapılır.³¹⁹

İhale görevlisinin, rüşvet karşılığında ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için tüm koşulları haiz olan bir kişinin ihale sürecinde yer almasını engellemesi durumunda, ihaleye fesat karıştırmaya suçunun işlendiğinden söz edebilmek için rüşvet alınmasına ve verilmesine ilişkin eylemlerin ihaleye fesat karıştırmaya kastıyla

³¹⁷ Arslan, İhaleye Fesat, s.144.

³¹⁸ Altıparmak, İhaleye, s.76.

³¹⁹ Özcan, İhaleye Fesat, s.80-82.

gerçekleştirilmiş olması gerekir. Aksi takdirde rüşvet suçuna ilişkin koşulların varlığı halinde, faile bir tek rüşvet suçundan dolayı ceza verilebilecektir.³²⁰

2. Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak (md. 235/2-a-2)

Madde 235/2-a-2'deki suçun failinin kim olabileceği bakımından iki durum söz konusu olup, birinci durumda ihale komisyonu, ihaleye katılma yeterliğine sahip olmayan bir istekliyi görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle ihaleye dahil edebilir. İkinci durumda ise ihale komisyonu, ihaleye katılma yeterliğine sahip olmayan bir istekli tarafından gerçekleştirilen hileli davranışlarla bu koşullara sahip olduğu bahsiyle yanıltılmakta ve bu istekli, ihale sürecine dahil olmaktadır.³²¹ Katılımcı adaylarını ihaleye sokmak hususunda yetkilendirilmiş kişilerin, md. 235/2-a-2 kapsamında hileli bir şekilde gerçekleştirdiği eylemler arasında, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen bir kişinin sunduğu bilgi ve belgelerin yetersiz olduğunun farkında olmasına rağmen yeterli olduklarına ilişkin işlem gerçekleştirmesi, bu belgelerin muhteviyatını md. 235/2-a-2'deki amaçlar doğrultusunda tanzim etmesi veya belgede sahtecilik suçunu oluşturan bir belgeyi esas alarak işlemde bulunması yer almaktadır.³²² İhaleye katılma yeterliğine sahip olmayan bir isteklinin gerçekleştirdiği hileli davranışlara örnek olarak da, ihaleye katılmak için gerekli koşulları yerine getirmemesine rağmen, bu koşulları yerine getirdiğine dair hile içerikli eylemler gerçekleştirmesi, bu koşulları yerine getirdiğine ilişkin sahte belgeler düzenleyerek ihaleye katılması, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gereken koşullardan birisi olarak geçici teminat vermesi gerektiği halde, bunu vermeyip vermiş gibi göstererek ihaleye katılması verilebilir.³²³

İhale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli nitelikleri haiz olmayan isteklinin, başka kişileri araç olarak kullanarak ihale komisyonunu yanılttığı

³²⁰ Özcan, İhaleye Fesat, s.80-82.

³²¹ Soyaslan/Kemer/Gülseven, İhaleye Fesat, s.113.

³²² Arslan, İhaleye Fesat, s.148.

³²³ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.71.

hileli davranışlara örnek olarak; Sosyal Güvenlik Kurumu'na prim veya vergi borcu olan kişinin borcu yokmuş gibi sahte belge tanzim eden memurun, gerçek dışı bilanço oluşturan mali müşavirin, hakkında ihaleye katılmaktan yasaklanma kararı olduğu için ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma koşullarını haiz olmayan kişinin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almasını sağlamak için teyit işlemi yapan Kamu İhale Kurumu yetkilisinin fiilleri gösterilebilir. Bu fiillerin gerçekleştirilmesiyle, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli niteliklere sahip olmayan isteklilerin ihaleye katılması sağlanmaktadır.³²⁴

Madde 235/2-a-2 kapsamına giren diğer eylemler şu şekildedir: İhale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli nitelikleri haiz olmayan kişilerin, ihale sürecinde yer almalarını sağlamak için kanuna aykırı bir biçimde ihale dokümanlarına özel hükümler koyarak bu kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak, ihalede ciddiyeti sağlamak amacıyla getirilen koşulları; örneğin, DİK md. 25 ve KİK md. 33'de öngörülen isteklilerin ihale konusu işin tahmin veya teklif edilen bedeline göre belirlenmiş bir oranda geçici teminat vermeleri koşulunu yerine getirmeyen isteklilerin ihaleye katılmalarını sağlamak, idarenin parasal açıdan en karlı teklifi seçmeye çalışırken kendisine verilen takdir yetkisini kötüye kullanarak ihaleyi, en avantajlı teklifi sunan istekliye bırakmak yerine bir başkası üzerinde bırakması, yine ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli nitelikleri haiz olmayan kişilerin ihaleye katılmalarını sağlamak için kanunda öngörülen eşik değeri aşmamak amacıyla ihtiyaçları kısımlara bölerek temin yoluna gitmek.³²⁵ Ayrıca teklifin esasını değiştirici nitelikte olmayan bilgi veya belge eksiklikleri bulunan veya geçici teminatın veya teklif mektubunun verilmesine ilişkin kurallara uymadığı KİK md. 36 uyarınca bu kurallara uyulup uyulmadığını kontrol eden ihale mercii tarafından saptanan isteklinin teklifinin değerlendirmeye alınması ve teklifin esasını değiştirici nitelikte olan veya sonradan tamamlattırılmayan bir belge eksikliği bulunan teklif sahibinin ihaleye alınmaması yerine; bir ihale görevlisinin bu kişiye bu eksik bilgi veya belgeleri tamamlattırması da md. 235/2-a kapsamına girmektedir.³²⁶

³²⁴ Arslan, İhaleye Fesat, s.150.

³²⁵ Arslan, İhaleye Fesat, s.150.

³²⁶ Yüksektepe, İhale Hukuku, s.512.

Yargıtay, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli özelliklere sahip olmayan kişilerin, sahte belge kullanarak ihale komisyonunu yanıltmak suretiyle ihaleye katılmasının ihaleye fesat karıştırma suçunu değil,³²⁷ belgede sahtecilik suçunu oluşturacağını kabul etmektedir.³²⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 01.06.2012 tarihli ve E. 2012/4679, K. 2012/6085 sayılı kararında, md. 235/2-a'da yer alan suçların, ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü suç olmaları sebebiyle, bir kimsenin kamu görevlisi sıfatını haiz olmadığı halde kamu görevlisi olmayan kişilerin sahte belge düzenleyerek ihaleye katılmaları halinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı belirtilmiştir.³²⁹ 5.Ceza Dairesi'nin 01.10.2014 tarihli ve E. 2013/3408, K. 2014/9410 sayılı kararında da, ihale komisyonuna herhangi bir kanunda ihaleye katılmak arzusunda olan adaylar tarafından teslim edilen belgelerin sahte belge niteliğini haiz olup olmadığını tetkik etme sorumluluğunun yüklenmediği ifade edilmiştir. Yargıtay'a göre, md. 235/2-a'da belirtilen özgü suçlar bakımından fail yoksa şeriklik de olmaz.³³⁰

İhale komisyonuna veya ihale görevlisine, KİK veya DİK'te ihaleye katılmak arzusunda olan adaylar tarafından teslim edilen belgelerin sahte belge niteliğini haiz olup olmadığını araştırma yükümlülüğünün yüklenmemesi hatalı bir yaklaşımdır. Nasıl ki KİK md. 40'da ihale görevlisinin, ihalenin verildiği kişi hakkında ihaleye katılmaktan yasaklılık kararının verilip verilmediğini öğrenme yükümlülüğü varsa, istekliler tarafından verilen belgelerin sahte olup olmadığının ihale görevlileri tarafından bilirkişi vs. vasıtalarla araştırılması yükümlülüğü de, yapılacak kanun değişikliği ile beraber KİK ve DİK'e getirilmelidir. Bu yükümlülüğün getirilmesi ile TCK, KİK ve DİK gibi ilgili kanunlarda yer alan ihale yapılırken uyulması gereken kurallara uyulup uyulmadığı daha çabuk tespit edilecektir ve ülkemizde ihaleye fesat karıştırma suçundan açılan ceza davası sayısı da azımsanamayacak miktarda azalacaktır.

³²⁷ Bal, İhaleye Fesat, s.80.

³²⁸ Gök, İhaleye Fesat, s.43.

³²⁹ Bal, İhaleye Fesat, s.80.

³³⁰ Gök, İhaleye Fesat, s.43.

3. Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak (md. 235/2-a-3)

“Mal” kelimesinin hukuki anlamda ne olduğunu KİK’in 4. maddesi açıklamaktadır. Bu açıklamada, malın gereksinim duyulduğunda satın alınan, bir yerden bir yere götürülebilen veya götürülemeyen ihtiyaç maddelerini ifade ettiği belirtilmektedir.³³¹

Her ne kadar md. 235/2-a-3 yalnızca maldan bahsetmişse de, uygulamada kiralamaya veya bir işin yapımına ilişkin ihalelerin mala ilişkin kısımlarında da söz konusu bentte belirtilen eylemin gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır. Hizmet alımına ilişkin ihaleler nitelikleri gereğince, bu bent kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaya elverişli değildir.³³²

Şartnamenin sözlük anlamı; alım, satım, yapım, kiralamaya ilişkin ihtiyaç duyduğu işlerini gördürmeyi amaçlayan tarafça hazırlanıp, hem hazırlayanın hem de bu işleri görmek isteyen muhatabın uyma taahhüdünde bulundukları şartların yer aldığı resmi belgedir. İhale süreci çerçevesinde şartnameler; ihale konusu mal veya hizmetlerin alım, satım ve yapım işleri ile ilgili olarak düzenlenmiş olan, bu işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerinin belirtildiği belgelerdir. Bu belgelerde işin adı, niteliği, türü ve miktarı belirtilir. Hizmet ihaleleri şartnamelerinde ise, işin tanımı bulunur.³³³

KİK md. 12/1’e göre, “ *İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre*

³³¹ Özcan, İhaleye Fesat, s.87.

³³² Bal, İhaleye Fesat, s.84.

³³³ Özcan, İhaleye Fesat, s.86-89.

hazırlattırılabilir.” Madde 12/2’de ise “İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir.” denilmektedir. Teknik şartnamede, alınacak malın özellikleri, ayrıntılı ve kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirtilmelidir. İdari şartnamelerde yer alması zorunlu hususlar, KİK md. 27’de belirtilmiştir.³³⁴

İhale dokümanının neleri içerdiğine ve ne olduğuna ilişkin açıklama KİK md. 4’te yapılmıştır. Bu açıklama uyarınca ihale dokümanındaki belgeler üç türdür: Teknik şartname, idari şartname ve bu şartnamelerin kapsamına girmeyen diğer belgeler. Teknik şartname adı üzerinde işin teknik yönüne ilişkin hükümler içermektedir. Örneğin, bir mühendislik işine ilişkin projeler teknik şartnamede yer alır. İdari şartname ise idarenin edimi üstlenen tarafa edimi nasıl yerine getirmesi gerektiği hususunda verdiği direktiflere ilişkin hükümler içermektedir. Diğer belgelerin arasında ise sözleşme metninin bir sureti ve işe ilişkin diğer belgeler yer almaktadır. KİK md. 46/2’ye göre ise, sözleşme hazırlanırken ihale dokümanındaki hükümlere uyulmak zorundadır.³³⁵

İhale konusu işin her türlü özelliği, teknik şartnamelerde yer almaktadır. Şartnamelerin düzenlenmesinde, eşitlik ve rekabet ilkelerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Yalnız bir isteklinin sahip olduğu özellikler belirtilerek, ihalenin o istekliden başkasının üzerine bırakılamayacağı şekilde bir şartname düzenlenemez. Şartnamelerde daha kapsayıcı ve daha genel özelliklerin düzenlenmesi gerekir. KİK md. 12/2’nin devamında, şartnamedeki teknik ölçütlerin seçimi sırasında nasıl bir ölçüt getirilirse o işten en mükemmel sonucun alınacağı hususunun dikkate alınması gerektiği ve o işin yapımında kullanılacak olan alet edevatın seçimindeki öncelikli ölçütün o işteki amaca ulaşmak bakımından işlevini en iyi şekilde yerine getirme olması gerektiği ifade edildikten sonra, bu ölçütlerin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen veya alan kişiler arasında eşitsizliğe veya rekabetin olumsuz yönde etkilenmesine yol açmayacak şekilde seçilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³³⁶

Yalnız bir isteklinin sahip olduğu özelliklerin belirtilmesi suretiyle ihalenin o istekliden başkasının üzerine bırakılamayacağı şekilde bir şartname düzenlenmesi

³³⁴ Özcan, İhaleye Fesat, s.86-89.

³³⁵ Özcan, İhaleye Fesat, s.86-89.

³³⁶ Özcan, İhaleye Fesat, s.86-89.

halinde, şartnamede yer alan nitelikler ile teklif edilen mal arasında nitelik farkı ortadan kalkacağı için, md. 235/2-a-3'de yer alan suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. İhaleye katılmak isteyen bazı kişilerin ihaleye katılmasını engellemek için bu kişiler aleyhine şartname düzenlemek suretiyle değerlendirme dışı bırakılan mallar açısından, şartnameye bir aykırılık söz konusu olmadığı için, md. 235/2-a-3 kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır.³³⁷

İhaleye katılmak isteyen kişiler aleyhine şartname düzenleyen kamu görevlisi hakkında, md. 235/2-c uyarınca, *“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”* hükmünden yola çıkılarak ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. Çünkü şartnamenin yanlı ve sübjektif bir şekilde düzenlenmesi sonucu mağdur, *“ihaleye katılma yeterliğine sahip olmayan kişi”* durumuna düştüğü için, kamu görevlisi md. 235/2-c hükmünden sorumlu tutulabilecektir.³³⁸

Teknik şartnamede aranılan kriterlerden daha iyi ve üstün, ihale konusundan beklenen fonksiyonların üzerinde ve kamu yararını gözeten niteliklere sahip bir mal veya hizmetin, sırf teknik şartnamede belirtilen özelliklerden farklı olması sebebiyle değerlendirme dışı bırakılması halinde de md. 235/2-a-3 kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Çünkü yasa koyucu, md. 235 ile kamunun ve toplumun menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır.³³⁹

İhale sürecinde, KİK md. 36 ve KİK md. 37 uyarınca, teklifleri toplamakla yetkili mercii teklifleri toplar ve açar, sonra da komisyon bu teklifleri değerlendirmeye başlar. Bu aşamada ihale komisyonu, şartnamedeki kriterleri sağlayıp sağlamadıkları bakımından tekliflerin konusunu teşkil eden malları değerlendirmektedir. Madde 235/2-a-3 kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçu bu aşamada meydana gelmektedir.³⁴⁰ Madde 235/2-a-3 kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, teklif edilen malların şartnameye uygun olmasına rağmen, uygun olmadığı gerekçesiyle hileli davranışlarla değerlendirme dışı bırakılmış olması gerekir. Teklifin değerlendirme dışı

³³⁷ Özcan, İhaleye Fesat, s.86-89.

³³⁸ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.93.

³³⁹ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.93.

³⁴⁰ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.221.

bırakılması, ihale karara bağlanırken dikkate alınmaması anlamına gelmektedir. Bu yüzden ihale, teklifi değerlendirme dışı bırakılan teklif sahibinin üzerinde kalmayacaktır.³⁴¹

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 43 uyarınca, ihale komisyonu, teklif edilen malların teknik şartnamede belirtilen niteliklere sahip olup olmadığını denetlerken son derece dikkatli ve objektif bir şekilde davranmalıdır. İhale komisyonu, bu denetimi yapma görevini uzman kişilere de verebilir. İhale komisyonu, şartnamedeki kriterleri sağlayıp sağlamadıkları bakımından tekliflerin konusunu teşkil eden mallara ilişkin değerlendirme yaparken, teklif edilen mallar şartnamedeki kriterleri taşıdıkları halde, çoğunluğun oyuyla bu malların şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadığı kararlaştırılmışsa, bu karara muhalif olan üye veya üyelerin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince fail olamayacakları kabul edilmelidir. Oyu, teklifin konusunu teşkil eden malın şartnamedeki kriterleri taşıdığı halde, taşımadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılması yönünde olan üye veya üyeler ise, icra hareketlerine başlamış kabul edilecekleri için suç tamamlanmış olmasa bile, md. 235/2-a-3 kapsamındaki suça teşebbüsten sorumlu tutulabileceklerdir.³⁴²

Teklif konu mal şartnamedeki kriterleri taşıdığı halde, ihale komisyonunun görevlendirdiği uzman kişi tarafından bu malın şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadığı belirtilmişse, md. 235/2-a-3 gereğince, malın değerlendirme dışında kalmasından dolayı uzman kişi sorumlu tutulur.³⁴³

TCK md. 235/2-a-3 kapsamında suç, teklif konu malların şartnamedeki kriterleri taşıdığını gösteren belgelerin geçersiz sayılması suretiyle de işlenebilir.³⁴⁴

³⁴¹ Özcan, İhaleye Fesat, s.90.

³⁴² Özcan, İhaleye Fesat, s.90.

³⁴³ Özcan, İhaleye Fesat, s.90.

³⁴⁴ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.222.

4. Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Halde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak (md. 235/2-a-4)

Madde 235/2-a-4'te yer alan suçun oluşabilmesi için, teklife konu malların şartnamedeki kriterleri taşıyamamasına rağmen, taşıdığından bahisle değerlendirmeye alınıp, teklif sahibi ilgilinin ihaleye dahil edilmesi yeterlidir.³⁴⁵ Teklifin değerlendirmeye alınması, ihalenin karara bağlanması sırasında, şartnamedeki kriterleri taşımayan teklife, şartnamedeki kriterleri taşıyan diğer tekliflerle aynı hukuki değerin atfedilmesi, bu teklifin şartnameye uygun olmamasının göz ardı edilmesidir. Bir kişinin teklifine konu malın şartnamedeki kriterleri taşımadığı halde ihaleyi kazanmasının veya kazanmamasının suçun oluşumu bakımından bir öneminin bulunmadığını ifade etmek gerekmekte olup, önemli olanın şartnamedeki kriterleri taşımayan bu teklifin değerlendirmeye alınması, bu teklifin sahibinin hemen diskalifiye edilerek ihale dışı bırakılması gerekirken bırakılmamasıdır.³⁴⁶

5. Tekliflerle İlgili Olup Da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak (md. 235/2-b)

Saydamlık ilkesi gereği, ihale sürecindeki yolsuzlukların önlenmesi için, ihaleye katılan tüm kişilerin ihale hakkında bilgi edinebilme hak ve yetkisi vardır. Fakat gizlilik ilkesinin işlerliği için ihalenin yapılmasına ilişkin bazı işlemler, gizlilik içinde yapılmak zorundadır. Bu gizliliğin amacı da, tıpkı saydamlık ilkesinde olduğu gibi rekabetin gerçekleştirilmesini sağlamaktır.³⁴⁷

³⁴⁵ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.222.

³⁴⁶ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.74.

³⁴⁷ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.157.

Yaklaşık maliyetin, ihale saatinden önce tekliflerin ve gizliliğe tabi bilgi ve belgelerin, bunları elde etmek yetkisini haiz olmayan kimselere iletilmesi, md. 235/2-b kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur.³⁴⁸

Yaklaşık maliyet, verilen tekliflerin değerlendirmesinde önemli bir ölçüt olduğu için doğrudan tekliflerle ilgilidir ve bu da onu gizlemeyi gerektirir.³⁴⁹ KİK md. 9 gereği ihaleye hazırlık aşamasında idare, ihaleye konu işlemin yaklaşık maliyetini hesaplamalıdır. Yaklaşık maliyet hesaplanırken ihale konusu malın ederi ve hususiyetleriyle ilgili bu malın bulunduğu pazarın incelenmesi bir zaruriyettir.³⁵⁰

KİK md. 36 uyarınca, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerin verdikleri tekliflerin içeriğine, ihale dokümanında yazan saatte bakılması gerekir. Tekliflerin içeriğine bu saatten önce bakılarak bu içeriklerin ihale ile ilgisi bulunan veya bulunmayan kişilere ulaşmasının sağlanması halinde, md. 235/2-b kapsamındaki suç oluşmuş olur.³⁵¹

Yaklaşık maliyetin gizli tutulması gerekliliği KİK ile öngörüldüğünden dolayı, DİK kapsamındaki ihalelerde, yaklaşık maliyetin ilan edilmesi suç tanımı kapsamında yer almamaktadır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edilmesi günümüzdeki teknolojik imkanlarla bunun öğrenilmesinin herhangi bir güçlük gerektirmemesi, birçok görevli arasından kimin bu yaklaşık maliyetin ifşasında rol oynadığını bulmanın zor olması gibi sebepler dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermez, görevin kötüye kullanılması suçu kapsamında değerlendirilebilir. Fakat Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 29.04.2013 tarihli ve E. 4566, K. 3995 sayılı kararında, yaklaşık maliyetin ifşasının ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁵²

Yaklaşık maliyeti oluşturan kalemlerden biri olduğundan, hesaplanan yüklenici karı da gizlenmelidir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 03.06.2013 tarihli ve E. 2013/6244, K. 2013/6049 sayılı kararı da bu doğrultudadır.³⁵³

³⁴⁸ Gök, İhaleye Fesat, s.49.

³⁴⁹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.224-225.

³⁵⁰ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.157-158.

³⁵¹ Özcan, İhaleye Fesat, s.97.

³⁵² Özcan, İhaleye Fesat, s.97.

³⁵³ Gök, İhaleye Fesat, s.46.

Gerçekleştirilen fiilin md. 235/2-b kapsamına girebilmesi için, gizliliğe tabi bilgilerin bunları elde etmek yetkisini haiz olmayan kimselere iletilmesi ve iletilen bu hususların tekliflere ilişkin olması gerekir.³⁵⁴ Bu bent bakımından bu iki şart birlikte aranmalıdır. Salt gizliliğin ihlali, md. 235/2-b kapsamındaki suçu oluşturmaz.³⁵⁵ İfşa edilmemesi gereken bilgilerin, KİK md. 36'da öngörülen saatten sonra ifşa edilmesi halinde de md. 235/2-b'deki suç meydana gelmeyecektir. Suçun oluşmadığı diğer durumlara örnek olarak; ihaleye katılacak kişi veya firmaların kimler olduğunu bilmek, yaklaşık maliyet bedeli ve ihaleye ne kadar fiyat verilebileceği hakkında hesaplamalar yapıp çıkarımlar yapmak ve bu konuda görüşmeler yapmak,³⁵⁶ bir ihalenin KİK md. 59'daki durumlar sebebiyle iptalinin gerçekleştirildiği hallerde, diğer istekliler tarafından verilen tüm tekliflerin muhteviyatının öğrenilmiş olması verilebilir.³⁵⁷

Bir ihalenin, ilgili kanunlara aykırı olarak yapılmaması için o ihalede yetkisiz kişilerden gizlenmesi gereken bazı işlemlerin veya bilgilerin her zaman tekliflerle alakasının bulunduğunu ifade etmek yanlış olacaktır. Bu gizli bilgilere vakıf olan herhangi birinin, tekliflerle alakalı olmayan herhangi bir gizli bilgiyi, başkalarına ulaştırması eylemi de ihaleye fesat karıştırma niteliğindedir. Örneğin, bir ihale görevlisince kamu idaresinin bu ihalenin yapılmasıyla elde ettiği veya edeceği kâr miktarının başkalarına ulaştırılması durumunda, her ne kadar bu bilgi tekliflere ilişkin olmadığı için md. 235/2-b kapsamında suç oluşmamış olsa da, ihaleye fesat karıştırma eylemi gerçekleştirilmiş, dolayısıyla da kamu idaresi zarara uğramış olur. Dolayısıyla, yapılacak kanun değişikliği ile md. 235/2-b'nin ilk cümlesinin başı "*İhale yapılırken gerçekleştirilen tüm işlemlere ilişkin*" şeklinde değiştirilmelidir.

İhaleye katılacak kişiler arasında yaklaşık maliyet bedeli ve ihaleye ne kadar fiyat verilebileceği hakkında hesaplamalar yapılarak tahminlerde bulunulması suretiyle yapılan görüşmeler, bu kişiler arasında bir anlaşma yapıldığını veya ihaleye konu mal veya hizmetin yaklaşık maliyet bedelinin öğrenildiğini göstermekte ve bu hususlar, ihale dosyasında yer alan bilgilerle örtüşmekte ise bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi söz konusu olabilecektir.³⁵⁸ Gizli tutulması gereken bilgilerin

³⁵⁴ Arslan, İhaleye Fesat, s.157.

³⁵⁵ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.221.

³⁵⁶ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.100.

³⁵⁷ Artuk/Gökçen, Ceza Özel, s.868.

³⁵⁸ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.100.

başkalarına ulaştırılması için harekete geçen kişi, elinde olmayan sebeplerle bunu gerçekleştirememişse,³⁵⁹ örneğin kamu görevlisi bu bilgileri sızdırmadığı için söz konusu bilgilere ulaşamamışsa, suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.³⁶⁰

Gizli tutulması gereken bilgiler, tekliflerle doğrudan ilgili olabileceği gibi, dolaylı olarak da ilgili olabilir. Gizli tutulması gereken bilgilerin neler olduğu ihalenin tabi olduğu mevzuata, bu mevzuata uygun bir şekilde hazırlanması gereken şartnameye³⁶¹ ve hakim tarafından somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılan değerlendirmeye göre belirlenir. Hakim bu değerlendirmeyi yaparken, bu bilginin ele geçirilmesinin rekabeti engelleyip engellemediği ve bunları ele geçiren kişinin rakiplerine karşı üstünlük elde edip etmediği hususlarını dikkate alır.³⁶²

Gizliliğe tabi bilgilerin, bunları elde etmek yetkisini haiz olmayan kimselere iletilmesi, KİK md. 61'de de yasaklanmış,³⁶³ fakat hangi bilgilerin gizli tutulması gerektiği gerek ismen belirtilmek gerekse tanımlanmak suretiyle, TCK md. 235'te, DİK'te ve de KİK'te açıklanmamıştır. Bunların neler olduğunu belirleme işi, somut olayın özelliklerine göre hakimin takdir yetkisine bırakılmıştır³⁶⁴ ki, bu bilgilerin neler olduğunun KİK, DİK veya ilgili ihale mevzuatında ayrı bir madde başlığı altında açıkça sayılmaması, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hangi bilgilerin gizli kalması gerektiğinin ilgili kanun maddesinde sayılarak belirtilmesi, suça konu gizli bilgilerin neler olduğunun ve vuku bulan bir olayda md. 235'teki suçun işlenip işlenmediğinin açıklığa kavuşturulması için elzemdir. Bu yüzden yapılacak kanun değişikliği ile DİK'in, KİK'in veya ilgili ihale mevzuatının ayrı bir maddesinde hangi bilgilerin gizli tutulması gerektiği, bilginin ilişkin olduğu ihalenin türüne göre açıkça sayılarak belirtilmelidir.

Madde 235/2-b'de, suçun oluşabilmesi için gizli bilgileri iletme fiilinin nasıl gerçekleştirilebileceğinden bahsedilmemiştir. Dolayısıyla bentte yer alan suçun oluşabilmesi için, bu bilgilerin illa toplumu oluşturan bireylerin tümü tarafından

³⁵⁹ Özcan, İhaleye Fesat, s.98.

³⁶⁰ Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye, s.100.

³⁶¹ Arslan, İhaleye Fesat, s.157.

³⁶² Koca, İhaleye Fesat, s.100.

³⁶³ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.61.

³⁶⁴ Koca, İhaleye Fesat, s.100.

öğrenilmesi,³⁶⁵ ihale süreciyle herhangi bir bağı olan bir kişi tarafından öğrenilmesi, taraflardan birinin herhangi bir zarar görmesi,³⁶⁶ kendisine bilgi veya belge ulaştırılan kişinin bu gizli bilgi veya belgeyi kullanması şart değildir.³⁶⁷

Uygulamada birçok istekli, tekliflerini danışmanlık şirketleri ile beraber hazırlamaktadır. Bu bakımdan teklif sahiplerinin tekliflerini başkalarına ulaştıran, danışmanlık şirketinde faaliyet gösteren kişiler veya bizzat danışmanlık şirketleri de olabilmektedir. Bir danışmanlık şirketine aynı ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için tekliflerinin hazırlanması talebiyle iki kişinin başvurması halinde, şirketin, kendisine daha çok para ödeyen tarafın ihaleyi kazanmasını sağlayan fiyat teklifi oluşturması halinde, gizli tutulması gereken belgelerin başkalarına ulaştırılması fiili gerçekleşmemektedir. Bu fiil ihaleye fesat karıştırma suçunu değil, kanuni tanımındaki unsurların sağlanması koşuluyla güvenin kötüye kullanılması suçunu oluşturabilir.³⁶⁸

Madde 235/2-b'deki suç, bir gizli bilginin kısmen dahi olsa öğrenilmesine yol açıldığı takdirde oluşmaktadır, yani bu bilgi tamamen öğrenilmese de suç oluşur. Bu bent kapsamında suçun oluşabilmesi için, açıklanan bu hususların belli bir olay veya teklif hakkında bilgi edinilmesini sağlayıcı nitelikte olması gerekir. Açıklanan kısım bakımından belirli bir bilgi sahibi olunması mümkün değilse, bu açıklama, bent kapsamındaki suçu meydana getirmeyecektir. Örneğin, ihale sürecinde yer alan katılımcı adaylardan birinin mali yeterlik belgesine sahip olduğuna ilişkin bir açıklama yapılması halinde suç meydana gelmez. Fakat bu belgenin içeriğini açıklamak suça vücut verebilir.³⁶⁹

Gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, hem icrai hem de ihmali hareketler yoluyla gerçekleştirilebilir. Gizli tutulması gereken bilgileri elinde bulunduran kimse bu bilgileri doğrudan veya üstü kapalı bir şekilde, konuşarak veya bir metin yoluyla yani icrai surette açıklayabileceği gibi; gizli bilgileri içeren yazılı

³⁶⁵ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.159.

³⁶⁶ Arslan, İhaleye Fesat, s.160.

³⁶⁷ Çalışkan, İhale Kavramları, s.627.

³⁶⁸ Gök, İhaleye Fesat, s.49.

³⁶⁹ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.159-164.

belgeleri görmemesi gereken kişilerin görebileceği yerlerde bırakarak, yani ihmali surette de bu suç işleyebilir.³⁷⁰

Madde 239'daki ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu ile md. 235/2-b'de yer alan suç birbirlerine benzemektedir. Madde 239'da da sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olunan sırların yetkisiz kişilere ulaştırılması suç olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, md. 235/2-b'de yer alan fiil, md. 239'daki suç kapsamına girmeye de müsaittir. İhale sürecindeki teklifler hakkında olan ve gizlenmesi gereken bilgilerden birisi işletmelerin ticari sırları da olabilir. Madde 235/2-b, md. 239'a göre özel hüküm niteliğinde olduğundan, bu durumda md. 235/2-b uygulanmalıdır.³⁷¹ Keza md. 44'de yer alan fikri içtima kuralı gereği olarak da, daha ağır yaptırım içeren md. 235 hükmünden cezalandırma yapılması gerekir. Ancak ticari sırra ilişkin olup gizli tutulması gereken bir bilgi veya belgenin başkalarına ulaştırılması, her zaman md. 235/2-b kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Madde 235/2-b kapsamındaki suçun meydana gelebilmesi için, gizli kalması gereken ticari sır niteliğindeki bilgi veya belgenin ihaleye ilişkin tekliflerle alakalı olması şarttır. Ticari sırra ilişkin olup gizli kalması gerektiği halde başkalarına ulaştırılan bilgi veya belge tekliflerle değil, teklif verenlerle alakalı ise bu durumda, diğer şartları da mevcutsa md. 239 kapsamındaki suçtan cezalandırma yapılacaktır.³⁷²

6. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle ya da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek (md. 235/2-c)

Engellemeden kasıt; ihaleye katılmama, katılınmışsa çekilme olabilir.³⁷³ Madde 235/2-c kapsamındaki suç, ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan bir kişinin ihalenin gerçekleştirildiği saatten önce cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer yollarla ihaleye

³⁷⁰ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.159-164.

³⁷¹ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.159-164.

³⁷² Özcan, İhaleye Fesat, s.99-101.

³⁷³ Özcan, İhaleye Fesat, s.99-101.

girmesini engellemek suretiyle oluşabileceği gibi, ihaleyi kazanan kişi sözleşme imzalamak için davet edildikten sonra, cebir veya tehdit yoluyla veya hukuka aykırı diğer davranışlarla bu kişinin sözleşme imzalamasına engel olunması suretiyle de oluşabilir.³⁷⁴

Cebirde, cebrin yöneldiği kişinin üzerinde mutlaka fiziksel kuvvet uygulanır ve bu kişi veya başka bir kişi cebri uygulayan kişinin isteği doğrultusunda davranmaya zorlanır.³⁷⁵ Hile de cebir de yöneldikleri kişinin iradesine etki etmeyi amaçlamalarına rağmen, hilede fiziksel güç kullanmadan bu amaca ulaşmaya çalışılırken, cebirde fiziksel güç kullanılmaktadır. Bu bent kapsamında yer alan cebir, kişinin ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma yönündeki mevcut veya beklenen iradesini veya direncini kırabilmek için fiziksel olarak zorlanması şeklinde gerçekleşecektir. Zorlama fiilini gerçekleştiren fail, bu fiili ihale sürecinde katılımcı olarak yer alma niyetinde olan kişi üzerinde gerçekleştirebileceği gibi, bu kişiyi fiziksel olarak etkilemesi kaydıyla bir eşya üzerinde de gerçekleştirebilir. Kişinin etkisiz hale getirilerek zorla bir yerde hapsedilmesi, hipnotize edilmesi, ilaç verilerek uyutulması, kişiye zorla alkol veya uyuşturucu madde, eter, gaz, uyutucu ilaç verilmesi,³⁷⁶ şamar atılması, kişinin kolunun kıvrılması, iteklenmesi, kişiye vurulması, omuz atılması, tekmelenmesi vb. hareketler, kişiyi bedensel olarak etkilediği için cebir kapsamında değerlendirilir.³⁷⁷

Madde 235/2-c kapsamındaki suç oluşturur bir diğer davranış, tehdittir. Tehdit; failin istediği şekilde davranmadığı takdirde mağdura veya onun yakınına karşı gerçekleştirilecek suç teşkil eden bir fiilin, haksızlığın, kötülüğün, tecavüzün mağdura bildirilmesidir. Madde 235/2-c kapsamındaki suçun meydana gelmesi için, tehdidin, cebrin veya hukuka aykırı nitelikteki başka fiillerin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli bütün nitelikleri taşıyan kişilerin ihaleye katılmalarını engellemek amacıyla gerçekleştirilmiş olması ve bu tehdidin, cebrin veya hukuka aykırı nitelikteki başka fiillerin gerçekleştirilmesiyle ihaleye katılacak olan kişilerin ihaleye katılmaktan vazgeçmiş olmaları gerekir.³⁷⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 21.02.2013 tarihli ve E. 2012/3486, K. 2013/1316 sayılı kararında, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak

³⁷⁴ Yüksektepe, İhale Hukuku, s.613.

