



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Kazım ARSLAN

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA
İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2022



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Kazım ARSLAN

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA
İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2022

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Kazım ARSLAN'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI (İmza)

Üye (Danışmanı) : Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Kerim ÇAKIR (İmza)

Tez Başlığı: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 27/01/2022

Mezuniyet Tarihi : 03/03/2022

(İmza)
Prof. Dr. Ebru İÇİGEN
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Kazım ARSLAN





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Kazım ARSLAN
Öğrenci Numarası	20175228003
Enstitü Ana Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Kamu Hukuku
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Dr. Öğr. Üyesi, Mahmut KAPLAN
Tez Başlığı	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu
Turnitin Ödev Numarası	

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam sayfalık kısmına ilişkin olarak, .../...../..... tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç %

alıntılar dahil % 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

- () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;
Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.
- () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşılıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;
Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdeler sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....

(imzası)

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
TEŞEKKÜR	viii
ÖNSÖZ.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İHALE KAVRAMI, İHALE USÛLLERİ, İHALE SÜRECİNE HÂKİM OLAN İLKELER, YASAK FİİLLER VE İHALE SÜRECİNDE YAPAY ZEKA

1.1. İhale Kavramı	2
1.2. İhale Usûlleri.....	3
1.2.1. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nda Yer Verilen İhale Usûlleri.....	4
1.2.1.1. Kapalı Teklif Usûlü	4
1.2.1.2. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usûlü	5
1.2.1.3. Açık Teklif Usûlü	6
1.2.1.4. Pazarlık Usûlü.....	7
1.2.1.5. Yarışma Usûlü	7
1.2.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Yer Verilen İhale Usûlleri.....	8
1.2.2.1. Açık İhale Usûlü	8
1.2.2.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usûlü	8
1.2.2.3. Pazarlık Usûlü.....	9
1.2.2.4. Doğrudan Temin	10
1.2.2.5. Tasarım Yarışmaları.....	12
1.3. İhale Sürecine Hâkim Olan İlkeler	12
1.3.1. Genel Olarak	12
1.3.2. Saydamlık İlkesi	13
1.3.3. Rekabet İlkesi	15
1.3.4. Güvenirlilik İlkesi	16
1.3.5. Eşit Muamele İlkesi	16
1.3.6. Gizlilik İlkesi	17
1.3.7. Kamuoyu Denetimi İlkesi	18

1.3.8. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması İlkesi	19
1.3.9. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi.....	19
1.3.10. Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşleri İçin Ayrı Ayrı İhale Düzenlenmesi İlkesi	20
1.4. İhalelerde Yasak Olan Fiiller.....	20
1.4.1. Genel Olarak	20
1.4.2. Kamu İhale Kanunu ile Düzenlenen Yasak Fiiller	21
1.4.3. Devlet İhale Kanunu ile Düzenlenen Yasak Fiiller	23
1.5. İhale Sürecinde Yapay Zeka	25
1.6. Değerlendirme	26

İKİNCİ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

2.1. Kanunî Düzenleme	28
2.2. Suçun Tarihsel Gelişimi.....	29
2.2.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanununa Kadar Geçen Dönem	29
2.2.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi.....	30
2.2.2.1. Devlet Hesabına Yapılan Alım Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu.....	31
2.2.2.2. Devlet İçin Yapılan Eşya Alım veya Satımında Ticaret Yapma Suçu	33
2.2.2.3. Hükümet Hesabına Yapılan Arttırmaya veya Eksiltmeye Fesat Karıştırma Suçu ..	34
2.2.2.4. Kamunun Müzayedelerine veya Özel Arttırmalara Fesat Karıştırma Suçu.....	35
2.2.2.5. Para ve Sair Menfaat Karşılığında İhalede Çekilme Suçu.....	36
2.2.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi.....	37
2.3. Korunan Hukukî Değer.....	37
2.4. Suçun Unsurları	39
2.4.1. Genel Olarak	39
2.4.2. Tipiklik.....	40
2.4.3. Maddi Unsurlar	41
2.4.3.1. Genel Olarak	41
2.4.3.2. Fiil.....	42
2.4.3.2.1. Genel Olarak	42
2.4.3.2.2. Hileli Davranışlarla İhaleye Fesat Karıştırma Suçu.....	43
2.4.3.2.2.1. Hile Kavramı.....	43
2.4.3.2.2.2. İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek	44
2.4.3.2.2.3. İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmalarını Sağlamak	49

2.4.3.2.2.4. Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak veya Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Halde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak.....	52
2.4.3.2.3. Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak.....	54
2.4.3.2.4. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle ya da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek	56
2.4.3.2.5. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları	59
2.4.3.3. Netice	62
2.4.3.4. Nedensellik Bağlı.....	63
2.4.3.5. Fail	64
2.4.3.6. Mağdur.....	65
2.4.3.7. Suçun Konusu	67
2.4.4. Suçun Nitelikli Hâlleri	72
2.4.5. Suçun Manevi Unsuru	74
2.4.6. Hukuka Aykırılık Unsuru	75
2.5. Değerlendirme	76

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRMASI, YAPTIRIMI İLE YARGILAMA USÛLÜ

3.1. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	78
3.1.1. Teşebbüs	78
3.1.2. İştirak	80
3.1.3. İçtima	81
3.2. Benzer Suç Tipleri ile Karşılaştırması	84
3.2.1. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu (TCK m. 236).....	84
3.2.2. Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257/1).....	85
3.2.3. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali (TCK m. 117/1).....	85
3.2.4. Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi Veya Belgelerin Açıklanması (TCK m. 239) ile Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması (TCK m. 258)	86
3.3. Yaptırım	86
3.3.1. Ceza	86
3.3.2. Güvenlik Tedbirleri.....	87
3.3.2.1. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakma.....	87
3.3.2.2. Müsadere.....	89

3.3.2.3. Tüzel Kişiler Hakkındaki Güvenlik Tedbirleri	90
3.4. Soruşturma ve Kovuşturma Usûlü	91
3.5. Görevli ve Yetkili Mahkeme	92
3.6. Zamanaşımı	93
3.7. Değerlendirme	93
SONUÇ	94
KAYNAKÇA	98
ÖZGEÇMİŞ	102



KISALTMALAR LİSTESİ

bkz.	: bakınız
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu (5271 sayılı)
ÇED	: Çevresel Etki Değerlendirme Raporu
DİK	: Devlet İhale Kanunu (2886 sayılı)
E.	: Esas
K.	: Karar
KDV	: Katma Değer Vergisi
KİK	: Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı)
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (4735 sayılı)
m.	: madde
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu (5238 sayılı)
TPC	: Turkish Panel Code No. 5237
T.	: Tarih
vd.	: ve devamı

ÖZET

İhaleye fesat karıştırma suçunun kanuni dayanağı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde yer almaktadır. Kanun sistematığında suç, “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabın, “Topluma Karşı Suçlar” başlığı altında üçüncü kısmın, “Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenleme altına alınmıştır. 5237 sayılı Kanunda suç ilga edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme dağınıklığa son verilerek bir kanun maddesi ile düzenlenmiştir. Öte yandan 235. madde, kamuoyunda dördüncü yargı paketi olarak adlandırılan 6459 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile de değiştirilmiştir. Çalışmamızda ihaleye fesat karıştırma suçu, mevcut değişiklikleri de kapsayacak şekilde hazırlanmıştır.

Bu kapsamda ihale ve ihalenin ilgili kavramları suçun ana konusunu oluşturması sebebiyle açıklanmış olup, ihale hakkında temel bilgiler ihale hukukunun uzmanlık gerektirmesi sebebiyle değinilmiştir. İnceleyecek olduğumuz suç ile ilgili düzenlemeler detaylı bir şekilde irdelenmiş; bu kapsamda öğretideki fikirlerden ve yerleşik Yargıtay içtihatlarından yararlanılarak hem teorik hem de pratik açıdan bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Kanunu, İhale, Fesat Karıştırma, Ekonomik Suç.

SUMMARY
BIG RIGGING CRIME WITHIN
THE CONTEXT OF TURKISH PANEL CODE: 5237

Tender fraud crime is regulated in Article 235 of the Turkish Penal Code (TPC) No. 5237. Crime in law systematics is included in the ninth part titled "Offences Against the Economy, Industry and Trade" which is under the third chapter named "Offences Against the Public" of the second volume named "Special Provisions". The disorganization in the previous penal code, the Turkish Penal Code No. 765, was ended; and the crime has been regulated under a single article of law and as alternative moving action in the Law No. 5237. In addition, Article 235 of the aforementioned law has been amended with article 12 of Law no. 6459, also known as the Fourth Judicial Reform Package in public. This study covers the tender fraud crime based on latest amendments in TCC.

As tender is the main subject matter of the crime, tender and related concepts has been explained in this study. Due to the fact that the tender requires expertise, basic information on tenders has also been covered. The legislation about tender fraud crime has been examined in detail and the evaluation was carried out both theoretically and practically by making use of the views in the doctrine and Supreme Court of Appeals decisions.

Keywords: Turkish Penal Code, tender, tender fraud crime, economic crime.

TEŞEKKÜR

Yüksek lisans eğitimimin ürünü olarak ortaya çıkan bu çalışma, uzun ve yorucu bir sürecin arka planında bana desteklerini esirgemeyen birçok kişiyi barındırmaktadır. Bu nedenle, verdikleri desteklerden ötürü teşekkür borçlu olduğum çok sayıda insan bulunmaktadır. Tez konumun belirlenmesinden, tezin sonuçlanmasına kadar tavsiye ve eleştirileri ile bana yol gösteren, değerli vakitlerini ayıran, ilgi ve desteğini hiçbir zaman esirgemeyen saygıdeğer danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN'a çok teşekkür ederim.

Bugünlere gelmemde üzerimde büyük emekleri olan, sevgilerini ve desteklerini her zaman hissettiğim ve emeklerini asla ödeyemeyeceğim, evlatları olmaktan büyük bir gurur duyduğum anneme ve babama, yaşantımın her alanında beni destekleyen, arkamda duran ablalarım İlknur BİLGE'ye ve Aynur ARSLAN'a teşekkürü bir borç bilirim.

Yalnızca bu çalışmanın meydana gelme sürecindeki büyük emek ve fedakârlıklarından dolayı değil, sevgisini ve desteğini her anımda hissettiren sevgili eşim Betül AZAKLI ARSLAN'a tüm kalbimle teşekkür ederim.

Kazım ARSLAN

Ankara, 2022

ÖNSÖZ

Devletler, Anayasa ile kendilerine yüklenen eğitim, güvenlik, sağlık gibi asli ve sürekli kamu hizmetlerini kural olarak kendileri yerine getirir ve tek taraflı işlemler tesis ederler. Ancak nüfusun artması, ihtiyaçların çeşitlenmesi ve çoğalması, birtakım kamu hizmetlerinin gerçek veya tüzel kişiler aracılığı ile sözleşme yöntemiyle giderilmesini gerekli kılmıştır. İşte tam da bu noktada, devletlerin ekonomik açıdan avantajlı şekilde kamu hizmetlerini yürütebilmeleri, ihaleleri gündeme getirir. İhaleler devletlerin gerek gelir getirici gerekse harcama faaliyetlerinde sık başvurulmuş bir yöntem haline gelmiştir.

İhale yöntemi, avantajlı yönlerinin yanı sıra birtakım olumsuzlukları da beraberinde getirir. Gerçekten de kamu ihalelerinde, özellikle de devletlerin yüksek rakamlarda bütçe ayırdığı havalimanı, otoyol, baraj gibi yapım ihalelerinde devletin ve isteklilerin zararına olacak şekilde ihaleye fesat karıştırma, rüşvet ve diğer hukuka aykırı eylemler için bir ortam oluşmaktadır. Yolsuzluk olarak ifade edilen bu tip eylem ve davranışlar, devlete olan güveni zedelemekte, rekabet ortamını bozmakta, ekonomik anlamda düzensizlik ve istikrarsızlığa neden olmaktadır. Gerçekten de uluslararası alanda yayınlanan bazı raporlarda, Türkiye’de kamu ihalelerinde yüzde on beşlik bir rüşvet sisteminin standart hale geldiği, kamu ihale sisteminin yıprandığı, ihalenin üzerinde bırakıldığı firmaların çoğunlukla belli bir miktarı rüşvet olarak verdikleri, ihalelerin şeffaflıktan ve siyaset dışı olmaktan uzak olduğu belirtilmektedir. Öte yandan kamu ihale mevzuatında mevcut boşluklarda ihale sürecindeki yolsuzluklara zemin hazırlamıştır. İlgili mevzuatların son yirmi yılda 193 kez değişikliğe uğraması, kuralların sürekli değiştirilmesi ya da esnetilmesi de yolsuzluğa zemin hazırlamaktadır.

Kamu ihale süreçlerinde yaşanan yolsuzluk ve yozlaşmaların artmasıyla birlikte devlete olan güven, devlet ekonomisi, rekabet ortamı ve ekonomik menfaatler ceza hukuku açısından korunması gerekli bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte tam da bu amaçla Kanun Koyucu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 235. maddesi ile çalışmamızın da konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçunu ihdas etmiştir. Biz de eldeki bu çalışmayla uygulamaya fayda sağlaması amacıyla ihaleye fesat karıştırma suçunu bir sistematik içerisinde inceledik.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçu, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak dağınık şekilde değil, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabı'nın üçüncü kısmında "Topluma Karşı Suçlar" kapsamında yer alan "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlığı altında yer alan 9. bölümünün 235. maddesinde düzenlenmiştir.

Çalışmamızda ihaleye fesat karıştırma suçu, yolsuzlukla mücadelede önemli araçlardan biri olması nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde düzenlendiği kurallar çerçevesinde incelenecektir. Bu kapsamda çalışmamızın birinci bölümünde suçun konusunun ihale olması ve ihale hukukunun bir uzmanlık dalı olması sebebiyle ihale kavramı ve ihale süreci üzerinde durulacaktır. Ardından ihalenin hukukî niteliği, ihale sürecine hâkim olan ilkeler ve ihale usûllerinden bahsedilecektir. Yine bu bölümde, ihale sürecine ilişkin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında ihale süreci incelenecek olup özellikle çalışma konumuzu yakından ilgilendirmesi nedeniyle ihale sürecinde gerçekleştirilen yasak fiil ve davranışlar üzerinde durulacaktır. Birinci bölümün sonunda ise ihale sürecinde hem sürece katkı yapması hem de ihaleye fesat karıştırma suçuyla mücadelede açısından yapay zeka kullanılabilir mi sorusuna cevap aranacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, tüm unsurlarıyla ihaleye fesat karıştırma suçu incelenecektir. Suçun kanunî düzenlemesi ve tarihsel gelişimi hakkında bilgi verildikten sonra, maddi ve manevi unsurlar değerlendirilecek olup bu değerlendirmede sadece teorik bilgi ile yetinilmeyecek gerek öğretilerdeki tartışmalara gerekse yüksek mahkeme içtihatlarına yer verilerek, uygulamaya da katkı sağlanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise suçun özel görünüş biçimleri incelenecek olup bu kapsamda teşebbüs, ıçtima ve ıştırak konuları ele alınacaktır. Ardından suç için kanunda öngörülen yaptırımlara yer verilecek, soruşturma ve kovuşturma usûlü ile zamanaşımı müessesesi bakımından inceleme yapılacaktır.

Kamu ihale Kanunu, yürürlüğe girdiği günden itibaren çok sayıda değişikliğe uğramış, uygulamada birçok sorunla karşılaşmıştır. Bu kapsamda suçun daha iyi anlaşılmasını sağlamak, suça ilişkin akademik görüş ve yargısal içtihatların uygulamada yerleşmesine katkıda bulunmak ve tartışmalı konularda uygulayıcılara yardımda bulunmak amacıyla önerilerde bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İHALE KAVRAMI, İHALE USÛLLERİ, İHALE SÜRECİNE HÂKİM OLAN İLKELER, YASAK FİİLLER VE İHALE SÜRECİNDE YAPAY ZEKA

1.1. İhale Kavramı

Esasen Arapça kökenli bir kelime olan ihale, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğünde “*iş, mal ve benzerlerinin birden fazla istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma*”¹ şeklinde tanımlanmıştır. Hukuk sözlüğünde ise “*artırma veya eksiltme biçimiyle yapılan ve en uygun fiyatı teklif edene, bu anlamda en çok artıran veya eksiltene işin veya malın verildiği sözleşme yöntemi*”² olarak ifade edilmiştir.

İhale kavramı teknik olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun³ (KİK) “*Tanımlar*” başlıklı 4’üncü maddesinde ise, Kanun’da belirtilen usûl ve koşullarla, idarenin mal ya da hizmet alımları ile yapım işlerini, istekliler arasından seçtiği biri üzerinde bıraktığı ve akabinde bu istekli ile sözleşme imzaladığı işlemler şeklinde tanımlanmaktadır. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nun⁴ (DİK) “*Tanımlar*” başlıklı 4’üncü maddesinde ise; Kanun’da belirtilen usûl ve koşullarla, işin isteklilerden birine bırakıldığı ve yetkili makamların onayı ile biten sözleşme öncesi işlemler olarak tanımlanmaktadır.

İdarelerce yapılacak kiraya verme ve satım işlerinde bedel artımı esasları, kiralama veya mal veya hizmet alımları gibi işlerde bedel eksiltme kuralı uygulanmakta olup, artırımlarda en çok artırmış bulunan ilgilinin, eksiltmelerde ise en uygun teklifi verenin iradesine sonuç bağlanarak bir sözleşme imzalanmasına kadarki süreç, ihale sürecini oluşturur⁵.

Bu süreç, “Kamu İhale Hukuku”nun sıkı, emredici ve ayrıntılı bir şekilde belirlenmiş kurallarıyla açılıp devam eden ve nihayet sözleşmenin imzalanmasıyla biten bir dönemi ifade eder⁶. Gerçekten de ihale süreci, İhalelere İlişkin Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “*Tanımlar*” başlıklı 3’üncü maddesinde, yetkililerce verilen onay tarihinden sonra başlayan ve sonunda istekli ile idare arasında sözleşmenin ya da çerçeve anlaşmanın imza altına alınıp notere onaylatılmak suretiyle tescil edildiği veya tescil edilmesi gerekli olmayan durumlarda imza altına alınmakla biten süreç olarak tanımlanmıştır⁷. Buna karşılık sürecin

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 28.11.2019).

² <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/ihale> (erişim tarihi: 28.11.2019).

³ RG, 22 Ocak 2002, Sayı 24648.

⁴ RG, 10 Eylül 1983, Sayı 18161.

⁵ Özgenç, 2013: 11.

⁶ Soyaslan vd., 2014: 15; Arslan, 2017: 30-31; Koca ve Üzülmüş, 2019: 797.

⁷ RG, 3 Ocak 2009, Sayı 27099.

tamamlanmasıyla birlikte, ihale konusu işin, üzerine bırakılan istekli tarafından yerine getirilmesi “edimin ifası sürecini” oluşturur⁸. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun “*Edimin İfasına Fesat Karıştırma*” başlıklı 236’ncı maddesinin gerekçesinde de sözleşmenin imzalanması ile ihale sürecinin sona erdiği ve edimin ifası sürecinin başladığı ifade edilir⁹.

Yukarıda yer verilen tanımlardan hareketle ihalenin, kamu adına idare tarafından yürütülen sözleşmelerde, işi veya işlemi yüklenecek tarafı belirlemek için yönetilen ve sözleşmenin imzalanması ile sona eren bir süreç olduğu söylenebilecektir.

1.2. İhale Usûlleri

Sözleşme yapılırken idare tarafından izlenilecek usulün en önemli aşaması sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesidir¹⁰. İdare tarafından kamu adına gereksinim duyulan iş ve işlemler için ihale yoluna gidilirken, ihalenin tarafının belirlenmesi açısından kuralları ve ilkeleri belli bir usûl izlenmelidir¹¹. İhale usûllerine ilişkin Türk Ceza Kanunu’nda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması ve ihaleye fesat karıştırma suçunda fesat karıştırma fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde önem arz etmesi nedeniyle mevzuatımızda yer verilen ihale usûllerinin incelenmesi gerekir¹². İhale süreci ile ilgili iki temel kanun bulunmakta olup bunlar; 4734 sayılı KİK ve 2886 sayılı DİK’tir¹³. KİK’in yürürlüğe girmesi ile birlikte kamu harcamasını gerekli olduğu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine dair ihaleler kural olarak bu Kanun kapsamında yürütülür. Kamunun gelir sağladığı işlerin ihalelerinde ise DİK hükümleri uygulanır¹⁴.

⁸ Özgenç, 2013: 12.

⁹ Kaplan, 2013: 710.

¹⁰ Gözübüyük ve Tan, 2011: 516.

¹¹ Gözübüyük ve Tan, 2011: 516; Sancakdar vd., 2021: 635; “İdarenin yasallığı ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birisi de ihaledir. ihale kavramı; idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya işin, mevzuatta öngörülen usûl kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri ifade eder. İhale kararının alınması, ihale koşulların belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun oluşumu, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale kararının onayı gibi bir dizi işlemle oluşan bu sürecin belirgin olması gerekmektedir. Aksi halde, ihale işlemlerinin şeffaf biçimde yürütülmesi anlamına gelen açıklık ilkesi, ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılması ve bu isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın tekliflerini yapabilmesi anlamına gelen tarafsızlık ve rekabet ilkesi, ihale sonucunda en uygun bedelin bulunması anlamına gelen uygun bedel ilkesi gibi temel ilkelerin ihalede gerçekleşme olanağı yoktur.”, Danıştay, 13. Daire E. 2007/1724, K. 2010/1168, T. 10.02.2010, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.06.2020).

¹² Arslan, 2017: 38.

¹³ Sancakdar vd., 2021: 636.

¹⁴ Gözübüyük ve Tan, 2011: 518; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 128; Sancakdar vd., 2021: 636.

1.2.1. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yer Verilen İhale Usûlleri

Devlet İhale Kanunu'nun İhale Usûlleri başlıklı üçüncü bölümünde 35'inci maddede, bu kanun kapsamındaki işlerin ihalelerinde, kapalı teklif usûlü, belli istekliler arasında kapalı teklif usûlü, açık teklif usûlü, pazarlık usûlü ve yarışma usûlünün uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanunun 36'ncı maddesinde, bu kanun kapsamındaki işlerde tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usûlünün (37 ila 43. madde) esas alındığı ifade edilir.

1.2.1.1. Kapalı Teklif Usûlü

Kapalı teklif usûlü, isteyen herkesin teklif verebildiği usûlü ifade eder¹⁵. DİK'in 37 ve devamı maddelerinde kapalı teklif usûlüyle ihalenin nasıl yapılacağı ayrıntılı şekilde açıklanmaktadır. Bu usûlde tekliflerin yazılı şekilde yapılması zorunludur. İstekliler hazırladıkları teklif mektubunu bir zarfa koyup kapattıktan sonra üstüne adlarını, soyadlarını ve tebligat yapılacak açık adreslerini yazarlar. İstekli, zarfın yapıştırılmış olan kısmını imzalar ya da mühürler. Daha sonra geçici teminata ilişkin alındı ya da banka teminat mektubu ve ihale kapsamında talep edilen diğer evraklarla birlikte ikinci bir zarfa konularak bu zarf da kapatılır. İstekliler bu ikinci zarfın üstüne de yine adları ve soyadları ile adreslerini yazarlar. Yine teklifin hangi işe ilişkin olduğu da dış zarfın üzerinde yazılmalıdır.

İsteklilerin teklif mektuplarını imzalaması zorunludur. Yine teklif mektuplarında ihaleyle ilgili şartname ve eklerin okunduğu ve kabul edildiği belirtilmeli, ihalede teklif edilen fiyatın açık bir şekilde rakam ve yazı içerecek şekilde yazılması zorunludur. Aksi takdirde, bu kurallardan birine uymayan ya da üzerlerinde silinti, kazıntı veya düzeltme gibi tahrifatlar yer alan teklifler reddedilmekte ve hiç yapılmadığına karar verilir.

İstekliler, tekliflerini sıra numarasını içerir alındı belgeleri karşılığında ilanda belirtilen saate kadar komisyon başkanlığına verirler ve bu alındı numarası teklif zarfının üzerine yazılır. Öte yandan istekliler, tekliflerini iadeli taahhütlü şekilde gönderilebilirler. Dış zarfta ilgili komisyonun adresi ile hangi işe ait olduğu yazar. Ayrıca isteklinin adı, soyadı ve adresi yazılmalıdır. Posta yolu ile gönderilen teklifler, komisyon başkanlığına ilanda belirtilen saate kadar ulaşmalıdır. Bu nedenle isteklilerin yaşanabilecek gecikmeleri öngörerek hareket etmeleri gerekir. Postadaki gecikme kaynaklı işleme konulmayan tekliflerin alındığı zamanın da ayrıca bir tutanakla tespit edilmesi gerekir. İsteklilerce komisyon başkanlığına ileri sürülen tekliflerin herhangi bir sebeple geri alınamayacağı belirtilir.

¹⁵ Kalabalık, 2021: 246.

Daha önce ilan edilen teklifin açılış saati geldiğinde, tutanağa kaç teklif verildiği yazılır. Daha sonra ihalenin yapıldığı yerde bulunan istekliler huzurunda alınma sırasına uygun olarak dış zarflar açılır ve geçici teminatın ve istenilen belgelerin verilip verilmediği kontrol edilir. Dış zarfın üzerine yazılan alındı sıra numarası iç zarfa da yazılır. Usûle uygun şekilde ve tam olarak verilmeyen teklif mektubunu zarfları açılmaz. Öte yandan başkaca işleme gerek olmadan teklif mektupları diğer dokümanlarla beraber kendilerine veya vekillerine iade edilir. Bu kişiler bir daha ihaleye katılım sağlayamazlar.

Teklif mektuplarının bulunduğu iç zarflar ihale yetkilileri tarafından açılmadan ihaleye katılacaklar dışındakiler ihalenin yapıldığı yerden çıkarılır. Zarfların numarası sırası ile açılmasına başlanır. Bu aşamada komisyon başkanı teklifleri bizzat okur ya da bir başkasına okutur ve bunların listesi yapılır. Yapılan listenin komisyon başkanı ve üyelerince imzalanması gerekir. Madde 37'nin son fıkrasına göre şartnameye uygun olmayan veya başka şartların yer aldığı teklif mektupları kabul edilmez.

Bir artırma ihalesinin kapalı teklif usulü ile yapılması durumunda, oturumda hazır bulunan istekliler arasında teklifler sözlü veya yazılı teklif alınarak ihale geçerli olarak ileri sürülen en yüksek teklifin altında olmaması şartıyla sonuçlandırılır. Ancak bu işlem üçten fazla geçerli teklifin bulunması halinde, oturumda hazır bulunan ve en yüksek teklifi veren üç istekliye geçerli en yüksek teklif üzerinden yapılır. Bu tekliflerle benzer nitelikte tekliflerin bulunması durumunda işleme bu istekliler de dâhil edilir.

Komisyon, yazılı olarak son teklifleri hazır bulunan isteklilerden yazılı olarak alarak uygun gördüğü her aşamada ihaleyi sonuçlandırabilecektir. Ancak bu hususun ihale komisyonu tarafından hazırlanacak ikinci bir tutanakla kayda alınması gerekir.

1.2.1.2. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usûlü

Kapalı teklif usûlünden sonra Devlet İhale Kanunu uygulamasında sıkça başvurulanan diğer bir usûl de aynı Kanun'un 44'üncü maddesinde düzenlenen "belli istekliler arasında kapalı teklif (davetiye) usûlüdür"¹⁶. Bu usûle göre, uçak, savaş gemileri ve mühimmatları, askeri donanımlar, elektronik aletler, silah ve malzeme sistemleri, savunma endüstrisi ile ilgili faaliyetler ve bu sayılanlara ilişkin yapılacak yedek parça alımları kapalı teklif usulü ile yapılır. Benzer şekilde barajlar, limanlar, hava limanları, demiryolları, sulama tesisleri, enerji santralleri, karayolları, tünel ve köprüler, estetik gerektiren sanat işleri, şehirlerin ulaşım ve imar planları ile tüm bunların etüt ve projeleri, Kanun'da sayılan diğer usuller yerine ihale dokümanına göre yeterlik ve koşulları sağlayan en az üç istekli arasında bu usûl ile yaptırılır.

¹⁶ Arslan, 2017: 39.

Hemen ifade etmek gerekir ki, zorunlu hallerde üçten az isteklinin bulunması durumunda Cumhurbaşkanı tarafından teklif almak gerekirse ayrıca karar alınmalıdır. Öte yandan düzenlemeye uygun yapılan ihalelerde bizzat ilgi veya bağlı bulunan bakanın onayını ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilerek almalıdır. İlan bu ihale usulü için zorunlu olmamakla birlikte gerekli görüldüğü takdirde ihaleye devam eden isteklilerin seçimi için ön seçim ilanı 17, 18, ve 19’uncu madde düzenlemelerine bağlı kalmadan gerçekleştirilebilir.

Belli istekliler arasında kapalı teklif usulünde, yapılacak işin sıradan bir iş değil, uzmanlık gerektiren bir yapım işi olması sebebiyle, ihaleye davet edilecek firmaların tespitinde, firmaların ihaleye konu işi lâıykıyla yapabilecek teknik ve mali yeterliğe sahip olması, daha önce benzer nitelikteki işleri üstlenmiş ve bitirmiş olması, işe özgü araç ve gereçlerinin tam olması gibi niteliklerin bulunması önem arz eder¹⁷.

Kamu harcaması yapılması gereken mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun’a tabi olması sebebiyle 2886 sayılı Kanun sadece kamu harcamasını gerektirmeyen satım, kira, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi veya trampa işlemlerinin ihalesinde uygulama alanı bulacak olup, mal veya hizmet alımı bakımından bu usulün uygulama imkânı ortadan kalkmıştır¹⁸.

1.2.1.3. Açık Teklif Usulü

Devlet İhale Kanunu’nun 45 ve devamı maddelerinde düzenlenen açık teklif usulü, tahmin edelin bedelin Genel Bütçe Kanunu ile her yıl tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler bakımından uygulama alanı bulduğu ihale usulüdür¹⁹. Açık teklif usulünde ihaleler, isteklilerin sözlü bir şekilde ihale komisyonları önünde tekliflerini belirttikleri ihale türüdür. Bu ihale usulünde teklifin sözlü olarak yapılması zorunlu olmayıp isteklilerin 37’inci madde düzenlemesine göre düzenlenecek teklifler iadeli taahhütlü bir mektupla komisyon başkanlığına ilanda belirtilen ihale saatine kadar ulaştırmış olmaları gerekir. Teklif sahibinin komisyonda hazır bulunulmayan durumlarda posta yoluyla gönderilen teklif, ihale komisyonu tarafından son ve kesin bir şekilde teklif edildiği kabul edilecektir.

İlanda yazılı saat geldiğinde komisyon başkanı, geçici teminat ile belgelerin istekliler tarafından verilip verilmediğini inceler ve ihaleye katılabilecek kişileri bildirir. İhaleye katılamayacağına karar verilen kişilerin ayrıca kişilerin teminatının ve belgelerinin iade edilmesi kararlaştırılır. İstekliler önünde söz konusu işlemler tutanağa bağlanır.

Tutanağın düzenlenmesinden sonra ihaleye giremeyecek olanlar ihalenin yapılacağı yerden çıkartılır. Daha sonra istekliler, sıra ile önce şartnameyi imzalamaya ve tekliflerini

¹⁷ Arslan, 2017: 41-42.

¹⁸ Akyılmaz vd., 2017: 539.

¹⁹ Arslan, 2017: 42.

bildirmeye çağrılır. Artırma ve eksiltme kâğıdına ihaleye ait teklifler yazılır. Teklifin sahibi tarafından imzalanır. Bu şekilde yapılan ilk teklifler belirlenmekle birlikte, komisyon başkanı posta yoluyla yapılan teklifleri okutarak ihale kâğıdına yazdırmayı sağlar. Sonrasında istekliler tekliflerini sıra ile iletirler. İhaleden çekilen istekli olması durumunda da ihaleye kâğıda bunlar yazılır ve imzaları alınır. İmzadan çekilmek isteyen ilgilinin durumu ayrıca belirtilir. İhaleden çekilme beyanında bulunan istekli yeniden teklif yapamaz.

