

EGE ÜNİVERSİTESİ FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

**KAMU İHALE SİSTEMİNDE
YASAYA AYKIRI DURUMLAR**

Onur Alp SARAÇ

Tez Danışmanı : Prof.Orhan YÜKSEL

İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı

Bilim Dalı Kodu : 624.06.00

Sunuş Tarihi : 25 Ekim 2010

Bornova-İZMİR

2010

Onur Alp SARAÇ tarafından yüksek lisans tezi olarak sunulan “ Kamu İhale Sisteminde Yasaya Aykırı Durumlar” başlıklı bu çalışma E.Ü. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği ile E.Ü. Fen Bilimleri Enstitüsü Eğitim ve Öğretim Yönergesi’nin ilgili hükümleri uyarınca tarafımızdan değerlendirilerek savunmaya değer bulunmuş ve 25.10.2010 tarihinde yapılan tez savunma sınavında aday oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunmuştur.

Jüri Üyeleri:İmza

Jüri Başkanı : Prof.Orhan YÜKSEL

Raportör Üye : Prof.Dr. Hikmet Hüseyin ÇATAL

Üye : Yrd.Doç.Dr. Selim BARADAN

ÖZET

KAMU İHALE SİSTEMİNDE YASAYA AYKIRI DURUMLAR

SARAÇ, Onur Alp

Yüksek Lisans Tezi, İnşaat Mühendisliği Bölümü

Tez Yöneticisi: Prof.Orhan YÜKSEL

Ekim 2010 , 84 sayfa

Bu tezde, İhale Yasası açısından yasak fiil tanımını temel alan bir yol izlenerek önce yasak fiil tanımlanmış daha sonra da bu fiilin cezasından söz edilmiştir. Özellikle kamu ihale uygulamalarında 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'nun yürürlüğe girdiği Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana ceza davasına giden suç olan hususlar incelemeye alınmıştır.

İnşaat mühendisine, kamu ihaleleri kapsamında karşılaşılabileceği yasaya aykırı durumlarla ilgili gerekli bilgileri vermek, bunun için yasaların, yönetmeliklerin öngörülleri ile bu konudaki yargı kararlarının taranması amaçlanmıştır. Bu amaçla; Bayındırlık ve İskân Bakanlığı; Yapı İşleri Genel Müdürlüğü, Teknik Araştırma ve Uygulama Genel Müdürlüğü, Bayındırlık Kurulu, Yüksek Fen Kurulu, Kamu İhale Kurumu genelge, karar ve görüşleri, Sayıştay, Danıştay ve Yargıtay kararları taranmıştır.

Çalışmada yapım işlerini ilgilendiren inşaat, hizmet alımı, mal alımı konuları kapsama alınmıştır. Uygulamada karşılaşılan sorunların, sistemin oluşturulmamış ya da oluşturulmamış olması, kurallarla gerçeklerin çelişmesi, yasa hükümleri ya da kurumların ilgi alanlarının örtüşmesi, kurumlara organizasyonlarına uygun olmayan görevlerin verilmesi... gibi nedenlerden kaynaklandığı görülmüştür.

Anahtar sözcükler: İhale sistemi, yasak fiiller, yargı kararları

ABSTRACT

ILLEGAL CIRCUMSTANCES

IN THE PUBLIC PROCUREMENT SYSTEM

SARAÇ, Onur Alp

M.sc Thesis, Civil Engineering
Supervisor: Prof. Orhan YÜKSEL
October 2010, 84 pages

In this thesis, initially the “prohibited action” based upon the Public Procurement Law, and following this, the punishment for holding this action is explained. Especially in the Public Procurement Implementations, the points that were subject to be taken to court to be treated as criminal actions from the inuring of “Auction Overbidding, Underbidding and Procurement Law in the” early years of the establishment of Turkish Republic till now are to be inspected.

It is aimed to inform the civil engineer about the circumstances under the Public Procurement scope that are against the laws, and in order to achieve this, to go over the rules and regulations set by laws, as well as the civil jurisdictions. In accordance with this purpose, circulars, decisions and ideas of Ministry of Public Works and Settlement, Constructive Works General Dictorate, Technical Research and Implementation General Dictorate, Civil Works Commission, Science High Commission, Public Procurement Commission, and decisions of Council of State, Court of Auditors, Supreme Court of Appeals have been researched.

In this thesis, the subjects that relate to building works such as construction, service procurment and chattel procurement are taken into the scope. It has been observe dthat the problems that have been encountered in the implementations are caused by factors such as the system not being established (or having failed to be established), the contradiction between the rules and the facts, the overlapping of the adjudications and the association interest areas or assignments of tasks to the associations that are inappropriate for their organizations.

Keywords: Procurement System, Prohibited Actions, Civil Jurisdictions

TEŞEKKÜR

Çalışmalarım boyunca değerli yardım ve katkılarıyla beni yönlendiren Dr. Gülben ÇALIŞ'a, her şeyimi borçlu olduğum aileme ve bu çalışmada emeği geçen herkese teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	V
ABSTRACT	vii
TEŞEKKÜR.....	ix
İÇİNDEKİLER.....	xi
KISALTMALAR DİZİNİ.....	xiii
1. GİRİŞ.....	1
2. KAMU İHALELERİNE İLİŞKİN MEVZUAT	3
2.1 İdari Usul Yönüyle İhale Kavramı	4
2.2 Gelir Nitelikli İhalelerin Kapsam Dışında Kalması	6
2.3 İhale İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Anlaşmazlıkların Çözümü	7
2.3.1 Sözleşme imzalanmasına kadar olan süreç.....	9
2.3.2 Sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreç.....	11
2.4 Yasak Fiil ve Davranışın Kapsamı.....	13
2.4.1 Suçun Tanımı	14
2.4.2 Yasak fiil ve davranışların idari yaptırımı.....	16
2.4.3 Yasak fiil ve davranışın cezai yaptırımı	17
3. TÜRK YARGI SİSTEMİ	19
3.1 Yargı İşlevi.....	19
3.2 Mahkeme Kavramı ve Değişik Ölçütlere Göre Sınıflandırılması.....	19
3.2.1 Mahkeme kavramı	19
3.2.2 Mahkemelerin değişik ölçütlere göre sınıflandırılması	20
3.3 İlk Derece Yargı Yerleri.....	23
3.3.1 Adli yargı.....	23
3.3.2 İdari yargı	24
3.4 Üst Derece Yargı Yerleri	24
3.4.1 Yargıtay'ın görev, yetki ve sorumlulukları.....	25
3.4.2 Bölge İdare Mahkemeleri	27
3.4.3 Danıştay'ın görev, yetki ve sorumlulukları.....	28
3.5 Görevli Mahkemeler	28
4. CEZA YASASI AÇISINDAN İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR.....	30
4.1 Sözleşme Öncesi Süreç-(İhale Aşaması)	31
4.1.1 İhaleye fesat karıştırma suçu	32
4.1.2 İhale ihtiyacının ortaya çıkması ve ilanı.....	38
4.1.3 Tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi.....	40
4.1.4 İhalenin karara bağlanması ve sözleşmeye davet	44

4.2 Sözleşme Uygulanması ve Sonlandırılması Süreci.....	46
4.2.1 Edimin ifasına fesat karıştırma suçu.....	48
4.2.2 Sözleşmenin uygulanması	52
4.2.3 Sözleşmenin tamamlanması	72
5. SONUÇ.....	80
KAYNAKLAR DİZİNİ.....	83

KISALTMALAR DİZİNİ**Kısaltmalar**

AY	Anayasa Mahkemesi
BİGŞ	Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK	Borçlar Kanunu
CMK	Ceza Muhakemeleri Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DİK	2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
DMK	Devlet Memurları Kanunu
ET	Erişim tarihi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
KİK	4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KMYKK	Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Kanunu
SK	Sayıştay Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TİSK	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
YİGŞ	Yapım İşleri Genel Şartnamesi

1. GİRİŞ

Kamu kaynaklarının, etkili ve usulsüzlüklerden uzak bir biçimde yönetilmesinde -kamu ihalesi- temel enstürman olarak görülür. Kamu ihalesi işlemlerinde saydamlığın, adil ve eşit muamelenin sağlanması; kamu kaynaklarının amaçlarına uygun harcanması, kamu ihalesi yapan görevlilerin davranışlarının ve profesyonelliklerinin idarenin kamusal amaçlarına hizmet etmesi, kamu ihale sisteminin ihale kararlarına karşı hukuk yollarına başvurunun açık, hesap verebilir ve kamu denetimini sağlar biçimde olması önem arz etmektedir.

Bu çalışmada; öncelikle, Türkiye’de uygulanan kamu ihale prosedürünün ihale aşaması ve ihale sonrasındaki riskler, zayıflıklar ve kırılganlıklar ortaya konulmaya çalışılmış, daha sonra, tezin esas konusunu oluşturan ihale sürecindeki yasaya aykırı davranışlar, yargı kararları ışığı altında incelenmiştir. Özellikle uygulamada çalışan inşaat mühendisleri için, ihale işlemleri ile ilgili konularda, temel hukuk bilgisi verilmeye çalışılmış ve taranan yargı kararlarından ilke olabilecekler alınmıştır. Böylece, inşaat mühendislerinin karşılaşılabileceği sorunlarla ilgili olarak örnek teşkil edebilecek kararların el altında hazır bulunması, gerektiğinde hukukçularla diyalog kurabilmeleri için temel bilginin oluşturulması ve kendi meslek yaşantıları için yeterli donanımın sağlanması amaçlanmıştır.

Tez başlığında kullanılan “Yasaya Aykırı Durumlar” tanımından ne anlamak gerekir? İhaleye fesat karıştırmak, açıklık ve rekabeti engellemek, sahte belge düzenlemek, rüşvet, irtikap, edimin ifasına fesat karıştırmak... mı? Yoksa; sözleşmenin izinsiz devri, alacağın izinsiz temliki, işe başlamaya geç kalınması, gizli ve açık ayıplar, yüklenicinin alacağının geç ödemesi mi?...Acaba sınıflamayı hukuki işlem, hukuki fiil ayrımına göre mi yapmalı ya da medeni yargı veya ceza yargısı kapsamına girme durumuna göre mi yapmalı?

Çalışmada, bu konuda kesin bir ayırım yapılmamış olup “yasaya aykırı durum” tanımından daha çok, ceza yargısı alanına giren konulara ağırlık verilmiştir. Öte yandan medeni yargı kapsamına giren ve hukuki fiil niteliği öne çıkan konulara da zaman zaman yer verilmiştir.

İnşaat sektöründe ortaya çıkan ve yargıya intikal eden anlaşmazlıklarla ilgili kararlar incelenirken, Yargıtay kararları CD’sinden yararlanılmış, dergiler ve internet aracılığı ile de veri toplanmaya çalışılmıştır. Bulunan kararların sınıflandırılması aşamasında, konusunda uzman avukatların yardımı alınmıştır. Çalışmada eklenen kararlar çok fazla yer kapladığından genellikle dava ekleri, özet şeklinde verilmiştir.

Kamu ihalelerinin tarihsel gelişimine bakıldığında; ilk olarak 1857 yılında çıkartılan bir tüzük (nizamname) ile belirli sayıda satın almaların yürütülmeye çalışıldığı görülmektedir. Daha sonra 10 Nisan 1914 tarihinde çıkartılan ek bir tüzük ile müteferrik satın almaların ve bazı yapım işlerinin, ilgili bakanın izniyle, ihaleye çıkarılmadan yapılması kabul edilir (Öztuna,1983).

Kurtuluş Savaşı sırasında, özel durum nedeni ile olsa gerek, bu Tüzükler kullanılmaz, gereksinimler, Başkomutanlık emirleri ve Bakanlar Kurulu kararları ile sağlanır. 22 Nisan 1925 tarihinde, 661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İthalat Kanunu (Artırma, Eksiltme ve Dışalım Yasası) yürürlüğe konulur. Bu Yasa ile kamu adına yapılacak her türlü satın alma, satma, kiralama, yapım, onarım, keşif, taşıma ve benzeri işlerin kapalı zarf, açık artırma-eksiltme ve emanet usullerinden hangisine göre yürütüleceği tanımlanır. 1926 ve 1929 yıllarında, 661 sayılı Yasaya ek olarak bazı yasaların çıkartılmasına ihtiyaç duyulur.

1934 yılının 10 Haziranında, 2723 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanıp 10 Aralık 1934 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 2490 sayılı “Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu” yayınlanmasını izleyen yıllarda günün ihtiyaçlarına yanıt verir; ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, Dünya ve Türkiye ekonomisindeki büyük değişikliklere yanıt vermede yetersiz kalınca, 24 Nisan 1946 tarihinde, 4786 sayılı Yasa ile anılan yasanın 41, 46 ve 50 inci maddelerdeki parasal limitler üç katına çıkarılır ve kamu ihalelerinde önemli bir rahatlama sağlanır.

2490 Sayılı Kanun’un içerdiği katı hükümler, zaman kaybına sebebiyet veren formaliteler ve kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında ortaya çıkardığı güçlükler nedeni ile bazı idareler, kendilerini yasa kapsamı dışına çıkartan özel yasalarla sorunlarını çözmeye çalışır (Gönen ve Işık, 1984).

10 Eylül 1983 tarihinde 18161 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2286 sayılı Devlet İhale Kanunu, 1 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe girer. Yasanın uygulamada yetersiz kalması, Avrupa Birliği ve uluslararası uygulamalarla paralel hale gelmek ihtiyacı, yeni çalışmaları başlatır. 1 Ocak 2003 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girer. Ancak, yürürlüğe girmeden uygulamaya yönelik tartışmalar başlar ve 4761 sayılı Yasyla bazı maddeleri değiştirilir. Yasanın yürürlüğe girmesini izleyen 8 aylık süre içerisinde 30 Temmuz 2003 tarihinde 4964 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile değişiklikler yapılır, Yasa 15 Ağustos 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girer. Aynı zamanda 4734 sayılı yasaya göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirleyen 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu da yürürlüğe girer.

2. KAMU İHALELERİNE İLİŞKİN MEVZUAT

İhale, “havl” kökünden gelen Arapça bir kelime olup, “Bir işi birinin üzerine bırakmak, arttırma veya eksiltme işinde istekliye bırakma” anlamındadır (Özön, 1987). Ayrıca Türk Dil Kurumunun Türkçe Sözlüğünde ihale “Bir işi veya bir malı birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene bırakma, eksiltme veya arttırma” olarak da tanımlanır.

Emek (2002), İdare Hukuku açısından ihaleyi; “Devletin bazı işleri yaptırmak için veya bir işten en fazla kâr ile çıkmasını sağlamak için kullandığı metotlardan en başta gelenidir” şeklinde ifade eder. Kamu hizmeti yürütülürken, idarelerin gereksinimlerinin karşılanmasında, “ihale usulü” önem taşımaktadır. Gerek ihalenin ekonomik boyutu, gerekse idarenin özel hukuk kişileri ile olan ilişkisi, konunun önemini ayrıca artırmaktadır.

Acar’a (2003) göre, Kamu İhaleleri, devletin kamusal faaliyetlerinin yürütülmesine ve ihalenin yürütülmesi sırasındaki işlemleri gerçekleştiren kamu görevlilerine olan güvenin tesisine yönelik olarak, hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde yerine getirilmelidir.

İhale sürecinde uygulamada karşılaşılan hukuki sorunların önlenmesi ve en aza indirilmesi bakımından; ihale hukukunda açıklık, rekabet, tarafsızlık, eşitlik gibi ilkelerin uygulamaya geçirilmesi ve bu ilkelere uyulmaması halinde etkili ve süratli bir yargılama usulünün izlenmesi zorunluluk arz etmektedir (Kutlu,1997).

İhale sistemi, doğrudan ya da dolaylı olarak çok sayıda yasanın ilgi alanına girmektedir; Kamu İhale Yasası, Borçlar Yasası, Ticaret Yasası, Ceza Yasası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası, Ceza Usulü Muhakemeleri Yasası, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası, Gelir Vergisi Yasası, İmar Yasası, Kat Mülkiyeti Yasası, Yapı Denetimi Yasası, Kamulaştırma Yasası, İş Yasası, Sosyal Sigortalar Yasası,... Bunlara tüzük, yönetmelik ve genelgeler de eklennince çelişkisiz bir sistemin oluşturulması olanağı oldukça zorlaşmıştır.

Günümüzde, İdare Hukuku çerçevesinde yapılan ihaleler için belli düzenlemeler mevcuttur. Bunların başında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) ve daha sonra yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) gelmektedir. Bunun yanında “Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”, “Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”, “Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”, “Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği” ile “Kamu İhale Kurumu Düzenleyici İşlemleri ve Tebliğleri” de kamu ihale mevzuatı içinde yer almaktadır.

Ülkemizde, 2577 s. İdari Yargılama Usulü Yasası bulunmakla birlikte; kamulaştırma, vergi ve ihale gibi konularda kanun koyucu düzenlemeler yapmış, idarelerin bu konularda önceden belirlenmiş olan bir usulü izleyerek işlem yapmasını veya karar almasını öngörmüştür (Akgül,

2008). Bu anlamda, ihale usulü idari usulün sadece belirli bir alanda yapılmış düzenlemesi olarak görülmelidir.

2.1 İdari Usul Yönüyle İhale Kavramı

Onar (1967), idari usul kavramını "Kamu hizmeti teşebbüslerinin, idari faaliyetlerin kendine özgü bir kudreti olmasının doğal bir neticesi, bu kudretin kullanımının birtakım usullere tabi bulunmasıdır. İdare kudretine dayanan ve bu sebeple fertlerin faaliyet usulünden ayrı bir mahiyet ve şekil arz eden bu usullere -idari usuller- denilmektedir" diye tanımlamıştır.

Genellikle kabul edilen tanıma göre, idari usul, idari işlemlerin yapılışına ilişkin kurallar bütünüdür. Günümüzde idari usul, idarenin yargısal denetimi kadar önem kazanmıştır. Kişilerin idare karşısında korunması açısından idari işlemleri denetleyecek yargı mekanizmasının oluşturulması kadar, idari işlemin oluşumu aşamasında da ilgililerin bilgilendirilmesi ve katılmalarını sağlayacak mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir (Gözübüyük ve Tan, 1998).

İdari usul, idarenin kamu gücünü kullanarak bireylerin haklarını ihlal etmeden, idare makamı önünde menfaatlerini korumalarına imkân sağlayan bir düzendir, diğer taraftan, idarenin takdir yetkisi içinde almış olduğu idari karar ve işlemlerde, idareyi bağlayarak onun hukuk dışına çıkmasını önleyerek, hukuka uygun davranmasını sağlamak amacını taşır.

Ülkemizde, idari işlemin yapılış usulü genel ve idari usul kanunu altında düzenlenmemiş, birkaç özel düzenleme dışında tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır. Mevzuatımızda, idari usul öngören yasalar; Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu gibi kanunlardır. Bunların dışında, idarenin çalışma usulleri, yargı içtihatları sonucu belirlenen ilkeler doğrultusunda bizzat idare tarafından belirlenmiştir (Özkan, 1998).

Yasayla düzenlenmiş idari usul kurallarının bulunmaması ve idarenin karar üretirken izleyeceği yolları kendi takdirine göre belirlemesi, yargı denetiminin etkinliğini de büyük ölçüde azaltır. Esasen yargı, uyuşmazlığa el atmasından önce idarenin içinde yürütülmüş olan işlere nüfuz edemez. Resmi belgelerin düzenleniş aşama ve usulleri belirlenmiş değilse, yargının onlara ulaşması da her zaman mümkün olmayabilir (Erkut, 2009).

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, idarenin yürüttüğü belli bir faaliyet alanına yönelik kuralları düzenlemektedir. Yani, idari usul açısından değil, sadece ihale usulüne yönelik kuralları içerir. Kamu İhale Kanunda, Devlet İhale Kanunu'na göre bir adım daha ileriye giderek Yasa'nın amacı belirtilirken "usul" kelimesi kullanılarak, Yasa'nın ihale usulünü düzenlediği görülür.

Duran (1998), idare usulünün ilke ve esaslarını şu şekilde sıralar: Açıklık ilkesi, katılım ilkesi, inceleme ve araştırma ilkesi, dürüstlük ve içtenlik ilkesi, hukuki güvence ilkesi ve en sonunda hepsini etkileyen denge ilkesi. Denge ilkesi ile kastedilen, kuralların düzenlenmesinde bireylerin hak ve özgürlükleri ile idarenin sorumlulukları arasında dengenin gözetilmesi gerektiğidir.

2886 sayılı Kanun'un "İlkeler" başlıklı 2. maddesinde, "Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır" hükmüne yer verilir.

Özkan (1998), "İdari usul bakımından, idarenin açıklığı, tek yanlı karar alma sürecinde gizliliğin kaldırılması, idari işlemlerin yapılması usulünün 'saydamlığa' kavuşturulmasıdır. 'Açıklık' ile idarenin tek yanlı işlem yapma gücü karşılıklı olarak dengelenecektir. Böylece, idare daha sağlıklı karar alma imkânına kavuşmuş olacaktır. Buna karşılık işlemin yapılış sürecini görebilen, izleyebilen, katılabilen bireyin güveni artacaktır" şeklindeki ifadesiyle sürecin önemine vurgu yapar.

Bu bağlamda, 2886 sayılı Kanun'da ihalenin açıklık içinde yürütülerek, idari usulün en önemli ilkesi ve şeffaf yönetimin güvencesi olan açıklık ilkesine ihalenin yapılmasında temel ilke olarak yer verilir. 4734 sayılı Kanun'da ise, "açıklık" kelimesi yerine "saydamlık" kelimesi kullanılmış; idarenin, sorumluluğunu yerine getirmede, hassasiyetle hareket ederek bireylere güven vermesi gerektiği, temel ilke olarak benimsenir.

Açıklık ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak; her iki Yasa'da ihalenin ilanı 2886 sayılı Yasa'nın 17., 4734 sayılı Yasa'nın ise 13. maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenir, böylece ilgililerin çok sayıda katılımı ve geniş kitlelerin bilgilendirilmesi amaçlanır.

4734 sayılı Yasa'da, ihalenin daha geniş kesim tarafından duyulması, isteklilerin ihale için öngörülen bilgi ve belgeleri daha iyi hazırlayabilmeleri amacıyla ilan süreleri uzun tutulmuş ve genel olarak ihalelerin Resmi Gazete'de ilan edilmesi esası benimsenmiştir. Yine, Kamu İhale Kanunu'nda normal ilan usulleri yanında, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) imkânı da getirilir.

Gerek Devlet İhale Kanunu'nda gerekse de Kamu İhale Kanunu'nda ihaleye rekabet serbestisi içinde çok sayıda isteklinin katılımını sağlamak temel ilke olarak kabul edilir. Rekabet serbestisini ihlal edecek fiil ve davranışlar, ister kamu görevlilerinden isterse ihaleye katılacak olanlardan gelmiş olsun, Türk Ceza Kanunu'na göre suç sayılır.

4734 sayılı Yasa'nın, idari usul anlamında, Devlet İhale Kanunu'na nazaran ilerleme kaydettiği söylenebilir. Yukarıda belirtilen idari usulün ilke ve esaslarının birçoğuna, bu Yasa'da yer verilir. Yasa'nın "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinde; idarelerin, bu Yasa'ya göre

yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğunun hüküm altına alınması ve bu ilkelerin uygulanmasına yönelik ayrıntılı kuralların düzenlenmesi bu görüşü doğrular niteliktedir.

2.2 Gelir Nitelikli İhalelerin Kapsam Dışında Kalması

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunları ile kamu kurumları için sadece mal ve hizmet alımları, danışmanlık hizmetleri ve yapım işleri kapsamında düzenlenmiş iken; 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda bir yandan alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma gibi gider nitelikli ihaleleri; diğer yandan satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi gelir nitelikli ihaleleri de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Kamu ihalelerinde, daha şeffaf ve rekabeti daha üst düzeye çıkarmak amacını taşıyan yasal düzenleme yapılırken, bir kısım kamu ihalelerinin kapsama alınmamış olması, hem verimliliği olumsuz yönde etkileyecek ve hem de kamu kurumlarında karmaşaya yol açabilecektir. 4734 sayılı Yasa ile kamu kurum ve kuruluşlarının gelir nitelikli ihaleleri, yetersiz kaldığı bilinen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yürütülmeye devam edilecektir. Hâlbuki 4734 sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği ve uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı bilinmektedir.

4734 sayılı Kanun'un "Uygulanmayacak Hükümler" başlıklı 67. maddesinde, "Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı" hükme bağlanmıştır.

Dolayısıyla 4734 sayılı Yasa'nın, 2886 sayılı Yasa'yı tamamen yürürlükten kaldırdığı, sadece kapsamını daralttığı görülmektedir. Nihayetinde, 4734 sayılı Yasa'ya tabi idarelerin, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde anılan kanuna tabi olması, belirtilen işler dışında ise 2886 sayılı Yasa'ya tabi olması gibi garip, iki yönlü bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede örneğin, genel bütçeli kuruluşlar içerisinde yer alan Adalet Bakanlığı'nın, Danıştay'ın ve Yargıtay'ın mal ve hizmet alımı ile yapım işleri, 4734 sayılı Yasa'ya; satım ve kiraya verme işleri ise 2886 sayılı Yasa'ya göre yürütülecektir.

Öte yandan, iki ihale yasasının bulunmasının yarattığı bir problem ise, ihaleden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal denetiminde ortaya çıkar. Bu yasalardan doğan davaların temyizinde Danıştay'ın iki farklı dairesi hâlihazırda görevlidir.

26.9.2001 tarihli ve 24535 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2001/22 sayılı Danıştay Başkanlık Kurulu Kararı gereğince; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulanmasından

doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar ile temyiz başvurularının Danıştay 10. Dairesince çözümlenmesine karar verilir. 2.6.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanun ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda yapılan değişiklik ile ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıkların Danıştay 13. Dairesince çözümlenmesi öngörülür.

İlk bakışta, iki farklı yasadaki kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal denetiminin yapılmasının içtihat farklılığına yol açmayacağı söylenebilir. Ancak, 4734 sayılı Yasa'da 2886 sayılı Kanun'un maddelerinin bir kısmının aynen korunduğu, bir kısmının da ekleme yapılmak suretiyle değiştirildiği dikkate alındığında, içtihat farklılığının çıkması mümkün görünmektedir (Akgül, 2008).

4734 sayılı Yasa ile idarelerin ihale usulüne yönelik işlemlerini idari olarak bağımsız şekilde denetleyen Kamu İhale Kurumu kurulmuş; Kurumun işlemlerinin yargısal denetimini 2575 sayılı Yasa'da yapılan değişiklik ile Danıştay 13. Dairesi tarafından yapılması hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 13. Daire, Kurumun ihale usulüne yönelik uygulamalarını da yakından takip edebilecektir.

Bu nedenle, yasa gereği 13. Dairenin görevli kılındığı 4734 sayılı Yasa'dan kaynaklanan uyuşmazlıkların yanında, 2886 sayılı Yasa'dan kaynaklanan uyuşmazlıkların da Danıştay 13. Dairesince çözümlenmesi, içtihatla doğabilecek farklılıkların önlenmesini sağlayacaktır.

Sonuç olarak, daha önce 2886 sayılı Yasa'ya tabi olan kuruluşlar satım ve kiraya verme işlerini, yine 2886 sayılı Yasa'ya göre yürüteceklerdir. Maliye Bakanlığı'nın bu konuda çalışmalar yaparak, su andaki eksikliği, 2886 sayılı Yasa'nın yerine geçecek olan, kamu kurumlarının sadece satım ve kiraya verme ihalelerini düzenleyecek yeni bir yasayla düzeltmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

2.3 İhale İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Anlaşmazlıkların Çözümü

İhaleden kaynaklanan uyuşmazlıkların görülmesinde ve çözümünde hangi yargı yerinin görevli olduğu konusunda, doktrinde ve yargı içtihatlarında birliktelik bulunmakla beraber, uygulamada adli ve idari yargı arasında farklı durumlar oluşabilmektedir. Bu nedenle, bu konuya açıklık getirmekte yarar vardır.

Şikâyetlerin incelenmesi konusunda, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ise, ihalenin Yasa'da belirtilen usul ve esaslarda yapılmadığı iddiasıyla bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun yazılı şikâyet suretiyle inceleme talebinde bulunabilmesine olanak tanınmıştır.

Kamu İhale Kanununda tarafların, şikâyet konusu anlaşmazlığı öncelikle bu Kanun hükümlerine göre sulhen çözmesi öngörülmüştür.

Karşılıklı anlaşmanın olmaması durumunda ilgili idarece, şikâyet dilekçesinin verilmesini izleyen otuz gün içinde, gerekçeli bir karar alınması ve bu kararda; şikâyetin tamamen veya kısmen haklı bulunması durumunda, alınması gereken düzeltici önlemlerin de belirtilmesi gerekmektedir.

Belirtilen süre içinde, bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın istekli tarafından uygun bulunmaması durumunda, yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen onbeş gün içinde, Kamu İhale Kurumu'na inceleme talebinde bulunulabilir.

İhale aşamasına kadar henüz sözleşme yapılmamış ve akdi durum doğmamıştır. İdarenin sözleşme imzalayacağı kişiyi seçmesi, bir ferdin sözleşme yapacağı şahsı seçmesi gibi tamamen serbest ve ihtiyari bir işlem olmayıp, hukuk kurallarına bağlı bir idari işlem, idari fiil oluşturmakta ve idari tasarruflarla yapılmaktadır. Bu itibarla, bu aşamada alınan kararlar ve yapılan işlemler tamamen idari kararlar ve fiiller niteliğinde olduğu için bu çeşit karar ve fiillerin tabi olduğu usullere ve başvuru yollarına tabidir (Onar, 1967).

İhalenin başlangıcından, sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde, idarece yapılan işlemlerde, mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak üzere, başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşan Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kurum, bu aşamada olabilecek tüm uyuşmazlıkları çözmede tam yetkilidir. Yine de kurumun alacağı kararlar yargı denetimine açıktır.

Bunun sonucu olarak da bu işlemlere ve alınan kararlara karşı, ilgililerin idari davalar açabilme hakları bulunur. Örneğin, keşif bedelinin aşıldığı bir ihalede, yeterli rekabetin oluşmadığı gerekçesiyle ihalenin iptalinden kaynaklanan uyuşmazlık¹, yine usulüne uygun ilan yapılmadığı², yapılan ihalede kanunda öngörülen temel ilkelerin gözetilmediği³ ya da ihalede en uygun teklifin bulunmadığı iddiasıyla açılan davalar⁴ idari yargıda görülmüştür.

Sonuç olarak, ihaleye kadar henüz sözleşme yapılmadığı ve akdi durum mevcut olmadığı için idare ile kişi arasında sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık ve dava söz konusu olamaz. Bu kısım, sözleşmenin hazırlık safhasını oluşturmakla beraber sözleşme dışı safhadır. Ancak, bu safha, tamamen idari nitelikte olan tasarrufları ve fiilleri içermekte olduğundan, idari yar-

¹ D.10.D., T.27.2.2003, E:2001/1154, K:2003/751 (www.danistay.gov.tr/kerisim/container., E.T. 10.04.2009)

² D.6.D., T.14.10.1997, E:1996/2570, K:1997/4266 (www.danistay.gov.tr/kerisim/container., E.T. 10.04.2009)

³ D.10.D., T.28.10.1998, E:1996/4274, K:1998/5478 (www.danistay.gov.tr/kerisim/container., E.T. 10.04.2009)

⁴ D.10.D., T.24.6.1998, E:1997/6913, K:1998/3003 (www.danistay.gov.tr/kerisim/container., E.T. 10.04.2009)

gıda görülen iptal ve tam yargı davasına konu olabilir. Sözleşmenin uygulanması aşamasında çıkan uyuşmazlıkların ise, adli yargıda görülüp çözüme kavuşturulması gerekir (Onar, 1967).

Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 7.3.2003 gün ve E: 2002/725, K: 2003/88 sayılı kararında da⁵, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ve Danıştay'ın süregelen içtihatlarına göre, 2886 sayılı Yasa'nın kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde, ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis olunacak işlemlerin 2886 sayılı Yasa ile düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetimine tabi olduğu, ihale kararının kesinleşmesinden sonra, müteahhit ile idare arasında akdedilen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ile ilgili işlemlerin ise, anılan Yasa ile düzenlenmeyip, özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tabi olduğu belirtilmiştir.

Bu bağlamda, Kamu İhale Kanunu'nda yapılan ihale tanımında; ihalenin, ihale yetkilisinin onayından sonra yapılan sözleşmenin imzalanması ile tamamlanacağını da hüküm altına alınması, yargı içtihatlarının ve doktrinde belirtilen görüşlerin dikkate alındığını gösterir.

2.3.1 Sözleşme imzalanmasına kadar olan süreç

Bu süreçte; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun bu şikâyetlerinin üç aşamada incelenmesini öngörmüştür: İlk aşamada, öncelikle idareye şikâyetle bulunulur (m.55); idarenin kararından memnun olmayan başvuru şikâyet sahibi, ikinci adım olarak, bu karara karşı Kamu İhale Kurumuna başvurur; Kamu İhale Kurulu şikâyeti karara bağlar (m.56); Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar, Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir (m.57).

2.3.1.1 İhalelere karşı yapılacak idari başvuru usul ve esasları

İhalelere karşı yapılacak idari başvurunun akış süreci, "İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik" ile saptanmıştır. Bu yönetmelik; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesine dayanılarak çıkarılmış olup, ihalelere ilişkin mevzuata uygunluğun sağlanması amacıyla; ihale sürecinde; aday, istekli veya istekli olabileceklerin yapacakları şikâyet başvuruları ve diğer hukuka aykırılık iddialarıyla ilgili olarak başvurular, başvuruların incelenmesi, karara bağlanması ile kararların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.

İdarenin ihale sürecine ilişkin her türlü eylem ve işlemine karşı şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İdarenin her türlü eylem, davranış ve işleminde olduğu gibi ihale süreci ve bu süreç içerisinde meydana gelen yanlışlık ve hukuksuzluklar da yargı denetimi altındadır.

⁵ www.danistay.gov.tr/kerisim/container., E.T. 10.04.2009

İhale süreci; ihale yetkilisinin ihale onayından, sözleşmesinin imzalanmasına kadar geçen bir süreçtir. Bu süreçte, idarenin eylem ve işlemleri, şikâyet konusu yapılabilir. İhale sözleşmesinin imzalanmasından sonra, konunun idareyi ve idare hukukunu ilgilendiren boyutu sona erer. Yönetmeliğe göre, ihale makamlarının, itirazın şikâyet yolu ile Kamu İhale Kurumu önüne gelmiş bir ihale ile ilgili olarak ister sürece devam kararı verilmiş, isterse verilmemiş olsun, sözleşme imzalanmasının önüne geçilmiş olur. Bu nedenle de Kurul tarafından, yapılan şikâyet üzerine, ihale sürecinin devamına karar verilmiş olması halinde dahi, sadece süreç devam edecek ama nihai karar verilene kadar sözleşme imzalanamaz.

Kurumun nihai kararlarına karşı, tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde, idari yargıya dava açılabilir. Kamu İhale Kurumu kararı dava konusu yapıldığı için; kesin yetkili mahkeme Kamu İhale Kurumunun olduğu yer olan Ankara Bölge İdare Mahkemeleridir. Kamu İhale Kurumu kararları aleyhine açılacak tüm davaların, işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde giderilmesi güç zararlara neden olabileceği düşünülerek ve teminatlı veya teminatsız olarak *yürütmesinin durdurulması* istemli açılması gerekir.

Kamu İhale Kurulu kararları, mahkeme kararı niteliğinde değildir; İdarenin her işlem ve kararı gibi idari yargının denetim ve gözetimi altında olduğu gibi verdiği karar kesin değildir. Bu nedenle Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı idari yargı yoluna gidilmesi halinde, Kurul kararının uygulanmasına devam edilip edilemeyeceği, Kurul kararının yürütmesinin durdurulması konusunda mahkeme kararı verilene kadar Kurul kararlarının uygulanmasının durup durmayacağı tartışmalı bir konudur. Bu ihtimale karşı da ihale makamlarının bilgilendirilmesi çok büyük önem taşımaktadır. Çünkü ortada Kurul kararına karşı açılmış bir dava varken, sadece Kurul kararı gerekçe gösterilerek işlem yapılması ileride telafisi imkânsız zararlar doğabileceği gibi, hem İdare hem de istekliler açısından çok ciddi karışıklıklara ve hak kayıplarına neden olabilecektir. Bu nedenle dava ve yargı sürecine ilişkin yazışma ve kararların uygulanmasına ilişkin işlem ve yönlendirmeler Kamu İhale Kurumu tarafından yapılmalı, Kurum bu konuda aktif rol oynamalıdır. Mahkeme kararlarının muhatabı, Kamu İhale Kurumu'dur ve Mahkeme kararının uygulanmasından veya uygulanmamasından kaynaklanan hukuki sorumluluk da kuruma ait olur⁶.

2.3.1.2 Kamu İhale Kurumu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesiyle, Yasa'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili; idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisi olarak Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Merkezi Ankara'da bulunan kurumun ilişkili olduğu bakanlık, Maliye Bakanlığı'dır. Kurum görevini yerine getirirken bağım-

⁶ İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik (RG, T.17.01.2003, s.24996)

sızdır; hiçbir organ, makam, merci ve kişi, Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez. Kurum teşkilatı; Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşmaktadır. Kamu İhale Kurumu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve diğer mevzuat ile kendisine verilen görevleri yerine getirirken yetkileri kurul vasıtasıyla kullanır. Kurum'un karar organı olan Kurul, biri başkan, biri de ikinci başkan olmak üzere toplam dokuz üyeden oluşmaktadır. Kamu İhale Kurulu üyeleri, Maliye Bakanlığı'na önerilecek iki kişi, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'na önerilecek üç kişi, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakanlık ile Danıştay ve Sayıştay Başkanlıkları'na önerilecek birer kişi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile ilgili meslek gruplarından önerilecek birer kişi olmak üzere, Bakanlar Kurulu'na atanır. Bakanlar Kurulu, atanan üyelerden birini başkan olarak görevlendirir. Kurul Başkanı, Kurumun da Başkanıdır. Kurulun tüm üyelerinin yürütme erki tarafından belirlenmesi, onun tarafsızlığının kâğıt üzerinde kaldığını gösterir (Yüksel, 2002).

2.3.2 Sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreç

Sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin uygulanması sürecinde ortaya çıkacak anlaşmazlıkların, tarafların karşılıklı fikir alışverişi ve uzlaşmaları ile çözülmesi, en ideal anlaşmazlık çözme biçimidir. Sözleşme kapsamı ile ilgili birçok uyuşmazlık, Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGS) hükümleri çerçevesinde çözümlenebilmektedir. YİGS'de anlaşmazlıkların çözümü koşulları madde 52'de belirtilmiştir. Bu maddeye göre, isin yürütülmesinde yapı denetim görevlisi ile yüklenici arasında çıkabilecek anlaşmazlıklarda; sıralı olarak aşağıdaki yol izlenilir:

- Öncelikle, sözleşme hükümleri doğrultusunda çözüm aranır, bu çözüm, idare tarafından sağlanır.
- Anlaşmazlık başvurusu, durumun çıkmasından 15 gün içinde idareye yapılır.
- Şikâyetler ve itirazlar, sebepleri ile birlikte dilekçe ile verilir.
- İdare en fazla 2 ay içinde cevabı yükleniciye bildirir.
- İki ay içinde cevap verilmez veya karara razı değilse; yüklenici sözleşme hükümleri uyarınca gereğini yapmakta serbesttir.

Anlaşmazlıkların çözümünde yargı yoluna başvurulması, taraflar için, çoğu zaman kayıplarına sebep olmakta; anlaşmazlığın mahkemelerde çözülmesi için yıllar aldığı için, ek masraf ve maliyetlere katlanmak durumunda kalınmaktadır.

2.3.2.1 Yüksek Fen Kurulu, Bayındırlık Kurulu

Tarafların, aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir anlaşmazlığın ele alınmasını bir veya birkaç kişiye bırakmalarına ve anlaşmazlığın bu kişi/kişiler tarafından karara bağlanmasına “tahkim” denir.

Türk kamu ihale mevzuatında, arabuluculuk veya tahkim konusuna yer verilmemiştir. Ancak kamu inşaat sektöründe zorunlu tahkim olarak çalışan Bayındırlık ve İskân Bakanlığı bünyesinde “Yüksek Fen Kurulu” ve “Bayındırlık Kurulu” bulunmaktadır.

“Yüksek Fen Kurulu” ve “Bayındırlık Kurulu”nun tahkim görevleri, yapısı ve karar alma şekilleri şöyledir⁷:

- Bakanlıkça havale olunan her türlü etüd, proje, kontrollük, inşaat, tesisat işleri ile ilgili anlaşmazlıkları inceleyip karara bağlamak,
- Bakan veya Müsteşar tarafından verilen konularda araştırma, inceleme ve benzeri hizmetleri yürütmektir.
- Kararlar; mevcudun oy çokluğu ile verilir. Çekimser oy kullanılamaz. Oyların eşitliği halinde Başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu teşkil eder. Mevcudun üçte iki çoğunluğu ile alınmayan kararlarla ilgili konular, Bayındırlık Kuruluna intikal eder.

Yüksek Fen Kurulu Başkanı ve üyeleri, Bayındırlık Kurulu'nun tabii üyeleridir. Bu kurula Makam'ca tevdi edilen görevleri, Müsteşar'ın Başkanlığı'nda, diğer kurul üyeleri ile birlikte yapmaktadır.

Bayındırlık Kurulu; Müsteşar'ın Başkanlığında, Yüksek Fen Kurulu Başkanı, ana hizmet birimleri ve bağlı kuruluşların Genel Müdürleri, Hukuk Müşaviri, Yüksek Fen Kurulu Üyeleri ile Bakan tarafından seçilecek üç Bakanlık Müşavirinden meydana gelir. Genel Müdürlerin bulunmamaları halinde Genel Müdürler, yardımcılarında birini, Kurul'a katılmak üzere görevlendirirler. Müsteşar'ın bulunmaması halinde Yüksek Fen Kurulu Başkanı kurula başkanlık eder. Bayındırlık Kurulu aşağıdaki görevleri yapar:

- İnşaat işlerinden doğan ve Yüksek Fen Kurulu'nda karara bağlanmış olup, Bakanlık Makamı tarafından bir defa daha bu kurulda incelenmesine lüzum görülen veya Yüksek Fen Kurulunda üçte iki çoğunlukla karara bağlanamayan anlaşmazlıkları, Bakanlık son mercii olarak kanun, sözleşme ve şartname hükümlerine göre inceleyip, en geç bir ay içinde karara bağlamak,
- Yeni fiyat tayini anlaşmazlıklarını inceleyip, kesin fiyatı tespit etmek,
- Bakanlıkça havale edilecek bayındırlık hizmetleri ile ilgili konuları inceleyip, isti sâri nitelikte mütalaalarını bildirmek, Bu bent gereğince verilen isti sâri kararlar, Bakan onayı ile uygulanır.
- Bayındırlık Kurulu, kararlarını oy çokluğu ile alır. Oyların eşitliği halinde Başkanın katıldığı taraf çoğunlukta sayılır. Karara karşı görüşte olanlar, görüşlerini yazılı olarak karara eklerler. Çekimser oy kullanılamaz.
- Bayındırlık Kurulu'nun kesinlesen kararları, bütün yöneticiler, görevliler ve ilgililer için bağlayıcıdır. Ancak, kurulun kararlarından doğacak sorumluluk, yalnızca bu kurul kararlarını alanlara aittir.

Yüksek Fen Kurulu ve Bayındırlık Kurulu kararları yargıya taşınabilir. Bu yönüyle nihai karar niteliğinde olmazlar.

⁷ <http://www.bayindirlik.gov.tr/turkce/gorevyetki.php?ID=4>

2.3.2.2 Adli yargı

İnşaat sözleşmelerinde, işin herhangi bir aşamasında bir uyuşmazlık meydana gelebilir. Bu uyuşmazlığın karşılıklı anlaşma ile çözülmemesi durumunda, bir tarafın başvurması halinde, adli yargı devreye girmektedir. Devlet mahkemeleri, Devlet adına yargılama görevi yapan uyuşmazlık çözüm kurumlarıdır. Bu nedenle mahkemeler ve bunların fiilen yargılama faaliyetini yürüten hâkimler, Devletin genel anlamda sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel politikalarına az veya çok bağlıdırlar.

2.4 Yasak Fiil ve Davranışın Kapsamı

Devlet, kamu hizmetlerini yürütebilmek, kendi işleyişini sağlamak için gerçek veya tüzel kişilerle alım, satım veya yapım sözleşmeleri yapar. Özel hukukta sözleşmeler, irade serbestliğine dayanır. Ancak Devlet alım, satım ve yapımlarında, kamu parası kullanıldığı ve kamu menfaati söz konusu olduğu için, sözleşmenin diğer tarafının belirlenmesi, sözleşme imzalanması ve edimin yerine getirilmesi Yasa'yla düzenlenmiştir. İhale gerçekleştirildikten sonra sözleşme imzalanmakta ve edimler bu sözleşme çerçevesinde yerine getirilmektedir. İhale sürecinde veya edimlerin ifası aşamasında, söz konusu olabilecek usulsüzlükler, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yaptırım altına alınmıştır.

Burada öncelikle, ihale sürecinde hangi ilkelerin egemen olduğuna bakmak uygun olacaktır. DİK m.2 ve KİK m.5'te, ihale sürecinde geçerli temel ilkeler ortaya konmuştur. Bunlardan bazılarının ihlal edilmesi, 5237 s. TCK'da yer alan ihaleye ilişkin suçların oluşumuna sebebiyet verebilmektedir. Bu ilkeler: *Tarafsızlık İlkesi, Eşitlik İlkesi, Güvenilirlik ve Gizlilik İlkesi, Açıklık ve Rekabet İlkesi*.

Tarafsızlık İlkesi'nden anlaşılması gereken, idarelerin seçimini yaparken, tarafsız davranmak zorunda olmasıdır. İdareler bu ilke uyarınca, istekliler arasında ayırım yapmama, tarafsız davranma yükümlülüğü altına girmişlerdir.

Anayasal bir kural olan *Eşitlik İlkesi*, kamu ihale sürecinde egemen olan temel bir ilkedir. Kamu ihalelerinde adaylar ve istekliler, eşit koşullarda haklara sahiptirler. İdare, isteklilere karşı eşit davranmak zorundadır. Doğrudan veya dolaylı olarak taraflar arasında ayırım gözetilen uygulamalar, kanuna ve anayasaya aykırı olacaktır.

Açıklık İlkesi'nin anlamı; tüm ihale sürecinde ihaleye katılanlar bakımından ihale ile ilgili tüm bilgilere ulaşabilme, öğrenebilme ve görebilme hakkı olarak belirtilebilir. Bu İlke'nin ihale ilanı ile yakın ilgisi bulunmaktadır. İlanda, ihalede geçerli olan esaslar ile ilgili tüm bilgiler bulunmalı ve seçim, ilan edilen bu bilgilere göre yapılmalıdır. Bu şekilde, ihalenin duyurulması suretiyle Eşitlik İlkesi ve aynı zamanda Rekabet İlkesi gerçekleşmiş olacaktır (Kutlu, 2003).

Rekabet İlkesi, ihalenin usulüne uygun olarak yapılması bakımından en temel ilkedir. Eşitlik İlkesi'nin tamamlayıcısıdır. Adayların rekabet ortamını bozan tutum ve davranışları, rüşvet ve yolsuzluk gibi bir takım faaliyetlere girişmeleri, inceleme konumuz olan ihale suçlarının ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Bu aşamada, hem Devlet İhale Kanunu, hem Kamu İhale Kanunu, hem de Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenen yasak fiiller ve cezai yaptırımlarının neler olduğu konusunda detaya girmek önem arz etmektedir.

2.4.1 Suçun Tanımı

Dönmezer (2003), teknik anlamda suçun tanımını, “*Her hukuka aykırı fiil, ceza hukuku anlamında suç değildir. Bir fiilin suç olabilmesi için ceza kanununda belirtilen tipe uygun olması bunun yanında failin kusurlu olması ve fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir*” şeklinde yapmıştır. Kural olarak suç oluşturan fiiller, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. TCK, ceza hukuku kurallarını içeren temel bir kanun niteliğindedir. Ancak bazı durumlarda, özelliği ve taşıdığı önem nedeniyle, suç niteliği taşıyan fiillerin ayrı bir yasayla düzenlenmesi gerekebilmektedir. Örneğin terör olayları, organize suçlar, kaçakçılık gibi alanlarda işlenecek suçlar, ayrı kanunlarda düzenlenmektedir.

2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunları incelendiğinde, bu kanunların bir özel ceza kanunu olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü Yasa maddelerinde, suç kavramı içerisinde düşünülebilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca DİK m. 85'te ve KİK m. 59'da isteklilerin ceza sorumluluğu, DİK m. 86 ile KİK m. 60'ta görevlilerin ceza sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak bu maddelerde yeni bir suç yüklenmemiş, bu Yasalarda sayılan yasak fiil ve davranışlardan TCK'da düzenlenen suç tipine uyanların cezalandırılacağı belirtilmekte ve bu kişiler hakkında yasaklama kararı verileceği öngörülmüştür.

Kamu ihaleleri ancak, Yasa'ya ve ona dayalı düzenleyici işlemlere uygun olduğunda geçerli olur. Kamu ihalesini düzenleyen kurallara aykırı eylem ve davranışlar, idari ve cezai açıdan yaptırım altına alınarak suç olarak kabul edilmiştir. Bu fiil ve davranışlardan bazıları ceza hukuku anlamında suç, bazıları ise idari anlamda suç olarak düzenlenmiş ve yaptırım altına alınmıştır.

Burada, hem DİK, hem de KİK ve KİSK'te düzenlenen cezai yaptırımların şekli belirtildikten sonra, dördüncü bölümde, ihale süreci ve sözleşmenin uygulanması sırasında TCK'da düzenlenen ihale suçları yargı kararları ışığında incelenecektir.

Kamu ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyacın en uygun şartlarda karşılanmasının ve kaynakların verimli

kullanılmasının en geniş şekilde sağlanabilmesi maksadıyla; ihalenin hazırlanması yürütülmesi ve sonuçlandırılması aşamasında, istekliler ve görevliler tarafından uyulması gereken yasaklar ve sorumluluklar düzenlenmiştir.

Bu esasa; hile, vaat, tehdit, nüfus kullanma, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya teşebbüs etmek, hem idari hem de cezai anlamda suç olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, kamu ihalesine egemen olan ilke ve kuralların uygulanmasını bozucu her türlü fiil, **ihalelere fesat karıştırmak** olarak nitelendirilebilecektir. Ayrıca bu fiiller, 765 s. TCK (m. 205, 208, 366, 367, 368) ve 5237 s. TCK (m. 235)’de de olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırım altına alınmıştır.

TCK’da; irtikâp, “Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına çıkar sağlanması veya bu yolda vaatte bulunulması” olarak, rüşvet ise “Kanunen yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler” olarak tanımlanır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

Rekabeti engelleyici ve ihale kararını etkileyici davranışta bulunmak; rağbeti kıracak söz söylemek, anlaşmaya çağrı yapmak veya bunu ima etmek, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek yasaklanmış fiiller olarak ihale yasalarında belirtilmiştir. Bu türden davranışların, istekliler arasında gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi, idaredeki görevliler tarafından da işlenmesi mümkündür. Bu fiillerin yasaklanmaya yol açmalarının yanında, suç tipine uygunluğu halinde TCK’da cezai yaptırım altına alınması söz konusu olacaktır.

Bir başka yasak fiil ise **sahte belge düzenlemek, kullanmak veya buna teşebbüs etmektir.** Bu fiil, 765 s. TCK’nin 342 ve 345. maddelerinde, 5237 s. TCK m. 235’te belirtilen hileli hareketler kapsamında suç olarak belirlenmiştir. DİK’te bu madde ile hem ihale süreci hem de ihale sonrası sözleşmenin uygulanması safhasını kapsamaktadır. İhalenin doğruluğunu bozacak bu madde dört fiili yasaklamaktadır.

- İhale işlemlerinde sahtecilik,
- Taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeme,
- Taahhüdün ifasında idareye zarar vermek,
- Hileli malzeme, araç ve usuller kullanmak.

KİK’te ise bu yasak fiiller, isteklilerden ihaleye katılımı sırasında istenen belgelerde ortaya çıkmakta ve ihalenin yapılma aşamasını kapsamaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, yasak fiil ve davranışları, hem ihale sürecindeki eylemleri hem de sözleşme imzalanmasından sonraki süreçte yapılan eylemleri içine almıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ise sadece ihalenin yapılıp sözleşme imzalanmasına kadar

olan süreçteki yasak fiil ve davranışları kapsama almıştır. KİK'te ihale aşamasında DİK'ten farklı olarak, ihaleye fesat karıştırma suçuna irtikap ve rüşvetten kaynaklanan fiiller de dahil edilmiştir. Ayrıca birden fazla teklif verme ve yasaklı olduğu halde ihaleye katılmak gibi eylemler de yasak davranışlar olarak belirlenmiştir.

Sözleşmenin uygulanması sırasındaki yasak fiil ve davranışlar ise 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmektedir. Buna göre hile, vaat, tehdit, nüfus kullanma, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla **sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak** veya buna teşebbüs etmek, **sahte belge düzenlemek**, sözleşme konusu **işin yapılması veya teslimi sırasında, hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı imalat yapmak, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek** yasaklanmıştır.

2.4.2 Yasak fiil ve davranışların idari yaptırımı

KİK m.59'un gerekçesinde; kamu ihalelerini belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak ile işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla; yasak olan fiil ve davranışlarda bulundukları belirlenenlerin, fiil ve davranışın özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık tarafından haklarında belirlenen sürelerde kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.

*“ İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanılarak, **ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır.** Burada sözleşmeyi yapan idarenin, yüklenicinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varması yeterli olmayıp, **isteklinin yasaklanmasının hukuken gerekli bulunduğu kanaatine varması, yani idarenin bu yargısının, dışı vurumu da gereklidir. Ancak bu durumda, fiil veya davranışın, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu kesinlik kazanabilir. İdarenin yargısının dışı vurumu, durumun, gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirilmesidir. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihtir.**”* (D.13.D., T.08.11.2005, E:2005/7182, K:2005/5405).

Mülga 2490 sayılı Yasada devlet ihalelerine katılmayı geçici suretle yasaklayan 70. maddede bu konuda tam bir açıklık yoktu. İsteklileri süreli veya süresiz ihaleye katılmaktan yasaklama için mahkemeden karar alınması gerekiyordu.

2886 sayılı DİK'te olduğu gibi 4734 sayılı KİK'te de bu fiilleri işleyenlere, ilgili bakanlık tarafından bir yıldan iki yıla kadar tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılma yasağı getirilmektedir. Bu yaptırım, ihale işlerinde yasak fiil ve davranışlarda bulunan, sahte belge kullanan, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyen, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve taahhüdünü şartname hükümlerine uygun olarak ifa etmeyen yüklenicilere, idari bir tedbir uygulanmasını öngörmekte, böylece kötü niyetli şahısların Devlete zarar

vermesinin önlenmesini ve aynı zamanda işlerin daha ciddi ve düzenli şekilde tamamlanmasını amaçlamaktadır.

Öngörülen tedbir; kötü niyetli veya basiretsiz isteklilerin ve yüklenicilerin belli bir süre devlet ihalelerine girmekten idari karar ile yasaklamaktadır. Ayrıca bu kararların ilan edilmesi yoluyla hem diğer idarelerin yasaklamadan haberdar olması, hem de kötü niyetli davranışının teşhir edileceğini ve bundan dolayı ticari itibarının zedeleneyeceğini düşünen istekli veya yüklenicilerin, kolay kolay yasak fiil ve davranışlara veya işi yarım bırakmaya kalkışmayacakları düşünülmüştür.

İhalelere katılmaktan geçici olarak yasaklama kararı, idari bir karar olduğundan bu yönde cezalandırılanlar, idari işlemle ilgili olarak İdari Mahkemelerinde dava açabilirler.

2.4.3 Yasak fiil ve davranışın cezai yaptırımı

İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanan, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyen veya taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işlerden kaçınmayan, işin yapılması ya da teslimi sırasında; hileli araç, malzeme ve usuller kullanan istekli veya yükleniciler hakkında, ceza kovuşturması yapılır. Kovuşturma sonucunda suçun sabit görülmesi halinde, verilecek cezadan ayrı olarak bu kimseler, ayrıca bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten men edilirler.

Bu yaptırım, ilgilinin bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanmasını; işin sözleşme ve şartnamesine uygun olarak yerine getirilmiş ve kabul işleminin yapılmış olması halinde dahi zorunlu tutarak, devlet ihalelerinde kötü niyetle yasaklanmış fiil ve davranışta bulunanları, uzunca bir süre ihale işlerinden uzak tutmayı amaçlamıştır. Aynı şekilde yasak fiillerin kabul işlemlerinden sonra veya başlangıçta tespit edilmiş olmasına bakılmaksızın ceza kovuşturması yapılır.

İhale işlemlerinden, sözleşme yapılmasına kadar olan süreçteki her aşamada, görev alan idare görevlilerinin, kamu görevi sorumluluğunu yerine getirmelerini sağlamak amacıyla; yasak fiil veya davranışlarda bulunduklarının, **görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının veya taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde disiplin cezası uygulanması, fiil veya davranışlarının özelliğine göre ceza kovuşturması yapılması ve kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama sonuna kadar görevlerinden uzaklaştırılması gerekli görülmüştür.** Sözleşme yapılma aşamasına kadar olan süreçte bu fiil veya davranışta bulunanların, bu fiil veya davranışlar sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi aynı ceza sorumluluğuna tâbi olduğu açıktır.

4734 sayılı Yasa'da, ihale yetkilisi ve ihale komisyonu üyeleri için ihale sürecine yönelik davranışları nedeni ile disiplin ve ceza soruşturması yapılacağı öngörülmüştür. 2886 sayılı Yasa'ya göre ihale, muayene ve kabul komisyonu başkan ve üyeleri ile diğer ilgililerin görevlerini yasal gereklere göre, tarafsızlıkla yapmamaları ve zarara yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerle haklarında disiplin ve ceza soruşturmaları yapılabilir. 4735 Sayılı Yasa'da ise muayene ve kabul komisyonu başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri hakkında, görevlerini tarafsızlıkla yapmamaları, yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları ve zarara yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde bulunmaları halinde, disiplin ve ceza soruşturması hüküm altına alınmıştır.

Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler ile yapı denetim görevlilerinin müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüştür. 2886 Sayılı Yasa'da işin kontrol ve kabulüne ilişkin düzenlemelerin yönetmelikler yoluyla yapılacağı öngörülmüştür. 4735 sayılı Yasa'da göre, yapım işlerinde yüklenici ve alt yüklenicileri, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zararın, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacakları gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren 15 yıl süreyle müteselsilen sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır.

3. TÜRK YARGI SİSTEMİ

3.1 Yargı İşlevi

“Yargı”, hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlama demektir. Yargı yetkisini kullanan, yani hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayan kuruluşlara da “mahkeme” denir (Gözler, 2008). Anayasa’nın 9. maddesine göre, Türkiye’de “yargı yetkisi, Türk milleti adına *bağımsız mahkemelerce* kullanılır”. 138. ve 139. maddeler göz önünde tutularak bağımsız mahkemeler şöyle tanımlanabilir: Bağımsız mahkemeler, hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından yargı yetkisini kullanırken kendilerine emir ve talimat verilmeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan, kararları yasama ve yürütme organlarını bağlayan, kararları bu organlarca hiçbir suretle değiştirilemeyen ve yerine getirilmesi geciktirilemeyen, görevlerinde bağımsız ve teminatlı hâkimlerden meydana gelen kurumlardır.

3.2 Mahkeme Kavramı ve Değişik Ölçütlere Göre Sınıflandırılması

Türkiye Cumhuriyeti Devleti; demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir (AY.m.2). Hukuk devletinde, anayasal çerçevede güvence altına alınmış bulunan bir özgürlük olan hak arama özgürlüğü (AY.m.36), ya dava açılması ya da takipte bulunulması suretiyle kullanılır; başka bir kullanım biçimi yoktur. Dolayısıyla Devlet, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, hem hak arama özgürlüğünün etkin bir biçimde kullanımını sağlamak hem de bu özgürlüğün kullanılacağı mekanizmaları oluşturmak ve işler bir durumda tutmakla ödevli bir konumdadır. Bu mekanizmalar ise, mahkemeler ile cebri icra organlarıdır (Arslan ve Tanrıöver, 2001).

3.2.1 Mahkeme kavramı

Mahkeme etimolojik (dilbilimsel) olarak, “hüküm” kökünden türetilmiş olup, genel olarak “hüküm verilen yer”, “muhakeme yapılan yer” anlamlarına gelir. Dar ve teknik anlamda mahkeme ise, Devlet tarafından görevlendirilen ve adalet dağıtım işiyle uğraşan yargılama yerlerini ifade eder. Bu bağlamda, mahkemeler, hukuki statüleri itibarıyla, devlet kuruluşlarıdır; onlar, Devlet’e ait temel bir işlev olan yargı işlevini yerine getirmeyi üstlenmiştir. Bu nedenle, mahkemelerin yargı işlevinin yerine getirilmesine yönelik faaliyetleri, doğrudan doğruya Devletin yargısal faaliyetleri olarak nitelendirilir (Arslan ve Tanrıöver, 2001). Mahkemelerin kuruluşu, görevleri, yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri yasayla düzenlenir (AY m.142).

Mahkemelerin kuruluşu ve görevlerinin belirlenmesinde esas alınan ilkelerden birisi “tabii hâkim ilkesi”dir. Yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yürürlükte bulunan kanunlar aracılığı ile görevi ve yetkisi belirlenmiş olan mahkemenin hâkimine, tabii hâkim denir. Tabii hakim ilkesi hem hukuk hem de ceza yargısı bakımından geçerlilik taşır. Bu ilke, kişilerin, hangi mahkeme önünde yargılanacaklarının kesin olarak bilmelerini mümkün kılmak, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma haklarını güvence altına al-

mak, yargıya güveni sağlamak ve yürütmenin yargıya müdahalesini olabildiğince önlemek amaçlarına yönelmiştir (Gözler, 2008). Ayrıca, bu ilke, kişi dokunulmazlığı ve güvenliği ilkelерinin (AY m.17,19) gerçekleştirilmesine de hizmet eder ve adil yargılanma hakkının (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6) temel unsurlarından biri konumundadır.

3.2.2 Mahkemelerin değişik ölçütlere göre sınıflandırılması

Mahkemeler, farklı ölçütler esas alınmak suretiyle değişik sınıflandırılmalara tabi tutulabilir. Bu ölçütleri ve bu ölçütler esas alınarak mahkemelere ilişkin olarak yapılmakta olan sınıflamaları, şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Kuruluş ve çalışmalarına göre;
 - Tek hâkimli mahkemeler
 - Çok hâkimli mahkemeler
- Yargı sistemine ilişkin derecelendirmede bulundukları yere göre,
 - İlk derece mahkemeleri
 - Üst derece mahkemeleri
- Görmeyi üstlenmiş oldukları uyuşmazlıkların niteliklerine göre;
 - Genel mahkemeler
 - Özel mahkemeler

Yalnızca bir hâkim tarafından yönetilen mahkemelere, **tek hâkimli mahkemeler** denir. Bu tek hâkim, o mahkemede açılan bütün davaları görür ve karara bağlar. Bu mahkemelere örnek olarak; sulh hukuk, asliye hukuk, sulh ceza ve asliye ceza mahkemeleri gösterilebilir.