³⁷⁵ Bal, İhaleye Fesat, s.88.

³⁷⁶ Özcan, İhaleye Fesat, s.103.

³⁷⁷ Meran, İhaleye Fesat, s.186.

³⁷⁸ Özcan, İhaleye Fesat, s. 103-105.

için gerekli nitelikleri haiz olmayan istekliye karşı gerçekleştirilen cebir veya tehdit eylemlerinin, md. 235/2-c kapsamındaki suçu ve bu suça teşebbüsü meydana getirmeyeceğine, bu eylemlerin diğer suçlara vücut vermesi halinde bu suçlardan dolayı ceza verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁷⁹

Tehditle gerçekleştirileceği belirtilen zararın bizzat gerçekleştirileceğinin veya üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirileceğinin ifade edilmesi arasında, suçun oluşabilmesi bakımından bir fark yoktur. Tehdit, mağdurun yüzüne karşı yapılabileceği gibi, kendisine ulaşmak kaydıyla gıyabında da yapılabilir. Suçun oluşabilmesi için, mağdurun tehdit ile gerçekleştirileceği iddia edilen zararın gerçekleştirileceğine inandırılmış olması ve bu sebepten dolayı ihaleye katılmaktan vazgeçmesi yeterlidir. Yani tehdit konusu sonradan gerçekleşmemiş olsa bile suç oluşur. Bu noktada önemli olan husus, mağdurun iradesinin istenilen doğrultuda etkilenmiş olmasıdır.³⁸⁰

Hem cebir hem de tehdit eylemleri mağdurun yakınına karşı gerçekleştirilebilmekte olup, mağdurun yakınına karşı gerçekleştirilen cebir veya tehdit eylemlerinin md. 235/2-c'deki suçu teşkil edebilmesi için, mağdur yakını olarak sayılacak kişilerle mağdur arasındaki ilişki hakiki ve yakın bir bağa dayanmalıdır.³⁸¹

Tehdidin sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleştirilmesi, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmamakta olup, bu durumda şartları mevcutsa tehdit, yağma, şantaj suçları oluşabilir. Çünkü md. 235/2-c'de yer alan suçun oluşabilmesi için, ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılımın engellenmiş olması gerekir.³⁸²

İhale süreci tamamlandıktan sonra ihaleye usulsüz bir şekilde katılan bir isteklinin, ihale sürecinde belirlenememiş bu usulsüzlüğünü bilen bir diğer isteklinin, kendisine belirli bir menfaat sağlamaması halinde bu usulsüzlük hakkında Kamu İhale Kurumuna itirazda bulunacağına dair söylemi, ihaleye fesat karıştırma suçunu değil, md. 107'deki şantaj suçunu oluşturur. Fakat usulsüzlüğü bulunmayan ve ihaleyi kazanan kişinin kendisinden beklenen menfaati yerine getirmemesi halinde, süreci

³⁷⁹ Gök, İhaleye Fesat, s.50.

³⁸⁰ Özcan, İhaleye Fesat, s.103-105.

³⁸¹ Özcan, İhaleye Fesat, s.103-105.

³⁸² Özcan, İhaleye Fesat, s.105.

uzatmak amacıyla bu kişi hakkında itirazda bulunmak, genel bir suç tipi olan tehdit suçu kapsamına girer.³⁸³

Madde 235/2-c kapsamındaki suçu oluşturan bir diğer husus, hukuka aykırı davranışlarda bulunmaktır. Hilenin, cebrin veya tehdidin kapsamına girmeyen fakat md. 235'teki suça vücut veren tüm davranışlar, hukuka aykırı davranış olarak değerlendirilir. Hukuka aykırı diğer davranışlara örnek olarak; idarenin olumsuz tutum ve davranışlarla istekliyi haklarını kullanmaktan vazgeçirmeye çalışması, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilere gerçek dışı telkin, ikaz ve uyarılarda bulunması, ihale yetkisinin istekliye ihaleyi kazanması durumunda hak ediş karşılığının ödenmeyeceğini veya geç ödeneceğini söylemesi,³⁸⁴ ihale yapılacak yerin kapısının kilitlenmesi, isteklilerin içeriye alınmaması, ihale yapılacak olduğu halde yalan söyleyerek ihale yapılmayacağını belirtilmesi, ihale yapılmasını önlemek için ihalenin yapılacağı salonun yıkılmasının sağlanması, ihalenin gerçekleştirileceği mekanın fuzuli sebeplerle işgali, ihale komisyonunun ihalenin nasıl yapılacağını görüşmesinin veya duyurmasının engellenmesi verilebilir. Ancak ihaleye katılım engellemeye yönelik gerçekleştirilen davranışlarda bir hile varsa, md. 235/2-a-1 hükmü uygulanacaktır. Maddenin gerekçesinde de, isteklilerin ihalenin saat kaçta, hangi tarihte, nerede yapılacağı hususlarında yanıltılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen sürelerin geçirilmesi hileli davranış olarak kabul edilmiş ve bu hallerde, md. 235/2-a-1 hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir.³⁸⁵

7. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları (md. 235/2-d)

Madde 235/2-d kapsamındaki anlaşmanın, ihale şartlarını veya fiyatı etkilemeye yönelik olması gerekir. Anlaşmanın konusu ihale şartlarını veya fiyatı etkilemeye

³⁸³ Bal, İhaleye Fesat, s.91.

³⁸⁴ Özcan, İhaleye Fesat, s.105-107.

³⁸⁵ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.79.

yönelik değilse, md. 235/2-d kapsamındaki suç oluşmaz.³⁸⁶ Suçun bu şekliyle oluşmayacağı bir duruma örnek olarak, her iki şirketin de ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli nitelikleri taşımamalarına rağmen birleşip, bu nitelikleri taşır hale gelerek ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaları hali verilebilir.³⁸⁷ Madde 235/2-d'deki suçun olduğu durumlara örnek olarak; ihaleyle yüklenilen edimin teslim süresinin uzatılmasına, bu edimin ifasında kullanılacak malzemelerin kalitesiz malzemelerden seçilmesine, fiyatın istekli lehine değiştirilmesine yönelik anlaşmalar yapılması, isteklinin lehine ve idarenin aleyhine olacak şekilde fiyat oluşturulmasını sağlamak, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kişilerden birkaçının ihalede hiç teklif vermemesine³⁸⁸ veya kabul edilemeyecek teklifler verilmesine,³⁸⁹ verilecek tekliflerin önceden kararlaştırılmasına, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen bazı kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesine ve ihaleyi önceden belirlenen bir kişinin kazanmasını sağlamaya yönelik anlaşmalar yapılması, örneğin, aynı sektörde faaliyet icra eden girişimler tarafından pazarın paylaşılmasına veya fiyatların, karın, maliyetlerin belirlenmesine yönelik anlaşmalar yapılması, arz ve talep hareketlerinin denetlenmesine, rakip firmaların faaliyetlerinin zorlaştırılmasına, faaliyet alanlarının daraltılmasına veya hedef gösterilerek pazarın dışında bırakılmalarına yönelik davranışlarda bulunulması verilebilir.³⁹⁰

Bu bent kapsamındaki anlaşma, hali hazırda gerçekleştirilmekte olan bir ihaleye de, gelecekte gerçekleştirilecek bir ihaleye de ilişkin olabilir. Anlaşmadaki taraflar, bu anlaşmayla, anlaşmaya taraf olan kişilerin ne kadar mal elde edeceğini, bu kişiler arasında yapılacak iş bölümünün nasıl belirleneceğini belirleyebilirler.³⁹¹

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin, henüz anlaşmayı yapmadan önce anlaşma hakkında gerçekleştirdikleri müzakereler hazırlık hareketi niteliğindedir.

³⁸⁶ Bal, İhaleye Fesat, s.92.

³⁸⁷ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.233.

³⁸⁸ Özcan, İhaleye Fesat, s.108.

³⁸⁹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.235.

³⁹⁰ Özcan, İhaleye Fesat, s.108-110.

³⁹¹ Özcan, İhaleye Fesat, s.110.

Madde 235/2-d kapsamında yer alan suç, anlaşma yapıldığı an oluşur.³⁹² Doktrindeki bir diğer görüşe göre de suç, teklifin ihale yetkilisi makama verildiği anda oluşmaktadır.³⁹³

Madde 235/2-d'deki suçun oluşabilmesi için, anlaşmayı yapan kişilerin ihaleye katılanların çoğunluğunu oluşturması şartı aranmamıştır. Bu yüzden, anlaşmanın iki kişi arasında yapılmış olması halinde dahi bu bent kapsamındaki suç oluşacaktır. İhalenin anlaşmaya dahil olmayan bir üçüncü kişi tarafından kazanılmış olması, suçun oluşmasına engel değildir.³⁹⁴

Bent kapsamındaki suçun oluşabilmesi için, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler arasında bir araya gelme arzusunun var olması ve bu kişilerin bu anlaşmayı yaparak hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiklerinin bilincinde olmaları gerekir.³⁹⁵

Yargıtay önceden, 5. Ceza Dairesi'nin 22.09.2008 tarihli ve E. 2008/8361, K. 2008/7873 sayılı kararında olduğu gibi, md. 235/2-d'deki suçun oluşabilmesi için anlaşma yapmanın yeterli olmadığını, bu anlaşmanın sonucu olarak ihale şartlarının veya fiyatın da etkilenmiş olması gerektiğini savunmuşsa da, sonradan 5. Ceza Dairesi'nin 18.04.2013 tarihli ve E. 2012/4500, K. 2013/3662 sayılı kararında olduğu gibi, suçun oluşabilmesi için ihale şartlarının veya fiyatın etkilenmiş olmasının gerekmediğini savunmaya başlamıştır.³⁹⁶

Suçun oluşabilmesi için, faile anlaşma ile somut menfaat temini teklif edilip edilmemesi, bu menfaatin nakdi veya gayri nakdi olup olmaması, geleceğe yönelik olup olmaması, menfaat teklif edilen kişinin bu menfaati elde edip etmemesi, menfaat teklif edenin bu menfaati temin edip etmemesi, anlaşmayı yapan kişilerin anlaşma doğrultusunda hareket edip etmemesi, anlaşmanın yapılış sebebini teşkil eden amaca ulaşamaması önemli değildir.³⁹⁷

³⁹² Özcan, İhaleye Fesat, s.110.

³⁹³ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.235.

³⁹⁴ Bal, İhaleye Fesat, s.93.

³⁹⁵ Özcan, İhaleye Fesat, s.111-112.

³⁹⁶ Özcan, İhaleye Fesat, s.111-112.

³⁹⁷ Özcan, İhaleye Fesat, s.111-112.

Bent kapsamındaki anlaşmalar, açık veya gizli olarak yapılabilir.³⁹⁸ Yapılan anlaşmanın şekli konusunda md. 235/2-d’de herhangi bir belirleme yer almamaktadır ve bu yüzden anlaşma sözleşme şeklinde yapılmasa da md. 235/2-d’deki suç oluşacaktır.³⁹⁹ Ancak md. 235/2-d kapsamında suçun oluşabilmesi için, bu anlaşmanın varlığı mutlaka ispatlanmış olmalıdır. Sadece anlaşmanın varlığı yönündeki mesnetsiz fikir yürütmelerinden yola çıkılarak, anlaşmada yer aldığından şüphelenilen kişilere yargısız infaz yapılmamalıdır. Aksi takdirde kanunsuz suç ve ceza olmaz ve şüpheden sanık yararlanır ilkelerine aykırı hareket edilmiş olur.⁴⁰⁰

II. SUÇUN MANEVİ UNSURU

TCK md. 22 gereğince, bir suçu tanımlayan ilgili kanun maddesinde, o suçun taksirle işlenebileceği açıkça belirtilmelidir. Bu belirtilme yapılmadığı müddetçe, o suçun yalnız bilerek ve isteyerek, yani kasten işlenebileceğini ifade etmek gerekir. Madde 235’te ihaleye fesat karıştırma suçunun taksirle işlenebildiğine ilişkin bir ifade yer almadığı için,⁴⁰¹ ayrıca suçun yapısı gereği de taksirle işlenmesi mümkün bulunmadığından,⁴⁰² suçun taksirle işlenmesinin mümkün olmadığını, ancak kastla işlenebilen bir suç olduğunu ifade etmek gerekir.⁴⁰³

Madde 235/2-a-1 ve md. 235/2-a-2’deki suçların oluşabilmesi için, bu bentler kapsamındaki hileli davranışları gerçekleştiren failin kastı, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli nitelikleri taşıyan bir kişinin ihaleye katılmasını engellemeye veya ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli nitelikleri taşımayan bir kişinin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almasını sağlamaya yönelik olmalıdır. Fail bu hileli davranışlarda bulunurken ayrıca, hileli davranışının yöneldiği kişinin ihaleye katılma yeterliğine sahip olup olmadığını bilmelidir. Madde 235/2-a’nın

³⁹⁸ İnan, Atilla, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Tarihi Süreç İçindeki Gelişimi”, Beklenen Mahalli İdareler Dergisi, S.178 (Haziran 2009),s.22.

³⁹⁹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.234.

⁴⁰⁰ İnan, İhaleye Fesat, s.22.

⁴⁰¹ Özcan, İhaleye Fesat, s.115-118.

⁴⁰² Gök, İhaleye Fesat, s.59.

⁴⁰³ Özcan, İhaleye Fesat, s.115-118.

3 ve 4. alt bentlerinde yer alan suçların oluşabilmesi için, bu bentler kapsamındaki hileli davranışları gerçekleştiren failin kastı, teklife konu malın şartnamedeki kriterleri taşımasına rağmen taşımadığından bahisle değerlendirmeye alınmamasını sağlamaya veya şartnamedeki kriterleri taşımasına rağmen, taşıdığından bahisle değerlendirmeye alınmasını sağlamaya yönelik olmalıdır. Fail hileli davranışlarda bulunurken, söz konusu malın niteliğini bilmeli ve md. 235/2-a kapsamındaki hileli davranışları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Failin md. 235/2-a kapsamında yer alan hileli davranışları bilerek veya isteyerek gerçekleştirmemiş olması halinde, suç, manevi unsur yönünden oluşmayacaktır.⁴⁰⁴

Madde 235/2-b’de yer alan suçun oluşabilmesi için, fail başkalarına ulaştırdığı bilgilerin gizliliğe tabi olduğunu bilmeli ve bu ulaştırma fiilini isteyerek icra etmelidir.⁴⁰⁵

Madde 235/2-c’de yer alan suçun oluşabilmesi için, fail cebir uygularken, tehditte bulunurken veya hukuka aykırılık teşkil eden sair eylemleri, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek amacıyla gerçekleştirmelidir ve bu eylemleri isteyerek icra etmelidir.⁴⁰⁶

Madde 235/2-d’deki suçun oluşumu için özel kast aranmaktadır. Çünkü md. 235/2-d kapsamındaki anlaşmanın, ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için yapılması gerekmektedir. Bu itibarla, md. 235/2-d’deki suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilir, olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Madde 235’teki diğer seçimlik hareketler bakımından ihaleye fesat karıştırma suçu, doğrudan kastın yanında, olası kastla da işlenebilir.⁴⁰⁷ Madde 235’teki suçu oluşturan, md. 235/2-d dışındaki diğer seçimlik hareketlerde özel bir amaç aranmadığı için, md. 235/2-d dışındaki bentler bakımından bu suçun olası kastla da işlenebilmesi mümkündür.⁴⁰⁸

Madde 235/2-d kapsamındaki anlaşmada, yalnızca rakiplerinin hamleleri hakkında bilgi sahibi olmak için katılımcı olarak yer alan bir kimsenin, bent kapsamında

⁴⁰⁴ Özcan, İhaleye Fesat, s.115-118.

⁴⁰⁵ Özcan, İhaleye Fesat, s.115-118.

⁴⁰⁶ Özcan, İhaleye Fesat, s.115-118.

⁴⁰⁷ Özcan, İhaleye Fesat, s.115-118.

