

**İLLER BANKASI ANONİM ŞİRKETİ**

**İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU**

**Erdem GÖK**

**UZMANLIK TEZİ**

**HAZİRAN 2018**



**İL BANK**  
TÜRKİYE'NİN YAPICI GÜCÜ

**İLLER BANKASI ANONİM ŞİRKETİ**

**İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU**

**Erdem GÖK**

**UZMANLIK TEZİ**

**Tez Danışmanı (Kurum)**

**Nur KESKİN**

**Tez Danışmanı (Ankara Üniversitesi)**

**Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT**

Erdem GÖK tarafından hazırlanan “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu” adlı tez çalışması aşağıdaki Yeterlik Sınav Kurulu tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile UZMANLIK TEZİ olarak kabul edilmiştir.

	Unvanı	Adı ve Soyadı	İmzası
Başkan	Genel Müdür Yardımcısı	Salih YILMAZ	
Üye	Daire Başkanı	Hüseyin TÖREN	
Üye	Daire Başkanı	Hakkı ÇIRAK	
Üye	Daire Başkanı	Orhan IŞIK	
Üye	Daire Başkanı	Doç. Dr. Birol KAYRANLI	

Tez Savunma Tarihi: 19.06.2018

## ETİK BEYAN

“İLLER BANKASI ANONİM ŞİRKETİ Uzmanlık Tezi Yazım Kuralları”na uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Erdem GÖK  
19 Haziran 2018

İhaleye Fesat Karıştırma Suçu  
(Uzmanlık Tezi)

Erdem GÖK

**İLLER BANKASI ANONİM ŞİRKETİ**

Haziran 2018

ÖZET

İhaleye fesat karıştırma suçu Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu madde beş fıkradan oluşmaktadır. Bu fıkralarda suçun hangi ihalelerde işlenebileceği, hangi davranışların suçun oluşumuna sebep vereceği, suçun nitelikleri halleri, suçta gerçek içtimanın uygulanacağı haller ve suçun uygulanacağı ihaleleri ihaleyi yapan kurum ve kuruluş açısından genişleten düzenlemeler yer almaktadır. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun değişik bölümleri ve yerlerinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu, yürürlükteki 5237 sayılı Kanun ile tek bir "çatı maddede" düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun'da, ihalelerde sözleşme imzalandıktan sonraki aşamada meydana gelen fesat karıştırma eylemlerinin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturacağı düzenlenerek, ihaleye fesat karıştırma suçu ile ayırım netleştirilmiştir. 235. maddenin ikinci fıkrasında dört alt bent içinde hangi hareketlerin fesat karıştırma fiilini oluşturacağını düzenlenmiştir. Bu düzenleme neticesinde hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye katılımının engellenmesi veya ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan kişilerin ihaleye katılımının sağlanması, yine hileli davranışlarla teklif edilen malın şartnameye uygun olmasına rağmen kabul edilmemesi veya şartnameye uygun olmayan malın kabul edilmesi, ihaleye ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin başkalarına bildirilmesi, tehdit, cebir veya hukuka aykırı davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesi, ihale fiyatını veya şartlarını etkilemek amacıyla gizli anlaşma yapılması bu suçun oluşumuna sebebiyet verecektir. Bu fiillerden herhangi birini işleyen faile verilecek temel ceza da üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bu çalışma ile suç, tarihçesi, unsurları ve soruşturma usulü ve yaptırımları gibi başlıklar altında incelenecektir.

- Anahtar Kelimeler : Türk Ceza Kanunu, İhaleye Fesat Karıştırma, Kamu İhale Kanunu, İhale, Suç.  
Sayfa Adedi : 101  
Tez Danışmanı : Nur KESKİN (Kurum)  
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (Ankara Üniversitesi)

Bid Rigging  
(ILBANK Expertise Thesis)

Erdem GÖK

**ILLER BANKASI ANONİM SİRKETİ**

June 2018

**ABSTRACT**

Bid rigging is regulated in article 235 of the Turkish Criminal Law. The article aforementioned consists of five paragraphs. These paragraphs include in which tenders the offence may be committed, which behaviors may cause the offence to occur, the major form of crime, aggregation of offences, the cases where the actual crime is to be implemented and arrangements expanding tenders in terms of tendering authority and corporation for which the offence is to be implemented. Bid rigging regulated former 765 numbered Turkish Penal Code in its different parts is regulated with the current law 5237 by being gathered under “a single root” article. Besides, in law, bid rigging which comes the next step after contract signing in tenders is regulated as bid rigging, so distinction is clarified. In the second paragraph of article 235 in four sub clauses which movements are organized to create bid rigging. In consequence of this regulation, being prevented people who have the ability to participate in tender with fraudulent behaviors from participation in tender or being ensured the participation in tender of people who do not have the ability to participate in tender, also being refused goods due to fraudulent behaviors although the good offered are in accordance with the specification or being accepted of goods not suitable for the specification, being informed someone who needs to be kept confidential, being prevented participation in tender of people who have the ability to participate because of threat, compulsion or illegal acts , being made a secret agreement to influence the tender price will cause this crime to occur. Basic punishment given to the actor that acts any of these acts is determined as imprisonment from three years to seven years. Crime (bid rigging), its history, elements, investigation procedure and its sanctions will be examined in this study.

Key Words : Turkish Criminal Code, Bid Rigging, Public Procurement Code, Tender, Crime.

Page Number : 101

Supervisor : Nur KESKİN (Corporate)

Supervisor : Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (Ankara University)

## TEŞEKKÜR

İller Bankası Anonim Şirketi uzmanlık tezi olarak hazırlanan bu tez alıŐmasının planlama, araştırma, geliŐtirme, yürütme ve oluŐum aŐamalarının tümünde yardımlarını esirgemeyen tez danışmanlarım “İlbank A.Ő. Hukuk MüŐavirliĐinden” Sayın Avukat Nur KESKİN’e ve “Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinden” Sayın Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT’a;

Tez çalıŐmam boyunca yardımları için “İller Bankası A.Ő. Yatırım Koordinasyon Dairesi Başkanlığından” Teknik Uzman Emre AYTAÇ’a;

Hayatımın her anında desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen aileme ve eŐime teŐekkürü bir borç bilirim.



# İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET .....	i
ABSTRACT.....	ii
TEŞEKKÜR.....	iii
İÇİNDEKİLER .....	iv
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ .....	1
1. SUÇA İLİŞKİN GENEL DÜZENLEMELER .....	5
1.1. Suçun Tarihçesi.....	5
1.1.1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu öncesi dönem .....	6
1.1.2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi.....	12
1.2. Benzer Suçlarla Karşılaştırılması.....	14
1.2.1. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu .....	14
1.2.2. Dolandırıcılık suçu.....	16
1.2.3. Tehdit ve cebir suçu .....	17
1.2.4. Görevi kötüye kullanma suçu .....	17
1.2.5. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu .....	18
1.2.6. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu .....	19
1.2.7. Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu .....	20
1.3. Mukayeseli Hukukta Düzenlemeler.....	20
1.4. Suçta Korunan Hukuki Değer .....	22
2. SUÇUN UNSURLARI .....	25
2.1. Suçun Maddi Unsurları .....	25
2.1.1. Suçun Konusu .....	25
2.1.2. Fail .....	31
2.1.3. Mağdur .....	35
2.1.4. Fiil .....	37
2.1.5. Suçun Nitelikli Halleri .....	56
2.2. Suçun Manevi Unsuru.....	58
2.2.1. Kast .....	58
2.2.2. Taksir .....	59
2.2.3. Kusurluluk.....	60
2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	63
3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ .....	67
3.1. Suçun Özel Görünüş Biçimleri .....	67
3.1.1. Teşebbüs.....	67
3.1.2. İştirak .....	71

3.1.3. İçtima .....	73
3.2. Yaptırım .....	80
3.2.1. Ceza.....	80
3.2.2. Güvenlik tedbiri .....	82
3.3. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü .....	87
3.3.1. Soruşturma usulü.....	87
3.3.2. Görevli ve yetkili mahkeme .....	89
SONUÇ .....	91
KAYNAKÇA.....	97
ÖZGEÇMİŞ .....	101

## KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış olan kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

### Kısaltmalar

### Açıklamalar

**AYMKBB**

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası

**CD**

Ceza Dairesi

**E.**

Esas

**K.**

Karar

**m.**

Madde

**TBMM**

Türkiye Büyük Millet Meclisi

**TCK**

Türk Ceza Kanunu

**TDK**

Türk Dil Kurumu

**YKBB**

Yargıtay Kararlar Bilgi Bankası

## GİRİŞ

Geçmişten günümüze kadar yasa koyucular bazı insan davranışlarını suç olarak niteleyerek ceza tehdidi ile bu davranışların işlenmesinin önüne geçmek istemiştir. Tarih boyunca bazı davranışlar suç olarak nitelendirilmesi çok eski tarihlere dayanırken, bazı davranışların işlenmesi geçmişte suç olsa da günümüz dünyasında suç olarak nitelendirilmektedir. Bazı davranışlar da vardır ki, günümüz dünyasında suç olarak yeni yeni tanımlanmaktadır. Bilgisayar teknolojisinin gelişmesi ile birlikte bilişim suçları bunun tipik bir örneğidir.

Çalışma konumuz ihaleye fesat karıştırma suçu ne hırsızlık suçu gibi çok eski tarihsel kökenlere sahiptir ne de bilişim suçları gibi çok yenidir. Türk Hukuk tarihinde bu suçun tarihsel kökenlerine ilk kez 19. yy. da rastlanılmaktadır. Bu tarihsel yakınlığın sebeplerinden birinin de liberalist sistemin gelişmesiyle birlikte devletin ihtiyaçlarını kendi imkânları karşılamak yerine özel hukuk kişilerinden teminin tercih edilmesi olduğu söylenebilir.

Söz konusu ihtiyaçların, herhangi bir kimseden alınması ise toplumda adalet duygusunu, serbest piyasada rekabeti ve devletin ihtiyaçlarını en uygun fiyatla almasını zedelenmesinin önüne geçmek için bu ihtiyaçlarının “ihale” usulü ile alınması öngörülmüştür. Bu ihale usulleri de çok sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır.

Ülkemiz ekonomisinin yaklaşık yüzde 15’ini oluşturan ihalelerde meydana gelen bir usulsüzlük toplumda derin huzursuzluklar yaratabilecektir. Ayrıca bu ekonomik büyüklük, toplumdaki kötünietli kişilerin adeta “iştahını kabartmakta”, bu pastadan pay alabilmek için hukuk dışı yollara sapmasına neden olmaktadır. Yasa koyucu da bu tehlikelerin önüne geçebilmek için ceza kanunlarında ihaleye fesat karıştırma fiilini suç olarak nitelendirmektedir.

Çalışma konumuz olan ihaleye fesat karıştırma suçu “Ceza Hukuku” ndaki düzenlemeler esas alınarak incelenecektir. Kamu ihale mevzuatının temel metinleri olan Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu’ndaki düzenlemelere ise konuyla ilgili oldukları kısımlarda yer verilecektir.

Bizi bu tercihe iten iki sebep bulunmaktadır. Birincisi, ihale mevzuatının temel metinleri Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu olsa da yasa koyucu tarafından getirilen istisna düzenlemeleri ve küreselleşen Dünya’da Avrupa Yatırım Bankası, Dünya Bankası gibi uluslararası kurumların kendi yönergelerine uygun ihale usullerini tercih etmeleri neticesinde ülkemizde yapılan birçok ihalenin bu temel metinlerden bağımsız olarak yapılmasıdır. Diğer sebep ise, çalışma konumuzun kapsamının sınırlandırılmasıdır. Aksi takdirde bu metinlerde yer alan kurumların açıklanmasına çalışılması durumunda suç ile ilgisi bulunmayan ihale kurumlarının açıklanması gerekecek bu durumda kapsam dışına çıkılmasına neden olacaktır.

Bu kapsam sınırlaması neticesinde ihaleye fesat karıştırma suçunun, Türk Ceza Hukuku tarihinde ilk kez ortaya çıktığı kanun olan Ceza Kanunname-i Hümayun ve Cumhuriyet’in ilanı birlikte başlayan kanunlaşma döneminde kabul edilen Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeler incelenecektir. Daha sonra da suçun benzer suçlarla ve mukayeseli hukuktaki düzenlemelerle karşılaştırılması yapılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, suçun “mihenk taşı” olarak nitelendirebileceğimiz “suçun unsurları” detaylı olarak incelenecektir. Konuya ilişkin doktrinde yer alan görüşlere ve ihaleye fesat karıştırma suçunu incelemekle görevli Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin eski ve güncel kararlarına atıflar yapılacaktır. Elbette Yargıtay’ın diğer dairelerinin ve Ceza Genel Kurulu’nun kararları da atlanılmayacaktır.

Son bölümde de suçun özel görünüş biçimleri, failin suç teşkil eden fiili neticesinde alacağı ceza ve suçun soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin bilgiler verilecektir.

Burada belirtmek gerekir ki, Ceza Hukukunun genel hükümleri bölümüne tasnif edilebilecek kurumlara ilişkin kısaca genel bilgiler verildikten sonra çalışma konumuz ile bu kurumun arasındaki bağ irdelenecek; bu kurumlara ilişkin ayrıntılı bilgi verilmekten kaçınılacaktır. Bu açıklamaları da yaparken Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar yol gösterici olacaktır.

Bu incelemeler neticesinde çalışmamızla ulaşılmak istenen amaç, öğretide birden çok yazar tarafından ayrıntılı olarak incelenen konuya farklı bir bakış açısı eklemek ve Bankamızın temel çalışma alanlarından biri olan ihalelerde meydana gelebilecek suçun tespiti hususunda farkındalık yaratabilmektir.



# 1. SUÇA İLİŞKİN GENEL DÜZENLEMELER

Çalışmanın bu bölümünde ihaleye fesat karıştırma suçunun tarihçesine yer verilerek, geçmişteki düzenlemelerde nelerin yer aldığı ve uygulamada ne gibi sorunlarla karşılaşıldığı incelenecektir. Suç, Türk Ceza Hukuku tarihimizde ilk kez 1858 yılında Ceza Kanunname-i Hümayunda karşımıza çıkmaktadır. Daha sonra Cumhuriyetin ilanı ile birlikte Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu suç, Kanunu'nun değişik bölüm ve kısımlarında farklı maddeler altında düzenlenmiştir. 2004 yılında kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu düzenlenmiştir.

Bu suça ilişkin düzenlemeler, Kıta Avrupası Hukukunda da bulunmakta olup, bu düzenlemeler ile TCK'nın 235. maddesindeki düzenleme karşılaştırılmalı olarak incelenecektir.

Suçun diğer suçlardan ayrımı da suçun tespiti açısından büyük bir önem taşımaktadır. Bu nedenle benzerlik gösterdiği düşünülen diğer suçlarla da ayrımının yapılması gerekmektedir.

Son olarak da bu bölümde, suçta korunan hukuki değer tespit edilmeye çalışılacaktır.

## 1.1. Suçun Tarihçesi

İhaleye fesat karıştırma suçunun tarihçesi incelenirken, suçun Türk Hukukundaki doğuşu ve gelişimi ele alınmıştır. Kıta Avrupasında veya diğer ülkelerin hukukunda ne zaman ortaya çıktığına dair araştırmaya girilmemiştir.

Suçun tarihçesi de yürürlükteki kanun olan 5237 sayılı Kanun dönemi ve bu dönem öncesi olmak üzere ikiye ayrılmıştır. 5237 sayılı Kanun dönemi öncesinde de 1868 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayundaki düzenlemeler ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler incelenecektir.



### 1.1.1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu öncesi dönem

Hukuk tarihimizde ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hükümler ilk kez 1274 (9 Ağustos 1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun<sup>1</sup>'da birden fazla maddede yer almaktadır (Arslan, 2017: 85). İhaleye fesat karıştırma suçunun ilk kez 1858 tarihinde Ceza Kanunname-i Hümayun ile düzenlenmiş olması, eski hukuk sistemlerinde bu suçta rastlanılmamasının sebebi olarak suçta korunan hukuki değerın “ekonomik” yönünün ağır basması ve kapitalist sistemin gelişmesi ile beraber serbest pazar, rekabet gibi kavramların 19.yy’da önem kazanmış olmasıdır (Dülger, 2008: 216).

Bu Kanun’un “*devlet hesabına yapılan alım satıma fesat karıştırma suçunu*” düzenleyen 83. maddesi şu şekildedir:

“Her kim Devlet-i Aliye hesabına olarak iştirasına veyahut bey’ine veya imaline memur olduğu her nev’i eşyanın şirasında ve beha ve miktarında ve imalinde fesad karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikab eyler ise sarık olacağından madde- i sabıkada tayin olunan mücazâtı görür.”

Madde metninden, kamu görevlisinin devlet hesabına, her çeşit eşyanın, satın alınmasında, fiyat ve miktarında ve imaline fesat karıştırılmasının suç olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Hangi fiillerin fesat karıştırma fiilini oluşturacağı ise yürürlükteki ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen maddeden farklı olarak bu maddede belirlenmemiştir. Dolayısıyla hâkimin her somut olayda işlenen fiilin fesat karıştırma olup olmayacağına karar vermesi gerekmektedir.

Faile verilecek ceza ise aynı Kanun’un 82. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde gereğince ihaleye fesat karıştıran devlet memuru, sebep olunan zararın iki katının tazmini, beş yıl kalebendlik ve ömür boyu memuriyetten men ile cezalandırılacaktır. 84. maddesinde de ihaleye fesat karıştırma suçunun memur olmayanlar tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza, memurlara verilen ceza ile aynı şekilde olacağı hükme bağlanmıştır.

Müzayedeye fesat karıştırma suçu ise aynı Kanun’un 238. maddesinde düzenlenmiştir:

---

<sup>1</sup> Bu kanun 3 bölüm ve 264 maddeden oluşmaktadır (Arıtürk, 2011: 132).

“Beynennas bilmüzayede bey’ ve şira veyahut icar ve isticar olunacak emval ve emlakın müzayesedesine kavlen veya fiilen zarar veren eşhas onbeş günden üç aya kadar hapis ve bir mecdiye altından yüz mecdiye altınına kadar ceza-i nakdi ahzı ile mücazat olunur.”

Bu maddede, bir açık artırmada satın alınan, satılan, kiraya verilen veya kiralanan eşyaya veya emlaka, anlaşarak veya fiilen zarar veren her kimsenin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan maddeden farklı olarak bu suçun faili herkes olabilecektir. Suçun cezası ise on beş günden üç aya kadar hapis cezası ve bir mecdiye altından yüz mecdiye altınına kadar para cezası olarak belirlenmiştir.

Osmanlı İmparatorluğu’nun yıkılması akabinde Türkiye Cumhuriyeti’nin ilanıyla birlikte hız kazanan kanunlaşma sürecinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 01.03.1926 tarihinde TBMM’ce kabul edilmiştir (Dülger, 2008: 217). Bu Kanun’da da 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun’da olduğu gibi ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin birden fazla hüküm yasanın farklı bab ve fasıllarında bulunmaktadır.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 205. maddesinde “*Devlet Hesabına Yapılan Alım Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu*”, 208. maddesinde “*Devlet İçin Yapılan Eşya Alım veya Satımında Ticaret Yapma Suçu*”, 366. maddesinde “*Resmi İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*”, 367. maddesinde “*Kamu İdareleri Marifetiyle Yapılan veya Özel Kişilerin Gerçekleştirdiği İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*”, 368. maddesinde “*İhaleden Menfaat Karşılığı Çekilerek Fesat Karıştırma Suçu*” düzenlenmiştir.

Bu dağınıklık eleştiri konusu olmuştur (Dülger, 2008: 218). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ise ihaleye fesat karıştırma suçunu tek bir “*çatı maddede*” düzenlemiştir. (Özcan, 2015: 50).

#### Devlet hesabına yapılan alım satım ve yapıma fesat karıştırma suçu

Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 205. maddesinde düzenlenen bu suç, mehzaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda bulunmamakta olup, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun 83. maddesinden alınmıştır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> İtalyan Ceza Hukukunda da benzer düzenlemeler bulunmaktadır (Dülger, 2008: 218).

Madde Şu Şekildedir:

“Bir kimse Tŕkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikâp eylesen on seneden aşağı olmamak ũzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve zarar kendisine ũdettirilir.”

Madde metni, Ceza Kanunname-i Hŕmayunu'nun 83. maddesinin Tŕkçesinin sadeleŐtirilmiŐ halidir. Bu maddeye gŕre de kamu gŕrevlisinin devlet hesabına, her çeşit eşyanın, satın alınmasında, fiyat ve miktarında ve imaline fesat karıştırılmasının suç olarak dŕzenlenmektedir.

Madde daha yakından incelendiğinde suçun ŕzgŕ suç niteliğinde olduğu, her ne kadar “bir kimse” diye ifade edilse de, suçun ancak memur tarafından işlenebileceği anlaşılmaktadır. Maddenin kanun sistematiki içinde devlet aleyhine işlenen suçlarla aynı bŕlŕmde yer alması da bunu doğrulamaktadır. Çŕnkŕ devlet aleyhine işlenen suçların faili sadece memurlar olabilmektedir (Arslan, 2017: 89).

Suçun oluşması için Tŕkiye Devleti hesabına bir alım, satım veya yapım işinin ihaleyle yapılmış olması Şart olmadiki gibi sŕz konusu işin taŐınır veya taŐınmaza ait olmasının da bir ŕnemi bulunmamaktadır. Hizmet ihaleleri ve kiralama ihaleleri ise bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir (Akbulut, 2009: 51)<sup>1</sup>.

Maddenin devamında işin pahasında, miktarında ve yapmasında fesat karıştırma fiilinin gerçekteŐmiŐ olması gerektiği belirtilmektedir<sup>2</sup>. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 06.11.1991 tarihli ve E. 4124, K. 4738 sayılı kararında işin kalitesinde yapılan hilenin de bu suçun oluşumuna sŕbut vereceğine hŕkmetmiŐtir (Arslan, 2017: 91).

Madde metnindeki irtikâp eylemek ifadesinden irtikâp suçu ifade edilmemekte olup, Şiddet, tehdit, hile vb. yollarla haksız bir menfaat elde edilmesi ifade edilmektedir

<sup>1</sup> “... C. BaŐsavcılıĐı'nın 28.5.199 tarihli iddianamesiyle A.G., K.E., H.K. ve A.A haklarında ihaleye fesat karıştırma suçundan açılan kamu davasında leasing-finans kiralama yoluyla 3226 sayılı Yasa çerçevesinde telepanel cihazı kiralanması eylemlerinin TCK'nin 205. Maddesi kapsamında alım, satım ve yapım işi olarak değerlendirelemeyeceği, finansal kiralama iŐlerindeki usulsŕzlŕk ve yasaya aykırılıkların tŕmŕ itibariyle TCK'nin 240. Maddesindeki suçu oluşturacağı.” Yargıtay 5.CD, 29.03.2004, E. 2003/6935, K. 2004/2305 (Arslan, 2017: 90).

<sup>2</sup> Yargıtay 5. CD, 15.12.1987, 8836/7450 sayılı kararında da bu husus tekrar edilmektedir (Arslan, 2017: 90).

(Arslan, 2017: 91). Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı bir davada 26.05.2006 tarih ve E. 2004/5, K. 2006/2 sayılı kararı ile suçun unsurları açısından hile ve haksız menfaat kavramlarına ilişkin şu açıklamaları yapmıştır (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [AYMKBB], 2006):

“765 Sayılı Türk Ceza Kanununun 205. Maddesindeki “Devlet alım satım ve yapımına fesat karıştırma suçunun maddi unsuru, Devlet hesabına olarak yapılan herhangi bir eşyanın alım veya satımında, pahasında, miktarında veyahut yapımında, fesat karıştırarak kendine veya başkasına her ne şekilde olursa olsun haksız menfaat sağlanmasıdır./ Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya baktığımızda, sanığın sabit kabul edilen eylemlerinde 205. Maddede düzenlenen suçun unsuru olan fesat (hile) ögesi gerçekleşmemiş, kendisi veya üçüncü kişiler lehine haksız menfaat temin ederek Devletin zarara uğratıldığı da saptanamamıştır. Bu nedenlerle, sanığa yüklenen 205. Maddedeki suçun oluşmadığı sonucuna varılmıştır<sup>1</sup>.”

Anayasa Mahkemesi kararından da anlaşılacağı üzere bu maddedeki suç zarar suçu olup, bu suça teşebbüste mümkündür (Akbulut, 2009: 52).

Suçla belirlenen yaptırım ise on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ve zararın tazminidir. Madde metninin ilk halinde yer alan rütbe ve memuriyetten men cezası 09.07.1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Ayrıca yine bu Kanun ile suçun alt sınırı arttırılmış ve faile meydana getirdiği zararı tazmin etme yükümlülüğü getirilmiştir (Aritürk, 2011: 134).

### Devlet için yapılan eşya alım veya satımında ticaret yapma suçu

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 208. maddesinde;

“Devlet memurlarından her kim, idaresine ve nezaretine memur oldukları işlerde Devlet için az veya çok eşya veya malzeme alım veya satımında gizli veya aşıkâr, gerek doğrudan doğruya kendisi, gerek başkası vasıtasıyla veya ortaklık suretiyle kendi kazancı için ticaret eder veya imalat yahut inşaatı götürü şekilde deruhde edenlere ortak olursa üç seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.

Eğer bu gibi alış verişte komisyon alınır yahut nakid veya meskukat mubadelesinde kazanç sağlanırsa ağır hapis cezası beş seneden az olamaz.”

hükmü bulunmaktadır.

---

<sup>1</sup> Aynı doğrultuda Yargıtay kararları ise şunlardır: Yargıtay 5. CD. 22.02.2011 , E. 2010/8637, K. 2011/1175; Yargıtay 5.CD. 17.10.2001, 3663/5937 (Arslan, 2017: 90).

Kaynak kanunda bulunmayan bu hüküm ile devlet memurlarının idare ve nezaretinde bulunan malların ticaretini yapması yasaklanmıştır (Arslan, 2017: 95). Bu yasaklanan ticaretin gizli veya aşikâr, gerek kendisi, gerek başkası aracılığıyla veya ortaklık suretiyle yapılmış olmasının suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır (Kazancı, 2011: 60).

Maddede düzenlenen fiili işleyen fail, üç seneden az olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Söz konusu ticaretten komisyon alınması veya kazanç sağlanması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olup, bu durumda faile verilecek beş seneden az olamayacaktır (Arslan, 2017: 95).

Doktrinde, bu maddenin uygulanmasına ilişkin bir mahkeme kararına bugüne kadar rastlanılmadığı belirtilmektedir (Dülger, 2008: 219).

#### Resmi ihaleye fesat karıştırma suçu

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 366. maddesinde;

“Her kim Hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayede ve münakasada şiddet veya tehdit ile veya hediye vait ve itasiyle veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti meni veya ihlal yahut müzayede ve münakasada pey sürenleri çekilmeğe sevkederse üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.”

hükmü bulunmaktadır.

Bu madde uyarınca, hükümet hesabına gerçekleştirilen artırma ve eksiltmeye, şiddet, tehdit, menfaat temin edilmesi, gizli ittifak kurulması veya hileli vasıtalarla bu ihalede rekabetin bozulması ya da ihaleye katılan bir kimsenin ihaleden çekilmeye sevk edilmesi hallerinde bu fiilleri işleyen fail, üç aydan bir seneye kadar hapis cezası ve otuz liradan iki yüz liraya kadar para cezasına mahkûm olacaktır.

Öncelikle suçun faili herkes olabilir. Suçun oluşumu için “*hükümet hesabına*” gerçekleştirilen bir ihalede bu fiilin işlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri vb. benzeri kurumların gerçekleştirdiği ihalelerde bu suçun işlenmesi mümkün değildir (Kazancı, 2011: 59).

Bu suçta, 765 sayılı Kanunu'nun 205. maddesinde düzenlenen Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçundan farklı olarak suçun oluşabilmesi için failin fiilinden bir menfaat elde etmiş olması şart değildir. Kamu zararının oluşması da aranan şartlardan değildir (Arıtürk, 2011: 140). Rekabetin bozulması veya ihaleye katılan bir isteklinin teklifini geri çekmiş olması yeterlidir.

Suç seçimlik hareketlerle işlenebilir. Bir diğer deyişle failin şiddet, tehdit veya hileli davranışlarla rekabeti engellemesi, bozması veya ihaleye katılanları çekilmeye zorlaması halinde suç oluşacaktır (Özgenç, 2002: 252). Bu fiillerin ihale aşamasından önce yapılması şart olup, ihale tamamlandıktan sonra bu fiillerin işlenmesi bu suçun oluşturmayacaktır (Gürsel, 2003: 613).