Birden çok (en az 3) hâkimin görev yaptığı mahremlere ise, **çok hâkimli mahkemeler** denir. Bu mahkemelerde, mahkemenin üyesi konumunda bulunan hâkimlerin bütününden oluşan kurul, davalara bakar. Yargılama, kurul tarafından yapılır ve yine hüküm, mahkeme kurulunca verilir. Bu mahkemelere örnek olarak, asliye ticaret mahkemeleri, ağır ceza mahkemeleri, Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemeleri gösterilebilir.

Bir davayı ilk evrede gören ve karara bağlayan yargı yerleri, **ilk derece mahkemeleri** olarak adlandırılır. Örneğin; sulh hukuk, asliye hukuk, sulh ceza, asliye ceza, idare ve vergi mahkemeleri gibi.

İlk derece mahkemelerinin hüküm ve kararlarının, kanun tarafından öngörülmüş bulunan yollara başvuru üzerine, sadece hukuka uygunluk ya da hem hukuka hem de gerçeklere uygunluk yönünden doğruluğunu denetlemeye yönelik yargı yerlerine, **üst derece mahkemeleri** denir. Yargı sisteminin iki dereceli olduğu ülkelerde, üst derece mahkemesi genellikle temyiz mahkemesidir. İki dereceli sistemde, dava ilk derecede görülüp hüküm verildikten sonra, temyiz

yoluna başvuru suretiyle, hüküm ve hükmün dayandığı yargılama, hukuka uygunluk açısından üst derecedeki yüksek mahkemede bir kez daha incelenir. Bu derecede verilen kararlar kesin olup; artık bunlara karşı başka bir kanun yoluna gidilemez. Ülkemizde de yargı düzeni, kural olarak iki derecelidir; ikinci derece mahkemesi olarak görev yapan üst derece mahkemeleri, genelde temyiz mahkemesi işlevi görürler. Örneğin, Yargıtay ve Danıştay gibi.

Genel mahkemeler: Bakacakları işler, belirli kişi ve konulara göre sınıflandırılmamış bulunan, aksi belirtilmiş olmadıkça aynı yargılama hukuku disiplininin uğraşı alanına giren her türlü işe bakan mahkemelere denir. Örneğin, hukuk yargılaması alanında görev yapan sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri gibi.

Özel mahkemeler: Belirli kişiler ya da meslek mensupları arasında çıkan uyuşmazlıklara bakmak üzere kurulmuş olan mahkemelere denir. Örneğin iş, kadastro ve trafik mahkemeleri gibi.

TÜRK YARGI SİSTEMİ

	ANAYASA YARGISI	ADLİ YARGI	İDARİ YARGI	HESAP YARGISI	SEÇİM YARGISI
Üst derece yargı	Anayasa Mahkemesi	Yargıtay Yargıtay Büyük Genel K. Hukuk ve Ceza Genel K. Başkanlar Kurulu Daireler; 21 H, 11.C.	Danıştay Bölge İdare Mah. Danıştay Genel Kurulu İdari İşler Kurulu İdari ve Vergi Daireleri G.K. İçtihadı Birleştirme Kurulu	Sayıştay Daireler Kurulu Temyiz Kurulu Genel Kurul Daireler	Yüksek Seçim K.
İlk derece yargı		Medeni Yargı Sulh Hukuk M. Asliye Hukuk M. Özel Hukuk M. İş mahkemeleri Kadastro m. Tüketici m. İcra tetkik m. Deniz müsadere m.	Ceza Yargısı Sulh Ceza M. Asliye Ceza M. Ağır Ceza M. Özel Ceza M. Çocuk m. Trafik m. İcra tetkik m.		İl seçim kurulları İlçe seçim kurulları

3.3 İlk Derece Yargı Yerleri

3.3.1 Adli yargı

Adli yargı kavramından, idari yargının görev alanı dışında kalan ve genel olarak hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetleri ile ceza yasalarına göre suç sayılan fiiller hakkında, Devletin cezalandırma yetkisini kullanması ile ilgili faaliyetler anlaşılır (Arslan ve Tanrıöver, 2001).

Adli yargı, medeni yargı (hukuk yargısı) ve ceza yargısı olmak üzere iki ana bölüme ayrılır. Adli yargıda “ilk derece mahkemeleri” kendi içinde hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri olmak üzere iki çeşitlidir⁸.

- Hukuk Mahkemeleri: Özel hukuk (Medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku vb.) ilişkilerinden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları karara bağlamakla görevlidirler.
- Sulh hukuk mahkemeleri: Asliye hukuk mahkemelerine göre daha küçük yargılamalara bakarlar. Sulh hukuk mahkemesinin görevleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 8. maddesinde belirtilmiştir. Tek hakimli ve genel görevlidirler. Basit yargılama uygulanır.
- Asliye hukuk mahkemeleri: Asliye hukuk mahkemeleri adı üstünde, adli yargının hukuk kısmının “asıl” mahkemesidir. Bir başka mahkemenin görev alanına girmeyen ve değer veya miktar olarak TL’yi geçen her dava, asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girer. Bir başkan ve iki üyeden oluşan genel görevli mahkemelerdir. Ancak, 469 sayılı Kanun’un geçici maddesi, asliye hukuk mahkemelerinin tek hâkimli kurulabilmesine imkân vermiştir. Buna dayanılarak, asliye hukuk mahkemeleri, bütün Türkiye’de tek hâkimli olarak kurulmuştur. Her ilçede, o ilçenin adıyla bir asliye hukuk mahkemesi bulunur.
- Özel hukuk mahkemeleri: Adli yargının hukuk kısmında, “ticaret mahkemeleri”, “aile mahkemeleri”, tüketici mahkemeleri” ve “iş mahkemeleri” gibi özel kanunlarla kurulmuş özel mahkemeler de vardır. Bunlara “ihtisas (uzmanlık) mahkemeleri” denir.

Hukuk mahkemeleri, özel hukuktan kaynaklanan davalara bakar. Hukuk mahkemelerinde davayı, savcı değil kural olarak davacı açar. Hukuk mahkemelerinde, kural olarak savcı bulunmaz. Dava açan kişiye “davacı”, karşı tarafa ise “davalı” denir.

- Ceza Mahkemeleri: Ceza hukukundan kaynaklanan davalara bakmakla görevli mahkemelerdir. Ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri olmak üzere üçe ayrılır. Sulh ceza ve asliye ceza mahkemeleri tek hâkimlidir. Ağır ceza mahkemesinde bir başkan ve yeteri kadar üye bulunur.

⁸ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (RG. T.26.09.2004 s.5235).

- Sulh ceza mahkemeleri: Yasaların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.
- Asliye ceza mahkemeleri: Asliye ceza mahkemeleri adı üstünde, adli yargının ceza kısmının “asıl” mahkemesidir. Yani sulh ceza mahkemesi ile ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmeyen davalar, asliye ceza mahkemesinin görevi alanına girer. Asliye ceza mahkemesinde kamu davası, Cumhuriyet savcısı tarafından açılır ve bu mahkemede Cumhuriyet savcısı bulunur.
- Ağır ceza mahkemeleri: Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma, irtikâp, resmi belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık, hileli iflas suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla “ağır ceza mahkemeleri” görevlidir. Ağır ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcısı da bulunur.

Ceza mahkemeleri ceza hukukundan doğan davalara bakar. Ceza davalarını “savcı” açar. Savcı iddia makamıdır. Suç işlediği sanılan ve aleyhinde Cumhuriyet savcısının kamu davası açtığı ve mahkemede yargılanan kişiye “sanık” denir.

3.3.2 İdari yargı

İdari yargı, idari makamların idare hukuku alanındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlendiği yargı koludur. Diğer bir ifadeyle idari yargı, kural olarak Devletin merkezi idare teşkilatı ve yerinden yönetim kuruluşlarının idari eylem ve işlemlerinden doğan davaların görüldüğü yargı koludur. İdari yargı kolunun ilk derece mahkemeleri “idare mahkemeleri” ve “vergi mahkemeleri”dir.

- İdare Mahkemeleri: İdari yargı kolunun genel görevli ilk derece mahkemesidir. Kanunlarla başka yargı yerlerinin görev alanına bırakılmayan iptal ve tam yargı davalarına idare mahkemeleri bakar. İdare mahkemeleri, kural olarak, belli bir orana kadar tek hakimli, bu oranın üzerinde ise kurul olarak (bir başkan ve iki üye) toplanır ve oy çokluğuyla karar alır. Her ilde bir idare mahkemesi yoktur. Birçok durumda bir iki il için tek idare mahkemesi kurulmuştur.
- Vergi Mahkemeleri: Vergi uyuşmazlıkları konusunda ilk derece mahkemesi olarak görev yapan yargı organlarıdır. Vergi mahkemeleri tek hâkimli ve kurul halinde olmak üzere iki şekilde çalışırlar. Her ilde bir vergi mahkemesi yoktur. Birçok durumda bir iki il için tek vergi mahkemesi kurulmuştur.

3.4 Üst Derece Yargı Yerleri

Adli yargı kolunun üst derece mahkemesi Yargıtay’dır. İdari yargı kolunda ise; idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı yapılacak başvuruların incelenmesi için iki merci öngörülmüştür. Tek hakim tarafından verilmiş kararlara karşı yapılan başvurular Bölge İdare Mahkemelerinde incelenir. İdare ve vergi mahkemelerinin kurul halinde verdiği kararlara karşı yapılan başvurular, Danıştay’da incelenir. O halde, iki çeşit üst mahkeme vardır: Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay.

3.4.1 Yargıtayın görev, yetki ve sorumlulukları

Yargıtay, Anayasamızın 154'üncü maddesine göre, adliye mahkemelerince verilen ve yasanın başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii- dir. Yargıtay üyeleri birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hakim ve Cumhuriyet savcıları arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilirler. Yargıtay'ın kuruluşu ve çalışma usulleri 2797 sayılı Yargıtay Kanunu ile düzenlenmiştir. Yargıtay'da şu an, 21 hukuk dairesi, 11 ceza dairesi, bir Hukuk Genel Kurulu, bir Ceza Genel Kurulu ve bir de Büyük Genel Kurul vardır.

- **Daireler:** Yargıtayda 21 hukuk ve 11 ceza dairesi bulunmaktadır. Her daire, bir başkan ve dört üyenin katılmasıyla toplanır ve salt çoğunlukla karar verir. İlk derece mahkemesinin temyiz edilen kararı ilk önce dairelerden biri tarafından incelenir. Daire bozma veya onama kararı alır ve dosyayı kendisine gönderen ilk derece mahkemesine gönderir.
- **Hukuk ve Ceza Genel Kurulları:** Bu kurulların en önemli görevi, Yargıtay dairelerinin “bozma” kararlarına karşı ilk derece mahkemelerinin verdiği ”direnme” kararlarını incelemektir. Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının kararları kesindir. Bu kararlara karşı, ilk derece mahkemeleri tekrar direnme kararı veremez.
- **Büyük Genel Kurul:** Birinci başkan, birinci başkan vekilleri, daire başkanları, üyelerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başsavcı vekilinden oluşur. Yargıtay Büyük Genel Kurulunun kararları kesin olup aleyhine başka yargı mercilerine başvurulamaz. Büyük Genel Kurulun en önemli görevi, “içtihadı birleştirmek”tir. Bu nedenle bu kurula “İçtihadı Birleştirme Kurulu” da denir. Büyük Genel Kurul’un görevi, Hukuk Genel Kurulu’nun benzer olaylarda birbirine aykırı verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmektir. Büyük Genel Kurul’unun verdiği kararlar, Resmi Gazetede yayımlanır ve Yargıtay dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

Türkiye’de hukuk yargısının işleyişi, 18 Haziran 1927 tarih ve 1086 sayılı “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu” ile düzenlenmiştir. Sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemesinde davayı, davacı açar. Mahkeme, davacının iddiasını ve davalının karşı iddialarını ve savunmalarını inceler; gerekiyorsa tanık dinler, bilirkişiye başvurur, keşif yapar. Hukuk mahkemeleri, kural olarak re’sen inceleme yapmaz. Tarafların talepleriyle harekete geçer. Tarafların talepleriyle bağlıdır. Yargılama sonucunda mahkeme bir karar verir. Bu karardan muhtemelen davacı veya davalı memnun kalmaz. Karadan memnun kalmayan taraf, bu kararı belli bir süre içinde (asliye hukuk mahkemesi kararlarına karşı 15 gün içinde, HUMK m.432/1; sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı ise 8 gün içinde HUMK, 437/1), kararı veren mahkemeye bir dilekçe vererek “temyiz” edebilir.

Temyiz edilen karar, dosya ile birlikte, kararı veren asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi tarafından Yargıtay'a gönderilir. Bu dosya, Yargıtay'daki iş bölümü esaslarına göre 21 hukuk dairesinden birine gider. Yargıtay hukuk dairesi dosyayı inceler. Yargıtay hukuk dairesi temyiz edilen kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varırsa, ilk derece mahkemesi kararını onar. Yargıtay'ın "onama kararı" ile ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşmiş olur. Böylece dava sona ermiş olur. Yargıtay hukuk dairesi, ilk derece mahkemesinin kararını yasaya ve usule aykırı görürse, bu kararı bozar. "Bozma kararı" üzerine dosya ilk derece mahkemesine (asliye hukuk mahkemesine veya sulh hukuk mahkemesine) geri gönderilir. İlk derece mahkemesi, Yargıtay hukuk dairesinin bozma kararına uyabilir veya ilk kararında direnebilir. Uyarsa yeniden yargılamaya devam edilir. Sonuçta yeni bir karar verilir. Bu karar da taraflarca temyiz edilebilir. İlk derece mahkemesi, Yargıtay hukuk dairesinin kararını doğru bulmuyorsa, bu karara karşı direnebilir; yani kendi ilk kararında ısrar edebilir. İlk derece mahkemesi "direnme kararı" ile davadan elini çeker. Yani davayı sona erdirmiş olur ancak bu direnme kararı da ilk kararı temyiz etmiş olan kişi tarafından tekrar temyiz edilebilir. Direnme kararı temyiz edilince dosya tekrar Yargıtay'a gönderilir. Ancak bu sefer, dosya Yargıtay hukuk dairelerinden birine değil, Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gider. Hukuk Genel Kurulu dosyayı inceler. Ya direnme kararını doğru bulur, bu halde direnme kararını onar. Bu takdirde ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşmiş olur. Ya da ilk derece mahkemesinin kararına karşı direndiği Yargıtay hukuk dairesinin kararını doğru bulur, bu takdirde ise direnme kararını bozar. Bu durumda, ilk derece mahkemesi bu karara uymak zorundadır. Artık bunsu karşı direnemez. İlk derece mahkemesi, Hukuk Genel Kurulunun direnme kararını bozma kararına göre işlem yapmak ve hüküm vermek zorundadır.

Ceza Yargısının işleyişi: Türkiye'de ceza yargılaması usulü, 4 Aralık 2004 tarih ve 5271 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu" ile düzenlenmiştir. Bir suç işlendiğini duyan Cumhuriyet savcısı bu suçun işlendiği kanısına varırsa, bir "iddianame" düzenleyerek suçun ağırlığına göre, ya sulh ceza mahkemesinde, ya asliye ceza mahkemesinde ya da ağır ceza mahkemesinde, re'sen dava açar. Asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinde iddia makamı olarak Cumhuriyet Savcısı devamlı bulunur.

Ceza yargılamasında "re'sen araştırma ilkesi" geçerlidir. Mahkeme, tarafların talepleriyle bağlı değildir. Gerekli araştırmaların yapılmasına kendiliğinden karar verebilir. Her çeşit delilleri re'sen toplar. Maddi gerçeği araştıran ceza mahkemesi delilleri serbestçe takdir eder. Mahkeme üyelerinde yargı oluşmuşsa mahkeme kararını verir. Mahkeme sanığın suç işlemediği kanaatine varırsa "beraat kararı" verir. Yok, eğer suç işlediği yargısına varırsa, "mahkûmiyet kararı" verir. Bu kararın içeriği sanığın belli bir ceza ile (hapis, para cezası, vs.) cezalandırılmasından ibarettir.

İlk derece ceza mahkemesi, beraat kararı verirse, bu karar, Cumhuriyet savcısının ve özellikle suçtan zarar gören kişinin pek hoşuna gitmez. Bunlar mahkemenin beraat kararını haksız buluyorlarsa, bu kararı temyiz edebilirler. Yine, ilk derece mahkemesi, mahkûmiyet kararı verirse, bu karar da sanığın hoşuna gitmez. Sanık da bu karara karşı, istiyorsa temyiz yoluna gidebilir.

Temyiz başvurusu, kararı veren mahkemeye sunulan bir dilekçeyle yapılır. Bu dilekçenin kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde verilmesi gerekir (CMUK. m. 314). Usulüne uygun olarak temyiz dilekçesi verilmiş ise kararı temyiz edilen mahkeme, dosyayı savcılığa verir. Savcılık da dosyayı Yargıtay’a verilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, dosya hakkında mütalaasını ekleyerek dosyayı Yargıtay’ın ilgili ceza dairesine gönderir. İlgili ceza dairesi dosyayı inceler. İncelemesi sonunda, ya ilk derece mahkemesi kanuna ve usule uygun bulur ve kararı onar. Yargıtay ceza dairesinin onama kararı ile ilk derece mahkemesinin kararı kesin hüküm haline gelmiş olur. Yargıtay ceza dairesi temyiz edilen kararın hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa bu kararı bozar. “Bozma kararı” üzerine, dosya ilk derece mahkemesine (sulh ceza mahkemesi, asliye ceza mahkemesi veya ağır ceza mahkemesi) geri gönderir. Bozma kararı üzerine dava dosyası kendisine geri gönderilen ilk derece mahkemesi, Yargıtay ceza dairesinin bozma kararına uyabilir veya kendi ilk kararında direnebilir. Eğer ilk derece ceza mahkemesi, Yargıtay ceza dairesinin bozma kararına uyar, yeniden yargılamaya devam edilir. Mahkemenin uyma kararından sonra, yapacağı yargılama neticesine vereceği karar da tekrar temyiz edilebilir.

İlk derece mahkemesi, Yargıtay ceza dairesinin kararını doğru bulmuyorsa, bu karara karşı direnebilir; yani kendi ilk kararında ısrar edebilir. İlk derece mahkemesi “direnme kararı” ile davadan elini çeker, yani davayı sona erdirmiş olur. Ancak bu direnme kararı da ilk kararı gibi temyiz edilebilir. Bu direnme kararı temyiz edilmezse, ilk derece mahkemesinin ilk kararı kesinleşmiş olur. Yok, eğer direnme kararı temyiz edilirse, dosya tekrar Yargıtay’a gönderilir. Ancak bu sefer, dosya Yargıtay ceza dairesine değil, Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gider. Ceza Genel Kurulu dosyayı inceler. Ya direnme kararını doğru bulur, bu halde direnme kararını onar. Bu durumda, ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşmiş olur. Ya da Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ilk derece mahkemesinin kararına karşı direndiği Yargıtay ceza dairesinin kararını doğru bulur, bu takdirde ise direnme kararını bozar. İlk derece mahkemesi, bozma kararına uymak zorundadır; yani artık eski kararında direnemez.

3.4.2 Bölge İdare Mahkemeleri

Bölgelerin coğrafi ve iş durumuna göre İçişleri, Maliye ve Gümrük Bakanlıklarının görüşü alındıktan sonra, Adalet Bakanlığı tarafından kurulur ve yargı çevresi saptanır. Bir başkan ve iki üyeden oluşur. Bölge İdare mahkemelerinin görevi, idare ve vergi mahkemelerinin

tek hakimle verdiği kararlara karşı yapılan itirazlar ile idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkacak görev ve etki uyumsuzluklarına bakmaktır.

3.4.3 Danıştayın görev, yetki ve sorumlulukları

Anayasanın 155. maddesinin ilk fıkrasına göre, idare mahkemelerince verilen ve yasanın başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Yasada gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Hem danışma hem de inceleme mercii olarak görev yapar. Danıştay meslek mensupları; Danıştay Başkanı, Danıştay Başsavcısı, Danıştay başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerdir. Ayrıca Başsavcılığa bağlı yeter sayıda savcı ve dairelerde görev yapan yeter sayıda tetkik hakimi bulunur. Anayasa'nın 155. maddesi üçüncü fıkrasına göre, Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hakim ve savcıları ile bu meslektan sayılanlar arasından, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, dörtte biri de nitelikleri yasada belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilir.

Danıştay, bazen üst derece (temyiz mahkemesi) olarak değil, ilk derece mahkemesi olarak da çalışır. Örneğin Bakanlar Kurulu kararlarına, bakanlıkların düzenleyici işlemlerine, müsteşar gibi bazı yüksek kamu görevlilerinin atanmasına dair müşterek kararnamelere karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları, idare mahkemelerinde değil, doğrudan doğruya Danıştay'da açılır.

3.5 Görevli Mahkemeler

İnşaat sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda görevli mahkeme, işin parasal boyutuna ve davanın niteliğine bağlı olarak HUMK'nun 1. ila 8. maddeleri arasında düzenlenen hükümlere göre belirlenir.

Buna göre, değeri her yıl bütçe yasasında belirtilen miktara (01.01.2010'dan itibaren 7.230,00 TL) kadar Sulh Hukuk Mahkemeleri ve belirtilen değerden fazla miktarda bulunan davalara bakmakla ise Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir. Mahkemelerin görevi, kamu düzeni ile ilgilidir.

Asliye mahkemelerinin görev kapsamında bulunan davalardan ticari dava niteliğinde bulunanlar, o yerin **asliye ticaret mahkemelerinde**, ticari dava niteliğinde bulunmayan davalar ise, **asliye hukuk mahkemelerinde** görülür. Davanın görüleceği yerde asliye ticaret mahkemesi bulunmadığı takdirde, ticari nitelikte olan davaya da asliye hukuk mahkemelerinde bakılır (Türk Ticaret Kanunu madde 5).

İnşaat müteahhitliği, TTK 12. maddesine göre, ticari nitelikte bir iş olup, aynı yasanın 14. maddesi hükmünce ticari bir işi yapan kimseye tacir denir. Buna göre, yüklenici bir tacir-

dir. Tacir, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Ayrıca, TTK 18. maddesinde açıklandığı üzere, “Kendi kuruluş ve yasaları gereğince hususi hukuk hükümleri çerçevesinde idare edilmek ve ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan, örneğin; DSI, İller Bankası, DDY, İstanbul Belediyesi’ne ait bir kuruluş bulunan İSKİ “tacir niteliğinde hükmi şahıslardır.”

TTK 21. maddesi hükmünce, bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Aynı yasanın 4. maddesinde, her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava olarak tanımlanmıştır; dolayısıyla, inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, bir davanın ticari dava sayılması için şu iki unsurun birlikte bulunması gerekir:

- Davanın her iki tarafının tacir olması,
- Yapılması gereken inşaatın, iş sahibinin ticari işletmeleri ile ilgili bulunması.

Bu iki unsuru birlikte içeren dava ticari bir dava olup, değeri asliye mahkemesinin görev kapsamında bulunan davaya; o yerde ticaret mahkemesi varsa, asliye ticaret mahkemesinin bakması, bulunmadığı takdirde, asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekmektedir. Değeri itibariyle sulh hukuk mahkemesinin görev kapsamında olan ticari davalara ise, asliye seviyesinde olan ticaret mahkemeleri değil, sulh mahkemeleri bakmakla görevlidir.

4. CEZA YASASI AÇISINDAN İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR

İhale kural olarak bir süreçtir ve belirli evrelere ayrılır. Kamu adına yapılan satım ve kiralama işlemlerinde bedel artırım esası, buna karşılık mal, hizmet veya yapım gibi işlerde ise bedel eksiltme esası kabul edilmiştir. En çok arttıranın veya eksiltenin icabını kabul şeklindeki irade bildirimi ve bu iradenin oluşumunu sağlayan şartlar esas alınmak suretiyle, sözleşme imzalanmasına kadarki işlemlerin tümü ihale sürecini oluşturmaktadır. Sözleşmenin imzalanması ile birlikte, süreç sona ermektedir. Türk Ceza Kanunu 235. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırmak suçu, bu evrelerin belirtilen kural ve ilkelere uyulmadan gerçekleştirilmesi halinde oluşur.

Yasalarında belirtilen usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayını müteakip sözleşme imzalanması ile tamamlanmakta olan ihale sürecinden sonra işleyen süreç, yeni TCK'da edimin ifasına fesat karıştırmak suçu olarak, 236. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Suçun unsurları dikkate alındığında, sözleşmenin imzalanmasından sonraki sürecin, ihale sürecinden ayrı olarak bağımsız bir suç olarak tanımlanmış olmasının daha doğru bir yaklaşım olduğu görülmektedir.

İhaleye fesat karıştırmak ve edimin ifasına fesat karıştırmak suçları, 5237 sayılı TCK'da düzenlenirken, yasa koyucu tarafından, bu konudaki temel yasalar olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu göz önünde bulundurulmuş ve suç tipleriyle bu yasaların düzenlemesi arasında paralellik sağlanmıştır. Gerçekten, 5237 sayılı yasanın 235. ve 236. maddeleri incelendiğinde, 2886, 4734 ve 4735 sayılı yasaların sistemine ve bu yasaların ihale yöntemine paralel düzenlemeler içerdiği görülmektedir.

2886 sayılı yasanın 83. maddesi ile 4734 sayılı yasanın 17. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışların gerçekleştiğinin saptanması halinde, fiil veya davranışın TCK'ya göre suç niteliği taşıyıp taşımadığından bağımsız olarak, ihale yasalarındaki yaptırımların uygulanması gerekir.

Ancak bu tür fiil ve davranışların önemli bir kısmı, içerik açısından incelendiğinde TCK'daki suç tipleriyle de örtüşmektedir. Örneğin “hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollardan ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak” eylemi yasak fiil ve davranışlar kapsamındadır.

Öte yandan TCK hükümleri incelendiğinde; başta doğrudan ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırmak eylemleri (m.235, 236) olmak üzere, bu amaca ulaşmak için gerçekleştirilen⁹

⁹ MADDE 106. - Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

tehdit (m.106), şantaj (m.107), cebir (m.108), irtikâp (m.250), rüşvet (m.252) fiilleri ile bunlara teşebbüs etme (m.35) halinin suç sayıldığı görülür. Yine, sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etme fiilleri, TCK'nın 204. maddesi ve görevi kötüye kullanma fiilleri, TCK'nın 257. maddesi uyarınca suç niteliğindedir.

Dolayısıyla, yasak fiil veya davranışların aynı zamanda TCK hükümlerine göre suç niteliği taşıdığı durumlarda, sadece ihale yasalarındaki yaptırımlarla yetinilmemekte, ayrıca bu kişiler hakkında gerekli cezai kovuşturmanın sağlanması bakımından, konunun C.savcılığına duyurulması gerekmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ihale yasaları kapsamında değerlendirilen her yasak fiil aynı zamanda TCK'ya göre suç niteliği taşımamaktadır. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak, sadece TCK'da suç sayılan eylemler ceza yaptırımına konu edilebilir (Gök, 2009).

4.1 Sözleşme Öncesi Süreç-(İhale Aşaması)

İhale, bir kamusal süreci ifade etmektedir. Bu sürecin; Devletin kamusal faaliyetlerinin yürütülmesine ve iş ve işlemleri yerine getiren kamu görevlilerine olan güvenin sağlanmasına yönelik olarak, hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu sürecin işleyişinde, toplumun kamu görevini yürüten kişilere karşı duyduğu güveni sarsıcı tutum ve davranışlar içerisine girilmesi, ceza hukuku bakımından yaptırımı gerektirmektedir. 5237 sayılı TCK' da ihaleye ilişkin suçlar, “topluma karşı suçlar” başlıklı üçüncü kısmın “ekonomi sanayi ve ticarete ilişkin suçlar” adlı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Ancak her iki düzenlemede de geçen “kamu kurum ve kuruluşları” kavramı, suçun, aynı zamanda kamu düzenine ve Devlet tüzel kişiliğine karşı işlendiğini de göstermektedir. Bütçeden ayrılan ödeneklerin ekonominin gereklerine uygun, dürüst, şeffaf kullanılabilmesi ve zaten kıt olan kaynakların ülke çıkarları doğrultusunda değerlendirilebilmesi için kamu harcamalarının doğruluk ve dürüstlük ilkelerine uygun yapılması son derece önemlidir.

MADDE 107. - Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

MADDE 108. - Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.

MADDE 250. - Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

MADDE 252. - Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış cezaya hükmolunur.

MADDE 204. - (1) Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

MADDE 257. - (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Ancak, ihale mekanizması, ne kadar iyi düzenlenirse düzenlensin, bu konuda hem mevzuat, hem de ihaleyi uygulayacak kişiler açısından ne kadar önlem alınırsa alınsın, kötü kullanıma ve haksız çıkar sağlamaya son derece açık bir alandır. Hele, bu alanda söz konusu olan parasal miktarların genellikle son derece büyük miktarlarda olması ekonomik suçların işlenmesinde, en önemli etkenlerden birisi olan haksız çıkar sağlama çabasını ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, her ülkenin ceza hukuku sisteminde kamu ihale sisteminin kötüye kullanılması dolayısıyla gerçekleştirilecek eylemler, suç olarak düzenlenmektedir. Böylece, hem bir yönüyle ülkenin ekonomik denge ve çıkarlarının korunması sağlanmaya çalışılmakta, hem de kamuya duyulan güven korunmaya çalışılmaktadır.

4.1.1 İhaleye fesat karıştırma suçu

765 s. TCK'da ihale suçları, beş ayrı madde halinde düzenlenmiştir, bu düzenlemeler incelendiğinde, benzeri suç tiplerine çok farklı yaptırımların uygulandığı görülmektedir (Kazancı, 2007). Örneğin m.205'te, memurun devlet namına alım satımına veya yapımına fesat karıştırması suç olarak düzenlenmiş ve memurun bu işlemler sırasında, irtikâp etmesi, on seneden az olmamak üzere cezalandırılmış; ayrıca zararın da kendisine ödettirileceği düzenlenmişti. Madde 208'de ise, memurların devlet namına alım satımında, ticaret yapmaları men edilerek bu fiili işleyenlere, üç seneden az olmamak üzere ağır hapis cezası öngörülmüştü. Madde 366'da, resmi arttırma ve eksiltmelerde şiddet, tehdit veya hediye vaadi veya verilmesi, başka bir takım menfaatler temin edilmesi ya da gizli anlaşma yapılması suretiyle rekabeti engellemek veya ihlal etmek, teklifte bulunanları, çekilmeye zorlamak suç olarak kabul edilmiş; bu fiillerin cezası ise üç aydan bir seneye kadar hapis ve bir miktar ağır para cezası olarak belirtilmişti. Aynı maddede failin, memur olması durumunda bir seneden üç seneye kadar hapis cezası verileceği belirtilmişti. Madde 367'de, yine çok benzer unsurlarla resmi ve özel alım satım ya da kira arttırmalarında, rekabetin men veya ihlali veya müzayedeye katılanların çekilmeye mecbur edilmesi, bir aydan üç aya kadar hapis ve para cezası ile yaptırım altına alınmıştı. Madde 368'de, herhangi bir menfaat karşılığında resmi bir ihaleden çekilmek, suç olarak kabul edilmiş ve altı aya kadar hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılmıştı. Görüldüğü gibi, bu beş maddede düzenlenen fiillerin hemen hepsi, aşağı yukarı benzer durumlar içermektedir. 765 s. TCK'nın, gelişen topluma uyum sağlayamaması, AB uyum sürecinde başlatılan iyileştirme hareketleri kapsamında, ceza hukuku alanında da bir değişim sürecine girilmiştir. Bu çerçevede yapılan değişiklik uyarınca, 26.09.2004 tarihinde, 5237 s. TCK kabul edilmiş, 01.06.2005 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.