İndirim veya artırımların tekliflerin yapıldığı sırada gerçekleştirilmesi durumunda işin uzayacağı anlaşılırsa, son tekliflerini komisyon huzurunda isteklilerden yazılı olarak bildirmeleri istenir. Çekilme beyanında bulunan istekli bu halde de yazılı teklif veremez. İhale, sözlü ve yazılı son teklifler alındıktan sonra karara bağlanır.

1.2.1.4. Pazarlık Usûlü

Bu ihale usûlü, Genel Bütçe Kanunu'nda her yıl yer, özellik ve nitelikleri itibariyle süreklilik göstermeyen ve belli tutarları aşmayan işler ile DİK'in 51'inci maddesinde tek tek belirtilen acil, önemsiz veya özellik gösteren kimi işlerde uygulanabilen ihale usûlüdür²⁰. DİK'in 50'nci maddesinde bu ihalelerde herhangi bir şekle tabi olmadan teklif verileceği belirtilmiştir. Komisyon tarafından işin niteliği ve gereği göz önünde bulundurularak yapılan ihaleler, istekli veya isteklilerin vermiş oldukları teklif ve bedel konusunda anlaşılması ile gerçekleştirilir. İhale kararında, pazarlık usulünün ne şekilde gerçekleştirileceği ve nelerin teklif edilebileceği ve üzerine ihale yapılanların neden tercih edildiği gösterilmelidir.

1.2.1.5. Yarışma Usûlü

Devlet İhale Kanunu'nun 52'nci maddesine göre idareler, plan, proje, etüt ve güzel sanatlara dair işleri, gerekli görmesi halinde yarışma ile yaptırabilecektir. Pazarlıkla projesi uygulanacak olan yarışmacıya bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri ihale edilebilir.

Kuruluş kanunları ile idareler Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yer verilen işlere yönelik yarışmaların yürütülmesiyle ilgili yönetmelik hazırlar. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ise mimarlık, mühendislik proje yarışmalarıyla ilgili yönetmeliği hazırlar.

Madde metninde sayılan işler, hizmet alımı niteliğinde olup, 4734 Sayılı KİK kapsamına girdiğinden yarışma usûlünün de uygulanma imkânı bulunmaz²¹.

²⁰ Arslan, 2017: 42.

²¹ Akyılmaz vd., 2017: 540.

1.2.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Yer Verilen İhale Usûlleri

Kanun’un “İhale Süreci” başlıklı ikinci kısmının, “İhale Usûlleri ve Uygulaması” başlıklı birinci bölümünde ve 18’inci maddesinde idareler tarafından yapım işleri ile mal veya hizmet alımlarının ihalelerinde uygulanacak usûller belirtilmiştir. Bunlar; açık ihale usûlü, belli istekliler arası ihale usûlü ve pazarlık usûlüdür.

1.2.2.1. Açık İhale Usûlü

4734 sayılı KİK’in 4’üncü ve 19’uncu maddelerine göre açık ihale usulünde bütün istekliler teklif ileri sürebilir. Teklif sunabilmenin ön şartı olan istekli olabilmek, ihale dokümanının satın alınmasını ve ihaleye teklif zarfının sunulmasını gerektirir²². Hemen belirtmek gerekir ki, Kanunun 5’inci maddesine göre açık ihale usûlü, 4734 Sayılı Kanun kapsamında yapılacak ihalelerde seçilmesi gereken temel usûllerden biridir. KİK’in 19’uncu maddesinin, açık ihale usûlüne kısıtlama getirmemiş olması, belli istekliler arasındaki ihale için çeşitli koşulların düzenlenmiş bulunması ve pazarlık usûlünün de istisna olarak kurgulanması bu sonuca ulaşmak için yeterli görülür²³. Bu usûle göre ihaleye katılacak kişilere, mal varlıkları, sayıları ve yeterlilikleri açısından Kanunen bir sınırlama ya da ayrı bir düzenleme getirilmemiştir²⁴.

1.2.2.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usûlü

Bu usûl, 4734 Sayılı KİK’in 4 ve 20’nci maddelerine göre; yapılacak ön değerlendirme sonucunda, idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif ileri sürebildikleri ihale usûlü olarak ifade edilir. Bu ihale açık ihale usûlünün uygulanamadığı, işin niteliğinin uzmanlık ya da üst düzey teknolojiyi zorunlu kılması sebebiyle açık ihale usûlünün uygulanamadığı işler ve yapım işleri ihalesi ile yaklaşık maliyeti²⁵ eşik değerin yarısını aşan hallerde uygulanmaz. Bu usûl, Kanun’un 5’inci maddesine göre ihalelerde seçilmesi gereken bir diğer temel usûldür²⁶. Ancak Kanun’un 20’nci maddesinde “*açık ihale usûlünün uygulanamadığı işlerin*” denilmek suretiyle aslında bu ihale usûlünün her işte ve her zaman uygulanmasının mümkün olmadığı, uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usûlünün uygulanamayan işin niteliğinin

²² Sancakdar vd., 2021: 645.

²³ Toprak, 2021: 170.

²⁴ Akyılmaz vd., 2017: 535.

²⁵ 4734 sayılı KİK’in 9’uncu maddesinde belirtildiği üzere, idarelerce ihalelere çıkılmadan önce, KDV hariç tutulmak suretiyle fiyat araştırmaları yapılır ve bu surette yaklaşık maliyet belirlenir. Bu maliyet, dayanak araştırma belgeleriyle birlikte bir hesap cetvelinde belirtilir. Tespit edilen bu yaklaşık maliyet, ihale ve ön yeterlik ilanında bulunmaz. Öte yandan istekliler ile ihale sürecinde resmi bir bağı olmayan kimselere de açıklanmaz.

²⁶ Sancakdar vd., 2021: 645; Ayrıntılı bilgi için bkz. Toprak, 2021: 170-173.

mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesinde uygulanabileceği söylenebilecektir²⁷. Danıştay da benzer şekilde bu Kanun'da açık ihale usûlünün esas olduğunu vurgulamıştır²⁸.

4734 Sayılı KİK'in 20'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, aynı Kanun'un 10'uncu maddesinde yazılı şartlara uygun olarak, daha önce ilan edilen değerlendirme koşulları kapsamında ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Bu koşulları asgari düzeyde sağlamayanlar yeterli olarak kabul edilmezler. Yeterli görülen istekliler ise ihale belgelerinde belirtilen ölçütlere göre sıralanmak suretiyle teklif vermeye davet edilir. Davet edilmeyenlere bu durum gerekçeleri ile birlikte yazılı şekilde tebliğ edilir. Daha sonra 40'ıncı maddeye uygun şekilde ve rekabet ortamı bozulmadan ihale dokümanlarında yazılı ölçütlere göre değerlendirme yapılarak ihale neticelendirilir. Yapılan değerlendirmede davet edilebilecek aday sayısı beşten az ise ya da isteklilerden en az üçü teklif vermezse ihalenin iptaline karar verilir. İkinci ihtimalde, ihale belgeleri tekrar kontrol edilerek ve varsa yanlışlar düzeltilip eksiklikler ikmal edilerek, ön yeterliği tespit edilmiş olan tüm istekliler tekrar davet edilmek suretiyle ihale sonuçlandırılabilir.

1.2.2.3. Pazarlık Usûlü

4734 Sayılı KİK'in 4'üncü maddesine göre pazarlık usûlü; *“Bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usûlü”* ifade eder²⁹. Kanun'un 21'inci maddesine göre, idarelerin açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulleri ile yapmış olduğu ihaleler neticesinde teklif gelmemesi halinde pazarlık usûlü uygulanır³⁰ (21/a). Yine doğal afet ve salgın hastalıkların baş göstermesi, can veya mal kaybı tehlikesi nedeniyle bunların güvenliklerinin ivedi olarak sağlanması gerektiği idare tarafından belirlenen durumlarda ya da önceden

²⁷ Arslan, 2017: 43; Abacıoğlu ve Abacıoğlu, 2016: 429.

²⁸ “4734 Sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce gerçekleştirilecek ihalelerde açık ihale usûlünün uygulanmasının esas olduğu, diğer ihale usûllerinin Kanun'da belirtilen özel hallerde uygulanabileceği, idarelerin 4734 Sayılı Kanun'un 21/b maddesi uyarınca pazarlık usûlüyle ihaleye çıkabilmeleri için, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğması şartlarının birarada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.”, Danıştay 13. Daire E. 2019/3697, K. 2019/3846, T. 26.11.2019), www.kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.06.2020); Benzer yönde bir karar için bkz. Danıştay 13. Daire E. 2015/5755, K. 2018/2202, T. 27.06.2018), www.kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.06.2020).

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Toprak, 2021: 173 vd.

³⁰ “dava konusu yapım işinin, bu alanda faaliyet gösteren ve şartnamede belirlenen yeterlik kriterlerini sağlayan tüm firmaların katılımını sağlayacak usûlde ihale edilmesi gerekirken, 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesinde sayılan şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin, Kanunun 5. maddesinde sayılan temel ilkelere aykırı olarak pazarlık usûlü ile gerçekleştirilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, aksi görüşle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir.”, Danıştay 13. Daire E. 2009/4101, K. 2010/8217, T. 03.12.2010, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 03.06.2020).

öngörülemeyen birtakım olayların meydana gelmesi veyahut savunma ve güvenlikle ilgili hususi ihtiyaçların hâsıl olması üzerine ihalenin ivedi olarak tamamlanmasının zorunluluk arz etmesi halinde de pazarlık usûlü uygulanır³¹ (21/b). Benzer şekilde tespit edilen yaklaşık maliyetleri elli milyar Türk lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları pazarlık usulü ile yaptırılır (21/f). Hemen belirtmek gerekir ki bu hallerde (21/b ve 21/f) ilan yapılması da zorunlu olmayıp, en az üç istekli ihaleye davet edilerek konuya ilişkin yeterli belgeleri ile birlikte tekliflerini sunmaları istenir. İhale konusunun bir ar-ge çalışmasına dair olması ve seri şekilde üretilmeyecek olması (21/d) ile teknik ve mali niteliklerinin net bir şekilde belirlememesi hallerinde de (21/e) bu usûl tercih edilir. İstekliler, öncelikli olarak ihaleye çıkılan işle ilgili, işi nasıl gerçekleştireceğine dair teknik bilgi ve detaylarla ilgili teklif sunar. Bu tekliflerde fiyat bulunmaz. İhtiyacın giderilmesine yönelik en uygun yöntem üzerinde ihale komisyonu yeterli koşullarını sağlayan istekliler ile görüşür³². Yapılan bu teknik görüşmeler neticesinde koşulların net bir şekilde belirlenmesi akabinde, bu koşulları sağlayan isteklilerden fiyat tekliflerini de sunmaları istenir. İhale komisyonu, ilk olarak sunulan fiyat tekliflerini geçmemek üzere son kez fiyat teklifleri varsa onları da yazılı şekilde alır ve ihaleyi bu surette sonuçlandırır.

1.2.2.4. Doğrudan Temin

Yukarıda yer verilen ihale usûlleri haricinde uygulamada 4734 Sayılı KİK kapsamında idarenin başvurabileceği diğer bir ihale usûlünün de Kanunun 22'nci maddesinde düzenlenen “*doğrudan temin*” olduğu savunulmaktadır³³. Hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay uygulamasında doğrudan temin, bir ihale usûlü olarak kabul edilmemekte, bu yöntemin kullanıldığı durumlarda çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçunun

³¹ “Pazarlık usûlünün uygulanabilmesi için Kanunda aranan şartlardan olan ivedilikten kastın, sadece ihale sürecinin bir an önce sonuçlandırılması olmadığı, ihale edilen yapım işinin de bir an önce bitirilmesi şartının da sağlanması gerektiği, dava konusu işin bitirilme süresinin 900 gün olarak belirlenmesinin işin ivediliği ile bağdaşmadığı, niteliği gereği kısa sürede tamamlanması gereken yapım işinin 29 ay gibi uzun bir sürece yayıldığı, 4734 Sayılı Kanun'un 21/b maddesindeki şartların ve ivedilikten kastın ihale konusu işin acilen bitirilmesi olarak anlaşılması gerektiği açıktır.”, Danıştay 13. Daire E. 2019/3697, K. 2019/3846, T. 26.11.2019), www.kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.06.2020).

³² “İhale konusu hizmeti yerine getirmeye talip olduğunu ihale dokümanı satın alarak gösteren başvuru sahibinin pazarlık usûlü ile yapılan ihaleye davet edilmemesi 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerinden olan saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.” (KİK. 28.11.2006-2006/UH.Z-3007), Abacıoğlu ve Abacıoğlu, 2016: 436.

³³ Arslan, 2017: 44; Aksi yönde görüş için bkz., Akbulut, 2009: 67.

oluşmayacağı kabul edilir³⁴. Yine Danıştay da doğrudan temini bir ihale usûlü olarak kabul etmemektedir³⁵.

Kanun'un 22'nci maddesine göre idare bazı durumlarda ilana çıkmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temin usulüne başvurabilir. Bu kapsamda ihale konusu kamusal ihtiyacın yalnızca tek bir gerçek şahıs veya tüzel kişi vasıtası ile giderilebileceğinin tespit edilmesi (22/a) ya da bu kişilerin ilgili kamusal ihtiyaca dair hususi bir hakka sahip olması (22/b) halinde doğrudan temin usulüne başvurulabilir. İdarelerce daha önce alınan mal, teknoloji, ekipman veya hizmetlerle entegrasyonun ve standartlaşmanın sağlanması adına zorunlu nitelikte bulunan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak ve toplam süresi üç yılı geçmeyecek şekilde önceden alınan gerçek veya tüzel kişiden alınmasına ilişkin sözleşme de doğrudan temin usulü ile yapılabilir (22/c).

2022/1 No'lu Kamu İhale Tebliğine göre³⁶ güncellenen rakamlar kapsamında; Büyükşehir belediyesi sınırlarında bulunan idareler, konusu 218.395,-TL (İki yüz on sekiz bin üç yüz doksan beş Türk Lirası), diğer idareler ise 72.752,-TL'yi (Yetmiş iki bin yedi yüz elli iki Türk Lirası) geçmeyen ihtiyaçları ile temsil giderlerine ilişkin alımları da bu usûlle yapabilirler (22/d). Yine idarelerin taşınmaz mal alımlarına ve kiralamaları (21/e) ile depolanması ekonomik anlamda sıkıntılı olan veya acil hallerde kullanılacak tıbbi malzeme alımları da bu usûlle yapılır (21/f). Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan veya fikri hak tescilleri için kuruluşlardan alınacak hizmetler (22/g, h) ile seçimlerde kullanılacak olan oy pusulası kâğıtları ve zarf gibi malzemelere ilişkin hizmet alımları da doğrudan temin usulü ile yaptırılabilir (22/i).

Doğrudan temin usulünün uygulandığı durumlarda, ihale komisyonun kurulması ve Kanun'da öngörülen yeterlik koşullarını taşıma zorunluluğu olmaksızın, yetkililer tarafından piyasa ortamında fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar bu surette temin edilir.

³⁴ “*Dairemizde de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07/02/2006 tarihli ve 2005/11-119 Esas, 2006/15 Sayılı Kararına nazaran, 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 usûllerinden biriyle usûlüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu...*”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2019/6460, K.2019/10441, T. 06.11.2019), www. kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.06.2020); Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2014/5-500, K. 2018/336, T. 10.07.2018, www. kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.06.2020).

³⁵ “*Doğrudan temin usûlünün bir ihale usûlü olmaması nedeniyle, işin yapılması için teklif verenlerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11. maddesinde düzenlenen yasaklılar kapsamına girip girmediğine ilişkin bir inceleme yapılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.*”, Danıştay 1. Dairesi, E. 2009/1123 E., K. 2009/1440, T. 21.10.2009), www. kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 05.06.2020).

³⁶ RG, 20 Ocak 2022, Sayı 31725

İdareler, diğer usûllerde olduğu gibi doğrudan temin usûlünde de, kamu kaynaklarının kamu yararı amacı doğrultusunda harcanması prensibi uyarınca, piyasa araştırması yapmak suretiyle en uygun bedele mal ve hizmet almakla yükümlüdürler³⁷.

1.2.2.5. Tasarım Yarışmaları

4734 Sayılı Kanun'da ihale usûlü olarak sayılmayan bir diğer yöntem de tasarım yarışmalarıdır³⁸. Kanunun 23'üncü maddesine göre, idareler gerekli gördükleri hallerde ilgili mevzuatta belirlenecek usûle uygun olarak mühendislik, mimarlık, kentsel tasarım projeleri, peyzaj mimarlığı, güzel sanat eserleri ve şehir ve bölge plânlama alanında plân veya tasarım projesi elde edilmesi için, rekabet ortamı sağlanacak şekilde ilan yaptırılması ve jüri tarafından değerlendirme yapılarak ödüllü veya ödüksüz yarışma düzenleyebilirler.

Konusunu daha çok sanatsal projelerin oluşturduğu bu usûlde de kamu yararı amacına uygun olarak, açıklık, rekabet, güvenirlik gibi temel ilkelerin idarelerce gözetilmesi gereklidir³⁹.

1.3. İhale Sürecine Hâkim Olan İlkeler

1.3.1. Genel Olarak

İdareler, ihale sürecinde, idare hukukunda yer verilen ilke ve kurallara tabi olmalı, yasal ve içtihadî olarak belirlenmiş olan ilkelere uygun olarak hareket etmelidir⁴⁰. 4734 sayılı KİK'in 5'inci maddesinde idarelerin aynı Kanun'a göre gerçekleştireceği ihalelerde; saydamlığa, rekabete, eşit muameleye, güvenirliğe, gizliliğe, kamuoyu denetimine, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına ve kaynakların verimli kullanılmasına uygun hareket etme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Benzer şekilde 2886 sayılı DİK'in 2'nci maddesinde de Kanun'un uygulanmasında gereksinimlerin, belirlenen zamanda ve öngörülen koşullara göre karşılanması gerekliliği üzerinde durulmuş ve ihalede rekabetin ve açıklığın sağlanması esası benimsenmiştir.

İhale sürecindeki temel hedef, gereksinim duyulan iş için en uygun sözleşmecinin bulunması ve sözleşmenin yapılmasıdır⁴¹. Bu hedefe ulaşılabilmesi açısından da sözleşmenin,

³⁷ Akyılmaz vd., 2017: 537.

³⁸ Akyılmaz vd., 2017: 537.

³⁹ Akyılmaz vd., 2017: 537.

⁴⁰ Sancakdar vd., 2021: 639; "İdare hukukunun kodifiye edilmemiş olmasından kaynaklanan ve gelişen ihtiyaçlara yanıt vermesi açısından idari yargı mercilerince geliştirilen bir takım ilkelerin yargı denetiminde dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu ilkeler tüm demokratik ülkelerde kabul edilen, gerçek, soyut ve evrensel ilkelere aittir. İhale hukuku açısından bu ilkeler; ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmemesi, ihale aşamasında gizliliğe uyulmasıdır.", Danıştay 10. Daire E. 1996/4274, K. 1998/5478, T.28.10.1998, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.06.2020).

⁴¹ Arslan, 2017: 55.

Kanun maddelerinde de ifade edildiği üzere saydamlık, güvenilirlik, eşitlik, gizlilik, verimlilik, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanda karşılanması, kamuoyu denetimi gibi ilkelerin gözetildiği, rekabete dayanan bir ihale süreci neticesinde imzalanması gerekir⁴². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, temel ilkelere uyulmaması, her zaman için ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır⁴³.

1.3.2. Saydamlık İlkesi

Devlet İhale Kanunu'nun 2'nci maddesinde açıklık ilkesi, KİK'in 5'inci maddesinde ise saydamlık ilkesi olarak yer verilen bu ilke ile ihale sürecinde yaşanabilecek yolsuzluk, kayırmacılık, ayrımcılık, gizli anlaşmalar, rüşvet vb. uygulamaların engellenmesi hedeflenir⁴⁴. İlke, ihaleye katılacak olan istekliler ve kamuoyu tarafından, ihalenin tün aşamalarının gözetlenebilir ve denetlenebilir şekilde gerçekleştirilmesine yönelik işlemleri ifade eder⁴⁵. Bu ilke aynı zamanda idarenin diğer tüm işlem ve eylemlerinde olduğu gibi, kamu ihalelerinde de şeffaf olması gerekmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Saydamlık ilkesi, ihale sürecinin isteklilere karşı açık ve tarafsız şekilde yürütülmesini tesis edecek mekanizmaların bulunmasını zorunlu kılar⁴⁶. İhalelerin mümkün olduğunca çok kişiye ulaştırılmasını sağlayacak şekilde ilan edilmesi, çeşitli basın organlarında duyurulması da bu ilkenin gereklerindendir⁴⁷. İhalelerin herhangi bir kuşkuyla yer vermeden gerçekleştirilebilmesi, tüm süreçten ilgililerin bilgisi olmasını gerektirir⁴⁸. DİK'in 17'nci maddesinde göre gazete ile yapılacak bir takım şartlara tabi kılınmıştır. Buna göre, ihalelerin günlük gazete çıkan yerlerde en az bir gün aralıkla bu yerde bulunan gazetelerde en az iki defa yayınlanması gerekir. Öte yandan ihale günü ile ilk ilan arasında on günden, son ilan ile arasında beş günden fazla bir zamanın olması gerekir. İhalenin yapılacağı yerde günlük gazete çıkmıyorsa yazıların, yine aynı sürelerde ihaleyi yapan idare ile belediye veya hükümet

⁴² Soyaslan vd., 2014: 19; "Temyize konu İdare Mahkemesi kararında ve davacının beyanlarında, ihale komisyonunun kesinleşen kararında asfalt finişerinin kapasitesinin yetersiz olduğuna dair bir tespitte bulunulmadığının ifade edildiği, ancak ihale komisyonu kararında aksine bir tespitin de bulunmadığı açık olmakla birlikte; İdari Şartname'de yer alan düzenlemelere karşı isteklilerce başvuruda bulunmayarak kuralların kesinleşmesi hâlinde, istekliler tarafından teklif kapsamında şartnamede istenilen belgelerin sunulmasının zorunlu olduğu, ihale dokümanında yer alan ve kesinleşen kuralların, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında idareler tarafından uygulanmamasının ihaleler için Kanun'da öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerini ihlâl edeceği açıktır.", Danıştay 13. Dairesi, E. 2019/1366 E., K. 2019/1839, T. 27.05.2019), www.kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.06.2020); Kamu ihale hukukuna egemen olan ilkeler hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Özkan, 2015.

⁴³ Soyaslan vd., 2014: 19.

⁴⁴ Arslan, 2017: 55; Taşdelen, 2004: 7-8.

⁴⁵ Soyaslan vd., 2014: 20; Dilberoğlu, 2018: 23.

⁴⁶ Arslan, 2017: 55; Meran, 2014: 17.

⁴⁷ Arslan, 2017: 55; Kalabalık, 2019: 201; Soyaslan vd. 2014: 20; Dilberoğlu, 2018: 24; Sancakdar vd., 2021: 640-641.

⁴⁸ Çağlayan, 2019: 450.

binalarında asılmak suretiyle ilan edilmesi gerekir. Yine belediye yayın araçları ile de ilanın yapılması gerekir. Yukarıda anlatılan işlemlerin bir tutanakla belgelenmesi gerekir. Buna karşılık ihalenin yapılacağı yerde en çok yedi gün aralıkla bir gazete çıkması halinde ayrıca bir defa gazete ile de ilan yapılır.

KİK'in 13'üncü maddesine göre de isteklilerin tamamına tekliflerini hazırlayabilmeleri için yeterince süre tanınmasıyla ilanlar, ihale usûlüne göre ihale tarihinden belirli bir süre önce yapılmalıdır. Yukarıda yer verilen mekanizmalar haricinde, ihaleler isteklilerle birlikte hazır bulunan herkesin önünde kamuya açık şekilde yapılmalı⁴⁹, ihale dışı kalan isteklilerin neden ihale dışı kaldığının gerekçeli olarak yazılı şekilde açıklanması da saydamlık ilkesine yönelik etkili mekanizmalardandır⁵⁰.

İhale konusu işin bütün özelliklerinin, varsa projelerde ve teknik şartnamelerde tereddüde yer vermeyecek şekilde ayrıntısıyla açıklanması ve idarenin ihale ile ulaşmak istediği amaca yönelik olarak işin bütün özelliklerine teknik şartnamede yer verilmesi de bu ilkenin bir gereğidir⁵¹.

Kanunda ilan zorunluluğu olmayan durumlara da yer verilmiş olup örneğin KİK madde 21 kapsamında düzenlenen pazarlık usûlü ve 22'nci maddede düzenlenen doğrudan temin usûlünde ilan yapılmaması saydamlık ilkesinin ihlali olarak düşünülemeyecektir⁵².

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-27/5 sayılı kararında eşit muamele ve saydamlık ilkesinin, bir ekonomik operatörün ihale sürecine ilişkin dokümanda belirtilmeyen ya da ulusak hukukta öngörülmemen bir nedene dayalı olarak değil, ancak, hukukun ve dokümanda öngörülen düzenlemelerin dikkate alınması sonucunda ihale dışı bırakılabileceği, şeklinde yorumlanması gerektiğine işaret edilmiştir⁵³.

Şeffaflık ilkesinin yalnızca ihale öncesinde ve ihale sırasında değil, ihale sonrasında da uygulanması gerekmekte, bu amaçla kamuoyu denetimi sağlanmak üzere ihaleye ilişkin sonuçların Kamu İhale Kurumu tarafından yayımlanması öngörülmüştür⁵⁴.

⁴⁹ “Saydamlık; ihale sürecinde idare tarafından tesis edilen işlemlerin isteklilere ve kamuoyuna açık bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Bu sayede, idare tarafından ihale sürecinde gerçekleştirilen işlemler istekliler ve kamuoyu açısından izlenir, bilinir ve anlaşılır hale gelmektedir. İdare isteklilere açık olarak yapması gereken bir işlemi istekliler olmadan yaparsa bu işlem Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen saydamlık, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerine aykırı olacağı gibi bu durumun idarenin tarafsızlığına ve güvenilirliğine gölge düşüreceği açıktır.” (KİK. 11.05.2010-2010/UH.I-1301), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, (erişim tarihi: 25.06.2020)

⁵⁰ Arslan, 2017: 56; Atay, 2019:293; Akyılmaz vd., 2017: 553.

⁵¹ Soyaslan vd., 2014: 20.

⁵² Sancakdar vd., 2021: 641.

⁵³ Bafra, 2017: 20.

⁵⁴ Akyılmaz vd., 2017: 553.

1.3.3. Rekabet İlkesi

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinde rekabetin tanımı yapılmaktadır. Buna göre rekabet, mal ve hizmet alım ve satımlarında, girişimler tarafından özgür bir şekilde karar verilmesini sağlayan yarışma sistemidir. KİK'in 5'inci maddesinde kamu kurum ve kuruluşlarının, yapılacak ihalelerde güvenilirliği sağlamakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Eşit muamele ilkesinin de tamamlayıcısı olan bu ilkeye göre; ihaleye yönelik uygun bir ortamın sağlanması, ihale sürecinde rekabet ortamını bozucu düzenleme ve eylemlerden kaçınılması, teklif aşamasında isteklere herhangi bir müdahale yapılmaması, fiyatların oluşmasında müdahalede bulunulmaması bir zorunluluktur⁵⁵. Kamu ihalelerinde rekabet ortamının sağlanması ile istekli sayısında artış meydana gelecek, bu sayede en avantajlı teklif elde edilerek kamu yararı sağlanmış olacaktır⁵⁶. İfade etmek gerekir ki, ihaleye çıkan idarenin ihale dokümanlarını açık ve anlaşılır şekilde ilan etmesi de bu ilkenin bir gereğidir⁵⁷. Diğer yandan olur olmaz herkesin ihaleye katılımının önlenmesi ve yalnızca ihale konusu işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin katılmasının sağlanması için ekonomik, mali ve teknik yeterliklerin belgelenmesi gibi usûller de uygulanmaktadır⁵⁸.

İhale sürecinde rekabet ilkesinin tam olarak uygulanabilmesi amacıyla KİK'in 17'nci maddesinde doğrudan veya dolaylı yollarla ihaleye birden fazla teklif verenler hakkında ilgililerin ihale dışında bırakılması yeterli görülmemiş, caydırıcı olması açısından Kanunun 58. maddesinde bu kişiler için belli sürelerle ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını da öngörülmüştür⁵⁹.

⁵⁵ Arslan, 2017: 57; Atay, 2019: 293; Çağlayan, 2019: 450; Akyılmaz vd., 2017: 554; Dilberoğlu, 2018: 26 ; Sancakdar vd., 2021: 641.

⁵⁶ Taşdelen, 2004: 56; Abacıoğlu, 2013: 60; Arslan, 2017: 57.

⁵⁷ Sancakdar vd., 2021: 641; *"Bu durumda; uyumsuzluk konusu ihaleye ait ihale dokümanının bir parçası olan nakliyelere ait teklif birim fiyat hesap cetvelindeki düzenlemenin açık, net ve herkes tarafından anlaşılabilir olarak hazırlanmadığı, dokümanda yer alan tereddüde açık düzenleme nedeniyle ihaleye katılan yirmi altı istekliden on dört tanesinin, diğer bir ifadeyle yarısından fazlasının hatalı teklif verdiği, bu isteklilerden on üç tanesinin değerlendirme dışı kaldığı hususları göz önüne alındığında, idarece hazırlanan ihale dokümanının ihalede katılım ve rekabetin artmasını sağlayacak nitelikte olmadığı, bu nedenle de ihaleye katılan isteklilerin yarısının hatalı teklif vermesi nedeniyle değerlendirme dışı bırakıldığı; ihalenin idarece re'sen iptali işlemlerine karşı yapılan itirazın şikâyet başvuruları üzerine yapılan incelemede 4734 sayılı Kanun tarafından Kurul'a herhangi bir sınırlama getirilmediği, yönetmelik hükümlerinin dayanağı olan kanun hükümlerine aykırı olmayacağı hususları da dikkate alındığında, ihalenin iptali işlemine karşı yapılan başvurunun reddi yolundaki dava konusu işleminde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet görülmemiştir."*, Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/774 E., K. 2012/1947, T. 29.06.2012), , Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 27.06.2020).

⁵⁸ Akyılmaz vd., 2017: 554.

⁵⁹ *"Kanun'un 17/d maddesinde sayılan durumlar sadece ihale dışı bırakılma sebebi olarak öngörülmemiş, konunun önemi nedeniyle bu fiillerin tespiti hâlinde yasaklama yaptırım uygulanacağına da yer verilmiştir."*, Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/5621 E., K. 2010/3534, T. 26.04.2010), www. kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 30.06.2020).

Rekabet ilkesinin ihlal edilmesini engellemek amacıyla KİK’te birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. KİK’in 11’inci maddesi ile ihaleyi yapan idare ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiyi taşıyan kurullarda görev alan kişilerin, ihale hazırlık sürecinde, yürütülmesinde, sonuçlandırılmasında ve onaylanmasında görev alanların ve bu kişiler ile eşleri ve ayrıca ikinci dereceye kadar kayın ve üçüncü dereceye kadar kan hısımları ve evlatlıkları ve evlat edinenlerin ihaleye katılmaları yasaklanmıştır. Bu kişilere ilaveten ihaleyi yapan idarede yer alan veya idare ile ilgili kuruluş amacına bakılmaksızın vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bunlar tarafından kurulan veya bunların ortak oldukları şirketler bu ihalelere katılamazlar⁶⁰.