#### Kamu idareleri marifetiyle yapılan veya özel kişilerin gerçekleştirdiği ihaleye fesat karıştırma suçu

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 367. maddesinde;

“Gerek resmi daireler marifetiyle ve gerek beynennas bilmüzayede alınıp satılacak yahut kiraya verilip alınacak mal ve mülklerin müzayedesinde yukarki maddede gösterilen suretlerden biriyle rekabeti meni veya ihlal yahut müzayedeye pey sürenleri çekilmeğe mecbur edenler bir aydan üç aya kadar hapse ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı naktiye mahkum olur.”

hükmü bulunmaktadır.

Söz konusu maddede resmi daireler veya özel kişilerin düzenlemiş oldukları müzayedelerde gerçekleşen fesat karıştırma suçu düzenlenmiştir. Bu maddenin içeriğinde, sadece müzayededen bahsedildiği için, yani arttırma ifadesi olduğundan, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin en düşük teklif olarak belirlendiği ihalelerde bu hüküm kanunilik ilkesi gereğince uygulanması mümkün değildir (Kazancı, 2011: 62). Suçun konusu mal ve mülkler olup, yapım ve hizmet ihalelerinde bu suçun uygulanabilme olanağı bulunmamaktadır (Kazancı, 2011: 62).

Suçun seçimlik hareketleri, aynı Kanun'un 366. maddesi ile aynıdır. Suçun faili herkes olabilir. Bu seçimlik hareketleri işleyen fail bir aydan üç aya kadar hapis cezası ve otuz liradan yüz liraya kadar para cezası ile cezalandırılacaktır.

### İhaleden menfaat karşılığı çekilerek fesat karıştırma suçu

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 367. maddesinde;

“Bir kimse kendisine veya başkasına vadolunmuş para veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye veya münakasaya devamdan istinkaf suretiyle resmi müzayedeye fesat karıştırırsa altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayı naktiye mahkum olur”

hükmü bulunmaktadır.

Madde metninden resmi dairelerce düzenlenen ihalelerde para karşılığı veya sair menfaat karşılığı ihaleden çekilme suçu düzenlenmekte olup, özel kişilerce düzenlenen ihalelerde bu suçun işlenmesi imkânı bulunmamaktadır (Gürsel, 2003: 616).

Suçun faili sadece ihaleye teklif sunan kişi olabilir. Bu kişiye para veya sair menfaat teklif eden kişi ise aynı Kanun'un 366. maddesi gereğince cezalandırılacaktır (Arıtürk, 2011: 143).

Resmi bir müzayede de bu suçu işleyen fail altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar para cezasına mahkûm olacaktır.

### **1.1.2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi**

TBMM'ce 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu söz konusu Kanun'un günümüze kadar iki değişiklik geçirmiş olan 235. maddesinde düzenlenmiştir. Madde kanun sistematığı olarak, Türk Ceza Kanunu'nun “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü kısmının “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer almaktadır.

Madde metni şu şekildedir:

“(1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

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

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

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

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

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

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

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

(3) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) İhaleye fesat karıştırma suçunun;

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

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

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

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

Suçun kapsamına giren yani suçun konusunu teşkil eden ihaleler ve bu suçu işleyenlerin karşılaşacakları yaptırımlar maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında dört bent halinde ise ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fiiller sayılmıştır. Suçun nitelikli hali üçüncü fıkrasında, gerçek içtima hükümlerinin uygulama alanı ise dördüncü fıkrada yer almaktadır. Maddenin son fıkrasında ise suçun konusunu genişleten bir düzenleme bulunmaktadır (Koca ve Üzülmez, 2013a: 5).

Yasa koyucu 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nda ayrı ayrı maddelerde bulunan ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hükümleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda tek bir maddede toplamıştır; ayrıca “*Edimin İfasına Fesat Karıştırma*



*Suçu*’nu 236. maddesinde düzenleyerek bu suçı ihaleye fesat karıştırma suçundan ayırmıştır.

Suçla ilişkin ayrıntılı açıklamalar çalışmamızın ikinci bölümünde yapılacaktır.

## **1.2. Benzer Suçlarla Karşılaştırılması**

Bir suçun benzer suçlardan ayrılması, failin davranışının hangi suç oluşturduğunu tespit etmek açısından çok önemlidir. Çalışma konumuz ihaleye fesat karıştırma suçu, bazı suçların fiilleri ile benzer yönleri sahip olmakta; bazı suçlar içinse suçun oluşup oluşmadığını belirlemede kıstas olmakta, bazıları içinse de kendinden sonraki aşamalarda gerçekleşecek suçların belirlenmesi için kıstas olmaktadır.

Örneğin dolandırıcılık suçu, hileli davranışlar yönünden; görevi kötüye kullanma suçunun başka bir suçun meydana gelmemiş olmaması şartı yönünde; edimin ifasına fesat karıştırma suçu da hangi andan itibaren ihaleye fesat karıştırma suçu hangi andan itibaren edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşacağı yönünden benzerliklerin ve farklılıklarının tespiti gerekmektedir.

### **1.2.1. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu**

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihaleye fesat karıştırma suçunu takip ederek Türk Ceza Kanunu’nun 236. maddesinde düzenlenmektedir. Suçun ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilişkisi de bu tarz bir düzenleme yapılmasının yerindeliğini doğrulamaktadır. Gerçekten de bu suç incelendiğinde, ihale aşamasının ihale sözleşmesinin imzalanması ile bitmesini müteakip sözleşme uygulanması aşamasında meydana gelen fiiller cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla ihale sözleşmesi imzalanana kadar yasaya aykırı fiiller ihaleye fesat karıştırma suçunu, sözleşme imzalandıktan sonraki fiillerse edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.

Bu suçü düzenleyen 236. maddenin ikinci fıkrasında beş bent halinde suçun seçimlik hareketleri düzenlenmektedir. Bu suçü oluşturacak seçimlik hareketler şunlardır:

“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.”

İhaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketleri ile bu suçun seçimlik hareketleri arasında ilk göze çarpan fark, bu suçun seçimlik hareketlerinin hileli davranışlarla işlenmesi aranmamaktadır. Yine bu suçun faili de her seçimlik harekete göre farklılık gösterecektir. Örneğin birinci ve ikinci alt bentlerin faili kamu görevlisinin yanında işin yüklenicisi de olabileceken, diğer bentlerdeki seçimlik hareketler ancak kabul görevinde yer alan kişilerce işlenebilecektir. Suçun özgü suç açıklığından benzer düzenlemeler ihaleye fesat karıştırma suçunda da bulunmaktadır.

Suçun temel cezası, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun cezası bu haliyle ihaleye fesat karıştırma suçü ile aynıdır. Fakat ihaleye fesat karıştırma suçunun temel cezası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk halinde, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıyken, 6459 sayılı Kanunla suçun temel cezası edimin ifasıyla fesat karıştırma suçuyla eşitlenmiştir. Birbirine bu kadar benzer nitelikteki suçların cezalarının benzer olması yerinde bir düzenlemedir.

Ancak 6459 sayılı Kanun ile ihaleye fesat karıştırma suçuna getirilen hafifletici nedenle, ihaleye fesat karıştırma fiili neticesinde kamunun zararı oluşmamışsa faile verilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olacaktır. Aynı indirim sebebinin edimin ifasına fesat karıştırma suçü için neden getirilmediği sorgulanabilirse de yasa koyucunun edimin ifasına fesat karıştırma fiilleri neticesinde kamunun zararının oluşacağı karinesinden hareket ettiği söylenebilir.

Bu suçta da kamu görevlisinin davranışı edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yanında başka suçların oluşumuna sebebiyet veriyorsa, fail bu suçlardan da cezalandırılacaktır.

### 1.2.2. Dolandırıcılık suçu

Dolandırıcılık suçu Türk Ceza Kanunu'nun 157. ve 158. maddelerinde düzenlenmiştir. Suçun basit halini düzenleyen 157. maddesi uyarınca, suç hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendi veya başkasına yarar sağlanarak işlenebilir.

Bu suçun ihaleye fesat karıştırma suçu - TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi için söz konusu - ile ortak özelliği her iki suçunda "*hileli davranışlarla*" işlenebiliyor olmasıdır (Arslan, 2017: 75). Kazancı'ya göre, dolandırıcılık suçundaki hileli davranışın "aldatıcı, kandırabilecek"<sup>1</sup> nitelikte olması aranırken ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için hileli davranışın bu nitelikte olması gerekmemektedir<sup>2</sup>, soyut bir nitelikte yalan bile ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmasına sebebiyet verebilecektir (Kazancı, 2011: 151).

İhaleye fesat karıştırma suçu ile dolandırıcılık suçunun tek ortak noktalarının bu olduğu söylenebilir. Birbirlerinden farklılıkları ise suçta korunan hukuki değerde ortaya çıkmaktadır (Arslan, 2017: 75). Dolandırıcılık suçunda korunan hukuki değer malvarlığıdır. Bu sebeple dolandırıcılık suçu ihaleye fesat karıştırma suçunun TCK'da

<sup>1</sup> Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin E. 2002/8592, K. 2003/9498 ve 17.12.2003 tarihli kararı şu ifadeler yer almaktadır: "*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 16.1.1984 tarih 6/281-3 sayılı kararında açıklandığı üzere; dolandırıcılık suçunda kandırarak ölçekteki hile ya da desise kullanılarak, yanlıya düşürme sonucu, mağdurda salt bu aldatma sonucunda bozulmuş bir iradeyle, kendi zararına, fail yararına bir işlemde bulunulmasının gerekmesine...*" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).

<sup>2</sup> Benzer bir olaya ilişkin Yargıtay 5. CD. 16.03.2017 tarih ve E. 2016/2275, K. 2017/967 sayılı kararında şu şekilde karar vermiştir: "*belgede sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdiri hakime ait olduğu cihetle, sahtecilik suçuna konu belgelerin duruşmaya getirilerek aldatma kabiliyeti hususunda incelenip özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması ve denetime olanak verecek şekilde dosya içine konulması ve ihaleyi yapan kurumca ihale nedeniyle söz konusu işin yapılması için sözleşme imzalanacağından bahisle ihaleyi kazanan firmanın ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş vergi ve sosyal güvenlik prim borcu olup olmadığının ilgili kurumlardan sorulması üzerine sanığın taahhüdü uyarınca verdiği belgelerin sahte olduğunun anlaşıldığının belirtilmesi karşısında, ihaleyi yapan kurumdan ne suretle belgelerin sıhhatinden şüphe duyulduğu ve belgelerin işgal kabiliyeti üzerinde durularak hasıl olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi"* (YKBB – Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).

düzenlendiği “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*” bölümü yerine “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmektedir.

### **1.2.3. Tehdit ve cebir suçu**

Türk Ceza Kanunu’nun 106. maddesinde Tehdit suçu, 108. maddesinde de Cebir suçu düzenlenmektedir. Çoğu zaman tehdit ve cebir başka bir suçun unsuru oluşturabilmektedir (Özcan, 2015: 46). TCK’nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi için de bu durum geçerlidir. Bu hükme göre cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişilerin ihalelere katılmasının engellenmesi durumunda ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

Bilindiği üzere biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçlara bileşik suç denir ve bu suçlarda gerçek içtima hükümleri uygulanmaz (Türk Ceza Kanunu (TCK), 2004: Madde 42). Cebir veya tehdit kullanılarak ihaleye fesat karıştırılması suçu da bileşik suçtur. Bu nedenle faile hem cebir veya tehdit suçundan hem de ihaleye fesat karıştırma suçundan ceza verilemeyecektir. Fail daha ağır cezayı içeren ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır.

Bu suçlarda ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değer bakımından ayrılmaktadır. Tehdit ve cebir suçunda korunan hukuki değer kişinin hürriyetidir. Kanun sistematigi de bunu doğrular niteliktedir. Madde, TCK’nın “*Kişilere Karşı Suçlar*” kısmının “*Hürriyete Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmektedirler (Arslan, 2017: 73).

### **1.2.4. Görevi kötüye kullanma suçu**

Kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etme fiili ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmuyorsa görevi kötüye kullanma suçunu oluşturma ihtimali bulunmaktadır. Örneğin kamu görevlisinin ödeneksiz ihaleye çıkması 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen ihaleye çıkılması her ne kadar ihaleye fesat karıştırma suçuna sebebiyet vermeyecekse de kişinin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açarsa görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçu TCK'nin 257. maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir:

*“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamak.”*

Kamu görevlisi, görevlerinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması bu suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. Eğer kamu görevlisinin fiilleri başka bir suç oluşturuyorsa, fail bu suçtan cezalandırılacak olup, görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmayacaktır.

Bu suçta korunan hukuki değer ise kamu görevindeki disiplini sağlamak, kamu idaresinin düzenli, etkin, dürüst ve tarafsız biçimde işlemesinin sağlanmasıdır (Tezcan, Erdem, ve Önok, 2013: 815).

### **1.2.5. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu**

Türk Ceza Kanunu'nun 117. maddesinde düzenlenen bu suçta cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi söz konusudur.

Suçun araç fiil kısmı, ihaleye fesat karıştırma suçunun – TCK'nın 235-2.c bakımından - araç fiil kısmıyla aynıdır. Fakat bu suç ihaleyle sınırlanmamış daha geniş bir alandaki iş ve çalışma alanlarını kapsamaktadır (Arslan, 2017: 75). Bu nedenle ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan bir kişinin cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı bir davranışla ihaleye katılımının engellenmesi hem ihaleye fesat karıştırma suçunu hem de iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşmasına sebep verecektir. Fakat TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima hükümleri uygulanarak, işlediği bir fiil nedeniyle iki suçun oluşmasına sebep veren fail en ağır cezayı gerektiren ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 18.06.2001 tarih ve E.2001/6467, K. 2001/7560 sayılı kararında: “... sanığın, taşımali eğitim gereği öğrencileri taşıyacak sürücülerini belirlemek üzere valilikte yapılacak ihaleye girmek için güvence parası yatıran yakınanı tehdit edip üzerine yürüyerek ihaleden çekilmesini sağlamaktan ibaret

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 28.11.2011 tarih ve E.2011/24016, K.2011/22456 sayılı kararında iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan açılan bir kamu davasında, failin “yarınki ihaleye katılmayacaksın ben o kadar söylüyorum” demesi nedeniyle mağdurun ihaleye katılmaması durumunda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabileceğine karar vermiştir (Soyaslan, Kemer ve Gülseven, 2014: 118).

Bu suçta da korunan hukuki değer, bireyin her türlü cebir ve şiddetten bağımsız olarak çalışabilmesini ve iş ve çalışmasını icra edebilmesini sağlamaktır (Tezcan ve diğerleri, 2013: 448). Çalışma konumuz suçta korunan hukuki değer ile benzerlik göstermektedir.

#### **1.2.6. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu**

Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçunun oluşabilmesi için failin sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği bir takım bilgilere vakıf olması, bu bilgilerin ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğinde olması ayrıca bu bilgilerin yetkisiz kimselere verilmesi veyahut ifşa edilmesi gerekmektedir (TCK, 2004: Madde 239).

Türk Ceza Kanunu’nda ihaleye fesat karıştırma suçuyla aynı bölümde düzenlenen bu suçta korunan hukuki değerler benzerlik arz etmektedir. Suçta korunan hukuki değer, “ekonomik düzenin genel yapısı içerisinde değerlendirilen haksız rekabet halinin engellenmesi ve dürüst ticari uygulamalar ile özellikle bankacılık alanında kanuna dayalı güvendir (Tekşen, 2012: 57).

Örneğin ihale komisyon üyesinin ihaleye katılan bir firmanın banka referans bilgilerini hukuken gerekmediği halde bir başka istekli firmaya vermesi halinde hem bu suç hem de ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Fakat bu durumda fikri içtima hükümleri gereğince fail en ağır cezayı gerektiren ihaleye fesat karıştırma suçundan yargılanıp, cezalandırılacaktır (Arslan, 2017: 76).

---

*eyleminin TCY. 366/1. Maddesine uyup uymayacağı tartışılmadan aynı Yasanın 201/1. Maddesi ile hüküm kurulmasını”* bozma sebebi saymıştır (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).

### 1.2.7. Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu

Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesi gereğince görevi nedeniyle elde ettiği gizli kalması gereken bilgileri başkalarının elde etmesini sağlayan kamu görevlileri bu suçun oluşumuna sebebiyet verecektir.

Bu hüküm ile birlikte TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde yer alan tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak fiilinin bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde, yaklaşık maliyetin üçüncü kişilere bildirilmesi halinde TCK'nın 235. ve 258'inci maddelerinde yer alan suçların unsurlarının kesişim kümesindeki fiil gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda yine fikri içtima hükümleri uygulanarak fail ihaleyi fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır.

### 1.3. Mukayeseli Hukukta Düzenlemeler

İngiliz Yargıç Lord Steyn Karşılaştırmalı Hukuk Disiplini için şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Karşılaştırmalı hukuk disiplini başka ülkelerde benimsenmiş çözümleri sıralayıp en fazla rağbet göreni kabul etmeyi amaçlamaz. Fikirler yarışırken onları birbirine tercih etmemizde bakışımızın keskinleştirmenin farklı ve çok değerli yoludur.”* (Smiths, Çev. Uzun, 2015: 66).

ABD Yüksek Mahkemesi, Roper v. Simmons kararında karşılaştırmalı hukukun değerini şöyle açıklamaktadır:

*“Dünya topluluğunun görüşü, her ne kadar bizim sonucumuzu kontrol etmese de, ulaştığımız sonuç için önemli ve dikkate değer bir doğrulama sağlamaktadır.”*

Alman Ceza Kanunu'nun 298. maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu ayrı bir suç tipi olarak belirlenmiştir. Fransa'da ise ayrı bir suç tipi olarak belirlenmemiş dolandırıcılık ve dolandırıcılık benzeri fiiller kapsamında değerlendirilmektedir. Almanya'da 298. maddenin yürürlüğe girmesinden önce ihaleye fesat karıştırma niteliğindeki fiiller

dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirmiştir. Fakat bu değerlendirme, malvarlığına verilen zararın tespiti noktasında belirsizlik olması nedeniyle sorunlara yol açmaktadır. Aynı tartışmalar İspanya Ceza Kanunu'nda da yaşanmaktadır. (Aritürk, 2011: 159-166). Türk yasa koyucu ise ihaleye fesat karıştırma suçunu dolandırıcılık suçundan ayırarak bu tartışmaların ülkemiz için doğmasını önlemiştir.

Ayrıca suçun unsurlarının gerçekleşebilmesi için suçun “*hileli davranışlarla*” işlenmesi gerektiği hususunda ittifak vardır. (Alman Ceza Kanunu madde 298, Fransız Ceza Kanunu madde 313, Avusturya Ceza Kanunu madde 168b, İtalyan Ceza Kanunu madde 353, İspanya Ceza Kanunu madde 262).

Türk Ceza Kanunu sistematığında suçun yer aldığı bölüm ile yukarıda bahsedilen ülke kanunlarında yer aldığı bölüm ekseriyetle aynıdır; ihaleye fesat karıştırma suçu “*Ekonomiye İlişkin Suçlar*” bölümünde yer almaktadır. İtalyan Ceza Kanunu ise Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki sistematik gibi ihaleye fesat karıştırma suçunu “*Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*” bölümünde düzenlemektedir.

Söz konusu ülkelerde suçun en düşük cezası 6 ay iken suçu en ağır şekilde cezalandıran Almanya'da beş yıla kadar fail cezalandırılmaktadır. Failin kamu görevlisi olması halinde ceza artırımını İtalya Ceza Kanunda düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde ise hapis cezasının yanı sıra para cezası da düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi 6459 sayılı Kanun ile değişmeden önce, ihaleye fesat karıştıran kişi beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. Fakat bahsedilen değişiklikle birlikte suçun temel cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir.

Yasa koyucu, suçu düzenlerken modern hukuktaki gelişmeleri göz önüne alarak Kıta Avrupası Hukukuyla uyumlu bir şekilde suçta korunan hukuki değerdeki ağır basan yan olan “*ekonomiyi*” esas alarak suçu tasniflemiştir. 6459 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte suçta korunan hukuki değerle suçun cezasının alt – üst sınırları da Avrupa Hukuku ile uyumlu bir hale gelmiştir.



#### 1.4. Suçta Korunan Hukuki Değer

Suçta korunan hukuki değer, suçun işlenmesiyle zarar görecektir veya zarar görme tehlikesi yaşayacak menfaat veya varlıktır. Bir diğer deyişle ceza normu ile korunan ve suçla ihlal edilen yararadır. Her suçun belli bir hukuki değeri koruduğu varsayımından hareketle herhangi bir hukuki değeri korumayan bir suçtan bahsedilemeyeceği söylenebilir (Özgenç, 2013: 156).

İhaleye Fesat Karıştırma Suçu ile korunan hukuki değeri belirlemek için TCK'nın 265. maddesinin gerekçesine bakmakta fayda bulunmaktadır:

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

Söz konusu gerekçede korunan hukuki değer kamuya görevlilerine duyulan güven olduğu belirtilmektedir. Fakat söz konusu gerekçe suçta korunan hukuki değerlerin tümünü yansıtmamaktadır (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 105). Gerçekten de suçta korunan hukuki değeri belirlemek için madde gerekçesi önemli bir kaynak olmakla birlikte tek kaynak değildir.

Suçun, Türk Ceza Kanunu sistematigi içinde hangi bölüm veya kısımda yer aldığı da suçta korunan hukuki değer belirlenmesi için önemlidir<sup>1</sup>. Mülga Türk Ceza Kanunu ve yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda suçların tasniflenmesi suçta korunan hukuki değer esas alınarak yapılmıştır. Mülga Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçu, “Devlet Aleyhine İşlenen Cürümler” Babında yer almaktayken, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda “Toplum Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmın, “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer almaktadır.

Türk Ceza Kanunu madde gerekçesiyle suçun düzenlendiği bölüm arasındaki farklılık aşikar olsa da bunun sebebi yasanın yazımında bir hatadan ziyade ihaleye fesat

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Toroslu, N. (1970). Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu. Ankara.

karıştırma suçunda korunan birden çok hukuki menfaatin olmasıdır (Akbulut, 2009: 63). Dolayısıyla bu suç birden çok hukuki konulu bir suç niteliğine haizdir. Birden çok hukuki menfaatin olduğu durumlarda yasa koyucunun iradesi devreye girmektedir ve ihaleye fesat karıştırma suçunda yasa koyucu suçun “ekonomi” yönünü baskın kılmak istemiştir (Özcan, 2015: 53). Yasa koyucuyu bu tercihe iten en önemli sebeplerden birinin ekonomik ve ticari hayatın en önemli temel taşlarından olan serbest piyasanın gerektirdiği rekabet koşullarının bozulmasının toplumda yaratacağı olumsuz etkiler olduğu söylenebilir (Arıtürk, 2011: 168).

Suçta korunan hukuki değerlere, “kamu görevlilerine duyulan güven” ve “serbest rekabeti korumanın” yanında daha düşük bedelle kaliteli bir şekilde ve en uygun zamanda ihalelerin yapılması (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 106), kamu kaynakların adil olarak topluma tahsisini sağlamakta sayılabilir (Akbulut, 2009, s. 61)<sup>1</sup>. Bu sayılanlara ilave olarak, suçta kamunun mali ve maddi menfaatleri de korunmaktadır (Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2013: 791).

---

<sup>1</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi de 27.02.2013 tarih ve E.2012/3485, K. 2013/1418 sayılı kararında suçta korunan hukuki değeri şu şekilde ifade etmiştir: “İhaleye fesat karıştırma suçunda, korunan hukuki yararın kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğu...” (Dilberoğlu, 2015, s. 164)



## **2. SUÇUN UNSURLARI**

Suçun unsurları doktrinde çok farklı şekilde belirlenmektedir. Kimi yazarlar suçun unsurlarını ikiye ayırırken bu unsurlar bazı yazarlarca arttırılmaktadır. Kısaca bu konuda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Çalışmamızda, Türk doktrinde baskın görüş olan klasik suç teorisine göre yapılan sınıflandırma esas alınarak suçun unsurları incelenecektir (Arıtürk, 2011; 170). Buna göre suçun unsurları; suçun maddi unsuru, manevi unsuru (kusurluluk) ve hukuka aykırılıktır.

### **2.1. Suçun Maddi Unsurları**

Suçun maddi unsurlarının nelerden oluştuğu hususunda da doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kimi yazarlarca suçun maddi unsuru, fiil, netice ve nedensellik bağı olmak üzere üç unsura ayrılırken, diğer yazarlarca suçun maddi unsuru, suçun konusu, fail, mağdur, fiil ve suçun nitelikli hallerinden oluştuğu görüşündedir.

Biz çalışmamızda, suçun kanuni tanımından hareket ederek suçun maddi unsurunu beşe ayıran tasniflendirmeyi esas almayı, 6459 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle birlikte suçun hafifletici halinin temel haline dönüşmesi nedeniyle nitelikli halin suçun maddi unsuru haline geldiğinden hareketle uygun bulunmaktadır.

#### **2.1.1. Suçun konusu**

Suçun iki tür konusu bulunmaktadır. Bunlar suçun maddi konusu ve hukuki konusudur (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 128). Suçun hukuki konusu, suçun gerçekleşmesi ile ihlal edilen hak ve menfaattir (Erem, 1968: 12). Suçun hukuki konusuna ilişkin açıklamalar “Suçta Korunan Hukuki Değer” başlığında yapılmıştır. Bu yüzden bu başlıkta suçun maddi konusuna ilişkin açıklamalar yapılacaktır ve suçun konusu ifadesi suçun maddi konusu yerine kullanılacaktır.

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde meydana geldiği insan veya şeydir. İnsan ve şey kavramları geniş yorumlanmak zorundadır. Bununla birlikte suçun maddi konusu kanun kuralı ile de belirlenmiş olabilir (Erem, 1968: 14-16).

İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi konusu ise hareketin üzerinde gerçekleştiği TCK'nın 235. maddesinde sayılan ihaleler ve bu ihalelerde gerçekleştirilen işlemlerdir (Dilberoğlu, 2015: 197)<sup>1</sup>. Madde gerekçesinde de; *"söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin olması"* gerektiği ifade edilmektedir.

İhale, *"idarenin ihtiyaçlarını karşılamak için yapacağı sözleşmenin tarafını/ taraflarını seçmek amacıyla kamu ihale hukukunun emredici kurallarına göre yürüttüğü ve sözleşmenin imzalanması ile son bulan bir süreç"* olarak tanımlanabilir (Dilberoğlu, 2015: 18). İhale süreci yaklaşık maliyetin hazırlanması, ihale ilanının yapılması tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi, ihale komisyon kararının alınması ve bunun üzerine ihale yetkilisinin komisyon kararını onaylaması, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin sözleşmeye davet edilmesi ve sözleşme davet aşamasında istenilen belgelerin kontrolünün yapılması gibi birçok aşamadan oluşmaktadır.

Hangi ihalelerde gerçekleştirilen fesat karıştırma fiillerinin suçun oluşumuna sebep vereceğini belirlemek gerekmektedir. Öncelikle ihale usulleri<sup>2</sup> ile yapılması gereken bir alım satımın, ihale usulü olmayan doğrudan temin yoluyla yapılması halinde ve yine doğrudan temin usulünde fesat karıştırma fiillerinin işlenmesi halinde; ortada bir ihale olmadığı için fail ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılmayacak şartları oluşması halinde görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır (Akbulut, 2009: 67). Çünkü doğrudan temin usulü "teknik anlamda" bir ihale usulü değildir. Teknik anlamda ihaleden bahsedebilmek için "artırma veya eksiltmenin" söz konusu olması gerekir; ancak doğrudan teminde idarece yapılan piyasa araştırma neticesinde en uygun teklif belirlenmektedir (Koca ve Üzülmez, 2013a: 7). Arıtürk ise aksi görüşte olup, durumun niteliğine göre doğrudan temin yönteminin uygulanmasında ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelebileceğini ileri sürmektedir (Arıtürk, 2011: 34-43). Yargıtay 5. Ceza Dairesi 28.02.2013 tarih ve E. 2012/3588, K. 2013/1487 sayılı kararında ise, doğrudan temin yönteminin bir satın alma usulü olduğu ve dolayısıyla bir ihale usulü olmadığı, ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelebilmesi için fesat karıştırma fiillerinin ihale

<sup>1</sup> İhale kavramı TDK Güncel Sözlüğünde şu şekilde tanımlanmaktadır: *"İş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma"*

<sup>2</sup> İhale usulleri: Devlet İhale Kanuna göre, kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulü; Kamu İhale Kanuna göre ise açık ihale usulü, belli istekliler arasındaki ihale usulü ve pazarlık usulüdür.

usullerinden biri ile yapılmış bir ihale veya iş olması gerekçeleriyle doğrudan temin yönteminde ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenemeyeceğine karar vermiştir (M. Abacıoğlu ve A. Abacıoğlu, 2016a: 136).