5237 s. TCK, farklı maddelerde düzenlenen ihaleye fesat karıştırmaya yönelik fiilleri, tek maddede birleştirmiş ve suçun cezasını oldukça ağırlaştırmıştır (5 yıldan 12 yıla kadar hapis)¹⁰. Fark edileceği üzere, caydırıcılığı daha az olan 1 yıla ya da 3 aya kadar hapis cezası ye-

¹⁰ Madde 235-

rine, 12 yıla kadar ceza verilmesi bu tür fiillerin işlenmesinin önlenmesi bakımından daha etkili olması düşünülmüştür.

Bu suç ile korunan hukukî değer konusunda, doktrinde, farklı görüşler yer almakla birlikte, 235. maddenin gerekçesinde, “Bu hükümle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle kamu adına yapılan mal ve hizmet alım ve satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir” denilerek, kamuoyunda ihalelerde yolsuzluk yapıldığı ve rant sağlandığı yönündeki genel kanaât, ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Diğer taraftan, fiilin zarar meydana gelmemiş olsa dahi cezalandırılması ve failin sadece kamu görevlileri değil, diğer kişilerin de olabileceği göz önünde bulundurularak hem kamu idaresinin itibarının hem de devletin ekonomik çıkarlarının korunduğu, dolayısıyla korunan hukukî değerın karma nitelikte olduğu şeklinde görüşler bulunmaktadır (Özgenç, 2007; Çelik, 2006; Altıparmak, 2006; Sarıtaş, 2007; Dülger, 2008).

Aynı zamanda, bu suç tipiyle korunması istenen öncelikli değer; genelde ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynakların korunması; özelde ise bunları sağlamak için rekabet ortamının korunmasıdır. İhale sürecinde, gerçek bir rekabetin var olabilmesi için, bir takım koşullar gerekmektedir. İhale ilanının herkese ulaşması, kuralların eşitlik ilkesine göre uygulanması, seçimin tarafsız olması gibi... Bu ilkelerin göz önüne alınmaması ve bunun yanı sıra ihaleye katılanlar arasında serbest rekabet ortamı bozulduğu durumların oluşması ihaleye fesat karıştırma halleri olarak kendini gösterecektir.

-
- (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
 - (2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:
 - a) Hileli davranışlarla;
 1. İhaleye katılma yeterliliğine, koşullarına sahip olan kişilerin ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,
 2. İhaleye katılma yeterliliğine veya ihaleye ve koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak.
 3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,
 4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak,
 - b) Tekliflerle ilgili olup da ihale şartnamesi ve mevzuatına göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.
 - c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.
 - d) İhaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli antlaşma yapmaları.
 - (3) İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez.
 - (4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görelî kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.
 - (5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığıyla yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.

Belediye ve bayındırlık ihalelerinde özellikle, bölüşüm ve paylaşım şeklinde yapılan anlaşmalar sıklıkla görülmektedir. Belli bölgelerde, çoğu kez işi alan kişiler, aynı isimlerden oluşmaktadır. Böylece bu kişiler ihale kapasitesini paylaşarak haksız kazanç elde etmektedirler. Hatta bu şekilde paylaşarak anlaşılan ihaleleri, gerçek bir rekabet ortamında yapılmış gibi gösterilmesi de mümkün olabilmektedir. Böyle örtülü durumların ortaya çıkması, çoğu zaman güç olmaktadır.

İhale sürecine hâkim olan ilkelerin, özellikle rekabet ilkesinin, uygulanması zorunluluktur. Bu ilkelere uyulmadan yapılan bir ihale, iptal istemiyle dava edilebilir. Ancak bu şekilde açılmış bulunan idari dava sayısı oldukça azdır. Bunun nedeni, davayı açan açısından, idare tarafından gelecekteki ihalelerde bir olumsuzluk olacağı endişesidir (Kazancı, 2007).

4.1.1.1 Suçun faili

Yasada, suçun faili olabilmek için herhangi özel bir şart aranmamıştır. Bu suçun faili herkes olabilecektir; nitekim maddede, “fesat karıştıran kişi” denilerek, bu durum açıkça ifade edilmiştir.

Her ne kadar kamu adına yapılan ihaleler, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilse de bu ihalelere, suçun maddi unsurunda belirtildiği şekilde etki edilmesi, kamu görevlileri tarafından olduğu kadar, kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda, kamu görevlisinin durumu özellik arz etmektedir. İhaleye fesat karıştırma eylemi sonucunda, kamu görevlisinin haksız bir yarar elde etmesi durumunda; 235. maddenin 4. fıkrası gereğince, bunun ayrıca başka suçlara da sebebiyet vermesi halinde, söz konusu kamu görevlisi, bu suçlardan da ayrıca yargılanacaktır.

4.1.1.2 Suçun unsurları

Tipiklik, fiilin kanunda tanımlanan suç tipinin unsurlarını taşımasını ifade eder. Dolayısıyla, yasada, o suçun varlığı için aranılan şartlar taşınmıyorsa, suçun varlığından da söz edilemez ve cezalandırma yoluna gidilemez. Hukukta “suçların ve cezaların kanuniliği” ilkesi geçerlidir ve ancak kanunda suç sayılan hâllerde ve kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilir. TCK (5237)’nin 235. maddesinin birinci fıkrasında, “Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran” şeklinde suçun tanımı yapıldıktan sonra, ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilecek fiiller açıkça belirlenmiştir. Yasada ihaleler bakımından bir ayrırma gidilmediğinden, kamu kurum veya kuruluşu adına yapılmış ihale olması yeterli olup, ihalenin tâbi olduğu mevzuatın önemi bulunmadığı gibi, fiil sebebiyle bir zarar meydana gelmiş olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. 235. maddenin uygulanabilmesi için bulunması gereken ilk şart ihalenin “kamu kurum veya kuruluşları” adına yapılmış olmasıdır.

“...ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun hükümlerine tabi bir ihale olması

şart değildir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal ve hizmet alım veya satımlarına ya da kiralanmalarına ilişkin ihale olmasıdır" (Y.5.CD, T.09.10.2006, E:2006/7923, K:2006/7697).

Öte yandan, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (Türk Tabipler Birliği, Barolar Birliği, Türk Eczacıları Birliği gibi), bunların bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması da madde kapsamına alınmak suretiyle, madde nin uygulama alanı genişletilmiştir.

İhalelere fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, ihaleyi yönetenlerin memur, yani kamu görevlisi olması gerekir. Dolayısıyla, bir memur tarafından yönetilmeyen herhangi bir artırma veya eksiltmeye hile karıştırılması kamu güvenini sarsmadığı gibi kamu idaresini de ilgilendirmemektedir. Bu itibarla, TCK'da, özel kişiler arasında açık artırma veya eksiltme yapılması halinde ihalelere, hile ve fesat karıştırılması ceza olarak nitelendirilmemiştir.

Tipiklik ilkesiyle ilgili bir başka belirtilmesi gereken husus ise cezalandırma normunda yanılmadır. Failin, yasayı bilmemesi mümkündür. Ancak TCK (5237) m.4'de yasayı bilmenin mazeret sayılamayacağı belirtilmiştir. Bu aşamada, m.30/4'e göre işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda, kaçınılmaz bir hataya düşen kimse cezalandırılmayacaktır. Bu itibarla fail, hareketini gerçekleştirirken bunu yasal sanıyor, hukuka aykırı bir eylem olarak görmüyorsa yani, hukuka aykırılığın farkında değilse cezalandırılmayacaktır. Bu durumda failin hatası kaçınılmaz olduğu için, kusurunun bulunmadığı kabul edilmektedir (Kazancı, 2007).

Suçun maddî unsuru, “fesat karıştırma” fiilidir. Arapça bir sözcük olan fesat kavramı, bozukluk, karışıklık, kargaşa, arabozculuk, hile gibi muhtelif anlamlar taşımaktadır (Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük). İhaleye fesat karıştırma da değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde, fesat karıştırma, kişinin kendisine menfaat sağlamak maksadıyla devlet adına yapılan alım, satım ve yapım ihalelerinde hile, desise, tehdit, şiddet veya cebir gibi yollara başvurusu şeklinde yorumlanmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçunun maddî unsurunu, yani fiilini, “kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştırma” oluşturmakla birlikte, 235. maddede, ihaleye fesat karıştırma sayılacak fiiller, tek tek sayılmıştır. Dolayısıyla, bu fiillerden birinin gerçekleşmesi hâlinde, suç işlenmiş sayılacağından seçimlik hareket suç kabul edilmektedir. Bununla birlikte, gerçekleşen fiil, fesat karıştırma sayılan hâllerden birine uymamakla beraber, Yasada tanımlanan başka bir suçu oluşturuyorsa, kişinin o suçtan cezalandırılması mümkündür. Mesela kapalı zarf usulüyle yapılması gereken bir ihalenin sadece pazarlık usulüyle yapılmış olması, ihaleye fesat karıştırma olarak değerlendirilmemelidir. Burada bir usule aykırılık, yerine göre, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturma bağla-

mında değerlendirilebilir. Eğer hile yoksa o işe özgü olarak öngörülen ihale usulüne göre yaptırılmamış olması, ceza hukuku bakımından sorumluluğu gerektirmez.

*“...ihale konusu olan 35.194 kg dikenli teli, **kapalı zarf yerine, İhale Yasası hükümlerini aşmak için, bölerek pazarlık yöntemiyle almaktan ibaret eylemleri, TCK’nın 240. maddesinde tanımlanan, görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçunu oluşturur**” (Y.4.CD, T.09.02.1998, E:1988/21, K:1998/669).*

Suçun oluşması için, herhangi bir zararın oluşması zorunlu değildir. Zarar meydana gelmese dahi, suç oluşacaktır. Ancak zararın meydana gelmiş olması halinde, suçun daha ağır cezalandırılması gerektiği, maddenin 3. fıkrasında belirtilmiştir.

Yasaya göre ihaleye fesat karıştırma sayılan hâller şunlardır:

• **Hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırmak**

- **İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye katılmalarını engellemek**, Yasada ihalelerde eşitlik ilkesinin geçerli olacağı işaret olunduktan sonra ihaleye katılacak olanlardan “ekonomik ve malî” yeterliliğin ve “meslekî ve teknik” yeterliliğin belirlenmesi maksadıyla birtakım belgelerin istenilebileceği belirtilmiş, ihaleye katılamayacak olanlar sayılmıştır. Bu durumda, kanunda sayılan yasaklı kişilerden olmayan ve istenilen yeterlilik koşullarını karşılayan herkesin ihaleye katılabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. İşte ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişilerin birtakım hileli davranışlarla -sahte belge düzenleme, sunulan belgeleri yok etme vs. gibi- ihaleye katılımının engellenmesi hâlinde fesat karıştırma suçu işlenmiş olacaktır.
- **İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmalarını sağlamak**, Yukarıda izah edilenin aksine yasa çerçevesinde aranılan yeterlilik koşullarını taşımayanların ihaleye katılımının sağlanması da ihaleye fesat karıştırma kabul edilecektir. Örneğin, ihaleye katılma şartlarını taşımadığı hâlde sahte belge düzenlemek suretiyle ihaleye katılımın sağlanması hâlinde bu suç işlenmiş sayılır. Ayrıca sahte belge düzenleyen kişi, bu suçtan da cezalandırılır.
- **Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak**, Kural olarak tarafların iradelerini özgürce belirtme hakları vardır. Bunun neticesinde sözleşme tanzim edebilirler. Ancak söz konusu idare olunca durum tek taraflı gerçekleşir. Zira idare, hem özel hukuk sözleşmelerinde hem de bir idari sözleşmenin şartlarını tek yanlı iradesi ile ortaya koyar. Dolayısı ile karşı taraf bu şartları ya kabul edecektir ya da etmeyecektir. İdarenin belirlediği sözleşmeye ilişkin kurallar şartname denen belgede yer alır. Nitekim gerek Kamu İhale Kanunu’nda gerekse Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda bu konulara değinilmiştir. Şartnameye aykırı bir teklif değerlendirilmez. Buna istinaden sözleşme de imzalanamaz. Buna göre şartnameye uygun bir teklif değerlendirmeye alınabilir. Bunun aksine bir davranış ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur. Örneğin Ziraî Alet alımına ilişkin bir ihale şartnamesinde ilaçlama tanklarının plastik ya da fiber olması istenmiştir. İhaleye giren A firmasının tankları bu şartları taşımasına rağmen hileli olarak ihale dışı bırakılmış ise burada suçun oluştuğundan bahsedebiliriz.
- **Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak**, Bu halde şartnameye uygun olmayan bir kimsenin teklifinin değerlendirmeye alınması söz konusudur.

“...şartnamede istenilen yeterli düzeyde makine parkına sahip olmadıkları halde, olduğundan bahisle demirbaş defteri düzenleyip ihale komisyonuna vermek ve bu hale göre komisyon tarafından kabul edilip ihaleye sokulmaları şeklinde gelişen sanıkların eyleminin, TCY’nın 343 maddesindeki suçu oluşturur” (Y.6.CD,T. 30.03.1995 E.1995/3466, K.1995/3449).

- **Tekliflerle ilgili olup da ihale şartnamesi ve mevzuatına göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak**; İdareler, yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti,

eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur (KİK m. 5/1). Gizli kalması gereken bilgilerin başkalarına bildirilmesi ihalenin serbest rekabet ortamında yapılmasını engellemektedir. İdare görevlileri, ihale süreci ile ilgili olarak isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle, işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler. Kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar (KİK m.61). Zira tekliflerin bir başka teklif verence bilinmesi, ihalenin objektifliğini yitirmesine neden olacağı gibi, rekabet ortamını da bozacaktır. Burada hileli bir davranışın olması aranmaz. Yani bilgi ve belgelerin hileli bir biçimde ulaştırılması, ya da hileli şekilde ele geçirilmiş olması gerekmez. Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamakla suç tamamlanır. Bu bilgilerin kullanılması nedeniyle bir kısım isteklinin ihaleden çekilmesi ya da bu bilgiler dolayısıyla ihale ortamında kalması önemli değildir. Mesela 100 ton kuru gıdanın alınacağı ihale öncesinde yapılan piyasa araştırmaları neticesinde öngörülen yaklaşık bedelin ihaleye girenlere bildirilmesi, ya da kaldırım çalışmaları için çıkılan yapım ihalesinde teknik açıdan gizli tutulması gereken bilgilerin ve kullanılması istenen malzemenin önceden ihaleye girecek kimselere bildirilmesi, bu duruma örnek teşkil edecektir.

- **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;** Cebrin, doğrudan ihalede rekabeti sağlayacak, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek şeklinde tezahür etmesi gerekirken, tehdidin ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilere doğrudan yönelik olması aranmamaktadır. İleride gerçekleşmesi mümkün olan ve ihaleye katılmak isteyenlerin veya katılanların yakınlarına veya mallarına yönelik bir tehdit ile ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemeye yönelik fiillerin varlığı yeterli olmaktadır.
- **İhaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli antlaşma yapmaları;** İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli antlaşma yapmaları ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmiştir. Bu tür fiiller aynı zamanda Rekabet Kanunu'na da aykırılık teşkil etmektedir. Kartel adı verilen bu anlaşmalar ile rakipler arasındaki rekabet azaltılmakta veya tamamen ortadan kaldırılmaktadır (Kazancı, 2007). İhale sürecinde ise, ihaleye katılmak isteyen bağımsız firmalar ihale makamına karşı aralarında anlaşarak rekabeti ortadan kaldırmaktadırlar. Bu durum aynı zamanda fiyatların da piyasa şartları üzerinde belirlenmesine yol açmaktadır. Suçun oluşumu ve cezalandırılma için kişilerin ihale şartlarını etkilemek kastıyla açık veya gizli antlaşma yapmaları yeterlidir.

Suçun manevi unsuru, kasttır. Suç, fail tarafından bilerek ve isteyerek işlenmiş olmalıdır. Doktrinde bir fikre göre failde almaya, satmaya, yapmaya yetkili olduğu bir çeşit malın veya eşyanın alımına, satımına veya yapımına fesat karıştırmaya yönelik bilme ve istemenin olması aranmalıdır. Failin bilgisizliği, tedbirsizliği, dikkatsizliği yani kastı olmadan meydana gelen fiiller, bu suçu oluşturmaz.

4.1.1.3 Yaptırım ve kovuşturma

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kişiye, Yasa'nın 235. maddesinin 1. fıkrasına göre beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilecektir. Görüldüğü üzere cezanın miktarı, 765 sayılı TCK'nın benzer maddeleri olan 205 ve 368. maddelere göre oldukça arttırılmıştır. Suç politikası açısından çok önemli, uygulaması çok fazla olan ve ülke kaynaklarını kullanan ve bu kaynakları oluşturan tüm halkı ilgilendiren bu suç için, böyle ağır bir yaptırımın öngörülmesinin eylemin işlenmesi açısından caydırıcı nitelikte olacağı ve bu suç tipine ilişkin genel ve özel düzenleme amacına uygun olduğu düşünülmektedir (Dülger, 2008).

TCK'nın 235. maddesinin 3. fıkrasına göre, failin gerçekleştirdiği ihaleye fesat karıştırma eylemi neticesinde ihaleyle ilgili kamu kurum ya da kuruluşunun zarar görmesi halinde, faile verilecek ceza, yarı oranında arttırılacaktır. Ayrıca, ihaleye fesat karıştırılması sonucunda zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte, bu zararın miktarının belirlenememesi halinde de faile verilecek ceza yine yarı oranında arttırılacaktır.

Bu suçu işleyen fail hakkında ayrıca KİK'in 17. maddesinde düzenlenen idari yaptırımlar da uygulanacaktır.

Kovuşturma genel esaslara tabidir. Ancak failer açısından bir değerlendirme yapılırsa; suçu işleyen memur ise; kovuşturulmasında, 4483 s. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunu m.2/1, "Suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır" denmiştir. 3628 s. Mal Bildiriminin Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m.17/1'e göre, "3628 sayılı kanunda yazılı bulunan suçlarla, irtikâp, rüşvet, ihtilas, zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımına fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanıklar hakkında" 4483 s. Yasa yerine 3628 s. Yasa uygulanacaktır (Özgenç, 2007). Buna göre savcı suçu doğrudan kovuşturabilecektir. Eğer fail memur değil ise, kovuşturma genel esaslara tabi olacaktır.

" Görevi nedeniyle suç işleyen sanık hakkında, 4483 sayılı Yasa gereğince anılan yasanın 1. maddesi cürüm ve kabahat ayrımını kaldırmış olmakla soruşturma izni olmadan yargılamaya devamla hüküm kurulması yasaya aykırıdır." (Y.2.CD,T. 15.01.2001 E.2001/14485, K.2001/49).

Bu suç soruşturması şikâyete bağlı bir suç tipi değildir, dolayısıyla Cumhuriyet Savcılığı'na, ister suç ihbarı yoluyla, ister diğer bir başka yolla bu suçun islendiği haberinin alınması ile resen soruşturma başlatılacak ve suçun islendiğine ilişkin yeterli şüphe olması halinde fail hakkında kamu davası açılacaktır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 12. maddesi gereğince, bu suça ilişkin yargılamayı yapmakla görevli mahkemeler suçun islendiği yer ağır ceza mahkemeleridir

4.1.2 İhale ihtiyacının ortaya çıkması ve ilanı

Kamu alımları süreci, ihtiyacın ortaya çıkması ile başlar. Bu süreçte, idareler, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanda karşılanmasını, kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla yükümlüdürler. Bu nedenle ihtiyacın doğru olarak saptanması, büyük önem arz eder. İhtiyacın giderilmesi için yeterli ödeneğin sağlanmış ve bütçeye konulmuş olması gerekir. KİK' de, ödeneği olmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı, 5. maddede ilkeler başlığı altında hükme bağlanmıştır.

“... 01.05.2007. tarihli ihale onay belgesinde işin yaklaşık maliyetinin 499.664,09 TL olarak belirtildiği ve kullanılabilir ödenek tutarının ise 200.000,00 TL olduğu tespit edilmiştir. İdari şartnamenin 49.2 maddesinde ihale konusu işin takvim günü olduğu, 46.5 maddesinde ise bu iş için planlanan yıllık ödenek diliminin tamamının 2007 yılında kullanılacağını belirtildiği görüldüğünden, **yeterli ödeneği bulunmadan çıkılan ihalenin iptali gerekmektedir**” (KİK, 2007/UM.Z-2780).

İhale işlemleri ile ilgili belgelerin bir arada tutulması maksadıyla ihale işlem dosyası düzenlenir. Bu dosyanın içinde, ihale onay belgesi ve eki yaklaşık maliyet hesap cetveli, ihale dokümanı (idari şartname, teknik şartname, uygulama projeleri), ilan metinleri, isteklilerin başvuru ve teklifleri, ihale komisyonu karar ve tutanakları gibi ihale süreciyle ilgili tüm belgeler bulunur.

İhale sürecinde egemen olan ilkelerden biri de saydamlık (açıklık) ilkesidir. Buna göre, istekliler ihale ile ilgili bilgilere ulaşabilme, öğrenebilme, görebilme hakkına ve yetkisine sahiptirler. Tüm aşamalarda katılımcılar sürece ilişkin konularda bilgilendirilmelidir. Yolsuzluk ve yasal olmayan davranışlardan kaçınmak için saydamlığın temel ilke olarak benimsenmesi gerekmektedir. Ancak yine de bazı işlemlerin gizlilik içinde yapılması zorunludur. Gizlilik ilkesi her ne kadar saydamlık ilkesiyle çelişir gözükse de ihale sürecinin hukuka uygun ve tarafsız biçimde işletilmesiyle sınırlı bir çerçevede görmek gerekir. Bu gizliliğin amacı da tıpkı saydamlık gibi rekabetin gerçekleşmesidir (Kazancı, 2007).

Gizlilik ilkesi, öncelikle, yaklaşık maliyetin gizli tutulmasını gerektirmektedir. Yaklaşık maliyetin hesaplanması, ihale süreci başlamadan yapılmak zorundadır. Bu bedelin ve bununla ilgili bilgilerin ihale ilanında yer almayacağı ve isteklilere ve ihale süreci ile ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanamayacağı düzenlenmiştir. İdareler, yaklaşık maliyeti, bu şekilde gizlemeyecek olurlarsa; istekliler, bu tutarı referans alarak, kendi bağımsız tekliflerini bir tarafa bırakacaklar... İhale konusu iş, gerçek maliyetini bulmayacak ve doğal olarak da idare zarara uğrayacaktır (Gök, 2009).

İhale konusu işin niteliklerini belirlemek maksadıyla, ihaleye katılımı sınırlandırmayacak şekilde, ihale yapacak idare tarafından şartnameler hazırlanır. Şartnamelerde; öncelikle işin adı, niteliği, türü ve miktarı bulunur. İhale usulü, tarihi, geçici teminatın miktarı, işe başlama ve bitim tarihleri, teslim şartları ve gecikme halinde alınacak cezalar gibi bir takım bilgiler de bulunur. Ayrıca teknik şartnamelerde de ihale konusu işin her türlü özelliği gösterilir. Ancak bu şartnamelerin, rekabet ilkesini ve eşitlik ilkesini zedelemeyecek şekilde hazırlanması gerekmektedir.

“... Teknik şartnamede yer alan **düzenlemenin subjektif nitelikte ve haksız rekabete neden olduğu** anlaşılmış olup, bu düzenleme 4734 sayılı Kanunun Temel İlkeler başlıklı 5. maddesinde yer alan rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkesine aykırıdır” (KİK, 2006/UM.Z-239).

İhalenin bir kimse üzerinde kalabilmesi için, o kişinin teklif etmiş olduğu mal veya hizmetin ihale şartnamesine uygun olması, şartnamede gösterilmiş bulunan özellikleri taşıması gerekmektedir. İşte teklif edilen bedelin, bu şartnamelerde belirtilen niteliklere sahip olmasına rağmen, hileli bir takım hareketlerle, şartnamede belirtilen nitelikleri taşıymıyormuş gibi göstererek ihale dışı bırakmak ya da şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahipmiş gibi değerlendirmeye almak, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.

*“...Şartnamede istenilen yeterli düzeyde makine parkına **sahip olmadıkları halde, olduğundan bahisle demirbaş defteri düzenleyip ihale komisyonuna vermek ve bu hale göre komisyon tarafından kabul edilip ihaleye sokulmaları şeklinde gelişen sanıkların eylemi, TCK’nın 343 ve 2886 sayılı Devlet İhale Yasasının 83/c ve 85/1. maddelerinde gösterilen suçları oluşturur***” (Y.6.CD, T.30.03.1995, E:1995/3466, K:1995/3449).

Tüm bu ön işlemlerden sonra, ihalenin ilgili herkese duyurulması esastır. Yapılacak olan ilan, isteklilerin ihaleye katılıp katılmama konusunda karar verebilmesi için gerekli tüm hususları içermelidir. İlanlarda, ihale konusu olan işin niteliği, yeri, miktarı, şartname ve eklerinin nereden alınacağı, ihalenin nerede, hangi tarih, saat, hangi usulle yapılacağı gibi hususlar bulunur.

*“ Dava konusu eylemin gerçekleştirildiği tarihte ...Genel Müdürü olan Ö. İle Satış Şubesi Müdürü olan E. ’nin mülkiyeti Arsa Ofisine ait bulunan Gebze ilçesindeki arsaların, Devlet İhale Kanunu ile Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliğinde belirlenen usul ve şekillerle aykırı olarak, **Ankara yerine Gebze’deki mahalli gazetede, satış ilanı vermek, resmi gazetede ilan yaptırmamak ve ilan ile ihale arasında en az on günlük süre bulunması hususuna riayet etmemek** suretiyle rekabet ve artırma oranı yaratmadan, üç küçük sanayi kooperatifinde ayrı ayrı satışını yapmak suretiyle, kurum zararına sebebiyet verip, görevlerini kötüye kullanmışlardır ”* (Y.5.CD, T.03.10.1996, E:1996/2174, K:1996/3201).

4.1.3 Tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi

Bu ilk aşamadan sonra istekliler, idari şartnamede istenilen ihaleye katılımı aranacak zorunlu belgeler ile mali ve ekonomik yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliliğe ilişkin belgeleri, idari şartnamede belirlenen düzenlemelere uygun olarak idareye sunarlar. Aranan kriterlere uymak ve belgeleri vermek koşuluyla isteyen herkes, ihaleye katılabilir. Sadece kanunda özellikleri belirtilen kişiler, ihaleye katılamazlar¹¹. Zira, bu kişilerin ihaleye katılmaları halinde, eşitlik ve tarafsızlık ilkesi ihlal edilmiş olur.

¹¹ 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununda aşağıda yazılı kimseler gerek doğrudan doğruya ve gerek bir vasıta ile artırma ve eksiltmelere giremezler; a) Bu kanun hükümlerine göre teşekkül edecek komisyonların azası, b) Bu komisyonların çalışmalarına esas teşkil edecek ilk vey son işleri ve evrakı hazırlayan, tamamlayan ve ihale neticelerini tatbik ve takip edecek memurlar, c) Artırma ve eksiltmenin yapıldığı yerin en büyük mülki ve askeri memuru, d) (a) fıkrasındaki komisyonlar azasının ve (b) ile (c) fıkralarındaki memurların ana, baba, evlat, karı, koca, damat, kayınpeder, ve kardeşleri ve bunların veya komisyon azalarının şerikleri, e) Bu kanunda yazılı ceza hükümleriyle artırma ve eksiltmelere girmeleri muvakkaten veya müebbeden hükmen men edilmiş kimseler (m.4).

2886 sayılı Devlet İhale Kanuna göre belirtilen şahıslar doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamazlar; İhaleyi yapan idarenin; a) İta amirleri, b) İhale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar, c) (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dahil) kan ve sıhrî hısımları, d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen şahısların ortakları ve bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar (m.6).

“...7.6.1996 tarihinde belediye encümenliğine seçilmesi nedeniyle **belediyeden ihale alabilmesine yasal olanak bulunmayan sanık** ...'in bu sınırlamadan kurtulabilmek için ... tarafından KDV karşılığı kesilen faturalarla belediyeye çimento satmayı sürdürmesi usulsüz ise de, en ucuz fiyatları içeren yazılı tekliflerin ... firmasının verilmesi ve alımında bu en düşük fiyat üzerinden yapılması karşısında, haksız menfaat sağlama koşulu gerçekleşmediği gibi dosya içeriğinden alım satıma ilişkin fatura bedellerinin ödenmesi dışında haksız menfaat sağlandığına dair yeterli kanıtların da mevcut olmadığı, bu itibarla adı geçen Sanığın 2886 Sayılı Yasanın 6. maddesine aykırı davranmaktan ibaret eyleminin genel görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu ” (Y.5.CD, T.17.05.2000, E:2000/1236, K:2000/2405).

“...Belediye Başkanı olan sanık ...'in Kamu İhale Yasasındaki engel neden olduğu halde, kurucusu ve münferiden şirketi temsile yetkili olduğu şirketin diğer ortaklarından kardeşi sanık ...'in **ihaleye katılmasını sağlayarak** kendisinin de komisyon üyesi olarak iştirak ettiği 01.08.1990 ve 10.01.1991 tarihlerinde yapılan ihaleler sonucu belediyeye ait 6 parselin kendisinin de ortağı olduğu limited şirket adına tapuda intikalini temin etmek şeklinde oluşan eylemde; 413 adet parselin alım-satımının açık teklif artırma yöntemiyle yapıldığı, isteyen ihaleye iştirak ettiği, parsellerin Belediye Meclisi ve Belediye Encümeni'nin belirlemiş olduğu muhammen bedelin üstünde satıldığı gözetildiğinde, sanıkların eylemlerinin 765 Sayılı TCK.nun 240. maddesinde düzenlenmiş görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu” (Y.5.CD, T.09.07.2007, E:2007/1794, K:2007/5967).

“ Davacı ... yasaya aykırı olarak hizmetinde bulunduğu **idareden görev alanıyla ilgili konuda iş almış bulunmaktadır**. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşme yasaya aykırı olduğundan bunun geçerliliğinden söz etmek mümkün değildir. Başka bir deyişle bu sözleşme, BY'nın 19. maddesi uyarınca geçersizdir. ” (Y.15.HD, T.18.02.1992, E:1992/3392, K:1992/708).

İhaleye teklif vereceklerde aranacak kıstasların neler olacağı, ihale dokümanında belirtilir. KİK m.10 ‘da ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlilik ve mesleki ve teknik yeterliklerin belirlenmesine ilişkin olarak hangi tür ve nitelikte belgelerin istenebileceği hususu ile gerektiğinde hangi hallerde isteklilerin ihale dışı bırakılabileceği konuları hüküm altına alınmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar; a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veya yahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar. b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler. c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler. d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar. e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri. f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri. İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar.

Ayrıca 5393 sayılı Belediye Kanunun 28. maddesi uyarınca “ Belediye başkanı görevi süresince ve görevinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, meclis üyeleri ise görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren bir yıl süreyle, belediye ve bağlı kuruluşlarına karşı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremez, komisyonculuk ve temsilcilik yapamaz”. 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanununun 2. maddesi uyarınca “ Görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde bulundukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle o daire, idare, kurum ve kuruluşdaki görev ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde giremezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar” hükümleri bulunmaktadır.

“...ihalesinde komisyon başkan ve üyesi olan sanıkların, **ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olmayan kişinin ihaleye katılmasını sağlama** eylemlerinin 5237 sayılı TCY.nın 235. (765 sayılı TCY.nın 205 ve 366.) maddesinde öngörülen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği” (Y.4.CD, T.16.05.2007, E:2007/13471, K:2007/4710).

İdarelerin, belirtilen belgeler dışında, belge istemesi mümkün değildir. İhale sürecinde eşitlik ilkesi gereğince, ihale dokümanının da belirlenmiş yeterlilik değerlendirmesi bakımından istenen bilgi ve belgeyi sağlayan herkes ihaleye katılabilecektir. Genel hatlarıyla belirtilen ihaleye katılma yeterliliğine sahip bulunan bir isteklinin, fail tarafından hileli birtakım hareketlerle ihaleye katılması engellenirse, incelemekte olduğumuz bu hareket oluşacaktır. Bu aşamada, failin yapabileceği hileli hareketler, kişiler hakkında sahte belge düzenlemek şeklinde olabileceği gibi, ihaleye katılma yeterliğine sahip kimselerin belgelerini hileli birtakım yollarla eline geçirerek, saklamak ve değerlendirmeye almamak şeklinde olabilir.