1.3.4. Güvenirlilik İlkesi

Kamu İhale Kanunu’nun 5’inci maddesine göre kamu kurum ve kuruluşları yapılacak olan ihalelerde güvenirliliği sağlamakla yükümlü kılınmıştır. İlke, idareler tarafından ihale mevzuatında öngörülen hükümlerin temel ilkeler doğrultusunda yürütülmesi ve bu hususun istekliler bakımından inandırıcılığının sağlanmasını ifade eder⁶¹. İdareler, ihale sürecinde temel ilkeleri gözetmeli, isteklilerin korku, kuşku ve çekinmelerinin önüne geçilmesini sağlayacak tedbirleri almalı, özellikle ilan yapıldıktan sonra ihaleye katılım kurallarını, ihale usûlünü, teklif türlerini değiştirilmemelidir⁶². Bu ilke, idarelerin uzun süreli ve istikrarlı bir şekilde hukuka uygun olarak eylem ve işlemlerde bulunulması ile etkinlik kazanacak olup, aksi bir durumda isteklilerin idareye olan güvensizliği ihaleye katılım sayısını azaltacak ve rekabetin oluşmasına olumsuz bir etkide bulunacaktır⁶³.

İdarenin yanı sıra isteklilerin de güvenirlilik ilkesi uyarınca süreç içerisinde yasak fiil ve davranışlardan kaçınmalı, sundukları teklifleri geri almamaları gereklidir⁶⁴. Gerek etkin bir ihale düzeninin tesis edilmesi gerekse ekonomik düzenin korunması için mevzuatta öngörülen hususlara aykırı olarak teklif verilmesi hâlinde isteklilere uygulanan yaptırımın temelinde de güvenirlilik ilkesi bulunur⁶⁵.

1.3.5. Eşit Muamele İlkesi

Kamu İhale Kanunu’nun 5’nci maddesinde idarelerin, bu Kanuna göre yapılan ihalelerde eşit muameleyi sağlamakla yükümlü kılındığı düzenlenmiştir. İdare, genel anlamda hukuk devleti ilkesinin ve aynı zamanda Anayasanın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10.

⁶⁰ Gözler ve Kaplan, 2012:476; Kalabalık, 2019: 202.

⁶¹ Soyaslan vd., 2014: 23.

⁶² Arslan, 2017: 60; Meran, 2014: 18; Atay, 2019: 293; Çağlayan, 2019: 451.

⁶³ Soyaslan vd., 2014: 23.

⁶⁴ Arslan, 2017: 60.

⁶⁵ Arslan, 2017: 61

maddesi gereğince ihalenin tüm aşamalarında bütün isteklilere eşit muamelede bulunmalıdır⁶⁶. İdarelerce ihale dokümanlarının hazırlanması, isteklilerce yapılan tekliflerin değerlendirilmesi, sözleşmecî tarafın belirlenmesi gibi ihale sürecinin tamamında eşit muamelede bulunmalıdır⁶⁷. İlke, rekabet ortamının sağlanmasında da önemli bir role sahiptir⁶⁸.

Şüphe yok ki bu ilke, kamu yararının gözetildiği bazı durumlarda Kanunen belli niteliklilere sahip isteklilerinin çağrılmasına ya da ihalelerde yabancılar aleyhine sonuç doğurabilecek düzenlemelere gidilmesine engel değildir⁶⁹. Bu çerçevede DİK ve KİK'te yer alan hükümler eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır.

1.3.6. Gizlilik İlkesi

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde idarelerin, bu Kanuna göre yapılan ihalelerde gizliliği sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. İlkenin temelinde rekabet ortamının tesisi için gerek teklif aşamasında gerekse ihale sürecinin belli aşamalarına kadar bazı bilgilerin gizli tutulması yer alır⁷⁰. Dolayısıyla bu ilke, rekabet ve eşitlik ilkelerine zarar verecek şekilde gizli tutulması gereken bilgilerin ilgilisi dışındaki kişilere açıklanması ile ihlal edilir⁷¹. Örneğin, açıklık ilkesi gereği ihale şartlarının herkesçe öğrenilebilmesi rekabet ilkesinin bir gereği iken, tekliflerin veya yaklaşık maliyet gibi unsurların herkese açık olması rekabet ilkesinin ihlali olacaktır⁷².

Devlet İhale Kanunu'nun 36'ncı maddesinde kapalı teklif usûlünün uygulandığı ihalelerde teklifler gizli olarak verilmek zorundadır. KİK'in 9'uncu maddesi kapsamında getirilen yaklaşık maliyetin ihale neticelenene kadar açıklanmamasının temelinde gizlilik ilkesi yer alır. Benzer şekilde Kanunun 61'inci maddesine göre isteklilerin teknik ve mali yapılarına dair verilerinin gizli tutulmasının temelinde de bu ilke yer alır⁷³.

Kamu İhale Kanunu'nun Türk Ceza Kanunu'nun 235'inci maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçunda, suçun maddi unsurlarını oluşturan seçimlik hareketlerden birisi de;

⁶⁶ Arslan, 2017: 59; Meran, 2014: 18; Çağlayan, 2019: 451; Soyaslan vd., 2014: 22; Dilberoğlu, 2018: 29; Sancakdar vd., 2021: 642.

⁶⁷ Soyaslan vd., 2014: 22; Sancakdar vd., 2021: 642.

⁶⁸ Atay, 2019: 293.

⁶⁹ Arslan, 2017: 59; Çağlayan, 2019: 451; Soyaslan vd., 2014: 22-23; Kamu İhalelerinde Yerli İsteklilerin Korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersöz, 2015: 37-47.

⁷⁰ Arslan, 2017: 61; Dilberoğlu, 2018: 33-34.

⁷¹ Soyaslan vd., 2014: 24.

⁷² Arslan, 2017:61; Kalabalık, 2019: 204; Akyılmaz vd., 554.

⁷³ Arslan, 2017: 61; Kalabalık, 2019: 204; KİK'in 61'inci maddesine göre, Kanun'un uygulanmasında gizli kalması gereken bilgi ve dokümanlar ile tespit edilen yaklaşık maliyetin görevliler ve danışmanlık hizmeti sunanlar tarafından ifşa edilmesi yasaktır. Yine bu kişiler, kendilerinin ya da başkasının yararına bu bilgi ve dokümanları kullanamazlar. Aksi takdirde Kanun'un 58 ve 60'uncü maddelerinde belirtilen yaptırımlar uygulanır.

tekliflerle ilgili olan ve ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamaktır⁷⁴.

Öğretide bir görüşe göre, bilgi ve belgelerin açıklanması ile bu ilkenin ihlali gerçekleşmemekte, için kurulan mekanizmalarda böyle bir ihtimalin varlığı söz konusu oluyorsa ilke ihlal edilir⁷⁵.

1.3.7. Kamuoyu Denetimi İlkesi

4734 Sayılı KİK'in 5'inci maddesinde kamu kurum ve kuruluşlarının, yapılacak olan ihalelerde kamuoyu denetimini sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. İlkenin amacı, idarenin her türlü keyfilikten uzak bir şekilde, tüm şeffaflığıyla ihale hakkında halkı aydınlatması, bilgilendirmesi ve kamuoyu önünde hesap verebiliyor olmasını temin etmektir⁷⁶. Kamu giderlerinin büyük bir çoğunluğu, mükelleflerin ödedikleri vergilerden karşılandığı için, halkın vergileri nerelere ve ne şekilde harcandığını, doğru yerlere sarfının yapıp yapılmadığını denetleyebilmesi gerekir⁷⁷. Denetimin sağlanabilmesi için de ihale sürecinin tüm aşamalarında işlemlerin açık bir şekilde yapılması, işlemlerin duyurulması ve yetkili kamu görevlilerinin aldıkları kararları gerekçelendirilip, kayıt altında tutulması ve belli süreyle saklamaları zorunludur⁷⁸. İhale ile ilgili ilanların ve sonuçların Resmi Gazetede duyurulması veya iletişim araçlarıyla kamuoyuna iletilmesi de ihaleyi kamuoyu tarafından denetlenebilir hale getirir⁷⁹.

İhalelerin kamuoyu denetime açık tutulmasına istisna olarak, ihaleye katılan isteklilerin, ekonomik çıkarlarına zarar verecek ve haksız rekabete yol açacak şekilde gizli tutulması zorunlu olan belge ve bilgilerin kamuoyuna sunulmaması gerekir⁸⁰.

⁷⁴ “....hakkında bu yönde isnat bulunan ihalelerde tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasının nasıl sağlandığı, 4734 Sayılı Kanun'un 61. maddesine göre ihale sürecinde görevli veya resmi bir şekilde ilişkisi olan belirlenmiş bir fail tarafından, yaklaşık maliyet veya aynı Kanunun 61. maddesine aykırı şekilde gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ihaleye teklif vererek katılan firma yetkililerine nasıl verildiği veya bildirildiği, TCK'nin 235/2-d maddesi kapsamındaki anlaşma sonucuna nasıl ulaşıldığı, sanıkların ihale koşullarını ve özellikle fiyatı etkilemek için anlaşmalı biçimde teklif sunduklarına dair somut kanıtların, edimin ifası sürecinde görevi olmayan ve yüklenici konumunda da bulunmayan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma kabul edilebilecek eylemlerinin nelerden ibaret olduğu, yukarda ifade edildiği üzere özgü suç olan bu eylemlerde kimin fail kimin ne surette şerik olduğu hususları gerekçeli olarak tartışılıp, buna dair delillerin dosya kapsamına uygun, mantıksal ve hukuksal bağ kurulmak suretiyle neler olduğu denetime imkan verecek biçimde gerekçeleriyle açıklanmak suretiyle, azmettirmenin, yardımın kanıtlarının nelerden ibaret olduğu da karar yerinde ayrıntılı olarak gösterilmeden yazılı şekilde sanıklar hakkında hüküm tesisi, bozma nedeni yapılmıştır.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2016/9917, K. 2018/2613, T. 5.4.2018), www. kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2020).

⁷⁵ Dilberoğlu, 2018: 35.

⁷⁶ Arslan, 2017: 61-62; Atay, 2019: 293- 294; Dilberoğlu, 2018: 36.

⁷⁷ Çağlayan, 2019:452.

⁷⁸ Uz, 2005: 60-61.

⁷⁹ Gözler, 2009: 117; Günday, 2011: 203.

⁸⁰ Soyaslan vd., 2014: 24.

1.3.8. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması İlkesi

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde idareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde ihtiyaçların uygun şartlar ile, zamanında karşılanmasını sağlamalıdır. Bu ilkeye göre idare tarafından ihale ile varılmak istenen amaca ulaşılabilmesi için uygun zaman ve şartların gözetilmesi, özellikle işin niteliği de dikkate alınarak daha ucuz ve daha kaliteli mal veya hizmet alabilmek için uygun zamanda ihaleye çıkılması gerekir⁸¹. İdarelerce gelir getirmeye yönelik yapılan ihalelerde mümkün olan en yüksek fiyata; harcamaya yönelik ihalelerde ise mümkün olan en düşük fiyata yaptırılması bu ilkenin bir gereğidir⁸². İdareler, bu ilkenin gerçekleşmesi bakımından, sadece bütçelerinin ve stratejik planlarının yıllık programlara, kalkınma planına ve hizmetin gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanması ile değil, bilakis sorumlulukları altındaki kaynakların ekonomik, verimli ve etkili kullanılmasından sorumlu olacaklardır⁸³.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62'nci maddesine göre ihaleye çıkılması için yapım işlerinde kamulaştırma, arsa temini, mülkiyet, ve gerekli olan hallerde imar işlemlerinin tamamlanması ve uygulama projelerinin yapılması gerekir. Yine KİK'in 5'inci maddesinin son fıkrasına göre ödeneği bulunmayan herhangi bir iş için ihaleye çıkılması yasaklanmıştır.

1.3.9. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde idareler, bu Kanuna uygun yapılan ihalelerde kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla yükümlüdürler. İdarenin hem idarenin harcama yaptığı hem de gelir elde ettiği tüm ihalelerde verimliliğin de gözetilmesi gerekir⁸⁴. Verimlilik, idare tarafından harcanan paranın karşılığında en iyi değerin elde edilmesini ifade eder⁸⁵. Verimliliğin sağlanabilmesi, ihaleyi yapan idarece iyi bir ön çalışmanın yapılması, kamunun önceliklerinin belirlenmesi ve en iyi yöntemin seçilmesi gibi unsurlara bağlıdır⁸⁶. Yine kamu kaynaklarının verimli kullanılması ile bütçenin ilke ve esaslara, kanun, tüzük, yönetmelikler ve diğer mevzuatlara uygun olması ile mümkün olacaktır⁸⁷.

KİK'in 5'inci maddesinde öngörülen ödeneği bulunmayan işlerin ihale edilmesinin yasaklanması, maliyetlerin düşürülmesi ve rekabet ilkesinin uygulanması bu ilkenin tesisine yönelik düzenlemelerdir⁸⁸. Benzer şekilde DİK'in 2'nci maddesinde ihalelerin kesin bir zaruret

⁸¹ Arslan, 2017: 62; Atay, 2019: 294; Çağlayan, 2019:452; Dilberoğlu, 2018: 38.

⁸² Çağlayan, 2019: 452.

⁸³ Soyaslan vd., 2014: 25.

⁸⁴ Arslan, 2017: 62.

⁸⁵ Atay, 2019: 294.

⁸⁶ Çağlayan, 2019: 452; Dilberoğlu, 2018: 37.

⁸⁷ Soyaslan vd., 2014: 25.

⁸⁸ Arslan, 2017: 62.

hali gerektirmedikçe işin niteliğine göre en uygun fiyatla teminin mümkün olduğu mevsimde yapılması ve kaynakların verimli kullanılması adına uygun mevsimin gözetilmesi gerekli kılınmıştır⁸⁹.

Sayıştay, kamu idarelerinin karar, mali faaliyet ve işlemlerini, kaynakların ekonomik, verimli, etkili ve hukuka uygun olarak kullanılmasını, hesap verme sorumluluğu çerçevesinde denetlemekle yükümlüdür⁹⁰.

1.3.10. Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşleri İçin Ayrı Ayrı İhale Düzenlenmesi İlkesi

Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesine göre; "Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez." Hizmet alımı, mal alımı, ve yapım işlerine ilişkin sözleşmelerin hepsi bir kamu ihalesi sonucunda akdediliyor ise de konularının farklı olması, fiyatlarının ayrı usûllerle belirlenmesi ve ihaleye katılımda aranan yeterlik şartları bakımından ayrımlar olması sebepleriyle ayrı ayrı ihale edilmesi gerekir⁹¹. Öte yandan farklı ihtisas konularına ilişkin alımların tek bir ihalede toplanması, sadece belli bir ihtisas alanında faaliyette bulunan kişilerin ihaleye girmelerini ve dolayısıyla serbest rekabet ortamının sağlanmasını da engelleyecektir⁹².

1.4. İhalelerde Yasak Olan Fiiller

1.4.1. Genel Olarak

İdarelerin ihale usûlüyle varmak istediği amaca ulaşılabilmesi için soyut ilkeler öngörülmesi tek başına yeterli olmayıp, belirtilen ilkelerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla birtakım yaptırımlara başvurulması gerekli kılınmıştır⁹³. Gerek DİK'te gerekse KİK'te öngörülen bu yasak ve fiiller, ihaleye egemen olan ilkeleri sağlamayı amaçlayan düzenlemeler olup bunların ihlali bir idari yaptırım öngören kabahat oluşturur⁹⁴. Hemen belirtmek gerekir ki fiilin TCK'de öngörülmüş bir suç tipine uyması hâlinde fail genel hükümlere göre cezalandırılabilir⁹⁵.

⁸⁹ Çağlayan, 2019: 452.

⁹⁰ Soyaslan vd., 2014: 25.

⁹¹ Gözler ve Kaplan, 2012: 478.

⁹² Sancakdar vd., 2021: 644; "Bu durumda, temel ihale ilkelerine aykırı şekilde, ihale usûlünün belirlenmesinde tereddüde yol açacak nitelikte düzenlenen şartname ile ve idari şartnamede yer almayan 4734 sayılı Kanun kapsamındaki yapım işi olarak değerlendirilebilecek bazı iş kalemlerine özel şartnamede yer verilmek suretiyle yapılan, raylı sistemin ve lastik tekerlekli toplu ulaşım sisteminin zorunlu olmadığı halde birlikte ihale edildiği, bu nedenle katılımı azaltan nitelikte koşullar öngören ihalenin iptali gerektiğinden idare Mahkemesi kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunmaktadır.", Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/7074 E., K. 2010/2940, T. 06.04.2010), Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 30.06.2020).

⁹³ Arslan, 2017: 62.

⁹⁴ Arslan, 2017: 52-63.

⁹⁵ "İdarelerce 17. maddenin uygulanmasında, madde metninin de açık olmaması sebebiyle maddenin özüne uygun işlemler yapılmamakta, maddeyle ilgili suçlarda tüm eylemler genellikle fesat kapsamında değerlendirilmekte, bu

1.4.2. Kamu İhale Kanunu ile Düzenlenen Yasak Fiiller

Kamu İhale Kanunu'un 17'nci maddesinde ihalelerde “*yasak fiil veya davranışlar*” düzenlenmiştir. Bu kapsamda hile yapma, vaatte bulunma, tehdit etme, nüfuzu kötüye kullanma, menfaat sağlama, anlaşma, rüşvet, irtikâp ya da başka herhangi bir yolla ihale sürecindeki işlemlere fesat karıştırılması veya teşebbüs edilmesi yasaklanmıştır. Yine isteklileri kararsızlığa sevk etmek, ihaleye katılımını engellemek, isteklilere anlaşma önerisinde bulunmak, teşvik etmek, rekabet ilkesini veya ihale kararını bozacak şekilde davranışlar yapmak⁹⁶ yasaklanmıştır. Bunların yanı sıra sahte evrak veya teminat tanzim edilmesi, kullanılması veya bunlara teşebbüs edilmesi ile birden fazla teklif verebilme halleri dışında usule aykırı şekilde birden fazla teklif sunulması⁹⁷ da yasaklanmıştır. Kanun'un 11'inci maddesi mucibince ihaleye katılamayacağı belirlenen kişilerin ihaleye katılması da yasaklanan bir diğer davranıştır⁹⁸.

Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesi ile dördüncü kısımda yer alan “*Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu*” başlıklı birtakım düzenlemelere atıf yapılmıştır. Kanun'un 58'inci maddesinde “ihalelere katılmaktan yasaklama” düzenlenmiştir. Buna göre, Kanun'un 17'nci

durumda Kamu İhale Kanunu'nun özüne ve ceza yasasına aykırılıklar oluşturmaktadır. Örneğin, uygulamada maddenin (d) fıkrasında düzenlenen “alternatif teklif verme” eyleminin de ihaleye fesat karıştırma olarak yorumlandığı, oysa bu eylemin Kamu İhale Kanununda sadece teminatın gelir kaydedilmesi, ihaleden men ve yasaklama şeklinde yaptırımlara tabi tutulacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, bu eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ihaleye fesat karıştırma suçlarını düzenleyen 235. maddesinde de suç olduğuna dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu anlamda ceza hukukunun temel prensiplerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık olmaması için ceza hukuku yönünden cezai bir yaptırım da bulunmamaktadır. Nitekim Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin gerekçesinde de 17. maddede belirtilen fiillerden yalnızca bazılarının TCK kapsamında suç teşkil edeceği belirtilmiştir. Bu nedenlerle, anılan konuda Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen idari cezadan başka bir ceza tayini hukuka aykırılık teşkil edecektir.”, Abacıoğlu ve Abacıoğlu, 2016: 418-419.

⁹⁶ “*Dava; davacının bir yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Tutar içeren teklif ile beraber tutar belirtilmeden imzalanan teklif mektubu sunulması fiilinin, ihale komisyonunun tereddüde düşmesine sebebiyet verebilecek bir fiil olması nedeniyle ihale kararını ve rekabeti etkileyecek davranış olarak kabul edilmesi gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (b) fıkrası ile 58. maddesi uyarınca davacının 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hukuka uygundur.*” Danıştay 13. Dairesi E. 2015/829, K. 2015/3006, T. 07.09.2015, www. kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2020).

⁹⁷ “*.... her iki firmanın da aynı adreste mukim olduğu; ve 'nin her iki şirketinde yönetiminde yer aldığı ve şirketi temsil ve ilzama yetkili kişiler arasında bulunarak şirketin karar alma noktasında etkin bir konumda bulundukları dikkate alındığında, mezkûr iki firmanın tekliflerinin birbirlerinden bağımsız olarak hazırlanmadığı sonucuna varılmakla, tekliflerin Kamu İhale Kanunun 17 nci maddesinin (d) bendinde sayılan hususlar kapsamında olduğu sonucuna varılarak, idarece adı geçen iki firma hakkında Kanunun 58 nci maddesi doğrultusunda işlem yapılmasında mevzuata aykırılık görülmemiştir.” (KİK. 16.01.2012-2012/UM.II-395), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, (erişim tarihi: 01.07.2020)*

⁹⁸ “*4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm gereğince hakkında kamu davası açılanlar kendisi ya da bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına doğrudan veya dolaylı olarak teklif vererek ihaleye katılamayacakları gibi, ortağı oldukları şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketleri de ihalelere katılamayacaktır. Buna rağmen katılması durumunda ise, değerlendirme dışı bırakılacak, ancak geçici teminatları gelir kaydedilmeyecek ve idarece haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmeyecektir.” (KİK. 17.01.2013-2013/UH.I-325), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, (erişim tarihi: 01.07.2020)*

maddesi kapsamında ifade edilen fiil veya davranışları gerçekleştirdiği belirlenenler eylemin özelliğine göre belirli sürelerle idarelerin ihalelerine katılmaktan yasaklanabilir.

Kanunun “İsteklilerin ceza sorumluluğu”nu düzenleyen 59’uncu maddesi hükmüne göre ise Türk Ceza Kanunu kapsamında yer alan suç oluşturan fiil veya davranışları gerçekleştiren kişiler ve işteki ortak veya vekillerine ilişkin bu fillerin taahhüt aşaması tamamlanması ve kabul işlemi yapılması ile belirlendiğinde dahi, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemeler gereğince yetkili Cumhuriyet Savcılığına ceza kovuşturması yapılmak üzere 17’nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan suç duyurusunda bulunulacaktır.

Kanunun 60’ıncı maddesinde ise ihale sürecinde görev alan ilgililerin yasak fiil veya davranışlarından sorumlulukları düzenlenmiştir. Kanun’un “Görevlilerin ceza sorumluluğu” başlıklı maddesine göre, ihalenin yetkilisi ile ihale komisyonunda görev yapan başkan ve üyeler ile süreçte görev alan diğer tüm ilgililerin, 17’nci madde düzenlemesinde yer alan eylemlerde bulunduklarının, görevlerini mevzuata aykırı şekilde ihmal ettiklerinin veya kusurlu hareket ettiklerinin tespit edilmesi halinde disiplin cezası verilir. Bu eylemler ayrıca bir suç oluşturuyorsa haklarında adli soruşturma da yapılacaktır⁹⁹.

Kanunun 61’inci maddesiyle de ihale sürecinde gizli kalması gereken bilgi veya belgelerle ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Dolayısıyla, kanunun uygulanması aşamasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunan kişiler tarafından, ihale sürecine ilişkin işlemlerde isteklilerin tekliflerinin hem teknik hem de mali yönleriyle ilgili olarak gizli kalması gereken belge ve bilgilerle işin yaklaşık maliyeti ifşa edilemez ve kendilerine veya üçüncü şahıslara yarar sağlayacak şekilde kullanılamaz. Bu ilkenin ihlali durumunda 58 ve 60’ıncı maddelerinde yer verilen müeyyideler geçerlidir.

Kanun’un 17’inci maddesinde düzenlenmemiş olsa dahi yasak fiil ve davranışlardan biri de eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin kısımlara bölünmemesidir. KİK’in 5’inci maddesine göre yapım işleri ile mal veya hizmet alımları eşik değerlerin altında kalmak amacıyla kısımlara bölünemez. Kanun koyucu madde lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere eşik değerlerin altına düşmek için ihalenin kısımlara bölünmesini kesin bir şekilde yasaklamıştır.

Kamu İhale Kanunu’nun “Eşik Değerler” başlıklı 8’inci maddesine göre;

“Bu Kanunun 13 ve 63 üncü maddelerinin uygulanmasında yaklaşık maliyet dikkate alınarak kullanılacak eşik değerler aşağıda belirtilmiştir:

a) (Değişik: 12/6/2002-4761/12 md.) Genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idarelerin mal ve hizmet alımlarında 4.004.034,-TL (Dört milyon dört bin otuz dört Türk Lirası).

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Abacıoğlu ve Abacıoğlu, 2016: 858-866.

b) (Değişik: 12/6/2002-4761/12 md.) Kanun kapsamındaki diğer idarelerin mal ve hizmet alımlarında 6.673.409,-TL (Altı milyon altı yüz yetmiş üç bin dört yüz dokuz Türk Lirası)

c) (Değişik: 12/6/2002-4761/12 md.) Kanun kapsamındaki idarelerin yapım işlerinde 146.815.969,-TL (Yüz kırk altı milyon sekiz yüz on beş bin dokuz yüz altmış dokuz Türk Lirası)

Belirtilen eşik değerler 2022/1 No'lu Kamu İhale Tebliğine göre güncellenmiştir¹⁰⁰. Bu değerler her yıl Kamu İhale Kurumu tarafından güncellenir¹⁰¹. Eşik değerlere göre ihale süreci farklı kurallara tabi tutulmakta, değer arttıkça ihalede daha sıkı kurallar uygulanmaktadır¹⁰².

Ödeneği bulunmayan bir iş için ihaleye çıkılamaması da Kanun kapsamında öngörülen bir başka yasal fiil ve davranıştır. Gerçekten de Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesine göre bir ihaleye çıkılması ödeneğin bulunmasına bağlıdır. Getirilen bu yasakla ihaleyle görülecek olan işin en uygun şartlarda ve en kısa sürede yerine getirilmesi¹⁰³, işlerin parasal sıkıntılar sebebiyle yarıda kalmasının ve uzun süreye yayılmasının engellenmesi, kamu kaynaklarının israf edilmesi önlenmek amaçlanmaktadır¹⁰⁴.

Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesine göre; ÇED (Çevresel Etki Değerlendirme) raporu alınmasının zorunlu olduğu işlerde ihaleye çıkılması, ÇED olumlu belgesinin alınmasını gerektirir. Fakat doğal afetler sebebiyle acil ve ivedi şekilde yapılacak yapım işlerine ilişkin ihalelerde bu belge aranmaz. Dolayısıyla Kanun kapsamında düzenlenen bir başka yasal fiil ve davranış da ÇED raporu alınmasının mevzuat kapsamında zorunlu olduğu durumlarda bu rapor alınmadan ihaleye çıkılmasıdır. Bu nedenle Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum süreci kapsamında çıkartılan KİK ile ihalelerde ÇED raporuna, çevrenin zarar görmesinin engellenmesi gayesiyle ihtiyaç duyulması durumunda ihaleye çıkılmadan önce bu raporun alınmış olması gerekli ve zorunludur¹⁰⁵. Anılan yasakla yapılacak kamu ihalesine konu iş sonucunda çevre kirliliğinin oluşması engellenmek istenmiştir¹⁰⁶.

1.4.3. Devlet İhale Kanunu ile Düzenlenen Yasak Fiiller

Devlet İhale Kanunu'nun "İhale İşlerinde Yasaklar ve Sorumluluklar" başlıklı dördüncü kısmında yer alan 83'üncü maddede ihale işlemlerinin hazırlama, yürütme ve sonuçlandırma aşamasında yasaklanmış bulunan fiil veya davranışlara yer verilmiştir. Buna göre ihale sürecinde hile yapma, vaatle bulunma, tehdit etme, nüfuzu kötüye kullanma, menfaat sağlama, anlaşma, rüşvet, irtikâp ya da başka herhangi bir yolla ihale sürecindeki işlemlere fesat

¹⁰⁰ RG, 20 Ocak 2022, Sayı 31725

¹⁰¹ Gözler ve Kaplan, 2012: 477.

¹⁰² Çağlayan, 2019: 453.

¹⁰³ Gözler ve Kaplan, 2012: 478.

¹⁰⁴ Çağlayan, 2019: 453.

¹⁰⁵ Dilberoğlu, 2018: 41.

¹⁰⁶ Çağlayan, 2019: 453.

karıştırılması veyahüt teşebbüs edilmesi yasaklanmıştır. Yine açık teklif veya pazarlık usulü ile gerçekleşen ihaleler, ihaleye katılımı engellemek, isteklileri kararsızlığa sevk etmek, isteklilere anlaşma önerisinde bulunmak veya buna teşvik etmek, rekabet ilkesini ya da ihale kararını bozacak davranışlarda bulunmak da yasaklanmıştır. Bunların yanı sıra sahte evrak veya teminat tanzim edilmesi, kullanılması veya bunlara teşebbüs edilmesi, taahhüdün kötü niyetli şekilde yerine getirilmemesi, hileli malzeme ve araçlar kullanılması ve idareye zarar verici eylemlerde bulunulması yasaklanmıştır.

Kanunun 84'üncü maddesi ile 83'üncü maddede belirtilen yasak fiil ya da davranışlarda bulunanların idarelerce ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanması¹⁰⁷, 85'inci maddede ise yasak fiil veya davranışlarda bulunanların cezai sorumlulukları düzenlenmiştir¹⁰⁸.

Kanunun 86. maddesiyle de ihalede görev alanların sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu kapsamında, yasanın gerektirdiği şartlara uygun olarak görevini tarafsız şekilde yerine getirmeyen ihale yetkilileri ve görevlileri hakkında hem idari soruşturma hem de adli tatbikat yapılır. Ayrıca bu kişilerin ihmal suretiyle yapmış oldukları kusurlu faaliyetlerin ihaleye katılan taraflardan herhangi birinin zararına sebebiyet vermesi halinde yine aynı soruşturmalar yapılabilirmekte, meydana gelen bu zarar görevlilerce tazmin ettirilir.

Görevlilerin sorumluluk alanını düzenleyen gerek DİK'in 86'ncı maddesi, gerekse yukarıda değindiğimiz KİK'in 60'ıncı maddesinde, ihale sürecine iştirak edip yasak fiil veya davranışlarda bulunan kamu görevlileri hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılacağı belirtilmekle birlikte, hangi fiillerin hangi suçu oluşturacağı konusu belirsiz bırakıldığından, ilgili kişilerin fiilleri, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suç tipleri açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹⁰⁹.

Devlet İhale Kanunu'nda yer verilmese de Kanun'un 2'nci maddesinde ihale konusunu oluşturan işlerin, bu Kanun'da yazılı olan hallerden yararlanmak amacıyla kısımlara bölünemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Kanun koyucu tıpkı KİK'te olduğu gibi kanunda öngörülen istisnalardan yararlanmak amacıyla ihale konusu işlerin kısımlara ayrılmasını yasaklamıştır. Ancak, ihale konusu işe istekli çıkmadığı takdirde, alım şekillerini

¹⁰⁷ Devlet İhale Kanunu'nun 84'üncü maddesine göre, 83'üncü maddede belirtilen eylemlerde bulundukları tespit edilenler, eylemin özelliğine göre hem o ihaleden hem de ihaleyi yöneten bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklanabilirler. Bu kararlar, Resmi Gazete'de ilan edilir. Ayrıca müteahhitlik siciline de bu kararlar işlenir. Bu kişilerin, yasak süresi boyunca idarelerce yapılacak ihalelere müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılmaları yasaktır.

¹⁰⁸ Devlet İhale Kanunu'nun 85'inci maddesine göre ise, Kanun'un madde 83/c bendinde yazılı eylemlerde bulunan kişilerin bu durumları, ihale bittikten hatta iş teslim edildikten sonra anlaşılmış olsa dahi, ilgililer hakkında adli soruşturma yapılacaktır. Ayrıca ihaleden yasaklama kararı da verilecektir. Öte yandan yargılama sonuna kadar, müteahhitlere yeni bir iş verilmesi de yasaktır.

¹⁰⁹ Özgenç, 2013: 19-20; Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal vd., 2015.

değiştirecek mahiyette olmamak üzere önemli işlerin kısımlara ayrılması da mümkün kılınmıştır.