Burada tartışılabilir bir diğer husus da, idarenin aslında ihale usulüyle yapmaması gereken bir işi ihale ile yapması sonucu bu ihalede gerçekleşen ihaleye fesat karıştırma fiillerinin bu suçun oluşumuna sebebiyet verip vermeyeceğidir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 30.04.2007 tarih ve E. 2006/10848, K. 2007/3041 sayılı kararında bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağını, şartlarının olması halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağına hükmetmiştir. Çünkü Yargıtay'a göre, ihale usulüyle yapılmaması gereken bir işin ihale ile yapılması durumunda "ortada gerçek bir ihalenin bulunmaması", bu şekilde yapılan ihalede de bu suç işlenemeyecektir (Tuğrul, 2011: 325). Koca ve Üzülmüş de aynı görüştedir (Koca ve Üzülmüş, 2013b: 681). Dilberoğlu ise ortada hukuka uygun bir ihale bulunması sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşacağı görüşündedir (Dilberoğlu, 2015: 248).

Herhangi bir ihale veya doğrudan alım yöntemine uyulmaksızın doğrudan istenilen kişiye işin verilmesi halinde yine TCK'nın 235. maddesinin uygulama kabiliyeti olmayacaktır. Uygulamada sık karşılaşılan bir örnek olan bu durumda idarece işin doğrudan istenilen kişiye verildikten sonra yapılan ihaleyle işin o kişi üzerinde bırakılması durumunda ayrıca belgede sahtecilik suçu oluşabilecektir (Arslan, 2017: 192-193). Yargıtay 5. Ceza Dairesi 21.09.2017 tarih ve E. 2017/3968, K.2017/3899 sayılı kararında;

"Dairemizce de kabul gören Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07/02/2006 tarih ve 2005/11-119 E. 2006/15 sayılı Kararı uyarınca; önceden alınan hizmet için sonradan şekilde yapılan ihalenin hukuka aykırılığı ve ortada gerçek bir ihalenin bulunmaması nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmuş ihale usullerinden biriyle usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, ihalenin şekilde yapılarak ihaleye konu işin daha önceden icra edildiğinin anlaşılması halinde, ihale komisyonu kararı öncesinde alım işlemlerini yapan daha sonra buna ilişkin olarak mevzuata aykırı belge düzenleyerek fiili durumu hukukileştirmeye çalışan kamu görevlilerinin görev gereklerine aykırı hareket ederek alımın gerçekleştirildiği kişiye yarar sağladığının, ihaleye girme olanağı bulunan kişilerin bu olanaktan yoksun bırakılmaları suretiyle de onların mağduriyetine neden olduklarının bu suretle görevi kötüye kullanma suçunun, işler yapılmadan üçüncü kişi lehine yarar sağlama kastıyla ödeme yapıldığının anlaşılması halinde diğer koşulların da varlığı halinde zimmet suçunun, daha önce ödemeleri yapılmış işe veya alıma ilişkin yeniden belge düzenlenip ödeme yapılması halinde ise, para görevin normal fonksiyonu gereği verilmiş olmadığından, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmayan kişiler yönünden yasal tevdi unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği ve kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunun işlendiğinin kabul edilmesi gerekeceği"

kararlaştırılmıştır (Yargıtay Kararlar Bilgi Bankası [YKBB], 2017).

Mahkeme kararı yakından incelendiğinde; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, konuya ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulunun almış aldığı karara atıf yaparak, söz konusu kararı benimsediğini belirtmektedir. Daha sonra ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşması için dava konusu olay için bir olumlu bir de olumsuz şart belirlemektedir. Suçun olumlu şartı, ihale usullerinden biriyle hukuka uygun yapılmış veyahut yapılacak bir ihalenin veya işin olmasıdır. Olumsuz şartı ise, şeklen yapılan ihalede gerçek bir ihalenin olmadığıdır. Kararın devamında ihaleye fesat karıştırma suçu dışında failin fiilleri neticesinde hangi suçların oluşabileceği tartışılmaktadır.

İhale usullerinin belirlenmesi sırasında örneğin açık ihale usulü ile yapılması gereken bir işin pazarlık usulü ile yapılması halinde suçun tipiklik unsuru gereğince yani hileli davranışın veya cebir ya da tehdidin olmaması nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır (Koca ve Üzülmöz, 2013a: 11). Arıtürk ise ihale usulünün hileli davranışlarla belirlenmesinin bu suçun oluşumuna sebebiyet vereceği görüşündedir (Arıtürk, 2011: 79). Yargıtay 4. Ceza Dairesi 02.12.2008 tarih ve E. 2007/5708, K. 2008/2151 sayılı kararında konuyu tartışarak; kararda, ihaleye katılım olmaması nedeniyle peyder pey ihaleye çıkarılan mal alım ihalelerini, ihale mevzuatına uygun bulmadığı; fakat bozma gerekçesinde değerlendirmenin görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK'nın 257. maddesi gereğince yapılması gerektiği; bu sebeple ortada bir kamu zararının oluşup oluşmadığının belirlenmesi için emekli Sayıştay Uzmanlarından oluşan bilirkişi heyetince inceleme yapılması gerektiği sonuca göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir (Tuğrul, 2011: 33-34).

Yasa koyucu suçun konusu olan ihalelere ilişkin iki yönden sınır getirmiştir. Kişi bakımından ve konu bakımından madde kapsamına dâhil edilecek ihalelerin belirlenmesi gerekmektedir.

Kişi bakımından sınırlama TCK'nın 235. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında düzenlenmiştir. Bu fıkralar gereğince;

“kamu kurumu ve kuruluşları adına ve kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler<sup>1</sup> 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 ihalelerde fesat karıştırma fiilini gerçekleştiren fail bu suçtan cezalandırılabilir.

Ceza Hukukunda kamu kurum ve kuruluşları belirlenmemiş olup, idare hukuku bu belirlemenin yapılabilmesi için yardımcı olacaktır (Koca M. , 2015: 137). Bu sayılan kişiler dışında kalan özel hukuk kişilerinin örneğin bir sanat galerisi işleten anonim şirketinin yapmış olduğu bir ihalede fesat karıştırma fiili gerçekleşirse failin bu maddeden cezalandırılması mümkün değildir. Bu itibarla bankamızın kamu kuruluşu olması sebebiyle gerçekleştirilen ihalelerde de bu suç işlenebilir.

Yasa koyucu mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin cezalandırılacağı düzenleyerek, konu bakımından sınırlama getirmiştir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2013: 840). Bu madde gereğince failin cezalandırılabilmesi için ihalenin bu konularda olması gerekmekte olup, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ilgili ihalelerde bu suçun işlenmesi mümkün olmayacaktır (Arslan, 2017: 197). Bazı yazarlarca taşıma ihalelerinde de bu suçun gerçekleşmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir (Dülger, 2008: 222). Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Örneğin Bankamızca gerçekleştirilen taşıma ihaleleri Hizmet Alımları Uygulama Yönetmeliğine uygun olarak yapılmaktadır.

Maddenin ilk halinde yapım ihaleleri ibaresine birinci fıkrada yer verilmemiştir. Bu ekleme 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Doktrinde her yapım işinin nitelik olarak hizmet alımı olduğu bu nedenle bu eklemenin gerekli olmadığı ileri sürülmektedir (Özgenç, 2012: 36). Kanımızca bu düzenleme yerindedir. Çünkü ihale hukukunun temel kanunlarında mal, hizmet ve yapım ihaleleri ayrımı yapılmış<sup>2</sup> ve borçlar hukukunda da yapım işlerinin hizmet sözleşmesi olarak değil eser sözleşmesi niteliğinde

<sup>1</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 19.09.2013 tarih ve E. 2912/15891, K. 201378973 sayılı kararı ile ortaklığın giderilmesi davalarında açık arttırma usulü ile satış işleminde gerçekleşen fesat karıştırma niteliğinde eylemlerin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağına hükmetmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).

<sup>2</sup> Yasa koyucu tarafından son düzenleme neticesinde 5237 sayılı TCK ile ihale kanunları arasında paralellik sağlanmaktadır (Dülger, 2008: 221).



olduğu kabul edilmektedir. Yapım ihaleleri ibaresinin sadece maddenin birinci fıkrasına eklenmesi, beşinci fıkrasına eklenmemesi sadece kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan yapım ihalelerinde mi ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği sorusunu doğurmaktadır. Örneğin Bankamızca yapılan yapım ihalesinde bu suç gerçekleştirilecekken, Türkiye Noterler Birliğinin düzenlemiş olduğu yapım ihalesinde bu suç işlenemeyecek midir? Kanımızca suçta ve cezada yasallık ilkesi gereğince bu suç bu ihalelerde işlenemeyecektir (Dülger, 2008: 222).

Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ve Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesinde mal, hizmet, yapım ihalelerinin tanımı yapılmıştır. Fakat ceza yargıcı bu tanımlarla bağlı değildir (Arslan, 2017: 195). Ayrıca ihalenin Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu kapsamında yapılmış olması da gerekmemektedir (Koca ve Üzülmöz, 2013b: 678). Dünya Bankasının veya Avrupa Bankası yönergelerine uygun olarak yapılan ihalelerde de ihaleye fesat karıştırma suçu oluşabilecektir. Önemli olan husus kamu kurum ve kuruluşları tarafından veya onların aracılığıyla yapılmış bir ihalenin bulunmasıdır (Gülel, 2012: 228). Ancak Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında Devlet İhale Kanunu'na tabi olmayan ihalelerde bu suçun oluşmayacağına hükmedilmiştir. Örneğin köylerin yaptıkları ihaleler böyle bir nitelikteydi (Özgenç, 2015: 115).

Suçun konusu ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus da suçların tasnifinde kullanılan zarar suçu – tehlike suçu ayrımıdır. Zarar suçunda, suçun maddi konusu üzerinde bir zararın doğmuş olması şarttır. Örneğin malvarlığına zarar verme suçunda malvarlığında bir zarar meydana gelmelidir. Zararın olmadığı durumda malvarlığına zarar verme suçu oluşmayacaktır. Tehlike suçları ise kendi içinde soyut tehlike suçu ve somut tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçunda, suç konusu üzerinde gözlemlenebilir bir tehlikenin oluşması gerekmektedir. Soyut tehlike suçunda işlenen bir fiilin zarar tehlikesine neden olup olmadığı suçun oluşabilmesi için bir önemi bulunmamaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçunda, fesat karıştırma fiilinin herhangi bir zarara sebebiyet vermesi aranmadığı gibi bir zarar tehlikesi de doğurması gerekmemektedir. Bu sebeple ihaleye fesat karıştırma suçu soyut tehlike suçudur (Arslan, 2017: 189). Fakat 6459 sayılı Kanunla maddeye eklenen fıkra neticesinde kamu zararının doğmaması hafifletici neden kabul edilmiştir. Bu itibarla suçun temel şeklinin gerçekleşmesi için kamu zararının doğması gerekmekte olup bu açıdan suç zarar

suçu niteliğine de sahip olmuştur (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 129). Koca ve Üzülmöz de aynı görüşü paylaşmaktadır (Koca ve Üzülmöz, 2013a: 29). Cebir veya tehdit kullanılarak bu suçun işlenmesi halinde ise suçun tehlike suçu olma niteliği devam etmektedir.

### 2.1.2. Fail

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişiye denilmektedir (TCK, 2004: Madde 37). Bilindiği üzere hukukumuzda kişiler gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılmaktadır. Fakat ceza hukukunda suçun öznesi - faili - ancak gerçek kişi, yani bir insan olabilir. Bunun sebebi olarak da sadece insanın özgürce hareket edebilme yeteneğine sahip olması, tüzel kişilerin veya eşyaların bu yeteneğe sahip olmaması gösterilebilir (Demirbaş, 2012: 200). Türk Ceza Hukukunda tezimizin yaptırımlar bölümünde bahsedeceğimiz tüzel kişilere uygulanan güvenlik tedbirleri dışında, tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanmamaktadır (Arslan, 2017: 180)<sup>1</sup>.

İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK'nın 235. maddesinde “... *ihalelerine fesat karıştıran kişinin*” hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Maddedeki kişi deyiminden suçun herkes tarafından işlenebileceği ve fail olmak için özel bir şartın aranmadığı anlaşılmaktadır (Kazancı, 2011: 125)<sup>2</sup>. Hafizoğulları ve Özen ise “*Suçun failinin herkes değil, sadece ihale sürecine katılanlar yani kamu görevlisi ve teklif veren kişiler olabileceği*” ifade etmektedirler (Hafizoğulları ve Özen, 2012b: 410).

Ceza Hukukunda suçlar herkes tarafından işlenebilen genel suçlar ve özgü suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Herkes tarafından işlenebilen suçların kanundaki düzenlemelerinde fail için “kişi” “her kim” “bir kimse” gibi ifadeler yer almaktadır. Özgü suçlar içinse yasa koyucu suçun işlenebilmesi için failde bir takım nitelikler aramaktadır. Özgü suçlar da “gerçek özgü suçlar” ve “görünüşte özgü suçlar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek özgü suçlarda suçun basit halinin herkes tarafından işlenmesi mümkün olmayıp, kanundaki aranan niteliklere sahip fail tarafından işlenmesi gerekmektedir. Görünüşte özgü suçlarda ise suçun basit halinin herkes tarafından işlenmesi

<sup>1</sup> SOYASLAN ve diğerleri, “*tüzel kişileri de haklarında güvenlik tedbiri uygulanan suç faili olarak*” kabul etmektedir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 126).

<sup>2</sup> 765 sayılı TCK m.205'te suçun faili herkes değil, memur olabilmekteydi.

mümkündür; ancak suçun nitelikli hali bazı özelliklere sahip fail tarafından işlenebilmektedir (Arslan, 2017: 181).

İhaleye fesat karıştırma suçu açısından konuya bu yönde bakıldığında ihaleye fesat karıştıran kişi ifadesinden suçun özgü suç olmadığı; herkesçe işlenebileceği anlaşılmaktadır (Koca ve Üzülmez, 2013b: 681)<sup>1</sup>. Fakat Yargıtay 5. Ceza Dairesi 19.11.2015 tarih ve E.2013/12883, K. 2015/16464 sayılı kararında 235. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendindeki fiillerin teklifi değerlendirmeye almak ve teklifini değerlendirme dışı bırakmak olduğu bu nedenle bu yetkinin ihale sürecindeki yer alan yetkililere ait olduğu; bu yetkililer dışında bir kişinin teklifi değerlendirmeye alma veya teklifi değerlendirme dışı bırakma fiilini işleminin imkânı olmadığı; bu sebeplerle bu hükümler açısından suçun özgü suç olduğunu ifade etmektedir (YKBB, 2015).

İdarelerce yapılan ihalelerde teklifi değerlendirmeye alma ve teklifi değerlendirme dışı bırakma yetkisi kural olarak ihale komisyonlarındadır. İhale komisyonları Kamu İhale Kanunu'nun 6. maddesi gereğince biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinden en az dört kişinin ve muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden; yedek üyeler de dâhil olmak üzere oluşur. Ayrıca gerekmesi halinde başka idarelerden de ihale komisyonu üyesi talep edilebilir. İhaleye fesat karıştırma suçunun bu alt bentlerinin faillerinin de biri başkan ve üyelerden oluşan ihale komisyonu olabilecektir. İhale komisyonunun yedek üyeleri ihale işlemlerine katılmadıysa suçun faili olamayacaktır. İhale yetkilisinin<sup>2</sup> bu alt bentlerin faili olup olamayacağı hususu için ihale yetkilisinin ihalelere ilişkin alabileceği kararlara bakmak gerekir. İhale yetkilisinin ihaleye ilişkin alabileceği kararlar Kamu İhale Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ihale yetkilisi, ihale komisyonunca alınan kararı onama veyahut ihaleyi iptal etme yetkisi bulunmaktadır. Bunun dışında ihale komisyon kararının yeniden değerlendirilmesi isteme veya bir teklifinin değerlendirmeye alınması ya da teklifin değerlendirme dışı

---

<sup>1</sup> Failin kamu görevlisi olması cezanın arttırılması gereken nitelikli bir halde değildir. Fakat ceza yargıcı bu hususu cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde TCK'nın 61'inci maddesinin birinci fıkrası gereğince dikkate alabilecektir (Koca ve Üzülmez, 2013a: 9).

<sup>2</sup> İhale yetkilisi: “İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini ifade eder” (4734 sayılı Kanun m.4).

bırakılmasına karar verme yetkisi bulunmamaktadır<sup>1</sup>. İhale yetkilisinin bu alt bentler açısından tek bir istisna dışında fail olma imkânı bulunmamaktadır. Bu istisna da sözleşmenin imzalanması aşamasında sunulan belgelerin kabul edilmesi aşamasında sorumluluk kural olarak ihale yetkilisindedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 07.05.2014 tarih ve E.2012/10423, K. 2014/5120 sayılı kararında ihaleyi kazandıktan sonra sözleşmenin imzalanması aşamasında ihale mevzuatınca idareye teslim edilmesi gereken evrakların teslim edilmemiş olmaması rağmen bu kişiyle sözleşme imzalayan ihale yetkilisinin ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyeceğini ; ayrıca bu fesat karıştırma fiillerinin sözleşme imzalanması aşamasında olması ihale komisyonunun bu aşamada bir görevi olmaması nedeniyle, ihale komisyon kararının bu suçtan sorumlu olmayacağına hükmetmiştir (Dilberoğlu, 2015: 204). Diğer haller içinse şartları bulunması halinde ihale yetkilisi bu bentler kapsamında TCK'nın 38. maddesi uyarınca azmettirici veya TCK'nın 37/2. maddesi uyarınca dolaylı fail olabilecektir.

İhale Komisyonun hatasından faydalanılarak ihaleye sahte belgeyle katılınması halinde ise bu suçun özgü suç olması nedeniyle failin ancak kamu görevlisi olabileceği, kamu görevlisinin ise hileli davranışı olmadığı dolayısıyla ortada bir failden bahsedilemeyecektir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 02.05.2013 tarih ve E. 2013/4483, K. 2013/4350 sayılı kararında belirtildiği üzere failin bulunmadığı bir durumda şerikliğin sözü konusu olamayacağı bu nedenle sahtecilikten mahkûmiyetine karar verilen sanığın eylemi ayrıca ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır (Artuk ve diğerleri, 2013: 798). Fakat yazarlar Yargıtay'ın bu kararının aksine sahte belge kullanarak ihale komisyon üyelerini yanıltan failin “dolaylı fail” olduğu görüşündedirler.

TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde ihaleye katılmak isteyen veya ihaleye katılan isteklilerin kendi aralarında anlaşma yaparak ihale fiyatını ve şartlarını etkilemesi ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden biridir. Bentte ihaleye katılmak isteyen veya ihaleye katılan istekli ifadesi geçtiği için suçun bu bent açısından

---

<sup>1</sup> Kamu İhale Kurulu'nun 2009/UH.I-150 sayılı kararında bu husus açıklanmıştır: “*Bu hükümden de anlaşılacağı üzere ihale yetkilisi komisyon kararını ya onaylar ya da gerekçesini belirterek ihaleyi iptal eder. Başvuruya konu ihalede ihale yetkilisi ilk komisyon kararını komisyona tekrar göndererek yeniden değerlendirme yapılmasını istemiştir. Yapılan bu işlemin anılan mevzuat hükmüne aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.*” Kamu İhale Kurulu 05.03.2012 tarih ve 2012/UY.I-1183 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşmaktadır: “*Aktarılan mevzuat düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde; ihaleye yönelik usulüne uygun bir şikayet başvurusunun bulunmadığı hallerde, ihale yetkilisince, ihale komisyon kararında aykırılıklar tespit edildiği takdirde, bu aykırılıklar nedeniyle ihale yetkilisinin yalnızca ihaleyi iptal etme yetkisinin bulunduğu.*” (M. Abacıoğlu ve A. Abacıoğlu, 2016b: 71).

özgü suç olduğu söylenebilir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 127). Burada belirtmek gerekir ki ceza hukukunda suçlar tek bir fail tarafından işlenebilmesi ve birden fazla faille işlenebilmesi açısından ikiye ayrılmaktadır. İlkine tek failli suçlar denilirken ikincisi çok failli suçlardır. Çok failli suçlar da birleşme suçları ve karşılaşma suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu bentte düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarından biri de karşılıklı anlaşma olması nedeniyle suç bu bent açısından çok failli suç olup, karşılaşma suçudur (Şen, 2012: 60).

Burada şu örneğin de tartışılmasında fayda bulunmaktadır. Örneğin bir şirketin teklif dosyalarını idareye teslim eden şirket çalışanı, teklif dosyasında sahte belge kullanılması sebebiyle fail sıfatıyla yargılanacak mıdır? Bir çalışanın teklifte bulunduğunu kabul edebilmek için o kişinin temsil yetkisine yani o şirket adına vekâletnameye sahip olması gerekir. Şayet teklif dosyasını böyle bir vekâletnameye sahip olmayan bir çalışan temsil etmediyse bu çalışan ihaleye fesat karıştırma fiilini bilip bilmemesine göre cezalandırılması daha uygun olacaktır. Şirket çalışanı ihaleye fesat karıştırma fiilinden haberdarsa yardım eden sıfatından cezalandırılacaktır (Kazancı, 2011: 129).

Yukarıda bahsedildiği üzere Türk Ceza Hukukunda tüzel kişilere cezai yaptırım öngörülmemekle birlikte, ihalelerin ekonomik açıdan büyüklüğü de dikkate alındığında ihalelere katılan kişilerin büyük çoğunluğunu tüzel kişiler oluşturmaktadır. Bu tüzel kişiler için her ne kadar cezai yaptırım uygulanamasa da ihalelere katılmaktan yasaklama, müsadere, faaliyetin izni gibi güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir (Arıtürk, 2011: 175).

İhalelere katılan isteklilerin büyük çoğunluğunun tüzel kişi olması, ihaleye fesat karıştırma suçunun bu tüzel kişiler lehine işlenmesi halinde hangi gerçek kişilerin cezalandırılacağı hususunda Arslan, TCK'nın iştirake ilişkin hükümlerden yola çıkarak fiile iştirak eden tüzel kişilerin organlarının cezalandırılması gerektiğini; fiile iştirak etmeyen tüzel kişi organlarının cezaların şahsiliği ilkesi gereğince cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmektedir (Arslan, 2017: 184). Örneğin bir anonim şirket lehine ihaleye fesat karıştırma suçu işlendiğinde fiili işleyen yönetim kurulu üyesi cezalandırılacakken fiile iştirak etmeyen diğer yönetim kurulu üyeleri ve genel kurul üyeleri ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılmayacaktır (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 127).

### 2.1.3. Mağdur

Mağdur haksızlığa uğramış kimsedir ve ceza hukukunda suçun konusunun ait olduğu kişiyi ifade eder ve mağduru olmayan bir suçtan bahsedilmesi mümkün değildir. Suçun mağdurunun kimler olabileceği hususunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Arslan'a göre, bir suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler, topluluklar suçun mağduru olamazlar. Fakat suçtan zarar gören olabilirler (Arslan, 2017: 186). Dilberoğlu ise aksi görüşte olup toplumun ve kamu tüzel kişilerin de mağdur olabileceğini ifade etmektedir (Dilberoğlu, 2015: 227).

İhaleye fesat karıştırma suçu açısından, suçta korunan hukuki değer ile bağlantılı olarak ekonomik düzenin bozulmasıyla birlikte hakları ihlal edilen toplum bu suçun mağdurudur (Özbek ve diğerleri, 2013: 842)<sup>1</sup>. Maddenin TCK'nın "Topluma Karşı Suçları" düzenleyen kısmında yer alması da bunu destekler niteliktedir. Altıparmak ise suçun mağdurunun "*ihaleye giremeyen ya da girdiği halde uygun bedel mukabilinde ihaleyi alamayarak zarara uğrayan kimse*" olduğu görüşündedir (Altıparmak, 2005: 106). Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 16.03.2017 tarih ve E. 2016/2105, K. 2017/964 sayılı kararında suçun mağdurunun toplumun bütün fertlerinin olduğu, fiilin bir kişinin zararına işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil suçtan zarar gören olacağını belirtmiştir (Yargıtay İçtihat Bilgi Bankası).

Suçtan zarar gören ise ihale katılma yeterliliği ve koşullarına sahip olup da bu haklarına saldırılan kişiler ve ihaleyi düzenleyen kamu kurumudur. Örneğin sahte belge kullanarak ihaleyi kazanan bir kişinin olduğu bir ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenmesi gereken kişi suçtan zarar gören konumundadır. Doktrinde suçun mağdurunun sadece bireyler olabileceği görüşünden hareketle bu durumda bu kişinin suçun mağduru olduğu ileri sürülmektedir (Özgenç, 2012: 69). Ancak bu görüş kendi içinde ciddi bir çelişki ile karşılaşmaktadır. Şayet ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmesi gereken kişi, gerçek kişiye bu şahıs mağdur sıfatına sahip olacakken,

---

<sup>1</sup> Doktrinde suçun mağdurunun geniş anlamda devlet olduğu da savunulmaktadır. Çünkü her suç devletin koyduğu kuralın ihlalidir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 128). DİLBEROĞLU da bu görüştedir (Dilberoğlu, 2015: 240). Foucault da klasik çağ hukukuna göre yasanın ihlalinin, yol açtığı zararın ve çiğnediği kuralın ötesinde, yasayı geçerli kılanın (devlet) hakkına zarar verdiğini belirtmektedir (Foucault, 2017; 91).

bu kişinin tüzel kişi olması halinde tüzel kişinin mağdur olmadığını suçtan zarar gören olduğunu söylemek zorunda kalacaktır (Dülger, 2008:225).

Bu suçun diğer zarar göreni kamu tüzel kişileri de olduğu açıktır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi de 30.09.2009 tarih ve E. 2009/9958, K. 2009/10759 sayılı kararında ilginç bir şekilde: “ *Sanıklar hakkında ihaleye fesat karıştırma, ihalenin ediminin ifasına fesat karıştırma ve rüşvet suçlarından da kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 14 ve 18. Maddelerine göre hazine ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının bu suçların mağduru ve suçtan zarar göreni olduğu...*” kamu kurum ve kuruluşlarının aynı anda hem suçun mağduru ve hem de zarar göreni olduğuna karar vermiştir. Aynı Daire 20.05.2015 tarih ve E.2013/7990, K.2015/11734 sayılı kararında ise “*Sanık hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan kamu davası açıldığı, Milli Savunma Bakanlığının bu suçun zarar göreni olduğu...*” ifade ederek bu konudaki görüşünü değiştirmiştir ve kamu kurumunun sadece suçtan zarar gören olduğunu kararlaştırmıştır<sup>1</sup> (YKBB, 2015).

Burada tartışılması gereken bir başka husus da idarelerin ihale usulleriyle gerçekleştirmesi gereken bir alımı, doğrudan bir kişiden gerçekleştirmesi durumunda ihale olsaydı bu ihaleye katılacak kişilerin zarar gören sıfatına sahip olup olmadığıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.10.2008 tarih ve E. 2009/4. MD-137, K.2009/299 sayılı kararında bu konuda şu kararı vermiştir:

“Söz konusu işin ihale edilmiş olması halinde başka kişi ya da firmaların bu ihaleye girip girmeyecekleri, girecek olsalardı da ihaleyi alıp almayacaklarının belli olmadığı, bunlarla ilgili kesin bir şey söylemenin mümkün olmadığı, bu nedenle ihaleye çıkılmaması nedeniyle ihaleye girebilecek muhtemel kişi ya da firmaların zarar gördüğü hususunun yerinde olmadığı.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, işin ihale edilmiş olması halinde ihaleye girip girmeyeceği kesin olmayan kişilerin suçtan zarar görmediği görüşündedir. Fakat Yargıtay 4. Ceza Dairesi 27.02.2012 tarih ve E. 2012/6166, K. 2012/3772 sayılı kararında ve Yargıtay 5. Ceza Dairesi 21.09.2017 tarih ve E. 2017/3968, K.2017/3899 sayılı kararında bu kişilerin suçtan zarar gören olduğu görüşündedir.