⁴⁰⁸ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.170.

yer alan suç işleme kastının bulunduğundan söz edebilmek için, anlaşmanın yapılmasındaki amacın ihaledeki koşulları veya fiyatı değiştirmek olduğunu bilmesi gerekir. Bu durumu bilerek anlaşmaya katılan kişinin, teklif vermese bile kastı var sayılır.⁴⁰⁹

İhaleye fesat karıştırma suçunu teşkil eden bir fiili gerçekleştiren bir kimse, fiilini suç işleme kastıyla gerçekleştirmemişse, yani fiilin bu suç teşkil ettiğinin farkında değilse, md. 30/1 uyarınca suç teşkil eden unsurlardan biri olan kastın eksik olması ve bu kimsenin bu fiili gerçekleştirirken esaslı bir hatanın içine düşmesi sebeplerinden dolayı suç işlemiş olmayacaktır. Örneğin, teklifler hakkında olan ve gizli tutulması gereken bilgilerin gizli tutulması gerektiğini bilmeden başkalarına ulaştıran fail, kasten hareket etmemiş olduğu için, ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılmaz.⁴¹⁰

III. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bir fiil ilgili ülkenin hukuk düzeni tarafından korunmakta olan hak ve menfaatleri ihlal ediyorsa, o fiil o hukuk düzeninin tümü bakımından hukuka aykırı bir fiildir.⁴¹¹ Fakat bazı durumlarda bir fiilin gerçekleştirilmesi TCK tarafından yasak olarak kabul edilmekle beraber, başka bir düzenlemede çeşitli nedenlerle o fiilin gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilebilmektedir. İşte bu fiilin gerçekleştirilmesi gerektiği herhangi bir düzenlemede ifade edilmişse, bu fiil hukuka uygun bir fiile dönüşmektedir. TCK’da da bir fiili hukuka uygun hale getiren durumlar md. 24’teki “*kanun hükmü ve yetkili mercii tarafından verilen emrin ifası*”, md. 25’teki “*meşru müdafaa*” ve md. 26’daki “*hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası*” olarak sayılmıştır.⁴¹²

Madde 24’teki “*kanun hükmü ve yetkili mercii tarafından verilen emrin ifası*” adlı hukuka uygunluk sebebinin ihaleye fesat karıştırma suç bakımından uygulanması

⁴⁰⁹ Özcan, İhaleye Fesat, s.115-118.

⁴¹⁰ Arslan, İhaleye Fesat, s.212.

⁴¹¹ Arslan, İhaleye Fesat, s.213.

⁴¹² Demirel, 4734 Sayılı, s.60.

mümkündür. Şöyle ki, ihale sürecindeki tekliflerle alakalı olan ve gizlenmesi zorunlu olan bir bilgiyi ele geçirip bu bilgiyi amirine ileten bir kolluk memurunun bu fiili, herhangi bir kanun hükmü tarafından bu fiili gerçekleştirme hususunda kendisine yetki verilmiş olması koşuluyla, hukuka uygun bir fiil niteliğini haiz olup suça vücut vermeyecektir. Memurun gizlenmesi zorunlu olan bir bilgiyi ele geçirip bunu amirine iletmesinin hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği durumlardan birine örnek olarak, bu memurun bu bilgiyi CMK md. 119 uyarınca kendisine verilmiş olan bir arama emrini yerine getirirken ele geçirmiş olması verilebilir.⁴¹³

Madde 25'teki “*meşru müdafaa*” adlı hukuka uygunluk sebebinin yapısı sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçunda uygulanması ihtimali çok düşüktür. Madde 26'daki “*hakkın kullanılması*” adlı hukuka uygunluk sebebinin ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından uygulanması mümkündür.⁴¹⁴ Şöyle ki, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaya ilişkin koşulları haiz olmadığı halde birtakım hileli fiilleri gerçekleştirmek suretiyle ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaya çalışıyorsa ve bir gazeteci bu gerçek veya tüzel kişinin hileli fiillerle ihale sürecinde katılımcı olarak yer almaya çalıştığına ilişkin somut delillere sahipse, 5187 sayılı Basın Kanunu md. 3 uyarınca bu gazetecinin hileli davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişinin teklifleriyle alakalı olan ve gizlenmesi gereken bilgileri duyurması veya haber yapması suç teşkil etmeyecektir. Çünkü 5187 sayılı Kanun md. 3 uyarınca bir gazeteci basın özgürlüğü kapsamında hileli davranışlarda bulunularak ihale sürecinde katılımcı olarak yer alınmaya çalışıldığına ilişkin haber yapma hakkına sahiptir.⁴¹⁵

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

⁴¹³ Arslan, İhaleye Fesat, s.216.

⁴¹⁴ Arslan, İhaleye Fesat, s.217.

⁴¹⁵ Arslan, İhaleye Fesat, s.217.

çalışılan hukuki değer ve bu suça vücut veren fiillerin yapıları incelendiğinde mağdurun bu fiiller üzerinde hiçbir tasarruf hakkının olmadığı görülmektedir.⁴¹⁶

IV. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

İhaleye fesat karıştırma suçunun nitelikli halleri, md. 235/3'ün a ve b bentlerinde düzenlenmiştir. İlkinde ağırlaştırıcı sebepler, ikincisinde ise hafifletici sebepler yer almaktadır.⁴¹⁷

TCK'daki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği suçlar, bu suçların düzenlendiği ilgili maddelerde açıkça belirtilmiştir. Madde 235'te ise etkin pişmanlık müessesesine başvurulabileceğine ilişkin bir ifade yer almadığı için, etkin pişmanlık hükümleri ihaleye fesat karıştırma suçunun işlendiği hallerde uygulanamayacaktır.⁴¹⁸

A. Ağırlaştırıcı Nedenler

Madde 235/3-a'da, failin cebir veya tehdit kullanmak suretiyle suçu işlenmesi durumunda, verilecek cezanın alt sınırının beş yıldan az olamayacağı belirtilmiştir. Bu halde cezanın alt sınırı beş yıl olmakla birlikte, md. 235/1'e göre cezanın üst sınırı yedi yıl olduğu için, nitelikli halde de verilecek ceza en fazla yedi yıl olacaktır.⁴¹⁹

Madde 235/3-a'nın devamında, kişiye cebir veya tehdit uygulanması sonucu TCK'nın 87. maddesindeki kasten yaralama suçuna veya TCK md. 106/2 ve 106/3'teki tehdit suçuna verilecek cezada artırım yapılmasına ilişkin nitelikli hallerin meydana gelmesi halinde, gerçek içtima kuralının geçerli olacağı, yani hem ihaleye fesat

⁴¹⁶ Arslan, İhaleye Fesat, s.217.

⁴¹⁷ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.124.

⁴¹⁸ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.124.

⁴¹⁹ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.125-128.

karıştırma suçundan hem de bu suçlardan dolayı cezalandırma yapılacağı ifade edilmiştir.⁴²⁰

B. Hafifletici Nedenler

6459 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, md. 235/3-b'de bu suçun işlenmesi sonucunda kamunun zarar görmesi halinde md. 235/1 uyarınca hükmolunan temel cezanın yarı oranda artırılacağı, bu artırımın yapılabilmesi için de kamu zararının varlığının tespit edilmesinin yeterli olacağı ve kamunun ne kadar zarar gördüğünün hesaplanmasının şart olmadığı ifade edilmekteydi. Madde 235/3-b'nin değişiklikten sonraki halinde bu suça konu fiillerin gerçekleştirilmesi sonucunda md. 235'te belirtilen kuruluşlar nezdinde kamu zararının meydana gelmemesi veya md. 235/3-a'daki nitelikli halin oluşmaması durumunda fail hakkında hükmolunacak hapis cezasının en az bir yıl en fazla üç yıl olacağı ifade edilmiştir.⁴²¹

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda kamu zararının oluştuğu tespit edilmişse, verilecek cezadan indirim yapılmamakta olup, kamu zararı meydana gelmemişse, suçun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi dışındaki hallerde, md. 235/3-b gereği cezadan indirim yoluna gidilmektedir.⁴²²

Yargıtay CGK, 17.04.2007 tarihli ve E. 2007/88, K. 2007/94 sayılı kararında kamu zararından ne anlaşılması gerektiğini şu şekilde tanımlamıştır: “...5018 sayılı KMYKK md. 71'de de belirtildiği üzere, kamu kaynaklarında azalmanın meydana gelmesine yol açılmasına ve bu kaynaklardaki zenginleşmenin önüne geçilmesine kamu zararı denir.”⁴²³

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 26.03.2013 tarihli ve E. 2012/4411, K. 2013/2346 sayılı kararında, ihaleye yeniden çıkılması için yapılan masrafları olağan masraf olarak

⁴²⁰ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.125-128.

⁴²¹ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.125-128.

⁴²² Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.125-128.

⁴²³ Gök, İhaleye Fesat, s.57.

görerek kamu zararı kapsamında değerlendirmemiştir.⁴²⁴ Her ne kadar doktrinde Ahmet Ceylani Tuğrul ve Çetin Akkaya tarafından fesat karıştırıldığı gerekçesiyle iptal edilen bir ihale için yapılmış masrafların ve yeniden ihale yapılacak olması sebebiyle yapılacak olan masrafların zarar kapsamına girmeyeceği görüşü savunulsa da,⁴²⁵ 5018 sayılı KMYKK'da yapılan kamu zararı tanımından yola çıkılarak, kamu kaynaklarında eksilmeye yol açmaları sebebiyle bu masrafların zarar kapsamına girdiği kabul edilmelidir.⁴²⁶

Kamu kurum ve kuruluşlarının manevi zarara uğraması mümkün olmadığı için, md. 235/3-b'de bahsedilen zarardan maddi zarar anlaşılmalıdır.⁴²⁷ Madde 235/3-b'de yer alan nitelikli halin uygulanabilmesi için, maddi bir zararın meydana gelmiş olması yeterlidir.⁴²⁸ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, zararın miktarının kesin olarak belirlenmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Miktarı kesin olarak belirlenemese de zararın gerçekleştiği aşikâr ise md. 235/3-b uygulanabilecektir.⁴²⁹

Yargıtay, zararın tespiti için gerektiğinde bilirkişi raporu alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁴³⁰ Hakim, zararın meydana gelip gelmediğini somut olayın özelliklerine göre bizzat belirleyebileceği gibi, bu belirlemeyi yapması için bilirkişiye de başvurabilir.⁴³¹ Zarar meydana geldiğinde, md. 235/3-b'de yer alan nitelikli halin uygulanabilmesi için, zararın md. 235/1 ve 235/5'de sayılan kurum ve kuruluşlar açısından meydana gelmiş olması gerekir. Bu kişiler dışındaki kişilerin zarara uğradığı hallerde bu nitelikli hal uygulanamaz.⁴³²

Kamu zararının meydana geldiği hallere örnek olarak; belirlenen tutardan fazla ve fuzuli ödeme yapılması, ihalenin hak etmeyen bir kişi üzerinde bırakılması ve bunun sonucunda da daha fazla kamu harcamasının yapılması, edimi yüklenen kişiye edimi yerine getirmesini beklemeden edim karşılığı ücretin ödenmesi ve ücreti alındıktan sonra edimin bu kişi tarafından yerine getirilmemesi, edimi yerine getiren kişinin bu edimi yerine getirmesi karşılığında aldığı paranın diğer kişiler tarafından istenebilecek

⁴²⁴ Gök, İhaleye Fesat, s.57.

⁴²⁵ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.92.

⁴²⁶ Arslan, İhaleye Fesat, s.208.

⁴²⁷ Gök, İhaleye Fesat, s.57.

⁴²⁸ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.92.

⁴²⁹ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.92.

⁴³⁰ Tuğrul, İhaleye Fesat, s.92.

⁴³¹ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.130.

⁴³² Özcan, İhaleye Fesat, s.140-141.

ortalama para tutarından fazla olması, kiralamaya ilişkin bir ihale neticesinde menkul veya gayrimenkul bir malın daha ucuza kiraya verilmesi veya daha pahalıya kiralanması, vergilendirme ve kamu hizmetlerinde bulunma süreçlerinin yürütülmesi sırasında bu yürütmeyi gerçekleştirmekle görevlendirilmiş kişiler tarafından ilgili mevzuata uyulmaması ve bu yüzden kamu idaresinin faiz, gecikme zammı gibi kamu kaynaklarında azalmaya yol açacak ödemelerde bulunması verilebilir.⁴³³

Yargıtay CGK'nun 08.12.2009 tarihli ve E. 2009/136, K. 2009/281 sayılı kararına konu olayda, idare halkın içme suyu ihtiyacını bir şirkete karşılatmış ve yapılan ihale bitmeden ödeme yapmıştır. Yapılan bu erken ödeme neticesinde kamu idaresi faiz kaybına uğramıştır. Yargıtay, burada kamu idaresinin faiz kaybına uğradığını, ancak bu kayıp ivedi ve öncelikli olarak karşılanması gereken su ihtiyacının hemen karşılanması neticesinde meydana geldiği için kamu zararı olarak değerlendirmemiştir ve bu kaybın münhasıran kamu zararını oluşturmaya yeterli olmadığını belirtmiştir.⁴³⁴

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Teşebbüsün koşulları md. 35/1'de ifade edilmiştir. Bu koşullar; işlenen suçun kastla ve suçun oluşmasını mümkün kılacak araçlar kullanılmak suretiyle işlenmeye başlanması, suçu oluşturmak için gerekli hareketlerin gerçekleştirilmeye başlanıp bu hareketleri gerçekleştiren kişinin kendi isteği dışındaki bir durumun ortaya çıkmasından dolayı suçu tamamlayamamış olmasıdır.⁴³⁵ Madde 35/2 uyarınca suça teşebbüs eden fail hakkında, bu suç sebebiyle gerçekleşen tehlikenin veya zararın boyutu dikkate alınarak daha az bir cezaya hükmedilmektedir.⁴³⁶

⁴³³ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.128.

⁴³⁴ Gök, İhaleye Fesat, s.57-68.

⁴³⁵ Gök, İhaleye Fesat, s.57-68.

⁴³⁶ Arslan, İhaleye Fesat, s.225-228.

Fesat olarak kabul edilen fiillerin bünyeleri itibariyle parçalara ayrılabilirdiği durumlarda, ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs mümkündür. Örneğin, fail md. 235/2-a-1 ve md. 235/2-a-2 kapsamındaki davranışları gerçekleştirmesine rağmen ihale sürecinde katılımcı olarak yer alınmasını veya alınmamasını sağlama amacına ulaşamamışsa, md. 235/b kapsamındaki bilgileri bunları öğrenmemesi gereken kişilere mail, mektup vb. herhangi bir yolla iletmeye çalışmasına rağmen kendi isteği dışındaki bir durumun ortaya çıkmasından dolayı iletememesi, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için gerekli koşulları taşıyan ve katılımcı olarak yer almayı amaçlayan kişilerin bu amaçlarına ulaşmalarına engel olmak için bu engellemeyi gerçekleştirmeye elverişli nitelikte cebir uygulamasına, tehdide başvurmaya veya sair hukuka aykırı nitelikteki diğer davranışlar gerçekleştirmesine rağmen, bu kişilerin ihaleye katılmalarını engelleyememesi, md. 235/2-d kapsamında yapılan anlaşma görüşmelerinde bir veya birkaç kişinin anlaşma koşullarını kabul etmemesi sebebiyle anlaşmanın tamamlanamaması,⁴³⁷ bazı teklifler değerlendirme dışı bırakılmaya veya değerlendirmeye alınmaya çalışıldığı halde bunda başarılı olunamaması hallerinde ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır.⁴³⁸

İhaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs eden fail, eğer icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir.⁴³⁹ Örneğin, ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak için başvuruda bulunan bir kimsenin, başvurusundaki belgelerden biri sahte ise ve bu kimse başvuruda sahte belge kullandığını kendi iradesiyle beyan ederek, henüz yapılmaya başlanmamış bir ihaleden çekilmişse, bu kimsenin sadece evrakta sahtecilik suçu uyarınca cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.⁴⁴⁰

⁴³⁷ Arslan, İhaleye Fesat, s.225-228.

⁴³⁸ Koca, İhaleye Fesat, s.149.

⁴³⁹ Arslan, İhaleye Fesat, s.228.

⁴⁴⁰ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.133.

B. İştirak

İhaleye fesat karıştırma suçu iştirak halinde işlenebilmekte olup, bu suça iştirakin her hali mümkündür.⁴⁴¹ Bir kişinin fail sıfatıyla suça iştirak ettiğinden bahsedebilmek için, o kişinin suçu teşkil eden hareketlerin gerçekleştirilmesinde payı olmalıdır ve o kişi suç teşkil eden hareketlerin üzerinde ortak hakimiyet kurmuş olmalıdır. TCK md. 37/1’de bir suçun düzenlendiği maddede o suçu oluşturduğu belirtilen davranışları gerçekleştiren tüm kişilerin fail olarak sorumlu tutulacakları belirtilmiştir.⁴⁴²

Madde 235/2-d kapsamındaki suç bakımından şeriklik için, bu suça şerik olarak iştirak ettiklerinin ve bu suçu beraber işledikleri kişilerin (d) bendi kapsamında fail olduğunun farkında olmaları gerekir. Madde 235/2-d dışındaki hallerde, suçu iki veya daha fazla sayıdaki kişi de işleyebilir. Bu suçun işlenmesine çeşitli iştirak halleri açısından örnek vermek gerekirse; hileli davranışlarda bulunarak veya cebre veya tehdide başvurarak ihale sürecinde katılımcı olarak yer alınmasına engel olan kişi doğrudan (müstakil) fail olurken, hileli davranışlarda bulunarak ihaleyi en uygun teklifte bulunan kişiden başka bir kişiye veren ihale komisyonu üyeleri, müşterek (beraber) fail olacaklardır. İhaleye fesat karıştırma suçu bir kişinin vasıta olarak kullanılması suretiyle yani dolaylı fail olarak işlenebileceği gibi, birden fazla kişi tarafından bu kişiler arasında ortak bir suç işleme kararı olmaksızın, yani yan yana fail olarak da işlenebilir. İhaleye fesat karıştırma suçu yan yana fail olarak işlendiğinde iştirak iradesi olmayan kişiler şerik olarak kabul edilmez. İhaleye fesat karıştırma suçunu, cebir, şiddet, tehdit veya korkutma yoluyla başkasını araç olarak kullanarak işleyen kimse, dolaylı faildir. Madde 28’e göre karşı koyamayacağı derecede cebir, şiddet, tehdit, ağır korkutma altında suçu işleyen kişiye ceza verilmez, bu gibi

⁴⁴¹ Özcan, İhaleye Fesat, s.121.