Devlet İhale Kanunu'nun 2'inci maddesinde, *“Arsası temin edilmemiş, mülkiyet ve kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış olan ve gerekli olduğu halde imar durumu, tip yapılarda tatbikat, diğerlerinde avan projeleri ve bunlara dayalı keşifleri bulunmayan yapım işlerinde ihaleye çıkılamaz.”* hükmü yer alır. İlkeyle ihaleyle görülecek olan işin en uygun şartlarda ve en kısa sürede yerine getirilmesi¹¹⁰, işlerin parasal sıkıntılar sebebiyle yarıda kalmasının ve uzun süreye yayılmasının engellenmesi, kamu kaynaklarının israf edilmesi önlenmek amaçlanmaktadır¹¹¹. Kanun koyucu, yapım işleri ihalesine çıkılmadan önce gerekli arsa, imar, proje, kamulaştırma gibi işlemlerin tamamlanmasını emretmiş, bu işlemler tamamlanmadan ihaleye çıkılmasını yasaklamıştır.

1.5. İhale Sürecinde Yapay Zeka

Yapay zekalar, karmaşık ve büyük bir insan çabası gerektiren görev ve sorumlulukları, insanlardan daha verimli ve hızlı şekilde gerçekleştirirler. Bilgi teknolojilerinin her geçen gün gelişmesi, sanayi devriminin dördüncü jenerasyonu olarak nitelendirilen endüstri 4.0 ile veriye dayalı bilimsel metotlara geçiş yapılması ile birlikte gerek özel sektörde gerekse kamusal faaliyetlerde yapay zekanın kullanımı bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu ihtiyaç Covid-19 döneminde daha da belirgin hale gelmiştir.

Bilindiği üzere ülkemizde ihale süreçleri, hem ihaleyi düzenleyen kamusal makamlar hem de ihaleye katılmak isteyen istekliler için önemli düzeyde insan çabası gerektirmektedir. Özellikle çok sayıda matbu evrakın ve formların doldurulmasını gerekli kılan düzenlemeler hem idare tarafına hem de istekli tarafına külfet getirmekte ve büyük bir zaman almaktadır. Öte yandan bu formların doldurulması sırasında basit yanlışlarla ya da eksik belge sunulması gibi sebeplerle birçok firma ihale süreci dışında kalmaktadır. Bu kapsamda ihale süreçlerinde yapay zeka kullanımının hem ihale hukuku hem de çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçuyla mücadele açısından üstünde durulması gereken bir konu olduğunu düşünüyoruz.

İdareler, yapay zekalarla birlikte ihaleye çıktıkları konuyla ilgili piyasada aktif şekilde yer alan daha çok firmaya ulaşabilir ve bu sayede rekabetçi bir ortam tesis edebilirler. Nitekim yapılacak başvuruların çevrimiçi sistemler aracılığı ile yapılmasının yaygınlaştırılması, bu sistemlerde adım adım evrak yükleme gibi bir mekanizma ile başvuruların eksiksiz olarak

¹¹⁰ Gözler ve Kaplan, 2012: 478.

¹¹¹ Çağlayan, 2019: 453.

yapılmasının sağlanması ve özellikle isteklilerin ihale şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olup olmadığının objektif şekilde belirlenebilmesi idareyi büyük bir külfetten kurtaracaktır. İdarelerin tekrar eden ihaleleri için yapay zekaların kullanılması da yine daha verimli olabilecek, kamusal hizmetlerin kesintisiz şekilde tesisi için hızlı bir süreç işletilebilecektir.

Yapay zeka, içerisinde barındırdığı ve internet ortamından elde edeceği milyonlarca farklı veri ile birlikte isteklileri analiz edip, tekliflerinin gerekli koşulları sağlayıp sağlamadığı, daha önce benzer nitelikte işleri yapıp yapmadığı gibi çok sayıda teknik bilgiyi tespit edebilecek ve istekliler arasında karşılaştırma da yapabilecektir. Aynı detaylı analiz neticesinde ihale süreçlerinde yaşanan tekelleşme ve kartelleşme problemi de çözüme kavuşturulabilecektir. Nitekim uygulamada bazı firmaların aralarında fiili veya hukuki bir işbirliği yaparak aynı iş koluyla iştigal rakip iki veya daha fazla firmanın ihaleye katılmasını engellemek amacıyla hareket etmesine sıkça rastlanmaktadır. İşte bu tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi ve ihale sürecinde işlenen suçları önlenmesi için yapay zeka kullanılması elzemdir. İhale sürecindeki insan etkisi ne kadar azalırsa, ihale sürecinde işlenen suçlar da aynı oranda azalacaktır. Bu anlamda yapay zekanın, hem rekabetçi bir ihale sürecinin tesisi hem de ihaleye fesat karıştırma suçunun önlenmesi açısından kamu otoriteleri tarafından bir araç olarak kullanılması gerekmektedir.

1.6. Değerlendirme

İdarelerin ihale ile ulaşmak istedikleri amaç, en uygun sözleşmecinin bulunarak kamunun yararına olan en iyi sözleşmenin imzalanmasıdır. Amaca ulaşılabilmesi, ihale sürecinin sona ermesine kadar bahsi geçen ilkelerin tam olarak uygulanması, uygun bir rekabet ortamının oluşması ve ilkelerin ilgililer tarafından ihlal edilmesini engellemek amacıyla birtakım yaptırımlar öngörülmesiyle mümkündür. İhaleyi yapan idarelerce denetim mekanizmalarının oluşturulması, sözleşme için en uygun ortamın sağlanması açısından elzemdir.

İhalelerde yasak fiil veya davranışlara ilişkin yukarıda değindiğimiz düzenlemelerin temel amacı da en verimli sözleşmecinin bulunmasıdır. Bu düzenlemelerde bahsi geçen fiil veya davranışların çoğu esasen çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fillerle örtüşür. Bununla birlikte hem KİK'te hem de DİK'te yasaklanmış olan filler, her zaman ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Bu anlamda yasak filler sebebiyle idarece ilgililere yalnızca idari yaptırımlar da uygulanabilir.

Öğretide yaygın görüşe göre ihalelerin kısımlara bölünememesi, ödeneği olmayan iş için ihaleye çıkılmaması ya da ÇED raporu alma zorunluluğu ihalelerde uyulması gereken

ilkeler olarak kabul edilir. Tarafımızca bu unsurlar ilke olarak değil yasak fiil ve davranışlar kapsamında değerlendirilmiştir. Nitekim kanun açıkça ihaleyi yapan idareye belli koşullar altında ihaleye çıkmasını ya da ihaleyi kısımlara bölmemesini emretmektedir. Hâl böyleyken bu unsurların yukarıda yer verdiğimiz ve uyulması idarelerin takdirine bırakılmış ve tavsiye niteliğinde bulunan ilkelerden bir farkı olduğu, bunların yasak fiil ve davranışlar olarak uygulamada dikkate alındığı ortadadır. Anılan nedenle bu unsurları yasak fiil ve davranışlar kısmında incelemek istedik.

İhale sürecinde yapay zekâ sistemlerinin kullanılması ile hem ihale sürecine daha fazla isteklinin iştirak edebilmesi mümkün olabilecek hem de basit evrak hataları ile isteklilerin ihale dışında bırakılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Yapay zekâ kullanımının bir başka yararı da ihale sürecinde işlenen suçların tespit edilmesi ya da önlenbilmesidir. Nitekim yapay zekânın sahip olduğu milyonlarca veri ile özellikle fiyat ve ihaleye katılma yeterliliği bakımından ayırım yapılabilecek, hukuka aykırı şekilde ihaleye katılma ihtimali olan istekliler saf dışı bırakılabilecektir. Özellikle ihalelerin şeffaf ve denetlenebilir şekilde yapılabilmesi açısından yapay zekâların kullanılmasının elzem olduğunu düşünmekteyiz. Günümüzde yapay zekâların sağlık, ulaşım, eğitim, adalet gibi birçok temel alanda aktif şekilde kullanıldığı da herkesin malûmudur. Dolayısıyla devletin çok büyük kaynaklar aktardığı ihalelerde yapay zeka ve makine öğrenmesi sistemlerinin daha aktif şekilde uygulamaya geçirilmesinin, hem istekliler hem de ihaleyi yapan idareler açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

2.1. Kanunî Düzenleme

İhaleye fesat karıştırma suçu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun, özel hükümlere ilişkin “İkinci Kitabı”nın, “Topluma Karşı Suçlar” adlı üçüncü kısmında ve “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer alan 235’inci maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre;

“Madde 235- (1) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar¹¹² 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) İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun;¹¹³

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

¹¹² Daha önce fıkra da yer alan “beş yıldan on iki yıla” şeklindeki düzenleme, 30 Nisan 2013 tarih ve 28633 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun’un 12’nci maddesi ile “üç yıldan yedi yıla” şeklinde düzenlenmiştir. www.kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.07.2020)

¹¹³ Daha önce suç sonucunda ilgili idareler nezdinde bir meydana gelmesi durumunda cezada yarı oranda artırılacağı ve zararın ortaya çıktığı kesin olmakla birlikte miktarının belirlenememesi halinde bu fıkra uygulanmasının engellemeyeceğine dair fıkra metni, 6459 sayılı Kanun’un 12’nci maddesi ile bu hali almıştır. www.kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 04.07.2020).

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 hükmolunur¹¹⁴.

(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 hâlinde de uygulanır.”

Maddede belirtildiği üzere, suç konusu olan mal alım veya satıma yönelik ihaleler ile hizmet alımın ya da satımına ilişkin ihaleler oluşturur. Yine kiralama ihaleleri ile yapım ihaleleri de suça konu olabilir. İfade etmek gerekir ki yapılacak olan ihalelerin KİK veya DİK kapsamında yapılmış bir ihale olması zorunluluğu yoktur¹¹⁵. Bu anlamda suça konu ihalenin, kamu kurum veya kuruluşları tarafından yapılması ve ihalenin mal, hizmet alımı veya satımı ya da kiralamaları işlemlerine yönelik olması aranır.

Usûlüne uygun şekilde işlemesi gereken bir ihalenin nasıl olması gerektiğine dair TCK’de ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığından, ihaleye fesat karıştırılıp karıştırılmadığı, KİK ve DİK başta olmak üzere ihale mevzuatında belirlenmiş koşulların incelenmesi ile ortaya çıkacaktır¹¹⁶.

2.2. Suçun Tarihsel Gelişimi

2.2.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanununa Kadar Geçen Dönem

Ekonomik suç kavramı, kamusal faaliyetlerin yakın bir geçmişe kadar sınırlı olması, içerisinde bulunduğumuz son yüzyıl içerisinde ise ticari ve iktisadi hayatın gelişim göstermesiyle ortaya çıkmıştır¹¹⁷. Ekonomik suçlar da, bu gelişmelerle beraber ceza hukukunun konusunu oluşturmaya başlamıştır. En çok karşılaşılan ekonomik suçlardan biri olan ihaleye fesat karıştırma ile etkin bir mücadele için hem ulusal düzeyde¹¹⁸ hem de uluslararası düzeyde¹¹⁹ birçok düzenleme getirilmiştir.

İslamiyet öncesi dönemde Uzakdoğu kültüründen etkilenmiş olan Türklerin, kendilerine mahsus bir hukuk sistemi olsa da, döneme ait kaynakların yetersiz oluşu sebebiyle incelememizin konusunu oluşturan suç tipine yakın bir düzenlemeye bu dönemde

¹¹⁴ Suçun değişiklik ile zarar suçuna dönüşmesi ve bu surette kanunun düzenleme tekniğine aykırı davranıldığına yönelik bir eleştiri için bkz. Şen ve Aksüt, 2014: 42.

¹¹⁵ Özgenç, 2013: 32; Abacıoğlu ve Abacıoğlu, 2016: 131.

¹¹⁶ Özbek, 2021a: 535.

¹¹⁷ Arslan, 2017: 77.

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eker Kazancı, 2011: 75-90.

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgin için bkz. Eker Kazancı, 2011: 90-11.

rastlanılmaz¹²⁰. Benzer düzenlemeler, ilk defa Tanzimat Döneminde ortaya çıkmıştır. 1840 (1256) tarihli Kanun-ı Ceza ve bu kanunun eksiklerini giderme gayesiyle çıkarılan 1851 (1267) tarihli Kanun-ı Cedit'te suç tipiyle ilgili doğrudan yapılan bir düzenleme bulunmasa da, benzer suç tipleri olarak mezkûr kanunların 7'nci fasıllarında tahsilat, masarifat memurlarının yolsuzluklarına ilişkin suçlara, yine Kanun-ı Cedit'in 12'nci ve 19'uncu maddelerinde hileli bazı suç tiplerine yer verilmiştir¹²¹. Ancak ifade edildiği üzere, her iki Kanunda da yer verilen düzenlemelerin, devlet adına yapılacak bir harcamanın ihale usûlüyle yapılıp yapılmadığına yönelik açıklık içermemesi sebebiyle, doğrudan bir ceza hükmü olduğu söylenemeyecektir¹²².

Türk Hukuk Tarihi açısından çalışma konumuzu oluşturan suça ilişkin düzenlemenin yer aldığı ilk kanun, 1858 (1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'dur¹²³. 765 sayılı TCK'nin yürürlüğe girmesine kadar birden fazla değişikliğe uğrayan bu Kanun'da, "Sirkat-ı Emval-i Miriye ve İrtikabat-ı Saire isimli 1'inci babında, 83'üncü maddede "*devlet hesabına yapılan alım satımlara fesat karıştırmak*" suç olarak düzenlenmiştir¹²⁴. Yine Kanunun onuncu faslında yer alan 238'inci maddede¹²⁵ "müzayedeye fesat karıştırmak" suç olarak düzenlenmiştir¹²⁶. Anılan maddede "*beynennas müzayedelerden*" bahsedilmiş olması nedeniyle, özel kişiler arasında yapılan ihaleler de madde kapsamında yer alır¹²⁷.

2.2.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Ceza Kanunname-i Hümayunu, 13 Mart 1926 tarih ve 320 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe giren 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. 765 sayılı TCK'de çalışma konumuz olan ihaleye fesat karıştırma suçuna karşılık gelen birden fazla hükme dağınık şekilde yer verilmiştir¹²⁸. Kanun'un 205. maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu düzenlenmiştir. Yine 208. maddesinde ihalelerde kendisine çıkar sağlayan kamu görevlisinin sorumluluğu, 358 ila 368'inci maddelerinde ise rekabetin ihlali düzenlenmektedir.

¹²⁰ Arslan, 2017: 81.

¹²¹ Arslan, 2017: 84.

¹²² Eker Kazancı, 2011: 56.

¹²³ Arslan, 2017: 85; Eker Kazancı, 2011: 56.

¹²⁴ Arslan, 2017: 85; Eker Kazancı, 2011: 56.

¹²⁵ Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 238'inci maddesi şu şekildedir: "*Beynennas bilmüzayedeye bey' ve şıra veyahut icar ve isticar olunacak emval ve emlakın müzayedesine kavlen veya fiilen zarar veren eşhas on beş günden üç aya kadar hapis ve bir mecidiye altından yüz mecidiye altına kadar ceza-i nakdi ahzi ile mücazat olunur.*"

¹²⁶ Arslan, 2017: 85.

¹²⁷ Eker Kazancı, 2011: 56.

¹²⁸ Arslan, 2017: 86; Eker Kazancı, 2011: 57.

2.2.2.1. Devlet Hesabına Yapılan Alım Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu

765 Sayılı TCK'nin 205'inci maddesi şu şekildedir:

“Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikâp eylerse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve zarar kendisine ödetilir.”¹²⁹

Görüldüğü üzere devlet hesabına yapılan bir alım-satım veya yapım işinde failin, malın fiyatına ya da yapımına fesat karıştırmak suretiyle irtikâpta bulunması suçun maddi unsurudur¹³⁰. Yine failin, suçun oluşabilmesi için kendisi veya başkası hesabına, haksız bir yarar sağlaması da aranır¹³¹.

Bahsi geçen fiilin hukukî niteliğine ilişkin öğretide değişik görüşler öne sürülmüştür. Bu görüşlerden biri fiilin, memuriyet görevini kötüye kullanma suçunun bir türünü oluşturduğuna ilişkin iken¹³², diğer bir görüş zimmet suçunu oluşturduğuna ilişkindir¹³³.

Öte yandan bahsi geçen suçun failinin kimler olabileceği hususu da öğretide tartışmalıdır. İleri sürülen görüşlerden birine göre, maddede yer alan “*bir kimse*” ifadesi ile bir kimsenin Türkiye Devleti adına almaya ya da satmaya yahut yapmaya memur olması yeterli görülür¹³⁴. Diğer görüşe göre ise maddede “*bir kimse*” ifadesi bulunmakta ise de, suçun devlet idaresi aleyhine işlenen suçlarla aynı bölümde düzenlenmesi, yine “*205. maddeye göre mahkûm olanlar için ayrıca “memuriyetten müebbetten men cezası”* verileceğini öngören Kanun’un 219’uncu maddesinin 4’üncü fıkrası birlikte değerlendirildiğinde bu suçun failinin sadece memur veya memur sayılan kişiler olabileceğidir¹³⁵. Failin memur olmaması hâlinde ise fiil diğer özelliklerine göre Kanunun 361, 362 veya 366’ncı maddelerindeki suçları oluşturabilecektir¹³⁶.

Madde metninde alım-satım ya da yapım işiyle görevlendirilmiş olan failin Türkiye Devleti hesabına hareket etmesi arandığından, failin hükümeti teşkil eden bakanlıklardan biri

¹²⁹ Madde metninde “Türkiye Devleti” ibaresi kullanılırken, 366. maddede “hükümet hesabına” ifadesinin kullanılmasının belirsizliğe yol açtığına dair bir eleştiri için bkz. Eker Kazancı, 2011: 58.

¹³⁰ Eker Kazancı, 2011: 58.

¹³¹ Erem ve Toroslu, 2003: 164; Yine Yargıtay uygulaması da failin haksız bir menfaat sağlamaması hâlinde suçun oluşmayacağı yönündedir. Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/10322 K. 2014/9411 T. 1.10.2014 tarihli kararda; “765 Sayılı Kanunun 205. maddesindeki suçun oluşabilmesi için memur veya memur gibi cezalandırılabilen kişilerin kendileri veya üçüncü kişiler lehine haksız menfaat sağlamasının gerektiği ve bunun suçun maddi unsuru olduğu, alım satımın uygulama usûl ve şekillerine aykırı davranılması veya ihale tamamlandıktan sonra yapılan usûlsüz eylemlerin alım satıma fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağını” belirtmiştir. www.kazanci.com, Kazancı Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 06.07.2020).

¹³² Önder, 1994: 132; Artuk vd., 2004: 327; Yazıcıoğlu, 1994: 136.

¹³³ Erem ve Toroslu, 2003: 163.

¹³⁴ Önder, 1994: 133.

¹³⁵ Erem ve Toroslu, 2003: 163-164; Dilberoğlu, 2018: 105.

¹³⁶ Erem ve Toroslu, 2003: 163.

hesabına hareket etmesi gerektiği, bu itibarla yerel idareler ve belediyeler ile diğer kamu kuruluşları adına görevli kılınan bir memurun maddede suç sayılan hareketlerden birini işlemesi hâlinde cezalandırılmayacağı ileri sürülmüştür¹³⁷. Fakat Yargıtay, kamu iktisadi teşebbüsleri adına düzenlenen alımlarda da ilgili maddenin uygulama alanı bulması gerektiğini belirtmiştir¹³⁸. Yine öğretide bazı yazarlar tarafından maddede geçen “Türkiye Devleti” kavramına devletin sadece merkezi yönetim örgütünün değil, tüm kurum ve kuruluşlarının dâhil olduğu ifade edilir¹³⁹.

Türkiye Devleti adına alım satıma konu olacak veya yapılacak eşya taşınır ya da taşınmaz olabileceği gibi tüketilecek bir mal da olabilir¹⁴⁰.

Fesat karıştırmak kavramının ne ifade ettiğinin madde metninde belirtilmemesi eleştirilmiş, bu durumun suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir¹⁴¹. Failin fesat karıştırmaktan anlaşılması gerekenin, alınacak, satılacak ya da yapılacak şeylerin kıymetinde veya miktarında hile kullanması suretiyle kendisine veya üçüncü bir kişiye çıkar sağlaması ve bu surette ihaleyi yapan kurumu zarara uğratması olduğu belirtilir¹⁴². Ayrıca yukarıda değindiğimiz DİK’in 83’üncü ve KİK’in 17’nci maddesinde düzenlenmiş bulunan yasak fiil ve davranışların, bu madde kapsamında fesat karıştırma olarak nitelendirilebilecek eylemler olduğu söylenebilir¹⁴³. Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda suçun tamamlanması için kamu görevlisinin “irtikâp etmesi” yani fesat karıştırması nedeniyle çıkar elde etmesinin gerekli olduğuna hükmetmektedir¹⁴⁴. Sözü edilen menfaatin niteliğinin önemli olmadığını savunanlar olduğu gibi¹⁴⁵, bunun sadece maddi bir menfaat olabileceğini savunanlar da vardır¹⁴⁶. Öte yandan öğretide maddede yer alan fiil ile alınacak, satılacak veya yapılacak malların fiyat veya miktarına fesat karıştırılmasının ifade edildiği ileri sürülmektedir. Bu nedenle bu görüşün savunucularına göre, faalin herhangi bir hile olmaksızın hareket etmesi -örneğin sırf akrabasının veya mensubu bulunduğu partiye kayıtlı bir tanıdığının tercih edilmesi gayesiyle

¹³⁷ Erman ve Özek, 1992: 56-57; Özgenç, 2002: 238; Karşı görüş için bkz. Arslan, 2017: 89; Artuk vd., 2004: 332.

¹³⁸ Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 1991/4124 K. 1991/4738 T. 06.11.1991 tarihli kararı; “Y.....İlçesi Tekel Müdürü olan sanık Mehmet’in aynı yerde tekel eksper’i Mehmet Nuri ve özel eksper Seyfi ile anlaşarak kamu iktisadi teşebbüsü olan Tekel hesabına bütün almaya memur edildikleri sırada sahte belgeler düzenledikleri veütünün kalitesini olduğundan yüksek gösterip pahasında fesat karıştırarak menfaat sağlanmasına ve adı geçen işletmenin zarara girmesine yol açtıkları anlaşılmasına göre eylemin TCK.nun 205. maddesinde yer alan suç oluşturduğu...”, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 07.07.2020).

¹³⁹ Arslan, 2017: 89; Artuk vd., 2004: 332.

¹⁴⁰ Özgenç, 2002: 237; Erman ve Özek, 1992: 57.

¹⁴¹ Özgenç, 2002: 238.

¹⁴² Dönmezer ve Erman, 1983: 91; Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz., Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2000/726, K. 2000/2053 T. 10.05.2000 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 07.07.2020).

¹⁴³ Özgenç, 2002: 240; Artuk vd., 2004: 332.

¹⁴⁴ Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2001/3663, K. 2001/5937 T. 17.10.2001 tarihli kararı;

¹⁴⁵ Önder, 1994: 133; Yazıcıoğlu, 1994: 138; Artuk vd., 2004: 332.

¹⁴⁶ Erman ve Özek, 1992: 59, Özgenç, 2002: 240.

hile yapmak veya hata sadece duygusal saiklerle hareket etmek hükmün kapsamında yer almaz¹⁴⁷.

Failin fesat karıştırmaksızın, maddede sayılan işlerden haksız menfaat sağlaması 205'inci maddede düzenlenen suçı değil, örneğin şahsen veya ortağı bulunduğu şirketler vasıtasıyla ticaret yapmak veya komisyon alınmak suretiyle işlenmişse 208'inci maddede düzenlenen suçı meydana getirecektir¹⁴⁸. Ancak fail hem fesat karıştırmak hem de yukarıda değinildiği gibi ticaret yapmak veya komisyon almak şeklinde eylemde bulunursa her iki maddeyi de ihlal etmiş olur ve bu halde fikri içtima kurallarına göre, daha ağır yaptırım öngören 205'inci madde gereğince cezalandırılır¹⁴⁹.

Fesat karışdırma, Kanun'da ifade edilen işlerin yapılması esnasında icra edilebileceği gibi, bu işlerin hazırlık safhasında da (örneğin; ilan evresinde) gerçekleşebilir. Öte yandan sözleşme imzalandıktan sonra edimin ifası sırasında gerçekleşmesi de ihtimal dahilindedir¹⁵⁰.

Maddede düzenlenen suç kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenirse bu suç meydana gelmez¹⁵¹. Burada aranan genel kastın yanında failin ancak hile kullanmak suretiyle bu suçı işleyebileceğinden bahisle özel bir kastın da bulunması gerektiği iddia edilmiştir¹⁵².

2.2.2.2. Devlet İçin Yapılan Eşya Alım veya Satımında Ticaret Yapma Suçu

765 Sayılı TCK'nin 208'inci maddesi şu şekildedir:

“Devlet memurlarından her kim, idaresine ve nezaretine memur oldukları işlerde Devlet için az veya çok eşya veya malzeme alım veya satımında gizli veya aşikar, 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.”

Suçun faili, kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere idare ve gözetiminde bulunan bir işte ticaret yapan veya bu işlerden komisyon alarak kendine menfaat sağlayan memurdur¹⁵³. Suçun oluşması için, failin memurun bizzat kendisinin ya da bir başkası aracılığı ile veya ortaklık kurmak suretiyle işlenmesi şarttır¹⁵⁴. Ancak ihale konusunun “götürü şekilde üstlenilen imalat yahut inşaat işi” olması hâlinde ticaretin mutlak surette ortaklık kurmak suretiyle

¹⁴⁷ Erman ve Özek, 1992: 59.

¹⁴⁸ Erman ve Özek, 1992: 59; Erem ve Toroslu, 2003: 164.

¹⁴⁹ Erman ve Özek, 1992: 61.

¹⁵⁰ Özgenç, 2002: 237; Önder, 1994: 133, Erem ve Toroslu, 2003: 164.

¹⁵¹ Dönmezer ve Erman, 1983: 91; Erman ve Özek, 1992: 60; Özgenç, 2002: 243; Artuk vd., 2004: 334.

¹⁵² Yazıcıoğlu, 1994: 141; Erman ve Özek, 1992: 60; Erem ve Toroslu, 2003: 164.

¹⁵³ Özgenç, 2002: 246; Erman ve Özek, 1992: 62; Dilberoğlu, 2018: 109.

¹⁵⁴ Arslan, 2017: 95.

gerçekleşmesi gerekir¹⁵⁵. Kanunda alım veya satım işlerinde ticaret yapılmasından bahsedildiğinden, bu kapsamda değerlendirilemeyecek olan iş ve işlemler maddede düzenlenen suç oluşturmaz¹⁵⁶.

Suçun oluşabilmesi açısından failin kazanç sağlaması ya da devletin zarar görmesi zorunlu değilse de, failin eylemlerinin fesat teşkil etmemiş olması gereklidir¹⁵⁷. Aksi takdirde yukarıda da ifade edildiği üzere fail hem fesat karıştırarak hem de yukarıda değinildiği gibi ticaret yapmak veya komisyon almak şeklinde eylemde bulunursa her iki maddeyi de ihlal etmiş olacak, bu kez fikri içtima kurallarına göre, daha ağır cezayı gerektiren 205'inci madde gereğince cezalandırılacaktır¹⁵⁸. Ayrıca yapılan alım satımda arttırma, eksiltme metotları uygulanırsa 208'inci maddeye göre daha özel bir madde olan ve aşağıda inceleyecek olduğumuz 366'ncı ve 367'inci maddelerin uygulanması gerekecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında suçun nitelikli haline yer verilmiş olup, fail maddede bahsedilen işlerden komisyon alır veyahut nakit veya kâğıt ya da madeni para değişiminde kazanç sağlarsa verilecek ağır hapis cezası beş seneden az olmayacaktır¹⁵⁹.

Suçun işlenmesi için manevi unsur olarak genel kastın yeterli olacağını savunanlar olduğu gibi¹⁶⁰, failin kendi idare ve nezaretine giren bir işte ticaret yaptığını veya imal veya inşaata ortak olduğunu bilip istemesi ve kazanç elde etme amacıyla gayesiyle eylemde bulunması gerektiğini yani özel bir kastın bulunması gerektiğini savunanlar da vardır¹⁶¹.

2.2.2.3. Hükümet Hesabına Yapılan Arttırmaya veya Eksiltmeye Fesat Karıştırma Suçu

765 Sayılı TCK'nin 366'ncı maddesi şu şekildedir:

“(1) Her kim hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayede ve münakasada şiddet veya tehdit ile veya hediye vaat ve itasıyla, veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti men veya ihlal yahut müzayede ve münakasada pey sürenleri çekilmemeye sevk ederse, üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.

(2) Eğer fail kanunen veya hükümet tarafından müzayede veya münakasaya memur olan kimse ise bir seneden üç seneye kadar hapis ve elli liradan dört yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi hükmolunabilir.”

Suçun oluşabilmesi için failin resmi bir açık arttırma (müzayede) veya eksiltmede (münasakada), madde sayılan fiillerle rekabet ortamını engellemesi veya bozması ya da arttırma ve eksiltmede pey sürenleri çekilmeye sevk etmesi gerekir¹⁶². Maddede sayılan seçimlik

¹⁵⁵ Erman ve Özek, 1992: 62-63.

¹⁵⁶ Erman ve Özek, 1992: 62-63.

¹⁵⁷ Erman ve Özek, 1992: 59; Erem ve Toroslu, 2003: 164.

¹⁵⁸ Erman ve Özek, 1992: 61.

¹⁵⁹ Arslan, 2017: 95; Erman ve Özek, 1992: 65.

¹⁶⁰ Özgenç, 2002: 248.

¹⁶¹ Erman ve Özek, 1992: 64.

¹⁶² Özgenç, 2002: 254.

hareketlerden biri ile suç oluşacağından ayrıca haksız bir menfaat sağlanması veya kamunun zarar görmesine gerek bulunmaz¹⁶³. Fiilin sonucunda zararın gerçekleşmesinin aranmamış olması suçu, 205'inci maddede ihdas edilen devlet adına eşya alım-satımında ticaret yapma suçundan ayırır¹⁶⁴.

Suçun oluşumu için gerekli olan seçimlik hareketlerde aranan temel unsur ise hiledir¹⁶⁵. İhale konusunun mal, hizmet, kira olmasının veya tabi olduğu mevzuatın da suçun oluşması açısından önemi yoktur¹⁶⁶. Yine madde metninde geçen münakasa terimi eksiltme anlamına gelse de, kavramın geniş yorumlanması gerektiği, bu anlamda münakasada en uygun ve en düşük fiyatın veya ekonomik olarak en avantajlı teklifin alınmasının amaçlandığı, bu amaç doğrultusunda uygulanan ihale usûlünün de fark oluşturmayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁷. Maddede yalnızca hükümet adına düzenlenen ihaleler sayıldığından, yerel idareler ve kamu iktisadi teşebbüsleri adına düzenlenen ihaleler bu suç kapsamında değerlendirilmeyecektir¹⁶⁸.

Maddede “her kim” ibaresi kullanıldığı için suç, herkes tarafından işlenebilen bir suç olup, failin ihale sürecinde yetkili bir memur olması, maddenin 2'nci fıkrasında nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir¹⁶⁹. Öte yandan failin rekabeti engellemek amacıyla eylemde bulunması arandığından söz konusu suçun özel kast aranan bir suç türü olduğu söylenebilir.

2.2.2.4. Kamunun Müzayedelerine veya Özel Arttırmalara Fesat Karıştırma Suçu

765 Sayılı TCK'nin 366'ncı maddesi şu şekildedir:

“Gerek resmi daireler marifetiyle ve gerek beynennas bilmüzayede alınıp satılacak yahut kiraya verilip alınacak mal ve mülklerin müzayedesinde yukarıdaki 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”.

Suçun konusunu oluşturan ihaleler, 366'ncı maddedeki suçtan farklı olarak, resmi bir daire hesabına değil “resmi daireler marifetiyle” veya “özel kişiler arasında” yapılan müzayedelerdir¹⁷⁰.