---

<sup>1</sup> Yargıtay’ın benzer yönde başka kararları da bulunmaktadır: Yargıtay 5. CD. 25.10.2017 tarih ve E. 2017/3100, K. 2017/4520 (YKBB – Son Erişim Tarihi: 14.02.2018)

#### 2.1.4. Fiil

Fiil, dış dünyaya etki eden insanın iradi davranışı olarak tanımlanabilir. İhaleye fesat karıştırma suçu için fiil, ihaleye fesat karıştırılmasıdır. Fesadın Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğünde anlamı, “sakatlık, iradeyi sakatlayan haller, yapılan bir işin hukuki bakımdan sakatlık taşıması” şeklindedir. Doktrinde de fesat karıştırmadan, “ failin kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla devlet alım, satım veya yapımına ilişkin ihale sürecinde başvurduğu her çeşit hile ve desise yahut kullandığı cebir, şiddet veya tehdit” anlaşılmaktadır (Artuk ve diğerleri, 2013: 793).

Hangi fiillerin, ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edileceği TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasında dört bent halinde belirlenmiştir. Bu bakımdan ihaleye fesat karıştırma suçu “bağlı hareketli bir suç”tur (Arıtürk, 2011: 189). Maddede sayılmayan herhangi bir fiili işleyen bir kimse, fiil her ne kadar fesat karıştırma niteliğine haiz olsa da cezalandırılmayacaktır (Dilberoğlu, 2015: 242). Bir diğer deyişle bu maddede dört bent halinde sayılan fiiller tahdididir (Gülel, 2012: 233). Yargıtay 5. Ceza Dairesi 11.10.2012 tarih ve E. 2012/4397, K. 2012/10176 sayılı kararında da suçta sayılan fiillerin tahdidi nitelikte olduğunu belirterek seçimlik hareketlerin genişletilmesinin TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesini ihlal edeceğini belirtmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Bu dört bent dışında kalan sadece ihaledeki usul ve şekillere aykırı davranılması ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır (Artuk ve diğerleri, 2013: 795). Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin gerekçesi de bu görüşü desteklemektedir. Çünkü madde gerekçesine bakıldığında “17'nci madde de belirtilen fiil veya davranışlardan bazılarının TCK'ya göre suç teşkil etmesi...” ifadesi yer almaktadır. Bir diğer deyişle Kamu İhale Kanunu 17. maddede sayılan fiil ve davranışların tamamının suç teşkil ettiği söylenmemelidir (M. Abacıoğlu ve A. Abacıoğlu, 2016a: 132). Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.05.2007 tarih ve 2005/5.MD -168 - 2007/112 sayılı kararında da aynı görüştedir (Tancı, 2016: 642).

Maddede belirlenen bu fiiller şunlardır: Hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecine katılımını engellemek



veya bu niteliğe sahip olmayan kişileri ihaleye katılımını sağlamak, yine hileli davranışlarla teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak veya bu niteliğe sahip olmayan malları sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak; tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak; cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek; ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşmaları.

Bu maddede dört bent halinde sayılan fiillerden birini veya birkaçını gerçekleştiren fail ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır. Failin, fiillerden birini veya birkaçını gerçekleştirmesi suç teklifini değiştirmeyecektir. Dolayısıyla bu suç tipi “seçimlik hareketli” bir suç tipidir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 107).

#### Hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırma

Yasa koyucu TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde bir takım fiillerin hileli olarak gerçekleştirilmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşacağını düzenlemiştir. İhaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecine katılımını engellemek veya bu niteliğe sahip olmayan kişileri ihaleye katılımını sağlamak, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak veya bu niteliğe sahip olmayan malları sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak fiillerinin hileli davranışlarla işlenmesi halinde bu suç oluşacaktır. Şayet bu fiiller hileli davranışlarla işlenmeyip örneğin bir kimsenin bilgisizliğinden kaynaklanan nedenlerle işleniyorsa, bu kimse ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılmayacaktır.

O halde öncelikle hile kavramının açıklanması gerekmektedir. Daha sonra bahse konu alt bentte yer alan fiillerin incelenmesine geçilecektir.

## *Hile kavramı*

Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğünde hile: “*Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika*” şeklinde tanımlanmıştır. Ceza hukuku anlamında hile ise kişinin özgür iradesiyle karar vermesini engelleyen her türlü objektif olarak aldatıcı nitelikteki davranış şeklinde tanımlanabilir (Kazancı, 2011: 140). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22.10.2015 tarih ve E.2014/807, K.2015/341 sayılı kararında hilenin tanımına ilişkin geniş açıklamalar yapılmaktadır (YKBB, 2015).

Ceza Genel Kurulu, hileyi tanımlamadan önce yasa koyucunun hilenin tanımı bilerek yapmadığını bu görevi öğreti ve mahkemelere bıraktığını belirtmektedir. Bu sebeple de Türk Dil Kurumu sözlüğündeki ve öğretide hilenin tanımlarına yer verdikten sonra, bir ihale tanımı yapmakta ve hilenin özelliklerini belirlemektedir. Ceza Genel Kurulu hileyi, “*maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, hataya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylem olarak*” tanımlamaktadır. Failin davranışlarının hileli olup olmadığının tespiti için de öğretideki görüşlere yer verdikten sonra bu hususun somut olaya göre çözülmesi gerektiğine hükmedilmektedir; ancak somut olayda dikkat edilecek bir kaç unsur belirlemektedir. Genel Kurula göre, mağdurun durumu, işlenen fiil ve bunun mağduru anlamlandırma biçimi ve suçun işlenmesinde kullanılan belgelerin niteliği dikkate alınmalıdır.

Hileli davranış icrai hareketlerle gerçekleşebileceği gibi tartışmalı olmakla birlikte ihmali hareketlerle de gerçekleşebilir (Gülel, 2012: 235)<sup>1</sup>. Gerçeği yansıtmayan bir durumu sanki gerçek bir olguymuş gibi yansıtmaya çalışma gibi icrai hareketlerle olabileceği gibi bilgilendirmekle yükümlü olduğu kişiyi bilgilendirmeyerek bu kişinin ihaleye katılımının engellenmesi suretiyle ihmali olarak da bu suç gerçekleşebilir.

---

<sup>1</sup> Dolandırıcılık suçunu düzenleyen 157. maddenin gerekçesinde de bu husus belirtilmektedir: “*Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir.*”

*İhaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek veya ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmalarını sağlamak*

Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 1 ve 2 no'lu alt bentlerinde hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek veya ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamayı yasaklanmıştır.

Bu seçimlik hareketin kapsamını belirlemek için “ihalelere katılma yeterliliği” ifadesine ilişkin açıklamaların yapılması gerekmektedir. İhale katılma yeterliği, ihaleye katılmak isteyen kişilerin sahip olması istenilen özellikler olarak tanımlanabilir. İhale mevzuatının, temel kanunları Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu olmakla birlikte bir çok ihale bu kanunlardan istisna tutulmuş kendilerine özgü yönetmelikleri vardır. Bu sebeple her ihalede, katılım şartları değişiklik gösterecektir. Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde ve Devlet İhale Kanunu'nun 5. ve 16. maddelerinde ihaleye katılım şartları belirlenmiştir. Fakat idareler bu ihale katılım şartlarının hepsini bir ihalede istemek zorunda olmayıp, gerekli gördüğü şartları isteklilerden talep edecektir. Dolayısıyla ihaleye katılım şartlarını belirlerken, ihalenin tabi olduğu Kanun'dan ziyade o işe ait ihale ilanı ve idari şartnamelerde belirlenen katılım şartları dikkate alınmalıdır.

Bir ihale şartnamesinde belirlenen ihaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip olan bir isteklinin ihaleye veya ihale sürecini katılımın hileli davranışla engellenmesi ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden birisidir. İhale katılma yeterliği ve koşullarına sahip olmayan bir isteklinin ihaleye veya ihale sürecine katılımının hileli davranışlarla engellenmesi halinde doktrinde bu suçun oluşmayacağı “gerekçe belirtilmeksizin” ifade edilmektedir (Koca ve Üzülmez, 2013a: 16).

Uygulamada en çok karşılaşılan örneklerden birisi şudur: Açık ihale usulü ile yapılması gereken bir alımın, doğrudan temin yoluyla yapılması halinde açık ihale usulü yapılması durumunda ihaleye katılma yeterliğine sahip olacak bir isteklinin doğrudan temin yoluyla alımın yapılması nedeniyle ihaleye katılamaması, bu seçimlik hareketi

oluşturacak mıdır? Yargıtay 4. Ceza Dairesi 27.02.2012 tarih ve E. 2012/6166, K. 2012/3772 sayılı kararında;

“İlçe Tarım Müdürlüğü tarafından hazırlanan GAP idaresi tarafından kabul edilen Bağcılık ve Nar projesi için 48.000 TL yaklaşık maliyetle hicaz narı, aşılı bağ ve aşısız bağ alımı için, ilan yapılmadan, piyasa araştırması ile yetinilerek doğrudan temin yöntemi ile ihaleye çıkıldığı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 67. Maddesinin verdiği yetkiye istinaden Kamu İhale Kurumu tarafından 20.01.2004 tarihinden itibaren geçerli olacak 2004/1 sayılı Tebliğe göre, 7.249,00 TL'yi aşan miktarlar için doğrudan temin yöntemi ile ihale yapılmasının mümkün olmadığı, 4734 sayılı Kanun'un 19. Maddesine göre açık yöntemle yapılmayan ihaleye katılma yeterliliği ve koşulları bulunan kişilerin katılımının engellendiği, bunun yanında alımı yapılacak Hicaz narı ve çekirdeksiz narın tamamının, en uygun fiyat veren Ö. Fidancılıktan temin edilmeyip, bir kısmının da C.O.'dan alındığı, 2005 yılında yapılan Damlama Sulama Sistemleri ihalesinde de aynı usulsüzlüklerin tekrarlandığının ileri sürülmesi karşısında, kanıtlanması halinde eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 235/2-a-1-3 bendinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceğine...”

hükmedilmiştir. Doktrinde Gülel de bu görüştedir (Gülel, 2012: 238). Fakat Yargıtay 5. Ceza Dairesi 21.09.2017 tarih ve E. 2017/3968, K.2017/3899 sayılı kararında farklı görüştedir:

“Dairemizde de kabul gören Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07/02/2006 tarih ve 2005/11-119 E. 2006/15 sayılı Kararı uyarınca; önceden alınan hizmet için sonradan şeklen yapılan ihalenin hukuka aykırılığı ve ortada gerçek bir ihalenin bulunmaması nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biriyle usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, ihalenin şeklen yapılıp ihaleye konu işin daha önceden icra edildiğinin anlaşılması halinde, ihale komisyonu kararı öncesinde alım işlemlerini yapan daha sonra buna ilişkin olarak mevzuata aykırı belge düzenleyerek fiili durumu hukukileştirmeye çalışan kamu görevlilerinin görev gereklerine aykırı hareket ederek alımın gerçekleştirildiği kişiye yarar sağladığının, ihaleye girme olanağı bulunan kişilerin bu olanaktan yoksun bırakılmaları suretiyle de onların mağduriyetine neden olduklarının bu suretle görevi kötüye kullanma suçunun, işler yapılmadan üçüncü kişi lehine yarar sağlama kastıyla ödeme yapıldığının anlaşılması halinde diğer koşulların da varlığı halinde zimmet suçunun, daha önce ödemeleri yapılmış işe veya alıma ilişkin yeniden belge düzenlenip ödeme yapılması halinde ise, para görevin normal fonksiyonu gereği verilmiş olmadığından, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmayan kişiler yönünden yasal tevdi unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği ve kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunun işlendiğinin kabul edilmesi gerekeceği”

Her iki karar birlikte değerlendirildiğinde; her iki daire de açık ihale usulü ile yapılması gereken bir alımın doğrudan temin yöntemi ile yapılması halinde, ihaleye girme olanağına sahip olan kişilerin ihaleye katılmalarının engellendiği görüşündedir. Fakat 5. Ceza Dairesi ortada gerçek anlamda bir ihaleden söz edilemeyeceği için görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı görüşündedir. 4. Ceza Dairesi ise ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye katılması engellendiği için ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana geleceğine hükmetmiştir.

İdarelerin, ihale sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi belirlemek yerine ihaleyi iptal edilmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağına Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 15.07.2010 tarih ve E. 2010/6336, K. 2010/6224 sayılı kararı ile kararlaştırılmıştır. Doktrinde ihalenin iptalinin bir istekliyi devre dışı bırakmak amacıyla yapılması durumunda bu suçun oluşacağı ileri sürülmektedir (Arslan, 2017: 145). Bilindiği üzere Kamu İhale Kanunu'nun 39. maddesinde ihale yetkilisine bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal yetkisi verilmektedir. Fakat idarenin ihaleyi iptal etme konusundaki takdir yetkisi kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır (Günday, 2011: 213). Bu idare hukuku ilkesinden yola çıkarak Dilberoğlu, bu durumda görevi kötüye kullanma suçunun gündeme gelebileceğini ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmasının pratik olarak mümkün olmadığını savunmaktadır (Dilberoğlu, 2015: 263).

Burada tartışılabilir bir diğer örnek ise ihale dokümanını almak için ücretini yatıran bir kişiye görevlinin ihale dokümanını hileli davranışlarla satmaması halinde bu suçun oluşup oluşmayacağıdır. Dilberoğlu, bu durumda ihale dokümanı için ücretin yatırılmış olmasının yeterli olduğu, dokümanın gidip alınması gerekmemesi sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı bu görevlinin fiilinin görevi kötüye kullanma suçu yönünden değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir (Dilberoğlu, 2015: 261). Çünkü yazara göre TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendindeki fiillerin faili ancak ihale komisyon üyeleri ve ihale yetkilisi olabilir. Kanımızca ilgili maddenin (c) bendindeki hukuka aykırı davranışlarla da bu suçun işlenebileceği düzenlenmesi ve bu bendin failinin herkes olabileceği ile Kamu İhale Kurulu'nun 31.12.2014 tarih ve 2014/UH.IV-4249 sayılı kararında belirtilenler dikkate alındığında “başvuru sahibinin ihale dokümanı bedelini yatırmış olsa bile ihale dokümanını teslim almaması nedeniyle istekli sıfatını” kazanamayacağı; yani ihale dokümanının gidip alınmasının zorunlu olduğu, bu sebeple hileli davranışlarla ihale dokümanını satmayan görevli, ihale katılma yeterliliğine sahip bir kişinin ihale sürecine katılımını engellediği için ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemiş olacaktır (Özbek ve diğerleri, 2013: 845).

Yasa koyucu, ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesini yasakladığı gibi bu yeterliliğe sahip olmayan kişilerin de ihaleye katılması halinde de rekabetin ihlali edileceği gerekçesiyle bu fiili de suç kapsamına almıştır.

Örneğin Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar listesinde yer almasına rağmen hileli davranışlarla bu kişinin teklifinin değerlendirmeye alınması halinde bu suç oluşacaktır.

Burada tartışılabilir bir başka örnek ise sahte belge kullanılarak ihaleye katılınmasıdır. Örneğin Bankamızca yapılan Pazar (Rize) İçmesuyu İnşaatı ihalesinde sahte iş deneyim belgesi kullanan bir istekli, ihale dışı bırakılarak, istekli hakkında yasaklama kararı tesis edildikten sonra Cumhuriyet Savcılığına gerekli tahkikatın yapılması için suç duyurusunda bulunulmuştur. Belirtmek gerekir ki ihale komisyonlarının teklif dosyalarında sunulan belgelerin gerçekliğini araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 01.10.2014 tarih ve E. 2013/3408, K. 2014/9410 sayılı kararında ihale mevzuatı uyarınca ihale komisyonlarının teklif dosyalarında yer alan belgelerin gerçekliğini araştırma yükümlülüğünün olmadığını ifade etmiştir (YKBB, 2014). O zaman sahte belgeyle ihaleye katılan bir istekli, ihale komisyon üyelerinin veya ihale yetkilisinin bir dahili olmaması durumunda ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacak mıdır yoksa sadece belgede sahtecilik suçundan mı cezalandırılacaktır? Burada yukarıda yer verilen iki Yargıtay kararını hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Yargıtay'a göre bu seçimlik hareketin faili ancak kamu görevlisi olabilir yani suç özgü suçtur. Diğer Yargıtay kararında da özgü suçlarda fail yoksa şerikliğin olmayacağı karara bağlanmıştır. Bu iki karar dikkate alındığında bu failin sadece belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacağını söylemek doğru olacaktır. Demirel de seçimlik hareketteki düzenleme eksikliğini belirterek bu konuda yasa koyucunun düzenleme yapmasının uygun olacağını belirtmektedir (Demirel, 2017: 183).

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 08.02.2016 tarih ve E. 2013/16314, K. 2016/1215 sayılı kararında sahte ortaklık durum belgesi ile ihaleye katılan isteklinin belgedeki bilginin gerçeği yansıtmadığının teklif dosyasında sunulan diğer belgelerle karşılaştırılması neticesinde usulsüzlüğün kolayca belirlenmesi halinde sahtecilik suçunun aldatıcılık unsurunun gerçekleşmediği dolayısıyla faile verilen beraat kararının yerinde olduğuna hükmetmiştir (YKBB, 2016). Yine aynı Dairenin 06.11.2017 tarih ve E. 2017/2745, K. 2017/4745 sayılı kararında belgenin aldatıcılık niteliğine sahip olup olmadığı hususu hakim takdirine bırakılmış olup, belgenin aslının duruşmaya getirilerek aldatıcılık niteliğinin tespit edilmesi gerektiği kararlaştırılmıştır (YKBB, 2017).

İhalelerde sunulan belgelerle karşılaşılabilecek bir diğer husus da tekliflerde belge veya sunulan belgelerde bilgi eksikliği bulunmasıdır. Kamu İhale Kanunu'nun 37. maddesinin ikinci fıkrasında teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla sunulan belgelerdeki bilgi eksikliği bulunması halinde idarece bu eksiklikler tamamlanabilecektir. Fakat teklif dosyasında belge eksikliğinin olması ya da sunulan belgelerde esası değiştirecek nitelikte bilgi eksikliği olması halinde bu eksiklikler idarelerce tamamlanamayacaktır. Dolayısıyla bu durumlar bilinmesine rağmen idarece bu eksikliklerin tamamlanarak isteklinin teklifinin değerlendirilmeye alınması halinde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır (Koca ve Üzülmüş, 2013a: 17).

*Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak veya şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak*

Yasa koyucu, TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 3 ve 4 nolu alt bentlerinde hileli davranışlarla, ihaleye katılan istekli tarafından teklif edilen malları, işin şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmayı veya yine hileli davranışlarla işin şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alma fiillerinin ihaleye fesat karıştırma suçuna sebebiyet vereceğini düzenlemiştir. Böylece idarelerin kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması, kamunun istenilen özelliklere sahip olmayan mal sunularak zarara uğratılması engellenmek istenilmiştir.

Bu bölümde ilk olarak karar verilmesi gereken husus şartname ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. İhale mevzuatında idari şartname, teknik şartname ve özel şartnameler olmak üzere değişik isimlerde şartnameler bulunmaktadır (Koca M. R., 2014: 95). Dolayısıyla hangi şartnamede aranılan özelliklerin ihaleye katılma yeterliliğinin belirlenmesinde esas alınması gerektiği net değildir. Teknik şartname de ihale aşamasında sunulması zorunlu belge veya mal istenip istenemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte genel kabul gören görüş ihaleye katılma yeterliği ve koşullarının idari şartnamede belirlenebileceği; teknik şartnamede belirlenen bir hususa ilişkin teklifin değerlendirme dışı bırakılmasının mümkün olmayacağıdır. Bu nedenle bu suç açısından da idari

şartnamede ihale aşamasında bir malın teklif edilmesinin şart tutulmuş olması gerekmektedir. Şayet teknik şartnamede düzenlenen bir hususa aykırı bir mal teklif edilirse bu husus muayene ve kabul aşamasında tespit edilecektir dolayısıyla burada oluşacak suç ihaleye fesat karıştırma suçu olmayıp edimin ifasına fesat karıştırma suçudur.

Doktrinde bu suçun oluşabilmesi için ihalenin mal alımı ihalesi olması gerektiği, hizmet alımı ve yapım ihalelerinde bu suçun gerçekleşmeyeceği ileri sürülmüştür (Arslan, 2017: 154). Kanımızca bu suç türü sıklıkla mal alımı ihalelerinde gerçekleşecekse de hizmet alımı ihalelerinde de bu suçun oluşma imkânı suç tipikliğine uygun bir şekilde gerçekleşebilir. Örneğin bir program aracılığıyla idarenin bilgi işlem güvenliğine sızma testinin yapılması için hizmet alımı ihalesinde, bu programın istenilen şartları taşıyıp taşımadığının ihale aşamasında demonstrasyonunun yapılacağı düzenlenmişse ihaleye katılan isteklinin sunduğu programın demonstrasyonu aşamasında bu suç işlenebilecektir.

Bu itibarla demonstrasyon / numune alımına ilişkin de açıklamalar yapılması gerekmektedir. Demonstrasyon gösteri anlamına gelmekte olup malın şartnamede istenilen özelliklere sahip olup olmadığının numune üzerinden test edilmesidir. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçunun bu seçimlik hareketinin oluşma aşaması sıklıkla demonstrasyon yapılma aşamasıdır.

Demonstrasyonun kimler tarafından yapılacağı suçun failinin belirlenmesi için önem arz etmektedir. Kamu İhale Kurulu 01.04.2013 tarih ve 2013/UM.I-1606 sayılı kararında bu hususa ilişkin şu açıklamalarda bulunmuştur: “*Demonstrasyon istenmesi durumunda demonstrasyonun nasıl ve hangi şartlarda gerçekleştirileceğine ilişkin usul ve/veya esaslar ihale dokümanı ve mevzuatta düzenlenmemiş olmakla birlikte, demonstrasyona en azından ihale komisyonunun uzman üyelerinin katılımı gerekmektedir.*” Bu açıklama ile birlikte ihalelerde ihale komisyonu dışında başka adlarla komisyon kurulması yasaklandığı hükmü dikkate alındığında, demonstrasyon ve numune değerlendirmesinin ihale komisyon üyeleri tarafından yapılması zorunludur (Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, 2009: Madde 17/4). İhale komisyon üyelerinin sadece işin uzmanı üyelerinin demonstrasyon ve numune değerlendirmesi yapması halinde diğer üyelerin bu suçun faili olup olmayacağı belirlenmelidir.



Kanımızca bu tür ihalelerin çok karışık teknik bilgiler gerektirmesi yasa koyucunun da bu hususu dikkate alarak her ihalede iki tane işin uzmanının ihale komisyon üyesi olarak görevlendirilmesi zorunluluğu dikkate alındığında ihale komisyonunun diğer üyelerinin teklif edilen malların şartnameye uygunluğunu tespit edecek teknik bilgileri olmadığı da gözetildiğinde; bu kişilerin ihaleye fesat karıştırma suçundan iştirakleri olmadığı hallerde cezalandırılmaması lazımdır.

### Gizli tutulması gereken bilgileri başkalarının ulaşmasını sağlamak

Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde bir takım ilkeler belirlenmiştir. Bu maddeye göre idareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Görüldüğü üzere gizlilik ihalelerde temel ilkelerden biridir. Gizlilik sayesinde, ihalede tam bir rekabet ortamı sağlanacak ve ihaleye katılan isteklilerin bilgi ve belgelerinin güvenliği sağlanacaktır (Arıtürk, 2011: 222).

Öncelikle gizli tutulması gereken bilgilerin neler olduğunun açıklanması gerekmektedir. İhale sürecinde gizli tutulması en önemli olan bilgi ve belge, yaklaşık maliyettir<sup>1</sup>. Yaklaşık maliyet belirlenirken hesaplanan yüklenici karı da gizli tutulması gereken bilgilerdendir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi de 03.06.2013 tarih ve E. 2013/6422, K.2013/6049 sayılı kararında aynı görüştedir. Ceza Dairesine göre, yüklenici karının, her ihalede farklılık gösterebileceği ve yaklaşık maliyeti oluşturan kalemlerden biri olması sebebiyle gizli kalması gereken bilgilerdendir.

Devlet İhale Kanunu'na tabi yapılan ihalelerde keşif bedeli tekliflerin verilmesinden önce açıklanırken Kamu İhale Kanunu'na tabi yapılan ihalelerde ise getirilen düzenlemeyle birlikte yaklaşık maliyet teklifler verildikten sonra açıklanmak

---

<sup>1</sup> Yargıtay 5.CD. 29.04.2013 tarih ve E. 2012/4566, K. 2013/3995 sayılı kararı bu fiile örnek gösterilebilir: "... ihale komisyon üyesi olan sanık M.Z.'in 6 noktadan data transfer ihalesiyle ilgili olarak Filizler Ltd. Şti. yetkili sanık T.Y.'a gizli tutulması gereken yaklaşık maliyet bilgilerini verip teklif mektubunda yazacağı miktarı söylediği 14.04.2008 ile 21.04.2008 tarihlerinde yapılan telefon görüşmelerine dair tape içerikleriyle sabit olduğundan TCK'nın 235/2-b maddesi gözetilerek M.Z ile T.Y.'ın ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden (...) beraet kararları verilmesi" (Artuk ve diğerleri, 2013: 801).

zorundadır<sup>1</sup>. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca ihale komisyonunca ihalenin ilk oturumunda istekliler ile teklifleri ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır<sup>2</sup>. Yaklaşık maliyetin ihale tarihine kadar gizliliğine korunması gerektiği ve isteklilere ihale tarihinden önce paylaşılamayacağı açıktır<sup>3</sup>. Yaklaşık maliyetin önemi onun ihale sürecine etkisinde yatmaktadır<sup>4</sup>. Gerçekten de bu önem Kamu İhale Kurulunun 07.06.2017 tarih ve 2017/UH-I.1619 sayılı kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“İhalenin ilanına ilişkin sürelerden, ihalenin yapılma usulüne, ihaleye katılımda sunulması istenilebilecek belgelerden, ihaleye yabancı isteklilerin katılıp katılamayacağına, aşırı düşük teklif sınır değerinden, aşırı düşük teklif açıklamalarının değerlendirilmesine vb. birçok konuda yaklaşık maliyetin dikkate alınması gerekmektedir.”

Özellikle aşırı düşük teklif sınır değerini tespit eden bir istekli teklifini buna uygun sunarak ihaleyi kazanma imkânı bulacaktır. Yasa koyucu da bu nedenle Kamu İhale Kanunu'nun 9. maddesinde yaklaşık maliyetin ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilemeyeceğine, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanamayacağına hükmetmiştir. Fakat idarece yaklaşık maliyetin belirlenmesi aşamasında bazı iş kalemlerin belirlenmesi için piyasadaki teklifler alınmaktadır. Bu teklif alınan firmaların ihaleye katılması halinde yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edildiğinden bahsedilemeyecektir (Koca ve Üzülmez, 2013a: 19). Yaklaşık maliyetin ihale tarihinden önce açıklanması halinde ihale iptal edilmelidir<sup>5</sup>.

Yaklaşık maliyet ihaleyi düzenleyen idare personeline hazırlanabileceği gibi danışmanlık hizmet alımı kapsamında da hazırlanabilir. Danışmanlık hizmet alımı yoluyla yaklaşık maliyet hazırlanması halinde yaklaşık maliyetin üçüncü kişilere açıklanmaması

---

<sup>1</sup> Bu düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. (Özgenç, 2015: 110). Yine Çetinkaya, yaklaşık maliyetin gizli tutulması neticesinde ihalelerde ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenen tekliflerin ya aşırı düşük ya da aşırı yüksek olduğunu söylemektedir (Çetinkaya, 2014: 105).

<sup>2</sup> Kamu İhale Kurulu 27.12.2010 tarih ve 2010/UH.III-3936 sayılı kararında: “söz konusu ihale açık ihale usulü ile yapılan bir hizmet alımı ihalesi olduğundan, 4734 sayılı Kanunun “Tekliflerin alınması ve açıklanması” başlıklı 36 ncı maddesi uyarınca, isteklilerin teklif fiyatları ile birlikte yaklaşık maliyetin açıklanması gerektiği, idarenin ilk oturumunda yaklaşık maliyeti açıklamamış olması mevzuata uygun olmamakla beraber bu konunun tekliflerin değerlendirilmesini etkileyen bir husus olmadığına” hükmetmiştir

<sup>3</sup> Kamu İhale Kurulu'nun 16.01.2015 tarih ve 2014/UH.I-338 sayılı kararı da bu yöndedir.