“...hastanenin idari müdür yardımcısı ve **satın alma komisyonu üyesi olan kimsenin, bir başkasına şirket kurdurup, sonradan hastane için yapılan ihalelere katılmalarını sağlayarak ve bununla birlikte kurdurduğu şirket ile birlikte iki hayali şirketinde teklif mektubu düzenleyerek ihaleye sokan kamu görevlisinin eylemini görevi kötüye kullanma kapsamında değerlendirmiştir...**” (YCGK, T.03.10.1998, E:1998/5-301, K:1998/336).

“... isimli firmaların **proforma faturalardaki adreslerde, hiç faaliyette bulunmadıkları, vergi yükümlüsü olmadıkları, Ticaret ve Sanayi Odasına kayıtlı olmadıkları ve hayali firmalar oldukları** saptanmıştır. Sanık tarafından, malzeme alacak makam yanıtılıp, kendi firması lehine tercih yaratılmasını sağlayacak şekilde, hayali firmalar adına teklif mektupları düzenlenmiştir. Yapılan sahtecilik, ihalenin kazanılması ve başka firmaların ihaleyi öğrenip katılmalarının önlenmesi için yapılmış olup....” (YCGK., T.21.04.1998, E:1998/6-40, K:1998/134).

“ Tekel Müdürü olan sanık M.nin, aynı yerde tekel experi ...ile anlaşarak kamu iktisadi teşebbüsü olan tekel hesabına tütün almaya memur edildikleri sırada **sahte belge düzenledikleri** ve tütünün kalitesini olduğundan yüksek gösterip pahasına fesat karıştırarak menfaat sağlamasına ve adı geçen işletmenin zarar görmesine yol açtıkları anlaşılmasına göre, eylemin T.C.K 'nın 205. maddesinde düzenlenen suç **oluşturduğuna karar verilmiştir**” (Y.5.CD, T.06.11.1991, E:1991/4124, K:1991/4738).

“...**ihaleye girme olanağı bulunan kişiler bu olanaktan yoksun bırakılmak suretiyle, onların mağduriyetine neden olduğundan, 5237 sayılı yasanın 257/1. maddesindeki suçun da unsurları itibariyle oluştuğu...**” (YCGK, T.07.02.2006, E:2005/11 MD-119, K:2006/15).

Bir kimsenin ihaleye katılabilmesi için ihale dokümanında belirtilen yeterlilik koşullarını taşıyor olması, bu koşulları taşımayan kimsenin normal koşullarda ihaleye katılmaması gerekir. Ancak kişilerin hileli birtakım davranışlarda bulunarak ihaleye katılma yeterliğine sahip olmamasına rağmen sahipmiş gibi göstererek ihaleye katılmasının sağlanması, suç olarak kabul edilmiştir. Bu hareketin **resmi belgede sahtecilik yapmak** suretiyle işlenmiş olma olasılığı yüksektir. Bu durumda ihaleye fesat karıştırmanın yanında, evrakta sahtecilik suçunun da oluşacağı kabul edilmektedir.

“...(A) Ltd.Şti.nin ihale komisyonuna sunduğu **mali müşavir imzalı bilançonun ihale tarihi itibariyle gerçek durumu yansıtmadığı, yanıltıcı bilgiler içerdiği tespit edilmiş olup, bu du-**

rumun Yasanın 17. maddesi (c) bendi gereği -Sahte belge kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek- fiili kapsamında değerlendirildiğinden sorumluların yasanın 60. maddesi gereğince işlem tesis edilmek üzere ilgili Bakanlığa bildirilmesi gerekmektedir." (KİK, 2006/UH.Z-378).

"...**sahte fatura tanzim etmek** suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu.." (Y.10.CD, T.12.09.1994, E:1994/8365, K:1994/10687).

"...Somut olayda, oğlu adına kayıtlı bir ilaç firmasının temsilcisi olan sanık ... Devlet Hastanesine ilaç ve malzeme bağışında bulunmuş, düzenlediği hibe faturasına göre ayniyat makbuzu kesilerek kendisine verilmiştir. Bir süre sonra hastaneye pazarlık usulü ile ilaç ve tıbbi malzeme alımına karar verilmiş, sanık tarafından kendi firmasına ait teklif mektubu ile birlikte ... ve ...'ya ait proforma faturalar sunulmuştur. Verilen teklif mektupları arasındaki fiyatlar birbirine çok yakın olup ihaleyi en düşük fiyatı veren sanığın temsilcisi olduğu firma kazanmıştır. Şikâyet üzerine yapılan araştırmada, ... ve ... isimli firmaların proforma faturalardaki adreslerde hiç faaliyette bulunmadıkları, vergi kontrol bürosunun yanıtında belirtildiği üzere vergi yükümlüsü olmadıkları, Ticaret ve Sanayi Odasına kayıtlı olmadıkları ve hayali firmalar oldukları saptanmıştır. Sanık tarafından, **malzeme alacak makam yanıtılıp, kendi firması lehine tercih yaratılmasını sağlayacak şekilde hayali firmalar adına teklif mektupları düzenlenmiştir.** Yapılan sahtecilik, ihalenin kazanılması, hastane ihtiyaçlarının kendi şirketince karşılanması ve başka firmaların ihaleyi öğrenip katılmalarının önlenmesi içindir" (YCGK, T.21.04.1998 E:1998/6-40, K:1998/134).

Bu evrede ihaleye fesat karıştırma suçlarının işlenebilmesi mümkün olabilmektedir. Örneğin **cebir veya tehdit kullanmak** suretiyle, ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan bir kimşenin teklifte bulunmasını engellemesi halinde, ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Buradaki cebir kavramı, zor kullanma anlamındadır. Cebir ve tehditte de, hile uygulanmasında olduğu gibi, kişinin iradesinde bir etki yaratılması söz konusudur. Cebre maruz kalan mağdur kendini, belirli bir davranışa yönelmek zorunda hissetmektedir. Tehditte ise, kötülüğün ileride meydana geleceği korkusu yerleştirilmeye çalışılır. Mağdur, korkutulmak suretiyle baskı altına alınmakta ve ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmalarına rağmen katılmamaktadır.

"...sanıkların 1991 yılından 1997 yılı sonuna kadar Aydın - İzmir İlleri ve çevresinde **silahlandıkları, halk üzerinde baskı kurarak çek-senet tahsilâtı yaparak haraç topladıkları...** kurdukları şirket vasıtası ile T.AŞ'ye ait Aydın İlinde elektrik sayacı okuma ve açma - kapama ihalelerini silahlı tehdit ve baskılar sonucu aldıkları, Aydın Belediyesi çöp toplama ihalesinde aynı şekilde silahlı tehdit ve baskı kurdukları, bu ihaleyi kazanamayacaklarını anladıklarında ise çete elemanları vasıtası ile olay çıkartarak ihalenin iptalini sağladıkları,..." (Y.8.CD, T.25.01.1999, E:1999/13416, K:1999/161).

"...sanıklar E,A,Y ve M'nin, mağduru ihalelerinden çekilmesi veya pay verilmesi, aksi halde **kan döküleceği konusunda tehdit ettikleri** biçiminde oluşan eylemleri yasada tariflenen suçu oluşturduğu..." (Y.8.CD, T.17.05.2001, E:2001/8873, K:2001/10780).

"...yapılacak ihaleye girmek için güvence parası yatıran yakınını **tehdit edip üzerine yürüyerek** ihaleden çekilmesini sağlayan sanığın..." (Y.4.CD, T.18.06.2001, E:2001/6464, K:2001/7560).

"...Sanığın resmi **ihaleye girmemesi için mağduru zorlama** eylemi, TCK 366/1, 61.madde ve fıkrasının konusunu oluşturur" (Y.4.CD, T.20.03.2002, E:2002/1410, K:2002/4435).

Tekliflerin alınması sırasında yapılan ve rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik bulunan **her türlü gizli veya açık anlaşmalar yapmak**, suç olarak düzenlenmiştir. Bu anlaşmalara örnek olarak, ihaleye katılan diğer kişilerin teklif ettikleri bedeli öğrenmek amacıyla memurla anlaşma yapmak, belirli bir kimse adına teklifte bulunmak için memurla anlaşmak eylemleri verilebilir. Ayrıca, aynı ihaleye katılan birkaç kişinin aralarında şirket kurup, bu şirket adına artırma ve eksiltmeye katılmaları, başkalarının uzaklaşmalarına yol açabilecek ve bu eylem ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.

"...görevlinin, firma sahibinin imzasını taşıyan antetli kağıda, teklif metnini bizzat yazıp, emanet heyetine vermesi. 366/1 maddesindeki suçun maddi unsurunu oluşturur" (Y.5.CD, T.29.01.1988, E:1988/769, K:19888/338).

"...sanık A.nın, SSK ... Hastanesi idari müdür yardımcısı ve malzeme şefi ve aynı zamanda satın alma komisyon üyesi olan T. ile hayali şirketler adına teklif mektubu düzenleyip, kendisine en düşük teklif mektubu verip, ihaleyi kazanmak hususunda anlaşmaya vardıktan sonra, kurum hastanesine yukarıda yazılı miktarda mal vermek ve bu arada kuru maddelerde 76.665 lira, yaş sebze ve meyve alımlarında ise saptanamayan miktarda idareyi zarara soktukları ve bu suretle hakkında, TCK'nın 240/1. maddesinin uygulanması gerekir" (YCGK., T.03.10.1988, E:1988/5-301, K:19888/336).

Daha sonraki aşamada, yapılan tekliflerin değerlendirilmesine geçilir. Burada aranılan özelliklere uygunluk, kalite ve bedel ölçütleri en başta dikkate alınacak hususlar olmaktadır. Yine eğer, ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmasına rağmen, bir kimsenin ihaleye katılması, hileli hareketlerle engellenirse, ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmuş olacaktır.

"...hükümlünün, para alma vaadi karşılığında ihaleye katılan kişilerin ihaleden çekilmelerini ni sağlayıp menfaat temin etmesi eyleminde, ihale fesat karıştırma suçu yanında irtikâp suçunun işlendiği sabittir" (Y.5.CD, T.26.12.2006, E:2006/12792, K:2006/10667).

4.1.4 İhalenin karara bağlanması ve sözleşmeye davet

Yapılan değerlendirmeler sonucu ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerine bırakılır. İhale komisyonu, kararı tutanağa bağlar ve ihale yetkilisinin onayına sunar. İhale yetkilisinin onayından önce, ihale üzerinde kalan isteklinin, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit ettirilir. İhalenin, üzerine bırakıldığı isteklinin yasaklı çıkması durumunda, ihale iptal edilir ve geçici güvencesi, irat kaydedilir. İhalenin iptal gerekçesi, rekabetin ortadan kalkmasıdır.

İhale yetkilisi tarafından onaylanan ihale kararı, ihale üzerine bırakılan dahil, ihaleye katılan tüm isteklilere tebliğ edilir. İhaleye katılan isteklilerden, teklifi uygun bulunmayanların geçerli süre içerisinde talepte bulunmaları halinde, idare, vermiş olduğu kararın gerekçelerini açıklamak zorundadır. Burada, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen nitelikte olduğu halde, **sahip olmadığından hareketle değerlendirme dışı bırakmak** ya da aksi durumda **değerlendirmeye almak**, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.

“...iki isteklinin tekliflerini götürü olarak değil, birim fiyat olarak verdikleri gerekçe gösterilerek, idare tarafından bu firmaların tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı, ancak ... Ltd.Şti. tarafından da birim fiyat teklifi sunulmasına rağmen teklifini değerlendirme dışı bırakılmayıp, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlendiği anlaşılmıştır. Bu durum eşit muamele, güvenilirlik ilkelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir...” (KİK, 2007/UH.Z-603).

“...anahtar teknik personel kriterini tevsik amacıyla sunulan belgelerin uygunsuzluğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılan isteklilerle aynı durumda olmasına rağmen ...Ltd.Şti.’nin ihale dışı bırakılmayarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmesi yasaya aykırılık teşkil etmektedir. Eşit muamele ilkesine aykırı hareket eden idare yetkilileri hakkında inceleme ve soruşturma başlatılmak üzere konunun ...Valiliğine bildirilmesi gerekir.” (KİK, 2007/UY.Z-1126).

“...ihaleye konu polis lojmanlarına ilişkin yeterlik belgesi komisyonu başkan ve üyeleri olan sanıkların, ihale mevzuatına ve Bakanlık tebliğine aykırı olarak, ihaleye katılan müteahhitlere yöntemle uymayan puanlar verdiklerinin, değerlendirmenin ayrı ve gizli yapılması kuralına uymadıklarının, puanlarda sonradan değişiklik ve ayarlama yaparak ihaleleri öngördükleri müteahhitlerin üzerinde bıraktıklarının kabul edilmesi karşısında, bu hareketlerin değerlendirilerek, eylemin "hükümet hesabına" yapılan ihalede, hileli araçlar kullanmak suretiyle rekabeti ihlal ve TCY.nın 366. maddesine uyar nitelikte olması...” (Y.4.CD, T.07.02.1991, E:1990/7518, K:1990/723).

“...Şartnamede istenilen yeterli düzeyde makine parkına sahip olmadıkları halde, olduğundan bahisle demirbaş defteri düzenleyip ihale komisyonuna vermek ve bu hale göre komisyon tarafından kabul edilip ihaleye sokulmaları şeklinde gelişen sanıkların eylemi, TCK’nın 343 ve 2886 sayılı Devlet İhale Yasasının 83/c ve 85/I. maddelerinde gösterilen suçları oluşturur.” (Y.6.CD, T.30.03.1995, E:1995/3466, K:1995/3449).

“...Kurumu Genel Müdür ve Yönetim Kurulu Üyeleri olan sanıkların suça konu olan eylemleri, İdarenin gereksinimi olan Halatlı Monoray Sistemi ihalesini ... firması kazandığı halde, bunu sonradan ... firmasına vermekten ibaret olmasına göre, dosyanın artırma-eksiltme (ihale) mevzuatını bilen Sayıştay uzman denetçilerinden oluşan bir bilirkişi kuruluna inceletirilerek suç konusu eylemin 2886 sayılı İhale Yasasına, TTK. Satınalma Yönetmeliğine ve idari şartnamesine uygun olup olmadığının saptanması ve sonucuna göre suçun oluşup oluşmadığının tartışılması gerekirken ...” (Y.4.CD, T.18.01.1996, E:1995/9825, K:1996/239).

“...Sanıkların tüm ihalelerin aynı firmada kalmasına neden oldukları ve araçların satın alınması durumundaki değer ile satın alınan değer farkı kadar kurumun zararına olarak firmanın haksız kazanç elde etmesini sağlamak suretiyle malın pahasına fesat karıştırdıkları...” (Y.4.CD, T.30.04.2007, E:2006/2587, K:2007/3064).

Bu işlemlerden sonra, ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin güvenceyi yatırmak suretiyle sözleşmeyi imzalaması gerektiği tebliğ edilir. İhaleyi kazanan istekli, ihale kararının tebliğinden itibaren, sözleşmeyi imzalamak zorundadır. İhale kararı verilmesinin en önemli sonucu, idare ile yüklenici arasında sözleşme yapmak borcunun doğmasıdır. Burada hem yüklenici hem de idare, sözleşmenin imzalanması sürecindeki yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Aksi halde gerekli yaptırımlar uygulanır.

“...ihale ile taraflar arasındaki hukuki ilişki tam bir akid niteliği kazanmaz... akdin geçerlilik kazanabilmesi için ayrıca sözleşme imzalanması gerekir...” (Y.4.HD, T.13.11.1958, E:1958/1190, K:1958/7391).

*“...Sözleşmenin kurulması sırasında bilerek yasaya uygun sözleşme yapmayan, bu eksikliği kendi yararı için isteyen veya **eksikliği kendisi yaratan taraf, sonradan şekle aykırılığı ileri sürerse, bu hakkın kötüye kullanılmasıdır...**”* (YHGK, T.07.4.1982, E:1979/15-990, K:1982/344).

*“ Üzerinde ihale kalan kişinin **sözleşme yapmaya yanaşmaması** durumundaki sorumluluğu, geçici teminatın gelir kaydedilmesi ile sınırlı olduğu ve bu sorumluluğun genişletilmesinin mümkün olmadığı...”* (Y.13.HD, T.29.04.1991, E:1991/1586, K:1991/4701).

Sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleştirilecek yasak fiil ve davranışlar, artık edimin ifasına fesat karıştırma suçu olarak değerlendirilecektir.

4.2 Sözleşme Uygulanması ve Sonlandırılması Süreci

İhalenin yapılması ve ihale üzerine kalan ile idare arasında sözleşme yapılması ile ihale süreci sona ermektedir. Bundan sonra, taraflar arasında, karşılıklı edimlerin yerine getirilmesine dayalı ifa süreci başlamaktadır. Dolayısıyla, ihale sözleşmesinin imzalanmasından önceki işlemler, idare hukukunun alanına girmektedirken, bundan sonra karşılıklı edimlerin ifası süreci borçlar hukukunun alanına girmektedir. Böylece, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi, kural olarak, yalnızca hukuki sorumluluğunu doğurmaktadır. Ancak yüklenicinin ihale sözleşmesinden kaynaklanan bu yükümlülükleri, kamuyu yakından ilgilendirdiği için, kanun koyucu tarafından bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi sırasında, edimin ifasına fesat karıştırmak, cezai yaptırım altına alınmış bulunmaktadır (Kazancı, 2007).

Yukarıda belirtildiği üzere, kamu ihalelerinde ihale süreci, başka bir yasaya tabi değil ise kural olarak 4734 sayılı KİK’e tabi olarak yürütülmektedir. İhale süreci tamamlandıktan sonra, sözleşmenin imzalanması ve edimin ifası aşaması ise 4735 sayılı KİSK’e uygun olarak yerine getirilmektedir. Ancak, bu yasada, yalnızca 4734 sayılı Yasa’da düzenlenen ihale yöntemlerine ilişkin sözleşmelerin yapılması ve edimlerin ifası düzenlenmiştir. 4734 sayılı Yasa’nın kapsamı dışında kalan ihaleler açısından uygulanacak 2886 sayılı DİK, bu Yasa’ya göre yapılacak ihale sözleşmeleri ve edimlerin ifa yöntemi için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun uygulanabilirliği açısından, bunun hangi yasaya göre yapıldığı değil, yapılan ihalenin kamu adına yapılıp yapılmadığı konusu belirleyici olmaktadır.

Burada, sözleşmelerden bahsederken, genel olarak sözleşme kavramına da değinmek gerekir. Genel anlamıyla sözleşmenin, iki ya da daha çok tarafın bir hukuki bağ oluşturmak amacıyla, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla yaptıkları hukuki işlem olarak tanımlanabilmesi mümkündür. Hukuki sonuç doğurmak için, iki veya daha çok kişinin irade beyanlarıyla sözleşme gerçekleşmiş olur. Borçlar Kanunu’nun 1. maddesinde bu husus hüküm altına alınmıştır. Maddede; “ İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur” denilmektedir.

Sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların esaslı noktalarda uyuşmaları gerekir. Bu sözleşmede, hangi noktaların esaslı hangilerinin ikinci derecede olduğunu ayırmak için kesin bir ölçü bulunmamaktadır. Bu husus, her sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve tarafların ortak amaçlarına bakılarak anlaşılabilir. Uygur (1998), “*Şartlara göre, tarafların mutlaka uyuşması gereken noktalar esaslı noktalardır.*” demiştir. İkinci derece esaslı noktaların sözleşmede belirlenmemiş olması ise, Borçlar Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenmiştir (Velidedeoğlu, 1979). Buna göre, “İki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise, ikinci noktalar belirlenmemiş olsa bile, akit olmuş nazarıyla bakılır. İkinci derecedeki noktalar hakkında uyuşulmadığı takdirde, hâkim işin mahiyetine bakarak onları tayin eder.” denilmiştir.

Görüldüğü üzere, tarafların akdin bütün esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Bir kısmında dahi anlaşamamış olmaları, akdin oluşmasını önler. Diğer bir deyişle, taraflar ikinci derecedeki hususlarda anlaşmayı, ileriye bıkabilecekleri halde, esaslı noktalardaki anlaşmaları, ileriye bırakamazlar (Uygur, 1998).

Borçlar hukukunda, kural olarak, sözleşme yapma özgürlüğü bulunmaktadır (Kazancı, 2007). Bu itibarla kişiler, istedikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Borçlar hukukunda aynı zamanda, sözleşmenin tarafları arasında eşitlik söz konusudur. Sonuçta sözleşme, karşılıklı ve birbirine uygun icap ve kabul beyanlarının sunulması ile birlikte, borçlar hukuku anlamında kurulmuş olacaktır.

Yapım sözleşmesi, Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesi hükümlerine tabidir. Yapım sözleşmelerinin hukuki dayanağını oluşturan hükümler, madde 335 ve devamındaki maddelerde yer almaktadır. 335. maddede; “İstisna bir akitir ki, onunla bir taraf, diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen karşılığında bir şey imalini gerektirir.” denilmektedir.

Görüleceği üzere, tanımdan çıkan en belirgin unsurun **bir şeyin imali** olduğu açıktır. Karşılıklı **iki tarafın varlığı** ve bu iki tarafın **aralarında anlaşmış bulunmaları**, diğer bir husus olarak ortaya çıkmaktadır (Doğanyigit, 2003). Bu durumda, yapım sözleşmesi, bir semen karşılığında, iş sahibi ile işi yapacak arasında işin yapımı konusunda karşılıklı olarak anlaşmalarını içerir. Ancak belirtmek gerekir ki, borçlar hukukunda olduğu gibi kamu işlerinde, idarenin kabul beyanı, sözleşmenin kurulması için yeterli olamayacaktır (Kutlu, 1997). Ayrıca, bu ihale kararının onanması ve sözleşmenin imzalanması da gerekmektedir. Kamu ihale sözleşmeleri, bu bakımdan, borçlar hukuku sözleşmelerinden ayrılmaktadır.

Sözleşmelerin uygulanması, Borçlar Hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, temel bir takım ilkelere tabi ise de, yapım sözleşmelerinin göstermiş olduğu özellik nedeniyle ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. 4735 s. Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu m. 4’te, bu sözleşmelerin bağlı olacağı temel ilkeler özellikle vurgulanmış, bu ilkeler:

- Tarafların sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması,

- Sözleşmelere, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hüküm konulamaması,
- Sözleşme hükümlerinde, kanunda belirtilen haller dışında değişiklik yapılmaması,
- Yasanın yorum ve uygulanmasında eşitlik prensibine aykırı davranılmaması,

şeklinde belirtilmiştir.

Maddede sayıldığı üzere, sözleşmenin uygulanması esnasında, tarafların eşit hak ve yükümlülüğe sahip olacağı belirtilmiş; başka bir ifade ile idarenin üstünlüğü ilkesinden vazgeçilmiştir. DİK'e tabi olarak yapılan ihaleler sonucu imzalanan sözleşmelerde, hala, daha idarenin üstünlüğü ilkesi geçerliliğini korumaktadır (Kazancı, 2007).

Tarafların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak, sözleşmelere, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümler konulması da yasaklanmıştır. Böylece, idarenin belirlemiş olduğu kuralları, ilan sonucunda ihale dokümanında öğrenen yüklenici, hak ve yükümlülükler konusunda emin olacaktır.

Sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı kuralı, sözleşme imzalandıktan sonra, kriterlerin değiştirilemeyeceği konusunda, yüklenicilere güven sağlayıcı bir etki yaratmaktadır.

Sözleşme hükümlerinin uygulanması aşamasında, taraflar arasında sözleşme hükümlerine farklı anlamlar verilebilmesi nedeniyle sözleşme hükümlerinin yorumlanması ihtiyacı doğabilir. İşte Yasa, bu tip durumlarda, tarafların çatışan çıkarlarının eşitlik ilkesi ile bağdaştırılacağını da ayrıca belirtmiştir.

İşte 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesiyle ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan aşamadaki bazı eylemler suç olarak düzenlenirken, sözleşmenin imzalanmasından sonraki bazı eylemler de yasanın 236. maddesinde "edimin ifasına fesat karıştırma suçu" adı altında düzenlenmektedir.

4.2.1 Edimin ifasına fesat karıştırma suçu

Kamu alımlarında ihale süreci, 4734 sayılı KİK vasıtasıyla, istekli ile sözleşme imzalanması ve sözleşme gereği, edimin yerine getirilmesi süreci ise 4735 sayılı KİSK ile düzenlenmiş bulunmaktadır. İhale sürecine ilişkin işlemler, kamu hukuku ilkelerine tâbi iken, sözleşme imzalandıktan sonra, artık özel hukuk ilkelerine tâbi hâle gelir ve ortaya çıkan ihtilaflar, özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözülür.

Sözleşme, BK'nun 1. maddesi gereği bir hukukî sonuç doğurmak üzere, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması ile kurulur. Hukukta, kural olarak sözleşme serbestîsi ilkesi geçerli olup, taraflar, yasaya ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla, diledikleri şekilde sözleşme yapabilirler. Tarafların sözleşmeden doğan bu yükümlülüklerine de

“edim” adı verilmektedir. Sözleşmenin yerine getirilmesi aşamasında, şayet bir ihtilaf söz konusu olursa, öncelikle sözleşme hükümleri çerçevesinde giderilmeye çalışılır, sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda, genel hükümlere göre çözüme kavuşturulur (Saritaş, 2007).

Kamu adına yapılan sözleşmelerde ise durum biraz daha farklıdır. Zira, KİK’e göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usuller, KİSK ile düzenlenmiştir. Yasa’nın 4. maddesinde, sözleşme yapılırken geçerli olacak temel ilkelere yer verilmiştir. Buna göre; sözleşmede ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemeyecek, Yasa’da belirtilen hâller dışında, sözleşmede değişiklik veya ek sözleşme yapılamayacak ve sözleşmenin uygulanmasında, taraflar, eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olacaktır.

Yine Yasa’nın 6. maddesinde, KİK’e göre yapılan ihaleler sonucunda akdedilecek sözleşme türleri sayıldıktan sonra, 7. maddede sözleşmede yer alması zorunlu hususlar, tek tek belirtilmiştir. Özel kişiler arasındaki sözleşmeler bakımından bir sınırlama veya şekil şartı getirilmezken, kamu kaynakları kullanılmak suretiyle kamu adına yapılacak sözleşmeler bakımından, Yasa’yla bazı esaslar getirilmiş bulunmaktadır. Sözleşme ile kararlaştırılan edimin ifasında, sözleşmeye aykırı davranılması durumunda, kamunun hak ve hukukunu korumak amacıyla ceza hukuku bakımından da birtakım yaptırımlar getirilmiştir

Türk Ceza Kanunu’nda, ihaleye ilişkin suçlar temelde iki kısma bölünmüştür: Bunlardan ilki “ihale”, ikincisi ise yine yapılan sözleşme çerçevesinde yerine getirilmesi gereken “edim” aşamalarıdır. Bu manada bakılırsa, edime fesat karıştırma suçu bağımsız olarak ilk kez düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde¹² bu suç, “edimin ifasına fesat karıştırma” şeklinde tanımlanmıştır. Suçun, eski düzenlemede, ihaleye fesat karıştırma suçu gibi açık ve net karşılıkları bulunmamaktadır. Bu bakımdan, düzenlemenin Ceza Hukuku’nda yeni bir suç ihdas ettiğini söylemek mümkün olacaktır. 765s. TCK incelendiğinde, 361. ve 362. maddelerinde düzenlenen suç tipleri ve 205. maddede düzenlenen suç tipinin edimin ifasına

¹² **Madde 236:**

- (1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması hâlinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:
 - a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi,
 - b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi,
 - c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi,
 - d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi,
 - e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi
- (3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

fesat karıştırma suçuna benzer hükümler içerdiği görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu düzenlemeler, 5237 s. TCK'da yer alan şekliyle, ihale sonucunda üstlenilen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu tam olarak karşılayan hükümler değildir (Kazancı, 2007).

Diğer taraftan, 4735 s. KİSK'in 25. maddesinde¹³ sözleşmenin uygulanması aşaması ile ilgili yasak fiil veya davranışlar sayılmış ve 26. madde ile de bu fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında bir idarî yaptırım olarak, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama öngörülmüştür. 25. maddede sayılan fiil ve davranışların aynı zamanda, TCK'da suç olarak sayılması durumunda, cezaî kovuşturma da yapılacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, bu maddede sayılan yasak davranışların bir kısmı, 5237 s. TCK m.236'da, edimin ifasına fesat karıştırma olarak değerlendirilirken, bir kısmı da Yasa maddesine alınmamıştır. Örneğin, hileli hareketlerle edimin ifasına fesat karıştırma hali suç olarak düzenlenmişken; tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak, sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek, bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak gibi hareketler, maddede suç olarak belirtilmemiştir. Bu durumda, bu tür hareketlerle, ihale sonucunda yüklenilen edime fesat karıştırılmış olması halinde, bu suçları düzenleyen genel hükümler çerçevesinde cezalandırma yoluna gitmek gerekmektedir (Kazancı, 2007).

4.2.1.1 Suçun faili

Bu suçun faili, **herkes** olabilir. Madde metninden anlaşılabacağı gibi, edimin ifasına fesat karıştırma halleri sayılırken, “malın teslim edilmesi” veya “kabul edilmesinden” söz edilmektedir. Buna göre, failin “kabule” veya “teslime” yetkili olması gerekmektedir. Malı inceleyen veya malı teslim eden kişiler de suçun faili olabilirler, mal kabul komisyonu üyesi, yapıyı muayene eden komisyon üyesi gibi. İhale sözleşmesinde, kendisine ihale bırakılmış kişi de suçun faili olabilir, yani edimi yerine getirmeye yükümlü bir kimse fail olabilir; yapım müteahhidi, taşeron ya da alt taşeron gibi. Yüklenici, ihaleyi yapan idarede çalışan kamu görevlileri, ihale yetkilisi veya bunların dışındakiler fail olabilirler, örneğin, edimi ifa edecek şirketin

¹³ KİSK Madde 25:

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

elemanları gibi. Yine bunun yanında taahhüt edilen malı eksik veren ile bunu bilerek kabul eden kimselerin failliği de söz konusu olabilir; bu durumda, her biri, ayrı ayrı fail olarak değerlendirilir. Suçun örgütlü biçimde işlenmesi de mümkündür.

4.2.1.2 Suçun unsurları

Tipiklik; TCK'nın 236. maddesinin birinci fıkrasında, "Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" denilmek suretiyle suçun tanımı yapılmış ve maddenin devamında edimin ifasına fesat karıştırma kabul edilen haller sayılmıştır. Bu itibarla, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilebilmesi için **failin davranışının kanun hükmünde sayılan fiillerden birini oluşturmaması**, yani yasadaki suç tanımına uyması gerekmektedir.