Maddede suçun konusu alım-satım ve kiralama olarak sınırlandırılmış olup, sayılanlar dışında gerçekleşecek ihaleler (örneğin; hizmet veya yapım ihaleleri) madde kapsamında değerlendirilemez¹⁷¹. Yine maddede “müzayede” dendiği için fiilin bir açık arttırmada meydana

¹⁶³ Arslan, 2017: 97.

¹⁶⁴ Özgenç, 2002: 254.

¹⁶⁵ Özgenç, 2002: 253.

¹⁶⁶ Özgenç, 2002: 254; Arslan, 2017: 97.

¹⁶⁷ Özgenç, 2002: 252.

¹⁶⁸ Eker Kazancı, 2011: 59.

¹⁶⁹ Arslan, 2017: 97; Aksi yönde bkz., Dönmezer ve Erman, 1983: 90.

¹⁷⁰ Arslan, 2017: 98.

¹⁷¹ Özgenç, 2002: 259; Arslan, 2017: 98.

gelmesi gerekmekte olup, 366'ncı maddeden farklı olarak eksiltme ihalesinde bu suç oluşmayacaktır¹⁷².

Suç, 366'ncı maddede ifade edilen fiiller ile icra edilmelidir. Bu doğrultuda failin gerek resmi daireler marifetiyle ve gerek özel kişiler arasında yapılan alım, satım, kiralama işlemlerine şiddet, tehdit uygulayarak yâda hediye, menfaatler teminiyle gizli ittifak kurarak veya hile ile rekabeti ortadan kaldırarak ya da bozarak ihaleye girenleri çekilmeye sevk etmesi bu suçu oluşturacaktır. Bu nedenle tıpkı 366'ncı maddede olduğu gibi bu suçta da failin özel kastla hareket etmesi aranabilir.

Suçun faili, herhangi bir kimse olabileceği gibi bir kamu görevlisi de olabilir¹⁷³. Ancak failin kamu görevlisi olması hâlinde 366'ncı maddenin 2'nci fıkrasından farklı olarak cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal bu suç açısından bulunmamaktadır¹⁷⁴.

2.2.2.5. Para ve Sair Menfaat Karşılığında İhaleden Çekilme Suçu

765 Sayılı TCK'nin 368'inci maddesi şu şekildedir: “Bir kimse kendisine veya başkasına vaat edilmiş para veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye veya münakasaya devamdan istinkâf suretiyle resmi müzayedeye fesat karıştırırsa altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayi nakiye mahkûm olur.”

Suçun meydana gelebilmesi için icra edilen resmi bir ihalenin mevcut olması gereklidir¹⁷⁵. Dolayısıyla özel kişiler arasında yapılan ihaleler bu kapsamda değerlendirilmez¹⁷⁶. Failin arttırma veya eksiltme şeklindeki bir ihaleye teklif vermesi ve kendisine veya başka bir şahsa vaat edilmiş para ya da farklı nitelikte çıkar için ihaleden çekilmiş olması gerekir¹⁷⁷. Anılan sebeple kişinin ihaleye iştirak etmemiş olduğu bir evrede, kendisine veya başka bir şahsa vaat edilmiş para ya da farklı nitelikte çıkar karşılığında ihaleden çekilmesi durumunda, diğer koşulların da varlığı hâlinde 366'ncı maddede düzenlenen suç meydana gelir¹⁷⁸. Öte yandan faili para ya da başka bir çıkar karşılığında müzayede ve münakasadan çekilmeye sevk edenler ise 366'ncı madde kapsamında cezalandırılabilir¹⁷⁹.

¹⁷² Özgenç, 2002: 259.

¹⁷³ Arslan, 2017: 98.

¹⁷⁴ Arslan, 2017: 98.

¹⁷⁵ Özgenç, 2002: 260; Arslan, 2017: 68.

¹⁷⁶ Erman ve Özek, 1992: 701.

¹⁷⁷ Arslan, 2017: 99.

¹⁷⁸ Erman ve Özek, 1992: 701; Özgenç, 2002: 260-261, bkz. Çalışmamızın 2.2.2.3. numaralı bölümü.

¹⁷⁹ Özgenç, 2002: 262.

Suç, isteklinin ihaleden çekilmesiyle oluşmakta olup para veya başka bir menfaatin sağlanıp sağlanmamasının bir önemi yoktur¹⁸⁰. Vaat edilen menfaatin maddi nitelikte olup olmaması da önemli değildir¹⁸¹.

Suç, kasten işlenebilen bir suç olup amaç ve saikin önemi bulunmaz¹⁸².

2.2.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan değişikliklerle Kanun, bütünlüğünü kaybetmiş ve yaşanan yeni gelişmeler karşısında da etkinliğini yitirmiştir¹⁸³. Bu nedenle 12.05.2003 tarihinde Hükümet Tasarısı olarak yeni bir Türk Ceza Kanunu TBMM'ye sevk edilmiştir¹⁸⁴. Tasarının "Özel Hükümler"inin yer aldığı İkinci Kitabının, "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" alt başlıklı Sekizinci Bölümü'nde kamu taahhütleri ve ihalelere ilişkin suçların düzenlendiği 342 ve 343'üncü maddeleri, düzenlemeyle amaçlanan yolsuzlukla mücadelede yetersiz görülmüş, TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan değişiklikle tekrar düzenlenmiş ve son olarak "ihaleye fesat karıştırma" ve "edimin ifasına fesat karıştırma" suçu olarak 26.09.2004 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilerek, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu olarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸⁵.

2.3. Korunan Hukukî Değer

Hukukî değerler, toplumda mevcut olan sosyal ve ekonomik düzenin devam etmesi adına korunması gereken metafizik değerlerdir¹⁸⁶. Suç ise korunması gerekli olan hukukî değerlerin ve bunları koruyan kuralların, bilerek ve istenerek ya da en azından özen yükümlülüğüne aykırı olarak ihlal eden insan davranışlarıdır¹⁸⁷. Suçu oluşturan her eylem, daima korunan bir hukukî menfaati de ihlal ettiğinden, ihlale maruz kalan bir hukukî değer olmaması hâlinde suçtan da söz edilemeyecektir¹⁸⁸. Bir suç ile korunan hukukî değer bir tane olabileceği gibi kimi zaman birden fazla da olabilir¹⁸⁹. Örnek verecek olursak; hırsızlık suçunda

¹⁸⁰ Arslan, 2017: 99.

¹⁸¹ Arslan, 2017:99; Aksi düşüncede Özgenç, 2002: 261.

¹⁸² Arslan, 2017:99.

¹⁸³ Arslan, 2017: 99.

¹⁸⁴ www.tbmm.gov.tr.(erişim tarihi: 10.07.2020).

¹⁸⁵ Arslan, 2017: 100.

¹⁸⁶ Özgenç, 2020: 176; Ünver, 2003: 149, 432; Demirbaş, 2020: 574.

¹⁸⁷ Özgenç, 2020: 174; Soyaslan vd., 2014: 105.

¹⁸⁸ Ünver, 2003: 147, 614.

¹⁸⁹ Özgenç, 2020: 177.

korunan hukukî değer kişinin malvarlığı iken, yağma suçunda korunan hukukî değerler kişinin hem vücut dokunulmazlığı hem irade hürriyeti hem de malvarlığı hakkıdır¹⁹⁰.

Suçla korunan hukukî değerler bakımından genel ve özel konu şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Devletin kendi varlığını korumayı ve geliştirmeyi sağlaması hususundaki yararı yanında her bir suçta, ayrı ayrı korunan özel ve esaslı daha büyük bir değer bulunur¹⁹¹. İşte bu özel konu, ihlal edilen hukukî değerlerin çeşitlerine ve niteliklerine göre suçların birbirinden ayrılmasına hizmet eder ve bu surette Türk Ceza Kanunu'nun "*Özel Hükümler*" kısmında yer alan suçların sınıflandırılmasını sağlar¹⁹². Bu nedenle, belli bir suçla, hangi hukukî değerlerin korunmaya çalışıldığının belirlenebilmesi için ilk olarak suçun kanun sistematğinde mevcut yerine bakılmalıdır.

Çalışmamızın konusu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Özel Hükümler*" başlıklı ikinci kitabında, "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmında ve "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*" başlıklı dokuzuncu bölümünde, 235'inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçudur. Maddenin gerekçesinde, suçla korunan hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesi kapsamında yürütülmesi gerektiğine yönelik ve bilhassa mal veya hizmet alım ya da satımı gibi ihale muamelelerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güven olduğu ileri sürülmektedir. Fakat kanunun sistematğinde ihaleye fesat karıştırma suçunun bulunduğu konum ve suçun özellikleri gözetildiğinde suçla korunan hukukî değer gerekçede sayılanlarla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır¹⁹³.

Suçla konu ihalelerin kamu kurumları veya kuruluşları adına ya da bunlar aracılığıyla yapılması ve suç kapsamında çıkar sağlayan görevlilerin ilgili suç hükümleri uyarınca ayrıca cezalandırılacağına öngörülmesi karşısında, suçla bu konuda da bir koruma amaçlandığı açıktır¹⁹⁴. Bir görüşe göre bu suçla korunmak istenen hukukî değer, öncelikle kamu idaresinin güvenilirliği ve itibarı olup bunun yanında kamunun ekonomik menfaatleri de korunmaktadır¹⁹⁵. Başka bir görüşe göre ise suçla korunan hukukî değer ihalede serbest rekabet olup, bu kapsamda hem kamu kurum ve kuruluşlarının ekonomik çıkarları hem de ihaleye katılanların hak ve çıkarları korunmaktadır¹⁹⁶. Diğer bir görüşe göre ise korunan hukukî değer tespitinde bizzat ihale sürecine hâkim olan ilkelerin göz önüne alınması gerektiği, bu anlamda söz konusu suç

¹⁹⁰ Özgenç, 2020: 177.

¹⁹¹ Demirtaş, 2020: 573.

¹⁹² Ünver, 2003: 509; Demirbaş, 2020: 573.

¹⁹³ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 134.

¹⁹⁴ Arslan, 2017: 117; İştin, 2019: 113; İhale sürecinde Kamu görevlilerin cezai sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ünal vd., 2015.

¹⁹⁵ Koca, 2014: 72; Arslantürk, 2021: 346.

¹⁹⁶ Soyaslan vd. 2014: 106; Akbulut, 2009: 67; Arslan, 2017: 118; Erman ve Özek, 1992: 693; Eker Kazancı, 2011: 114.

ile eşitliğe dayalı, saydam ve rekabetçi bir ihale süreci, devletin güvenilirliği, kamu kaynaklarının verimli kullanılması korunmaktadır¹⁹⁷. İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin bir Yargıtay kararında korunan hukuki değer şu şekilde ifade edilmiştir¹⁹⁸; “*suçun hukukî konusunun kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğuna işaret edilmektedir.*”.

Sonuç olarak, kanun koyucu ihaleye fesat karıştırma suçunu, sosyal ve ekonomik düzenin belli bir sistem içerisinde yürümesi gerektiği yönündeki hukukî değeri öncelikli tutarak, ekonomik suçlar arasında düzenlemiş, idare adına veya bizzat idare tarafından yapılan ihalelerde ise devlet memurlarına karşı olması gereken güveni de koruma altına almayı amaçlayarak birden fazla hukukî değeri koruyan bir suç ihdas etmiştir¹⁹⁹.

2.4. Suçun Unsurları

2.4.1. Genel Olarak

Suçun varlığı için mevcut olması gereken bütün şartlara “*unsur*” denilir²⁰⁰. Suçun unsurları, genel unsurlar ve özel unsurlar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulur²⁰¹. Genel unsurlar, bütün suçlar açısından ortak olarak bulunan ve bulunmadıkları zaman suçun oluşumunu engelleyen unsurlar olup²⁰² bunlara suçun asli unsurları, zorunlu unsurlar veya kurucu unsurları da denilir²⁰³. Özel unsurlar ise her suç için ortak olmayıp, ceza kanunlarının özel bölümlerindeki veya ceza hükmü yer alan özel yasalarda suç tanımlarında bulunan ve bu suçları birbirinden ayırt etmeye yarayan unsurlardır²⁰⁴. Suçun basit halini meydana getiren kurucu/genel/asli unsurların yanında, tali/ikincil nitelikte olup, bulunması hâlinde daha ağır veya daha hafif şekilde cezalandırılmasına sebebiyet veren nitelikli unsurlar da söz konusu olabilir²⁰⁵.

Türk Ceza Hukuku öğretisinde suçun unsurları konusunda yazarlar arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Suçun, “maddi unsurlar- manevi unsurlar- hukuka aykırılık unsuru”²⁰⁶, “tipe uygun eylem- hukuka aykırılık- kusurluluk”²⁰⁷, “kanunî unsur- tipiklik- maddi

¹⁹⁷ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 135-136; Özbek, 2021a: 756; Tuğrul, 2013: 31; Dilberoğlu, 2018: 130-131.

¹⁹⁸ Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2012/13889 K. 2014/2198 T. 03.03.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 12.07.2020).

¹⁹⁹ Arslan, 2017: 118.

²⁰⁰ Kunter, 1949: 31,35.

²⁰¹ Demirbaş, 2020: 211; Artuk vd., 2007: 380.

²⁰² Demirbaş, 2020: 212.

²⁰³ Arslan, 2017: 121.

²⁰⁴ Kunter, 1949: 35; Demirbaş, 2020: 212; Arslan, 2017: 121.

²⁰⁵ Kunter, 1949: 36; Arslan, 2017: 121.

²⁰⁶ Özgenç, 2020: 178.

²⁰⁷ Özbek vd., 2020: 206.

unsur- hukuka aykırılık- manevi unsur (kusurluluk)”²⁰⁸, tipik fiil- hukuka aykırılık- kusurluluk”²⁰⁹, “tipiklik ve hukuka aykırılık”²¹⁰ şeklinde sınıflandırılmalarına tabi tutulduğu görülmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nun 21/1-2, 30/1, 37/1, 61/2 maddelerinde “suçun kanunî tanımındaki unsurlardan”, 50’nci maddesinin 2’nci fıkrasında “*suç tanımından*” bahsedilerek tipiklik unsurundan ve yine 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında “suçun kanunî tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse” ibaresiyle de kanunî tanımdaki unsurların “*maddi unsurlar*” ve “*manevi unsurlar*” olarak ikiye ayrıldığı benimsenir²¹¹. Kanunun 40/1. maddesinde ve özel hükümler kısmındaki birçok özel hükümde fiilin “hukuka aykırı olmasından” söz edilmek suretiyle, suçun bir diğer unsurunun da hukuka aykırılık olduğu kabul edilmiştir²¹². Biz de çalışma konumuzu oluşturan suç, tipiklik, maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsuru olmak üzere dört unsur üzerinden inceleyeceğiz.

2.4.2. Tipiklik

Öğretide kanunî unsur²¹³ veya yasallık unsuru²¹⁴ olarak da adlandırılan tipiklik²¹⁵, suç sayılan fiilin kanunda yer verilen soyut tasviridir²¹⁶. Failin eylemi, bu soyut tasvirle somutlaşır ve iradi davranış kanunda yer verilen unsurları ihlal ettiğinde tipiklik gerçekleşmiş olur²¹⁷. Her suç tanımı, failin iradi davranışının cezalandırılabilirliği bakımından bulunması gereken fiile ve faile ilişkin tüm unsurları kapsar²¹⁸. Bu anlamda suçun kanunî tanımı, fiilin haksızlık içeren tipini somutlaştırarak, tüm unsurları bir araya toplama görevine sahiptir²¹⁹. Bu anlamda tipiklik, bir fiili suç olarak düzenleyen ve fiil karşılık yaptırım öngören kanuni bir düzenlemenin olmasıdır²²⁰.

Suçun kanunî unsuru, çoğu zaman ceza kanunlarının özel hükümleri ile ilişkili olarak ele alındığından, öncelikle özel hükümlerde tek tek ele alınmış suçlardan birinin somut olayda gerçekleşmiş olup olmadığı tespit edilmeli, daha sonra ise genel hükümler kısmında düzenlenen

²⁰⁸ Dönmezer ve Erman, 1976: 326-327; Artuk vd., 2007: 377; Centel vd., 2017: 215-216.

²⁰⁹ Kunter, 1949: 22.

²¹⁰ Akbulut, 2020: 106; Özen, 2018: 138.

²¹¹ Arslan, 2017: 123.

²¹² Arslan, 2017: 123.

²¹³ Dönmezer ve Erman, 1976: 326-327.

²¹⁴ Centel vd., 2017: 235.

²¹⁵ Kunter, 1949: 39-75; Önder, 1994: 39.

²¹⁶ Artuk vd., 2007: 224; Özen, 2018: 138.

²¹⁷ Artuk vd., 2007: 224.

²¹⁸ Koca ve Üzülmöz, 2020: 104.

²¹⁹ Koca ve Üzülmöz, 2020: 105.

²²⁰ Hakeri, 2008: 84.

suçun diğer unsurları gözden geçirilmelidir²²¹. Çalışmamızın konusunu oluşturan suç, TCK'nin 235'nci maddesinde tanımlanmış olup, bu suç açısından tipikliğin gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için fesat karıştırılan ihalenin belli niteliklere sahip olması ve fesat kabul edilebilecek fiillerin de yine tanımda yer verilen şekillerde gerçekleşmesi gerekir²²². Madde metninde düzenlenen tipik davranışlara uyan fiiller söz konusu değilse, suç oluşmaz²²³.

2.4.3. Maddi Unsurlar

2.4.3.1. Genel Olarak

Suçun maddi unsurları konusunda öğretide fikir ayrılığı bulunmaktadır. Klasik görüşü benimseyen yazarlara göre suçun maddi unsurları, fiil, netice ve nedensellik bağıdır²²⁴. Neo-klasik görüşü benimseyen yazarlar ise, maddi unsurların yalnızca fiil, netice ve nedensellik bağından oluşmadığını, suçun kanunî tanımında yer verilen fail, mağdur, suçun konusu ve nitelikli hallerin de maddi unsurlar içerisinde kaldığını kabul ederler²²⁵.

Türk Ceza Kanunu'nun 21'nci maddesinde, suçun meydana gelmesinin kast unsurunun varlığına bağlı olması ve kastın da suçun kanunî tarifinde yer verilen unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmesi, yine 30. maddede, fiilin icrası esnasında maddi unsurların bilinmemesi halinde bir kimsenin kasten hareket etmiş olmayacağının düzenlenmesi ve kastı kaldıran hataya yer verilmesi, açıkça öngörülme de maddi unsurların nelerden ibaret olduğunu gösterir²²⁶. Biz de ihaleye fesat karıştırma suçunu, neo-klasik görüş çerçevesinde fiil, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurlar bakımından inceleyeceğiz.

²²¹ Hakeri, 2008: 85.

²²² Arslan, 2017: 124.

²²³ “kurumda müdür vekili olarak görev yapan sanık ...'in komisyonun bulunduğu salona girerek sanık ...'i kastederek "bu adam bu arsayı alıp cami yaptıracakmış, isterseniz ihaleye girersiniz isterseniz girmezsiniz bilginiz olsun" dediği, açık artırma ile ihaleye devam edildiği, başka ihale katılımcılarıyla birlikte katılan ...'in de teklif verdiği ve bedel artırımına gittiği, bu aşamada sanık ...'in sinirli bir şekilde ayağa kalkarak ve masaya eli ile vurarak "yirmibinde olsa, otuzbinde olsa bu ihaleyi alacağım" diye bağırarak, akabinde teklif artırmaya devam edildiği ve sanık ...'in en yüksek teklifi vermesine rağmen ihalenin mevcut gergin ortam nedeniyle iptal edildiği dosya kapsamından anlaşılmakla beraber, ihaleye katılımı ya da ihale sözleşmesinin imzalanmasını engellemeye matuf hukuka aykırı davranışları bulunmayan sanıkların TCK'nin 235. maddesindeki tipik davranışlara uyan bir fiilleri olmadığından....”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2016/3409, K. 2020/11868, T. 08.07.2020 tarihli kararı, www.legalbank.net, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 12.09.2020).

²²⁴ Centel vd., 2017: 216; Hakeri, 2008: 89.

²²⁵ Arslan, 2017: 124; Özgenç, 2020: 179-242; Koca ve Üzülmez, 2020: 112-144.

²²⁶ Arslan, 2017: 124-125.

2.4.3.2. Fiil

2.4.3.2.1. Genel Olarak

Fiil, kişinin kendi isteğiyle hâkim olduğu, belirli bir sonucu meydana getirmeye elverişli ve dış âlemde sonuç doğuran bir davranış olup, tüm suç tanımlarında, muhakkak bir insan fiili bulunur²²⁷. Dış âlemde bir değişiklik meydana getirmeyen, bir fiil şeklinde tezahür etmeyen düşünce veya niyet, çok kötü de olsa suç teşkil etmeyecektir²²⁸. Hukuk düzenini bozan ve sonuç olarak ceza hukuku alanında suçu oluşturan hareket, bazen dış âlemde bir değişiklik meydana getirebilir, bazen de gözle görülebilecek derecede bir değişiklik meydana gelmeyebilir ve bu kapsamda kanun, faile ceza vermek için bu değişikliğin gerçekleşmesini bekler²²⁹.

İhaleye fesat karıştırma, ihalenin herhangi bir evresinde, ihale sürecinin usûlüne uygun şekilde işlemlerini etkileyen, değiştiren ve ihale ile ulaşılmak istenilen amaca engel teşkil edebilecek her türlü davranış olarak ifade edilir²³⁰. Mülga 765 sayılı TCK’de fesat karıştırma ibaresinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda belirsizlik bulunsun da; 5237 sayılı TCK madde 235/2’de fesat karıştırma fiiline açıklık getirilmiştir. Buna göre;

“(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.”

Bu fıkrada yer verilen hükümlere göre suç bağlı ve seçimlik hareketli olup, belirtilen hareketlerden birinin gerçekleşmesi durumunda, ihaleye fesat karıştırma işlenmiş olacaktır²³¹. Bu seçimlik hareketler dışında kalan bir hareketle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi

²²⁷ Özgenç, 2020: 179; Artuk vd., 2007: 234.

²²⁸ Hakeri, 2008: 89.

²²⁹ Dönmezer ve Erman, 1976: 395.

²³⁰ Arslan, 2017: 126.

²³¹ Özgenç, 2013: 41; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 150; İştin, 2019: 114.

mümkün değildir²³². Bu nedenle, maddede belirtilen fiillere benzer şekildeki fiiller, suç kapsamında değerlendirilmeyecektir. Aksi bir düşünce TCK'nin 2'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” şeklinde belirtilen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Öte yandan KİK'te yer verilen yasak fiil ve davranışlar çoğu zaman tipiklik unsuru içinde kalsa da bu fiil ve davranışların işlenmesi her zaman suçun işlendiği anlamına gelmez²³³.

Fıkra da yer verilen fiiller dört gruba ayrılmıştır. Bunlar; hileli hareketler, gizliliğin ihlali, cebir, tehdit ya da hukuka aykırı diğer davranışlar ve rekabet ortamını bozmaya yönelik anlaşmalar ile işlenebilecek fesat karıştırma halleri düzenlenmiştir²³⁴.

İhaleye fesat karıştırma suçu 235'nci maddenin 2'nci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerden herhangi birinin icra edilmesi ile meydana gelir²³⁵. Seçimlik hareketlerin icra edilmesinden sonra, ihalenin iptal edilmesi, ihale şartlarının etkilenmesi ya da rekabet ortamının bozulmuş olması aranmaz. Eğer failin davranışı, maddede sayılan hareketlerden olmayıp, kanunda düzenlenen başka bir suç tipine uyuyorsa, fail bu madde uyarınca cezalandırılabilir²³⁶.

2.4.3.2.2. Hileli Davranışlarla İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

2.4.3.2.2.1. Hile Kavramı

Hile, Türk Dil Kurumu güncel sözlükte, “*birini aldatma veya yanıltma amacıyla icra edilen düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika*” olarak tanımlanır²³⁷. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen birçok suçta, hileye yer verilmişken, kanunda hilenin tanımına yer verilmemiştir. Hilenin esas kabul edildiği en önemli suç, TCK madde 157'de düzenlenen dolandırıcılık suçu olduğundan, bu suç tipinde gösterilen hileli davranışların TCK madde 235/2-a kapsamındaki davranışlara da esas olarak alınması gerekir²³⁸.

Özel hukukta hile, kişinin kendi davranış şekli ya da söylemiş olduğu sözcüklerle başka bir kişiyi bir irade açıklaması yapmaya ya da bir sözleşme imzalamaya yönlendirmek için yanlış bir düşüncenin doğmasına ya da bu düşüncenin devam etmesine isteyerek sebep olması²³⁹ şeklinde ifade edilir. Ceza hukukunda ise hile kavramı, özel hukuktakinin aksine dar

²³² Koca, 2014: 77; İştin, 2019: 114.

²³³ Gülel, 2012: 231.

²³⁴ Arslan, 2017: 127.

²³⁵ Özgenç, 2013: 42-43.

²³⁶ Artuk vd., 2007: 459.

²³⁷ <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 20.09.2020).

²³⁸ Özbek, 2021a: 765.

²³⁹ Oğuzman ve Öz, 2000: 93-94; Yıldırım, 2002.

yorumlanmış, sahte fiilleri geçerli göstermeye yönelik bir mizansen aranmıştır²⁴⁰. Yalanın, aldatılan kişinin iradesini etkileyecek biçimde hazırlanan birtakım davranışlara dayandırılmamış olması hâlinde, failin cezalandırılmaması gerektiğini savunan bu görüşe göre, başkalarının davranışlarına veya sözlerine hemen inanmak zorunda olmayan ve fakat buna rağmen inanan kimselerin, bu eylemlerinin sonucuna katlanmaları gerektiği ve devletten koruma beklememeleri ifade edilir²⁴¹. Başka bir anlatımla, bir başkasının sözünün doğruluğunu araştırma olanağı varken ve bu gerekli iken, söylenen sözlere araştırma ve inceleme yapmaksızın kolayca inanan kişi, bunun sonucuna katlanmalıdır²⁴². Hata doğuran her davranış, hile olmayıp, hilenin belli oranda ağır, yoğun ve ustaca yapılması gereklidir²⁴³. Başka bir ifadeyle hile, nitelikli yalandır²⁴⁴. Öte yandan hile, failin icrai bir hareketi ile gerçekleşebileceği gibi, ihmali bir hareketle de gerçekleşebilir. Fakat bu halde failin, hilenin yöneldiği tarafı bilgilendirmek hususunda bir yükümlülüğünün bulunması gerekir²⁴⁵.

Hile, TCK madde 235/2-(a) kapsamındaki tüm seçimlik hareketler için aranmakta olup, hileli davranışın neye yönelmiş olduğuna ve ne şekilde gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin Kanunda bir belirleme veya sınırlama yoluna gidilmemiştir²⁴⁶. Ancak 2'nci fıkranın (a) bendinde hileli davranışlarla ulaşılmak istenen fesat karıştırma niteliğindeki sonuç fiillere sınırlı sayıda yer verildiğinden, bütün hileli hareketler değil, yalnızca fıkranın (a) bendinde sayılan sonuç fiillere yönelik olanlar suç kapsamında değerlendirilir²⁴⁷.

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

İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden ilki, ihaleye katılma yeterliği veya koşullarını taşıyan kişiler tarafından hileli hareketler vasıtasıyla ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılımı engellemesidir. Suçun oluşabilmesi için failin ihaleye katılma yeterliğine ya da şartlarına sahip olması gerektiğinden, “*ihaleye katılma yeterliği*” ve “*ihaleye katılma koşulları*” kavramlarının açıklanması önem arz etmektedir.

²⁴⁰ Dönmezer, 2001: 450-465; Toroslu, 2005: 175-176.

²⁴¹ Toroslu, 2005: 176.

²⁴² Meran, 2014: 136.

²⁴³ Meran, 2014: 136.

²⁴⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2017/501 E., 2020/457 K. ve 12.11.2020 tarihli kararında hile şu şekilde tanımlanmıştır: “*Hile nitelikli yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez.*”, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 22.09.2020).

²⁴⁵ Meran, 2014: 136.

²⁴⁶ Arslan, 2017: 134; Meran, 2014: 139.

²⁴⁷ Arslan, 2017: 134.

İsteklilerin mesleki deneyimleri ve teknik kapasiteleri ile mali durumlarının, işi süresinde ve mevzuat kapsamında belirtilen şartlar dahilinde teslim edip edemeyeceklerini tespit etmeye yönelik aranan ölçütlerin ihaleye katılma yeterliliğini; ihalenin dayanağı olan mevzuat, şartname vb. ihale dokümanlarında öngörülmüş bulunan olumlu ve olumsuz özelliklerin ise ihaleye katılma koşullarını ifade ettiği söylenebilir²⁴⁸. İhaleye katılma yeterliliği ve koşulları, çoğunlukla ortak olmakla birlikte, yapılan ihalenin konusu ve tabi olduğu mevzuata göre farklı olabilir²⁴⁹. Bu kapsamda mal ve hizmet alımı ya da yapım işi ihalelerinde, ihaleye katılım ve yeterlilik şartları KİK kapsamında değerlendirilmekte iken, kamuya gelir sağlanması amacıyla yapılan satım, trampa, kiraya verme ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinde DİK kapsamında bir değerlendirme yapılır.

Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesine göre isteklilerden, mesleki ve teknik yeterliliklerinin belirlenmesi ile ekonomik ve mali durumlarının tespitine yönelik bazı bilgi ve dokümanlar istenebilir²⁵⁰. İhale yeterliliği bulunmayan isteklinin başvurusu, KİK'in 10'uncu maddesi gereğince reddedilmeli ve hatta teklif zarfı dahi açılmamalıdır²⁵¹. Birden fazla gerçek veya tüzel kişinin iş ortaklığı veya şirketler birliği olarak başvurusu hâlinde, ortaklardan birinin yeterliliği bulunmuyorsa, ortak girişimin de ihaleye katılma yeterlik veya koşullarının bulunduğu söylenemez²⁵².

Kamu İhale Kanunu'nun 11'nci maddesinde ise ihaleye katılma koşulları düzenlenmiştir²⁵³. Bu koşullar, ihaleye katılacak isteklilerde bulunmaması gereken özellikleri içerdiğinden, niteliği itibariyle olumsuz koşullardır²⁵⁴.

²⁴⁸ Arslan, 2017: 137.

²⁴⁹ Arslan, 2017: 137.

²⁵⁰ Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesine göre, isteklilerden ekonomik ve mali yönden yeterliğin tespit edilmesi için bankalardan isteklinin mali durumunu gösterir belgeler, mevzuat kapsamında tutmak zorunda olduğu mali bilançosu, cirosunu ve ihale konusu işle benzer nitelikte olup bitirdiği işleri belirten dokümanlar istenebilecektir. Mesleki anlamda ise isteklinin, meslek odasına kayıtlı ise kayıt belgesi ve bu işi yapmaya yetkili olduğunu gösteren diğer belgeler ile ihale konusu işle benzer olarak son on beş yıl içinde teslim ettiği işlere ilişkin belgeler ile isteklinin uhdesinde çalışan yeterli sayıda personele ilişkin bilgi, belge ve sertifikalar istenebilecektir. Ayrıca teknik ve teknoloji konusu olan işlerde bunlara ilişkin ilgili kurumlar tarafından verilen yeterlik belgeleri de istenebilir.

²⁵¹ Sucuoğlu, 2021: 237.

²⁵² Arslan, 2017: 137.

²⁵³ Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesine göre, Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler uyarınca geçici veya sürekli surette idareler tarafından veya yargı kararıyla ihalelere katılmaları yasaklanmış olan şahıslarla, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına dâhil olan suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede devlet memurlarına rüşvet vermekten ötürü hükümlü bulunanlar ihaleye katılamazlar. Yine haklarında yetkili makamlarca hileli iflas kararı verilenler de ihalelere katılamazlar. İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi konumunda bulunan görevlileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli olan kişiler ve ihale sürecindeki işlemleri hazırlayan, yürüten, sonuçlandıran ve onaylayan kişiler ve bu şahısların eşleri ile üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri, ortakları ile şirketleri ihalelere katılamazlar. Öte yandan ihale konusu hakkında danışmanlık hizmeti vermiş olan yüklenicilerin de aynı işin ihalesine katılmaları yasaktır.