<sup>4</sup> Kamu İhale Kurulu'nun 31.10.2011 tarih ve 2011/UY.I-3573 sayılı kararında yaklaşık maliyetin gizli tutulmasındaki amaç şu şekilde açıklanmıştır: “yaklaşık maliyetin ilk oturuma kadar bilinmesini önlemek olup, gizliliğin sağlandığı hallerde isteklilere güvenilir ve rekabetçi bir ortamda kendi bağımsız tekliflerini sunma olanağı sağlanırken idarelere şeffaf bir şekilde ve gerçekçi piyasa fiyatları ile ihale konusu işi özel sektöre gördürme olanağı sağlanmaktadır.”

<sup>5</sup> Kamu İhale Kurulu'nun 31.10.2011 tarih ve 2011/UY.I-3573 sayılı kararı da bu yöndedir: “ihalesindeki tespitler ışığında yaklaşık maliyetinin gizliliğinin ilk oturumdan önce ortadan kalktığından ihalenin iptal edilmesi gerekmektedir.”

yaşığı devam etmektedir. Kamu İhale Kanunu'nun 61. maddesinde idare görevlileri ile birlikte danışmanlık hizmeti sunanlarında yaklaşık maliyeti ifşa edemeyeceklerini kendilerinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanamayacaklarını düzenlemiştir.

Bir diğer gizli kalması gereken belge isteklilerin teklifidir. Kamu İhale Kanunu'nun 4'üncü maddesinde teklifin ne olduğu tanımlanmaktadır. Bu maddeye göre teklif, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgilerdir. İhaleye katılmak isteyen kişiler ihale saatinden önce fiyat teklifini de içeren teklif zarfını idareye sunmak zorundadırlar ve isteklilerin teklifleri ihale saatinde, idareye sunulmuş sırasına göre açıklamak zorundadır. Şayet bir isteklinin veya diğer isteklilerin tekliflerini öğrenen bir kişi kendi teklifini buna göre hazırlayabilecektir. Örneğin ekonomik açıdan en avantajlı teklifin, verilen tekliflerden en düşüğü olanın belirlendiği ihalelerde, diğer tekliflerden haberdar olan istekli bu ihaleye en düşük teklifi sunacaktır. İhale saatinden önce idareye tekliflerini sunan istekliler, teklif zarflarının açılma yerlerini imzalamak ve mühürlemek zorundadır. Bu düzenlemeyle birlikte ihale komisyonu üyeleri teklif zarflarının ihale saatinden önce açılıp açılmadığını tespit etme olanağına sahip olmuştur. İhale komisyonu, ihale anında teklif zarfının açıldığını tespit ettiği isteklinin zarfı için tutanak düzenlenerek isteklinin teklifini değerlendirmeye almayacaktır (Kamu İhale Kanunu, 2002: Madde 36).

Teklif zarfında fiyat teklifinin yanında idari şartnamede istenilen bilgi ve belgelerin de sunulması gerekmektedir. Bu belgelerde de niteliklerine göre gizliliğe sahiptir (Dilberoğlu, 2015: 280). Örneğin bir firmanın sunduğu oda sicil kayıt sureti niteliği itibariyle gizli değilse de bir şirketin bankadaki kredibilitesini gösteren “*Banka referans mektupları*” gizli bir niteliğe sahiptir (Arapgirli)<sup>1</sup>. Koca ise bu belgelerin gizli kalması gereken belgeler niteliğine sahip olmadığını dolayısıyla bu bilgilerin üçüncü kişilere ulaştırılması halinde ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağını ileri sürmüştür (Koca ve Üzülmez, 2013a: 20).

---

<sup>1</sup> Murat Arapgirli'nin banka referans mektubu ve sorunlar başlıklı makalesinin tamamı için bakınız: [http://www.webcitation.org/quer?url=https%3A%2F%2Fwww.malihakem.com%2Fanalizler%2Fihale-mevzuatinda-banka-referans-mektubu-ve-sorunlu-konular\\_an709.html&date=2018-02-14](http://www.webcitation.org/quer?url=https%3A%2F%2Fwww.malihakem.com%2Fanalizler%2Fihale-mevzuatinda-banka-referans-mektubu-ve-sorunlu-konular_an709.html&date=2018-02-14) ( Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).

Kamu İhale Kanunu'nun 61. maddesinde yaklaşık maliyetin ifşasının yanında bu tür belgelerin de ifşasını ve kendi ve üçüncü kişilerin yararına kullanılmasını yasaklanmıştır. Çalışma konumuz açısından da yaklaşık maliyetin, ihale saatinden önce tekliflerin ve gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin başkalarının ulaşmasına sair vasıtalarla sağlamak ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.

İhaleye kimlerin teklif verdiğini üçüncü kişilere söylenmesi durumunda ise bu suç oluşmayacaktır. Çünkü ihaleye kimlerin teklif verdiği ihale mevzuatına göre gizli kalması gereken bir bilgi olmadığı gibi tekliflerle ilgili de değildir (Koca M., 2015: 134).

Bu bent yönünden suçun faili herkes olabilecektir. İlgililerin tekliflerini başkalarına ulaştıran kişi ihale görevlisi olabileceği gibi o şirketin çalışanı da olabilir. Uygulamada bir çok istekli tekliflerini “ihale danışmanlık” firmalarıyla hazırladığı dikkate alındığında bu tür firmaların da bu suçun faili olma ihtimali bulunmaktadır. Bu tür firmalarla ilgili tartışılacak bir hususun aynı ihaleye katılmak isteyen iki şirketin teklif bedelini hazırlayan bir danışmanlık firmasının kendisine daha fazla ödeme yapan istekli lehine ihaleyi kazanabilecek daha uygun bir fiyat oluşturması halinde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmuş olacak mıdır? Kanımızca burada gizli kalması gereken bilgilerin bir başkasına ulaştırılması fiili gerçekleşmemektedir. Fakat bu fiil şartları oluşması halinde güveni kötüye kullanma suçuna sebebiyet verebilecektir.

Gizli kalması gereken bilgi açıklaması icrai davranışla olabileceği gibi ihmali davranışla da olabilir. İhaleye katılan isteklilerin sıklıkla girip çıktığı bir odada yaklaşık maliyetin masa üstünde bırakılması şeklinde bu suç işlenebilir. Dilberoğlu, bu durumda ihmali bir hareketten ziyade icrai bir hareketin olduğunu bu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceğini savunmaktadır (Dilberoğlu, 2015: 280).

#### Cebir veya tehdit kullanmak ya da hukuka aykırı diğer davranışlarda bulunmak

İhaleye katılma yeterliliğine sahip bir kişinin, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı diğer davranışlarda bulunmak suretiyle ihaleye ya da ihale sürecine katılımının engellenmesi ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden birini oluşturmaktadır (TCK, 2004: Madde 235/2-c). Bu fiillerin ihale tamamlanmadan önce

gerçekleştirilmesi gerekmekte olup, ihale tamamlandıktan sonra işlenen bu fiiller ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır (Artuk ve diğerleri, 2013: 804). Burada hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay 5. Ceza Dairesi 21.02.2013 tarih ve E. 2012/3486, K. 2013/1316 sayılı kararında, ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan bir isteklinin cebir veya tehdit kullanılarak ihaleye katılımının engellenmesi halinde suçun unsurları oluşmadığından faile ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüsten ceza verilemeyeceğini; fakat cebir veya tehditin başka bir suçun oluşumuna sebebiyet veriyorsa failin bu suçlardan cezalandırılması gerektiğini kararlaştırmıştır (M. Abacıoğlu ve A. Abacıoğlu, 2016a: 142).

Yasa koyucu hileli davranışların yanı sıra cebir, tehdit veya hukuka aykırı davranışla bu fiilin işlenmesini de yasaklamıştır. Bu sebeple burada cebir, tehdit ve hukuka aykırı davranışa ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

Cebir, Türk Ceza Kanunu'nun 108. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmesine rağmen tanımı Kanun'da yapılmamıştır. Cebir, bir kişinin başka bir kimse üzerinde fiziki güç kullanması, bu sayede kişinin yapmak istemediği bir işi yaptırmaya çalışılmasıdır (Akbulut, 2009: 97). Bu fiziki gücün, mağdurun ihaleye katılmaması yönünde olması gerekmektedir. Maddenin gerekçesinde cebir şu şekilde tanımlanmıştır:

“Latince karşılığı "vis compulsiva" olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir.

Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır.”

Doktrinde cebir, cebire maruz kalan kişinin iradesinin bertaraf edildiği mutlak cebir ve cebire maruz kalan kişinin farklı davranma ihtimali bulunmasına rağmen uygulanan cebrin yarattığı acı nedeniyle cebri uygulayan kişinin iradesine uygun olarak hareket edildiği zorlayıcı cebir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu açısından iki cebir türü de elverişlidir. Örneğin kişinin hürriyetinden yoksun bırakılarak ihaleye katılmasının engellenmesi mutlak cebirken, failin ihaleye katılmaması için cebir uygulanması halinde zorlayıcı cebir söz konusudur. Bu iki örnekte de ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

Tehdit yoluyla ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesi de ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden biridir. Yargıtay 4 Ceza Dairesi 18.06.2001 tarih ve E.2001/6464, K. 2001/7560 sayılı kararında valiliğin açtığı ihaleye teminatı yatıran bir kişinin tehdit edilmesi nedeniyle ihaleden çekilmesi durumunda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşacağına hükmetmiştir.

TDK Güncel Sözlüğünde “gözdağı” olarak tanımlanan tehdit “*mağdurun korkutulmasına yönelen, başlaması failin iradesine ve gerçekleşmesi failin isteğinin yerine getirilmemesine bağlı olan gelecekte yapılacak bir kötülüğün bildirilmesidir.*” (Koca M., 2003: 165). Fail isteğinin gerçekleştirilmesini bir başka kimseden ona veya onun yakınına gelebilecek bir kötülüğü bildirerek istemektedir. Bu istek maruz kalan kişinin bir şeyi yapması, yapmaması şeklinde olabilir. Kötülükten ne anlaşılması gerektiği Akbulut’a göre, TCK’nın 106. maddesinden yola çıkılarak, kişinin veya yakınının hayat, vücut, cinsel dokunulmazlığına ve malvarlığına yönelik büyük bir zarara sebebiyet verecek bir saldırı gerçekleştirileceğinin bildirilmesinin kötülük kapsamında değerlendirilmelidir (Akbulut, 2009: 100). Kanımızca ihaleye fesat karıştırma suçundaki tehdit davranışından TCK’nın 106. maddesinde sınırlanan tehditten daha geniş bir anlamda bir davranış şekli anlaşılmalıdır.

Tehdit yoluyla ihaleye katılma yeterliliğine sahip bir kişinin ihaleye katılımının engellenmesi için tehdidin objektif nitelikte elverişli olması gerekmektedir (Kazancı, 2011: 168)<sup>1</sup>. Ayrıca cebir yoluyla işlenen bu suçtan farklı olarak tehdidin mağdurun kendisine veya onun yakınına yönelmesi de mümkündür. Cebir suçunun gerçekleşmesi içinse sadece mağdura yönelik bir cebrin olması gerekmektedir. Kazancı, cebir fiilinin aralarında yakınlık bağı bulunması koşuluyla üçüncü kişiye karşı da işlenebileceğini belirtmektedir (Kazancı, 2011: 166).

---

<sup>1</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi 18.02.2008 tarih ve E. 2008/8486, K. 1524 sayılı kararında tehdit suçuna ilişkin şu açıklamalarda bulunmaktadır: “ *Tehdit fiili, kişinin ruh dinginliğini bozan, iç huzurunu, bilinç ve irade özgürlüğünü ihlal eden bir olgudur. Fiilin mağdur üzerinde ciddi bir korku yaratabilmesi açısından sonuç olmaya objektif olarak elverişli, yeterli ve uygun olması gerekir. Ayrıca tehdidin somut olayda muhatap üzerinde etkili olması şart değildir. Bu nedenle mağdurun korkup korkmadığının araştırılması gerekmez. Tehdit suçunun manevi ögesi genel kasttan ibaret olup suçun yasal tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek işlenmesini ifade eder. Olayda tasarlanmanın varlığı aranmadığı gibi, saikin de bir önemi yoktur. Kavga ve tartışma sırasında haksız bir fiilin kendisinde husule getirdiği şiddetli öfke ve elemin failin iradesini etkileyen bir etken olarak kusur yeteneğinde meydana getirdiği azalma koşulları nedeniyle koşulları varsa ancak yasal indirim nedeni olarak kabul edilebilir ise de, önceden ilke boyutunda kastı kaldıran ve suçun oluşumunu engelleyen bir husus olarak kabulü mümkün değildir.*” (Tuğrul, 2011: 94).

Yargıtay bir kimsenin ihaleye ve ihale sürecine katılması halinde bir kötülüğe maruz kalacağına beyan edilmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşacağını hükmetmiştir.

Bu seçimlik hareket hukuka aykırı davranışla ile de işlenebilir. Doktrinde hukuka aykırı davranış ifadesinin kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesini zedelediği ileri sürülmektedir (Kazancı, 2011: 170). Şen ise aksi kanaatte olup, cebir ve tehdit dışındaki bu suçun oluşumuna sebep verecek her türlü fesat niteliğinde hukuka aykırı fiillerin, hukuka aykırı davranış kapsamında olduğunu savunmaktadır (Şen, 2012: 85). Hukuka aykırı davranışın Kanun'da tanımı yapılmamış olsa da madde gerekçesinde hangi davranışların hukuka aykırı olabileceği örneklendirilmiştir. Madde gerekçesine göre, *“İsteklilerin ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıtılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi, bu fiillere ilişkin örnek oluşturmaktadır.”* Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlar da hukuka aykırı davranışın belirlenmesinde yardımcı olarak dikkate alınabilecektir (Koca ve Üzülmez, 2013a: 22).

Kanaatimizce burada şu husus da tartışılmalıdır. Cebir, tehdit veya hukuka aykırı davranış yoluyla ihale katılma yeterliliğine sahip olmayan bir isteklinin teklifinin değerlendirmeye alınması halinde bu suç oluşacak mıdır? Örneğin ihale komisyonu üyeleri tehdit edilerek, ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan bir isteklinin teklifinin değerlendirmeye alınması durumu. Bir fiilin cebir veya tehdit altında işlenmesi halinde bu suçun faili cebir veya tehditi işleyen kişi olur (TCK, 2004: Madde 28). İhale komisyonu üyelerinin davranışı 235. maddenin ikinci fıkrasının a bendinde yer alan hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlama niteliğinde olacaktır. Fakat TCK m. 28 gereğince bu davranıştan ihale komisyonu sorumlu olmayacak ve cebir veya tehdit fiilini gerçekleştiren kişi cezalandırılacaktır. Hukuka aykırı davranışla ihale komisyonu üyelerini bu tür davranışa sevk edilmesi halinde ise kanımızca TCK 28. maddenin korumasının cebir ve tehdit ile sınırlı olması nedeniyle, ihale komisyonu üyeleri de ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır; şartları oluşması halinde hukuka aykırı davranışı gerçekleştiren kişi azmettirici veya yardım eden sıfatına nedeniyle cezalandırılacaktır.

## Gizli veya açık anlaşma yapmak

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve ihale fiyatını etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır. İhalelerde sıklıkla karşılaşılan firmaların aralarında anlaşarak serbest rekabet ortamını bozmasını ve ihaleye girmesini engellemek için yasa koyucu bu tür davranışları yasaklamıştır (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 119). Anayasamızın 167. maddesinde de Devlete bu tür anlaşmalarının önüne geçme görevi yüklenmektedir.

Madde yakından incelendiğinde, “*ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler*”den ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. İhaleye katılan kişiden anlaşılması gereken ihaleye teklif sunan kişi olup, bu konu açıktır. İhaleye katılmak isteyen kim olduğunun belirlenmesi ise bir hayli güçtür. Kamu İhale Kanunu’nun “*Tanımlar*” başlıklı 4. maddesinde istekli olabilecekler tanımlanmıştır. Bu maddeye göre istekli olabilecek, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale dokümanını almış kişilerdir. İhaleye katılmak isteyen kişiler de sadece bu kapsamda mı değerlendirilmelidir? Kanımızca bu tanımdan daha geniş bir anlam yüklenmesi uygun olacaktır. İhaleye katılmak isteğini davranışlarıyla dış dünyaya yansıtan her kişinin bu madde kapsamında değerlendirilmelidir.

Yasa koyucu ihale şartları ve ihale fiyatına ilişkin anlaşmanın bu suçun oluşumuna sebebiyet vereceğini; bu iki husus dışındaki anlaşmaların ise ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağını düzenlemiştir. İhale şartları, anlaşma yapan kişilerin lehine olabileceği gibi ihaleye katılmak isteyen kişilerin aleyhine olan anlaşmalarda bu kapsamdadır. Yine ihaleyi daha az indirimle kazanmak isteyen kişilerin ihale fiyatını yukarı etkilemedikleri halinde suçun gerçekleşebileceği gibi en düşük fiyatın atılması hususunda da bu suç gerçekleşecektir.

Firmaların anlaşmalarının tespiti, ihaleye sunulan teklif dosyalarından anlaşılması bir hayli güç niteliktedir. Bu nedenle bu suçun tespitinde iletişimin dinlenmesi, teknik takip gibi özel koruma tedbirleri önem arz etmektedir (Çetinkaya, 2014: 125). Anlaşmanın teklif dosyalarından tespiti güç olsa da Yargıtay 5. Ceza Dairesinin önüne gelen bir davada; Daire 02.04.2008 tarih ve E. 2008/3629, K. 2008/4099 sayılı kararı ile teklif mektuplarının tek elden çıktığı hususunda şüphe olduğu hallerde yazı ve imzaların kime ait olduğu



hususunda bilirkişi raporu alınması gerektiği, bu incelemeyi yapmayan ilk derece mahkemesinin kararını bozma sebebi saymıştır (Parlar, 2011: 78).

Suçun oluşması için anlaşmanın taraflarının da kimler olacağı maddede düzenlenmiştir. Anlaşmanın taraflarının ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler olması gerekmektedir. Dolayısıyla suç, çok failli suç niteliğine sahiptir. Örneğin ihaleye katılmak isteyen kişi ile ihale görevlisinin anlaşması neticesinde, ihale şartnamesinin bu kişiye özel düzenlenmesi halinde bu bent kapsamında suç oluşmayacak; fiil 235. maddenin ikinci fıkrasında yer alan diğer seçimlik hareketler kapsamına giriyorsa failler ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır (Akbulut, 2009: 101).

Bu örnekle alakalı bir başka tartışılabilir hususta ihaleye katılmak isteyen kişiyle üçüncü kişinin ihale şartlarına veya ihale fiyatına ilişkin anlaşmaları halinde suçun oluşup oluşmayacağıdır. Üçüncü kişinin ihaleye katılan diğer istekliye karşı husumeti nedeniyle onun ihalesini almaması için ihaleye katılan diğer istekliyle anlaşarak firma zararına ihaleye teklif sunulmasını sağlaması halinde suç oluşacak mıdır? Kanımızca suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği ihaleye katılmak isteyen veya ihaleye katılan kişiler arasında bir anlaşma olmadığı için bu suç oluşmayacaktır (M. Abacıoğlu ve A. Abacıoğlu, 2016a: 144).

Tarafların ihale fiyatına ilişkin anlaşması ihale tarihinden önce olabileceği gibi ihaleden sonra da anlaşmaları bu suçun oluşması açısından bir engel teşkil etmeyecektir (Şen, 2012: 113). Örneğin ihalece belirlenen sınır değer altında kaldığı için aşırı düşük teklif açıklaması yapması gereken istekli, sınır değer bir üstündeki istekli ile anlaşarak aşırı düşük teklif açıklaması yapmaması böylece ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin sınır değer bir üstündeki isteklinin teklifinin belirlenmesi halinde de bu suç oluşacaktır. Hatta ihale komisyon kararı ile ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi belirlendikten sonra da bu tür anlaşmaların yapılabileceği mümkündür. Örneğin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin ihale katılım koşullarını ve yeterliliğine sahip olmaması rağmen bu hususun ihale komisyonun gözünden kaçması halinde bu durumdan haberdar kişinin şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarını kullanmaması için yapılan bir anlaşma da bu niteliktedir.

Doktrinde anlaşma yapan tarafların ihaleye katılma koşullarına katılma veya yeterliğine sahip kişilerin ancak bu suçun faili olabileceği ileri sürülmektedir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 120). Kanımızca Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.1. maddesindeki düzenleme nedeniyle bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu düzenlemeye göre yapım işlerinde sınır değer hesabında dikkate alınacak geçerli teklif, ihalenin ilk oturumunda usulüne uygun teklif mektubu ve geçici teminat mektubu sunan isteklinin teklifidir. Dolayısıyla ihale katılma yeterliliğine sahip olmayan örneğin benzer iş deneyim belgesine sahip olmayan bir firma usulüne uygun teklif mektubu ve geçici teminat mektubu ile ihaleye katılırsa bu kişinin teklifi de sınır değer hesabında dikkate alınacaktır. Bu nedenle ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan bir kimse de ihale fiyatını etkileme imkânına sahiptir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi de 22.09.2008 tarih ve E. 2008/8361, K.2008/7873 sayılı kararında, zarar oluşturacak şekilde ihale fiyatlarını etkileyip etkilemediklerinin kesin olarak saptanması gerektiğine işaret etmiştir (Tuğrul, 2011: 103).

Doktrinde yine çok katılımlı ihalelerde sadece iki firmanın anlaşmasının ihale fiyatını etkileme ihtimalinin bulunmaması gerekçesiyle elverişli vasıtanın mevcut olmaması nedeniyle suçun oluşmayacağını; teşebbüs hükümlerinin de uygulanamayacağı savunulmaktadır (Şen, 2012: 107). Meran ise eğer anlaşma sonucu verilen teklif herhangi bir gerekçeyle değerlendirme dışı bırakılırsa anlaşmanın ihaleye etki etmemesi nedeniyle suçun oluşmayacağı düşüncesidir (Meran, 2011: 172).

Tarafların anlaşmayı gerçekleştirmesi ve buna uygun fiilleri ile birlikte suç oluşacak; bu anlaşmanın ihale şartlarına veya ihale fiyatına etkisinin bulunması gerekmecektir. Örneğin ihale fiyatına ilişkin anlaşma yapan firmalar, ihaleyi bir başka firma kazanmış olsa bile bu suçtan cezalandırılacaktır.

İki firmanın birbirlerinin teklifleri hakkında bilgi sahibi olmaları bu suçun oluşumuna sebebiyet verecek midir? Örneğin aynı adreste ticari faaliyetlerini sürdüren iki firmanın, aynı ihaleye katılmaları halinde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacak mıdır? Bu iki firmanın birbirlerinin tekliflerinden haberdar olması kuvvetli bir olasılıktır. Ancak bu aralarında anlaşmanın varlığına kesin bir kanıt değildir. Bu iki firmanın da ayrı ayrı muhasebeleri ve mali gücü olduğu dikkate alındığında bu mali güçlerine göre ihaleye teklif vermeleri daha olasıdır. İhaleye katılan isteklilerin birbirlerinin tekliflerinden haberdar

olması Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca yasak fiil ve davranışlardan olduğu yerleşik Kamu İhale Kurulu kararlarında kabul edilse de ihaleye fesat karıştırma suçu açısından, anlaşmanın başka delillerle de desteklenmesi gerekmektedir (Şen, 2012: 113). Yargıtay 5. Ceza Dairesi 16.03.2009 tarih ve E.2008/1509, K.2009/3152 sayılı kararında TCK'nin m.235/2-d'deki suçun oluşabilmesi için anlaşmanın varlığının her türlü şüpheden uzak somut kanıtlarla kesin olarak saptanması gerektiğine hükmetmiştir (Tuğrul, 2011: 105).

### **2.1.5. Suçun nitelikli halleri**

Yasa koyucu bir suçu düzenlerken temel cezayı belirledikten sonra bir takım sebepler nedeniyle temel cezada artırım veya azaltma nedenleri de belirleyebilmektedir. Bu sebepler fail, mağdur, fiil vb. hallere göre çeşitlilik göstermektedir. Faile verilecek cezayı arttıran veya hafifleten hallere suçun nitelikli halleri denilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin üçüncü fıkrasında bir ağırlaştırıcı nitelik hal bir de hafifletici nitelikli hal öngörülmüştür. Bu fıkranın (a) bendinde ihaleye fesat karıştırma suçu işlenirken cebir ve tehdit kullanılması halinde temel cezanın alt sınırının 5 yıldan az olamayacağı; kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde faile bu suçlar nedeniyle de ceza verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ağırlaştırıcı nitelikli haldir.

Cezayı hafifletici nitelikli hal ise aynı fıkranın (b) bendinde düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi neticesinde ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar gelmemişse ve suç cebir veya tehdit kullanılarak işlenmemişse fail, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hafifletici nedenin kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler açısından bir zarar gelmemesi hali içinde uygulanabilecek midir? Örneğin kooperatifin yapmış olduğu bir ihalede ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi halinde failin kooperatifin zararı olmaması nedeniyle daha az bir cezayla mı cezalandırılması

gerekmektedir? TCK'nın 235. maddesinin beşinci fıkrasında maddede düzenlenen diğer hükümlerinde bu ihaleler için geçerli olduğunu belirtilmesi nedeniyle bu kurum ve kuruluşların düzenlendiği ihalelerde de bu hafifletici nitelikli hal geçerli olacaktır (Arıtürk, 2011: 239). Yargıtay'ın kanun değişikliğinden önce uygulaması ise farklıdır. Yargıtay'a göre madde metninde sadece kamu kurum ve kuruluşları ibaresi geçtiğinden bu kurumlar aleyhine bir zarar doğduğunda artırım nedeni olarak kabul etmekteydi. Değişiklikle birlikte doğan boşluğun yine Yargıtay'ca doldurulması gerekmektedir (Koca M. R., 2014: 143).

Bentte geçen zarar kelimesinden maddi zararların anlaşılması gerektiği anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.07.2007 tarih ve E.2007/4-88 K. 2007/94 sayılı kararı ile zarar kavramından anlaşılması gerekenin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın 71. maddesinde açıklanan kamu kaynağında artışa engel veya eksilme olduğunu hükme bağlamıştır. Bu maddi zararın içine ihaleye çıkış sürecinde yapılan ihale ilanı masrafları, yaklaşık maliyetin danışmanlık hizmeti çerçevesinde hesaplanmasında bu işe ait sözleşme bedeli gibi ihale için yapılan faaliyetler açısından zararın yanında ihalenin yapılmamasıyla idarenin işin doğrudan temin usulüyle veya pazarlık ihalesi usulüyle görülmesi neticesinde daha yüksek bir sözleşme bedeli imzalaması gibi zararlar da dâhildir (Arslan, 2017, s. 208). Yargıtay ise bu tarz ihaleye tekrardan çıkılması için yapılan masrafların zarar kavramına dâhil olmadığına karar vermiştir (Özgenç, , 2015: 112). Yargıtay 5. Ceza Dairesi 26.03.2013 tarih ve E. 2012/4411, K. 2013/2346 sayılı kararında bu tür masrafları doğal masraflar kapsamında olması nedeniyle zarar kavramı içine dâhil etmemektedir (M. Abacıoğlu ve A. Abacıoğlu, 2016a: 150).

Ayrıca manevi zararlar bu zarar kavramına dâhil edilemez. Çünkü kamu kurum ve kuruluşlarının manevi zararı olması mümkün değildir (Kılıçoğlu, 1983: 287). Kamu kurum ve kuruluşunun zararı olmadığı fakat ihaleye katılan diğer isteklilerin zararının olduğu hallerde de fail daha az cezaya çarptırılacaktır. Zarar olduğu fakat miktar olarak belirlenemediği durumlarda fail bu hafifletici nitelikli halden yararlanamayacaktır. Zarar miktarı oluşturulacak bilirkişi heyetiyle belirlenecektir. Zararın tespiti hususunda Sayıştay'ın da bu konuda tekel konumuna sahip olması nedeniyle önemli bir görevi bulunmaktadır (Şahin, 2015: 124). Evleviyetle doğan zarar ile ihaleye fesat karıştırma fiili arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.12.2009 tarih ve E. 2009/4.Md – 136, K. 2009/281 sayılı kararında zararın belirlenmesine ilişkin şu kararı bir hayli ilgi çekicidir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay kararında, ihale süreci tamamlanmadan bir firmaya avans ödenerek işin yaptırılması söz konusudur. Failin görevin gereklerine aykırı hareket ettiği hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır; ancak erken avans ödemesi neticesinde kamunun faiz kaybı zarar kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmaktadır. Yargıtay, faiz kaybının olduğunu ama daha “üstün yarar” neticesinde oluşan faiz kaybının zararın oluştuğuna dair tek başına yeterli olmayacağına hükmetmiştir. Davada tartışılan üstün yarar ise kamunun içme suyu ihtiyacının bir an önce karşılanmasıdır. İdare faiz gelirinden mahrum kalsa da kamunun acil ihtiyacını karşıladığı için zararın doğduğundan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir.