⁴⁴² Gök, İhaleye Fesat, s.71.

durumlarda suçun faili, cebir veya tehdit kullanan veya şiddet veya korkutma uygulayan kişidir.⁴⁴³

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesine azmettiren veya yardım eden sıfatıyla katılmak da mümkündür. Bu suçu işlemeyi hiç aklından geçirmeyen bir kimsenin iradesini etkileyerek, bu kişinin suçu işlemesini sağlayan kişi, azmettiren sıfatıyla sorumlu olacaktır. Kimlerin ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesinde yardım eden sıfatıyla sorumlu olacağı, md. 39/2'ye göre belirlenir.⁴⁴⁴ Azmettiren kişi bir ihale yetkilisi olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir.⁴⁴⁵

C. İçtima

İhaleye fesat karıştırma suçu hakkında zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü ihaleye fesat karıştırma suçu, md. 43/3'te belirtilen zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlardan biri değildir. Madde 43/1'de, bir suç işleme kararı kapsamında, değişik zaman dilimlerinde tek bir mağdura karşı tek bir suçun birden fazla kere işlenmesi halinde tek bir cezaya hükmedileceği, fakat bu cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacağı ifade edilmiştir. Örneğin, aynı mağdurun ihaleye katılma yeterliğine sahip olmasına rağmen, değişik zaman dilimlerinde tek bir suçu işlemeye ilişkin verilen tek bir karar doğrultusunda, ihalelere katılması hileli davranışlarla veya md. 235'teki diğer seçimlik davranışlarla engellenmişse, md. 43 uyarınca tek ve ağırlaştırılmış bir cezaya hükmolunacaktır.⁴⁴⁶

Madde 43/1'e göre, bir suçun hem basit hali hem de nitelik gerektiren halleri zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından aynı suç sayılır. Bu bakımdan bir ihaleye md. 235/1 kapsamında fesat karıştırıldıktan sonra, ikinci bir ihalede suçun kamu

⁴⁴³ Özcan, İhaleye Fesat, s.122-124.

⁴⁴⁴ Özcan, İhaleye Fesat, s.122-124.

⁴⁴⁵ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.137.

⁴⁴⁶ Özcan, İhaleye Fesat, s.125.

zararının meydana gelmesine neden olma şeklindeki nitelikli hali gerçekleştirilmiş olursa, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.⁴⁴⁷

Tek bir suçu işlemeye ilişkin tek bir kararın verildiği bir durumda, fesat karıştırılan ihale sayısının birden fazla olması da mümkündür ve fesat karıştırılan ihale sayısının birden fazla olması halinde de md. 43'teki zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu durumun söz konusu olabilmesi için, fesat karıştırılan ihale sayısının birden fazla olması ve dolayısıyla da işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu sayısının birden fazla olması gerekir. Tek bir ihalenin olduğu hallerde, md. 43/1 hükmü uygulanamaz.⁴⁴⁸ Örneğin, bir ihale görevlisinin farklı zamanlarda yapılan birden çok ihaleye katılmak isteyen bir isteklinin teklif ettiği malları şartnameye uygun olmadığı halde değerlendirmeye alması halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.⁴⁴⁹

Madde 43/1'in son cümlesi gereğince, tek bir suçu işlemeye ilişkin tek bir kararın verildiği durumlarda gerçekleştirilen ve mağduru özel olarak belirlenmiş olmayan yani herhangi bir kimse olabilen suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Madde 43/2 gereğince de aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda md. 43/1 hükmü uygulanacaktır.⁴⁵⁰ Örneğin, ihaleye katılmak isteyen birden çok isteklinin bir kişi tarafından aynı anda ihaleden çekilmeleri yönünde tehdit edilmeleri halinde gerçekleşen ihaleye fesat karıştırma suçu hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.⁴⁵¹

Belirtmek gerekir ki, md. 43/2'deki durum dışında, mağdurların farklı olduğu hallerde, zincirleme suç hükümleri yerine gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.⁴⁵²

⁴⁴⁷ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.278.

⁴⁴⁸ Özcan, İhaleye Fesat, s.125.

⁴⁴⁹ Bal, İhaleye Fesat, s.125.

⁴⁵⁰ Özcan, İhaleye Fesat, s.125.

⁴⁵¹ Bal, İhaleye Fesat, s.125.

⁴⁵² Arıttürk, İhaleye Fesat, s.277.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAPTIRIM, MUHAKEME VE YABANCI HUKUK ÖRNEKLERİ

Türk ceza hukukunda suç olarak öngörülen fiili gerçekleştiren kişi hakkında ya ceza verilmesine ya da güvenlik tedbirleri uygulanmasına veya ceza ile birlikte güvenlik tedbirine hükmolunur. Ceza ve güvenlik tedbirleri dışında uygulanabilecek başka bir yaptırım türü, Türk hukukunda mevcut değildir. Ceza yaptırımını yalnızca gerçek kişiler hakkında uygulanabilirken, güvenlik tedbirleri hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler hakkında uygulanabilir. Ceza yaptırımını hapis ve adli para cezası olarak iki türlüdür. Güvenlik tedbirleri türleri ise sayıca oldukça fazladır.⁴⁵³

İhaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği md. 235, içerdiği ceza yaptırımları ve md. 242'deki güvenlik tedbiri düzenlemesi açısından incelenecektir.

I. YAPTIRIM

İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen md. 235'te hapis cezası dışında bir yaptırım öngörülmemiştir.⁴⁵⁴ Suçun basit halinde ceza, md. 235/1 uyarınca üç yıl ila yedi yıl arasında hapis cezasıdır. Madde 235/3-a'ya göre suçun cebir uygulanarak veya tehdide başvurularak işlenmesi durumunda hükmolunacak hapis cezası, beş yıldan az olamaz. Madde 235/3-b'de ise suç sonucu bir kamu zararı meydana gelmemişse, hükmolunacak hapis cezasının süresinin bir yıl ila üç yıl arasında olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵⁵ Madde 235/3-a'da da, suç işlenirken kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin meydana gelmesi halinde, hem ihaleye fesat karıştırma suçundan hem de bu suçlardan dolayı cezalandırma yapılacağı ifade edilmiştir.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Gök, İhaleye Fesat, s.80.

⁴⁵⁴ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.145.

⁴⁵⁵ Bal, İhaleye Fesat, s.131.

⁴⁵⁶ Gök, İhaleye Fesat, s.81.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 15/3'e göre, bir fiil hem bir suç hem de bir kabahati oluşturuyorsa, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Madde 235/2-c'de yer alan fiil, aynı zamanda KİK md. 58'de idari yaptırıma bağlanmıştır. İhaleye fesat karıştırma suçundan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde, gerekli koşullar olduğu takdirde, KİK md. 58'deki idari yaptırım uygulanabilir.⁴⁵⁷

II. GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Herhangi bir suçun faili hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için, failin işlemiş olduğu suçtan dolayı kusurlu sayılmasına gerek yoktur.⁴⁵⁸ Failin işlediği suç sebebiyle tehlike arz ettiği durumlarda, hem failin hem de toplumun korunması amacıyla güvenlik tedbirlerine hükmolunmaktadır.⁴⁵⁹

TCK'daki güvenlik tedbirleri, TCK'nın 53. maddesi ile 60. maddesi arasında düzenlenmiştir.⁴⁶⁰ Ayrıca, md. 242'de, ihaleye fesat karıştırma suçunun yer aldığı bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmiştir.⁴⁶¹ Bu çerçevede, suç bakımından uygulama alanı bulabilecek güvenlik tedbirleri aşağıda incelenecektir.

A. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri, TCK'da düzenlenmiş olmakla birlikte, diğer kanunlarda da düzenlenebilmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından KİK, DİK, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 4458 sayılı Gümrük

⁴⁵⁷ Özcan, İhaleye Fesat, s.130.

⁴⁵⁸ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.282.

⁴⁵⁹ Arslan, İhaleye Fesat, s.249.

⁴⁶⁰ Arslan, İhaleye Fesat, s.249.

⁴⁶¹ Bal, İhaleye Fesat, s.133.

Kanunu ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu gibi Kanunlarda ve Anayasa’da bu tarz güvenlik tedbirlerinin bulunması nedeniyle, TCK’daki ve bahsedilen Kanunlardaki düzenlemeler ayrı ayrı belirtilecektir.⁴⁶²

İhaleye fesat karıştırma suçunun bir gerçek kişi tarafından işlenmesi halinde, bu suçu işleyen kişi, hem md. 235 uyarınca hapis cezası ile cezalandırılacak, hem de md. 53’te belirtilen hakları hapis cezasının infazı ve infazından sonraki belli süreler bitinceye dek kullanmaktan yoksun bırakılacaktır.⁴⁶³

Madde 53/5’e göre fail, bir suç işlerken md. 53/1’de belirtilen hak ve yetkilerden birisini kötüye kullanmışsa, önce hapis cezası cezasını çekecek, sonra da kendisine verilen hapis cezasının en az yarısını en fazla tamamını kapsayan süre zarfında kötüye kullandığı hakkını kullanmaktan yasaklanacaktır.⁴⁶⁴

KİK’te ve DİK’te öngörülen hak yoksunluğu, ihalelere katılmaktan yasaklanmadır. Yukarıda, “*İhale Sürecindeki Yasak Fiil ve Davranışlar*” başlığı altında yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, KİK ve DİK’te cezanın infazından sonra veya ceza mahkumiyetinin sonucunda işlemek üzere ihaleye katılmaktan yasaklanma, ihale Kanunları kapsamına giren işlerde görev alma yasağı gibi farklı hak yoksunlukları öngörülmüştür.⁴⁶⁵

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kişi hakkında uygulanacak hak yoksunluklarından birisi de, Anayasa’nın 76. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir.⁴⁶⁶ Anayasa md. 76/2 uyarınca, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçundan hüküm giymiş olan kişiler affa uğramış olsalar dahi milletvekili olamazlar. Yine 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu md. 11’e göre de, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçundan mahkum olanlar siyasi partilere üye olamazlar. Bu suçtan mahkum olan kişiler kamu görevlisi olamayacakları gibi, örneğin 4458 sayılı Gümrük Kanunu md. 227 uyarınca, gümrük müşavir yardımcılığı gibi kamusal nitelikteki görevleri de üstlenemezler ve bazı hallerde bazı işlerin kurucusu ve yöneticisi olma haklarını da kaybederler. İhaleye fesat karıştırma suçundan mahkum olan kişiler, bankaların kurucu

⁴⁶² Gök, İhaleye Fesat, s.83.

⁴⁶³ Bal, İhaleye Fesat, s.132.

⁴⁶⁴ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.283-286.

⁴⁶⁵ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.283-286.

⁴⁶⁶ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.283-286.

ortağı olamazlar ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu md. 8 uyarınca emeklilik şirketi kurucusu olamazlar.⁴⁶⁷

B. Müsadere

Ya eşyalar ya da kazançlar müsadere edilebilir. Eşyaların müsadere usulü ve şartları TCK md. 54’de, kazançların müsadere usulü ve şartları ise md. 55’de düzenlenmiştir. Madde 54’te bir eşyanın ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesine alet edilmesi, özgülenmesi veya bu suçun işlenmesi sonucunda ortaya çıkması durumunda iyi niyetli herhangi bir kimsenin de maliki olmaması halinde müsadere edileceği ifade edilmiştir. Örneğin, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gereken tüm nitelikleri taşıyan bir mağdurun, ihaleye katılmasını önlemek için mağduru silahla tehdit ederek bir yere kilitleyen failin, suçu işlerken kullandığı silah müsadere edilir.⁴⁶⁸

İhaleye fesat karıştırma suçunu işlemek için alet edilmesi amacıyla edinilen bir eşyanın müsaderesi ise bu eşyanın toplumun sağlığı, emniyeti veya bu toplumda uyulmak zorunda olan etik kuralların varlığı hakkında tehdit teşkil etmesi halinde mümkündür (md. 54/1). Madde 54’ün ikinci fıkrasında ise bu maddenin birinci fıkrası kapsamına giren bir eşyanın müsadere edilmesi, bu eşyanın yok edilmesi, mülkiyetinin başkasına geçirilmesi, bitirilmesi veya sair sebeplerden dolayı mümkün değilse, bu eşya satıldığı takdirde değeri kadar para tutarının müsaderesine hükmedileceği ifade edilmiştir. Madde 54’ün üçüncü fıkrası kapsamında ise, oranlılık ilkesi gereği, müsadereyle ihaleye fesat karıştırma suçuyla meydana gelen zarardan daha fazla zarar görüleceği durumlarda müsadereye hükmedilmeyebilecektir.⁴⁶⁹

Kazanç müsaderesinin konusuysa, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi neticesinde iktisap edilen tüm parasal menfaatlerdir (md. 55). Bu menfaatlere örnek olarak, isteklilerden birinin ihale sürecinde katılımcı olarak yer almasına cebir

⁴⁶⁷ Arslan, İhaleye Fesat, s.258-263.

⁴⁶⁸ Arslan, İhaleye Fesat, s.258-263.

⁴⁶⁹ Arslan, İhaleye Fesat, s.258-263.

kullanarak engel olan kişiye bu engellemeyi gerçekleştirmesi karşılığında verilen para verilebilir.⁴⁷⁰

C. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri

Tüzel kişiler, bu suç neticesinde hak etmedikleri bir menfaati elde etmişlerse, haklarında kendi bünyelerine uygun düşen bir güvenlik tedbirine hükmedilecektir (TCK md. 242). Tüzel kişiler hakkında hükmolunabilecek güvenlik tedbirleri, md. 60'da düzenlenmiş olup, bu tedbirler faaliyet izinlerinin iptali ve müsadereidir.⁴⁷¹

Tüzel kişi yararına işlenen suç sonucunda müsadereyi gerektiren bir durum meydana gelmişse, suça ilişkin eşya ve maddi çıkarların müsaderesine karar verilecektir. Bu tedbirlere hükmedilmesi işlenen suçun sonuçlarına kıyasla daha ağır sonuçların gerçekleşmesine yol açacaksa, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir (md. 60/3).⁴⁷²

Diğer yandan, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkûmiyet halinde de, iznin iptaline karar verilebilecektir.⁴⁷³

D. Diğer Güvenlik Tedbirleri

Bir kişi devamlı surette ihaleye fesat karıştırma suçunu birden fazla kez tekrar işlemişse mükerrer suç faili olacaktır ve hakkında mükerrer suç faillerine özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. TCK md. 58'de bir kimsenin işlediği bir suçtan dolayı beş yılın üzerinde hapis cezası alması ve bu cezayı çekmeye başladığı tarihten itibaren

⁴⁷⁰ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.289.

⁴⁷¹ Bal, İhaleye Fesat, s.133.

⁴⁷² Arslan, İhaleye Fesat, s.264.

⁴⁷³ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.153.

başlamak üzere beş yıllık süre zarfında tekrar suç işlemesi halinde veya işlediği bir suçtan dolayı beş yıl ya da altında hapis cezası alması ve bu cezayı çekmeye başladığı tarihten itibaren başlamak üzere üç yıllık süre zarfında tekrardan suç işlemesi halinde, bu kimse hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Buna göre, bir kimsenin ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemesi sebebiyle hakkında hükmolunan hapis cezasının beş yıldan fazla olması durumunda, bu kimsenin hakkında hükmolunan hapis cezasını çekmeye başladığı tarihten itibaren başlamak üzere beş yıllık süre zarfında tekrar ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemesi halinde veya bir kimsenin ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemesi sebebiyle hakkında hükmolunan hapis cezasının beş yıl ya da daha az süreli olması durumunda, bu kimsenin hakkında hükmolunan hapis cezasını çekmeye başladığı tarihten itibaren başlamak üzere üç yıllık süre zarfında tekrar ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemesi halinde bu kimse hakkında tekerrür hükümleri uygulanacaktır. Hakkında tekerrür hükümleri uygulanan kimse, bu suçtan kaynaklanan mahkumiyet infazında koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanabilmek için daha uzun bir süre boyunca bekleyecektir.⁴⁷⁴

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kişi, 5275 sayılı Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun md. 108/3'e göre, yukarıda belirtilen süreler içerisinde de tekerrürün tekerrürüne sebep olmuşsa, bu kişi hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamayacaktır.⁴⁷⁵

TCK md. 58/9 uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçu bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmişse, tekerrürden doğan sonuçlar bu kişiler hakkında da geçerli olacaktır.⁴⁷⁶

III. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen bir kimse hakkında soruşturma veya kovuşturmanın başlatılabilmesi için şikayetin, alınması gereken iznin veya başka

⁴⁷⁴ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.291.