²⁵⁴ Sucuoğlu, 2021: 238.

Devlet İhale Kanunu'nun 5'inci maddesine göre ise düzenlenecek olan ihalelere katılım sağlayabilmek için yasal adres sahibi olunması, ihale dokümanında belirtilen özellik ve yeterliğe sahip olunması ve talep edilen teminat ile diğer dokümanların sunulması zorunludur. Yine Kanunun 16'ncı maddesine göre ihaleyi yapan idare tarafından, ihalenin en uygun şartlarla neticelendirilmesini tesis etmek gayesiyle, isteklilerin belli ekonomik ve teknik özelliklere sahip olması da aranabilir. Aranacak bu özelliklerin neler olduğu şartnamelerde belirtilir. Ayrıca ihaleye katılmak isteyen istekliler, maddede bahsi geçen belgeleri eksiksiz olarak sunmak ve Türkiye'de kendilerine yapılacak tebligatlar için adres bildirmekle yükümlüdür.

Kanunun 6'ncı maddesinde de kimlerin ihaleye katılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre; İhaleyi yapan idarede görev yapan ita amirleri ile ihale sürecinde yapılacak muameleleri hazırlayan, yürüten, neticelendiren ve denetleyen görevliler ile bu kişilerin eşleri ve ikinci dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve bunların ortakları ihalelere katılamazlar.

Öte yandan Devlet İhale Kanunu veya diğer kanunlarda yer alan hükümler çerçevesinde geçici veya sürekli şekilde kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış kişiler ihalelere katılamaz.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinden farklı olarak, doğrudan temin usulünde yeterlilik koşulları aranmamakta, KİK'te bir ihale yöntemi olarak öngörülmeleyen bu usûlde, ihaleden yasaklı olanlar dahi sürece dâhil olabilirler²⁵⁵.

İhalenin tabi olduğu mevzuata ve buna dayalı olarak hazırlanan ihale dokümanlarına istinaden ihaleye katılmasında herhangi bir engel bulunmayan isteklinin veya adayın, ihaleye veya ihale sürecinin herhangi bir aşamasında yapılacak işlemlere katılmasının fail tarafından hileli davranışlarla engellenmesi hâlinde, TCK madde 235/2-a-1 bendi gereğince ihaleye fesat karıştırma suçu meydana gelir²⁵⁶. İhale kapsamındaki işlemlere katılımın engellenmesi, aday veya isteklinin ihaleye iştirakinin engellenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iştirak edildikten sonra sürecin devamına ilişkin yapılan engellemeler şeklinde de ortaya çıkabilir²⁵⁷. Bu kapsamda hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliği ve şartlarını taşıyan isteklinin, teklifinin değerlendirmeye alınmaması veya ihale kendi üzerinde bırakılmasına karşın yine hileli hareketlerle sözleşmenin imza sürecine engel olunması da ihaleye fesat karıştırma olarak değerlendirilebilir²⁵⁸. Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşmenin yapılmasından ve ihale sürecinin bitmesinden sonra yapılan hileli davranışlar bu suçu oluşturmaz.

²⁵⁵ Sucuoğlu, 2021: 240.

²⁵⁶ Arslan, 2017: 142; Sucuoğlu, 2021: 241; Artuk vd., 2013: 796; Koca ve Üzülmöz, 2019: 810; Tuğrul, 2013: 68.

²⁵⁷ Arslan, 2017: 142.

²⁵⁸ Koca ve Üzülmöz, 2019: 811.

Engelleme fiiline ilişkin maddede herhangi bir sınırlama yapılmadığından, engellemeye yönelik tüm hileli hareketler bu madde şümülünde değerlendirilebilir²⁵⁹. Bununla birlikte, burada bahsedilen fiil, uygulamada çoğunlukla kamu görevlisi olan ihale yetkilisinin, yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenilen belgelerin bulunmadığı veya eksik ya da yetersiz olduğu gibi gerçeğe aykırı gerekçelerle ortaya çıkar²⁶⁰.

İhaleyi yapan idarenin, bir kişinin ya da şirketin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek ya da ihalenin o kişi veya şirket üzerinde bırakılmasını engellemek amacıyla kanunen kendisine tanınan takdir yetkisini kötüye kullanarak, ek koşul veya kriterler getirmek²⁶¹ gibi eylemlerde bulunması da bu fıkra kapsamında değerlendirilir²⁶². Yine idarenin, ihaleyi kazanmasını istemediği kişi veya şirketleri kapsam dışında kalması için, resen ihalenin iptaline karar vermesi veya erteleme de bu kapsamda değerlendirilebilir²⁶³. Bu nedenle Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen ihalenin iptal edilmesi sebebiyle idarenin herhangi bir sorumluluğu bulunmayacağına yönelik düzenleme²⁶⁴, hileli hareketlerle ihaleyi iptal eden kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Hileli davranışlar, ihaleye konu malların veya hizmetin rayiç bedellerinin epey üzerinde belirlenmesi suretiyle, ihalenin daha önce anlaşma yapılan istekliye fahiş fiyat üzerinden bırakılması, diğer isteklilerin ise tekliflerinin aşırı düşük kalması sebebiyle reddedilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir²⁶⁵.

İsteklilerin, ihaleye katılma yeterliliğinin sağlanması bakımından esasa etkili olmayan bilgi eksiklikleri öne sürülerek, hileli davranışlarla ihaleye katılımın engellenmesi de bu fıkra kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim Kamu İhale Kanunu'nun 37'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, belgeleri eksik olan ya da teklif mektubu ile belirlenmiş olan geçici teminatı

²⁵⁹ Arslan, 2017: 143.

²⁶⁰ Arslan, 2017: 143-144.

²⁶¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/11176, K. 2018/9019, T. 14.11.2018 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.12.2020).

²⁶² Arslan, 2017: 145; Sucuoğlu, 2021: 242.

²⁶³ Arslan, 2017: 145; Soyaslan vd., 2013: 110.

²⁶⁴ 4734 sayılı KİK'in 39'uncu maddesinde belirtildiği üzere, Komisyonun vermiş olduğu karar doğrultusunda ilgili idare, sunulan tüm teklifleri reddederek ihalenin iptaline karar verme serbestisine sahiptir. İptal kararı verilmesi halinde bu durum tüm isteklilere derhal bildirilir. Verilen iptal kararı neticesinde ilgili idarenin herhangi bir yükümlülüğü olmaz.

²⁶⁵ "...ihalede, alımı yapılacak malzemelerin piyasa fiyatlarının araştırılması sonucu düzenlenen sanığın da imzasının bulunduğu yaklaşık maliyet tespit cetvelinde alınacak malların fiyatlarının rayiç bedellerinin epeyce üzerinde belirlenmesi suretiyle ihaleye çıkarıldığı ve ihalenin yapıldığı tarihlerde söz konusu gıda maddeleri kendisinden ihalesiz doğrudan temin usulü ile çok daha ucuzca alınan Aydın Ticaret Firmasına fahiş fiyatlarla verilmesi sonucunda Sandıklı Devlet Hastanesi Döner Sermayesinin zarara uğratılmış olması şeklinde gerçekleşen olayda, gerek yaklaşık maliyetin belirlenmesi gerekse de ihale komisyonu başkanı olarak ihalenin tüm aşamalarını tek başına yönlendirerek ihale ile ilgili evrakları imzalayıp, haklarında düşme kararı verilen diğer ihale komisyonu üyelerinin de imzalamasını sağlayan sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nin 205 nci maddesinde düzenlenen Devlet alım satımına fesat karıştırma suçunu oluşturduğu...", Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2016/3077, K. 2017/5, T. 09.01.2017 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.12.2020).

yatırmayanların ilk oturumda tespit edilmesi halinde, bunların sunmuş oldukları tekliflerin değerlendirme dışında bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Fakat mevcut eksiklik sunulan teklifin esasını değiştirecek özellikte değilse ilgili idare tarafından istekliye bir süre verilir ve nu eksikliğin ikmal edilmesi istenir. Kanun koyucu, bu düzenlemeye yer vererek, tekliflerin esasa etkili olup olmadığının araştırılmasını istemektedir²⁶⁶. Bu nedenle esasa etkili olmayan bilgi eksiklikleri gerekçe gösterilerek ilgililerin ihale dışı bırakılması hâlinde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşabilir²⁶⁷. Hemen belirtmek gerekir ki ilgili kanun maddesinde bilgi eksikliklerinden bahsedilmiş olup, teklifle birlikte sunulması zorunlu olan belgelerin sunulmaması hâlinde idarenin ilgili evrakları tamamlatabileceği da açıktır²⁶⁸. Zorunlu belgelerin sunulmaması hâlinde, ilgili teklifin ihale yetkililerince değerlendirme dışı bırakılması gerekli olup, aksi bir davranışla, belgelerin değiştirilmesi suretiyle ilgililerin ihaleye kabulünün sağlanması da diğer koşullarının da varlığı hâlinde ihaleye fesat karıştırma ve sahtecilik suçlarını oluşturabilir²⁶⁹.

Fıkra kapsamında hileli davranışlarla mağdurun ihaleye iştirakini engelleyen fail, süreçte görev alan yetkili devlet memurlarıdır²⁷⁰. Üçüncü kişilerin yapmış oldukları hileli hareketlerle ihaleye katılımı engellemesi, olayın özelliğine bağlı olarak ya azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluklarını gündeme getirmekte²⁷¹ ya da 235'nci maddenin 2'nci fıkrasının (c) bendinde hukuka aykırı davranışlarla işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur²⁷².

Sonuç olarak ihaleye katılma yeterliğine veya şartlarına sahip bulunan bir isteklinin, fail tarafından birtakım hileli davranışlarla ihaleye katılımını engellemesi hâlinde bu suç oluşur. Failin yapacağı hileli hareketler, kanun metninde tahdidi olarak sayılmadığından, engellemeye yönelik tüm hileli davranış bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

²⁶⁶ "...ayrıca, teklif dosyasında "Sunulmayacak Belgeler Tablosu"nu kullanan isteklilerden anonim şirket statüsünde bulunanlar bakımından tüzel kişiliğin ortaklık yapısına ilişkin bilgilerin 4734 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinde belirtilen bilgi eksikliği kapsamında pay defterlerinin istenilerek değerlendirme yapılması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir." Kamu İhale Kurulu'nun 20.01.2021 tarih ve 2021/UY.I-192 No'lu Kararı, <https://ekap.kik.gov.tr/> (erişim tarihi: 19.02.2021).

²⁶⁷ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 155; Arslan, 2017: 144.

²⁶⁸ Meran, 2014: 142.

²⁶⁹ Meran, 2014: 142-143.

²⁷⁰ Arslan, 2017: 146.

²⁷¹ Şen ve Aksüt, 2014: 92.

²⁷² Sucuoğlu, 2021: 244-245.

2.4.3.2.2.3. İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmalarını Sağlamak

İhale sürecinde rekabet ortamının tesis edilmesi için, ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olan ilgililerin, ihaleye katılımının engellenmemesi kadar, katılma yeterliliği ve koşullarına sahip olmayanların engellenmesi de önem arz eder²⁷³. Yukarıda da bahsedildiği üzere, bir kimsenin ihaleye katılabilmesi için ihale dokümanında yer verilen yeterlik koşullarını taşıması gerekir. Bu koşullara sahip olmayan bir kimsenin daha en başından sürece dâhil edilmemesi gereklidir²⁷⁴. İhalenin konusu, yöntemi ve diğer niteliklerine göre katılma yeterlik ve şartlarına sahip olmayan kişiler ihale sürecine dâhil edilmemeli veya bir şekilde dâhil olmuşlarsa, fark edildikleri anda ihaleden çıkarılmalıdır²⁷⁵. Ancak bazen de ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan kimselerin, birtakım hileli davranışlarla ihale sürecine katılması söz konusu olduğundan, bu durum ilgili fıkra da suç olarak sayılmıştır. Burada sayılan ihtimalde suç, ya doğrudan doğruya ihale yetkilisi konumunda bulunan görevlilerce ya da bu görevliler yanıtılmak suretiyle işlenebilir²⁷⁶.

Bu suç, isteklilerin ihaleye başvuru esnasında sunulması zorunlu olan teminat mektubu, yeterlilik dokümanları ile diğer belgeleri değerlendirmekle yetkilendirilmiş olan görevliler tarafından işlenebilir²⁷⁷. İhaleye katılan kişinin TCK madde 235/2-a-2 uyarınca asli fail olması mümkün olmayıp, kişinin eyleminin ağırlığına göre azmettiren veya yardım eden olarak ceza alabilmesi gündeme gelir²⁷⁸. Hemen belirtmek gerekir ki, ihale yetkilisi olan kamu görevlilerinin, bu fıkra kapsamında sorumluluklarından bahsedilebilmesi için, isteklinin ihaleye katılma yeterliliğine ya da koşullarına sahip olmadığını bilmesi, kasten ihmali bir davranışta bulunarak isteklinin ihaleye katılmasını sağlaması gerekir²⁷⁹.

Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesine göre, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler uyarınca geçici veya sürekli surette idareler tarafından veya yargı kararıyla ihalelere katılmaları yasaklanmış olan şahıslarla, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına dâhil olan suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede devlet

²⁷³ Arslan, 2017: 147.

²⁷⁴ Eker Kazancı, 2011: 154; Arslan, 2017: 147.

²⁷⁵ Soyaslan vd., 2014: 113.

²⁷⁶ Soyaslan vd., 2014: 113; Arslan, 2017: 147.

²⁷⁷ Sucuoğlu, 2021: 246; "... Çevre Sağlığı firmasının ihaleye katılma şartlarını taşıyamaması sebebiyle ihale dışı bırakılması gerekirken ihalenin bu firmaya verilmesini sağladıkları anlaşılan olayda; sanıkların eylemlerinin TCK'nin 235/2.a (2) maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunu tüm unsurlarıyla oluşturduğu gözetilmeden mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde yanlışlı değerlendirme sonucu beraatlerine hükmedilmesi kanuna aykırı görülmüş olduğundan...", Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/1087, K. 2016/8505, T. 24.10.2016 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 20.02.2021).

²⁷⁸ Şen ve Aksüt, 2014: 91; Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz., Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/16782, K. 2016/2221, T. 01.03.2016 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 20.02.2021).

²⁷⁹ Şen ve Aksüt, 2014: 91-92.

memurlarına rüşvet vermekten ötürü hükümlü bulunanlar ihaleye katılamazlar. Yine haklarında yetkili makamlarca hileli iflas kararı verilenler de ihalelere katılamazlar.

İhaleye çıkan kamu kurum veya kuruluşunun ihale yetkilisi konumunda bulunan görevlileri ile ihale kurullarında görevli olan şahıslar, ihale sürecindeki işlemleri hazırlayan, yürüten, sonuçlandıran ve onaylayan şahıslar ihalelere katılamazlar. Yine bu kişilerin eşleri ile üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri, ortakları ile şirketleri ihalelere katılamazlar.

Öte yandan ihale konusu hakkında danışmanlık hizmeti vermiş olan yüklenicilerin de aynı işin ihalesine katılmaları yasaktır.

Son olarak ihaleyi yapan kamu kurum veya kuruluşunun uhdesinde bulunan ya da bu kurum veya kuruluş ile ilgili olarak kurulan vakıf, dernek, sendika, birlik gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları firmalar bu kurumların ihalelerine iştirak edemezler.

Yine Devlet İhale Kanunu'nun "*İhaleye katılamayacak olanlar*" başlıklı 6. Maddesine göre, İhaleyi yapan idarenin ita amiri konumunda bulunan görevlileri ile ihale sürecindeki işlemleri hazırlayan, yürüten, sonuçlandıran ve onaylayan kişiler ve bu şahısların eşleri ile üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri, ortakları ile şirketleri ihalelere katılamazlar. Yine haklarında geçici veya sürekli surette ihaleye katılmaktan yasaklama kararı verilmiş olan kişiler de ihaleye katılamazlar.

Yukarıda yer verdiğimiz KİK'in 11'inci maddesi ve DİK'in 6'ncı maddesinde sayılan kişilerin ihaleye katılımı yasak olup, bu kişilerin birtakım hileli hareketlerle ihaleye katılımının sağlanması hâlinde bu suç oluşur.

Suç kapsamında hileli hareket, ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına ilişkin aranmakta olup, ihaleye iştirak edemeyecek olan kişilerin, bu durumlarını saklama, gizleme veya ihaleye katılma engellerini ortadan kaldırma gibi hileli hareketlerle bu suç işlenebilir²⁸⁰.

²⁸⁰ Sucuoğlu, 2021: 246-247; "*Mal Alımları İhaleleri Yönetmeliğinin 17/2. maddesine göre marka belirtilmesinin yasak olduğu, yine İdari şartnamenin 7.2.2. maddesinin (b) fıkrasında, isteklinin bilançosundaki öz kaynak oranının (Öz kaynaklar/toplam aktif) en az 0,10 olması gerektiğinin belirtildiği, ... firmasının bilançosuna göre öz kaynaklar toplamı 42.027,37 aktif varlıklar toplamının ise 435.412.36 olduğu, bu rakamlara göre özkaynaklar oranı = 42.027,37/435.412,36 = 0,096 olarak bulunduğu ... firmasının idari şartnamenin 7.2.2. maddesinin (b) fıkrasına göre ihaleye katılamayacak durumda olmasına rağmen ihale komisyonu tarafından 0,096 rakamının 0,10 şeklinde yuvarlandığı, bu suretle ihale komisyonu başkan ve üyeleri olan ..., ile ihaleyi onaylayan ...'un ICON 10 CS ve Vektorex WDG ibarelerinin ilaç markası olması sebebiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 12/2. maddesinde, şartnamede marka belirtilmesinin yasak olmasına rağmen, markanın şartnamede yer almasını, ayrıca ihaleyi kazanan ... Çevre Sağlığı firmasının öz kaynaklarının toplamının en az 0.10 olması gerekirken, bu oranı sağlayamayan ... Çevre Sağlığı firmasının ihaleye katılma şartlarını taşımaması sebebiyle ihale dışı bırakılması gerekirken ihalenin bu firmaya verilmesini sağladıkları anlaşılan olayda; sanıkların eylemlerinin TCK'nin 235/2.a (2) maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunu tüm unsurlarıyla oluşturduğu gözlemlenmeden mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde yanlış değerlendirme sonucu beraatlerine hükmedilmesi bozma sebebi yapılmıştır.*", Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/1087, K. 2016/8505, T. 01.03.2016 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 20.02.2021).

İhale yetkilisinin belirtilen hileli hareketleri değişik şekillerde ortaya çıkabilir. İhaleye katılım sağlanması için ilanda belirtilen tarihten sonra yapılan başvuruların, belirtilen tarihlerde yapılmış gibi ihale yetkilisi tarafından işleme alınması, ekonomik ve mali yeterlilik şartlarını taşımamasına karşın, ihale yetkilisi tarafından ekonomik ve mali yeterliliği bulunduğu yönelik rapor verilmesi, başvuru için zorunlu olan belgelerin eksik olması hâlinde, ihale yetkilisinin eksik değilmiş gibi hareket etmesi, hileli hareketlere örnek olarak gösterilebilir²⁸¹. Öte yandan sunulan bilgi ve belgelerin içeriğinin değiştirilmesi ya da belgede sahtecilik suçunun oluşmasına sebep olabilecek belgelerin esas alınması suretiyle de işlem tesis edilebilir²⁸².

İhale yetkilisi, gerekli yeterlik ve koşulları taşımayan aday veya istekliyi, bilerek ve isteyerek değil de, failin yaptığı hileli hareketlerle yanıltılması neticesinde ihaleye dâhil edebilir²⁸³. Bu ihtimalde yaşanabilecek fiillere ve faillere örnek olarak, prim borcu bulunduğu halde olmadığı yönünde belge düzenleyen memur, yine hakikate aykırı mali bilanço belgesi düzenleyen muhasebeci gösterilebilir²⁸⁴. Verilen örneklerde ihaleye katılma yeterlik ve koşullarına sahip olmayan kişinin, söz konusu fiiller sebebiyle TCK madde 37-41 kapsamında iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılması mümkün ise de, doğrudan doğruya gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı belge kullanan kişinin, ihaleye katılımın üçüncü bir kişi tarafından sağlanıyor olması karşısında ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılması mümkün olmaz²⁸⁵.

Öğretide ihaleye katılma gerekliliğini sağlayan kişilerin ihaleye ya da ihale nedeniyle yapılacak işlemlere katılmalarının engellenmesi (Türk Ceza Kanunu madde 235/2-a-1) ya da ihaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmalarının

²⁸¹ Arıtürk, 2011: 214-215.

²⁸² “....İnş. Ltd. Şirketinin ortağı olan sanık ...'ın ... Kaymakamlığı Mal Müdürlüğünden şirketin vergi borcu olduğu halde, böyle bir borcun bulunmadığına dair aldığı belge ile diğer sanık ...'ın ... İç Tedarik Bölge Başkanlığının 09/05/2007 tarihinde açık ihale usulü ile yaptığı kömür ihalesine katıldığı ve sözü edilen belgeyi kullanmasına bağlı olarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren ... firmasının ihaleyi kazandığı ve şirket tarafından edim yerine getirilerek kurum tarafından sözleşme bedelinin ödendiği anlaşılmış ise de, atılı TCK'nin 235/2-a-2. maddesinde ihdas edilen "ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak" eyleminin ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü suçlardan olduğu ve bunlar hakkında dava açılmadığı, gerçeğe aykırı düzenlenmiş belge ile ihaleye katılma fiilinin sübutu hâlinde sahtecilik suçunu oluşturacağı ve sanıkların savunmaları da gözetilerek, suç kasıtlarının belirlenmesi bakımından olay tarihinde şirketin vergi borcunun bulunup bulunmadığı, miktarı ve ödeme tarihlerine nazaran sanıkların bunu bilip bilmedikleri araştırıldıktan sonra sanıkların hukukî durumunun tayin ve takdiri gerektiği dikkate alınmadan eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararları verilmesi.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/15563, K. 2016/17, T. 11.01.2016 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 18.03.2021).

²⁸³ Arslan, 2017: 149.

²⁸⁴ Soyaslan vd. 2014: 114; Arslan, 2017: 149-150; Tuğrul, 2013: 71.

²⁸⁵ Arslan, 2017: 150.

sağlanması (TCK madde 235/2-a-2) adına yapılacak ihale usûlünün değiştirilmesi suretiyle katılımın sağlanması veya engellenmesi hâlinde de bu suçun oluşacağı ifade edilmektedir²⁸⁶.

2.4.3.2.2.4. Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak veya Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Halde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak

Öncelikle ifade etmek gerekir ki TCK'nin 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 fıkralarında “*teklif edilen malların*” denilmek suretiyle bu suçun yalnızca mal alım ihalelerinde uygulama alanı bulabileceği kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince mal alım ihaleleri dışında hizmet ihalesi, yapım ya da kiralama ihalesi gibi ihalelerde maddede sayılan fiillerin gerçekleşmesi bu suça vücut vermez²⁸⁷. Öğretide bu durum eleştirilmiş²⁸⁸, anılan düzenlemede yer verilen “*teklif edilen malları...*” ibaresi yerine “*teklif edilen edimi...*” ibaresinin kullanılmasının daha uygun olacağı ve bu surette diğer ihalelerin de kapsama alınmasının sağlanacağı savunulmaktadır²⁸⁹.

Suçta konu eylem mal alım ihalelerinde gerçekleşecek olduğundan, uygulanacak kanun Kamu İhale Kanunu olacaktır. Kanun'un 4'üncü maddesinde mal; “*Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda teklif edilen malların şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olması arandığından şartname kavramının da irdelenmesi gerekir. İhale konusu mal veya hizmet alım, satım işleri veya yapım işleri ile ilgili olarak her türlü özelliği düzenleyen belgelere şartname denilir²⁹⁰. Şartnamelerde işin adı, niteliği, türü ve miktarı ve ihalenin konusu hizmet ise işin tanımı bulunur²⁹¹. Bu sayılanların yanı sıra ihaleyi yapan idarenin adı, açık adresi, uygulanacak ihale usûlü, ihalenin tarihi ve saati, tekliflerin geçerlik süresi, geçici teminat miktarı, ihale konusu işin başlangıç ve bitiş tarihleri gibi birtakım bilgiler de şartnamede yer alır²⁹². İdari şartname haricinde ihale

²⁸⁶ Arslan, 2017: 151.

²⁸⁷ Koca, 2014: 94; Arslan, 2017: 154; Eker Kazancı, 2011: 156; Yazar ayrıca ilgili maddenin mal satım ihalelerini de kapsadığını savunmaktadır.

²⁸⁸ Bkz. Eker Kazancı, 2011: 156; Sucuoğlu, 2021: 252; Arslan, 2017: 154; Koca, 2014: 94; Soyaslan vd., 2014: 114; “*Kiralama ihaleleri bakımından anılan ifadenin herhangi bir etkisi olmamakla birlikte bentte yapılacak değişiklik, teknik şartnamede hizmetin ifasında kullanılacak araç ve gereçler ile malların cinsi bakımından da şartnamede belirtilen kriterlere ve niteliklere uyduğu halde uymadığından bahisle reddedilmesinin suç kapsamına alınması gerekmektedir. Aksi halde kişiye veya firmaya özel ihaleye çıkılmanın önü açılmış olacaktır.*”, Kaplan ve Kantarcı, 2014: 158-159.

²⁸⁹ Arslan, 2017: 154; Sucuoğlu, 2021: 252.

²⁹⁰ Eker Kazancı, 2011: 155.

²⁹¹ Artuk vd., 2007: 462.

²⁹² Eker Kazancı, 2011: 155-156.

dokümanı içerisinde plan ve projeyi içeren ve ihale konusu işin tüm özelliklerini ihtiva eden teknik şartname, sözleşme tasarısı ve gerekli olan diğer belgelere de yer verilir²⁹³.

Kamu İhale Kanunu'nun 36'ncı maddesine göre ihale sürecinde tekliflerin alınması ve açılmasından sonra 37'nci madde mucibince değerlendirme aşamasına geçilir. Değerlendirme aşamasında teklif edilen malların, ilan edilen şartnamede belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, yetkili ihale komisyonu tarafından hileli birtakım hareketlerle değerlendirme dışı bırakılması veya aksi yönde şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alınması ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur²⁹⁴. Bu anlamda teklif edilen malın şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadan değerlendirmeye alınması suçun oluşumu için yeterli olup ayrıca ihalenin teklifi veren üzerinde bırakılmasına gerek bulunmaz²⁹⁵. Ancak teknik şartnamede belirtilen mallardan daha nitelikli bulunan malların değerlendirmeye alınması madde kapsamında irdelenmemelidir²⁹⁶.

Kamu İhale Kanunu'na göre tekliflerin değerlendirmesini yapma ve bu anlamda tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması yetkisi münhasıran ilgili idarenin ihale komisyonuna bırakıldığından, bu suç ancak komisyonda görevli olan başkan ve üyeler tarafından işlenebilir²⁹⁷. Bu anlamda suç bu haller açısından özgü suç niteliğindedir. Hemen belirtmek gerekir ki ceza sorumluluğun şahsiliği ilkesi gereği suça konu komisyon kararına muhalif kalan üye veya üyelerin sorumlulukları olmaz²⁹⁸. Öğretide, tecrübesizliği veya dikkatsizliği sonucunda yapılan hileyi fark edemeyen komisyon üyesinin de muhalif kalmasa bile suç kastı olmayacağından ihaleye fesat karıştırma eyleminden sorumlu olmayacağı da savunulmaktadır²⁹⁹. Diğer taraftan komisyon üyeleri dışında suça iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak TCK'nin 40/2 maddesine göre sorumlu olur³⁰⁰.

Sözleşme imzalandıktan sonra teklif aşamasında örnek olarak gösterilen mallardan farklı bir malın teslim edilmesi durumunda bu maddedeki suç oluşmayacaktır. Bu hâlde diğer koşulların da varlığı halinde TCK'nin 236'ncı maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşabilecektir³⁰¹.

²⁹³ Sucuoğlu, 2021: 253.

²⁹⁴ Arslan, 2017: 155; Eker Kazancı, 2011: 156.

²⁹⁵ Arslan, 2017: 155.

²⁹⁶ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 159.

²⁹⁷ Soyaslan vd. 2014: 115; Koca, 2014: 96; Tuğrul, 2013: 74; Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz., Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/2923, K. 2016/4679, T. 05.05.2016 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 15.05.2021).

²⁹⁸ Arslan, 2017: 155-156.

²⁹⁹ Koca, 2014: 96.

³⁰⁰ Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/17146, K. 2014/1516 T. 24.04.2017 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 15.05.2021).

³⁰¹ Danışman, 2011: 77; Kaplan, 2013: 717; Sucuoğlu, 2021: 255.

2.4.3.2.3. Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak

Kamu ihalelerin temel ilkelerinden biri de gizlilik³⁰². Bu ilkeyle hedeflenen ihaleyi tamamen gizli şekilde yapmak değil, diğer ihale ilkeleri ile benzer şekilde kamusal kaynakların verimli bir biçimde kullanılmasının sağlanması ve rekabet ortamının artırılmasıdır³⁰³. Bu nedenledir ki ihalelerde belli bir safhaya kadar bazı bilgi ve dokümanların gizli kalması zorunlu tutulmuştur.

Gizli kalması gereken veriler ile dokümanların başka kişilere sızdırılması ve gizliliğin ihlal edilmesi hâlinde TCK madde 2535/2-b maddesinde düzenlenen suç oluşur³⁰⁴. Buna göre; *“tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak”* suç teşkil eder. *“Başkalarının ulaşmasını sağlamak”* ibaresinden anlaşılması gereken şey, gizli tutulması gereken bilgi veya belgelerin başkaları tarafından öğrenilmesine sebebiyet verecek şekilde iletilmesi, açığa çıkartılması, yayınlanması veya başka bir şekilde ifşa edilmesidir³⁰⁵.

Eylemin suç meydana getirmesi için başkaları tarafından öğrenilen bilgilerin hem tekliflerle ilgili olması, hem de ihale dokümanına göre gizli tutulmaları gereken bilgilerden olması gerekir³⁰⁶. İhale sürecinde gizli tutulması gereken bilgiler, ihalenin tabi olduğu mevzuat ve bu kapsamda ilan edilmesi gerekli olan şartnamede belirlenmelidir³⁰⁷. Öte yandan olası bir yargılamada bir bilginin gizli kalması gerekip gerekmediği, bilginin niteliğine göre mahkeme tarafından belirlenir³⁰⁸.

Gizlilik ilkesiyle amaçlanan öncelikli durum yaklaşık maliyetin gizli tutulmasıdır³⁰⁹. KİK’in 9’uncu maddesi mucibince, idareler mal veya hizmet alımları ya da yapım işlerine ilişkin ihalelere çıkmadan önce, KDV hariç tutulmak suretiyle fiyat araştırması yapar ve bu surette yaklaşık maliyeti belirler. Bu maliyet, dayanak araştırma belgeleriyle birlikte bir hesap cetvelinde belirtilir. Tespit edilen bu yaklaşık maliyet, ihale ve ön yeterlik ilanında bulunmaz. Öte yandan istekliler ile ihale sürecinde resmi bir bağı olmayan kimselere de açıklanmaz.

Madde metninden yaklaşık maliyet bedelinin gizli kalması gereken bir bilgi olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yaklaşık maliyete ilişkin bilgi ve belgelerin başkalarına ulaşmasını

³⁰² Bkz. Çalışmamızın Birinci Bölümü, 1.3.6 numaralı ve *“Gizlilik İlkesi”* başlıklı kısmı.

³⁰³ Sucuoğlu, 2021: 258.

³⁰⁴ Soyaslan vd., 2014: 115; Arslan, 2017: 156; Sucuoğlu, 2021: 258.