Suçun maddî unsuru; Suçun maddî unsuru denilmekle, failin fiil ve davranışı anlaşılır. 236. maddede, bu fiiller tek tek sayılmış olup, **bu fiillerden birinin işlenmesi hâlinde**, suçun maddî unsuru gerçekleşmiş kabul edilir. Yasa'da, birden fazla fiil sayılmış olduğundan, bu fiillerden birinin işlenmesi, suçun oluşumu için yeterlidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, bu özelliği itibarıyla seçimlik hareketli bir suçtur. Edimin ifasına fesat karıştırma sayılan haller, kanunda hileli davranışlarla olmak şartına bağlı olarak şu şekilde sıralanmıştır;

- **İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi;** İhale kararında işin tanımı yapıldığı gibi aynı şekilde ihale karardan sonra yapılan sözleşmede de işin adı, türü, niteliği, süresinin belirtilmesi zorunludur. İhale uhdesinde kalan ve idare ile sözleşme imzalayan yüklenici edimini sözleşmede tanımlanan şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Şayet, hileli davranışlarla ihale kararında veya sözleşmede tanımlanan maldan başka bir mal teslim edilirse ya da ihale kararında veya sözleşmede tanımlanan maldan başka bir mal kabul edilirse suç gerçekleşmiş sayılır. Görüldüğü üzere, bu suç yüklenici tarafından işlenebileceği gibi kamu görevlisi tarafından da işlenmesi mümkündür. Ancak, kamu görevlisinin bir menfaat temin etmek suretiyle bu fiili işlemesi durumunda sadece edimin ifasına fesat karıştırmadan değil menfaat sağlamadan da ayrıca cezalandırılır.
- **İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi;** İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik mal teslim edilmesi veya teslim alınması hâlinde de yine suç gerçekleşir.
- **Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi;** Sözleşme imzalandıktan sonra işin sözleşmede belirtilen sürede ifası zorunludur. Yasada, sözleşmede değişiklik yapılabilecek hâller belirtilmiş olup, sadece sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, "işin yapılma veya teslim yeri, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları" hususlarında değişiklik yapılabilir. Bunun dışında KİSK'in 10. maddesinde, doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı ve gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller olarak belirtilmiştir. Ancak, burada edimini süresi içerisinde yerine getirmeyen yüklenici bakımından değil, süresi içinde ifa edilmediği hâlde süresinde ifa edilmiş gibi kabul eden kamu görevlisi bakımından yaptırım öngörülmüştür. Yalnızca kabul eden kimsenin sorumlu tutulması ile, borçlar hukukunda her iki tarafın da yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olması kuralına uygun olmayan bir durum yaratılmış bulunmaktadır (Kazancı, 2007). Edimini zamanında ifa etmeyen yüklenicinin de sorumluluğunun düzenlenmesi yerinde olurdu. Bu durumda, suçta ve ceza-

da kanunilik ilkesi gereğince, edimini süresi içinde ifa etmeyen kimseye yaptırım uygulanması mümkün olamayacaktır.

- **Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi;** Yapım ihalelerinde de şartnamelerde ve sözleşmede yapılacak işin özelliklerinin belirtilmesi zorunludur. Şartname veya sözleşmede belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen işin kabul edilmesi hâlinde suçun gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Ancak, KİSK'in 25/c maddesinde sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak yasak fiil ve davranışlar arasında sayıldığı hâlde 236. madde de yüklenici bakımından suç kabul edilmemiştir. Başka bir deyişle, yapım işlerinde, işe konu malzemeyi şartname ve sözleşmede belirlenen niteliklere uygun olmadan kullanan kişinin değil, bu haliyle işi kabul eden kişinin cezalandırılması istenmiştir.
- **Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi;** Burada da hizmet alım sözleşmelerinden doğan edimin ihale kararı ve sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesi veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul eden kamu görevlilerinin cezalandırılması söz konusudur. Burada da yukarıdaki durum söz konusudur. İş kabul eden kimseyi cezalandırırken, bu edimi ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre yerine getirmeyen veya eksik getiren yüklenici cezasız kalmaktadır.

Suçun manevi unsuru; Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. **Failin**, kamu ihalesi neticesinde yapılan sözleşmenin ifası esnasında, hileli birtakım davranışlar ile **bilerek ve isteyerek edimin ifasına fesat karıştırması** yeterlidir. Dikkatsizlik, tedbirsizlik veya bilgisizlik sebebiyle fiilin gerçekleşmesi durumunda suç oluşmaz.

4.2.1.3 Yaptırım ve kovuşturma

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karşılığı olarak yasanın 236. maddesinin 1.fıkrasında üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Görüldüğü üzere cezanın miktarı 765 s. TCK'nın benzer maddeleri olan 205 ve 368. maddelerine göre oldukça artırılmıştır. Suç politikası açısından çok önemli, uygulaması çok fazla olan ve ülkenin kaynaklarını kullanan ve bu kaynakları oluşturan tüm halkı ilgilendiren bu suç için bile ağır bir yaptırımın öngörülmesi eylemin işlenmesi açısından caydırıcı nitelikte olacağı ve bu suç tipine ilişkin genel ve özel önleme amacına uygun olduğu değerlendirilmektedir

4.2.2 Sözleşmenin uygulanması

Bu bölümde, yapının yapılacağı yerin yükleniciye tesliminden, sözleşmenin sona ermesine kadar olan uygulamalara yer verilecektir. Bu aşamada yapılanlar, idare adına kontrol örgütü ile yüklenici adına şantiye yönetimi arasında geçer. Sözleşme uygulaması teknik ağırlıklı bir evre olmasına rağmen, mevzuat bilgisini de gerektirir. Genelde, teknik elemanlar işin hukuksal boyutunu bir kenara bırakmakta, genelgeler ve yargı kararları onları pek ilgilendirmemektedir.

Sözleşmeyi uygulayan ve kontrol eden teknik elemanlar, birikimleri ile ve mevzuatı hiçbir biçimde gözardı etmeden, en sağlam ve en ekonomik yapının oluşması için uğraşmalı-

dırlar. Bu uğraşıda, yüklenicinin işlevinin üretimi yapmak, kontrolün ise yapılanı teknik ve mevzuat yönünden denetlemek olduğu ve birinin öneminin diğerinden daha az olmadığı unutulmamalıdır (Yüksel, 2002).

4.2.2.1 İşe başlama

Sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenicinin işe başlayabilmesi için iş yerinin kendisine teslim edilmesi, malzeme ocaklarının gösterilmesi, iş programının yapılması gibi işlere sıra gelir.

Belirlenen zamanda işe başlamayan yüklenicinin kalan süresi sözleşmede kararlaştırılan tarihte işi bitirmesine imkân vermeyecek yetersizlikte ise, bu durumda, B.K. 358/1. maddesi hükmünce, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın sözleşmeyi feshedebilir.

İş yerlerinin ve projelerin yükleniciye teslimi; Yapım işinin meydana getirildiği yerler ile, iş süresince, geçici veya sürekli olarak kullanılan bina, arazi, arsa, malzeme ocakları vb. yerleri işyeridir (YİĞŞ m.4).

Yapıya ait köşe kazığının çakılıp kot ve doğrultusunun verilmesine, **yer teslimi** denir. İdare, işin yapılacağı yerleri, sözleşme veya eklerinde aksi yazılı olmadıkça, iş için gerekli tesislerin kurulmasında, ihtiyaç duyulan sahalara ile hizmet yollarının geçeceği yerleri, her türlü toprak işlerine ait olup sözleşme veya eklerinde belirlenmiş veya sonradan idarece tespit edilmiş olan ariyet ve depo yerlerini, yükleniciye bedelsiz olarak teslim eder.

İşlerin yapılacağı yerlerin yükleniciye tesliminde gecikme olması ve bunun işin bir kısmının veya tamamının zamanında bitirilmesini geciktirmesi halinde, sözleşmede tespit edilen iş süresi, işin bir kısmı veya tamamı için, gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılır.

“...Yüklenici, idarenin yer tesliminde ve proje verilmesinde mutad dışı gecikme halinde sözleşme ve şartname ile kendisine düşen borçları zamanında yerine getirmemesi nedeniyle BK md.106 ve sonraki maddeler hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.” (Y.15.HD.,T. 21.06.1977, E.1977/151, K.1977/1399).

“...İdare bu ölçü dışında iş yerini gereği gibi teslim etmez ise, engelleri kaldırmaz, güvenlik önlemleri almazsa Medeni Kanunun 2. maddesi göz önünde tutularak Borçlar Kanununun 94. maddesi uyarınca müteahhidin sözleşmeden dönme hakkı doğar...” (Y.15.HD, T.17.10.1978, E:1978/1225, K:1978/1962).

“...İş sahibinin gerek yer tesliminde gerekse projeleri ikmalde çok uzun sayılabilecek gecikmesi, süre uzatımı ile karşılanamaz. Ağır kusur teşkil eden bu eylem sonucu yüklenicinin oluşan zararından sorumludur.” (Y.15.HD.,T. 10.04.1990, E.1989/2597, K.1990/1730).

Yapılacak işlerin uygulama projeleri, şartnameler ve diğer teknik belgelerle birlikte, sözleşmenin imzalanması sırasında, yükleniciye verilir. Ancak, uygulama projelerinin yükleniciye

nici tarafından hazırlanması da istenebilir (YİGŞ m.12). Yüklenici, hazırladığı projelerin ve hesapların hata ve eksiklerinden ve bunların her türlü sonuçlarından sorumludur. Projelerin idare tarafından görülmüş ve onaylanmış olması, yükleniciyi bu sorumluluktan kurtarmaz.

Sözleşme konusu işler, idare tarafından yükleniciye verilen veya yüklenici tarafından hazırlanıp idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılır. Projelerin zemine uygulanması sırasında meydana gelen hataların sorumluluğu ve hataların neden olduğu zararlar ve giderler, yükleniciye ait olup, bunun sonucu olarak meydana gelen hatalı işin bedeli de yükleniciye ödenmez.

İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde, gerekli göreceği her türlü değişikliği yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında, gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır.

İdarenin veya yapı denetim görevlisinin yazılı bir tebliği olmaksızın yüklenici, projelerde herhangi bir değişiklik yaptığı takdirde, sorumluluk kendisine ait olup bu gibi değişiklikler nedeniyle bir hak iddiasında bulunamaz (YİGŞ m.13).

*“...BİGŞ’e göre idare veya kontrolün yazısı ile yapılmış bir tebliğ olmadıkça yüklenici tarafından yapılacak değişikliklerin sorumluluğu tamamen yükleniciye aittir. Böyle bir değişiklik nedeniyle yüklenici iş sahibinden herhangi bir istemde bulunamaz. BİGŞ’e göre **projelerin fenne uygun olmadığını yüklenici idareye bildirmiş ve idare de önceki projelere göre işe devamını istemiş olması halinde artık yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olamaz.**”* (Y.15.HD.,T. 08.05.1981, E.1981/1989, K.1981/1069).

4.2.2.2 Mali uygulama

Bütçe içinde yapılacak her masrafın yasal bir dayanağı olmalıdır. Kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli şekilde kullanılması ve mali saydamlığı sağlamak maksadıyla çıkarılan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (KMYKK)’da, Devlet adına yapılan veya özel bir yasayla yapılması öngörülen bir hizmet veya husus karşılığı olmak üzere, yine Devlet adına tahakkuk eden her türlü borç, **Kamu Gideri** olarak tanımlanmıştır (m.3). Gider, aynı zamanda, dayandığı mevzuat (yasa, KHK, yönetmelik, tüzük, karar, genelge,...) hükümlerine uygun olmalıdır.

*“ Devlet harcamalarının **kamu hizmeti ile ilgili olması ve bütçede tertibinin bulunması gerekir...**”* (S.1.D., T.06.02.1996, K:1996/5980).

Hak sahibi olmayan ya da yetkisi bulunmayan kişilere ödeme yapıldığında, Devlet borcu ortadan kalkmamış olacaktır.

*“... onarım işine ait hak ediş bedelinin, **asıl hak sahibinin dışındaki bir kişiye ödendiği...**1050 s. Muhasebe-i Umumiye Kanununun 81. maddesinde, saymanın ödeme sırasında yapacağı tahkikat sırasında, istihkak sahibinin hüviyetini araştırması gerektiği hususu da hükme bağlanmış olduğu halde, araştırma yapmaksızın hak sahibi dışında ve yetkisiz bir kişi-*

ye ödemesi sonucu oluşan yersiz ödemenin saymana tek başına ödettilmesinin... " (S.7.D., T.27.06.1996, K:1996/7858).

Her yıl yapılan Bütçe Yasası'nda, Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) ve Yüksek Planlama Kurulu (YPK) tarafından hazırlanan ve giderlerin uygun şekilde Devlet gelirlerinden tahsis edildiği kalemlerin neler olduğu belirlenmektedir. Kuşkusuz, yapılan bütçelerde fazla ya da daha az harcama yapılması söz konusu olabilecektir. Bu harcamalarda, fazlalığın belirli bir miktarı aşmaması, bütçenin başarılı uygulandığını gösterecektir. Yürütme, bu amaçla yatırımlarında, uygulayıcılardan ihtiyaçlarını doğru tahmin etmelerini istemekte ve Maliye Bakanlığı eliyle bu yatırımlara tahsis ettiği ödenekleri uygun dilimler halinde tanımlamaktadır. Bu mantıkla, ödeneklerin aşılması, yasalar ve yürütmenin koyduğu kurallarla, sert olarak önlenmeye çalışılmaktadır.

KMYKK (5018 s.)'nın 20. maddesinde, kamu idarelerinin, bütçelerinde yer alan ödeneklerin üzerinde harcama yapamayacakları hükmü yer almaktadır. 32. maddeye göre bütçeden ödeme yapılabilmesi için, harcama yetkilisinin; içerisinde hizmet gerekçesi, yapılacak işin konusu ve tutarı, süresi, kullanılabilir ödeneği gibi hususlar olan harcama talimatı vermesi gereklidir. Ödeneğin aşılması durumunda, 70. madde;

" Kamu zararı oluşturmamakla birlikte bütçelere, ayrıntılı harcama programlarına, serbest bırakma oranlarına aykırı olarak veya ödenek gönderme belgelerindeki ödenek miktarını aşan harcama talimatı veren harcama yetkililerine, her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemeler toplamının iki katı tutarına kadar para cezası verilir."

hükmünü içermektedir. Yine de kanun koyucu tarafından, bu riskleri karşılamak üzere, Maliye Bakanlığı bütçesine "Düşünülmeyen Giderler Ödeneği" konulması öngörülmüştür. Bu ödenek, bütçenin hazırlanması sırasında, öngörülemeyen ve tahmin edilemeyen ve bütçelerde ter-tipleri bulunmayan hizmetlerin karşılığı olarak konulmaktadır

Bu arada, **kamu zararı ve zararın belirlenmesindeki kriterler** ise 71. maddede aşağıdaki şekliyle belirlenmiştir:

" Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. **Kamu zararının belirlenmesinde;**

- (a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- (b) Mal alınmadan, iş veya hizmet alınmadan ödeme yapılması,
- (c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- (ç) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması, yaptırılması,
- (d) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması
- (e) (Mülga: 22/12/2005-5436/10 md.),
- (f) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

esas alınmıştır.

Kamu zararına sebebiyet verenler hakkında, 71. maddede, aşağıda belirtilen cezai yaptırım düzenlenmiştir:

“ Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; **yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi** gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.”

Sözleşmenin uygulanmasında, yükleniciye, yükümlülükleri gereği meydana getirdiği imalat ve ihzarata karşı yapılan ödemeler, hakediş düzenlemesi ile gerçekleşmektedir.

Yüklenici tarafından yapılan yapım ve hizmet işlerinin bedelleri, sözleşmeye ekli birim fiyat teklif cetvelinde yazılı veya sonradan düzenlenen yeni birim fiyatlar ile metrajlarından hesaplanan iş kalemi miktarlarının çarpımı üzerinden hesaplanan tutardan, sözleşmedeki kayıtlara ve ilgili kanunlara göre yapılacak kesintiler de çıktıktan sonra, sözleşmenin ödemeye ilişkin hükümleri çerçevesinde kendisine ödenir (YİĞŞ m.40)

Yüklenicinin yaptığı işler ile ihzarattan doğan alacakları, metrajlara göre hesaplanarak sözleşme hükümleri uyarınca kesin ödeme niteliğinde olmamak ve kazanılmış hak sayılmamak üzere geçici hakediş raporları ile ödenir. Kesin hesap sonucunda, **idarenin alacaklı duruma düşmemesi ve yüklenicinin haksız kazanç elde etmemesi için**, kesin hesap öncesi ara hakedişlerde, gerekli titizliğin gösterilmesi istenir.

“...ara hak edişlerde yükleniciye **fazla bedel ödenmiş olması**, yükleniciye kazanılmış hak doğurmaz...ara hakedişler alel hesap yapılan ödemelerdir.” (Y.4.HD., T.25.03.1974, E:1974/165, K:1974/272).

“ **Yükleniciye ait hakedişi zamanında ödemeyen ve kesin hesabı çıkarıp teminatı çözmeyen idare kusurludur.**” (Y.15.HD., T.21.02.1977, E:1977/179, K:1977/4292).

“ **Yapılmayan işlere ve açık surette kusurlu olan inşaat** karşılık geçici hakediş ödenmez...Yapılan iş oranında geçici hak ediş raporlarıyla alınan paraların kazanılmış bir hak sayılabilmesi için, işin şartname ve sözleşmeye uygun olarak yapıldığına ilişkin kabulün yapılması gerekir.” (Y.4.HD., T.30.10.1988, E:1988/5802, K:1988/7150).

“...Davalı yükleniciye **fazla ödeme yapılmasına sebebiyet** verdikleri için idarenin mensupları haklarında açılan ceza davalarında verilen beraat kararları dayandıkları gerekçeleri itibariyle bu davada hukuk hakimini bağlayıcı nitelikte değildir.” (Y.15.HD., T.04.11.1991, E:1991/1495, K:1991/5197).

“...lojmanlı hizmet binasının kontrolü sanık H. ile Müteahhit Firma Temsilcisi sanık H.'nin % 65,55'i tamamlanan inşaat için % 84,70'i **bitmişçesine hakediş raporu düzenlemek** şeklinde beliren eylemlerinin, TCK'nın 345. maddesindeki suçunu oluşturur.” (Y.9.CD., T.04.12.1992, E:1992/10566, K:1992/10835).

“ **İnşaat yerinin imar yönünden projeye uygun bulunmamasından dolayı inşaat gerçekleşmemiş, projeye uygun arsa temininden sonra bu arsa üzerinde yeniden başlayan inşaat için düzenlenen hakedişlere yarım kalan inşaat ile ilgili imalat bedellerinin dahil edilmesinden do-**

ğan fazla ödemede tahakkuk memuru ve saymanın da sorumlu olacağı” (S.Temyiz Kurulu, T.02.03.1993, TN.,22959).

“...PTT hizmet binaları inşaatı sırasında; müteahhit, kontrol mühendisi ile anlaşarak inşaat-ta kullanılan **kum ve çakılı yakın mesafeden getirdiği halde, uzak mesafeden getirilmiş gibi göstermek**, inşaat sahasına getirilmeyen malzemeler için ihzarat tutanakları düzenlemek, grobetonlu teslim olmadığı halde bodrum kat için tekrar grobeton imalatı göstermek suretiyle **fazla tahakkuk sağlayarak, sahte hak ediş raporu düzenledikleri** anlaşılıp sübuta ermesine göre eylemleri, resmi evrakta sahtecilik suçunu oluşturur.” (Y.5.CD., T.14.06.1994, E:1994/1632, K:1994/1994).

“...Davanın konusu, davalılardan **yükleniciye yapılan fazla ödemenin**, yüklenici ile diğer davalı görevlilerden tahsili istemine ilişkindir...davalı yükleniciye 1.420.724.652 TL fazla ödeme yapıldığı saptanarak, **gerek yükleniciden gerekse görevlilerden bu fazla ödemeden 205.149.000 TL irad kaydedilen teminat düşülerek kalan 1.215.575.152 TL'nin tahsili istenmiştir**... görevlilerle yüklenici tarafından düzenlenen ataşmanlar ve yeşil defterlerde metraj-ların ve dolguların gerçeğe aykırı olarak gösterildiği ve fiyat farkının da yanlış uygulandığı.” (Y.15.HD., T.02.02.1995, E:1995/404, K:1995/479).

“ **Hakedişlerde imalat ve ihzarat tutarları kümülatif olarak gösterilmektedir. Hakediş raporu iç kapağında, iş bitimine kadar yapılan ihzarat kesintilerinin ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. Yapılan kesinti sonraki yıl ya da yıllarda kesinti sütununda çıkarılırsa yapılan kesinti iade edilmiş olur. 1994 yılında düzenlenen 5 no'lu hakedişte yapılan ihzarat kesintisi 1996 yı-lında yapılan 6 no'lu hakedişten çıkartılınca, yüklenicisine iade edilmiş olacağından fazla ödemeye neden olunmuştur.**” (S.4.D., T.09.06.1999 - 28735).

“...**hakediş paralarını ödememekte direnen görevli Şube Müdürü sanığın istediği rüşveti vermek istemeyen yakınının gerekli yerlere başvurusu sonunda polisle anlaşma gereği seri no.ları önceden saptanan paralarla yakalandığı**...” (Y.5.CD,T.30.01.2002, E:2002/701, K:2002/336).

“...söz konusu işleri kontrol etmekle **görevli mühendis ve tekniker sanıkların sorumlulukla-rının gereğini yerine getirmeden imzaladıkları hakediş raporlarıyla yüklenici firmalara fazla ödeme yapılmasına yol açma biçimindeki eylemlerinin, resmi belgede sahtecilik suçunu oluş-turabileceği**...” (Y.4.CD., T.07.02.2007, E:2007/769, K:2007/1287).

4.2.2.3 Sözleşme değişikliği

Sözleşmeler, uygulama aşamasında, değiştirilmek zorunda kalınabilir. İşin artırma veya eksilmesi, süre uzatımı, sözleşmenin devri, uygulanan bu tip değişikliklerdendir.

Sebebi ne olursa olsun, ilandan sonra şartname eklerinde rekabeti ve eşitlik ilkelerini zedeleyecek ve hazine zararına sebep olabilecek değişiklikleri engellemek isteyen yasa koyu-cu sözleşme dışı iş yapılmasını yasaklamış, değişikliğin zorunlu olduğu hallerde, yasal prose-dürün ne şekilde olması gerektiğini belirtmiştir.

“...ihaleye çıkarılan işin önceden saptanmış niteliklerinin korunması ve sonradan, **zorunlu haller dışında, işin niteliğinde bir değişikliğe neden olunmaması gerekir**...”

Her ne kadar BİGŞ'de, idareye projelerde değişiklik yapmak hakkı tanınıyorsa da, bu olanak sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada ve üzerinde anlaşılan projelerin bazı kısımlarındaki zorunlu değişiklikler içindir. **Aksi halde projelerde ve ihale bedelinde meydana gelecek de ği-şiklikler yeni bir ihaleye konu olur.**” (D.12.D., T.23.06.1975, E:1973/2959, K:1975/4815).

“...yüklenici idarenin talebi üzerine malzeme nakli için yol inşa etmiş olmakla beraber, davalı idarenin bu konuda herhangi bir bedel ödeyeceğine dair bir sözleşmesi olmadığına göre, bu yol için yükleniciye **ayrıca bir bedel ödenmesi gerekmez.**” (Y.15.HD., T.10.05.1977, E:1976/2747, K:1977/1092).

Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede ön görülemeyen iş artışı ve eksilişi, ancak aşağıdaki koşulların ortaya çıkması durumunda, zorunlu hale gelebilir.

• **Zorunluluk nedenleri;**

- İmalat miktarında artış veya azalıştan,
- Projelerde ya da imalat sistemindeki değişiklikten veya
- Teknik ve gereksinim nedeniyle sonradan yapılmasına gerek duyulan işlerden kaynaklanabilir.

• **Yapılabilmesi için;**

- Keşif ve sözleşmede öngörülmemeyen iş artış ve eksilişi doğrudan doğruya yapım konusu işle ilgili olmalı, bu artış ve eksiliş dikkate alınmayacak olursa işin tamamlanışı mümkün olmamalıdır.
- Bu artış ya da eksilişin belirli¹⁴ bir oranı geçmemesi gerekir.

“...sözleşmenin uygulanması sırasında, sözleşmede öngörülmemeyen iş artışı veya eksilişinin zorunlu hale gelmesi durumunda keşif bedelinin %30’u oranında değişiklik yapılabilir. Oysa olayımızda, işin niteliği değiştirilmekte, **köprülülük kavşak yerine alt geçit yapılmak suretiyle işin esnasında değişiklik yapılmak istenmiştir** ...” (SDK., T.10.01.1996, K:1996/921-4).

Sözleşme (proje ve keşif) dışı iş yapılması durumunda iş bedelinin ödenmesi mümkün değildir. Ancak;

- İdare işi onaylayarak kabul etti ise her halde, kabul etmedi ise yapılan işin zorunlu ve yararlı olması halinde (idare varlığında sebepsiz zenginleşme olacağından),
 - İdare varlığında oluşan fazlalık oranında, değerinin ödemesini yapmak zorundadır,
 - Fazlalığın değerlendirilmesi serbest piyasa rayıçlarına göre yapılır.
- Onay verilmedi ve fazla iş benimsenmedi ise; zorunlu ve yararlı giderlerin tümü faiziyle ödenir (BK m.413).
- Yapılan iş, işverenin yararı için yapılmamış olsa bile, işveren bu yararları kendine mal etme hakkına sahiptir. Bu yararlar oranında da iş görenin harcamalarını öder (BK m.414).

¹⁴ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunda; yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmemeyen iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin % 30 oranına kadar olan değişikliği, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür (m.63).

4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununda; mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemez durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş; anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10’una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir. Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında % 40’a kadar artırmaya yetkilidir (m.24).

Ön görülen ödenenin aşılması halinde uyuşmazlığın sulh yoluyla çözüm olanağı vardır. İş yaptırılmış bulunduğu göre yükleniciye, bedeli ödenmediğinden, idare için sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmiş olur. Sözleşme dışı iş bedellerinin ödenmesi, 4353 sayılı Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhasebat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayet Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılması Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca yerine getirilir.

"...yasada belirtilen oranı aşan ilave işler sözleşme kavramı içinde kabul olunamaz. Sözleşme hükümleri uygulanamayınca da, bu gibi fazla işle ilgili hak edişlere itiraz edilmemesi nedeniyle bir hakkın kaybolması söz konusu olamaz. Olayda BY m.411 ve sonraki maddeler gereği hükümler uygulanmalıdır." (Y.15.HD., T.05.02.1976, E:1975/3902, K:1976/425).

"...çıkarılan kesin hesaba göre %30'luk oranın üzerinde yüklenici tarafından imalat ve ihzarat yapıldığının anlaşılması halinde...4353 sayılı yasanın 31. maddesi gereğince yapılacak işlemten sonra sulhen ödenmesinin mümkün olabileceği düşünülmektedir." (Bayındırlık Kurulu, T.29.03.1984, 1984/11).

"Hükümet Konağı onarımı emanet işinin sözleşme ödeneği dolduğu için kabulü yapılarak yüklenicinin kesin hesabının çıkarılması gerekir iken; ilçe kaymakamının şifai talimatına uyularak yüklenicinin işe devam etmesi ve sözleşme harici ve ödenek dışı iş yapılması sonucu fazla ödenen tutarın sorumlulara ödettirilmesine..." (S.2.D., T.30.03.2000, K:2000/32498).

"İş artışının bedeline sözleşme hükümlerince hak kazanılması için zorunlu değişiklikler gösterir keşfin yapılması, merciden onay alınması, artan işe göre teminat yatırılması ve işin ondan sonra yapılması gerekir." (Y.15.HD., T.20.09.2001, E:2001/3088, K:2001/5274).

Sebepsiz zenginleşme, kanundan doğan borçlardan olup Borçlar Kanunu'nun 61.-66. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Haklı bir sebep olmadığı halde başkası aleyhine zenginleşme olarak tanımlanmaktadır. Sebepsiz zenginleşen kişi, bu zenginleşmeyi, aleyhine zenginleştiği şahsa, iade etmek mecburiyetindedir (BK 61/1). Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisinde, haklı bir sebep olmaksızın başka bir şahıs aleyhine zenginleşen kimsenin malvarlığında meydana gelen artışın (zenginleşmenin) aynen veya nakden iadesi söz konusudur. Dolayısıyla hukuk düzeni, malvarlığı sebepsiz olarak başkası aleyhine artan kişiye, müeyyide olarak, bu zenginleşmeyi iade borcu yüklemek suretiyle, hukuki değerler arasında bozulmuş olan dengeyi yeniden kurmuş olur.

"Kanunda ön görülenden daha fazla olan keşif ve sözleşme dışındaki ilave işin yeniden ihaleye çıkılıp, sözleşmeye bağlanmadan idarece yükleniciye yaptırılması sözleşme ve yasa hükümlerine aykırı olup cezai ve mali sorumluluğu gerektirdiğinden ilgililer hakkında takibat yapılması gerekir."

Ancak iş yaptırılmış bulunduğu göre yüklenicinin hakedişinin ödenmemesi halinde idare için sebepsiz (haksız) bir iktisap meydana gelmiş olacağından, kanundaki oranı aşan iş bedelinin ödenmesi 4353 sayılı yasanın 31. maddesi gereği uygun görülmüştür." (Y.15.HD., T.23.12.2003, E:2003/2775, K:2003/6201)

"... taraflar arasında düzenlenen inşaat sözleşmesi geçersiz olup bu sözleşmenin ifası istenmeyeceği gibi feshi de dava edilemez ise de, geçersiz sözleşmenin ifası aşamasında taraflar birbirlerinin mal varlıklarına artı değer kazandırmışlarsa, bu değerler karşılıklı olarak, se-

bepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak istenebilir." (Y.15.HD., T.23.12.2003, E:2003/2775, K:2003/6201).

4.2.2.4 Üretimin kontrolü

İhale konusu işin zamanında ve tekniğine uygun olarak yapılmasını sağlamak amacıyla; idarenin yüklenicinin faaliyetlerini denetlemesi; sözleşme, Yapım İşleri Genel Şartnamesi, Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılmaktadır.

Sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işleri, idare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin denetimi altında, yüklenici tarafından gerçekleştirilir (YİGŞ m.15).

Mesleki kontrollük hizmetinin hangi esaslara göre yürütüleceği konusunda yapılan düzenlemede¹⁵; " İhaleden sonra inşaat müteahhidine yer tesliminde hazır bulunmak, inşaat ve tesis işlerinin devamınca mimari kontrolünü yapmak, uygulama sırasında gerekecek değiştirme ve detay resimleri hazırlamak, metraj, ataşman ve hak ediş raporlarını imzalamak, geçici kabulde bulunmak ve bitmiş inşaatın 1/50 ölçekli 'yapıldı-as built' projesini üç kopya ile idareye vermektir." denilmektedir.

Herhangi bir işin, yapı denetim görevlisinin denetimi altında yapılmış olması, yüklenicinin üstlenmiş olduğu işi, bütünüyle projelerine, sözleşme ve şartnamelerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak hususundaki yükümlülüklerini ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Yüklenici; üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye göre işi yapmakla, bu projenin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yeri, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır (YİGŞ m.15).

*"...yüklenici dilekçesinde altyapının **asfaltlamaya uygun nitelikte olmadığını belirtmiş, ancak idarenin 'inşaata devam olunması' anlamına gelen emrine uyararak meydana gelen çökme çatlamların, altyapı bozukluğundan ileri gelmiş olduğunun anlaşılmasına göre, hasardan idare sorumludur.**"* (Y.15.HD., T.22.11.1974, E:1974/1983, K:1974/1871).

"...verilen projelerin aynen uygulandığı anlaşılmaktadır. Ancak projelerin fenne uygun olmadığı ve aynen tatbikinin kötü sonuçlar doğuracağını teknik bilgi sahibi yüklenicinin bilmesi gerekir. O halde... yüklenicinin bu hususları idareyi açık bir biçimde bildirmesi ve uyarması BY m.361 ve BİGŞ m5 ve m.7 gereğidir." (Y.15.HD., T.08.05.1981, E:1981/989, K:1981/1069).

*"...asansörleri kontrol ederek inceleme raporu hazırlamakla görevlendirilen sanığın bazı noksanlıklar bulunduğunu şirket yetkilisine bildirip, uygunluk belgesi verilmesi ve **işlerin çabuklaştırılması için bir milyar para istediğinden bahisle** eylemin rüşvet almak ve görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu..."* (Y.5.CD, T.21.04.2003, E:2002/3717, K:2003/2158).

¹⁵ 16.07.1985 tarih, 85/8787 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ekinde yayımlanan Mimarlık ve Mühendislik Şartnamesinin 'Yapının Mimarlık Mesleki Kontrol Hizmetleri' başlıklı 9.4. maddesi.

4.2.2.5 Mühendisin Sorumlulukları

Üstlenilen görevi yerine getirme sorumluluğu, Borçlar Kanunu açısından, farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir.