Koca'ya göre, mahkemece zararın oluşmadığı tespit edildikten sonra failin cezası belirlenirken, temel ceza TCK'nın 235/1. madde üzerinden belirlendikten sonra, aynı maddenin üçüncü fıkrası dikkate alınarak cezada indirim veya artırım yapılmalıdır (Koca M. R., 2014: 143).

## **2.2. Suçun Manevi Unsuru**

“İşlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağ” olarak tanımlanan suçun manevi unsuru; kast ve taksir olmak üzere ikiye ayrılır (Arslan, 2017: 210). Bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için manevi unsurun gerçekleşmiş olması şarttır.

### **2.2.1. Kast**

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK, 2004: Madde 21/1). Kastın, fiile yönelik olması gerekir ancak failin ceza normunun bilmesi gerekmemektedir (Şen, 2012: 117). Kast, doğrudan kast ve olası kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kast, suçun bilerek ve istenerek işlenmesiyle; olası kastta bilme iradesi gerçekleşmemektedir. Bu nedenle bir suça ilişkin maddede bilerek veya bildiği halde gibi ibareler bulunuyorsa bu suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceği söylenmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun, hileli davranışlar, cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenebileceği düzenlense de bu suç doğrudan kastın yanında olası kast ile de işlenebilir (Arslan, 2017: 211). Örneğin ihale görevlisinin, bir takım gizli bilgileri ihmali davranışla başkalarının öğrenebileceğini öngörmesine rağmen bunu engellememesi halinde fail olası kastla bu suçu işlemiş olacaktır (Akbulut, 2009: 103).

Ancak buna ilişkin bir istisna TCK 235. maddenin ikinci fıkrasının (d) bendinde bulunmaktadır. Bu bentte tarafların anlaşmasının ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacını taşıması gerektiği için bu bent kapsamında suç olası kastla işlenemez (Şen, 2012: 118).

Bu istisna dışında failin fiili işlerken ki amacı suçun oluşması için bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin bir kamu görevlisinin kamuyu zarara uğratmak amacıyla veya başka bir amaçla bu suçu işlemesi halinde suç oluşmuş olacaktır (Şen, 2012: 119).

Örneğin ihale komisyonunun ihale dokümanına uygun teklif sunan isteklinin teklifini yanılığa düşerek elemesi halinde; yani benzer işe ait iş deneyim belgesi sunan isteklinin iş deneyim belgesinin benzer işe ait olmadığı gerekçesiyle elenmesi durumunda ihale komisyonu üyeleri bu yanılığlarından yararlanacak mıdır? Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimsenin kasten hareket etmiş olmayacağını düzenlemiştir (Koca ve Üzülmüş, 2013a: 29). Bu nedenle bu olaydaki ihale komisyonları da bu hataları nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılmayacaktır (Şen, 2012: 119).

### **2.2.2. Taksir**

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, bir fiilin suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülerek gerçekleştirilmesidir. Taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirtmesi halinde cezalandırılır (TCK, 2004: Madde 30). İhaleye fesat karıştırma suçunun taksirle işlenebileceği belirtilmediği için bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir (Akbulut, 2009: 103). Suçun mahiyeti gereği de bu tercih yerindedir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 134).

### 2.2.3. Kusurluluk

Hukuka aykırılık unsurunu açıklanırken, failin işlediği fiilin suçun kanuni tanımındaki tüm unsurları taşımasına rağmen hukuka uygunluk sebebi bulunması halinde failin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştiği, hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı hallerde dahi failin cezalandırılabilmesi için failin işlediği fiilden dolayı kınanabilir olması yani kusurlu olması gerekmektedir. Kusurlulukta fail hakkında bir değerlendirme yapılarak failin ne zaman sorumlu tutulabileceği araştırılmaktadır.

Ancak bir kişinin işlediği fiil suçun kanuni tanımındaki unsurları taşıması ve hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması halinde, fiil failden bağımsız olarak bir haksızlık yaratmaktadır. Bu şu açıdan önemlidir şayet kusurluluğu kaldıran bir nedene sahip olan failin işlediği fiil nedeniyle cezalandırılması mümkün olmasa da güvenlik tedbirleri bu fail hakkında uygulanabilecektir.

Kusurluluğu azaltan veya kaldıran haller, hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Haller başlığı altında 24 ile 34. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Kusurluluğu azaltan veya kaldıran haller şunlardır: Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, cebir, tehdit, haksız tahriktir. Burada bütün kusurluluğu azaltan veya kaldıran hallere değinilmesi çalışmamız boyutunu aştığı için sadece çalışma konumuz olan ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili olduğunu düşündüğümüz nedenlere ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

#### Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi

Bir kişi, üstünün, hukuka aykırı ama bağlayıcı emrini yerine getirmesi halinde bu fiilden sorumlu olmamaktadır. Ancak bu emir istisnaları olmakla birlikte suç teşkil ediyorsa, hiçbir surette uygulanmaması gerekir aksi takdirde astın sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır.

Anayasamızın 137. maddesi “Kanunsuz Emir” düzenlenmiştir:

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinde de bu hükme paralel bir düzenleme bulunmakta olup, üstün emrini yerine getiren kişi bu emirden sorumlu tutulmayacaktır. Fakat emir suç niteliğindeyse, istisnai düzenlemeler ayırık olmak üzere ast üstün emrini uygulamamak zorundadır. Aksi takdirde emri yerine getiren ast da suçtan sorumlu olacaktır.

İhale hukukunda, hukuka aykırı emir genellikle ihaleye fesat karıştırma suçu niteliğine de haiz olacaktır. Bu nedenle astın bu emri uygulamaması gerekir. Fakat emrin suç olduğunu bilerek uygularsa bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır.

### Zorunluluk hali

Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı fail zorunluluk hali nedeniyle kusurlu bulunamayacaktır. Bunun sonucunda da fail cezalandırılmayacaktır (TCK, 2004: Madde 25/2).

Zorunluluk halinin koşulları şunlardır: Ağır ve muhakkak bir tehlikenin var olması, bu tehlikenin hakka yönelik olması, tehlikeye bilerek neden olunmaması; tehlikeden başka suretle korunma olasılığının olmaması, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması, failin tehlikeye hukuki olarak katılma yükümlülüğü bulunmaması.



TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk hali genel bir düzenleme olup, şartları oluşması halinde tüm suç tipleri için geçerlidir. Yasa koyucu bazı suç tipleri için özel zorunluluk halleri de belirlemiştir. Örneğin hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacın karşılanması için işlenmesi halinde hâkim faile verilen cezada indirim yapabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.

İhaleye fesat karıştırma suçunda zorunluluk halinin şartlarının oluşma olasılığının düşük olduğu doktrinde kabul edilmektedir (Arıtürk, 2011: 269). Hafızoğulları ve Özen, zorunluluk haline eşinin çok ağır hasta olması halinde ona yardım edebilmek için ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen ihale komisyon üyesinin bu durumda zorunluluk halinden yararlanabileceği örneğini vermektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2012b: 415). İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 235. maddede de özel bir zorunluluk hali düzenlenmemiştir.

#### Cebir ve tehdit

Cebir ve tehdit neticesinde suç işleyen kişinin kusurlu olmadığı kabul edilmektedir. TCK’nın 28. maddesi gereğince:

*“Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”*

Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir veya muhakkak ve ağır bir tehdit sonucu ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kimse cezalandırılmaz. Örneğin yaklaşık maliyetin, cebir veya tehdit sonucu başka kişilere söylenmesi durumunda bu fiili işleyen kişi cezalandırılmayacaktır. Fakat bu cebir veya tehdidin belli bir şiddete sahip olması gerekmektedir. Kamu görevlisine mail yoluyla gelen bir tehdidin bu şiddete ulaştığı bazı durumlar ayrık olmak üzere söylenemez.

#### Haksız tahrik

Bir kimsenin haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli üzüntü etkisi altında suç işlemesi halinde, haksız tahrik altında suç işlediği kabul edilmektedir. Bu durumda fail cezasız kalmasa da cezasında indirim yapılmaktadır (TCK, 2004: Madde 29).

Haksız tahrikin şartları şu şekilde sıralanabilir: Tahrik teşkil eden fiilin varlığı, tahrik fiilinin haksız oluşu, tahrik fiilinin yöneldiği hedef, tahrik fiilinin failde şiddet veya eleme neden olması, haksız tahrike neden olan fiile tepki olması ve haksız fiil ve tepki fiil arasında bir orantılılık olması<sup>1</sup>.

Haksız tahrik altında ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi mümkündür. Örneğin ihale teklif dosyası rakip firmaca yırtılan bunun neticesinde ihaleye katılamayan firma temsilcisinin, bu fiili gerçekleştiren rakip firmanın teklif dosyasını yırtması halinde haksız tahrik altında suçu işlediği kabul edilmelidir.

### **2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru**

Failin ceza sorumluluğunun doğması için suçun kanuni tanımındaki maddi ve manevi unsurlarını gerçekleştirmiş olmasının yanında gerçekleştirilen bu fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeniyle ters düşmesidir. Fiilin hukuka aykırılığı hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince, ceza kanunları yanı sıra pozitif hukuk düzenine göre belirlenecektir (Kazancı, 2011: 187).

Ceza hukukunda suçun kanuni tanımındaki unsurlarına uygun bir fiilin kural olarak hukuka aykırı olduğu kabul edilir. Bu nedenle ceza yargılamasında hukuka aykırılık unsurunun araştırılması gerekmemektedir. Fakat failin ceza yaptırımından kurtulabilmesi için fiilin hukuka aykırılık unsurunu kaldıran geçerli bir sebebi yani hukuka uygunluk sebebi bulunması gerekmekte ve ceza yargılamasında araştırılması gereken husus budur.

Hukuka uygunluk nedenleri genel hukuka uygunluk nedenleri ve özel hukuka uygunluk nedenleri olmak üzere ikiye ayrılır.

Genel hukuka uygunluk nedenleri, Türk Ceza Kanunu'nun "*ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler*" başlıklı bölümünün altında 24 ilâ 26. maddeleri arasında düzenlenmiştir<sup>2</sup>. Bu bölüm altında sıralanan hukuka uygunluk nedenleri şunlardır: Kanun

---

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Bostancı, G. (2013). Haksız Tahrik. Yayımlanmamış Doktora Tezi.

<sup>2</sup> Hukuka uygunluk sebeplerinin bu başlık altında düzenlenmesi doktrinde eleştirilmektedir (Kazancı, 2011: 188),

hükmünü yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır. Genel hukuka uygunluk nedenleri her suçta uygulanabilecek niteliktedir. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçunda da gündeme gelecektir (Özbek ve diğerleri, 2013: 851). Hafizoğulları ve Özen ise hukuka uygunluk nedenlerinin zorunluluk hali hariç bu suçta gündeme gelmeyeceği görüşündedir (Hafizoğulları ve Özen, 2012b: 415).

Genel hukuka uygunluk nedenlerinden ilki kanun hükmünü yerine getirme, bir diğer deyişle görevin ifasıdır. TCK'nın 24. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilemeyecektir. Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirilen bir fiil 235. maddede sayılan fiillerle benzerlik gösterse de, kişinin kanunun hükmünü yerine getirmesi nedeniyle kişi cezalandırılmayacaktır. Örneğin gizli bilgilerini başkalarına iletilmesi bu suça sebebiyet verse de mahkeme kararının talebi neticesinde yaklaşık maliyete ilişkin bilgilerin mahkeme aracılığıyla davacı firmaya verilmesi halinde idare yetkililerinin sorumluluğu doğmayacaktır (Arslan, 2017: 216). Veyahut ihaleye katılmak isteyen bir kişinin, ihale teklif zarfını idareye sunmaya giderken polis memurları tarafından hukuka uygun olarak gözaltına alınması halinde de bu suç oluşmayacaktır.

Bir diğer genel hukuka uygunluk nedeni ise; bir kimsenin gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defedilmesi olan meşru savunmadır (TCK, 2004: Madde 25/1). İhaleye fesat karıştırma suçu açısından bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanması farazi durumlarda mümkün olabilecektir. Örneğin ihaleye katılmak isteyen bir firmanın temsilcisinin trafikte başkasına şiddet uyguladığını gören bir kişinin bu şiddet durumuna son vermek için yapmış olduğu cebir neticesinde ihale saatine yetişemeyerek ihaleye katılamayan firmanın meşru savunma hakkını kullanan kişiye karşı bir talebi olamayacaktır ve bu kişi hakkında meşru savunma nedeniyle cezai yaptırım uygulanamayacaktır.

Ceza kanununda düzenlenen diğer genel hukuka uygunluk nedeni ise hakkın kullanılmasıdır. Yasa koyucu kişiye bir hak tanıdıktan sonra bu hakkını kullanan kişiyi suç işlediği sebebiyle cezalandırılması hukuk düzeniyle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle hakkının kullanılan kişinin cezalandırılmayacağı kuralı getirilmiştir (TCK, 2004: Madde

26/1). Örneğin banka referans mektubu yeterli olmamasına rağmen ihaleyi kazanan şirketle ilgili haber yapan bir gazetecinin bu şirketin banka hesaplarına ilişkin gizli bilgileri açıklaması basın hakkı kapsamında değerlendirilecektir (Arslan, 2017: 217).

Son olarak düzenlenen genel hukuka uygunluk nedeni ise ilgilinin rızasıdır. Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilin suç oluşturmayacaktır (TCK, 2004: Madde 26/2). Bu genel hukuka uygunluk nedeninin ihaleye fesat karıştırma suçu açısından uygulama imkânı bulunmamaktadır (Özbek ve diğerleri, 2013: 852). Çünkü bu genel hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için, mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktan feragat edilmesi gerekir. Oysaki ihalede mağdurun böyle bir hakkı bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun bazı suçlar için özel olarak belirlediği hukuka uygunluk nedenlerine özel hukuka uygunluk nedeni denilmektedir. Örneğin TCK'nın 128. maddesi gereğince yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde faile ceza verilemez. Çalışma konumuz ihaleye fesat karıştırma suçu için herhangi bir özel hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır (Akbulut, 2009: 105).

TCK'nın 30. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme neticesinde hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır. Örneğin mahkemece istenilmemesine rağmen, istenilen belgeler arasında olduğu düşünülerek yaklaşık maliyete ilişkin bilgilerin mahkemesine gönderilmesi halinde kişi cezalandırılmayacaktır.

Genel hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarının kast olmaksızın aşılması halinde kişi işlenen fiilin taksirli halinin kanunda cezalandırılması halinde taksirli halinden; taksirli hali suç olarak düzenlenmemesi halinde ise herhangi bir cezaya çarptırılmayacaktır (TCK, 2004: Madde 27/1). Yasa koyucu ihaleye fesat karıştırma suçunun taksirli halini suç olarak düzenlememiştir. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarının kasten aşmayan kişi cezalandırılmayacaktır.



### **3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ**

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ihaleye fesat karıştırma suçunun özel görünüş biçimleri, bu suçu işleyen failin karşılaçağı yaptırım ve bu suçun soruşturma ve kovuşturma usulü incelenecektir.

#### **3.1. Suçun Özel Görünüş Biçimleri**

Yasa koyucu, toplumdaki adalet duygusunu temin edebilmek için cezalandırılabilirlik alanını genişleten ve sınırlayan bazı düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelere suçun özel görünüş biçimleri denilmektedir.

Suçun kanuni tanımındaki fiilleri işlemeyen kişilerin cezalandırılmasını düzenleyen teşebbüs ve iştirak hükümleri, cezalandırılabilirlik alanını genişleten düzenlemelerdir. İçtima hükümleri ise tam tersi niteliktedir. Bu başlık altında da bu üç düzenleme yani teşebbüs, iştirak ve içtima hükümlerinin ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilişkisi incelenecektir.

##### **3.1.1. Teşebbüs**

Suçun meydana geliş aşaması incelendiğinde; suç birbirinden ayırt edilmesi gereken iki temel evreden oluşmaktadır. Bu evreler ise suçun icrası ve suçun tamamlanmasıdır. Suçun icrası evresi de özü itibariyle düşünce, hazırlık ve icra hareketlerinden oluşmaktadır (Hafizoğulları ve Özen, 2012a: 327). Fail bir suçun icrasına başlamasına rağmen bazen elinde olmayan sebeplerle suç tamamlanamayabilir işte failin suçu tamamlayamamasına teşebbüs denilmektedir. Bir diğer deyişle failin hareketleri suçun icrası evresinde kalmakta, suçun tamamlanması evresine geçmemektedir.

Türk Ceza Kanunu'nda teşebbüs 35. maddede düzenlenmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Maddenin ikinci fıkrasında da teşebbüs aşamasında kalan bir suç nedeniyle faile verilecek cezada indirim yapılacağı düzenlenmektedir.

Teşebbüsten bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için dört şart bulunmaktadır. Bunlar kastın olması, failin elverişli vasıta ve araçları kullanması, icra hareketlerine başlanması, failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanmamasıdır (Şen, 2012: 120).

Teşebbüs sadece kastla işlenebilen suçlarda mümkün olup, taksirle ve ihmal suretiyle işlenebilen suçlarda mümkün değildir. Manevi unsur bölümünde çalışma konumuz ihaleye fesat karıştırma suçunun taksirle işlenemeyeceği açıklanmıştır. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçunun kastla işlenebilen bir suç olması nedeniyle teorik olarak bu suça teşebbüs mümkündür.

Teşebbüse ilişkin açıklamalara geçmeden önce ceza hukukunda suçların sonuçlu suç ve sırf hareket suçlarına ilişkin de açıklamalarda bulunulmasında fayda bulunmaktadır. Sırf hareket suçlarında kanunda belirlenen fiilin gerçekleşmesi yeterlidir; ayrıca fiilin sonuç doğurması gerekmemektedir. Neticeli suçlar da ise yasa koyucu suçun oluşması için fiile bağlı bir takım sonuçların meydana gelmesini aramıştır. Sırf hareket suçlarına kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Fakat icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği hallerde teşebbüsün mümkün olduğu söylenebilir. Örneğin hakaret fiilinin mektup ile işlenmesi halinde mağdura posta ulaşmadan polislerce kargoda mektuba el konulması. İhaleye fesat karıştırma suçu, sırf hareket suçudur. Bu nedenle TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasında 4 bent halinde sayılan fiillerin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırılması halinde, maddede belirtilen sonuç gerçekleşmezse bu suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Örneğin hileli davranışlarla teklif edilen malın şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmamasına rağmen değerlendirmeye alınmasını isteyen ihale komisyon üyesinin, diğer üyelerin bu görüşe katılmaması nedeniyle isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması halinde, bu ihale komisyon üyesinin fiilli teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Tekliflerle ilgili ya da gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin bir başkasının ulaşmasının sağlanmasında da eğer icra hareketleri bölünebiliyorsa bu fiil bakımında da teşebbüs mümkün olacaktır. Örneğin yaklaşık maliyetin postayla ihaleyle ilgisi olmayan birisine gönderilmesi halinde, bu kişiye ulaşmadan polislerce postaya el konulması

(Dilberoğlu, 2015: 330). Fakat telefonda yaklaşık maliyetin açıklanması halinde, icra hareketleri bölünemediği için teşebbüs mümkün olmayacaktır.

Cebir veya tehdit kullanarak ihaleye katılma yeterliliğine sahip bir kişinin ihaleye veya ihale sürecine katılımını engellenmesi fiili de icra hareketleri parçalara bölünebilirse teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Ancak ihaleye katılmak isteyen bir kişinin tehdit edilmesine rağmen ihaleye katılması halinde her ne kadar ihaleye katılımı engellenmiş olmasa da bu suç tamamlanmış olacaktır. Bir başka deyişle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmeyecektir ve failin cezasında indirim yapılmayacaktır. Koca, bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kalacağını ifade etmektedir (Koca ve Üzülmez, 2013a: 30). Yargıtay 3. Ceza Dairesi 02.10.2017 tarih ve E. 2016/17782, K. 2017/11979 sayılı kararında ihaleye katılımları cebir ve tehdit ile engellenen kişilerin, ihale yetkilisinin bu suç nedeniyle ihaleyi iptal edilmesi halinde, faile teşebbüsten hüküm verilmesini bozma sebebi sayarak suçun ihale iptal edilmiş olsa bile tamamlanacağına hükmetmiştir (YKBB, 2017).

İhaleye katılmak isteyen kişilerin ihale şartlarını ve fiyatını etkilemek amacıyla aralarında anlaşma yapmaları hali içinse böyle bir anlaşma yapmak isteyen bir kişinin teklifini üçüncü kişiye iletir ve fakat üçüncü kişinin yanıtı gelmezse suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığının incelenmesi gerekir. Bir görüşe göre bu durumda nedensellik bağının koptuğunun kabul edilmesi daha uygun olacaktır (Kazancı, 2011: 187). Soyaslan ve diğerleri ise bu aşamada suça teşebbüsün söz konusu olacağını ifade etmişlerdir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 135). Koca ve Üzülmez de aynı görüşü paylaşmaktadır (Koca ve Üzülmez, 2013a: 30).

Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumu teşebbüs ile yakından ilgilidir. Bu hükme göre fail icra hareketlerine başladıktan sonra kendi isteğiyle suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, fail teşebbüsten sorumlu olmayacaktır<sup>1</sup>. Fakat yapılan icra hareketleri başka bir suça sebep oluyorsa bu suçtan fail cezalandırılacaktır.

---

<sup>1</sup> Benzer bir kurum olan etkin pişmanlık, suç işlendikten sonra failin yapmış olduğu davranışlarla ilgilidir. Gönüllü vazgeçmeden farklı olarak da suçlar için özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme neticesinde etkin



Ceza Kanunumuzun genel hükümler bölümünde düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumu şartları oluştuğunda bütün suçlar için uygulanma kabiliyetine sahiptir (TCK, 2004: Madde 5). Bu sebeple ihaleye fesat karıştırma suçunda da şartları oluşması halinde uygulanabilecektir. Ancak ihaleye fesat karıştırma suçunun sırf harekete bağlı suç olması yani neticenin harekete bitişik olması nedeniyle, fail icra hareketlerine başladığı anda neticede gerçekleşmiş olacağı için bu kurumun uygulanma kabiliyeti çalışma konumuz için sınırlı olacaktır. Buna rağmen ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinin parçalara bölünebildiği hallerde, fiili işleyen kişi gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır.

Burada uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumu tartışmakta fayda vardır. 4734 sayılı kanun kapsamında düzenlenen ihalelerde, ihaleye katılmak isteyen kişiler ihale saatinden önce teklif dosyalarını idareye sunmaları gerekmektedir. Bazı durumlarda teklif dosyalarını idareye sunan kişiler, ihale saatinden önce yani teklifler açılmadan önce teklif dosyalarını geri istemektedirler. Bu durumda sahte iş deneyim belgesi içeren teklif dosyasını sunan kişi, ihale saatinden önce bu hatasını görüp teklif dosyasını geri almak isterse gönüllü vazgeçmiş olur mu? Öncelikle ilk olarak karar verilmesi gereken sorun idare kayıtlarına giren teklif dosyası ihale saatinden önce teklif sahibine iade edilebilir mi? Şayet edilebiliyorsa bunun şartları nelerdir? Kamu İhale Kanunu'nun 30. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince verilen teklifler zeyilname düzenlenmesi hali hariç geri alınamaz ve değiştirilemezdir. Bu hüküm uyarınca idarenin kayıtlarına giren teklif zarfının iadesi ancak zeyilname düzenlenmesi halinde mümkündür. Bu nedenle sahte iş deneyim belgesini içeren teklif zarfını idareye sunan istekli, ihale saatinden önce teklif zarfının iade edilmesini istese de bu talebinin karşılanması mümkün değildir. Dolayısıyla teklif zarfının idareye sunulmasıyla bu suç işlenmiş olacaktır (Kazancı, 2011: 197). Fakat fail teklifi sunmadan icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse sadece özel veya resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır (Şen, 2012: 127). Koca ise, ihale başlamadan sahte iş bitirme belgesiyle işe katıldığını açıklayan failin sadece evrakta sahtecilik suçundan sorumlu olacağını ileri sürmektedir (Koca ve Üzülmez, 2013a: 31).

---

pişmanlığın düzenlenmediği suçlar için etkin pişmanlık kurumunun işletilmesi imkanı mümkün değildir. İhaleye fesat karıştırma suçu için yasa koyucu etkin pişmanlık düzenlemesi yapmamıştır.

### 3.1.2. İştirak

Suçun kanuni tanımındaki fiil, bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi haline suça iştirak denilmektedir (Hafizoğulları ve Özen, 2012a: 346). Bir kişinin suça iştirak ettiğini kabul edebilmek için fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurmuş ve suçun icrasında rol oynamış olması gerekmektedir (Arıtürk, 2011: 269). Yasa koyucu TCK'nın 37. maddesinin birinci fıkrasında bu kişilerin her birinin fail olacağını düzenlemiştir.

Suçun birden fazla kişi tarafından beraber işlenmesinin yanı sıra bir kişinin araç olarak kullanılması durumunda “*dolaylı faillik*” söz konusu olacaktır (TCK, 2004: Madde 37/2). Bu halde suçun kanuni tanımındaki fiili araç olarak kullanılan kişi gerçekleştirmektedir. Bu kişi üzerinde kurulan hâkimiyetin belli bir yoğunlukta olması gerekmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçunda, iştiraka ilişkin bu açıklamaların gerçekleşme imkânı bulunmaktadır. Bu suç tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişi tarafından; ayrıca bir kişinin araç olarak kullanılması vasıtasıyla da işlenebilir.

Suçta iştirak ile ihaleye fesat karıştırma suçunda ihale komisyonunun birden çok üyeden oluşması nedeniyle doğal olarak çok yakından ilişkilidir. Örneğin bir istekliyi hileli davranışlarla değerlendirme dışı bırakan ihale komisyonu üyelerinin hepsi – şayet ihale komisyon kararına karşı oy yazan üye yoksa – ihaleye fesat karıştırma suçunun faili olacaktır (Arslan, 2017: 155). Karşı oy yazan üyeler cezaların şahsiliği ilkesi gereğince suçun faili olmayacaktır (Gülel, 2012: 240). Bu doğal bağ bir başka şekilde tüzel kişilerin ihaleye katılmasında da bulunmaktadır. İhaleye katılan isteklilerin tüzel kişi olması halinde yönetim kurulu üyeleri ihaleye fesat karıştırma fiiline katılırlarsa, bütün üyeler suçun faili olacaktır (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 137).

Yasa koyucu Türk Ceza Kanunu'nda “Suça İştirak” bölümü altında suça azmettirme ve yardım etmeyi de düzenlemektedir. TCK'nın 38. maddesi gereğince suç işleme düşüncesi aklında olmayan birisine suç işletilmesi yani suça azmettirilmesi halinde

bu azmettirme fiilini gerçekleştiren azmettiricinin de faille aynı cezayı alacağını hükme bağlamıştır (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 136).

İhaleye fesat karıştırma suçunun failinin herkes olabileceği gibi azmettirici de herkes olabilecektir. Örneğin azmettirici ihale komisyon başkanı olabileceği gibi herhangi bir üyesi de azmettirici olabilir. Hiyerarşik astlık – üstlük ilişkisinin bir önemi bulunmamaktadır.