³⁰⁵ Soyaslan vd. 2014: 115-116; Arslan, 2017: 156.

³⁰⁶ Arslan, 2017: 157; Soyaslan vd. 2014: 116.

³⁰⁷ Konuyla ilgili karar için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/2403, K. 2014/11367, T. 24.11.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 21.05.2021).

³⁰⁸ Koca, 2014: 99-100; Tuğrul, 2013:76.

³⁰⁹ Eker Kazancı, 2011: 157.

sağlamak, anılan bent kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verir³¹⁰. 2886 sayılı DİK uyarınca yapılan ihalelerde ise yaklaşık maliyetin gizli tutulmasına gerek olmayıp, anılan kanun uyarınca yapılan ihalelerde bedel önceden ilanda belirtilir³¹¹. Söz konusu bilgiler, yaklaşık maliyetle sınırlı olmayıp, teklifler ihaleyi yapan idareye kapalı zarf içerisinde verildiğinde, bu teklif içerikleri, ihale saatinde usûlüne uygun şekilde açılıncaya kadar gizli tutulmalıdır³¹².

Kamu İhale Kanunun “Bilgi ve Belgeleri Açıklama Yasağı” başlıklı 61. maddesine göre, Kanun’un uygulanmasında gizli kalması gereken bilgi ve dokümanlar ile tespit edilen yaklaşık maliyetin görevliler ve danışmanlık hizmeti sunanlar tarafından ifşa edilmesi yasaktır. Yine bu kişiler, kendilerinin ya da başkasının yararına bu bilgi ve dokümanları kullanamazlar. Aksi takdirde Kanun’un 58 ve 60’ıncı maddelerinde belirtilen yaptırımlar uygulanır.

Kanunun 58’inci maddesi isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklanmasını, 60’ncı maddesi ise görevlilerin cezai sorumluluğunu düzenler. Öğretide madde metninde geçen “*teknik ve mali bilgiler*” ifadesinden neyin kastedildiğinin açıkça anlaşılmadığı, belirsiz bir durum olduğu, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu bilgi ve belgelerin açıkça gösterilmesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir³¹³.

Suçun failinin ihalede görevli bir kişi olmasına gerek olmayıp, maddede sayılan bilgi ve belgelere sahip bir kişinin bu bilgileri başkalarına ulaştırmasıyla suç oluşur³¹⁴. Dolayısıyla suç herkes tarafından işlenebilir³¹⁵. Gizli kalması gereken belgelerin tümünün açıklanması gerekli olmayıp, kısmi açıklamalarda da suç oluşur³¹⁶.

Gizli bilgilere bir ya da birden fazla kişinin ulaşmasını sağlamak, icrai (olumlu) bir hareketle yapılabileceği gibi, ihmali (olumsuz) bir hareketle de yapılabilir³¹⁷. Ancak kanun koyucunun failin ihmali hareketinden dolayı cezalandırılması için ihaleye fesat karıştırma suçunun ihmali bir hareketle işlenebileceğine dair düzenlemeye yer vermesi gerektiğini düşündüğümüzden bu suçun ihmali bir hareketle işlenebileceği görüşüne katılmıyoruz. Nitekim aksi bir düşünce Anayasa’nın 38’inci maddesine aykırılık teşkil eder. Başka bir anlatımla

³¹⁰ Arslan, 2017: 159; Aynı yönde bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2016/10996, K. 2021/1871, T. 15.04.2021 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 10.06.2021).

³¹¹ Özgenç, 2013: 46.

³¹² Özgenç, 2013: 46.

³¹³ Taşdelen, 2004: 175; Eker Kazancı, 2011: 158.

³¹⁴ Soyaslan vd. 2014: 116; Arslan, 2017: 159.

³¹⁵ Eker Kazancı, 2011: 159.

³¹⁶ Eker Kazancı, 2011: 159.

³¹⁷ “Örneğin, bu gizli bilgilere vakıf olan kimse, yazılı veya sözlü olarak, bu bilgileri başkalarına açıklayabilir. Yine aynı şekilde, bu gizli bilgileri içeren yazılı belgeleri, üçüncü kişilerin ulaşabileceği yerlerde bırakmak suretiyle de bu bilgilere ulaşılmasını sağlayabilir”.; Bkz. Koca, 2014: 101.

kanunda icrai olarak yer verilen suç tipinin neticesini önleme noktasında ihmali bulunan failin sorumluluğu yorum yoluyla artırılıp kıyas yasağı ihlal edilmiş olur.

2.4.3.2.4. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle ya da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek

Kanun maddesinde zikredilen suçun daha iyi kavranabilmesi açısından cebir, tehdit ve hukuka aykırı davranış kavramlarının açıklanması gerekir.

Güncel Türkçe sözlükte “zor, zorlayış” olarak tanımlanan cebir³¹⁸, hukuk sözlüğünde “zorla yapılan; zor kullanarak yaptırılan; zor altında; güç kullanarak” olarak ifade edilmiştir³¹⁹. Cebir kullanmak TCK’nin 108’inci maddesinde ayrı bir suç olarak da düzenlenmiştir³²⁰. Madde gerekçesinde cebir, “kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesi” olarak tanımlanmıştır³²¹. Verdiğimiz tanımlardan da anlaşılacağı üzere cebir de tıpkı hile gibi kişinin iradesi üzerinde etki yaratır. Başka bir anlatımla failin uyguladığı cebir, yöneldiği mağdurun özgürlüğüne etki eder³²². Madde özelinde cebir, ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılım yönünde mevcut bulunan veya beklenen özgür iradeye etki edilerek direncin kırılması, kişinin bu yönde fiziksel olarak zorlanması olarak ifade edilebilir³²³. Bu zorlama, doğrudan failin yöneldiği mağdur üzerinde gerçekleşebileceği gibi, kişinin bedensel olarak etkilenmesi koşuluyla eşya üzerinde de gerçekleşebilir³²⁴. Bu anlamda kişinin yakalanmak suretiyle bir yerde zorla alıkonulması, zorla uyuşturucu ve uyarıcı maddeler verilmesi cebir

³¹⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 15.06.2021).

³¹⁹ <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/ihale> (erişim tarihi: 15.06.2021).

³²⁰ TCK madde 108: “Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.”.

³²¹ TCK madde 108 gerekçesi: “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 davranış gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık, tehdit hâlinde, kişi bir tecavüzün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır.”

³²² Cankurt, 2015: 100.

³²³ Arslan, 2017: 163.

³²⁴ Arslan, 2017:163; “Yağma suçunun maddi unsurunu oluşturan cebir ve şiddet ise, mağdura fizik bakımdan etki yapan her türlü maddi tazyik hareketleridir. Maddi cebir ağır veya hafif olabilir, etkili eylem derecesine ulaşması da şart değildir. Bunlar, zilyedi malı teslimet zorlayacak veya mala fail tarafından el konulmasına karşı sükuta mecbur bırakacak biçimde mağdurun elini, ayağını, ağzını bağlamak gibi hareketler de olabilir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2002/1-94, 2002/225 K. Sayılı ve 26.03.2002 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 15.06.2021).

kapsamında kalır³²⁵. Cebrin, eylemin devamı süresince uygulanması gerekmeyip mağdurların başlangıçtaki direncini kırmak için elverişli olması yeterlidir³²⁶.

Madde metninde yer verilen diğer bir araç fiil olan tehditten anlaşılması gereken, failin ihaleye katılmaları hâlinde kendilerine zarar vereceğini bildirmesi, mağdura ileride bir kötülük yapacağını belirterek onu korkutmasıdır³²⁷. Tehdit, ayrı bir suç olarak TCK'nin 106'ncı maddesinde de düzenlenmiştir³²⁸. TCK'nin 106'ncı maddesinin aksine, 235'inci maddede bir sınırlamaya yer verilmediğinden, fail tarafından bildirilen kötülüğün kişinin yaşamına, cinsel dokunulmazlığına, fiziki bütünlüğüne, özgürlüğüne, malvarlığına veya korunmaya değer başka bir hukuksal değerine yönelik olabilir³²⁹. Madde özelinde tehdidin ihaleye katılma yeterliğine sahip veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemeye yönelik olması gerekir³³⁰. Tehdit, mağduru tehditle amaçlanan davranışa sevk etmeye objektif olarak elverişli ve ortalama bir kişi tarafından ciddiye alınabilir olmalıdır³³¹.

Failin mağdura yönelik cebir uygulamasındaki gibi tehditte bulunması da çoğu zaman basit ve sade bir şekilde ortaya çıkar. Örneğin; failin, ihaleden çekilmemesi hâlinde öldüreceğini, döveceğini veya sair bir zarar vereceğini mağdura bildirmesi gibi³³². Bazı zamanlarda ise fail, mağdura yönelik tehdidini ustaca yapabilir. Örneğin; failin devlet içerisindeki nüfuzunu kullanarak yeterlilik şartlarını sağlayan kişinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmaması, katılması hâlinde ihale üzerinde bırakılsa dâhi edimin ifası sürecinde sahip olduğu takdir hakkını aleyhe kullanacağını belirtmesi veya mağdurun devletle

³²⁵ Arslan, 2017: 163.

³²⁶ Tuğrul, 2013: 77.

³²⁷ Eker Kazancı, 2011: 167.

³²⁸ TCK'nin 106'ncı maddesi; "Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur." şeklinde düzenlenmiştir.

³²⁹ Arslan, 2017: 164.

³³⁰ "bu anlamda sanık ...'nın sahibi olduğu ... Kömür Ltd. Şirketi vasıtasıyla ihalelere girdiği, ayrıca hükümlü... liderliğinde kurulan Tatlı şirketi üzerinden ELİ ve SEAŞ'taki ihalelere girdikleri, sanık ...'nın ihaleleri yönlendirerek kendisine maddi çıkar sağladığı ve suç örgütünün yöneticisi durumunda olduğu, ihalelere müdahale ederek istedikleri yönde ihaleleri sonuçlandırmak ve istedikleri şahıslara ihaleleri kazandırmasına yönelik faaliyette bulunup kendilerine haksız çıkar sağlamak amacıyla tehdit, baskı, şiddet yöntemleriyle yıldırma, korkutma ve sindirme güçlerini kullanarak ihalelere fesat karıştırmak, hürriyeti tahdit ve silahlı tehdit suçlarını işlemek amacıyla diğer suç ortaklarıyla suç örgütü oluşturduğu anlaşılmıştır.", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/573, 2019/466 K. Sayılı ve 11.06.2019 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 16.06.2021).

³³¹ Arslan, 2017: 165; Eker Kazancı, 2011: 168; Sucuoğlu, 2021: 270.

³³² "20.03.2007 tarihinde, sanık ...'ın ...Belediyesine ait otogardaki dükkanı kiralamak için yapılan ihaleyi yıllık 770 TL bedelle kazanan...u ihaleden çekilmesi amacıyla 'Kafana sıkırım, öldürürüm' diyerek tehdit etmesi üzerine ...'un 28.03.2007 tarihinde ailevi nedenlerini gerekçe gösterip, kira sözleşmesi yapmadan ihaleden çekildiği, 20.04.2007 tarihinde yapılan yeni ihaleyi ise sanık ...'ın 730 TL bedelle kazandığı olayda; sanık hakkında TCK'nin 235/2-c, 235/1-3. a maddeleri hükümleri dikkate alınarak lehe yasanın yeniden taktiri lüzumu ... bozmayı gerektirmiştir.", Yargıtay 6. Ceza Dairesi E. 2016/3756, K. 2018/7618, T. 05.12.2018 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 16.06.2021).

olan diğer işlerinde menfi sonuçlar doğuracak tasarruflarda bulunacağını doğrudan veya dolaylı olarak bildirmesi bu suça vücut verecektir³³³.

Tehditte de tıpkı cebir eyleminde olduğu gibi, kişi tehdit konusu saldırının ileride gerçekleşeceği beyanıyla korkutulmakta, belirli bir davranışı yapmaya zorlanmakta ve mağdura bir nevi manevi cebir uygulanmaktadır³³⁴.

Cebir fiilinin bizzat ihaleye ve ihale sürecine katılacak kişiye yönelik olması gerekirken tehdidin, mağdurun kendisi haricinde bir yakınına da yönelik olabilmesi mümkündür³³⁵.

Tehdit ve cebir suretiyle meydana gelen ihaleye fesat karıştırma suçlarında, suçun oluşabilmesi için cebir ve tehditte bulunulması yeterli olmayıp, mağdurun ihale işlemlerine katılmaktan engellenmesi gerekir³³⁶. Başka bir ifade ile cebir veya tehdide rağmen mağdur bunları dikkate almadan ihaleye dâhil olmuş ise burada ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmadığı kabul edilmelidir³³⁷. Bu hâlde suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir³³⁸.

İhale süreci sonunda idare ile yüklenici arasında sözleşme imzalandıktan sonra tehdit fiilinin işlenmesi hâlinde ihaleye fesat karıştırma suçu değil, eylemin özelliğine göre tehdit, şantaj veya yağma suçu oluşabilir³³⁹.

Madde metninde yer verilen başka bir araç fiil de “*hukuka aykırı diğer davranışlar*” olarak ifade edilmektedir. Öğretide; hukuka aykırı diğer davranışlar konusunda kanunda açık bir düzenleme olmadığı, bu durumun suçta ve cezadan kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu yönünde bir eleştiri bulunmaktadır³⁴⁰.

³³³ Arslan, 2017: 165-166.

³³⁴ Eker Kazancı, 2011: 169.

³³⁵ Arslan, 2017: 166.

³³⁶ Sucuoğlu, 2021: 271.

³³⁷ Sucuoğlu, 2021: 271; Yargıtay da aynı fikirdedir: “*Sanık Z. A.’ın, Kocaali Devlet Hastanesince 16/12/2008 tarihinde düzenlenen temizlik hizmet alımı ihalesine teklif vermek üzere gelen katılanın siz ihaleye girmeyin, size istediğiniz kadar para veririm şeklindeki teklifi kabul etmemesi üzerine Z. T.’yla birlikte saldırıp basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralayarak ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemeye çalışmalarına rağmen katılanın ihaleye katılarak kazanması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda eylemin TCK’nin 235/2-c, 35. maddelerinde düzenlenen cebir kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılığılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.*”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/3317, K. 2014/8838, T. 23.09.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 17.06.2021).

³³⁸ Özgenç, 2013: 49-50.

³³⁹ “*Örneğin; idare ile sözleşme imzalandıktan sonra, imzalanmış sözleşmenin feshine mecbur edilmeleri amacıyla kişilerin tehdit edilmesi hâlinde bu durumda artık ihaleye fesat karıştırma suçu değil, genel, tali ve tamamlayıcı suç niteliğinde bulunan tehdit suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.*”, Özgenç, 2013: 51.

³⁴⁰ “*Bilindiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin amacı, yasak davranışları önceden göstermek ve böylelikle kişi özgürlüğünün sınırlarını önceden belirlemek suretiyle kanunî güvenliği sağlamak ve keyfiliği önlemektir. Bu ilkeye göre, hiç kimseye kanunun suç saymadığı bir fiil nedeniyle ceza verilemez ve kanunda gösterilenden başka bir yaptırım uygulanamaz. Ceza kanunlarının uygulanabilmesi için bunların yalnızca kanunda düzenlenmiş olması da yeterli olmayıp, düzenlemenin belirli, açık ve net olması gerekmektedir. Tüm bu söylemlerden, kanun koyucunun bir suç tipini düzenlerken “hukuka aykırı diğer davranışlarla” fiilin işlenebileceğini belirtmiş olmasının, belirlilik ilkesine ve dolayısıyla da kanunilik ilkesine aykırı olduğu kanaati*

Hile, bu madde kapsamında düşünülebilecek bir fiil olsa da, araç fiil olarak aynı maddenin “a-1” bendinde düzenlendiğinden³⁴¹, cebir ve tehdit ise diğer seçimlik araç fiiller olarak kanunda yer aldığından, hukuka aykırı diğer davranışlar ibaresini, hukuk düzeninin belirlemiş olduğu emir ve yasak şeklindeki her türlü hukuk kuralına aykırılık olarak düşünmek gerekir³⁴².

Söz konusu ibarenin kapsamına hangi fiillerin girebileceği bağlamında, KİK’in “Yasak fiil veya davranışlar” başlıklı 17’nci maddesinin 1’inci fıkrası yol gösterici olabilir³⁴³. Örneğin, kişilerin ihale yapılacak olan binaya girmesinin önlerine geçmek veya kollarını tutmak şeklindeki davranışlarıyla engelleyen fail, kişilerin ihaleye katılmasını engellemesi hâlinde ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılır³⁴⁴.

2.4.3.2.5. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları

İhaleye katılmak isteyen veya katılmış olan kişilerin, ihale koşullarını ve bilhassa fiyatı etkilemek amacıyla anlaşma yapmaları, serbest rekabeti bozmaları nedeniyle yasaklanmış ve eylem ihaleye fesat karıştırma kapsamında yaptırım altına alınmıştır³⁴⁵. Suçun oluşabilmesi için anlaşmanın madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere ihaleye katılan veya katılmak isteyen

doğmaktadır. Çünkü bu durumda, hukuka aykırı diğer davranışların neler olduğunu belirlemek, hakime kalacak ve hakim her olayda farklı bir muamele yapabilecek, kanuna tabi kişiler de davranışlarını ayarlarken, hangi hareketlerin hukuka aykırı olacağını bilemediklerinden çelişkiye düşebileceklerdir.”, Eker Kazancı, 2011: 169-170.

³⁴¹ Öğretide Özgenç; “*bu hareketlerin fıkranın (a) bendinde sayılan hileli hareketler kapsamında değerlendirilebileceğini, bu anlamda söz konusu suç tanımında kanun koyucunun mükerrerliğe düştüğünü ancak bu mükerrerliğin, herhangi bir yanlış uygulamaya sebebiyet verecek bir mahiyetinin olmadığını*” ifade etmektedir.; Özgenç, 2013: 58-59.

³⁴² Arslan, 2017: 167; “*Kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının kapsam ve çerçevesi belirlenirken gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmelidir. Ceza muhakemesinde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kurallara ihlal edilerek toplanan deliller hukuka aykırı sayılacaktır.*”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/39, 2020/485 K. Sayılı ve 01.12.2020 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 20.06.2021)

³⁴³ 4734 Sayılı KİK’in 17’nci maddesinde ihalelerde “yasak fiil veya davranışlar” düzenlenmiştir. Bu kapsamda hile yapma, vaatte bulunma, tehdit etme, nüfuzu kötüye kullanma, menfaat sağlama, anlaşma, rüşvet, irtikâp ya da başka herhangi bir yolla ihale sürecindeki işlemlere fesat karıştırılması veya teşebbüs edilmesi yasaklanmıştır. Yine isteklileri kararsızlığa sevk etmek, ihaleye katılımı engellemek, isteklilere anlaşma önerisinde bulunmak veya buna teşvik etmek, rekabet ilkesini ya da ihale kararını bozacak davranışlarda bulunmak da yasaklanmıştır. Bunların yanı sıra sahte evrak veya teminat tanzim edilmesi, kullanılması veya bunlara teşebbüs edilmesi ile birden fazla teklif verebilme halleri dışında usule aykırı şekilde birden fazla teklif sunulması da yasaklanmıştır. Kanun’un 11’inci maddesi mucibince ihaleye katılamayacağı belirlenen kişilerin ihaleye katılması da yasaklanan bir diğer davranıştır.

³⁴⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 2011/272 E., 2011/2087 K. ve 17.03.2011 tarihli kararı da bu yöndedir.; Tuğrul, 2013: 79-80.

³⁴⁵ Arslan, 2017: 168; TCK madde 235 gerekçesi de aynı hususa işaret etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçışık vd., 2014: 64-95.

kişiler arasında yapılması³⁴⁶ ve anlaşmanın da ihale şartları ve bilhassa fiyatı etkileme amacıyla yapılması gerekir³⁴⁷. Öte yandan fiyatları ve ihale koşullarını etkilemek amacıyla yapılan anlaşma istekli ile ihale yetkilisi arasında da gerçekleşebilecek, ihale görevlisi ihaleye katılan veya katılmak isteyen bir kişi olmadığından, yapılan anlaşma başka bir suç oluştursa dahi anılan bent kapsamında ihaleye fesat karıştırma olarak değerlendirilemeyecektir³⁴⁸. Hüküm fıkrasında açıkça ifade edilmemiş olsa da anlaşma taraflarının ihaleye katılma yeterlik veya koşullarına da sahip olması gerekir³⁴⁹. Nitekim bu koşullara veya niteliklere sahip olmayan şahısların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemesi mümkün değildir. Bu kapsamda ihaleye katılamayacak olan kişilerle yapılan anlaşmalar işlenemez suç niteliğinde olacaktır³⁵⁰.

Anlaşma ile tekliflerde teslim edilecek malzemenin niteliğinin düşürülmesinin sağlanması, işin belirlenen zamandan sonra teslimi için süre verilmesi, istekli lehine birim fiyatının artırılması ya da isteklilerin ihale sürecine hiç katılmaması, teklif sunmaması ve ihalenin bu surette çok daha uygun bedelle alınması kararlaştırılabilir³⁵¹. Bu haliyle istekli daha fazla kâr elde etmiş olurken, ihaleyi yapan idare ise yüksek bir bedel ödemek zorunda kalmakta ve zarara uğramaktadır³⁵². Yapılan anlaşma, ihalenin belirli bir şahıs üzerinde bırakılmasını sağlamaya yönelik yapılabileceği gibi, ihaleyi alması istenmeyen bir şahsın engellenmesi

³⁴⁶ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 164; Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz.; Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/16593, K. 2016/1881, T. 18.02.2016 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 22.06.2021).

³⁴⁷ “Sanık ... hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen beraat hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; 19/07/2007 tarihinde ... İşleri Genel Müdürlüğünde kapalı teklif usûlü ile yapılan İstanbul ili 4. Grup ... sahası ihalesine haklarındaki mahkumiyet hükümleri onanan sanıklar Adnan, Erdal ve ... kardeşlerin sahibi bulunduğu AEE İnşaat ve Dış Ticaret A.Ş. ile sanık ...'nın da ortağı olduğu Yerküre ...cilik ve Müşavirlik Teknik Hizmetler İnşaat Emlak Taahhüt Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin katıldıkları, AEE firmasının 27.500 TL, Yerküre firmasının ise 11.600 TL teklif verdiği, en yüksek teklifi veren AEE firmasına ihalenin kaldığı ancak dosya kapsamına göre Yerküre firmasının gayri resmi sahibi olduğu belirtilen ve hakkındaki mahkumiyet hükmü onanan sanık ... ile sanık ...'nın fikir ve eylem birliği içerisinde AEE firması sahipleri sanıklar ..., ... ve ... ile görüşerek onlara ihale için verdikleri teminatlarını yakmaları, ikinci en avantajlı teklif olarak 11.600 TL'ye ihalenin kendilerine kalmasını, ihaleyi aldıktan sonra ise işi kendilerine devretmeyi, bu suretle 27.500 TL'nin altında bir bedelle işi almalarını teklif ettikleri, bu teklifin AEE firması sahibi sanıklar tarafından kabul edildiği, bu suretle ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırdıkları, MTA'nın ihaleyi 27.500 TL bedelle ihale etmesi olanaklı iken, fesat karıştırma sonucunda daha düşük bir bedelle 11.600 TL'ye ihale etmesine ve kamu zararına neden oldukları mahkemece kabul edilen somut olayda; telefon görüşme kayıtları ve bu kayıtlarla uyumlu ihale evrakları birlikte değerlendirildiğinde; sanık ...'nın da diğer sanıkların ihaleye fesat karıştırma suçuna asli fail olarak iştirak ettiği, adı geçen sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ettiği nazara alınmaksızın, yanlışlı değerlendirme sonucu dosya kapsamına ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, bozma sebebi sayılmıştır.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2017/4011, K. 2020/11408, T. 11.06.2020 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 22.06.2021).

³⁴⁸ Arslan, 2017: 173-175; “İhale görevlileri ile yapılan anlaşma ile ihaleye fesat karıştırılması hâlinde, kanunî şartları oluşuyorsa TCK madde 235/2-a veya 235/2-c maddesindeki suçlar söz konusu olabilir. Yahut bu anlaşma ile ihale görevlisinin kendisine menfaat sağlaması söz konusu ise rüşvet suçu da gündeme gelebilecektir.”, Sucuoğlu, 2021: 280.

³⁴⁹ Soysaslan vd., 2014: 119-120.

³⁵⁰ Şen ve Aksüt, 2014: 107.

³⁵¹ Sucuoğlu, 2021: 278; Arslan, 2017: 169-170.

³⁵² Arslan, 2017: 170.

amacıyla da yapılabilir³⁵³. Suç teşkil eden anlaşma, isteklilerin yaklaşık teklifler sunması ya da ihalenin dışında bırakılması amacıyla eksik teklif sunulması şeklinde de olabilir³⁵⁴.

Yapılacak anlaşma herhangi bir şekle bağlı olmayıp açık veya zımni şekilde, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir³⁵⁵. Başka bir anlatımla, ihale sürecinde rekabeti bozmaya ve bu kapsamda ihale koşullarını ve bilhassa fiyatı etkilemeye elverişli bulunan anlaşmaların tamamı hükümde yer verilen “açık veya gizli anlaşma” çerçevesinde değerlendirilmelidir³⁵⁶.

Anlaşmanın yapılması suçun oluşması için yeterli olup anlaşma sonucunda ihale koşullarının ya da fiyatın etkilenmiş olmasına gerek bulunmaz³⁵⁷. Bu anlamda suç sırf hareket suçudur. Anlaşma doğrultusunda ihalenin kazanılması veya ihaleyi yapan idarede kamu zararı oluşması şart değildir³⁵⁸. Konu hakkında yerleşik Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir³⁵⁹. Ancak öğretide suçun oluşması ve tamamlanması için ihalede rekabetin anlaşma nedeniyle engellenmiş olması ve ihalenin tarafların yaptıkları anlaşmaya uygun şekilde sonuçlanması

³⁵³ Arslan, 2017: 170-171; Soyaslan vd., 2014: 119.

³⁵⁴ “Dosya kapsamı, sanıklara ait iletişim tespit tutanakları içeriğine göre, ... Şirketi ortağı ..., ... Petrol Şirketi ortağı ... ve... Şirketi sahibi ...'nın önceden aralarında yaptıkları anlaşmaya uygun olarak Kombinasi kalorifer yakıtı ihalesinin İsmet'in sahip olduğu şirkette kalmasını sağlayacak şekilde hareket ettikleri, ... ve ...'nin birbirine çok yakın fiyatlar verdiği, ...'in ise ihale dışı kalmak için bilerek eksik belge verdiği TCK'nin 235/2-d maddesinde yer aldığı şekilde ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yaptıkları sabit olmakla bu şekilde gerçekleştirilen eyleme bağlı olarak ihaleyi düzenleyen kurum açısından bir zarar meydana gelip gelmediği hususu üzerinde durulmasından ve gerekirse bu konuda bilirkişi raporu alınmasından sonra atılı ihaleye fesat karıştırmak suçundan dolayı 6459 sayılı Yasayla değişik TCK'nin 235/2-d, 235/3-b. maddelerindeki düzenlemeler ve zarar olmadığı kanaatine varılması hâlinde zamanaşımı süresi gözetilmek suretiyle sanıkların hukukî durumlarının tayin ve takdiri gerekirken dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanlışlıklar değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması,” Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/1246, K. 2014/10558, T. 06.11.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 22.06.2021).

³⁵⁵ Sucuoğlu, 2021: 279.

³⁵⁶ “Sanıklar ... ve ... hakkında verilen beraat hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde ise; 27/02/2012 tarihli ... Bölge Müdürlüğü'ne bağlı ... İşletme ve Tesislerin... personel ile koruma ve güvenlik hizmetinin malzemeli ve silahlı özel güvenlik hizmetleri alım ihalesine sanık ...'in ... Güvenlik Firması adına, diğer sanık ...'in ise ... Güvenlik Firması adına katıldıkları, ihalenin ...Güvenlik isimli firmaya verildiği, ... Güvenlik firmasının ise geçici teminat mektubunun teklif zarfı içerisinde olmadığından bahisle ihaleden elendiği, ihaleye katılan söz konusu firma yetkilileri olan sanıkların gerek ihale sırasında gerekse ihale sonrasında biraraya gelerek görüştükleri yapılan fiziki takip neticesinde tespit edildiği, sanık ...'in bu biraraya gelme sonrasında yakalandığında üzerinden ödeyecek kısmında sanık ...'un ismi olan 5.000 TL bedelli senet,... yazılı telefon numarası ve ihaleden elenmesine sebep olan teminat mektubunun ele geçirildiği, bu suretle sanıkların ihale öncesinde ihalenin Güvenlik'te kalmasına yönelik olarak ihalenin şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yaptıkları, sanık ...'in ihaleden elenmek için bilerek teminat mektubunu teklif zarfına koymadığı, sanık ...'in de bunun karşılığında sanık ...'e söz konusu senedi verdiği anlaşılan olayda; sanıkların eylemlerinin TCK'nin 235/2-d maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırmak suçunu tüm unsurlarıyla oluşturduğu gözetilmeden mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine hükmedilmesi, bozma nedeni yapılmıştır.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/2267, K. 2016/4055, T. 19.04.2016 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 22.06.2021).

³⁵⁷ Arslan, 2017: 175; “O halde kanun koyucu burada sadece zarar tehlikesini cezalandırmaktadır. Sadece zarar tehlikesini cezalandırmak adaletsiz neticelere sebebiyet verebilir. Gerçekten ihalenin rekabet içinde geçmesine hiç etki etmemiş olan anlaşmadan dolayı anlaşanları cezalandırmada ne gibi bir sosyal yarar olduğunu izah etmek mümkün değildir. Ayrıca bu tür anlaşmaların hazırlık hareketi olarak nitelendirilmeleri de mümkündür.”, Soyaslan vd. 2014: 120.

³⁵⁸ Sucuoğlu, 2021: 282.

³⁵⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/17279, K. 2017/402, T. 07.02.2017 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 23.06.2021).

gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur³⁶⁰. Anlaşma sonucunda sonucun elde edilmesi ve bu durumun kamu kurum ve kuruluşunun zararına sebebiyet vermesi hâlinde suçun nitelikli hali oluşmuş olur. Bu durumu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleyeceğiz.

2.4.3.3. Netice

Suçun kanunî tanımında yer verilen maddi unsurlardan biri de neticedir. Netice, *“hareketin maddi âlemda meydana getirdiği değişiklik”* şeklinde tanımlansa da, ceza hukuku anlamında tüm değişiklikler değil, yalnızca suçun kanunî tarifinde unsur olarak düzenlenen değişiklikler neticeyi ifade eder³⁶¹. Bu kapsamda, suçun kanunî tarifinde neticeye ayrıca yer verilen hallerde, suçun tamamlanmış kabul edilmesi için bu neticenin de gerçekleşmesi gerekir³⁶². Buna karşın suçun kanunî tanımında neticeye yer verilmemesi hâlinde fiilin gerçekleşmesiyle suç da tamamlanmış olur³⁶³. Netice, ceza hukukunda birçok konu bakımından önem arz etmekte olup özellikle kast, taksir, teşebbüs, nedensellik bağı, kesintisiz suç, içtima gibi hususlarda netice kavramına başvurulmalıdır³⁶⁴.

Kanunî tanımında suçlar neticeye yer verilip verilmemesine göre neticesiz suçlar (başka bir ifadeyle sırf hareket suçları) ve neticeli suçlar olmak üzere ikiye ayrılır³⁶⁵. Yapılan bu ayrımada neticesiz suçlar, fiilin işlenmesiyle tamamlanan ve ayrıca neticenin gerçekleşmesi aranmayan suçlara denirken; neticeli suçlar fiilin işlenmesi yanında kanunî tanımında yer verilen neticenin meydana gelmesinin de arandığı suçlara denilir³⁶⁶. Örneğin tehdit suçu sırf hareket suçu iken, kasten yaralama suçu neticeli bir suçtur.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçu, ihaleye fesat karıştırılmasıyla tamamlanmış olacağından neticesiz (sırf hareket) suçtur³⁶⁷. Bu anlamda ihaleye fesat karıştırma suçu, *“hileli davranışlarla; ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenmesi”* veya *“ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmalarının sağlanması”* veya *“teklif edilen malların, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılması”* veya *“teklif edilen*

³⁶⁰ Tuğrul, 2013: 84-85.