- **Kusura dayalı sorumluluk**, kusur sorumluluğu, subjektif sorumluluk ya da haksız fiil sorumluluğu da denilen bu sorumluluktan söz edebilmek için BK m.41 uyarınca yapılan tanıma göre;
 - Yasaların yapılmasını emrettiği şeyi yapmama, ya da, yapılmamasını emrettiği şeyi yapma şeklinde oluşan fiil ile hukuka aykırılığın oluşması,
 - Kusurun olması,
 - Bir varlığın değerinde, kişinin isteği dışında eksilme, zarar oluşması,
 - Zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik (illiyet) bağı oluşmuş olmalıdır.
- **Kusursuz sorumluluk**, bir kimsenin başkasına zarar vermesi, bu zararlar zarar verenin fiili arasında nedensellik bağının bulunması halidir. Buna objektif sorumluluk yada sebep sorumluluğu da denilmektedir.

“ Karayolu üzerindeki köprüünün onarılması sırasında dere yatağının değiştirilmesi nedeniyle davacının tarlasında meydana gelen zararın, objektif sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir. ” (D.12.D.,T. 11.09.1980, E.1978/472, K.1980/3236).

İdari sorumluluk, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla yapılan düzenlemelere uyulmamasından kaynaklanan sorumluluktur.

Sözleşmenin uygulanmasında, inşaat mühendisinin, kamu görevlisi olması ya da yüklenici adına görevli olması halinde, yasal anlamdaki sorumluluğu irdelenecektir.

İdare Görevlilerin Sorumluluğu

Hukuk sistemimizden kamu görevlilerinin muhatap oldukları sorumlulukları;

- *İdari sorumluluk*,
- *Cezai sorumluluk*,
- *Mali sorumluluk*,

şeklinde bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.

İdari Sorumluluk: Kamu personelinin idari sorumlulukları ve bu sorumluluğa ilişkin yaptırım hükümleri içeren disiplin cezaları personel mevzuatlarıyla düzenlenmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi personel için, disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller ile bunlara uygulanacak disiplin cezaları ve kovuşturmaları yöntemleri söz konusu yasanın 124-125. maddelerinde hükme bağlanmıştır.

Yasa’nın 124. maddesi, “Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak için yasaların, tüzüklerin ve de yönetmeliklerin kamu görevlisine emrettiği görevleri yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve derecesine göre yasada belirlenen di-

siplin cezalarından birisi verilir” hükmündedir. Bu cezalar 125. maddede; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarılma cezaları olarak belirtilmiştir.

Öte yandan, 4735 s. KİSK’in ‘Görevlilerin Ceza Sorumluluğu’ başlıklı 28. maddesinde; sözleşmenin uygulanması sürecine katılan kamu görevlilerinin disiplin, ceza ve tazminat sorumluluklarını düzenlemektedir¹⁶. Buna göre, sorumluluğun muhatabı olacak kamu görevlileri:

- Muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri,
- Sözleşmeye bağlanan işlerin idare adına denetimini yapan kişiler,
- İhtiyacın karşılanması sürecinin her aşamasında görev alan diğer ilgililer (hakediş raporunu düzenleyen, inceleyen ve onaylayan kişiler, süre uzatımı kararı verenler, proje değişikliğini onaylayanlar, yeni fiyat yapımına katılanlar, iş artışına ihtiyaç gösteren ve olur verenler, kesin hesapları tanzim edenler onaylayanlar vd.),

olarak sıralanır.

Bu kişilerin görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında, ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacak, ayrıca fiil ve davranışın TCK ‘ya göre suç teşkil etmesi halinde; haklarında, ceza kovuşturması da yapılacaktır ve hükmolunacak ceza ile birlikte, tarafların uğradıkları zarar ve ziyan, genel hükümlerine göre kendilerine tazmin ettirilecektir.

Personel mevzuatı dışında bir kısım idari cezalar öngören düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 70 ve 71. maddelerinde, görevlilerin sorumlulukları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. 73. maddede ise, belirtilen para cezalarının, ilgili kamu idaresinin üst yöneticisi tarafından verileceği ve para cezalarının, karar tarihini izleyen aybaşından başlamak üzere ve mahkemeden hüküm almaya gerek kalmaksızın, ilgililerine yapılan her türlü ödemelerin (aylık, ödenek, zam, tazminat vb.) bir aylık net tutarının dörtte biri oranında kesilerek tahsil olunacağı ifade edilmektedir.

Cezai Sorumluluk: Ceza kanunlarının suç olarak tanımladığı ve yaptırıma bağladığı işlem ve eylemlerin sözleşmenin uygulanması sürecine katılan kamu görevlilerince işlenmesi halinde ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.

¹⁶ Muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve ihtiyacın karşılanma sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin, görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturulması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir. Bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler. Bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarınca herhangi bir ceza verilmiş olanlar, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca bu Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamaz ve görev alamazlar.

Ceza kanunlarının suç saydığı fiillerin gerçekleşmesi halinde, salt ceza kanunlarından doğan hükümler dolayısıyla, ilgililer hakkında, ceza kovuşturması yapılması zaten gerekli olmakla birlikte, 4735 sayılı Yasa başta olmak üzere, çeşitli kanunların yaptığı göndermelerle de bu hususun teyit edildiği görülmektedir.

Ceza kanunlarına gönderme yapan benzer düzenlemeler başka yasalarda da mevcuttur. Örneğin, 5018 s. KMYKK'nun 71.maddesinde belirtilen eylemlerde bulunanlar hakkında, TCK veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Keza, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 65. maddesi¹⁷ uyarınca da inceleme sırasında suç teşkil eden fiillere rastlanılması halinde, maddede belirtilen prosedür dahilinde kamu davası açılmak üzere, Cumhuriyet Savcılığına duyurulması gerekir.

Kamu görevlilerince işlenecek suçlar ve bu suç fiillerine uygulanacak cezalar, 5237 sayılı TCK'da hüküm altına alınmıştır. Yasa'nın 6. maddesine göre ceza kanunlarının uygulamasında; "Kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak anlaşılır" denilmek suretiyle, kamu görevlisi kavramına açıklık getirilmiştir. Yapılan tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak başlıca ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Ancak, TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere; kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu faaliyeti gerçekleştiren kişilerin kamu görevlisi sayılması mümkün olmadığından, ihale yoluyla kendisinden yaklaşık maliyet hazırlama, teknik şartname hazırlama, proje hazırlama, mesleki kontrollük işini yürütme gibi hizmet veya danışmanlık hizmeti satın alınan kişiler, ceza kanunu uygulaması açısından, kamu görevlisi sayılamayacaktır.

Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması sırasında, kamu görevlilerince işlenebilecek suç teşkil eden fiiller, resmi belgede sahtecilik (m.204), resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (m.205), irtikap (m.250), rüşvet (m.252), yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama (m.255), görevi kötüye kullanma (m.257), göreve ilişkin sırların açıklanması (m.258) şeklinde ceza kanununda tanımlanmıştır.

"Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı bir biçimde yapması ile oluşur. Olayımızda, sanığın eylemi, yasanın kendisine verdiği görevi yapmama ya da gecikmeyle yapma biçimi"

¹⁷ Madde 65- Harcamadan önce vize için Sayıştay'a gönderilmiş olan tahakkukat belgelerinin ve harcamadan sonra sayman hesaplarının incelenmesi esnasında suç teşkil eden bir fiile rastlandığı takdirde, ilgili denetçi tarafından derhal deliller tespit edilerek durum, Birinci Başkanlığa bildirilir. Birinci Başkanın görevlendireceği hesap mahkemesince kamu davası yönünden kovuşturma yapılmasına karar verilmesi halinde de işlemli evrak veya hesabın bu kısmı, gereği yerine getirilmek üzere toplanan ilk delillerle birlikte sorumluların bağlı olduğu daireye veya Cumhuriyet Savcılığına verilir. Genel mahkemelerce verilen hükümler, Sayıştay'ın, hesap ve işlemler yönünden denetimine ve hükmüne engel değildir. Bu maddenin uygulanması ile ilgili hususlar yönetmeliğinde belirtilir.

minde değil, **yasaya aykırı olarak yapma biçiminde** gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır” (Y.4.CD.,T.26.04.1999 E.1999/3315 K.1999/4438).

“Belediyede fen memuru olan sanığın inşaat yapan yakınana ‘inşaatı yaptıracak olan A.ya seni önerdim, bana 50 milyon ver’ diyerek yakınandan para almaktan ibaret eyleminin, inşaat yaptıran kişilere taşeron önermek gibi yasal bir görevi bulunmamamsı nedeniyle **görevin değil, memurluk sıfatının kötüye kullanılması suçunu** oluşturduğu...” (Y.4.CD.,T.01.04.2002 E.2002/2612, K.2002/5089)

Mali sorumluluk: Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması sürecine katılan kamu görevlilerinin mali sorumluluğu, sebep oldukları zarar ve ziyanın ödettilmesi şeklinde olmak üzere; DMK, BY, KMYKK ile SK’nu hükümleriyle düzenlenmiş bulunmaktadır.

Tazminata konu zarar, doğrudan idare aleyhine olabileceği gibi, sözleşmenin tarafı olan yüklenici veya üçüncü kişilere yönelik gerçekleşebilmektedir. Kamu görevlilerinin fiil veya davranışları dolayısıyla yüklenici veya üçüncü kişilerin zarar gördüğü durumlarda, zarar gören kişiler, kural olarak zararlarının tazminini idareden talep edebilirler. Bu talep üzerine, mahkeme veya yetkili makamlarca verilen kararlara dayılı olarak zarar görenin zararı, idarece karşılanır. İdare, ödemek zorunda kaldığı tazminat tutarını sebep olan kamu görevlisinden rücu (asıl ödeme yapması gereken kişiden istemesi) yoluyla tahsil eder.

“... **yasal sınırı üzerinde iş yaptıran ya da kontrollük görevini iş düzeyini dikkatle izleyerek yapmayan idare görevlileri** hakkında kovuşturma açılması gerekir. İdari ve cezai sorumluluk yanında, iş bedelinin hükmen ödenmesi esnasında ortaya çıkan değerleme farkı, faiz, yargılama gideri gibi idare aleyhine mali yükümlülüğün de ilgili kurallar uyarınca sorumlulara ödettilmesi doğaldır....” (D.3.D., T.25.02.1976, E.1976/29, K.1976/114).

“Müteahhide, **yapmadığı bir iş için para ödenmesi durumunda, bu haksız davranıştan yükümlü ve görevli memurlar, müteahhit ile birlikte zincirleme sorumludurlar.** İdare hem görevliden hem de koşulları varsa yükümlüden parayı isteyebilir ...” (Y.4.HD.,T.04.03.1981 E.1981/2223, K.1981/2600).

“İlk iki hakedişte **gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle fahiş miktarda fazla ödemede bulunulmuş**, ancak bu fazla ödeme son hakedişte gerçek miktarlara indirilmiştir. Bu suretle taşeronu iki ay süreyle lira tutarında bir nevi avans ödemesi yapılmıştır. Bu nedenle gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle taşeronu menfaat sağlamış olan Emanet Komisyonu üyeleri hakkında...” (S.7.D.,T.02.02.1993-479)

Kamu görevlilerince idareye verilen zarar; kontrol, denetim ve inceleme aşamalarında veya Sayıştay’ca kesin hükme bağlama ya da mahkemelerce yargılama sonucunda tespit edilebilir.

Kamu görevlilerince idareye verilen zararların tespiti, takibi, amirlerinin sorumlulukları ve diğer işlemlerle ilgili olarak DMK’nın 12 ve 13. maddelerinde ve 13. maddeye göre çıkarılan yönetmelikte, ayrıntılı düzenlemeler bulunmakla birlikte, aynı amaca yönelik olmak üzere, kamu zararının niteliği, tespit ve tahsil şekli gibi konulardaki hükümlerin KMYKK’nın 71. maddesinde yer aldığı görülür.

DMK açısından mali sorumluluk: Devlet Memurları Kanunu’nun 12. maddesinde;

“Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet mallarını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa bu zararın, ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır”

hükmü yer almaktadır. Yasa’nın 13. maddesinde belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususların Başbakanlık’ça düzenlenecek yönetmelikle belirleneceği ifade edilmektedir.

Borçlar Kanunu açısından mali sorumluluk: Borçlar Kanunu ile getirilen mali sorumluluk, mahkemece hükme bağlanması gereken bir tazminat sorumluluğu olup, Yasa’nın “Haksız muameleden doğan borçlar” başlığı altındaki 41. maddesinde düzenlenmiştir.

“Gerek kasten, gerek ihmal veyahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye zarar ıka eden şahıs tazmine mecburdur.”

Borçlar Kanunu’ndan doğan tazminat sorumluluğu KMYKK’nın 71. maddesinde ifade edilen kamu zararı kavramından daha geniş kapsamlı olup kamu görevlisinin sebep olduğu tüm zararları içine almaktadır.

“*Davalı yükleniciye fazla ödeme yapılmasına sebebiyet verdikleri için idarenin mensupları haklarında açılan ceza davalarında verilen beraat kararları dayandıkları gerekçeleri itibarıyla Borçlar Kanununun 53. maddesince bu davada hukuk hakimini bağlayıcı nitelikte değildir.*” (Y.15.HD.,T.04.11.1991 E.1991/1495, K.1991/5197).

“*İnşaat yerinin ve projenin kusurlu olması nedeniyle çöken köprü inşaatında, inşaat yapacağı yeri incelemek ve varsa ayıpları konusunda iş sahibi idareyi uyarmak zorunda olan müteahhit, idare görevlileri ile birlikte sorumludur.*” (Y.15.HD.,T.06.05.1991 E.1991/5792, K.1991/2285).

“*Yapım hatası sonucu küçük ölçekli bir depremde yıkılan bina nedeniyle doğan idare zararından, işin kontrollüğünü yürüten ve geçici ve kesin kabul işlemlerini yapan kamu görevlilerinin de müteahhitte birlikte sorumlu tutulmaları gerekir.*” (Y.15.HD.,T.21.05.1992 E.1992/248, K.1992/2683).

Kamu görevlileri hakkında açılan davalarda, hukuk hakimi; kusur olup olmadığına karar verebilmek için, ceza hukukunun sorumluluğuna ilişkin kuralları ve beraat kararı ile bağlı olmadığından, görevlerinin niteliği, görev süreleri, Kontrol Yönetmeliği de dikkate alınarak, inşaatteki kusurlu işler karşısında, sorumlu bulunup bulunmadıkları konusunda, bilirkişi heyetinden alınacak raporlara göre karar verir.

“*Görevliler hakkında, mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonuca ulaşılması gerekir. Bu incelemede, görevlilerin, görevlerinin niteliği, görev süreleri ve kontrol yönetmeliği de dikkate alınmalı, inşaatte tespit edilecek eksiklik ve kusurların niteliğine göre her birisinin sorumluluk derecelerinin saptanarak hüküm kurulması gerekmektedir.*” (Y.15.HD.,T.02.02.1995 E.1995/404, K.1995/479).

KMYKK açısından mali sorumluluk: Konuya ilişkin olarak, yasanın 68. maddesinde;

“ Sayıştay tarafından hesapların hükme bağlanması; genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir, gider ve mal hesapları ile bu hesaplarla ilgili işlemlerinin yasal düzenlemelere uygun olup olmadığına karar verilmesidir.”

denilmekte, ‘Kamu zararı’ başlıklı 71. maddesinde ise aşağıdaki hükümler yer almaktadır:

“ Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. Kamu zararının belirlenmesinde;

Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın olduğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.”

Yapı Denetim Görevlilerinin Yükleniciyle Birlikte Müteselsil Sorumluluğu

KİSK’in ” Yapı Denetim Görevlilerinin Sorumluluğu” başlıklı 31. maddesinde;

“ Yapı denetimini yerine getiren idare görevlileri, denetim eksikliği nedeniyle işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan onbeş yıl süre ile yükleniciyle birlikte müteselsilen sorumludur. Ayrıca haklarında 28 inci madde hükümleri uygulanır.”

denilmektedir.

4735 sayılı Yasa’nın 28. maddesi ve sorumluluğa ilişkin diğer ilgili mevzuat hükümleri uyarınca, yapı denetim elemanları da dahil olmak üzere, sözleşmenin uygulanması sürecine katılan tüm idare görevlilerinin, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmamaları, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunmaları halinde, haklarında; ilgili mevzuatları gereğince disiplin işlemi uygulanır, kural dışı fiil veya davranış, TCK’ya göre suç sayılan nitelikte ise, ayrıca ceza kovuşturması yapılır. Bu fiil veya davranış, kamu zararına sebep olmuşsa, ortaya çıkan zararın kendilerine ödettirilmesi gerekmektedir.

Yasa’nın 31. maddesinde düzenlenen yapı denetim görevlilerinin yükleniciyle birlikte sorumluluğu ise, sadece yapı denetim görevlilerine yönelik ve onların durumunu ağırlaştırıcı nitelikte, özel bir sorumluluk hali şeklindedir.

Dolayısıyla madde ile getirilen düzenleme, yapı denetim görevlileri açısından bir sorumluluk ihdası biçiminde değil, zaten var olan sorumluluğun daha somut biçimde ifade edilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak sorumluluk süresiyle ilgili belirlemenin hem diğer idare görevlilerinden farklılığı, hem de yüklenicinin sorumluluk süresince denkliği yönüyle önemli bir yenilik olduğu kabul edilmelidir.

KİSK’te ve Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan yardımcı mevzuatta; yapı denetim görevlilerinin oluşum şekli, hiyerarşik yapılanması, bu kapsamda yapılacak görevler, tutulacak defter ve kayıtlar, idare ve yüklenici ile ilişkileri gibi hususlar, yeterli açıklıkta değildir. YİĞŞ ’nin 15. ve 16. maddelerinde yer alan düzenlemeler ise çok genel niteliklidir.

KİSK'e göre sözleşmeye bağlanan işlerde idareler, uygulaya geldikleri kontrollük sistemlerini sürdürebilecekler, bu çerçevede yapım işlerinde de Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca 180 sayılı KHK hükümlerine dayanılarak çıkarılan ve kamu idarelerince uygulanma zorunluluğu bulunan Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği'ne göre yapı denetim işlemleri yerine getirilebilecek, ancak söz konusu Yönetmeliğin 4734 ve 4735 sayılı Yasa'lara dayanılarak hazırlanan yönetmelik, şartname ve sözleşme hükümlerine aykırılık taşıyan hükümleri uygulanmayacaktır (Gök, 2009).

İşte, yapı denetim görevlilerinin başta YİGŞ ve kontrol yönetmelikleri olmak üzere ilgili tüm mevzuatın zorunlu kıldığı hukuki çerçeve ve mühendislik bilgi formasyonunun gerektirdiği teknik çerçeve içerisinde, denetim görevlerini, özenle yerine getirmeleri gerekmektedir.

Buna göre, yapı denetim görevlileri; yüklenici tarafından gerçekleştirilen işlerin sözleşme ve eklerinde belirlenmiş kural ve niteliklere uygun biçimde imal ve inşasından, genel olarak yapı tekniği ve mühendislik kuralları ile kamu makamlarınca belirlenen uyulması zorunlu standartlara, imar ve yapı mevzuatına uygunluktan, yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumludurlar.

Maddede, “*denetim eksikliği nedeniyle işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması*” hali, sorumluluk nedeni sayılmaktadır. Ortaya çıkan zarar ve ziyanın hangi durumlarda yapı denetim görevlisinin denetim eksikliğine bağlanacağı hususu, tartışma konusu yapılabilirse de, fen ve sanat kurallarına aykırılığın bulunduğu her durumda, denetim eksikliğinden söz edilebilecektir. Bu itibarla, mevcut mevzuata göre, yüklenici veya alt yükleniciler tarafından yapılan işlerin tamamının kesintisiz biçimde, yapı denetim görevlisinin nezaretinde ve bilgisi dâhilinde gerçekleştiği kabul edilmektedir.

Nitekim YİGŞ' nin 15. ve 16. maddelerinde yer alan hükümlerine göre;

Sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işleri, idare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin denetimi altında, yüklenici tarafından yönetilir ve gerçekleştirilir.

Yüklenici, bütün işleri, yapı denetim görevlisinin sözleşme ve eklerindeki hükümlere aykırı olmamak şartı ile vereceği talimata göre yapmak zorundadır.

Yüklenici kullanacağı her türlü malzemeyi, yapı denetim görevlisine gösterip iş için elverişli olduğunu kabul ettirmeden iş başına getiremez.

Malzemenin teknik şartnamelere uygun olup olmadığını inceleyip gözden geçirmek için yapı denetim görevlisi, istediği şekilde deneyler yapabilir. Bu deneylerin giderleri ister işyerinde, ister özel veya resmi laboratuvarlarda olsun, sözleşmesinde başka bir hüküm yoksa, yüklenici tarafından karşılanır.

Yüklenicinin iş yerine getirdiği malzemenin, teknik şartnamesine veya daha önce alınmış mühürlü örneğine uygun ve işe elverişli olmadığı anlaşıldığı takdirde, yüklenici, yapı denetim görevlisinin bu husustaki yazılı tebliğ tarihinden başlamak üzere, on gün içinde bu malzemeyi işyerinden kaldırıp uzaklaştırmak zorundadır. Bunu yapmadığı takdirde, yapı denetim görevlisi, bu malzemeyi, bütün zarar ve giderleri yükleniciye ait olmak üzere, işyeri çevresi dışına çıkarmaya yetkilidir.

Yüklenici tarafından fen ve sanat kurallarına aykırı olarak kusurlu yapıldıkları anlaşılan iş kısımlarını, yıktırıp yükleniciye yeniden yaptırmak hususunda, yapı denetim görevlisi yetkilidir.

Öte yandan, maddede, sadece yapı denetim işini yürüten idare görevlilerinin işin yapımı sırasındaki denetim eksikliğinden doğan zarar ve ziyana yönelik sorumluluklarının belirlendiğinden, işin geçici ve kesin kabulünü yapan idare görevlileri, bu madde hükmünün dışında kalmaktadır. Bahse konu kişilerin idari, mali ve cezai sorumluluklarıyla ilgili düzenlemeler, Yasa'nın 28. maddesinde, ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Ancak, KİSK hükümleri çerçevesinde, sorumluluğun konusunu oluşturan **işin fen ve sanat kurallarına uygun yapılmaması** olgusu açısından, yapı denetim görevlileri ile işin geçici ve kesin kabulünü yapan idare görevlilerinin sorumluluk sahaları, birbirleri ile örtüşmektedir.

Denetim eksikliği nedeni ile işin fen ve sanat kurallarına aykırı yapılması, açık veya gizli ayıp biçiminde ortaya çıkmakta ve işin geçici ve kesin kabulünü gerçekleştiren idare görevlilerini de sorumluluk altına sokmaktadır. Ancak, kabul komisyonlarının gizli ayıba ilişkin sorumluluklarını, YİĞŞ ve Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği hükümlerine göre yapılması gereken muayene ve kabul çalışmaları sonucunda tespit edilebilir durumdaki kusur ve ayıplarla sınırlı değerlendirmek gerekir.

Maddede, yapı denetim işini yürüten idare görevlileri hakkında ayrıca 28. madde hükümlerinin uygulanacağı yazılıdır.

Gönderme yapılan 28. madde, görevlilerin ceza sorumluluğunu düzenlemektedir. Esasen, aynı maddede de yapı denetim görevlilerinin sorumluluğundan söz edilmektedir. Böylece, denetim eksikliği nedeniyle idare zararına sebebiyet veren yapı denetim görevlilerinin bu davranışları, idari ve cezai sorumluluk noktasından değerlendirilecek ve kendilerine 28. maddede ifade edilen yaptırımların uygulanması gerekecektir.

Yüklenicilerin Sorumluluğu

KİSK'ın 30. maddesine göre;

“Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihin-

den itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27 nci madde uygulanır”.

Maddede, yapım sözleşmelerinde, yüklenici ve alt yüklenicilerin (taşeronların) yaptıkları işlerden doğan sorumluluklarının kapsamı ve süresi genel hükümlere de gönderme yapmak suretiyle düzenlenmiştir.

Hüküm uyarınca, yüklenici ve alt yükleniciler;

- Yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması,
- Hileli malzeme kullanılması,
- Ve benzeri nedenlerle,

ortaya çıkan zarar ve ziyandan; yapının tamamı için işe başlama tarihinden kesin kabul tarihine kadar, sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludurlar.

Esas itibariyle madde, yüklenici ve alt yüklenicilerin kesin kabulden sonraki (ayıba karşı tekeffül) sorumluluklarını düzenleme amacına yönelmiş olmakla birlikte, işin devamı sırasındaki sorumluluğa da vurgu yapılmış olması dolayısıyla, getirilen sorumluluğu; “Kesin kabule kadar olan sorumluluk” ve “Kesin kabulden sonraki sorumluluk” şeklinde, iki başlık altında ele almakta yarar görülmektedir. Yapım sözleşmesinin uzman tarafı olan yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı sıfatıyla, özenle yerine getirmek, sözleşme ve ekleriyle fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yapmak zorundadır (YİGŞ m.15/3).

Buna göre, yapılan düzenlemeler, yüklenicinin özen borcunu biçimlendiren ve özen sorumluluğunun yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, ölçü kabul edilen normlardır. Sözleşmeye taraf olan yüklenicinin bu kurallara uygun olarak yapım işini yürütüp teslim borcunu yerine getirmeyi taahhüt ettiği kabul edilir. Söz konusu kuralların ihlali halinde, yüklenici, bunları bilmediğini ispatlamaya çalışarak, sorumluluktan kurtulamaz. Yüklenicinin bu konuda, iyi ya da kötü niyetli olmasının önemi yoktur.

İşin gerçekleştirilmesi sırasında, iş sahibi idarenin projelere onay vermesi, yapılan işi denetlemesi veya uygulama sırasında sessiz kalması, yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (YİGŞ m. 12/10, 15/2). Keza projelerin uygulanması sırasında, yapılacak hataların sonuçlarından da doğrudan yüklenici sorumludur (YİGŞ m.13/3).

Bu haller dışında, işe ilişkin projelerin ve teknik belgelerin veya uygulamaya ilişkin talimatın iş sahibi idarece verildiği durumlarda; yüklenici, uygulamanın hatalı olduğunu ve zararlı sonuçlar doğuracağını, uygulama öncesi, ihbar etmek kaydıyla sorumluluktan kurtulabilir (YİGŞ m.15/4,5).

İnşaatta kullanılacak malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa; yüklenici, Borçlar Kanunu'nun 357. maddesinin 1. fıkra hükmüne göre "Malzemenin iyi olmamasından dolayı, iş sahibine karşı mes'ul ve bu hususta satıcı gibi mükelleftir". Bu hükümle, bir taraftan malzemenin bozukluklarına karşı -sağlama sorumluluğu- düzenlenirken, diğer taraftan, yüklenicinin malzemeyi tedarik ederken göstereceği özen de söz konusu edilmektedir. Yüklenici, sözleşmede (projelerde, teknik şartnamelerde, mahal listelerinde) kararlaştırılan cins ve kaliteden daha aşağı kalitede malzeme kullanamaz.

Yapı tekniği kuralları, ayrıca sözleşmede belirtilmiş olmasalar bile, yüklenicinin, uzman kişi olarak bunları bildiği ve inşaatın yapımında teknik ve sanat kurallarına uygun davranmayı borçlandığı kabul edilir (Seliçi, 1978).

İş sahibi idare, işin yürütülmesi aşamasında özen borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen yükleniciye karşı, hukuki yollara başvurma imkânına sahiptir.

Borçlar Kanununun 358 inci maddesinin ikinci fıkra hükmüne göre;

" İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebiyle ayıplı veya mukaveleye muhalif bir suretle yapılacağını katiyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet tayin ederek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalata devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir."

denilmektedir. Bu düzenleme gereği, özen borcuna aykırılığı önlemek için, ilk başvurulacak yol, yükleniciye uygun bir süre tayin etmek veya hâkim vasıtasıyla tayin ettirmek suretiyle, onun gereğini yerine getirmesini talep etmektir. İş sahibi idare, süre belirlerken, söz konusu süre içinde, gerekli önlemleri almadığı takdirde, masrafları ve hasarı yükleniciye ait olmak üzere, ayıpların giderilmesinin bir başkasına verileceğini de ihtar eder.

Konuyla ilişkin olarak; YİGŞ'nin 24, 25 ve 26. maddelerinde de, yüklenicinin işin devamı sırasındaki özen yükümlülüğüne ve bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumda, idarece yapılması gereken işlemlere açıklık getirilmiştir.

Bu sorumluluk kapsamında, tespit edilen ayıpların belirlenen süre içerisinde giderilmesi için yükleniciye yazılı bildirimde bulunularak, verilen süre içinde yüklenici tarafından gereği yerine getirilmezse, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerinin yüklenici adına bir başkasına yaptırılması mümkün olacaktır (YİGŞ m.26/2).

Özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde yapılan kusurlu işlerin yukarıda belirtilen yöneme uygun biçimde verilen süre içinde yüklenici tarafından giderilmemesi halinde, iş sahibi idare, işleri, bir başkasına ihale edebileceği gibi, KİSK'in 20. ve YİGŞ'nin 48. maddesine göre sözleşmeyi fesih yoluna da gidebilir.

Yüklenicinin **kesin kabulden sonraki sorumluluğu**, Borçlar Hukuku açısından, ayıba karşı tekeffül borcu (sorumluluğu) olarak da nitelendirilmekte ve geniş bir düzenleme ve uygulama alanına sahip bulunmaktadır (BK m. 359-363).

Genel olarak, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, işin kabulü ile yüklenicinin açık ayıplara karşı sorumluluğu ortadan kalkmakta, ancak kasıtlı olarak sakladığı, yapılan muayene ve incelemeye rağmen fark edilmeyecek düzeydeki gizli ayıplara karşı sorumluluğu, kabulden sonra da devam etmektedir.

*“ ...Eser, sözleşmeye, fen ve sanat kurallarına aykırı daha açığı ayıplı meydana getirilmişse bunların giderilmesine karşılık **yükleniciden giderilme bedeli istenebilir...**”* (Y.15.HD., T.21.06.2004 E.2003/6321, K.2004/3464).

Yüklenicinin, hileli inşaat ve onarımlar nedeniyle sorumluluğu, KİSK'ten önce yürürlükte olan DİK'in 87. maddesinde;

“ Gayrimenkullerin yapım ve onarımlarında kesin kabul tarihinden itibaren 5 yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyan, Borçlar Kanununun 360 ıncı maddesi gereğince ve 363 üncü maddesindeki sürede müteahhide ikmal ve tazmin ettirilir.”

şeklinde düzenlenmişken, KİSK'in 30. maddesinde, yüklenicilerin ortaya çıkan zarar ve zıyandan kesin kabul tarihinden **itibaren on beş yıl süreyle müteselsilen¹⁸ sorumlu** olacakları, hüküm altına alınmıştır.

Düzenleme gereği idare, ortaya çıkan zarar ve ziyanın ikmal ve tazmini için yine aynı sürede, yükleniciden talepte bulunabilecektir. Esasen, ikmal ve tazmin talebinin gündeme gelebilmesi için, somut bir zarar ve ziyanın ortaya çıkması gerekmektedir. Bu zarar ve ziyan, yukarıda da vurgulandığı üzere, eserin ayıplı biçimde imal edilmiş olmasından doğabileceği gibi, fen ve sanat kurallarına uymayan işler dolayısıyla yapının hiç kullanılamaması, can veya mal kaybına sebep olması şeklinde de gerçekleşebilir.

*“ ...dava konusu binanın 1999 yılında hasara uğradığı anlaşılmaktadır. Alınan raporlardan **beton kalitesinin çok düşük olması nedeniyle hasarın oluştuğu**, meydana gelen zararda zeminden (arsadan) kaynaklanan bir hatanın bulunmadığı ve varsa bile bu konuda yüklenici tarafından davacı iş sahibinin BK.'nın 357. maddesi uyarınca uyarılmadığı belirlenmiştir ...”* (Y.15.HD.,T.21.06.2004 E.2003/6321, K.2004/3464).