TCK'nın 39. maddesi ise suça yardım etmeyi düzenlemektedir. Bu maddenin ikinci fıkrasında hangi fiillerin yardım etme kapsamında değerlendirileceği belirlenmiştir. Bu fıkrada üç bent halinde ifade edilen fiiller şunlardır: *“Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.”* , *“Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak”*, *“Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.”*

Yukarıda yer verilen fiillerden her birisi ihaleye fesat karıştırma suçu açısından gerçekleşme ihtimali bulunmaktadır. Örneğin kamu ihale mevzuatına göre yapım işi ihalelerinde tüzel kişilerin iş deneyimini tevsik etmek amacıyla şirket ortağına dair mezuniyet belgesi sunması durumunda, bu ortağın en az beş yıldır şirket ortağının olması bu durumda mali müşavir, yeminli serbest muhasebeci veya serbest muhasebeci tarafından düzenlen ortaklık durum belgesi ile tevsik edilmesi gerekmektedir. Bu belgeyi düzenlemeye yetkili kişilerce, beş yıllık şart sağlanmaması rağmen böyle bir belge düzenlenirse, bu yetkili kişi ihaleye fesat karıştırma suçuna yardım etme fiilini işlemiş olacaktır. Yardım etme fiilini işleyen kimse de faile verilen cezaya göre cezalandırılacaktır<sup>1</sup>.

Suçta iştirak kasten işlenebilen suçlarda mümkündür. İştirakın şartlarından olan birlikte hareket etme kararının mahiyeti, taksirle uyumsuz olduğu için taksirle işlenebilen

---

<sup>1</sup> TCK m. 39/1: *“Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.”*

suçlara iştirak mümkün değildir. Suça iştirak için evleviyetle suçun da teşebbüs aşamasına gelmiş olması gerekir.

TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında özgü suçlara ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişilerin fail olabileceğini; bu sebeple diğer kişilerin ancak azmettirici ve yardım eden olarak sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Yargıtay da bir çok kararında bu hükme göre ilk derece mahkemelerinin kararlarını geri göndermektedir. Örneğin Yargıtay 5. Ceza Dairesi 06.11.2017 tarih ve E. 2017/2745 K. 2017/4745 sayılı kararında;

“2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili görevlilerin, "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 235/2-(a-2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak hasıl olacak sonuca göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulmasını”

ilk derece mahkemesi kararını bozma sebebi saymıştır (YKBB, 2017). Ayrıca Yargıtay ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen 235. Maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinin özgü suç niteliğinde olduğu kararlaştırmıştır. Doktrinde bu karar yerinde görülmemektedir (Koca ve Üzülmez, 2013a: 32).

### **3.1.3. İçtima**

Ceza hukukunda esas kural gerçek içtima olmasına rağmen yasa koyucu bazı hallerde, bu kuraldan ayrılarak suçların içtimasını tercih etmiştir. Yani ceza hukukunda suç teşkil eden kaç fiil varsa failin o kadar ceza alması esastır (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 139). Fakat bazı durumlarda bu tarz bir cezalandırma yüzlerce senelik hapis cezalarına ve adaletsiz durumlarına yol açmaktadır (Dilberoğlu, 2015: 348). Bu sebeple yasa koyucu suçların içtimasında birden fazla fiil olsa da, failin, tek bir fiil varmış gibi cezalandırılmasını düzenlenmiştir. Örneğin aynı kişiye karşı iki kere hırsızlık fiilini işleyen fail iki suçtan ceza almak yerine sadece bir hırsızlık suçundan cezalandırılacak ama bu cezada belli bir artırım yapılacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 42 ilâ 44. maddeleri arasında “bileşik suç”, “zincirleme suç” ve “fikri içtima” olmak üzere üç tane suçların içtimaı düzenlenmektedir. Suçların içtimasına ilişkin düzenlemeler açıklanmadan önce genel kural gerçek içtimanın ihaleye fesat karıştırma suçu için özel görünümünün açıklanması gerekmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun failinin, ihale görevlisi olması ihtimalinin bulunması nedeniyle ayrıca bu kişilerin ihaleye fesat karıştırma fiilini işlerken bu suç yanında rüşvet, irtikâp, görevi kötüye kullanma suçu gibi bir takım suçların da işlenme ihtimalini göz önüne alan yasa koyucu TCK'nın 235. maddesinin dördüncü fıkrasında ihaleye fesat karıştıran ihale görevlilerinin şartları olması halinde ayrıca ilgili suç hükümlerinden de cezalandırılacaktır<sup>1</sup>. Burada görevli kişiler ibaresinden anlaşılması gereken “*kamu görevlileridir*”. Çünkü rüşvet, irtikâp, görevi kötüye kullanma suçu gibi bir takım suçlar özgü suç olup, ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilir (Dilberoğlu, 2015: 349). Örneğin rüşvet karşılığı ihaleye fesat karıştıran ihale komisyon üyesi hem ihaleye fesat karıştırma suçundan hem de rüşvet suçundan ceza alacaktır. Hafizoğulları ve Özen, görevli kişilerin “kamu görevlisi ve sair kişiler” olabileceği görüşündedir (Hafizoğulları ve Özen, 2012b: 416).

İhaleye fesat karıştırma suçunda sıklıkla karşılaşılan bir başka durum ise sahte belge kullanılarak ihaleye katılınmasıdır. Bu durumda da fail TCK'nın 212. maddesinin birinci fıkrası gereğince hem sahte belge kullanmak suçundan hem de ihaleye fesat karıştırmak suçundan cezalandırılacaktır<sup>2</sup>.

Benzer düzenleme suçun örgütlü işlenmesi halinde bulunmaktadır. Dolayısıyla burada suçun örgütlü bir şekilde işlenmesi haline de değinmekte fayda bulunmaktadır. Çünkü uygulamada açılan davaların neredeyse yüzde 80'inde sanıklar örgütlü suç kapsamında yargılanmaktadır ancak işin ilginç yanı bu davaların neticesinde sadece yüzde 3'lük kısım suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan da ceza almaktadır. (Özgenç, 2015: 110). TCK'nın 220. maddesinin birinci fıkrasında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu şu şekilde düzenlenmiştir:

---

<sup>1</sup> Yargıtay 5.CD. 26.12.2006 tarih ve E. 2006/12792, K. 2006/10667 sayılı kararda para karşılığı ihaleye fesat karıştıran kişinin ihaleye fesat karıştırma suçu ile birlikte irtikâp suçunu da işlediğine karar vermiştir (Gören, 2012: 1289).

<sup>2</sup> Şen, Bu düzenlemenin “non bis in idem” ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir (Şen, 2012: 126).

“Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.”

Maddeye göre, bu suçun işlenebilmesi için ilk olarak örgütün kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulması gerekmektedir. Dolayısıyla suç olarak tanımlanmamış bir fiili gerçekleştirmek için kurulan bir örgüt bu suç kapsamında değildir. Diğer bir şart ise örgütün amaçlanan suçu işlemeye elverişli nitelikte olması gerekir. Bunun tespiti de örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile sahip olduğu araç ve gerecin durumuna göre yapılacaktır. Son olarak da örgüt en az üçü kişiden oluşmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.04.2007 tarih ve E. 2006/10-253, K. 2007/80 sayılı kararında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun unsurlarını belirlemiştir. Bu karara göre:

“... Tanımdan da görüleceği üzere suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için,

- a) Üye sayısının en az üç veya daha fazla kişi olması gerekmektedir.
- b) Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bulunmalıdır. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişki olmalıdır.
- c) Suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün olmakla birlikte, zorunluluk arz etmemektedir. Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla cezalandırılmasının yanında, ayrıca işlenen suçtan da cezalandırılacaktır.
- d) Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil ancak iştirak iradesinden söz edilebilecektir.
- e) Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip olunması gerekmektedir.”

Yargıtay suçun tanımında yer alan unsurlara, söz konusu karar ile üyeler arasında hiyerarşik bir bağın bulunması, örgütün devamlılık gerektiği, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin yeterli olduğu ilaveleri yapmıştır.

Bu suçun inceleme konumuz suç açısından sıklıkla gündeme geleceği yukarıda belirtilmiştir. Suçla ilgili şu örnekte tartışılabilir. İhale komisyonlarının en az beş kişiden oluşması neticesinde bu komisyon üyelerinin aralarında anlaşarak ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemeleri halinde aralarında herhangi bir hiyerarşik bağ olmaması ve devamlılık arz etmemesi nedeniyle failer suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan cezalandırılmayacaktır.

## Bileşik suç

TCK'nın 42. maddesi uyarınca bir suçun diğer bir suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturmasına bileşik suç denir. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanmayacaktır (Hafizoğulları ve Özen, 2012a: 377).

Örneğin, TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçu, Türk Ceza Kanunu'nda ayrı ayrı düzenlenen hırsızlık ve cebir suçlarının birleşimidir. Eğer bu suçta gerçek içtima hükümleri uygulanmış olsaydı, fail hem yağma suçundan hem hırsızlık suçundan hem de cebir suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktı bunun da adalet duygusunu zedeleyeceği “non bis idem” ilkesinin ihlaline neden olacağı açıktır. Yasa koyucu da bunun önüne geçebilmek için TCK'nın 42. maddesinde bileşik suç düzenlenmiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK'nın 235. maddesinde bileşik suç örneği bulunmaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinde cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ihaleye katılma yeterliliğine sahip bir kişinin ihaleye katılımının engellenmesinin suça sebebiyet vereceği düzenlenmiştir. Bu bende göre cebir veya tehdit ceza kanununda ayrı maddelerde düzenlenmesine rağmen ihaleye fesat karıştırma suçunun bu bent yönünden unsuru haline gelmiştir. Dolayısıyla TCK'nın 42. maddesi gereğince cebir veya tehdit kullanarak ihaleye fesat karıştıran kişi, ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı aldığı cezanın yanı sıra cebir veya tehdit suçundan ceza almayacaktır. Ancak 6459 sayılı Kanunla getirilen düzenleme neticesinde failin fiili kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturuyorsa fail hem kasten yaralama veya tehdit suçundan hem de ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Bu değişikliğin gerekçesi şöyledir: “Birinci fıkradaki ceza miktarlarının aşağı çekilmesi karşısında, ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde ortaya çıkabilecek adil olmayan sonuçların önüne geçmek amacıyla, üçüncü fıkranın (a) bendine konulan hükümle cezanın alt sınırının beş yıl olarak muhafaza edilmesi amaçlanmıştır. Ancak, cebir veya tehdit uygulanması ile kasten yaralama suçunun veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesini sağlamak için, üçüncü fıkranın (a) bendine hüküm konulmuştur.”

## Zincirleme suç

Zincirleme suç, TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”

Fail hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin bir suç işleme kararıyla farklı zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden çok işlemesi gerekir. Örneğin bir kişinin hasmının arabasının değişik zamanlarda birden çok zarar vermesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu hüküm gereğince de fail birden çok mala zarar verme suçundan cezalandırılmak yerine adeta tek bir mala zarar verme suçu işlemiş gibi cezalandırılacak fakat verilen ceza hâkimin takdirine bağlı olarak dörtte birinden dörtte üçüne karar artırılabilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.03.2011 tarih ve E.2011/11-249, K. 2011/24 sayılı kararı zincirleme suç kurumu hakkında açıklayıcı niteliktedir:

“Ceza Hukukunda yasadaki suç tanımına uygun olarak gerçekleşen her netice ilke olarak ayrı bir suç oluşturur ve fail kaç netice meydana getirmiş ise o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalandırılır. Ancak bazı hallerde birden fazla netice meydana gelmiş olsa bile, faile meydana gelen netice kadar ceza verilmeyerek tek bir ceza verilmesi ile yetinilir. Birden fazla neticenin meydana gelmesine karşın faile tek ceza verilmesini gerektiren hallerden biri de zincirleme suçtur. Zincirleme suçta faile tek ceza verilirken, yasanın öngördüğü miktarda bir artırım da yapılması söz konusudur.”

Maddede 2005 yılında yapılan bir değişiklikle mağduru belli bir kişi olmayan suçları işleyen fail hakkında da zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği getirilmiştir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 28.09.2017 tarih ve E. 2017/554, K. 2017/4118 sayılı kararında da ihaleye fesat karıştırma suçunun zincirleme suçunun uygulama olanağının olup olmadığının karara bağlanmasına hükmetmiştir (YKBB, 2017). İhaleye fesat karıştırma suçu için bu değişiklik önem arz etmektedir. Çünkü ihaleye fesat karıştırma suçunda mağdur kural olarak toplumdur ve belli bir kişi değildir (Şen, 2012: 131). Yargıtay 5. Ceza Dairesi 16.03.2017 tarih ve E. 2016/2105, K. 2017/964 sayılı kararında suçun mağdurunun toplum olduğunu, kişilerin suçun mağduru olarak kabul edilmesi fahiş cezaların verilmesi imkânı doğacağı bunun da adaletsizlik teşkil edeceğini belirterek zincirleme suç



hükümlerini uygulamayan ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (YKBB, 2017). 6459 sayılı Kanunu'nun meclis görüşmelerinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“İhaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili olarak zincirleme suçu hükümlerinin uygulanması bağlamında TCK.nun 43. Maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle tersi yönde yanlış uygulamalara sebebiyet vermemek için işbu önergeyle madde metninde yapılan değişiklik bağlamında, söz konusu suçla ilgili olarak zincirleme suç hükümlerinin ne suretle uygulanacağına dair bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmamıştır.” (M. Abacıoğlu ve A.Abacıoğlu, 2016a: 152).

Meclis görüşmelerinde, ihaleye fesat karıştırma suçunda da, mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suçun uygulanacağına dair hükmün geçerli olacağı; bu nedenle 235. Madde kapsamında zincirleme suçla ilgili yeni bir düzenleme yapılmasının gereği olmadığı belirtilmektedir.

Örneğin değişik zamanlarda ihaleye fesat karıştıran ihale komisyon üyesi hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Şayet 2005 yılında yapılan düzenleme olmasaydı ihale komisyon üyesi kaç tane ihaleye fesat karıştırdıysa o kadar ceza alacaktı. Değişiklikle birlikte tek bir ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırıldıktan sonra cezası arttırılacaktır.

İhale komisyon üyesinin fesat karıştırma fiilinin nitelikli hal kapsamına girip girmemesinin zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından bir önemi yoktur (TCK, 2004: Madde 43/1).

Yasa koyucu bazı suçları mahiyetleri gereği zincirleme suç hükümlerinden muaf tutmuştur (TCK m. 43/3). Kasten öldürme, kasten yaralama işkence ve yağma suçlarının değişik zamanlarda bir kişiye birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak çalışma konumuz ihaleye fesat karıştırma suçu istisna kapsamında sayılan suçlardan değildir.

### Fikri içtima

Fikri içtima doktrinde aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aynı neviden fikri içtima, aynı suçun tek bir fiile birden fazla kişiye karşı işlenmesidir. Örneğin jüriye hakaret edilmesi halinde jüriyi oluşturan üyelere

hakaret edilmiş olmaktadır. Böylece fail jüri üyesi sayısı hakaret suçundan cezalandırılmak yerine tek hakaret suçundan cezası arttırılarak cezalandırılacaktır. Farklı neviden fikri içtima da ise, fail işlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet vermektedir. Bu durumda da fail meydana gelen suçlardan en ağır olanı ile cezalandırılacaktır ve oluşan diğer suçlardan ceza almayacaktır. Bu tür fikri içtimaa örnek olarak failin mağdurun yüzüne yumruk atarak mağdurun gözlüğünü kırması ve gözüne zarar vermesi halinde fail hem kasten yaralama hem de mala zarar verme suçunu işlemesine rağmen sadece kasten yaralamadan cezalandırılması verilebilir.

İhaleye fesat karıştırma suçu açısından fikri içtimain iki türünün de gerçekleşme ihtimali bulunmaktadır. Failin ihale odasında “ Bu ihaleyi ben kazanacağım. İhaleyi katılanı öldürürüm” diye tehditte bulunması halinde aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulama kabiliyeti bulacaktır (Şen, 2012: 132).

İcra İflas Kanunu'nun 345. maddesinin (b) bendinde;

*“Bu Kanuna göre yapılan ihalelerde kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında arttırmadan çekilen veya arttırmaya katılmayan kimseye bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.”*

hükmü bulunmaktadır.

Madde uyarınca İcra İflas Kanunu kapsamında yapılan ihalelerde menfaat karşılığı bu ihaleye katılmayan kişinin bir yıla kadar hapis cezası ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu madde ile birlikte TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendindeki düzenleme ele alınmalıdır. İcra ve iflas kanunu kapsamında yapılan bir ihalede ihaleye katılmak isteyen kişilerin aralarında anlaşarak fiyatları etkilemek için bir isteklinin ihaleden çekilmesi her iki madde kapsamına girecektir. Bu örnek farklı neviden fikri içtimain tipik bir uygulamasıdır. Bu iki maddeyi de ihlal eden fail daha ağır yaptırım ihtiva eden ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır (Şen, 2012: 139).

Kamu görevlisinin yaklaşık maliyeti bir başkasına ulaştırması halinde hem ihaleye fesat karıştırma suçu hem de kamu görevlisinin görevine ilişkin sırrın açıklanması suçları meydana gelecektir. Fakat kamu görevlisi daha ağır yaptırım içeren ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır.

### **3.2. Yaptırım**

Hukuk düzeninde, hukuka aykırı davranan kişilerin yaptırımla karşılaşması hukukun temel yapı taşlarından biridir. Ceza hukukunda da suç olarak düzenlenen fiili işleyen kişinin karşılaacağı yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbiridir.

Ceza yaptırımı sadece gerçek kişilere uygulanabilirken, güvenlik tedbiri hem gerçek kişiye hem de tüzel kişiye uygulanabilmektedir. Ceza yaptırımının hapis ve adli para cezası olmak üzere iki türü bulunurken, güvenlik tedbirinin bir çok türü bulunmaktadır.

#### **3.2.1. Ceza**

Cesare Beccaria “Suçlar ve Cezalar Hakkında” adlı klasikleşmiş kitabında cezaların doğuş nedeni için şu ifadeleri kullanmaktadır (Beccaria, 2016: 26):

“Özellikle egemenliğin, herhangi bir insan tarafından, tek başına, kendi çıkarı için özel olarak ele geçirilmesinde de korunması gerekir. Zira böyle biri, her zaman ortak emanetin içinden yalnızca özgürlüğün kendisine ait kesimini geri almakla kalmayacak ve bununla yetinmeyecek, aynı zamanda onun başkalarına ait olan kesimlerini de ele geçirmeyi arayıp duracaktır. Öyleyse, toplum yasalarını (toplumu) ilk vahşi kaos döneminin içine yeniden gömen her insandaki bu zorba ruhu, bu ele geçirme eğilimini yıkmak için etkili araçlara gerek vardır. İşte bu etkili araçlar, yasaları çiğneyecek olanlara karşı konulmuş bulunan cezalardır.”

Yasalara karşı gelenlere uygulanan cezalar Türk Ceza Hukukunda hapis ve adli para cezasıdır. Bazı cezalar yasanın yürürlüğe girme tarihinden günümüze aynı şekilde kalamamış; toplumun değişen şartları ve toplumdaki adalet duygunu tatmin edememe gibi nedenlerle değişikliğe uğramıştır. İhaleye fesat karıştırma suçunun cezası da Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girdiği halinde “beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası” iken 6459 sayılı Kanunu’nun 12. maddesiyle “üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası” şeklinde

düzenlenerek cezada indirime gidilmiştir<sup>1</sup>. Doktrinde bu değişiklik olumlu karşılanmıştır (Arslan, 2017: 246). Böylece bazı yazarlarca “ekonomik suça ekonomik ceza” önerisinin yasa koyucu tarafından kabul görmediği söylenebilir (Soyaslan ve diğerleri 2014: 149). Kanaatimizce ihaleye fesat karıştırma suçunda korunan hukuki değer tek başına ekonomik toplum düzeni olmaması suçun kamusal düzen içinde önemli olduğu dikkate alındığında bu önerinin yasa koyucu tarafından dikkate alınmaması isabetli olmuştur (Arslan, 2017: 247).

6459 sayılı Kanun ile suçun temel cezasında yapılan değişikliklerin yanı sıra suçun cezasını arttırıcı ve azaltıcı bir takım ayrımlar da yapılmıştır. Şayet ihaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde suçun temel cezası 5 yıldan az olamayacaktır. Ayrıca kasten yaralama ve tehdit suçlarının daha ağır cezayı gerektiren bir halinin oluşması halinde, gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail hem ihaleye fesat karıştırma suçundan hem de bu suçlardan cezalandırılacaktır. Arslan, bu düzenlemenin Yargıtay uygulamaları dikkate alındığında haşiv niteliğinde olduğunu belirtmektedir (Arslan, 2017: 248).

Suçun ilk düzenleniş biçiminde kamu zararının meydana gelmesi cezayı artırım sebebiyken, 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde eğer ihaleye fesat karıştırma fiili neticesinde ilgili kamu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemişse fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur<sup>2</sup>. Böylece fail açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesinin çalıştırılması olasılığı doğmuştur<sup>3</sup>. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 16.01.2017 tarih ve E. 2017/278, K. 2017/123 sayılı kararında da bu müessesenin ihaleye fesat karıştırma suçunda uygulanacağına hükmetmiştir (YKBB, 2017). Kanaatimizce ihaleye fesat karıştırma suçunun toplumdaki adalet duygusunu zedelemesi diğer bazı suçlara nazaran daha olası olması ve kamu ihalelerinde ülke kaynaklarının kullanılması dikkate alındığında suçun hükmün

---

<sup>1</sup> Dava zamaşımı süresi onbeş, ceza zamaşımı süresi yirmi; kamu zararı bulunmaması halinde ise dava zamaşımı süresi sekiz, ceza zamaşımı süresi ise on yıldır.

<sup>2</sup> Zararın meydana gelmesi durumunda failden zararın tazmini genel hükümlere göre istenebilecektir (Özgenç, 2012: 89).

<sup>3</sup> İhaleye fesat karıştırma suçundan dolayı hükmün açıklanması kararı verilmişse yargılamanın yenilenmesi müessesinin çalıştırılmayacağına dair Yargıtay 5. CD. 08.03.2017 tarih ve E. 2017/276, K. 2017/849 sayılı kararı: “Ağır Ceza Mahkemesince uyarlama talebi üzerine ihaleye fesat karıştırma suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları kesinleşmiş mahkumiyet hükmü olarak kabul edilemeyeceğinden bu kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilememesine” (Yargıtay İçtihat Bilgi Bankası– Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).

açıklanmasının geri bırakılması kapsamına alınması isabetli olmamıştır (Dülger, 2008: 228).

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen faile Türk Ceza Kanunu'nun "Cezanın Belirlenmesi" başlıklı 61. maddesinde belirlenen usuller izlenerek maddedeki alt – üst sınır arasında bir ceza belirlenecek daha sonra da artırım ve indirim sebeplerinin varlığı halinde failin belirlenen bu temel cezası arttırılarak veya indirilerek, verilecek ceza belirlenecektir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 149).

Burada belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş suçlar açısından mülga 765 sayılı TCK ve yürürlükteki TCK hükümleri kendi içlerinde bütün olarak değerlendirilerek fail açısından lehe olan kanun hükümleri uygulanacaktır (Arslan, 2017: 248)<sup>1</sup>.

### **3.2.2. Güvenlik tedbiri**

Türk Ceza Kanunu'nda cezaların yanında düzenlenen bir yaptırım türü de Güvenlik Tedbiridir. Bir yaptırım türü olarak güvenlik tedbirinin failin kişiliğini ıslah etmek ve toplumu korumak olmak üzere iki amacı olduğu söylenebilir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 149).

Türk Ceza Kanunu'nun 53. ve 61. maddeleri arasında düzenlenen güvenlik tedbirleri şunlardır: Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsaderesi, kazanç müsaderesi, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar, sınır dışı edilme ve tüzel kişiler için düzenlenen iznin iptali ve eşya/kazanç müsaderesi.

Çalışma konumuzla ilgili olan güvenlik tedbirleri aşağıda incelenecektir.

---

<sup>1</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 09.10.2006 tarih ve E.2006/7923, K. 2006/7697 sayılı kararında: "Mahkumiyetlerine karar verilen sanıklar hakkında TCK'nun 205, 31, 33. Maddeleri ile kamu davası açılmış olması nedeniyle, CMK'nun 226 maddesine göre ek savunma hakkı tanınmadan 2886 sayılı Yasanın 83/c maddesinin uygulanması ve ayrıca 22.1.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan benzer düzenlemelerle karşılaştırılarak lehe olan yasanın belirlenip karar yerinde tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi, kamu adına zarar meydana gelmiş olması nedeniyle temel ceza üzerinden yapılan artırım ile ilişkin uygulama maddesi 235/3 olduğu halde 235/1. Maddesi olarak gösterilmesi ve 5237 sayılı TCK'nun 53/5. Maddesinin uygulanmaması" nedeniyle mahkeme kararını bozmuştur (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).

## Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesinin yanı sıra diğer Kanunlarca da düzenlenebilmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçu açısından Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nda da bu tarz güvenlik tedbirleri bulunması nedeniyle, Türk Ceza Kanunundaki ve bahse konu Kanunlardaki düzenlemeler ayrı ayrı incelenecektir.

### *Türk Ceza Kanunundaki düzenleme*

Kasten işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hapis cezasına çarptırılan fail TCK'nın 53. maddesinin birinci fıkrasında katalog olarak sayılan hakları kullanmaktan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu yoksun bırakılma kararına mahkeme kararında yer verilir (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 149).

Aynı maddenin beşinci fıkrası gereğince de fail suçu birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlemesi halinde faile verilen hapis cezasının yarısından bir katına kadar belirlenen süre boyunca ceza infazı tamamlandıktan sonra da fail bu hakkını kullanmaktan yasaklanacaktır.

Örneğin bir kamu görevlisinin, bu görevinin verdiği yetkiden faydalanarak ihaleye fesat karıştırma suçunu işlemesi halinde ceza infazı tamamlandıktan sonra hakkında hükmolunan hapis cezasının yarısından bir katına süre boyunca sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun bırakılacaktır.

Bir başka örnek olarak ise şehir plancıları odasına bağlı olarak ticari faaliyetini devam ettiren bir şehir planlamacısı, sahte büro tescil belgesi düzenleyerek ihaleye katılması halinde yukarıda yer verilen süre boyunca bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yasaklanacaktır.

## *Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'ndaki düzenlemeler*

Türk Ceza Kanunu'ndaki failin belli bir hakkın kullanılmasından yoksun bırakılması güvenlik tedbiri başka kanunlarda da düzenlenmiştir (Özgenç, 2012: 76 vd.). İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen fail hakkında Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinde ve Devlet İhale Kanunu'nun 84. ve 85. maddelerinde düzenlenen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama idari yaptırımını tesis edilecektir (Dülger, 2008: 229).

Ayrıca Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hakkında ihalelere fesat karıştırma suçundan dava açılan kişiler, bu kovuşturma sonuçlanıncaya kadar ihalelere katılamazlar. Kamu İhale Kanunu'nun bu hükmü, Anayasa aykırı olduğu gerekçesiyle ve somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi bu uyuşmazlıkta, söz konusu hükmün Anayasa'nın 48'inci maddesinde düzenlenen "çalışma ve sözleşme hürriyetine" aykırı olmadığını kararlaştırmıştır<sup>1</sup>. Dilberoğlu, bu karara katılmamaktadır (Dilberoğlu, 2015: 380).

Yasa koyucu 20.11.2008 tarih ve 5812 sayılı Kanun ile bu yasağın kapsamını daraltmıştır. Bilindiği üzere kamu ihalelerine katılmaktan yasaklıyken ihaleye katılması halinde, Kamu İhale Kanunu'nun 11. ve 17. maddeleri gereğince bu kişi hakkında tekrardan yasaklama ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını tesis edilmekteydi. Söz konusu değişikliklerle birlikte bu yaptırımların uygulanabilmesi için yasaklama yaptırımının idarece veya mahkeme kararına dayalı tesis edilmesi gerektiği; sadece ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı kovuşturma başlatılmış olmasının, bu durumda ihaleye katılan faile bu yaptırımların uygulanmasına imkan vermeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda bu kişinin teklifi ihale dışı bırakılacak fakat başka bir yaptırıma tabi tutulmayacaktır.

Yine burada kovuşturma aşamasının hangi aşamada bir diğer deyişle ilk derece mahkemesinin kararından sonra mı yoksa temyiz başvurusu neticesinde verilen karar neticesinde mi bittiğinin ihale mevzuatı açısından belirlenmesi gerekmektedir. Kamu İhale Kurulu 13.01.2014 tarih ve 2014/UH.II-239 sayılı kararında, ilk derece mahkemesinin

---

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 tarih ve E.2007/68, K. 2010/2 sayılı kararı (AYMKBB, 2010).

kararını esas almakta, ilk derece mahkemesinin verdiği beraat kararı neticesinde, dava temyiz aşamasında olsa bile kişinin ihalelere katılabileceğine hükmetmiştir.