⁴⁷⁵ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.291.

⁴⁷⁶ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.291.

herhangi bir şartın varlığı gerek md. 235'te gerekse de başka bir yasal düzenlemede aranmamıştır. Dolayısıyla bu suçla ilgili soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için şikayet bulunması veya bir makamdan izin alınması gerekmez. TCK md. 12 ve 13'teki suçlar hakkında Adalet Bakanı yargılama yapılmasını istemeden yargılama süreci başlatılamaz ve ihaleye fesat karıştırma suçu bu suçlardan biri değildir. İhaleye fesat karıştırma suçu, kamu görevlisi veya memur sıfatını haiz olan bir kimse tarafından işlenmişse, her ne kadar bu kişilerin yargılanmasına ilişkin hükümler içeren 4483 sayılı Kanun'da bu kişiler hakkında yargı sürecinin başlatılabilmesi için izin alınması gerektiği ifade edilmişse de, bu kimseler hakkında bu makamdan izin alınmadan yargı sürecinin başlatılabileceği ve bu yargılama süreci hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı, 3628 sayılı Kanun md. 17'de belirtilmiştir.⁴⁷⁷ Ancak bu hüküm valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz (md. 17/2). Yine 3628 sayılı Kanun md. 19 uyarınca, Cumhuriyet Savcısı aynı Kanun md. 17'de belirtilen suçların işlendiğini öğrendiğinde, sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlayacak ve durumu atamaya yetkili amire veya aynı Kanun md. 8'de sayılan mercilere bildirecektir.

IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

İhaleye fesat karıştırma suçu, 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre, bu madde kapsamında belirtilen suçlardan biri olmadığı için ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektirmediği için,⁴⁷⁸ 5235 sayılı Kanun'un 11. maddesi gereği asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir.⁴⁷⁹

6459 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile TCK'ya eklenen geçici madde uyarınca, 6459 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 30.04.2013 tarihinden önce açılan davalarda, ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili ağır ceza mahkemelerinde görülmekte olan

⁴⁷⁷ Arslan, İhaleye Fesat, s.266-270.

⁴⁷⁸ Arslan, İhaleye Fesat, s.271.

⁴⁷⁹ Meran, İhaleye Fesat, s.274.

davalar görülmeye devam edilecek, 30.04.2013'te ve daha sonraki bir tarihte açılacak olan davalarda ise görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleri olacaktır.⁴⁸⁰

Bununla beraber, görevli mahkemenin failin özelliklerine veya sıfatına göre değiştiği durumlar da söz konusu olabilir. Mesela fail çocuksa, 5395 sayılı Kanun'un 25 ve 26. maddeleri uyarınca çocuk ağır ceza mahkemesi, valiyse 2797 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, kaymakamsa 4483 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca il ağır ceza mahkemesi görevli mahkeme olacaktır.⁴⁸¹

Yetkili mahkemeye gelince, CMK md. 12/1 uyarınca suçun işlendiği yerin mahkemesi davaya bakma yetkisine sahiptir. İhaleye fesat karıştırma suçu bu suçu teşkil eden hareketin yapıldığı an olduğu için suçun işlendiği yer, suçu oluşturan fiilin gerçekleştirildiği yerdir ve dava da bu yer mahkemesinde görülür. Suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde yetkili mahkeme, CMK md. 12/2 uyarınca son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesidir.⁴⁸²

V. DAVAYA KATILMA

CMK md. 237/1'e göre; suçun işlenmesi sebebiyle doğrudan veya dolaylı olarak zarara uğrayan kişilerin yani mağdurların, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişilerin ve malen sorumlu olan kişilerin, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasından itibaren hüküm verilinceye kadar sanıktan şikâyetçi olduklarını, suçun işlenmesi sebebiyle zarara uğradıklarını ve bu davada katılımcı olarak yer almak istediklerini bildirerek kamu davasına katılabilmeleri mümkündür.⁴⁸³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 05.05.2010 tarihli ve E. 2010/1712, K. 2010/3377 sayılı kararında, herhangi bir suçun işlenmesi neticesinde bir kamu davasının açılması durumunda, hazinenin bu suç sebebiyle kamu davasında katılan sıfatıyla yer almasına imkan tanıyacak ölçüde zarara uğraması durumunda, CMK md. 260/1'de de ifade edildiği üzere, hazineye bu

⁴⁸⁰ Arslan, İhaleye Fesat, s.271-273.

⁴⁸¹ Arslan, İhaleye Fesat, s.271-273.

⁴⁸² Arslan, İhaleye Fesat, s.271-273.

⁴⁸³ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.161-164.

kamu davasının açıldığının tebliğ edilmesi gerektiği ifade edilmiş olup, bu karar uyarınca bu tebliğin yapılmaması durumunda hazine kanun yollarına başvurabilecektir.⁴⁸⁴

Kamu zararı varsa hazine davaya katılabilir. Ayrıca suçtan doğrudan zarar gören kişiler, örneğin haksız şekilde ihale dışı bırakılan kişi davaya katılabilir.⁴⁸⁵

VI. ZAMANAŞIMI

İhaleye fesat karıştırma suçunda olağan dava zamanaşımı süresi on beş yıldır (md. 66/d). Bu suçun işlenmesi sebebiyle kamu zararı meydana gelmişse veya bu suç cebir uygulanmak veya tehdide başvurmak suretiyle işlenmişse, dava zamanaşımı süresi yine on beş yıl olmakla beraber, bu suç sonucunda kamunun zarara uğramaması durumunda fail hakkında hükmedilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar olduğundan, bu gibi hallerde dava zamanaşımı süresi md. 66/e uyarınca sekiz yıldır.⁴⁸⁶

Madde 68/1-d-e uyarınca, ihaleye fesat karıştırma suçunda ceza zamanaşımı süresi, bu suçun işlenmesiyle kamu zararı meydana gelmişse veya bu suç cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmişse yirmi yıl, diğer hallerde ise on yıldır. Ceza zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi mahkemenin kesin ve son kararını verdiği veya cezanın uygulanmasının kesintiye uğradığı tarihtir ve ceza mahkumiyeti süresindeki kalan gün sayısı esas alınarak bu süre hesaplanır (md. 68/5).⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Bal, İhaleye Fesat, s.59.

⁴⁸⁵ Bal, İhaleye Fesat, s.59.

⁴⁸⁶ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.161-164.

⁴⁸⁷ Güler Demirel, İhaleye Fesat, s.161-164.

VII. YABANCI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

Karşılaştırmalı hukukta ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin yapılan düzenlemelere göz atmak gerekirse, bu suçun Almanya gibi bazı ülkelerin ceza kanunlarında ayrı bir suç olarak; Fransa, İsveç, Finlandiya gibi bazı ülkelerin ceza kanunlarında ise başka suçların kapsamı içerisinde düzenlendiği görülmektedir. Belirtilen başka suç tiplerinin en yaygın görülen örneği dolandırıcılık suçudur. İsveç Ceza Kanunu'na göre bir ihale kamu adına mal veya hizmet alımında bulunmak amacıyla yapılıyorsa ve bazı kimseler bu ihaledeki rekabet ortamının oluşmasını engellerse veya rekabet ortamını olumsuz yönde etkileyen anlaşmalar yaparsa, bu kimseler somut olayın özelliklerine göre sadakatsizlik veya dolandırıcılık suçunu işlemiş olurlar ve bu kimseler hakkında en fazla iki yıl, bu kimselerin fiilleri bu suçta daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri oluşturuyorsa en fazla altı yıl hapis cezasına hükmolunabilmektedir.⁴⁸⁸

İhaleye fesat karıştırma suçuna vücut veren fiiller, Finlandiya gibi bazı ülkelerin ceza kanunlarında ise dolandırıcılık suçuyla beraber zimmet, rüşvet, ticaret hayatına ilişkin gizli tutulması gereken bilgilerin yayılması veya kötü amaçlarla kullanılması gibi suçların kapsamı içerisinde yer almaktadır.⁴⁸⁹

Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya ve İspanya'nın ceza kanunlarında ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin yapılan düzenlemeler aşağıda incelenecek olup; bu incelemelerden önce bu suçun suç olarak düzenleyen bazı ülkelerin kanunlarındaki bu suçun failinin kim olabileceğine, bu suçun işlenmiş sayılması için zarar meydana gelmiş olmasının veya failin belli bir amacının bulunmasının gerekip gerekmemesine ve bu suçun yaptırımına ilişkin bazı ülkelerin durumunu kısaca anlatmakta fayda görülmektedir. Faille başlamak gerekirse, ihaleye fesat karıştırma suçu incelenecek olan hiçbir ülkenin ceza kanununda özgü suç olarak düzenlenmemiştir. Fakat Estonya Ceza Kanunu'nda bu suçun yalnızca kamu görevlisi niteliğini haiz olan kişiler tarafından

⁴⁸⁸ Arslan, İhaleye Fesat, s. 102.

⁴⁸⁹ Arslan, İhaleye Fesat, s.102.

işlenebileceği ifade edilmiştir. Suç bakımından yapılan tehlike- zarar suçu ayrımında ise incelenecek olan ülkelerin ceza kanunlarında ihaleye fesat karıştırma suçunun tehlike suçu olarak kabul edildiği görülmektedir. Fakat Estonya Ceza Kanunu'nda bu suçun zarar suçu niteliğini haiz olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹⁰

Suçun işlenebilmesi için failin belli bir amacının bulunmasının gerekip gerekmemesi bakımından inceleme yapmak gerekirse, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebilmesi için incelenecek olan hiçbir ülkenin ceza kanunlarında failin belli bir amacının bulunması şartı aranmamaktadır. Fakat Polonya Ceza Kanunu'na göre bu suçun oluşabilmesi için, failin maddi çıkar elde etmeyi amaçlaması gerekmektedir. Yaptırım bakımından inceleme yapmak gerekirse, bu suçun işlenmesi durumunda uygulanan yaptırımlar sadece hapis cezası, hapis cezasıyla birlikte adli para cezası ya da seçimlik olarak hapis veya adli para cezası olarak üç türdür. Sadece hapis cezası verilen ülkelere örnek olarak Polonya, hapis cezasıyla birlikte adli para cezasına hükmolunan ülkelere örnek olarak Belçika, seçimlik olarak hapis veya adli para cezası verilen ülkelere örnek olarak ise Estonya ve Japonya verilebilir.⁴⁹¹

İhaleye fesat karıştırma suçu karşılığında hükmolunan hapis cezalarının süreleri bakımından, TCK ile anılan ülkelerin ceza kanunları arasında karşılaştırma yapmak gerekirse, en ağır hapis cezasını öngören kanunun TCK md. 235 olduğu görülmektedir. Bu suçun işlenmesi sonucu etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabildiği ülkelere örnek olarak Polonya, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabildiği ülkelere örnek olarak ise Almanya ve Avusturya verilebilir.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Arslan, İhaleye Fesat, s.102.

⁴⁹¹ Arslan, İhaleye Fesat, s.102.

⁴⁹² Arslan, İhaleye Fesat, s.102.

A. Almanya

İhaleye fesat karıştırma suçu, Alman Ceza Kanunu’nun özel hükümlere ilişkin ikinci kısmının “*Rekabete Karşı Suçlar*” başlıklı yirmi altıncı bölümünün “*İhalelerde Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar*” başlıklı 298. maddesinde yer almaktadır.⁴⁹³

Alman Ceza Kanunu md. 298/1’e göre; devlet adına yapılan bir mal veya hizmet alımı ihalesi söz konusuysa, bu ihale sürecini başlatan ve yürütmekle yükümlü olan bir görevliye konusu itibariyle bu ihaledeki rekabet ortamını olumsuz yönde etkileyen ve hukuka aykırı olan bir anlaşmayı yapmayı teklif eden kimse hakkında en fazla beş yıl hapis cezasına hükmolunur veya bu kimseye para cezası verilir. Madde 298’in ikinci fıkrasında ise edimin ifası aşamasında ihaleyle yapılması üstlenilen edimin yerine getirilmeyip, bu edimi yerine getirme yükümlülüğünün başka bir kişiye devredilmesinin md. 298/1 kapsamındaki ihalelerden biri olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Madde 298’in üçüncü fıkrası ise gönüllü vazgeçmeye ilişkin bir düzenlemedir. Madde 298’in üçüncü fıkrasında ihale sürecini başlatan ve yürütmekle yükümlü olan görevliye md. 298/1 kapsamındaki teklifte bulunan sonra tamamen kendi isteği ile bu görevlinin teklifi kabul etmesine engel olan kişinin md. 298 kapsamındaki suçtan cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir.⁴⁹⁴

İhaleye fesat karıştırma suçunun Alman Ceza Kanunu’nda ayrı bir suç olarak düzenlenmesi, bu Kanuna 298. madde hükmünün getirilmesiyle gerçekleştirilmiştir. Madde 298 hükmü getirilmeden önce md. 298’deki suçu oluşturan fiiller dolandırıcılık suçu kapsamında düzenlenmekte olduğu için, bu fiilleri gerçekleştiren faillere ceza verildiğine çok nadir rastlanmaktaydı. Bu fiiller dolayısıyla ceza verme imkanının çok kısıtlı olması nedeniyle Alman yasa koyucusu md. 298’deki rekabete ve hukuka aykırı olan fiilleri dolandırıcılık suçu kapsamındaki fiillerden ayırıştırarak md. 298’i müstakil bir suç haline getirmiştir.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.160.

⁴⁹⁴ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.160.

⁴⁹⁵ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.160.

Madde 298'deki suç, ancak ihale sürecinde teklif veren failin bu teklifi sunarken rekabete ve hukuka aykırı anlaşmalar yapmasıyla veya edimin ifası aşamasında ihaleyle yapmayı üstlendiği edimi yerine getirmeyip, bu edimi yerine getirme yükümlülüğünü başka bir kişiye devretmesiyle oluşabileceği için, seçimlik hareketli bir suçtur.⁴⁹⁶

Failin md. 298'deki suç sayılan davranışları hileli bir şekilde, cebir kullanarak veya tehditte bulunarak gerçekleştirmesi halinde, md. 298'deki suçu işlemiş olmayacağından, md. 298 uyarınca değil, Alman Ceza Kanunu'nda cebrin, hileli davranışın ve tehdidin suç olarak kabul edildiği suçlar uyarınca cezalandırılması söz konusu olmaktadır.⁴⁹⁷

Madde 298 kapsamındaki suç, anlaşma yapmak yoluyla işlenebilmektedir. Bu anlaşmayı yapmanın iki yolu bulunmaktadır. Madde 298'deki suç ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen veya yer alan tek bir kişinin ya da birden fazla kişinin, md. 298 kapsamında suç oluşturan bir anlaşma düzenleyerek, ihale düzenleyicisi olan kişiye bu anlaşmayı yapma teklifinde bulunması veya bulunmaları suretiyle işlenebilir. Madde 298'deki suçun oluşabilmesi için, bu anlaşmada yer alan kişilerin kendi aralarında bir sözleşme yapmaları gerekmez. Anlaşmanın varlığının kabul edilebilmesi için, bir konu hakkında anlaşmaya varıldığını ifade eden her türlü hareket yeterlidir.⁴⁹⁸

B. Avusturya

İhaleye fesat karıştırma suçu, Avusturya Ceza Kanunu'nda, özel hükümlere ilişkin kısmın “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı altıncı bölümünün “*İhalede Rekabeti Sınırlandıran Anlaşmalar*” başlıklı 168/b maddesinde yer almaktadır.⁴⁹⁹ Madde 168/b'nin birinci fıkrasında, ihale sürecinde, süreci başlatan ve yürütmekle yükümlü olan bir görevlinin önceden seçilmiş bir teklifi kabul etmesi amacıyla yapılan bir anlaşmada yer alan ve bu anlaşmayla ulaşılmak istenen amaca ulaşmak için içeriği

⁴⁹⁶ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.160.

⁴⁹⁷ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.81.

⁴⁹⁸ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.161-163.