Diğer yandan anılan maddenin son cümlesinde, “Ayrıca haklarında 27. madde hükümleri uygulanır” denilmek suretiyle; fen ve sanat kurallarına aykırı imalat yapan veya hileli malzemeler kullanan veya benzeri nedenlerle idarenin zarar ve ziyanına sebep olan yükleniciler hakkında, ceza yaptırımları da öngörülmektedir.

¹⁸ İzleyen maddede (m.31), müteselsil (diğer) sorumlunun “yapı denetim görevlisi” olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak, sözleşmeye aykırı her davranış, ortaya çıkan her türden eksik veya ayıplı iş, yüklenicinin ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir. Söz konusu maddede belirtilen cezai yaptırımların uygulanabilmesi için, yüklenicilerin eylemlerinin TCK'ya göre suç sayılan fiil-lerden olması zorunludur.

4.2.3 Sözleşmenin tamamlanması

Sözleşmeler, ya söz konusu iş tamamlandığında veya tarafların yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde sona erer.

Sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesi **-ifa edilmesi-** ile, inşaat sözleşmesi son bulur. Yüklenici, inşaatı zamanında teslim eder, iş sahibi de borçlu olduğu ücreti, zamanında öderse; her iki taraf da sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmiş olur ve inşaat sözleşmesi de ifa nedeniyle son bulur.

İşin kabulü

Borçlar Kanunu'na göre, yapılan işin, sözleşmeye uygun görüldüğünün ve kusur bulunmadığının iş sahibince açıklanması halinde, işin kabulü;

- Eserden memnun olunduğunu ifade eden bir yazı şeklinde (açık kabul),
- Eksik ve kusurlar üzerinde anlaşarak ya da zamanında, eksik ve kusurlara ilişkin bir uyarı yapmayarak (zımni kabul),

yapılır.

“ ...01.01.1989'da eserin teslim alındığı beyan edilmiştir... Dava ise 14.02.1989'da açılmıştır. Eserin niteliğine ve sayılan ayıplara göre davanın açılmasında geç kalındığı iddia edilemeyeceği gibi (BY m.359) 'eserin teslimi' ile 'eserin kabulü' de eşanlamlı değildir...” (Y.15.HD., T.15.06.1992 E.1992/3006, K.1992/3087).

“Yapıtın açıkça ve üstü kapalıca kabulünden sonra yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak yüklenicinin kasten sakladığı ve kuralına uygun olarak yapılan muayenesinde fark edilemeyecek kusurlar için sorumluluk devam eder” (BK m.362/I)

“Eğer iş sahibi, yasayla belirlenen muayene ve bildiri savaarsa (yapıtı) örtülü olarak kabul etmiş sayılır” (BK m362/II)

“Yapıttaki kusur sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmek zorundadır, bildirmezse yapıtı kabul etmiş sayılır” (BK m.362/III)

Eserin kabulü ile;

- Açık kusurlara karşı,
 - Yüklenicinin sorumluluğu sona erer.
 - Kasten saklanan (kendisince bilinen ve öğrenilmesine karşın iş sahibine haber verilmeyerek onu kabul etmek zorunda bırakan) kusurlara karşı, sorumluluğu, gizli kusurlar gibi devam eder.

- Kusurların varlığı üzerine iş sahibini yanıltıcı şekilde önlemler almışsa, hem ihbar süresi hem de zaman aşımına ait BK m.363 hükümleri uygulanmaz (Uygur 1998).
- Gizli kusurlara karşı sorumluluğu devam eder,
- Kabulde, ihtirazi kayıt ileri sürülmezse, iş sahibi, ek nitelikte olan cezai koşulu işletme hakkını yitirir,

“ ...Borçlu borcunu ifa etmediği yahut ifada geciktiği veya eksik yaptığı takdirde, alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin edayı kabul etmiş bulunuyorsa BY’nın 159. maddesine göre, cezai şart isteme hakkından yoksun kalır. Davada eserin davacı tarafından teslim alındığı sırada ceza koşulu istemek hakkının saklı tutulduğu iddia ve ispat edilmediğine göre, mahkemece istemin bu bölümünün reddine karar verilmesi gerekir...” (Y.15.HD., T.22.02.1977 E.1977/3167, K.1977/391).

- Kabule, ihtirazi kaydın konulmaması, iş sahibinin kira kaybını isteme hakkını düşürmez.

Geçici kabul

Geçici kabul, sözleşme bitiminde, yapının sözleşme ve eklerine uygunluğunun belirlenmesi ve kullanıma açılması için yapılan ilk çalışma olup, BY, m.359-362, DİY m.91, KİSK m.11, YİĞŞ m.42 ve Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği uyarınca yapılır. Buna göre:

- Sözleşme konusu iş tamamlandığında, yüklenici, idareye vereceği dilekçe ile geçici kabul isteminde bulunur.
- Yüklenicinin başvurusu üzerine, kontrol örgütü işin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlanıp kabul işlemlerine bir engeli olup olmadığına dair bir inceleme yapar ve “Geçici Kabul Teklif Belgesi”ni düzenler.
 - Maddi bir engel yoksa inceleme en çok 10 gün içinde yapılır,
 - İşin kabule hazır olabilmesi için; eksik ve kusurlu kısımların bedelleri toplamının keşif bedelinin %5’inden fazla olmaması, bu eksik ve kusurların inşaatın kullanımına engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olması gerekir.
- Kontrol örgütünün olumlu önerisi üzerine, yetkili makam, 10 gün içerisinde geçici kabul komisyonu oluşturur.
- Kabul komisyonu, kabulü yapmak üzere, kurulmasından sonra, en geç 10 gün içinde iş yerine gider;
 - Yüklenici veya vekili ile beraber, varsa keşif artışı ile yaptırılan işler de dahil olmak üzere; gerçekleştirilen işlerin türünü, niteliğini, sözleşme ve ekleri ile teknik gereklerle ve iş sırasında onaylanan değişikliklere uygunluğunu ve **kabule hazır olup olmadığını inceler,**
 - Sözleşmede yazılı olmasa bile, giderleri yükleniciye ait olmak üzere, **gerekli** gördüğü mukavemet ve benzeri deneylerin yapılmasını isteyebilir,
 - İnşaatı inceler, **eksik ve kusurlu işlere ait bir liste düzenler** ve bunların giderilmesi için gerekli süreyi belirler. Teknik önlemleri nedeniyle, tamamlandıktan sonra bir deneme süresi geçirmesi gerekenler varsa, bu kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihinden başlayarak kesin kabule kadar geçmesi gereken süreyi de belirler,

- Yapılan incelemede, **teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve giderilmesi olanağı da olmayan ya da fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren eksik ve kusurlar için**, yüklenicinin hak ediş ve güvencesinden, uygun görülecek bir bedel kesilmek koşulu ile bu haliyle kabul eder.
- Düzeltilmesi istenen kusurlu işler ve **yapılması istenilen eksik işler için verilen sürenin sonunda, durum**, yüklenici tarafı bulunsun ya da bulunmasın kontrol örgütünde düzenlenen bir tutanakla **belirlenir**.
- **Eksik ve kusurlu işler**, yüklenici tarafından **belirlenen sürede giderilmezse**; bu sürenin bitiminden sonra eksiklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre, sözleşmede gecikme cezası olarak yazılan miktarın **belirli bir oranı tutarında ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi eksik ve kusurların giderilmesi tarihine ertelenir**.

“ ... kadar bir ceza alınabilmesi için geçici kabul heyetinin belirlediği eksikler nedeniyle yükleniciye süre verilmiş olması ve süre bitiminde eksiklerin tamamlanmamış olması gerekir. Böyle bir süre belirlenmemiş ve eksiklerin tamamlanması kesin kabule bırakılmışsa ceza alınması söz konusu olamayacağı ... ” (Bayındırlık Kurulu, T.20.02.1954, K.1954/34).

- Ancak, **bu gecikme, belirlenen süreyi geçtiği takdirde** idare, yüklenici hesabına, eksik ve kusurların giderilmesini kendisi yapabilir. Bu durumda da eksik ve kusurlar giderilinceye kadar, ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ötelenir.
- Yapılan incelemeden sonra, işin durumu uygun görüldüğü takdirde, 5 nüsha geçici kabul tutanağı düzenlenir. Bunu, yüklenici veya vekili de imzalar.
- Kabul tutanağı, yetkili makamca onandıktan sonra geçerli olur.

Sözleşmede işlerin kısım kısım ve farklı zamanlarda tamamlanması gerekiyorsa tamamlanan her kısım için aynı işlem yapılır.

“ ... Borcun, sözleşmede yükümlenilen koşullara uygun biçimde eda edilip düştüğünü kanıtlamak yükü yükleniciye aittir.” (YHGK, T.29.05.1971 E.1969/691, K.1971/340).

Güvence süresi

Geçici kabul ile kesin kabul arasında geçen süreye, güvence süresi denir. Bu süre, bütün yapı işlerinde 12 aydır. İşlerin özelliğine göre bu süre, artırılabilir veya azaltılabilir (YİĞŞ m.43).

Yüklenici, işlerin güvence süresi içindeki bakımını yapmak ve tümünü iyi bir şekilde korumak, çıkabilecek kusur ve aksaklıkları gidermek zorundadır. İdare tarafından, kullanılma ve işletilmesinden kaynaklanan ya da yüklenicinin kusuru dışındaki nedenlerle oluşan onarımlar, bakım yükümlülüğünün dışındadır.

“ Yüklenicinin geçici kabuldeki eksiklikleri ihtara rağmen tamamlamaması halinde dava alacağının geçici kabul tarihine göre değil, fesih bildiriminin yapıldığı yıl birim fiyatlarına göre saptanması gerekir.” (Y.15.HD., T.30.03.1992 E.1992/4577, K.1992/1602).

Kesin kabul

Güvence süresinin sonunda, yapılan son muayene işlemidir. YİĞŞ m.45, KİSK m.11 ve Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği uyarınca yapılır.

- Yüklenicinin kesin kabul için belirlenen tarihte, başvurusu üzerine, kabul kurulu oluşturulur ve kabul işlemleri, geçici kabulde olduğu gibi yapılır.
- Kabul komisyonu;
 - Güvence süresince yüklenici tarafından yapılması gereken, **sürekli bakım niteliğindeki işlerin** sözleşme uyarınca **yapılıp yapılmadığını**,
 - Güvence süresince, kullanımdan değil, **işin kötü yapılmasından kaynaklanan** herhangi bir bozukluğun ve geçici kabulde fark edilmemiş **eksik ya da kusurlu imalatın olup olmadığını inceler.**
- Yüklenicinin, güvence süresince, yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğu, kendisine yüklenilebilecek ve kesin kabulü engelleyecek eksik ve kusurlar görülmediğinin belirlenmesi üzerine, **kabul tutanağı düzenlenir.** Güvence süresince, yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı aksaklık veya eksikliğin varlığı belirlenmemişse, bu da tutanakta belirtilir.
- Kesin kabule engel herhangi bir durum görülürse;
 - Kabulü engelleyen eksik ve kusurlar, kabul kurulu tarafından bir tutanakla belirlenir, kabul yapılmaksızın, eksik ve kusurların giderilmesi için, bir süre belirlenerek durum idareye bildirilir.
 - İdare, bu eksik ve kusurların tutanakta belirtilen sürede giderilmesi için, yükleniciye tebligat yapar.
 - Eksik ve kusurların, yüklenici tarafından giderildiği, idarece belirlendikten sonra kabul işlemi sonuçlandırılır.
- Yüklenici, güvence süresi veya yukarıda belirtilen süre sonunda, idare tarafından kabul edilebilecek gecikmeler dışında, sözleşme ve eklerine göre işi, kesin kabule elverişli hale getirmeyerek bir gecikmeye yol açmış ise idare;
 - Geçici kabulde belirlenen şekilde ceza uygulayarak eksik ve kusurların giderilmesini bekler veya
 - Gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam etmekle beraber eksik ve kusurları yüklenici hesabına kendisi giderir.

Her iki durumda da yapılan harcama ve cezaları yüklenicinin hakedişinden, hakedişi kalmamışsa güvencesinden kesmeye yetkilidir.

- Tutanağının yetkili makamca onaylanması ile kabul işlemi tamamlanır, yüklenicinin sözleşme konusu işinden dolayı idareye karşı hiçbir sorumluluğu kalmaz.

İşin özelliğine göre ve sözleşmesine hüküm konulmak koşulu ile geçici ve kesin kabul-ler bir arada yapılabilir.

“Kesin kabulün yapılmış olması, zamanaşımı süresi içinde mükerrer ödemelerin ve fiyat farkı nedeniyle fazla ödemelerin istenmesine engel değildir.” (Y.15.HD., T.10.02.1992 E.1992/6204, K.1992/519).

Yüklenimin, **zorunlu ya da zorunlu olmayan nedenlerle, sonuçlandırılmaması** durumunda ise **fesih** ortaya çıkar. Bu durum Borçlar ve İhale yasalarında tanımlanmaktadır. Yürütmenin kuralları YİĞŞ’nin 48. ve 49. maddelerinde açık olarak belirtilmiştir.

Sözleşmelerin sonuçlandırılmamaları, zorunlu ya da isteğe bağlı olarak, iş sahibinden ya da yükleniciden kaynaklanan sebeplerden olabilir.

Sözleşmenin zorunlu olarak sona ermesi

Ücretin yaklaşık olarak belirlendiği hallerde, ücret **keşif sonunda belirlenen miktarı aşırı biçimde aşmışsa**, iş sahibinin sözleşmeyi tek yanlı sona erdirmeye olanağı vardır (BY m.367). Ücretin götürü olarak belirlendiği durumlarda ise, ortaya çıkan olağanüstü haller işin yapılmasını olanaksızlaştırır ya da son derece zorlaştırır; yargıç kararıyla ya bedel artırılır ya da sözleşme feshedilir (BY m.365/2). Yargıç sözleşmenin feshine karar vermişse sözleşme sona erer.

“ Mücbir sebep ancak sözleşmeden sonra meydana gelen ve borcun ödenmesi olanağını ortadan kaldırıp giderilmesi borçlunun elinde olmayan sebeptir. Bu bakımdan sözleşmeden sonra fiyatların aşırı yükselmesi mazeret gösterilerek ‘mücbir sebep’ten bahisle icabın yerine getirilmemesi geçerli bir neden değildir. Kaldı ki, ticari hayatta kar ve zarar eşit ihtimaller olduğu ve tüccarın da vaktinde tedbir almış olması gerektiğinden zorunluluk hali ile izahı yapılamaz.” (Y.4.HD, T.24.02.1970, E:1970/12400, K:1970/1455).

“...%30,1 oranında tenzilatla ihale edilen inşaatın ancak %72,5 oranında keşif artışı ile tamamlanabileceğinin anlaşılması üzerine sözleşmenin feshedilip...” (S.1.D, T.04.07.1996, 6064).

Yüklenicinin yaklaşık ücretin çok fazla aşılacağını, vaktinde bildirmemiş olması, onun kusuru ve ondan istenecek tazminat bakımından önem taşıyabilir. Yüklenicinin bu durumu bildirme yükümlülüğü, genel özen yükümlülüğünden çıkarılmaktadır. Yüklenici, bildirme yükümlülüğünü, vaktinde yerine getirmezse; iş sahibi, bildirim zamanında yapılırdı, ne durumda olacak idi ise, ona göre zararın tazminini isteyebilir (Uygur, 1998).

Bundan başka, eserin tümüyle yok olması nedeniyle (yüklenim teslimden önce bir kaza sonucunda yok olmuşsa, iş sahibinden ya da yükleniciden kaynaklanan bir nedenle yüklenimin yerine getirilmesi) **edimi yerine getirmenin imkânsızlaşması (olanaksızlaşması) karşısında da**, sözleşme kendiliğinden sona erer (BK m.368/1).

İş sahibi nezdinde ortaya çıkan nedenle, işin yapılması olanaksız hale gelmişse, artık sözleşme sona erer; ancak bu durumda, yüklenici, yaptığı bölümün değerini ve giderleri alır (BK m.370).

Yasa'nın bu maddesi, iş sahibinin şahsını ilgilendiren ya da onun ilişkileri, ona ait tehlikeler çevresine giren bir kaza, iş sahibinin kusuru bulunmayan bir olay işin yapılmasını engeller, onu objektif olarak olanaksızlaştırırsa uygulanmalıdır. Bu hükme, işe başladıktan sonraki imkânsızlık (kısmi imkânsızlık) halinde veya sözleşme kurulup işe başlamadan ortaya çıkan tam imkânsızlık durumunda başvurulabilir (Uygur 1998).

Eğer yapılacak iş, yüklenicinin özel bir becerisini gerektiriyorsa, müteahhidin ölümü ya da işi yürütemeyecek duruma gelmesi sonucu da sözleşme kendiliğinden sona erer (BK m.371). Ancak, yapılan bölümün kullanılmasına olanak varsa, iş sahibi, o bölümü kabul ederek bedelini vermek zorundadır (BK m.371/2).

*"...BY m.371 hükmü gereğince, yüklenicinin ölümü kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez. Bu kuralın istisnası, yüklenicinin kişiliği göz önüne alınarak yapılmış olan sözleşmelerde görülür. Daha açık bir deyişle, yüklenicinin özel mesleki bilgisi, kişiliğinin kuvvetle güven vermesi, üne kavuşmuş bir kişi olması gibi özellikler gözetilmek suretiyle **yapılmış olan sözleşmeler, ölüm halinde amaca uygun olarak gerçekleşmesi beklenemeyeceğinden, ölümle son bulunacağı kabul edilmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Kuşkusuz sözleşmenin ölümünden sonra yürürlükte kalmasına ilişkin hukuki kural, her iki taraf sözleşmenin yerine getirilmesini istemek hakkını da verir.**" (Y.15HD,T.26.06.1989,E:1988/3773, K:1989/3082).*

"...BY m.371 hükmü, sözleşme yüklenicinin kişiliği göz önüne alınarak yapılmışsa uygulanır. İnşaat işi herkes tarafından yürütülmesi mümkün olan işlerdendir." (Y.15.HD, T.21.11.1989, E:1989/1739, K:1989/3082).

Sözleşmenin bozulmasına yüklenicinin neden olması

Yüklenicinin, haksız olarak işe geç başlaması ya da işi olağan düzeninde yürütmemesi halinde, iş sahibi teslim zamanını beklemeden sözleşmeyi tek yanlı feshederek sona erdirebilir (BY m.358/1). İş sahibi, yükleniciden kaynaklanan, aşağıdaki durumlarda sürenin sonunu beklemeden sözleşmeden dönebilir.

- İşe zamanında başlamaması,
- İş belirlenmiş bir zamanda bitmesine olanak vermeyecek derecede geciktirmesi,

İşin tamamlanma tarihi belirlenmemiş sözleşmelerde bu neden sözleşmeden dönmeye tek başına gerekçe olabilir, ancak, sözleşmede yapım süresi belirtilmişse, eserin tamamlanmayacağı kesinlikle anlaşılmadıkça, yalnız işin yavaş yürümesi gerekçe gösterilerek sözleşmeden dönülemez (Uygur 1998).

“Yüklenicinin... işi zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması durumunda idare sözleşme süresinin dolmasını beklemeden fesih hakkını kullanabilir. Bu durumda idare güvenceyi gelir kaydedebilir...” (Y.15.HD, T.28.09.1977, E:1977/1619, K:1977/1783).

- Yüklenimini yapmaktan vazgeçmesi,

“Davalının işi yarım bırakıp terk etmesi sebebiyle akdin feshinin haklı olduğu, bu nedenle bu işin başkasına yaptırılması sebebiyle uğranılan zararın tahsiline dair verilen kararda isabetsizlik bulunmadığına...” (Y.15.HD, T.06.11.1996, E:1996/4955, K:1996/5792).

- Yüklenimini sözleşme ve eklerine uygun yapmaması,

Yapının sözleşme ve eklerine uygun yapılmaması (BY m.358/2, DİK m.62, YİĞŞ m.48), iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacak derecede ayıplı ise,

- Ağır ayıp yoksa iş sahibi sözleşmeden dönemez. Ağır ayıp ve sözleşmeye aykırılığı belirleme hakkı yargıca aittir,
- Yapının kaldırılması ve yıkılması fazla zarar doğuracaksa iş sahibi sözleşmeden dönemez, eserin düzeltilmesi ya da ücretin indirimini isteye bilir. (BY m.360),
- İş sahibi yapıyı kabulden sonrada sözleşmeden dönebilir.

“Yüklenicinin inşaatı ayıplı yapması ve ayıplı yapmaya devam edeceğinin anlaşılması üzerine, iş sahibi yükleniciyi temerrüde düşürerek akdi feshedebilir. Temerrüt, sözlü yapılacak duyuru ile mümkün olup, tanıkla da kanıtlanabilir.” (Y.15.HD, T.11.04.1990, E:1989/3936, K:1990/1735).

- Sözleşmeyi idarenin iznini almadan devretmesi.

“Sözleşmede, idarece haklı olarak bozulduğundan yüklenici kar yoksunluğu isteyemez, ancak istihkak ve fiyat farkından doğan alacak isteği araştırılmalıdır..” (Y.15.HD, T.11.10.1974, E:1974/974, K:1974/1138).

Sözleşmenin bozulmasına iş sahibinin neden olması

İş sahibi, yapılan iş bitmezden önce, yapılan bölümün bedelini ve yüklenicinin zarar ve giderlerini ödeyerek sözleşmeyi tek yanlı sona erdirmesiyle sözleşme sona erdirebilir (BK m. 369). Bu hak, yalnız iş sahibine tanınmış olup yüklenicinin böyle bir hakkı yoktur.

Uygulama için gerekli koşullar;

- Yapı henüz tamamlanmamış olmalıdır,

“...iş sahibi, yüklenici daha işe başlamadan da fesih hakkını kullanarak sözleşmeden dönebilir. Bu durumda yüklenicinin tazminat isteği mahrum kaldığı karla sınırlıdır.” (Y.15.HD, T.04.12.1984, E:1984/1368, K:1984/3736).

- İş sahibi, yükleniciye feshi bildirmelidir.

Sözleşme, iş sahibinin direnimi nedeniyle de fesh olunabilir. Bu durumdan, aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde söz edilebilir;

- Malzeme ya da arsayı sağlamayı üstlenmiş ama teslim etmiyorsa,

- Ücret ödeme borcunu yerine getirmiyorsa,
- Ödeme güçsüzlüğüne düşmüşse,
- Yüklenicinin kendisine sunduğu eseri teslim almıyorsa,
- İdare, sözleşme yapılması konusunda kendisine düşen görevleri yapmıyorsa yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkı doğar.

Sona erme nedeninin tarafların dışında oluşması

Değişken fiyat uygulamasının başlamadığı, yalnızca devletin ürettiği malzeme fiyat farkının verilebildiği ve enflasyonun yükselmeye başladığı yıllarda, birkaç yıl süren işlerde, yüklenicinin işlerini bitiremediği görülmüş; Bakanlar Kurulu'nca değişik aralıklarla çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle yüklenicilere, isteğe bağlı olarak, işleri tasfiye etme hakkı verilmiştir. Bu tasfiyenin yukarıdakinden farkı, yüklenicinin kalan iş için, kar ve zarar isteminin söz konusu olmasıdır.

5. SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti kurulduktan sonra, ihale sistemi tanımının yapıldığı, ilk kez, 2490 sayılı Yasa'da görülmüştür. Daha sonra yapılan 2886, 4734/4735 sayılı Yasalar ile yapılan düzenlemelerde, büyük değişimlerin yapıldığı söylenemez. Her üç düzenlemede de ilkeler, benzer şekilde tanımlanmıştır. İhalenin yapılması, sözleşmenin uygulanması ve sonlandırılması konularının; yasalar, BİGŞ, ihale şartnamesi ve sözleşmelerde, aşağı yukarı aynı şekilde olduğu görülebilir. Son düzenleme ile, idarelerin diğer ihale yöntemleri ile yaptırımları mümkün olmayan, kendi olanakları ile sonuçlandırabilecekleri işlerde uygulanan emanet yöntemi kaldırılmış; bu yöndeki sorunların pazarlık veya doğrudan temin usulleri ile çözülmesi yoluna gidilmiştir.

Yeni Yasa'nın getirmiş olduğu sakıncalı bir durum ise, enflasyonist ortamda ve proje aşamasında, yeterli çalışmanın yapılmadığı durumlarda, kesinlikle uygulanmaması gereken anahtar teslimi usulünün gündeme getirilmesidir.

Yeni Yasal düzenlemenin (4734/4735) getirdiği tek olumlu yaklaşımın, kamu açısından gelir getiren işlerin kapsam dışında bırakılıp (2886 sayılı Yasa ile çözüme devam edilmektedir) harcamayı gerektiren işlerin kapsama alınması ve böylece, farklı iki alandaki düzenlemelerin birbirinden ayrılması olduğu söylenebilir.

4734 sayılı Yasa içinde yer alan, ayrı bir yasayla düzenlenmesi ve yürütme erkinden bağımsız olması gereken Kamu İhale Kurumu'nun kendisinden beklene işlevi yerine getirdiğini söylemek mümkün değildir.

Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana, ihale sisteminde, uygun bedel kavramının çözüme kavuşturulamadığı, bu yaklaşımlarla çözülmesinin de mümkün olamayacağı görülmektedir.

İletişim araçlarının günün teknolojisine bağlı olarak gelişmiş olması da göz önüne alındığında; kamu ihale işlerinde, merkezi ve yerinden yönetim biçimlerinin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi ve bu amaçla, yönetim bilimcilerle birlikte çalışılması uygun olacaktır.

Türkiye'de, yüklenicilerin tanımına yönelik bir sistemin olmayışı; uyuşmazlıkların çözümünde, tahkim yolunun –özellikle kamu işlerinde- kullanılmayışı, ombudsmanlık, mini yargılama... sistemlerinin uygulamada bulunmayışı, ihale sisteminin kamu ve özel sektörde sıkıntıları oluşturmaktadır.

İhale mevzuatına ilişkin hükümlerde ve bununla ilgili cezai düzenlemelerde, tamamen, “kural dışına çıkışı ceza ile önlemek” olduğu görülmektedir. İlgili alanında olan sistemlerin önce sağlıklı olarak düzenlenmesi halinde, kural dışılığına çıkışın önlenmesinin daha rahat olacağı görülecektir. Fransa'da, inşaat müteahhitlerinin sayısı 4000 civarında iken, Türkiye'de bu ra-

kamın 350 000 civarında olduğu sanılmaktadır (Yüksel, 2002). Almanya’da, 900 civarında olan yapı denetim firmaları, yalnızca inşaat mühendisini etkin kılar ve bağımsız bir merkezi kurum emrinde çalışmayı öngörürken; Türkiye’de yapı denetim firması seçimi (4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanununa dayanılarak çıkarılan Yapı Denetim Uygulama Yönetmeliğı uyarınca), yapı sahibi ve dolaylı olarak denetlenecek yükleniciye bırakılmaktadır. Kamu İhale Kurumu, Basın İlan Kurumu, Sosyal Güvenlik Kurumu... tarafından oluşturulan sistemlerdeki hatalar nedeniyle düzenin sağlanması, cezai yaptırımlarla sağlanmaya çalışılmaktadır.

Tüm alanlarda olması gerektiğı gibi, ihale ile ilgisi olan düzenlemelerin, siyasi görüşlerin dışında ve üstünde tutularak yapılması, yaptırımların ondan sonra düzenlenmesi ve yukarıda anlatıla geline konuların sağlıklı sistemlerle çözülmesi durumunda, kamu ihalelerinde ortaya çıkacak “Yasaya aykırı durumlar”ın azalacağı söylenebilir.

KAYNAKLAR DİZİNİ

- Acar, A.**, 2003, Kamu İhale Kanununa Göre İdare Görevlilerinin ve İsteklilerinin Uymaları Gereken Kurallar, Fiil ve Davranışlar ile Bunların Ceza Sorumlulukları, Yalkın Of-set, 8, İstanbul, 14s.
- Akgül, A.**, “Devlet İhale Kanunu’ndan Kamu İhale Kanununa”, 2008, http://www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa 11htm (Erişim tarihi: 3 Aralık 2009).
- Altıparmak, C.**, “İhaleye Fesat Karıştırmak”, 2007, <http://www.turkhukuksitesi.com> (Erişim tarihi: 10 Haziran 2010).
- Arslan, R. ve Tanrıver, S.**, 2001, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 36, Ankara, 229s.
- Çelik, K.**, “Yeni Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, 2006, <http://www.kontder.org.tr/TR/Icerik.ASP?ID=431> (Erişim tarihi: 10 Haziran 2010).
- Çelikleş, İ.**, 1999, 4964 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İhale Usülleri ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi, Sayıştay Dergisi, İstanbul, Sayı 50-51, 103-120.
- Doğanyigit, S.**, 2003, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1608s.
- Dönmezer, S.**, 2004, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 404 s.
- Duran L.**, 1998, İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Ankara, 28s.
- Dülger, M.V.**, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirmesi”, 2008, <http://www.dulger.av.tr/assets/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf> (Erişim tarihi: 10 Haziran 2010).
- Emek, Uğur**, “Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması”, 2002, <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/emeku/kamuihal.pdf> (Erişim tarihi: 17 Nisan 2010).
- Erkut, C.**, 2000, İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı, Danıştay Yayınları, 89, Ankara, 144 s.
- Gök, Y.**, 2009, Soru ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, İlksan Matbaası, Ankara, 1448 s.

- Gönen, D. ve Işık, H.**, 1984, Son Değişiklikleriyle Açıklamalı 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu, Neyir Matbaası, Ankara, 424 s.
- Gözler, K.**, 2008, Hukukun Temel Kavramları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 72, Bursa, 352 s.
- Gözübüyük, Ş. ve Tan, T.**, 1998, İdare Hukuku Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 337, Ankara, 585 s.
- Kazancı, B.,E.**, 2007, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 398 s.
- Kutlu, M.**, 1997, İdari Sözleşmelerinde İhale Süreci, Adalet Matbaacılık, 3, İzmir, 274 s.
- Kutlu-Gürsel, M.**, “Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, 2003, <http://www.deu.edu.tr/akademik/index.php?cat=3&tc=553> (Erişim tarihi: 15 Nisan 2010).
- Onar, S.,S.**, 1967, İdari Hukukun Umumi Esasları III, Hak Kitabevi, 1474, İstanbul, 1854 s.
- Özgenç, İ.**, “Türk Ceza Kanunu ve Bu Kanunun 4734 ve 4735 Sayılı Kanun Hükümlerini İlgilendiren Hususlar”, 2007, http://www.ihale.gov.tr/egitim/tck_4735.pdf (Erişim tarihi: 17 Haziran 2010).
- Özkan G.**, “İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa’da İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeler”, 1998, http://www.gazi.edu.tr/hukuk_fakultesi_dergisi 11htm (Erişim tarihi: 13 Nisan 2010).
- Özön, M.N.**, 1987, Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 361 s.
- Öztan, B.**, 2002, Türk Medeni Kanunu, Turhan Kitabevi, Ankara, 753 s.
- Öztuna, Y.**, 1983, Büyük Türkiye Tarihi, Ötüken Yayınevi, Cilt 7, İstanbul.
- Sarıtaş, H.**, “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, 2007, <http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der73m3.pdf> (Erişim tarihi: 01 Haziran 2010).
- Seliçi, Ö.**, 1978, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 218 s.
- Uygur, T.**, 1998, İnşaat Hukuku-Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi-, Adil Yayınevi, 1. Cilt, Ankara, 1119 s.
- Velidedeoğlu, H.V.**, 1979, Borçlar Kanunu, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 943 s.
- Yazıcıoğlu, Y.**, 1994, Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu, İBD Yayınları, 68, Ankara, 133 s.
- Yüksel, O.**, 2002, Yapı İşlerinde İhale Düzenimiz, Ege Üniversitesi Basımevi, İzmir, 611s.