Mahkemece yapılan yargılama neticesinde, fail ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkûm edilirse, sürekli olarak ihalelere katılmaktan yasaklanması da gerekmektedir. Bu yasaklama kararları Kamu İhale Kurumunca Resmi Gazete’ de ilan edilmektedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 31.12.2013 tarih ve E. 2012/6790, K. 2013/12664 kararında Kamu İhale Kanunu’nun 59. Maddesinin birinci fıkrasını gereğince ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkûmiyet hükmü veren ilk derece mahkemesinin kararını, yasaklama kararı tesis edilmediği için bozmuştur (YKBB, 2013).

### Eşya müsadere

Türk Dil Kurumu sözlüğünce müsadere “zorla alım” anlamına gelirken, devletin kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyayı alıkoyması şeklinde tanımlanabilir. Fakat müsadere edilecek eşya iyiniyetli üçüncü kişiyet aitse müsadere kararı verilemez (TCK, 2004: Madde 54).

Örneğin bir noterliğin mühür ve aslının aynıdır damgasını taklit edip sahte belgelerle ihaleye katılan failin bu malzemelerine ve taklit etme araçlarına alıkonulmasına hükmedilecektir.

### Kazanç müsadere

Çalışma konumuz açısından en çok uygulama kabiliyeti bulabilecek güvenlik tedbiri kazanç müsaderesidir. TCK’nın 55. maddesi gereğince suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere

İhaleye fesat karıştırma suçu ile kazanç arasında gerçekten de çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Fail suçu işleyerek ihaleyi kazanmayı böylece kazanç elde etmeyi amaçlamaktadır. Şayet ihale aşamasında failin fiili tespit edilemeyip faille ihale sözleşmesi



imzalanırsa failin bu sözleşme neticesinde elde ettiği kazançların müsadereyi gündeme gelecektir.

İhaleye katılmak isteyen bir kişinin, maddi menfaat karşılığı ihaleye katılmaması da bu güvenlik tedbirinin uygulanması açısından tipik bir örnek oluşturacaktır.

### Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri

Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde tüzel kişiler için iki tane güvenlik tedbiri düzenlenmiştir. Burada belirtmek gerekir ki, ceza hukukumuzda tüzel kişilere ceza yaptırımını uygulanamamaktadır (Soyaslan ve diğerleri, 2014: 150).

Bunlardan ilki iznin iptalidir. Özel hukuk tüzel kişinin organ ve yetkilileri aracılığıyla tüzel kişinin yararına olarak ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi halinde özel hukuk tüzel kişinin izni iptal edilecektir. İhalelerin ekonomik boyutunun büyüklüğü dikkate alındığında ihaleye katılan isteklilerin büyük çoğunluğunun tüzel kişi – özellikle sermaye şirketi - olduğu söylenebilir. Örneğin bir limited şirketinin müdürünün sahte belge düzenleyerek veya başka bir hileli davranışla limited şirket adına ihaleye katılmasında bu limited şirketinin izni iptal edilebilecektir. Hâkim iznin iptaline karar verirken işlenen fiil ve iznin iptalinin yaratacağı sonuçlar arasında bir değerlendirme yaparak kararını vermelidir (TCK, 2004: Madde 60/3). Örneğin çok sayıda işçi çalıştıran ya da verdiği hizmetten ülke çapında çok fazla kişinin yararlandığı bir şirketin izninin iptalini bu hüküm gereğince iptal etmeyebilir.

Diğer güvenlik tedbiri ise müsadereyi. Müsadereye ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar tüzel kişiler içinde geçerlidir.

İhaleye fesat karıştırma suçu tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde Kabahatler Kanunu'nun 43/A maddesi gereğince tüzel kişiye idari para cezası da verilecektir (Özgenç, 2012: 89).

Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesi gereğince sermaye şirketinin sermayesinin yüzde 50'den fazlasına sahip ortağının ve şahıs şirketinin ortağı hakkında verilen ihalelere

katılmaktan yasaklama tedbiri, bu şirketlere de sirayet edecektir ve bu şirketlerde ihalelerden katılmaktan yasaklanacaktır

### **3.3. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü**

Soruşturma, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreyi ifade etmektedir. Kovuşturma ise iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşinceye kadar geçen süre olarak tanımlanmaktadır.

Bu başlık altında da ihaleye fesat karıştırma suçunun yetkili mercilerce nasıl öğrenileceği, soruşturma aşamasında nerelere bildirim yapılacağı, kimlerin bu suçu yetkili mercilere bildirmekle görevli olduğu, bu suçun tespiti için hangi delillerin toplanabileceği; kovuşturma aşamasında hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu incelenecektir.

#### **3.3.1. Soruşturma usulü**

Suç şikâyete tabi olmayıp, yetkili makamlarca re' sen soruşturulur ve kovuşturulur. Savcılık kendisine gelen herhangi bir ihbar veya başka kanallardan suçun işlendiğine dair bir haber alırsa harekete geçerek yeterli şüphenin varlığında kamu davası açacaktır (Dülger, 2008: 229). Buna ilave olarak ön ödeme ve uzlaşma hükümlerinin bu suç için işletilme olanağı yoktur (Gülel, 2012: 252).

Yasa koyucu Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin birinci fıkrasında aynı Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulması yükümlülüğü getirmiştir. İhalede sahte belge kullandığı tespit edilen istekli hakkında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesinin yanında gerekli takibatın yapılması için idarece Cumhuriyet Savcılığına da suç duyurusunda bulunulması gerekmektedir (Dilberoğlu, 2015: 386). Arslan, bu düzenlemenin TCK'nın "Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi" başlıklı 279. maddesi karşısında gerekli bir düzenleme olmadığını belirtmektedir (Arslan, 2017: 267).

İhaleye fesat karıştırma suçunun faili kamu görevlisi olma ihtimali bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Hukukumuzda genel kural, kamu görevlisinin yargılanabilmesi için bir “muhakeme şartı” olan yetkili merciin izni gerekmektedir (Arslan, 2017: 266). Kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin genel düzenlemeler 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’da bulunmaktadır. Bu Kanunu’nun geçici 2. maddesinde bazı görevlerde bulunan kişiler istisna kapsamında bırakılmıştır. Bazı suçlar açısından da 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulmaması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu ile istisna getirilmiştir. Bu Kanunda yer verilen suçlardan birisi de çalışma konumuz olan “*Resmi İhale ve Alım ve Satımlara Fesat Karıştırma*” suçudur.

Yukarıda yer verilen açıklamalar gereğince, bir kamu görevlisi 4483 sayılı Kanunu’nun geçici 2. maddesinde yer alan istisna kapsamına girmiyorsa, 3628 sayılı Kanuna istinaden yetkili merciiden izin alınmasına gerek olmadan kamu görevlisi hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemleri başlatılacaktır. Bu durumda kamu görevlisinin çalıştığı kuruma bilgi verilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 17.02.2014 tarih ve E.2004/2-10, K. 2004/40 sayılı kararında bu suçlar için izin sisteminin terk edilerek bildirim sistemine geçildiğini belirtmektedir.

3628 sayılı Kanun’un 18. maddesinin ikinci fıkrası gereğince aynı zamanda Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne de bildirim yapılır.

Anayasa Mahkemesi 2014/11720 sayılı bireysel başvuruya ilişkin verdiği kararı ile idarenin yapmış olduğu ihalelerde ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin Cumhuriyet savcılığınca yetkiliden izin alınamaması nedeniyle dosyanın işlemde kaldığı bu sebeple adil yargılama hakkının ihlal edildiğini iddia eden 3. bir kişi niteliğindeki başvurucaunun başvurusunu kabul edilemez bulmuştur (AYMKBB, 2017).

Failin kamu görevlisi sıfatına sahip olmadığı durumlarda soruşturma ve kovuşturma işlemleri genel esaslara göre yürütülecektir (Akbulut, 2009: 115).

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ihaleye fesat karıştırma suçunun soruşturulmasında özel bir takım koruma tedbirleri bulunmaktadır. Örneğin, “Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Koyma”, “İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda

Alınması”, “Teknik Araçlarla İzleme”, “Zorlama Amaçlı El Koyma” tedbirleri ihaleye fesat karıştırma suçu için şartları oluşması halinde uygulanabilecektir

### 3.3.2. Görevli ve yetkili mahkeme

6459 sayılı Kanun ile suçun temel cezasında indirimde gidilmeden önce görevli mahkeme 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 12. maddesi gereğince ‘Ağır Ceza Mahkemesi’yken, değişiklikle birlikte görevli mahkeme aynı Kanun’un 11. maddesi gereğince “Asliye Ceza Mahkemesi” olmuştur. Bunun tek bir istisnası bulunmaktadır; o da ihaleye fesat karıştırma suçunun resmi belgede sahtecilik suçu ile birlikte işlenmesi olup bu halde görevli mahkeme ‘Ağır Ceza Mahkemesi’dir (Dilberoğlu, 2015: 388). Kanun yürürlüğe girmeden kovuşturmasına Ağır Ceza Mahkemelerinde başlanan dosyalar Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçun hukuki konusu değiştiğinden bahisle bir alt mahkemeye gönderilemez ilkesi gereğince Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmeden Ağır Ceza Mahkemesinde yargılamalar devam edecektir (TCK, 2004: Geçici Madde 1)<sup>1</sup>.

Burada belirtmek gerekir ki, görevli mahkeme failin niteliğine göre değişmektedir. Örneğin failin çocuk olması halinde görevli mahkeme çocuk mahkemeleridir. Şayet yargılanan kişi bakan ise yargılama Yüce Divan’da yapılacaktır<sup>2</sup>.

Yetkili mahkeme ise genel yetki kuralı olan suçun işlendiği yer mahkemesidir (Ceza Muhakemesi Kanunu, 2004: Madde 12/1). Suç büyük oranda ihalenin gerçekleştiği yerde işlense de bazı durumlarda suçun “sırf hareket suçu” olması nedeniyle failin gerçekleştiği yer mahkemesi de yetkili olabilecektir (Arslan, 2017: 273). Suçun işlendiği yerin belirlenememesi halinde de Ceza Muhakemesi Kanunu m. 13 vd. hükümler dikkate alınarak yetkili mahkeme belirlenecektir (Kazancı, 2011: 241).

---

<sup>1</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi 14.12.2015 tarih ve E. 2013/14512 K. 2015/17323 sayılı kararında ihaleye fesat karıştırma suçunu incelemekle görevli mahkemenin Asliye Ceza Mahkemesi olduğunu belirtmiştir (YKBB – Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).

<sup>2</sup> Yüce Divan’ının E. 2004/4 K. 2007/2 sayılı ve 05.10.2007 tarihli kararı buna örnek teşkil etmektedir. (AYMKBB - Son Erişim Tarihi: 14.02.2018).



## SONUÇ

Çalışmamızda ihaleye fesat karıştırma suçu incelenirken ilk olarak suçun tarihçesi ele alınmış olup, suçun mülga Kanunlarda nasıl düzenlendiğine bakılarak yürürlükteki mevzuatla karşılaştırılması yapılmıştır. Bu karşılaştırma neticesinde mülga kanunlarda suç dağınık bir şekilde yani birden çok maddede ve bölümde düzenlendiği, maddelerde düzenleniş biçimlerindeki ifade ediş biçimlerindeki farklılıkların sorun yarattığı örneğin devlet hesabına ihale ile hükümet hesabına ihale ifadelerinin sınırlarının net bir biçimde ayrımının yapılmasının imkansız olduğu tespit edilmiştir. 5237 sayılı TCK ile getirilen düzenleme neticesinde bu dağınıklık ve kavram karışıklığının önüne geçilmiş ve suç 235. maddede düzenlenmiştir. Ayrıca mülga kanunlarda yer alan ihaleye fesat karıştırma suçu ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları arasında olmayan ayrım, 5237 sayılı Kanunla bu ayrım yapılmıştır.

Suçun, yabancı hukuktaki düzenlemeleri, ABD Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta karar verdiği gibi bu düzenlemeler ülkemiz açısından karar verici olmasa da ülkemizin ihaleye fesat karıştırma suçunu ele alış biçimi için önemli bir doğrulama kaynağıdır. Bu açıdan bakıldığında Türk Ceza Kanunu'ndaki suçun düzenleniş biçimi, diğer ülkelerle paralellik göstermekte olduğu, bazı ülkelerde meydana gelen düzenlemeden kaynaklı sorunların ülkemizde olmadığı tespit edilmiştir.

Bu suçta birden çok hukuki değer korunmaktadır. Korunan hukuki değerler şu şekilde sıralanabilir: kamu görevlilerine duyulan güven, serbest rekabeti koruma, daha düşük bedelle kaliteli bir şekilde ve en uygun zamanda ihalelerin yapılması kamu kaynakların adil olarak topluma tahsisini sağlamak, kamunun mali ve maddi menfaatlerini korumak. Kanımızca bu korunan hukuki değerlerden birini tercih etmek gerekirse, serbest rekabetin korunması yani ekonomik hayatın düzenli bir şekilde devam ettirilmesi tercih edilmelidir. Suçun kanun sistematikteki düzenlendiği bölüm de bunu doğrulamaktadır. Ayrıca suç, kamu görevlilerinden bağımsız bir şekilde de işlenebilmektedir. Bir diğer deyişle ihaleye katılmak isteyen kişilerin aralarında gizli anlaşma yapmaları durumunda kamu görevlilerine duyulan güveni zedeleyecek bir fiil meydana gelmemektedir. Ama suçun bütün seçimlik hareketleri için ekonomik hayatın zedelendiği söylenebilir.

Suçun konusu ise ihale ve ihale sürecindeki işlemlerdir. Suçun konusuna yasa koyucu iki yönden sınırlama getirmiştir. İdarenin her alımında fesat karıştırma fiillerinin işlenmesi bu suçun oluşumuna sebebiyet vermeyecektir. Örneğin ihale usulü olarak kabul edilmeyen doğrudan temin alım usulünde bu suç işlenemeyecektir. Bu alım usulünde Şartları oluşması halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Yine idarenin mal, hizmet alım, satım veya kiralamalarına ya da yapım ihalelerinde bu suç işlenebilecektir. İdare bir malı trampa usulü ile alıyorsa bu suç oluşmayacaktır. Yasa koyucu suçun konusuna bir diğer sınırlamayı ihaleyi yapan kişiler yönünden getirmiştir. Buna göre toplumu oluşturan herhangi birinin yapmış olmuş bir ihalede bu fesat karıştırma fiilleri işlenirse suç yine oluşmayacaktır. Kimlerin yaptığı ihalelerde bu suçun oluşacağı 235. Maddenin birinci ve beşinci fıkralarında belirlenmiştir. Bu madde uyarınca kamu kurum ve kuruluşları 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 ihalelerde bu suç işlenebilecektir.

Yasa koyucu suçu kaleme alış biçiminden suçun özgü suç olmadığı, herkes tarafından işlenebileceği anlaşılmaktadır. Yargıtay ise 235. maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde sayılan seçimlik hareketlerin özü itibariyle özgü suç olduğu görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre, (a) ve (b) bentlerindeki seçimlik hareketler sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir. Kamu görevlisi dışındaki kişiler ancak azmettiren, yardım eden gibi sıfatlarla suça iştirak edebilir. Maddenin (d) bendinde yer alan seçimlik hareket ise ancak ihaleye katılmak isteyen ya da ihaleye katılan kişilerce işlenebilecektir.

Suçun mağdurunun belirlenmesi hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kimi yazarlarca bu suçun mağdurunun ihaleye katılan kişiler ve ihaleyi yapan kamu kurumları da olduğu ifade edilmektedir. Ancak Yargıtay ve diğer bazı yazarlar, suçun mağdurunun toplum olduğu; ihaleye katılan kişiler ve kamu kurum ve kuruluşlarının suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğu görüşündedir.

Suçun seçimlik hareketleri TCK'nın 235. maddesinin ikinci fıkrasında dört bent altında düzenlenmiştir. Maddenin (a) bendi de kendi içinde dört alt bende ayrılmıştır. Bu dört alt bentde sayılan fiiller ancak hileli davranışlar işlenebilecektir. Hile kavramı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca tanımlandığı şekilde anlaşılmıştır. Ceza Genel Kurulu'na göre hile, *“maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, hataya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylemdir”*. Bu tanıma uymayan bir davranışla, dört alt bent halinde sayılan fiiller işlenirse bu suç oluşmayacaktır.

Maddenin (a) bendinin ilk iki alt bendi, ihaleye katılma yeterliliği ile ilgilidir. Bu bentlere göre, ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesi veya ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasının sağlanması ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır. İhaleye katılma yeterliliği, dava konusu ihalenin ilanına ve şartnamelerine göre belirlenecektir. Her ne kadar Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nda ihaleye katılan isteklilerden istenilecek belgeler belirlenmişse bu belgelerin hepsinin aynı ihalede istenilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır ve yine ülkemizde yapılan her ihalenin bu kanunlara tabi olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu alt bentlerle ilgili belirtmek gerekir ki Yargıtay bu seçimlik hareketlerin failinin ancak kamu görevlileri olacağı görüşündedir. Bu görüş nedeniyle ihaleye sahte belgeyle katılan kişiler ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılmamaktadır. Bir düzenleme ile bu fiillerin de suç kapsamına alınması yerinde olacaktır.

Aynı bendin diğer iki alt bendinde ise, hileli davranışlarla teklif edilen malın şartnameye uygun olmasına rağmen kabul edilmemesi veya şartnameye uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi durumunda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşacağı düzenlenmektedir. Bu nedenle şartname ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Çünkü yapılan ihalelerde idari şartname, teknik şartname, özel şartname isimlerinde birden çok şartname bulunmaktadır. Bu şartnamelerde istenilen malların bazıları ihale aşamasında sunulurken, bazıları sözleşme imzalandıktan sonra işin yapımı aşamasında idareye sunulmaktadır. Kamu İhale Kurulu kararlarında ihale aşamasında bir malın teklif edilmesi isteniyorsa, bunun idari şartnamede yazması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu kararlar uyarınca şartname ifadesinden idari şartname anlaşılmalıdır. Madde metninde teklif edilen mal ibaresi geçtiğinden suç, çok ayrıksı ihaleler dışında mal alımı ihalelerinde gerçekleşecektir.



Maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde de, ihaleyle ilgili gizli bilgi ve belgelerin başkaların ulaşmasını sağlayan kişinin bu suçu işleyeceği düzenlenmektedir. İhaleyle ilgili gizli bilgi denilince ilk akla gelen yaklaşık maliyettir. Devlet İhale Kanunu'nda ihaleden önce açıklanan yaklaşık maliyet, Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte gizliliğe kavuşmuş ihalede tekliflerden sonra açıklanmaya başlanmıştır. Kamu İhale Kanunu'nun çeşitli maddelerinde de yaklaşık maliyetin gizli olduğu belirtilmekte ve başkalarına açıklanması yasaklanmaktadır. Bir diğer gizli bilgi de ihale gününden önce ihale teklif sunan isteklilerin teklifleridir.

Bir diğer bentte de cebir, tehdit veya hukuka aykırı davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesinin bu suçu oluşturacağı düzenlenmektedir. Bu maddenin faili, herkes olabilecektir. Cebir ve tehdit, TCK'nın diğer maddelerinde ayrı suç olarak düzenlenmiştir. Hukuka aykırı davranışın ise ne olduğu TCK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde hukuka aykırı davranış örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır.

Suçun son seçimlik hareketi ise, ihale şartlarını ve fiyatlarını etkilemek amacıyla gizli veya açık anlaşma yapılmasıdır. Bu seçimlik hareket, özgü suç niteliğindedir. Suçun faili ancak ihaleye katılmak isteyen veya ihaleye katılan isteklilerdir. İhaleye katılmak isteyen kişi ifadesi belirsiz bir niteliğe sahiptir. Kamu İhale Kanunu'nda istekli olabilecek sıfatı, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale dokümanını alan kişi olarak tanımlansa da kanımızca bu kavrama daha geniş bir anlam verilerek ihaleye katılmak isteğini davranışlarıyla dış dünyaya gösteren kişi olarak algılanmalıdır.

6459 sayılı Kanun ile suçun nitelikleri hallerinde çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Suçta bir ağırlaştırıcı bir de hafifletici nitelik hal bulunmaktadır. Suçun ağırlaştırıcı nitelik hali, cebir veya tehdit kullanılarak bu suç işlenirse suçun temel cezası beş yıldan az olmamasıdır. Fakat kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren hallerinin oluşması halinde gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail bu suçlardan da cezalandırılacaktır. Bu durumda kanun metninde “Ancak” ibaresi yer alması nedeniyle temel ceza belirlenirken beş yıllık sınır dikkate alınmayacaktır.

Cebir veya tehdit kullanılarak bu suçun işlenmesi hali hariç, diğer fiillerle bu suç işlenirse, kamu kurum ve kuruluşunun zararının olup olmaması, 6459 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme neticesinde çok büyük bir önem kavuşmuştur. Şayet kamu kurum ve kuruluşunun zararı yoksa, faile verilecek ceza bir yıl ilâ üç yıl arasında hapis cezası olacaktır. Cezanın bu kadar hafifletilmesi nedeniyle suç artık “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” müessesesi kapsamındadır. İhaleye fesat karıştırma suçu gibi toplumdaki adalet duygusuna etkisi çok büyük olan bir suç için hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin çalıştırılması, ceza ve adalet oranını bozmuştur. Artık, cezanın caydırıcılık özelliğinin kalmadığı dahi söylenebilir.

İhaleye fesat karıştırma suçunu incelemekle görevli mahkeme, suçun temel cezasının üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olması nedeniyle “*Asliye Ceza Mahkemeleri*”dir. Suçun temel cezası, 6459 sayılı Kanun ile birlikte büyük ölçüde “temel ceza” olmaktan çıkmıştır. İlk olarak suçun tehdit veya cebirle işlenmesi halinde temel cezanın alt sınırı beş yıldır. Kamu kurum ve kuruluşunun zararı olmadığı durumlarda da bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile fail cezalandırılacaktır.

Çalışma konumuz suçun unsurlarının, meydana gelme koşullarının tespiti, kamu görevlisi olması sıfatıyla suçu bildirmekle yükümlü olan Bankamız personeli açısından önem haiz etmektedir. Bu nedenle çalışmamız ile suç tespit edilmeye çalışılmış ve bankamız personelinin bu konuda farkındalığının arttırılması için bir kaynak niteliğine sahip olmuştur.



## KAYNAKÇA

- Abacıoğlu, M., ve Abacıoğlu, A. (2016a). *Açıklamalı - İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 136-152.
- Abacıoğlu, M., ve Abacıoğlu, A. (2016). *İhalelere Yönelik Şikayetler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 77.
- Akbulut, B. (2009). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Ceza Hukuku Dergisi*, (9), 41-116.
- Altıparmak, C. (2005). Devlet İhalesine Fesat Karıştırma Suçu. *İstanbul Barosu Dergisi*, (79), 106.
- Arıtürk, R. (2011). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 34-43, 79, 132-269.
- Arslan, Ç. (2017). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 73-95, 145-216.
- Artuk, M., Gökçen, A. ve Yenidünya, A. (2013). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 791-804.
- Beccaria, C. (2016). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. Ankara: İmge Kitabevi, 26.
- Bostancı, G. (2013). *Haksız Tahrik*. Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Çetinkaya, Ö. (2014). *Kamu İhale Kanunu ve Yolsuzluk Riskleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 125.
- Demirbaş, T. (2012). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 200.
- Demirel, G. G. (2017). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 183.
- Dilberoğlu, A. (2015). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 18, 164, 197-280, 330-388.
- Dülger, M. V. (2008). Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi. *Uğur Alacakaptan'a Armağan*:Seçkin Yayıncılık, 211-229.
- Erem, F. (1968). Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(25), 11-33.
- Foucault, M. (2017). *Hapishanenin Doğuşu*, Ankara: İmge Kitabevi, 91.
- Gören, S. (2012). *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1289.
- Gülel, İ. (2012). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*,(11), 225-257.

- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Gürsel, M. K. (2003). Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezaî Yaptırımları. *Ünal Tekinalp'e Armağan*, 3, Ankara: Beta Yayınevi, 613-616.
- Hafizoğulları, Z., ve Özen, M. (2012a). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Us-A Yayıncılık, 327, 346, 377.
- Hafizoğulları, Z., ve Özen, M. (2012b). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Toplum Karşı İşlenen Suçlar*. Ankara: Us-A Yayıncılık, 410-416.
- İnternet: Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Web: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> adresinden 14.02.2018 tarihinde alınmıştır.
- İnternet: Devlet İhale Kanunu. (1983). Web: <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.2886&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=2886> adresinden 14.02.2018 tarihinde alınmıştır.
- İnternet: Kamu İhale Genel Tebliği. (2009). Web: <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=9.5.13354&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch> adresinden 14.02.2018 tarihinde alınmıştır.
- İnternet: Kamu İhale Kanunu. (2002). Web: <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.4734&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=4734> adresinden 14.02.2018 tarihinde alınmıştır.
- İnternet: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Web: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> adresinden 14.02.2018 tarihinde alınmıştır.
- İnternet: Türk Ceza Kanunu. (2004). Web: <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.5237&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=5237> adresinden 14.02.2018 tarihinde alınmıştır.
- İnternet: Yargıtay Kararlar Bilgi Bankası, Web: <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp> adresinden 14.02.2018 tarihinde alınmıştır.
- Kazancı, B. E. (2011). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 59-62, 129-197, 241.
- Kılıçoğlu, A. (1983). Tüzel Kişiler Manevi Tazminat İsteyebilir Mi? *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 287-294.
- Koca, M. (2003). *Yağma Cürümleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 165.

- Koca, M. (2015). İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. *Kamu Zararı ve Sorumluluk Çalıştayı* (s. 129-143). Ankara: Sayıştay Başkanlığı, 134-137.
- Koca, M. R. (2014). *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 95, 143.
- Koca, M., ve Üzülmöz, İ. (2013a). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 4(13), 1-40.
- Koca, M., ve Üzülmöz, İ. (2013b). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 678-681.
- Meran, N. (2011). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 172.
- Özbek, V., Kanbur, M., Doğan, K., Bacaksız, P., ve Tepe, İ. (2013). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 840-852.
- Özcan, S. N. (2015). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 46-53.
- Özgenç, İ. (2002). *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 252.
- Özgenç, İ. (2012). *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 36, 69-89.
- Özgenç, İ. (2013). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 13,156.
- Özgenç, İ. (2015). İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları Bağlamında Kamu Zararı. *Kamu Zararı ve Sorumluluk Çalıştayı* (s. 105-118). Ankara: Sayıştay Başkanlığı,110-115.
- Parlar, A. (2011). *Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi, 78.
- Şahin, C. (2015). İhale Usulsüzlükleri ve Kamu Zararı İlişkisi. *Kamu Zararı ve Sorumluluk Çalıştayı* (s. 119-128). Ankara: Sayıştay Başkanlığı, 124.
- Şen, E. (2012). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 60,85,103-139.
- Smiths, J. M. (2015). Hukuk ve Disiplinlerarasılık: Hukuk Araştırmalarının Kaçınılmaz Normatifliği Üzerine. *Hukuk Kuramı*, (Çev. Ertuğrul Uzun), (6), 59-68.
- Soyaslan, D., Kemer, M., ve Gülseven, M. (2014). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 105-150.
- Tancı, M. (2016). *Yargıtay Ceza Genel Kurulu İçtihatları Açıklamalı Rehberi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 642.

- Tekşen, M. G. (2012). *Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 57.
- Tezcan, D., Erdem, M., ve Önok, R. (2013). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 448, 815.
- Toroslu, N. (1970). *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Tuğrul, A. C. (2011). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 33-34, 94, 103, 105, 325.

## ÖZGEÇMİŞ

### Kişisel Bilgiler

Soyadı, Adı : GÖK, Erdem  
Uyruğu : T.C.  
Doğum Tarihi ve Yeri : 25.10.1988 - Keşan  
Medeni Hali : Evli  
Telefon Numarası : 0 (312) 508 77 93  
E-posta Adresi : egok@ilbank.gov.tr

### Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet Tarihi
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	24.07.2011
Yüksek Lisans	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Kamu Hukuku	

### İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2012	Edirne	Avukatlık Stajı
2014	Ankara	İller Bankası

### Yabancı Dil

İngilizce	YDS – 2014	78,00
-----------	------------	-------

### Hobiler

Sinema, müzik, seyahat





**İL BANK**  
TÜRKİYE'NİN YAPICI GÜCÜ