⁴⁹⁹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.161-163.

fark etmeksizin herhangi bir başvuruda, teklifte veya müzakerede bulunan kimse hakkında en fazla üç yıl hapis cezasına hükmolunacağı ifade edilmektedir. Madde 168/b'nin ikinci fıkrası ise gönüllü vazgeçme hükmü niteliğinde olup, ihale sürecini başlatan ve yürütmekle yükümlü olan görevliye md. 168/b-1 kapsamındaki teklifi yapan ve sonra tamamen kendi isteği ile bu görevlinin teklifi kabul etmesine engel olan kişinin veya bu görevlinin md. 168/b-1 kapsamındaki anlaşma karşılığında yerine getirmekle yükümlü olduğu yükümlülüğü yerine getirmesine engel olan kişinin md. 168/b-1 kapsamındaki suçtan cezalandırılmayacağını ifade etmektedir.⁵⁰⁰

C. Fransa

İhaleye fesat karıştırma suçu, Fransız Ceza Kanunu'nun "*Mülkiyete Karşı Cürüm ve Kabahatler*" başlıklı üçüncü kitabının, "*Dolandırıcılık ve Benzer Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının "*Dolandırıcılık Benzeri Suçlar*" alt başlıklı ikinci bölümünün 313. maddesinin 6. fıkrasında yer almaktadır. Fransız Ceza Kanununda dolandırıcılık ve dolandırıcılık benzeri fiiller, md. 313/1 ve md. 313/9 arasında düzenlenmiştir. İhaleye fesat karıştırma fiilleri de, Fransız hukukunda dolandırıcılık benzeri fiillerden biri olarak kabul edilmiştir. Fransız Ceza Kanunu md. 313/6, 1994 tarihli ve 2000/642 sayılı kanunla 01 Ocak 2002 yılında yürürlüğe konmuştur. Fransız Ceza Kanunu md. 313/6'da, bir kimsenin herhangi bir hileli davranışta veya bağışlamada bulunarak, anlaşma yaparak, herhangi bir şeyi vaat ederek, kamu adına yürütülen bir ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen bir kişinin bu isteği doğrultusunda teklif vermesine engel olması, bu ihalede sadece belli kişilerin teklif vermesine veya almasına yönelik davranışlarda bulunarak, sadece belli kişilerin teklif vermesine veya almasına yol açması halinde, bu kimse ve bu kimsenin bulunduğu vaadi ve yaptığı bağışlamayı kabul eden kimse hakkında altı ay hapis cezasına ve yirmi iki bin beş yüz Avro para cezasına hükmolunacağı ifade edilmiştir.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.161-163.

⁵⁰¹ Arıttürk, İhaleye Fesat, s.161-163.

Madde 313/6'nın birinci fıkrasında, bir kimsenin cebir uygulayarak, tehditle veya fiili tecavüzde bulunarak kamu adına yürütülen bir ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen bir kişinin bu isteği doğrultusunda teklif verme ve alma özgürlüğünü kullanmasına engel olması, bu özgürlüğünü yok etmesi durumunda; madde 313/6'nın ikinci fıkrasında ise, bir kimsenin kamu adına yürütülen bir ihale sürecinin sonuçlandırılmasından sonra ihaleyi yapan kurumun onayını almadan ikinci bir ihale sürecini başlatması veya bu süreçte katılımcı olarak yer alması durumunda, bu kimse hakkında md. 313/6'daki yaptırımların uygulanacağı ifade edilmiştir.⁵⁰²

Fransız Ceza Kanunu md. 313/6'nın devamında, md. 313/6 kapsamındaki suçta teşebbüs eden kişiye, bu suçu işleyen kişiye verilen cezanın aynısının verileceği ifade edilmiştir. Madde 313/6'daki suçu işlemesi sebebiyle hakkında cezaya hükmolunan kişilere, TCK'da güvenlik tedbirleri olan kabul edilen ve md. 313/7'de yer alan bazı ek cezaların verileceği de, Fransız Ceza Kanunu md. 313/7 ve md. 313/8'de belirtilmiştir.⁵⁰³

Fransız Ceza Kanunu md. 313/7'ye göre, 313/1, 313/2, 313/6. maddelerdeki suçları işlemeleri sebebiyle haklarında cezaya hükmolunan gerçek kişilere bu maddelerdeki cezaya ilaveten verilecek cezalar şunlardır: Fransız Ceza Kanunu md. 131/26'da belirtilen surette uygulanmak üzere kişilik ve ailevi hakları ve vatandaş olmanın gerektirdiği hakları kullanmaktan yasaklanma, Fransız Ceza Kanunu md. 313/1, 313/2 ve 313/6'da yer alan suçlar kamu hizmetlerinin yürütülmesi, sosyal veya mesleki faaliyetlerde yer alınması sırasında işlenmişse, Fransız Ceza Kanunu md. 131/27'de belirtilen surette uygulanmak üzere en fazla beş yıl süreyle bu faaliyetlerde bulunamama.⁵⁰⁴

Madde 313/7'nin devamında belirtilen diğer cezalar ise şunlardır: Suç teşkil eden davranış eğer ticaretle uğraşan bir kuruma ait bir taşınmazda gerçekleştiriliyorsa, azami beş yıl olmak üzere bu taşınmazın kapısına belli süreler dahilinde kilit vurulması, bir şeyin suç işlenirken araç olarak kullanılması, kullanılma teşebbüsünde bulunulması veya bu şeyin suçun işlenmesi neticesinde elde edilmesi halinde bu şeyin zor kullanmak suretiyle alınması (eşya müsadere), Fransız Ceza Kanunu md. 131/31'de belirtilen

⁵⁰² Arıttürk, İhaleye Fesat, s.161-163.

⁵⁰³ Akbulut, İhaleye Fesat, s.3.

⁵⁰⁴ Arslan, İhaleye Fesat, s.107.

surette uygulanmak üzere sürgün cezasına çarptırılma, en fazla beş yıl boyunca çek keşide edememe, Fransız Ceza Kanunu md. 131/35'te belirtilen surette uygulanmak üzere kendisi hakkında suç sebebiyle hükmolunan yaptırımlarla beraber md. 131/27'de belirtilen yaptırımlara hükmolunduğuna ilişkin mahkeme kararını kamuya ilan etme.⁵⁰⁵

Fransız Ceza Kanunu md. 313/8 uyarınca, bir kimse md. 313/6'da yer alan ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemişse, bu kimse hakkında en fazla beş yıl süreyle kamu tarafından yapılan ihalelere katılma yasağı kararı da verilecektir. Ayrıca bu kimsenin Fransız Ceza Kanunu md. 131/34'te yer alan kurumların yer aldığı sözleşmelerde taraf olmaları da yasaktır. Madde 131/34'te yer alan kurumlar; kamu idareleri, kamu idarelerinin ortak olduğu veya kamu idarelerinin denetimi altındaki veya imtiyazlı olarak kabul ettiği müesseselerdir.⁵⁰⁶

D. İtalya

İhaleye fesat karıştırma suçu, İtalyan Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "*Kamu Yönetimine Karşı İşlenen Suçlar*" bölümünün "*Özel Kişilerin Kamu Yönetimine Karşı İşledikleri Suçlar*" başlıklı alt bölümünün "*Açık Artırmayla Satış Özgürlüğünün Etki Altına Alınması*" başlıklı 353. maddesinde hükme bağlanmıştır.⁵⁰⁷

Madde 353'te bir kimsenin herhangi bir hileli davranışta bulunarak, tehdit ederek, şiddet uygulayarak, anlaşma yaparak, herhangi bir şeyi vaat ederek veya hediye vererek, kamu adına yürütülen artırma veya eksiltme türündeki bir ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen bir kişinin bu isteği doğrultusunda teklif vermesine engel olması, bu ihale sürecinin gerçekleştirilmesini önlemesi veya bu süreçte gerçekleştirdiği davranışlarla bu süreci zarara uğratması halinde, bu kimse hakkında iki yıl hapis cezasına ve iki yüz bin ila iki milyon Liret arasında para cezasına hükmolunacağı; bu kimsenin ilgili mevzuat uyarınca veya yetkili makamlar tarafından suça konu ihalelerdeki süreci yürütmek hususunda yetkilendirilmiş bir kimse olması

⁵⁰⁵ Arslan, İhaleye Fesat, s.107.

⁵⁰⁶ Arslan, İhaleye Fesat, s.107.

⁵⁰⁷ Arslan, İhaleye Fesat, s.107.

halinde, bu kimse hakkında hükmolunacak hapis cezasının bir yıldan az beş yıldan çok olamayacağı, hükmolunacak para cezasının ise bir milyon ila dört milyon Liret arasında olabileceği ifade edilmiştir.⁵⁰⁸

Madde 353'ün devamında ise bir kamu görevlisinin veya ilgili mevzuat uyarınca yetkilendirilmiş bir kimsenin özel fiyat kırma eylemini gerçekleştirmesi halinde, bu kimse hakkında md. 353'teki yaptırımların yarısı oranında yaptırımlara hükmolunacağı ifade edilmiştir.⁵⁰⁹

Suçla hangi hukuki değerın öncelikli olarak korunduğuna değinmek gerekirse, İtalyan yasa koyucusu md. 353'teki fiilleri suç olarak kabul edip md. 353 hükmünü getirerek, toplumun idarenin ihale sürecini dürüstlük ilkesine uygun bir şekilde yürüttüğüne dair duyduğu güveni korumak istemiştir. Son birkaç yıldır İtalyan ceza hukukçuları tarafından bu suçla korunmakta olan hukuki değerin, serbest rekabet ortamının oluşumunu sağlamak olduğunu ifade eden bir görüş ileri sürülmekte ve bu görüş hızla yaygınlaşmaktadır.⁵¹⁰

İtalyan Ceza Kanunu md. 353 kapsamındaki artırma veya eksiltme ihaleleri, kamu idareleri hesabına yapılan özel ihaleler olabileceği gibi, kamu idareleri namına gerçekleştirilen artırmalar da olabilmektedir ve md. 353'te cezalandırılan fiiller, aynı zamanda rekabeti de olumsuz yönde etkilemekte veya men etmektedir.⁵¹¹

E. İspanya

İhaleye fesat karıştırma suçu, İspanyol Ceza Kanununda yer alan “*Kamu Açık Artırmaları ve İhalelerinin Fiyatlarının Değiştirilmesi*”ne ilişkin sekizinci bölümün “*Kamu Eksiltme ve Artırmalarında Hileli Davranışlar*” başlığı altındaki 262. maddesinde hükme bağlanmıştır.⁵¹²

⁵⁰⁸ Arslan, İhaleye Fesat, s.107.

⁵⁰⁹ Arslan, İhaleye Fesat, s.107.

⁵¹⁰ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.84.

⁵¹¹ Akbulut, İhaleye Fesat, s.3.

⁵¹² Arıttürk, İhaleye Fesat, s.166.

Madde 262'nin birinci fıkrasında bir kimsenin devlet namına yürütülen artırmada veya herhangi bir ihale sürecinde katılımcı olarak yer almak isteyen kimselerin bu isteklerini gerçekleştirmelerini önlemeye yönelik yapılan bir anlaşmada yer alması, bu artırmada katılımcı olarak yer almak için teklifte bulunan kimselerin bu artırmadan çekilmelerini sağlamak amacıyla bu kimseleri tehdit etmesi, bu kimselere çeşitli armağanlar vermesi, herhangi bir vaatte bulunması veya buna benzer davranışlarda bulunması, ihaledeki fiyatı etkilemeye yönelik yapılan bir anlaşmada yer alması ve bu anlaşma sonucunda fiyatın değişikliğe uğramasına yol açması, bu artırmadaki veya ihaledeki sürecin işleyişini hileli bir şekilde davranmak veya bu madde kapsamındaki fiilleri gerçekleştirmek suretiyle olumsuz yönde etkilemesi hallerinde, bu kimse hakkında en az üç yıl ve en fazla beş yıl olmak üzere ihalelere katılım yasağı yaptırımının yanında bir yıldan iki yıla kadar para cezası ve en az bir yıl en fazla üç yıl olmak üzere hapis cezası yaptırımlarına da hükmolunacağı ifade edilmiştir.⁵¹³

Madde 262'nin birinci fıkrasının devamında ise bir kimsenin madde kapsamındaki suç teşkil eden fiilleri herhangi bir şirketi veya kişiyi temsilen hareket ederken gerçekleştirmesi halinde, üç yıldan beş yıla kadar devlet namına yapılan ihalelere katılmaktan yasaklılık yaptırımının bu şirket veya kişi hakkında da uygulanacağı ifade edilmektedir.⁵¹⁴

Madde 262'nin ikinci fıkrasında ise, bir kimsenin md. 262/1'deki fiilleri herhangi bir şirketi, faaliyeti, derneği temsilen hareket ederken gerçekleştirmesi halinde, mahkemenin bu kimse hakkında İspanyol Ceza Kanunu md. 129'da öngörülen yaptırımlara hükmedebileceği ifade edilmiştir.⁵¹⁵

İspanyol Ceza Kanunu md. 129'da ise İspanyol Ceza Kanununda ifade edilen durumlarda ve bu Kanun'da yer alan 31. maddeye uygun bir şekilde hareket etmek, geçerli bir gerekçeye dayanmak ve davadaki tarafların veya tarafları veli, vasi, kayyum, yasal danışman sıfatıyla temsil eden kimselerin de ifadelerini almak kaydıyla mahkemenin kalıcı veya süreli olarak süreliyse en fazla beş yıla kadar olmak üzere şirketlerin veya bu şirketlere bağlı olan binaların veya bunların eklentilerin kullanımının kapatılmasına, bu şirketlerin, derneklerin veya müesseselerin iş veya işlemlerde

⁵¹³ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.166.

⁵¹⁴ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.166.

⁵¹⁵ Arıtürk, İhaleye Fesat, s.166.

bulunmalarının en fazla beş yıl boyunca yasaklanmasına veya bunların feshine hükmedebileceği ifade edilmiştir.⁵¹⁶

Madde 129'un devamında bir kimsenin bu kanunda yer alan bir suçu işlemesi için çaba gösteren, bu kanunda yer alan bir suçu işleyen veya bu suçun işlendiğini yetkili makamlara ihbar etmeyen kimsenin ise işgal ettiği mesleğe ilişkin faaliyetlerde veya ticari hamlelerde bulunmaktan kalıcı olarak veya en fazla beş yıla kadar süreyle men edilmesine, söz konusu şirketlerin borçlu olduğu kimselerin alacaklarını temin edebilmelerini sağlamak ve bu şirkette çalışan kişilerin hak kaybına uğramalarını ve haklarının ihlal edilmesini önlemek maksadıyla en fazla beş yıllık süre boyunca bu şirketlerin faaliyetlerine müdahale edilmesine hükmedebileceği ifade edilmektedir.⁵¹⁷

Madde 129'un ikinci fıkrasında ise, süreli olarak şirketlerin veya bu şirketlere bağlı olan binaların veya bunların eklentilerin kullanımının kapatılması kararının ve bu şirketlerin, derneklerin veya müesseselerin iş veya işlemlerde bulunmalarının yasaklanmasına ilişkin kararın, ancak bu davalarda yetkili olan hakim tarafından verilebileceği ifade edilmektedir. Madde 129'un üçüncü fıkrasında da, bu maddede ifade edilen yaptırımların, yeni suçların işlenmesine veya hali hazırda işlenmiş olan suçların neticesinde herhangi bir zararın meydana gelmesine engel olmak maksadıyla uygulanacağı ifade edilmektedir.⁵¹⁸

Bazı İspanyol ceza hukukçuları ihaleye fesat karıştırma niteliğindeki fiillerin dolandırıcılık suçu kapsamında kabul edilmesi gerektiğini savunmaktayken, bazı İspanyol ceza hukukçuları ise bu görüşün tam aksini savunmaktaydı ve bu konuda doktrinde görüş birliği bulunmaması önemli sorunlara yol açmaktaydı. Bu sorunlardan biri de suç neticesinde malvarlığında zarar meydana gelip gelmediğinin nasıl tespit edileceğine ilişkin bir yöntemin bulunmamasıydı. Bu ikiliğin ortaya çıkardığı sorunları bertaraf etmek adına İspanyol yasa koyucusu, ihaleye fesat karıştırma suçunu İspanyol Ceza Kanunu md. 262'de müstakil olarak düzenlemiş ve md. 262'de bu suçun işlenebilmesi için malvarlığı bakımından herhangi bir zarar meydana gelmesi şartı öngörülmemiştir.⁵¹⁹ İspanyol yasa koyucusu md. 262'deki suçu düzenleyerek, devlet

⁵¹⁶ Arıtk, İhaleye Fesat, s.166.

⁵¹⁷ Arıtk, İhaleye Fesat, s.166.

⁵¹⁸ Arıtk, İhaleye Fesat, s.166.

⁵¹⁹ Arıtk, İhaleye Fesat, s.166.

namına düzenlenen ihalelerdeki serbest rekabet ortamının bozulmasını önlemeyi amaçlamıştır.⁵²⁰



⁵²⁰ Eker Kazancı, İhaleye Fesat, s.85.

SONUÇ

İhaleye fesat karıştırma suçunun ilk olarak, Osmanlı devrinde çıkartılan 1858 tarihli Kanunnamenin 83 ve 238. maddelerinde düzenlendiği görülmektedir. Cumhuriyetin ilanından sonra, 765 sayılı TCK'da bu suça ilişkin yeknesaklıktan uzak bir şekilde birden fazla madde metninde düzenleme yapıldığı, bu maddelerin içeriklerinin 5237 sayılı TCK md. 235'te birleştirildiği ifade edilmelidir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği ihalelerin türleri, md. 235'te ifade edilmiş olup, bu ihale türleri yalnızca alıma, satıma, yapıma veya kiralamaya ilişkin ihalelerdir. Yasa koyucu md. 235 hükmünü getirerek, kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelere fesat karıştırılmasına engel olmayı amaçlamasına rağmen, DİK md. 1/1'deki ihalelerden olan taşıma işlerine ilişkin ihaleleri, md. 235'de kapsama giren ihaleler arasında saymamıştır. Bu da kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan ihalelere fesat karıştırılmasının yeterli düzeyde engellenememesi sonucuna yol açmaktadır. Bu mahsurun ortadan kaldırılması bakımından md. 235'de değişiklik yapılmalı ve taşıma işlerine ilişkin ihaleler de md. 235 kapsamına alınmalıdır.

İhaleye fesat karıştırma suçu, ekonomik suç kategorisine giren bir suç olmakla beraber, yasa koyucu bu suçu düzenleyerek, ekonomik sistemin rekabetin serbestliğine dayalı ve hukuka aykırı eylemlere yer vermeyecek şekilde işletilmesini sağlamayı, bu sistemi koruyan ve düzenleyen mekanizmaların bozulmasına yol açan davranışları cezalandırmayı ve idare tarafından yapılan ihalelerin halk nezdindeki güvenilir imajını korumayı amaçlamıştır.

765 sayılı TCK'daki düzenlemelerde fesat karıştırma kavramının hangi durum veya davranışları kapsadığı hususunda açık bir düzenleme yer almıyordu. 5237 sayılı TCK'da suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmayan bu duruma son verilerek, hangi fiillerin fesat karıştırma kapsamına girdiği md. 235/2'de tek tek sayma suretiyle belirtilmiştir. İhaleye fesat karıştırma suçu, yalnızca kanunda belirtilen fiillerin bir veya

birkaçının gerçekleştirilmesiyle oluşacağı ve belirtilen bu fiiller dışındaki fiillerle işlenemeyeceği için seçimlik ve bağlı hareketli bir suçtur.

Yasa koyucu md. 235'deki suçu tanımlarken, bu suçun meydana gelebilmesi için herhangi bir neticenin gerçekleşmiş olması şartını aramamış olduğu için, ihaleye fesat karıştırma suçu, sırf hareket suçu veya neticesi harekete bitişik bir suçtur.

5237 sayılı TCK 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, geçen on beş yıl zarfında uygulamada md. 235 kapsamına girebilecek nitelikte olmakla birlikte maddede sayılmayan fesat niteliğini haiz fiillerin de ortaya çıktığı söylenebilir. Yasa koyucu, uygulamada ortaya çıkan fesat karıştırma niteliğinde kabul edilebilecek yeni hareketleri de yapılacak kanun değişikliği ile madde kapsamına eklemelidir. Örneğin, artık internet ortamında da yapılabilmekte olan ihalelere fesat karıştırma niteliğindeki yeni fiiller gerçekleştirilebilir. Hacker gibi internet alanında uzmanlaşmış kişiler, ihale sürecinde katılımcı olarak yer alabilmek için gerekli tüm nitelikleri taşıyan kişilerin ihale sürecinde yer almalarına mani olabilirler. Bu yüzden yasa koyucu, yapılacak kanun değişikliği ile, ihaleye fesat karıştırma suçunun internet ortamında yapılan ihalelerde işlenmesi halinde de oluşacağını ya da md. 243, 244, 245 ve 245/a'daki fiillerin ihaleye fesat karıştırma maksadıyla icra edilmesinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağını ifade eden düzenlemeler getirebilir.

Uygulamada ihale ile yapılması gereken bir alım, satım, yapım veya kiralama işinin ihalesiz bir şekilde yapılması ya da önce işin yapıp sırf para ödemesinde bulunmak için sonra ihale açılarak, ihalenin işi yapan kişinin üzerinde bırakılması gibi fiiller ihale yetkilileri tarafından sıkça gerçekleştirilmekte olup, doktrinde bu fiillerin olayın vuku buluş şekline göre başka suçlara vücut verdiği ifade edilmektedir. Keza Yargıtay kararları da bu fiillerin ancak başka suçları oluşturabileceği, ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermeyeceği yönündedir. Fakat bu uygulamayla, ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunması amaçlanan hukuki değer korunamamakta ve ihalenin adil bir şekilde yapıldığı hususu şüpheli bir hale gelmektedir. Bu ve buna benzer sonuçların meydana gelmesini engellemek için yapılacak kanun değişikliği ile, md. 235/2-a'ya *“İlgili yasal düzenleme uyarınca ihaleye çıkılması elzem durumlarda ihale konusu işin ihalesiz bir şekilde seçilen kimseye yaptırılması ya da ihale konusu işin önce yapıp*

sonra ihalenin yapılması” halleri de yapılacak kanun değişikliği ile birlikte, hileli hareket olarak eklenmelidir.

TCK, KİK ve DİK’te ihale komisyonu veya ihale görevlileri hakkında istekliler tarafından verilen yeterlik belgelerinin sahte olup olmadığını araştırma yükümlülüğünün öngörülmemiş olması büyük bir eksiklikler. İhale yetkilisi, nasıl KİK md. 40’da ihale üzerine bırakılacak kişinin ihaleye katılmaktan yasaklı olup olmadığını araştırmakla yükümlüyse, istekliler tarafından verilen belgelerin sahte olup olmadığını araştırmakla da yükümlü olmalıdır ve bu yükümlülük yapılacak kanun değişikliği ile KİK ve DİK’te öngörülmelidir. Böylelikle mahkemeler gereksiz dosya yükünden kurtulacaklardır.

Hem TCK md. 235/2-b’de hem de KİK md. 61’de ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilerin başkalarına ulaştırılması yasaklanmış olmakla beraber, hangi bilgilerin gizli tutulacağının hem md. 235’te hem de DİK ve KİK’te ayrı bir madde başlığı altında açıkça öngörülmemiş olması ve hangi bilginin gizli tutulması gerektiğini belirleme işinin hakime bırakılmış olması, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu sorunun çözümü için yapılacak kanun değişikliği ile md. 235’te veya KİK veya DİK’in ilgili maddesinde ihalenin türüne göre hangi bilgilerin gizli tutulması gerektiği açıkça belirtilmelidir.

TCK md. 235/2-b’deki suça ilişkin bir başka sorun, gizli tutulması gereken bilgilerin tekliflerle alakalı olmaması durumunda md. 235/2-b’de yer alan suçun oluşmamasıdır. İhale sürecinde gizli kalması gereken her bilgi tekliflerle ilgili olmayabilir. Örneğin, kamu idaresinin bu ihalenin yapılmasıyla elde ettiği veya edeceği kâr miktarının başkalarına ulaştırılması durumunda, her ne kadar bu bilgi tekliflerle alakalı olmadığı için md. 235/2-b kapsamında suç oluşmamış olsa da, ihaleye fesat karıştırılmış, kamu idaresi de ekonomik zarara uğramış olur. Dolayısıyla, yapılacak kanun değişikliği ile md. 235/2-b’deki hüküm “İhale yapılırken gerçekleştirilen tüm işlemlere ilişkin” olacak şekilde değiştirilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Abacıoğlu, M. ve Abacıoğlu, A. (2016). *İhalelere Yönelik Şikayetler İhaleye veya Edimin İfasına Fesat Karıştırma*.(3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2013). *Türk İdare Hukuku*.(4.Baskı).Ankara: Seçkin Yayınevi.

Altıparmak, C.(2014). *Türk Ceza Kanununda İhaleye İlişkin Suçlar*.(3.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Arslan, Ç.(2017). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*.(4.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi.

Artuk, M. E.,Gökçen, A.,Alşahin, M. E. ve Çakır, K.(2018). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Artuk, M. E., Gökçen, A. ve Yenidünya, A. C.(2011). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*.(11.Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.

Başaran, Ş., Şahiner, M. E., Altinkülçe, R. ve Barçın, B.(2010). *Kamu İhale Kanunu Örnek Uygulamaları*. Ankara: Ekin Yayınevi.

Can, O.(2018). *Kamu İhale Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Canbazoğlu, K.(2017). *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö.(2014). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*.(8.Baskı).İstanbul: Beta Yayıncılık.

- Çalışkan, S.(2013). *Kamu İhale Kurulu, Danıştay ve Yargıtay Kararları Işığında İhale Kavramları ve İhale Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Danışman, M.(2014). *İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*.(2.Baskı).Ankara: Bilge Yayınevi.
- Dilberoğlu, A.V.(2018). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Ankara: U-S-A Yayıncılık.
- Doğanyığıt, S.(2003). *Açıklamalı, Uygulamalı, Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Eker Kazancı, B.(2011). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Gözler, K.(2010). *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. ve Kaplan, G.(2013). *İdare Hukuku Dersleri*.(14.Baskı). Bursa: Ekin Yayınevi.
- Günay, E.(2014). *Belediyelerde İşlenen Adli Suçlar*.(2.Baskı).Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Günday, M.(2004). *İdare Hukuku*.(9.Baskı). Ankara: İmaj Yayınevi.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M.(2017). *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*.(3.Baskı).Ankara: USA Yayınevi.
- Hakkakul, S. A., Üçışık, F. ve Arslan, Ç.(2014). *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*.(C.1.). Ankara: Bilge Yayınevi.
- Hakkakul, S.A., Üçışık, F. ve Arslan, Ç.(2016). *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*.(C.2.). İstanbul: Aristo Yayınevi.
- Kılıç, Z.(2018). *A'dan Z'ye Açıklamalı, Gerekçeli, KİK Kararları Örnekli Kamu İhale Kılavuzu*. (2.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ.(2016). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (3.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ.(2018). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (5.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

- Koca, M.R.(2014). *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Meran, N.(2014). *Hürriyetten Yoksun Bırakma Tehdit Şantaj Konut Dokunulmazlığını Bozma*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Meran, N.(2014). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. (2.Baskı).Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özbek, V.Ö., Kanbur, M.N., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ.(2015). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (9.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özen, M.(2017). *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özgenç, İ.(2002). *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özgenç, İ.(2013). *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özön, M.N.(1997). *Osmanlıca Türkçe Sözlük*. (8.Baskı). İstanbul: İnkılâp Kitabevi.
- Parlar, A.(2015). *Türk Ceza Kanununda Tefecilik ve İhaleye İlişkin Suçlar*.(2.Baskı). Ankara: Bilge Yayınevi.
- Parlar, A. ve Utku, E.(2018). *TCK'da Tehdit, Konut Dokunulmazlığının İhlali ve Mala Zarar Verme Suçları*. İstanbul: Aristo Yayınevi.
- Sancakdar, O.(2014). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. (4.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Seyhan, S.(2019). *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Sezer, Y.(2012). *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Sezer, Y., Şahin, M.E. ve Kalkan, R.E.(2017). *Kamu İhale Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Sezginer, M.(2013). *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Soyaslan, D.(2012). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (9.Baskı).Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Soyaslan, D., Kemer, M. ve Gülseven, M. (2014).*İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Şen, E. ve Aksüt, E.(2014). *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*. (4.Baskı). Ankara: Seçkin Kitabevi.
- Toroslul, N. (2018). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. (9.Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.
- Tuğrul, A. C.(2013). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları*. (2.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Türk Dil Kurumu.(1998). *Türkçe Sözlük*. (C.1). Ankara: TDK Yayınevi.
- Uslu, Y. ve Demirel, S.(2014). *Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri*. (2.Baskı). Ankara: Cem Ofset.
- Uz, A.(2010). *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Uz, A.(2005). *Kamu İhale Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ünver, Y.(2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Ünver, Y.(2013). *Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele*. İstanbul: Seçkin Yayınevi.
- Yüksektepe, M.A.(2018). *Kamu İhale Kurulu ve Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri ve Yargıtay İlamları İle İhale Hukuku*. İstanbul: Aristo Yayınevi.

Sürekli Yayınlar

Akbulut, B.(2009). Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu. *Ceza Hukuku Dergisi*. 4(10), 49-51.

Akbulut, B.(2009). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu TCK md. 235. *Ceza Hukuku Dergisi*. 4(9), 4-6.

Altıparmak, C.(2008). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*. 13(7), 26-28.

Can, S.(2015). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Legal Hukuk Dergisi*. 13(155), 72-74.

Çelik, K.(2006). Yeni Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*. 11(5), 16-18.

Demir, N. H.(2013). Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu. *Fasikül Hukuk Dergisi*. 5(41), 34-36.

Demirel, S. (2014). İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurunun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9(100), 2-4.

Dülger, M.V.(2008). Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi. *İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayını*. 1(1), 2-4.

Evik, A. H.(2017). İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirakine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri. *Ceza Hukuku Dergisi*. 12(33),1-3.

İçel, K.(2012). Eski ve Yeni Ceza Yasalarımız Çerçevesinde Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları Bağlamında Zamanaşımı ve Lehe Yasanın Belirlenmesi Sorunları. *İstanbul Ticaret Üniv. Sosyal Bilimler Dergisi*. (22), 109-111.

İnan, A. (2009).İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Tarihi Süreç İçindeki Gelişimi. *Beklenen Mahalli İdareler Dergisi*. (178), 21-23.

Kaplan, M. (2013). Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 71(1), 712-714.

- Kaplan, M. ve Kantarcı, N. (2014). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Nevşehir Barosu Dergisi*. (2), 138-165.
- Koçberber, G. (2010). Türkiye’deki Kamu Alımı Uygulamalarında Şeffaflık ve Rekabet Edilebilirliğin Değerlendirilmesi. *Dış Denetim Dergisi*. (2), 131-137.
- Ömercioğlu, A. (2014). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu ve Cezası. *Mali Kılavuz Dergisi*. (66), 58-60.
- Poyraz, E. (2013). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu TCK md. 235. *Terazi Hukuk Dergisi*. 8(83), 1-3.
- Sarıtaş, H. (2009). İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. *Sayıştay Dergisi*. (73), 51-53.
- Satioğlu, İ. ve Şahin, B. (2011). İhaleye Hakim Olan İlkelerin ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Yasak Fiil ve Davranışların İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Açısından Değerlendirilmesi. *Mali Kılavuz Dergisi*. (53), 74-76.
- Soyaslan, D. (2012). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 9(2), 175-177.
- Türkdoğru, S.(2014). İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda 6459 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9(92), 3-5.
- Uçar, M. (2007). Yeni TCK’da İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Mali Kılavuz Dergisi*. (36), 104-106.
- Uysal, C.(2018). İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 13(147), 7-9.
- Zeyneloğlu, Ş.G. (2005). İhalenin Feshi. *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*.

Tezler

- Arıtürk, R.(2011). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Bal, M.(2016). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara.
- Balcı, M.(2004). *Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu (TCK. m. 205)*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Başlı, S.(2016). *5237 sayılı TCK'da hürriyete karşı işlenen suçlardan tehdit ve cebir suçu*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, Kırıkkale.
- Bilen, M.(2012). *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya.
- Demirel, S.(2014). *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde İhalesi Yapılan Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinde İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, Ankara.
- Dursun, H.(2016). *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Gök, E.(2018). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, İller Bankası Anonim Şirketi.
- Güler Demirel, G.(2017). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.
- Kılıç, A.(2017). *Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara.
- Kuru Taş, Ü.(2006). *Dolandırıcılık Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, Diyarbakır.

Özcan, N.S.(2015). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir.

Özdemir, D.(2015). *Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.

Türkan Er, N.(2016). *Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

Tüysüz, F.(2017). *Dolandırıcılık Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, Ankara.

Yırtımcı, E.(2010). *Dolandırıcılık Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

İnternet kaynakları

Doğan, B. (10 Haziran 2019). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Nedir?. <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/ihaleye-fesat-karistirma-sucu-cezasi.html>.

Karaca, B. (10 Haziran 2019). Türk Ceza Yasası ve İhaleye Fesat Karıştırma. *Yenişafak Gazetesi*. <https://www.yenisafak.com/arsiv/2005/eylul/20/bkaraca.html>

Kennedy, M., Davis, S., Tezcan, D. ve Balcı, M. (09 Ağustos 2020). Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi. <https://www.bahadiroktay.av.tr/images/haberler/86c52a4f87d97d5.pdf>

Kibar, İ.ve Çelik, İ. (10 Haziran 2019). İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları ve Unsurları(TCK md. 235,236). https://www.goksusafiisik.av.tr/Articletter/2018_Summer/GSI_Articletter_2018_Summer_Article11.pdf

Koca, M.R. (09 Ağustos 2020). Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155546>

Şen, E. (10 Haziran 2019). İhaleye Fesatta İİK-TCK Karmaşası. <https://www.hukukihaber.net/ihaleye-fesatta-ik-tck-karmasasi-makale,3238.html>.

Yılmaz, T. (10 Haziran 2019). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. <http://www.tugsanyilmaz.av.tr/ceza-hukuku/ihaleye-fesat-karistirma-sucu>.

Yurtseven, D. (27 Ekim 2019). E-İhale ve E-Teklif Geliyor, İhale Uygulama Yönetmelikleri Değişti. <https://www.hakedis.org/e-ihale-ve-e-teklif-geliyor/>.





ÖZ GEÇMİŞ

Ayşe Selcen Kaya 02.11.1993 tarihinde Isparta’da doğdu. Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2017 yılında mezun oldu. Mezuniyetinden sonra Antalya’da Antalya Barosuna bağlı olarak Avukatlık mesleğini sürdürmektedir. Orta derecede İngilizce bilen Kaya’nın temel ilgi alanları, Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku alanlarıdır.