³⁶¹ Koca ve Üzülmöz, 2020: 127; Arslan, 2017: 177; Hakeri, 2008: 100; Özen, 2018: 161; Artuk vd. 2018: 271; *“Neticeden maksat, kendisine bağlı olan hukukî neticeler bakımından önem taşıyan ve hareket tarafından meydana getirilmek veya engel olunmamak suretinde oluşturulan dış alemdeki değişikliktir.”*, Dönmezer ve Erman, 1976: 408.

³⁶² Dönmezer ve Erman, 1976: 355; Koca ve Üzülmöz, 2020: 127; Soyaslan vd., 2014: 124-125.

³⁶³ Dönmezer ve Erman, 1976: 355; Koca ve Üzülmöz, 2020: 127; Soyaslan vd., 2014: 125; Bir suçun neticesiz olamayacağı yönündeki görüşler için bkz. Hakeri, 2008: 101; Centel vd., 2017: 264-265.

³⁶⁴ Hakeri, 2008:101.

³⁶⁵ Arslan, 2017: 177; Koca ve Üzülmöz, 2020: 127; Soyaslan vd. 2014: 125.

³⁶⁶ Koca ve Üzülmöz, 2020: 127-128; Soyaslan vd. 2014: 125.

³⁶⁷ Arslan, 2017: 178; Soyaslan vd. 2014: 125.

malların, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alınması” veya “tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasının sağlanması” veya “cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenmesi” gibi hallerde oluşur³⁶⁸.

Suçun temel hali soyut tehlike suçu niteliğinde iken, 6459 sayılı Kanun’la TCK madde 235 değişikliğe uğramış, zararın meydana gelmemesi hâlinde cezanın hafifletileceğine ilişkin düzenleme ile suç bir zarar suçu niteliği kazanmıştır³⁶⁹. Değişiklik gerekçesi şu şekildedir:

“Maddenin halen yürürlükte olan düzenlemesine göre söz konusu suç temel şekli itibarıyla bir zarar suçu değildir. Zararın meydana gelmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılması öngörülen değişiklikle, bu suçun temel şeklinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi, zarar suçuna dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda işlenen ihaleye fesat suçunun işlenmesi sonucunda kamu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise fail hakkında söz konusu suçun temel şekline nazaran daha az cezaya hükmedilmesini sağlamak için işbu değişiklik önergesi verilmiştir.”

Görüldüğü üzere, değişiklik gerekçesinde kriminolojik bir gerekçeye yer verilmemiştir. Değişiklik, suç tipinin yapısını değiştirmiş, cezaların caydırıcılığı ve önleyiciliği açısından uygulanabilirliğini daraltmıştır. Öte yandan zarar kavramının neyi kapsadığı da tanımlanmamış, bu alan muğlak bırakılarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi de ihlal edilmiştir.

2.4.3.4. Nedensellik Bağı

Suçun kanunî tanımında fiilin icrasının yanında ayrıca bir neticeye de yer verilen suçlarda, failin bu neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesinin temelinde, hareket ile netice arasında neden-sonuç bağıni ifade eden nedensellik bağı bulunmaktadır³⁷⁰. Failin hareketinin kanuni tanımda yer verilen neticenin oluşmasında illî olması, onun cezalandırılabilmesi açısından aranan bir zorunluluktur³⁷¹. Başka bir ifadeyle, neticenin failin eseri olması gerekir³⁷². Şayet fiil ile netice arasında böyle bir ilişki yoksa yani netice, failin eseri değilse neticenin faile yüklenebilmesi mümkün değildir³⁷³.

³⁶⁸ Arslan, 2017; 178.

³⁶⁹ Özbek, 2021a: 774; İştin, 2019: 115-116; Birtok, 2020: 714.

³⁷⁰ Dönmezer ve Erman, 1976: 507; Koca ve Üzülmöz, 2020: 130; Toroslu ve Toroslu, 2019: 147; Centel vd., 2017: 272.

³⁷¹ Koca ve Üzülmöz, 2020:131.

³⁷² Hakeri, 2008:111.

³⁷³ Hakeri, 2008: 111; Nedensellik unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer ve Erman, 1976: 507-568.

Sırf hareket suçlarında, suçun meydana gelmesi için fiilin işlenmesi kâfi görüldüğünden, nedensellik bağı hakkında sıkıntılar oluşmaz³⁷⁴. İhaleye fesat karıştırma suçunun temel şeklinin sırf hareket suçu niteliğinde olması sebebiyle, bu suç kapsamında nedensellik bağının varlığından söz edilemez. Bilhassa Türk Ceza Kanunu’nun 235/2-d maddesinde ihdas edilen suçla ihale koşullarına ve özellikle fiyata tesir etmek amacıyla anlaşma yapılması hâlinde suç oluşmakta olup bu durumda nedensellik bağının var olup olmadığı tartışılmamaktadır³⁷⁵. Ancak maddenin 3. fıkrasının (b) bendinde, suçun ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zararın meydana gelmemesi (a bendindeki hâl hariç) fail açısından daha az ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli bir unsur olarak düzenlenmektedir. Bu nedenle failin, suç neticesinde ortaya çıkan zararlar arasında bir nedenselliğin kurulması, bu nitelikli unsur açısından zorunludur.

2.4.3.5. Fail

Her suçun bir faili vardır ve suç, devletin kendi topraklarında yaşamını sürdürenlere uyguladığı bir kuralın ihlali şeklinde ortaya çıktığına göre, bu fail ancak bir insan olmaktadır³⁷⁶. Ceza Kanunlarında yer verilen suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçlardır³⁷⁷. Öte yandan bazı suçlar ancak belli kişiler tarafından işlenebilir. Bir suçun özgü suç mu olduğu ya da herkes tarafından işlenebilen bir suç mu olduğunun belirlenmesi amacıyla kanun lafzıyla yetinmek doğru olmayıp, bilakis suçu öngören normun dikkatle incelenmesi gerekir³⁷⁸. Bu kapsamda Türk Ceza Kanunu’nda ihaleye fesat karıştırma suçunun faili olunabilmesi için herhangi bir özel şarta yer verilmemiş olup suçun faili herkes olabilecektir³⁷⁹.

Ceza kanunlarındaki suçların genellikle herkes tarafından işlenebilen suçlar olmasının yanı sıra, bir başka genel özelliği de tek failli olmalarıdır³⁸⁰. İhaleye fesat karıştırma suçu, tek failli suçlara örnek gösterilmekle birlikte, TCK madde 235/2-d kapsamında düzenlenen suçun oluşabilmesi için kişilerin “*anlaşma yapması*” şart koşulduğundan, bu bent kapsamında yer alan suç, çok failli suç niteliği taşır³⁸¹. Yine aynı bent kapsamında, ihale şartları ve özellikle fiyatı etkilemek amacıyla aralarında açık veya gizli şekilde anlaşma yapan faillerin, “*ihaleye*

³⁷⁴ Arslan, 2017: 179; Koca ve Üzülmüş, 2020: 130.

³⁷⁵ Sucuoğlu, 2021: 293; Koca, 2014: 120.

³⁷⁶ Toroslu ve Toroslu, 2019: 107; Fail hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Baş, 2021.

³⁷⁷ Özgenç, 2013: 89; Arslan, 2017: 180; Koca, 2014: 120; Soyaslan vd., 2014: 126; Toroslu ve Toroslu, 2019: 107.

³⁷⁸ Toroslu ve Toroslu, 2019: 108.

³⁷⁹ Koca ve Üzülmüş, 2019: 803; Eker Kazancı, 2011: 125; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 144; Özbek, 2021a: 762; Tuğrul, 2011: 33; Gülel, 2012: 248.

³⁸⁰ Arslan, 2017: 181.

³⁸¹ Özgenç, 2013: 89-90; Şen ve Aksüt, 2014: 60; Arslan, 2017: 181; Eker Kazancı, 2011: 126; Koca, 2014: 121; Soyaslan vd. 2014: 126-127.

katılmak isteyen” veya “katılan kişiler” olması zorunlu olduğundan, anılan suç bu bent kapsamında özgü suç niteliğindedir³⁸². Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında iştirak başlığında bu konuya değinilecektir.

Her ne kadar ihaleye fesat karıştırma suçunun herkes tarafından işlenebileceği kabul edilmekteyse de, bu suçun faili doğası gereği genellikle ihalede görev alan yetkili devlet memurları, ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişi veya kişiler ya da bunlar adına hareket eden üçüncü kişilerden oluşur³⁸³. Bu anlamda özellikle TCK madde 235/2-a'nın 3. ve 4. bentlerinde yer verilmiş olan, teklif edilen malların, şartnamede belirtilen niteliklere aykırı olarak değerlendirmeye alınması ya da değerlendirme dışı bırakılması şeklindeki fiiller, yapısal olarak sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir³⁸⁴. Fiili durum bu şekilde olsa da, kanunî tarifte faille ilgili özel bir düzenleme yer almadığından, bahsi geçen seçimlik hareketler bakımından özgü suç nitelendirmesi yapılamaz³⁸⁵. İfade etmek gerekir ki maddede failin kamu görevlisi olması nitelikli bir hal olarak düzenlenmediğinden bu durum TCK madde 61 kapsamında cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesi aşamasında göz önüne alınmalıdır³⁸⁶.

Suçun tüzel kişinin faydasına olacak şekilde işlenmesi durumunda ilgili tüzel kişi hakkında faaliyet izninin iptali, eşya veya kazanç müsadereci gibi tedbirler uygulanabilir³⁸⁷.

2.4.3.6. Mağdur

Mağdur, “*gadre uğramış kişi*”, “*haksızlığa uğramış kişi*” anlamına gelir³⁸⁸. Her suç, kişisel, sosyal ya da kamusal nitelikli belli varlıkları veya menfaatleri ihlal etmek suretiyle, dolaylı olarak, bu varlık veya menfaatlerin bir bireşimi olan genel menfaati de ihlal eder³⁸⁹.

³⁸² Arslan, 2017: 181-182; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 144; Özbek, 2021a: 763; İştin, 2019: 113-114; Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. “*Her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, (d) bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulünün gerektiği, bu itibarla özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nin 235/2-b 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, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı da gözetilerek; Mahkemece öncelikle sanık B.'in ihale sürecindeki görevinin sorulup anılan hüküm kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilerek, ayrıca A... Mak. Sıhhi Tesisat şirketinin açılmayan zarfındaki teklifinin ve yaklaşık maliyetin dosya kapsamındaki tapelerle karşılaştırılarak hasil olacak sonuca göre sanıkların hukukî durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi kanuna aykırıdır.*”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E.2012/14882, K. 2014/2295, T. 04.03.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 28.06.2021).

³⁸³ Koca, 2014: 120; Arslan, 2017: 182; Tuğrul, 2011: 33; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 144; İştin, 2019: 113.

³⁸⁴ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 146-147; Şen ve Aksüt, 2014: 61; Arslan, 2017: 182-183; Soyaslan vd., 2014: 127; Gülel, 2012: 248.

³⁸⁵ Arslan, 2017: 182; Şen ve Aksüt, 2014: 61.

³⁸⁶ Özgenç, 2013: 89.

³⁸⁷ Soyaslan vd. 2014: 127.

³⁸⁸ Tuğrul, 2011: 33; Artuk vd. 2018: 315.

³⁸⁹ Toroslu ve Toroslu, 2019: 114.

Mağdur, ceza hukukunda suç konusunun ait olduğu kişi ya da kişiler olup suçun konusunun belli kişilere ait olmaması hâlinde, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olur³⁹⁰.

İhaleye fesat karıştırma suçunda geniş anlamda mağdur, ihalenin dürüstlük ve rekabet kurallarına uygun bir şekilde yapılması konusunda mevcut olan menfaatleri ihlal edildiğinden toplumu oluşturan herkeştir³⁹¹. Kanunda sayılı fiillerin kendilerine karşı işlendiği ihale yetkilileri ile ihaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip olup da bu haklarına saldırıda bulunulan kişiler ise bu suçun dar anlamda mağdurudur³⁹². Örneğin, cebir veya tehditle ya da hileyle ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesi hâlinde, kendisine cebir veya tehdit uygulanan ya da aldatılan gerçek kişi, bu suçun mağduru olur³⁹³. İhaleye katılması engellenen devlet ve diğer tüzel kişiler ise bu suçun mağduru değil, suçtan zarar görenidir³⁹⁴. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde değerlendirmesi şu şekildedir³⁹⁵:

“Sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasa'nın 18. maddesine göre Hazine ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının bu suçun mağduru ve suçtan zarar göreni olduğu, bu sıfatlarının gereği olarak CMK'nin 234/b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip oldukları davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmeleri için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının iddianame gönderilerek duruşmadan haberdar edilmeleri gerektiği, diğer yandan aynı Kanunun 260/1. maddesine göre de kamu davasında haberdar edilmemiş bulunup da katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların müdahil olmasalar dahi kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu, dosyada Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünün ile... Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliğine duruşmadan haberdar edildiğine veya temyiz haklarını kullanabilmesi için hükmün tebliğ edildiğine ilişkin bilgi ve belgeye rastlanmaması karşısında; davanın Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile ... Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliğine haber verildiğini veya hükmün tebliğ edildiğini gösteren bilgi ve belgeler var ise dosyasına eklenmesi, yoksa hükmü temyiz etme yetkisi olduğu, nereye, nasıl ve ne şekilde başvurabileceği ve temyiz süresini de gösterecek şekilde açıklamalı davetiye ile tebliği ve buna ilişkin belgelerin ve ilgililer tarafından hükümlerin temyiz edilmesi durumunda temyiz dilekçelerinin eklenmesi ve gerekirse bu konuda ek tebliğname düzenlendikten sonra incelenmek üzere Dairemize

³⁹⁰ Soyaslan vd. 2014: 127; Hafızoğulları ve Özen, 2019: 209; Mağdur hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Baş, 2021.

³⁹¹ Koca ve Üzülmmez, 2019: 805; Özgenç, 2013: 90; Arslan, 2017: 186; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 148; Özbek, 2021a: 763; Koca, 2014: 129; Tuğrul, 2013: 34; Özen, 2018: 182; Gülel, 2012: 248; İştin, 2019: 114.

³⁹² Arslan, 2017: 186; Tuğrul, 2013: 34.

³⁹³ Özgenç, 2013: 90; Özbek, 2021a: 763; “İhale mevzuatı ve şartnameye göre gizli tutulması gereken teklifi üçüncü kişilere sızdırılan kişi, rekabeti engelleyici anlaşma kapsamında fiyatların aleyhine etkilenmesi sebebiyle ihaleyi alamayan kişi de mağdurlara örnek olarak gösterilebilecektir.”, Arslan, 2017: 187.

³⁹⁴ Artuk vd., 2013: 808; Koca ve Üzülmmez, 2019: 805; Özgenç, 2013: 90.

³⁹⁵ Yargıtay 6. Ceza Dairesi E.2018/2816, K. 2021/1410, T. 02.02.2021 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 29.06.2021).

gönderilmesi için dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdiine 02.02.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Bizim de katıldığımız görüşe göre, ihaleye fesat karıştırma suçunda mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu kabul edilerek, örneğin cebir ve tehdide maruz kalan kişiler ile zarara uğrayan kamu kurum ve kuruluşlarının suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerekir³⁹⁶.

2.4.3.7. Suçun Konusu

Bütün suçların bir konusu bulunmakla birlikte suçun konusu, suçun maddi ve hukukî konusu şeklinde ikiye ayrılır³⁹⁷. Kanun maddesinde yer alan şey suçun hukukî konusu olup maddi konusu ise suça konu olan bir madde, eşya veya insan olabilir³⁹⁸. Bu anlamda konu, fiilin gerçekleştirilmesi ile zarara uğrayan nesne veya insan olarak da tanımlanabilir³⁹⁹. İfade etmek gerekir ki hukukî konu, cezai korumanın yöneldiği hukukî varlık veya menfaatlerin kanun koyucu tarafından seçilmesi, bu korumanın limitlerinin ve etkisinin, dolayısıyla da suç politikasının oluşturulması yönünden olduğu gibi, suçların sınıflandırılması ve kanunun yorumlanması bakımından da önemli bir fonksiyona sahiptir⁴⁰⁰.

İhaleye fesat karıştırma suçunun konusunu, maddede nitelikleri belirtilmiş olan *"kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alımı veya satımları ya da kiralamaları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler"* oluşturur⁴⁰¹. Suçun meydana gelebilmesi için ortada failin fesat karıştırabileceği bir ihalenin varlığı zorunludur. Öte yandan Yargıtay, suçun konusunu yalnızca KİK ve DİK kapsamında yukarıda incelediğimiz ihale usûlleri kapsamında kalan yöntemlerle yapılan işler ile sınırlandırmaktadır⁴⁰². Yargıtay bir kararında bu hususa şu şekilde işaret etmiştir⁴⁰³:

³⁹⁶ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 149.

³⁹⁷ Soyaslan vd., 2014: 128.

³⁹⁸ Soyaslan vd., 2014: 128; Artuk vd. 2018: 316; Toroslu ve Toroslu, 2019:110.

³⁹⁹ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 136.

⁴⁰⁰ Toroslu ve Toroslu, 2019:110.

⁴⁰¹ Artuk vd., 2013: 809; Arslan, 2017: 189; Koca ve Üzülmmez, 2019: 800; Özbek, 2021a: 757; Koca, 2014: 5.

⁴⁰² Arslan, 2017: 190; Tuğrul, 2013: 36; "4734 sayılı KİK veya 2886 sayılı DİK kapsamındaki ihalelerin suçun konusunu oluşturacağına ilişkin şüphe yoktur. Ancak suçun konusunu oluşturan ihaleler sadece bu iki kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Burada önemli olan kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalenin varlığıdır. Dolayısıyla kanunlardaki özel düzenlemeler çerçevesinde, kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihaleler de bu suçun konusunu oluşturmaktadır. Örneğin, 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, Başkanlıkça icra edilen sınav hizmetleriyle sınırlı kalmak üzere mal ve hizmet satın alınmasında Kamu İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı, bu mal ve hizmetlerin teminine ilişkin usûl ve esasların Kamu İhale Kurumu'nun görüşü alınarak YÖK tarafından hazırlanacak yönetmelikle belirleneceği kabul edilmiştir. Buna göre 6114 sayılı Kanunun öngördüğü usûl ve esaslara göre ÖSYM Başkanlığınca yapılan ihaleler de TCK'nin 235. maddesinin konusunu oluşturacaktır.", Koca, 2014: 10.

⁴⁰³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi E.2020/5063, K. 2021/300, T. 25.01.2021 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 30.06.2021).

“Sanıklar hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan kamu davası açılmış ise de; köy tüzel kişiliğine ait taşınmazların kiralınması işleminin 2886 sayılı Devlet İhale Yasası ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun kapsamı dışında olması karşısında; atılı eylemlerin sübutu hâlinde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, bahse konu suçun 5237 sayılı TCK’nin 257. maddesinde öngörülen cezasının üst sınırına göre aynı Kanunun 66/1-e ve 67/4. maddelerinde belirtilen 8 yıllık asli ve 12 yıllık ilaveli dava zamanaşımı sürelerine tabi olduğu, suç tarihi olan 27/05/2006 ile hüküm tarihi arasında ilaveli dava zamanaşımı süresinin gerçekleştiği anlaşıldığından hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilmek suretiyle CMUK’nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, oy birliğiyle karar verildi.”

Yargıtay’ın bu görüşüne katılmamız mümkün değildir. Nitekim TCK’nin 235’inci maddesinde suça konu ihaleler kapsamında KİK ve DİK olarak bir sınırlandırma yapılmamıştır. Yargıtay’ın bu görüşü suçun uygulama alanını sınırlandırmakta ve suçun caydırıcılığını azaltmaktadır.

İhaleye tabi olmayan bir iş için ihale açarak usûlsüzlük yapan kamu görevlisi, 235’inci madde kapsamında değil, şartlarının oluşması hâlinde TCK madde 257 kapsamında görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılır. Nitekim Yargıtay’ın da bu yönde verdiği karar şu şekildedir⁴⁰⁴:

“Mahkemece “köy tüzel kişiliğine ait dükkan ve köy kahvesinin kiralınması işiyle ilgili olarak köy tüzel kişiliğinin 2886 sayılı devlet ihale kanununa tabi olmadığı, bu nedenlerle iddia edildiği şekilde ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmadığı, yapılan hizmet alımı ve kiralama işlemlerinin 442 sayılı Köy Kanunu kapsamında köy muhtarı ve ihtiyar meclisinin yetkisinde olduğu, ancak sanığın kaymakam onayı almadan kiralama işlemlerini yaptığı, eylemin TCK’nin 257/1. maddesi kapsamında kaldığı” gerekçesi ile mahkumiyetine karar verilmiş ise de; köy tüzel kişiliğine ait taşınmazların kiralınması işleminin 2886 sayılı Devlet İhale Yasası ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun kapsamı dışında olması karşısında; köy muhtarı olan sanığın, köye ait dükkan ve kahvehaneyi kaymakamlık onayı olmadan kiralama eylemleriyle 5237 sayılı TCK’nin 257/1’de öngörülen kişilerin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olup olmadığı ve kişilere ne surette haksız menfaat sağlandığı hususları araştırılıp tartışılmadan, kaymakamlıktan onay alınması gerektiğinin dava konusu yapılmadığı da gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK’nın 321 ve 326/son maddeleri gereğince BOZULMASINA, 21/05/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Devlet İhale Kanunu’nun 1’inci maddesinde, TCK madde 235/1’de belirtilen ihaleler dışında, trampa ve gayri ayni hak tesisine ilişkin ihalelerin de düzenlenebileceği belirtilmesine rağmen, suçu düzenleyen kanun maddesinde sayılmadığından bu tür ihalelerde ihaleye fesat karıştırma suçu değil, konusuna göre TCK’de düzenlenen diğer suçlar (görevi kötüye kullanma, rüşvet gibi) gündeme gelebilecektir⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi E.2013/6777, K. 2015/11776, T. 21.05.2015 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 30.06.2021); Aksi yönde bkz. Arslan, 2017: 192.

⁴⁰⁵ Eker Kazancı, 2011: 31.

İhale ile yapılması gereken mal, hizmet, kira veya yapım işinin ihale yapılmaksızın sonuçlandırılıp, daha sonra ihale yapılmış gibi belge düzenlenmesi fiili çalışmamıza konu suç değildir, şartlarının varlığı halinde belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır⁴⁰⁶.

Suçun konusunu oluşturan ihaleler, kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelerle sınırlı olmayıp, “*kamu kurum ve 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*” veya bunların bünyesinde faaliyet gösteren “*vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler*” adına yapılan ihaleler de suçun konusunu oluşturur⁴⁰⁷.

Hangi tüzel kişilerin yaptıkları ihalelerin suçun konusunu oluşturacağı madde metninde ayrıntılı ve sınırlı bir biçimde sayıldığından, yorum yoluyla artırılması mümkün değildir⁴⁰⁸. Aynı gerekçe ile Yargıtay’ın suça konu ihalelerin KİK ve DİK kapsamında yapılması gerektiğine dair daraltıcı görüşü de isabetli değildir.

Suçun konusunu teknik anlamda ihale oluşturduğundan, KİK’in 22’nci maddesi mucibince yapılan, artırım veya indirim usûllerine göre işlemediği için ihale yöntemi olmaktan çıkartılan doğrudan temin yöntemiyle yapılan işlerde, TCK madde 235 uygulama alanı bulamaz⁴⁰⁹. Doğrudan temin usûlünde hukuka aykırı fiiller göreve kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebileceğinden ve bu suçun da soruşturulması 4483 sayılı Kanun kapsamında izne tabi olduğundan, fiillerin cezasız kalması gündeme gelebilir⁴¹⁰. Nitekim konuyla ilgili verilen Yargıtay kararında da benzer bir hususa şu şekilde değinilmektedir⁴¹¹:

“Doğrudan temin yönteminin 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 18. maddesinin (d) bendinde bir ihale usûlü olarak öngörülmüş iken, 15.8.2003 gün ve 25200 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4964 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12. maddesiyle “4734 Sayılı Kanunun 18. maddesinin (d) bendi madde metninden çıkarıldığı”, anılan Kanunun 15. maddesiyle de 4734 Sayılı Kanunun 22. maddesi değiştirilerek doğrudan temin usûlünün düzenlendiği, 4964 Sayılı Kanunun 12 ve 15. maddelerinin gerekçelerinde de “esasen bir ihale usûlü olmayan “doğrudan temin”in ihale usûlleri arasından çıkarıldığı ve buna dair esas ve usûllerin Kanunun 22. maddesinde düzenlendiği” ifade edilmiş olup, değişiklik gerekçesiyle birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde: doğrudan

⁴⁰⁶ Arslan, 2017: 193.

⁴⁰⁷ Özgenç, 2013: 36; Koca ve Üzülmüş, 2019: 800-801; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 136-137; Koca, 2014: 6; Gülel, 2012: 249; İşten, 2019: 113.

⁴⁰⁸ Koca, 2014: 8.

⁴⁰⁹ Koca ve Üzülmüş, 2019: 801-803; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 140; Özbek, 2021a: 760-761.

⁴¹⁰ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 142; Yazarlar ayrıca bu gibi sakıncaların giderilmesi amacıyla doğrudan temin usûlünün tekrar bir ihale yöntemi olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedirler.

⁴¹¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi E.2013/9310, K. 2014/1341, T. 12.04.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 30.06.2021).

temin yönteminin bir ihale usûlü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olduğu, mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 35/b. maddesinde; "İş deneyim belgeleri, bir taahhüt kapsamında 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki idarelere, diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ve kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlara yönelik gerçekleştirilen mal tedariklerinde isteklinin başvurusu üzerine, taahhüdün gerçekleştirildiği idare tarafından düzenlenerek sözleşmeyi yapan idarenin yetkili makamı tarafından onaylanır." hükmünün düzenlendiği, buna göre: doğrudan temin usûlüyle gerçekleştirilen mal alımlarında, alım yapılan firma hakkında iş deneyim belgesinin düzenlenemeyeceğine dair bir yasal düzenlemenin bulunmadığı, hatta firmanın istemi hâlinde bu belgenin düzenlenmesinin yasal zaruret arz ettiği anlaşılmakla, davaya konu iş deneyim belgesinde yer alan 1.1.2008 ila 31.12.2008 tarihleri arasında sanık İdris'in yetkilisi olduğu G... İnşaat Sanayii ve Tic. Ltd. Şti. tarafından Yüreğir Belediyesine doğrudan temin yöntemi ile mal satışı yapıp yapılmadığı, yapılmış ise bu tarihler arasındaki satış miktarının 215.220,20 TL olup olmadığı hususlarında Belediyenin kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra sonucuna göre aşamalarındaki savunmalar ve tanık anlatımları da gözetilerek sanıkların hukukî durumlarının tayin ve takdiri yerine eksik incelemeyle yazılı şekilde atılı suçlardan haklarında beraat hükümleri kurulması, kanuna aykırıdır."

Türk Ceza Kanunu'nun ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hükümleri, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre haczedilmiş malların satışı için yapılan açık artırmaya ilişkin süreç bakımından da uygulanabilir⁴¹². Ancak bu hâlde İİK'nin 345/b maddesi de dikkate alınmalıdır. Düzenleme kapsamında, İİK'ye göre yapılan ihalelerde bizzat kendisine veya üçüncü bir kişiye vaat edilen menfaat karşılığında artırmadan çekilen veya artmaya katılmayan kişiler cezalandırılır. Görüldüğü üzere İcra ve İflas Kanunu'na göre yapılan ihalelerde kendisine veya üçüncü bir kişiye vaat olunan veya sağlanan menfaat karşılığında artırmadan çekilmek veya artırmaya katılmamak özel bir suç olarak tanımlanmaktadır. Her iki Kanun da 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, TCK madde 235'in İİK madde 345/b'yi ilga ettiği söylenemeyecek; bu itibarla İİK hükümlerine göre yapılan ihalelerde para karşılığında anlaşarak ihaleden çekinilmesi durumunda TCK madde 235 hükmü değil İİK madde 345/b hükmü tatbik edilecek; buna karşılık İİK hükümlerine göre yapılan ihalelere cebir, tehdit veya hile kullanmak suretiyle fesat karıştırılması hâlinde TCK madde 235 hükmü uygulanacaktır⁴¹³. Çünkü İİK'de düzenlenen hüküm yalnızca vaat olunan ve sağlanan menfaat karşılığında artırmadan çekilmeyi veya artırmaya katılmamayı suç olarak düzenlemiştir. Bu maddede düzenlenmeyen diğer hallerde TCK madde 235 uygulama alanı bulacaktır. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararda aynı sonuca şu şekilde değerlendirme yaparak varmıştır⁴¹⁴;

⁴¹² Özgenç, 2013: 36-37; Koca ve Üzülmüş, 2019: 801.

⁴¹³ Özgenç, 2013: 37-38; Koca, 2014: 8-9.

⁴¹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/5-16, K. 2009/139, T. 02.06.2009 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2021).

“Taktiri kıymet tutanakları, ihale dosyalarının onaylı suretleri, dosya inceleme tutanakları, tanık anlatımları ve tüm dosya içeriğiyle, sanıkların birlikte ihale dosyalarını inceledikleri sabit olmakla birlikte, bu eylemleri 5237 sayılı TCY’nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırmak kapsamında değerlendirilerek yaptırma bağlanan hiçbir koşula uymamaktadır. Diğer yönden, sanıkların gizli tutulması gereken herhangi bir bilgiye ulaştıklarına ilişkin kanıt bulunmadığı gibi, 22. İcra Müdürlüğünün 2004/68, 75 ve 76 talimat dosyalarında, H.....H...’den ihaleye girmemesi karşılığı 10.000 YTL istendiği ve A...F... G...’den ihaleye girmemesini talep ettiklerine ilişkin, H.....H..., A....F...G.... ve M... H.... G....’nin birbirleriyle çelişkili beyanları dışında kanıt da bulunmamaktadır. İhale süreci incelendiğinde, sanık N.....K....’ün de dahil olduğu birden fazla kişi tarafından ihaleye girildiği ve taşınmazın en yüksek bedeli verene ihale edildiği, bu bedellerin de, rayiç değere yakın olduğu saptanmıştır. Taşınmazlar H....H....’e ait bulunduğundan, diğerleri de H.... H.... adına hareket ettiklerinden, bedelin yükselmesinden, C.Savcısı sanığı sorumlu tutarak suçlamalarda bulunmaktadır. Ayrıca sanık N....ile G..... soyadlı tanıklar arasında geçmişe dayalı husumet de bulunmakta olup, birbiriyle çelişkili dosya içeriğine aykırı bu beyanlara itibar etme olanağı da bulunmamaktadır. Sanıkların gerek 5237 sayılı TCY’nın 235, gerekse İY’nın 345/b maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir eylemi bulunmadığından, Özel Dairece bu suçtan verilen beraat kararı isabetli olup, Yargıtay C.Başsavcılığının tüm temyiz itirazlarının reddi ile bu suçtan verilen hükmün onanmasına karar verilmelidir.”

Yine Türk Medeni Kanunu’nun 440 ve 444 maddeleri uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan veya HMK madde 322 kapsamında paylaşırma ve ortaklığın giderilmesi nedeniyle yapılan ihaleler de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁴¹⁵.

Normal şartlarda ihaleye tabi olmadığı halde, konunun hatalı değerlendirilmesi veya başkaca bir sebeple ihale yapılmış olsa bile, ortada bir ihale mevcut olduğundan, bu ihaleye fesat karıştırılması hâlinde de TCK’nın 235’inci maddesi hükümleri uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁴¹⁶. Ancak Yargıtay aksi görüşte olup suçun oluşması için çıkılıp tamamlanan bir ihalenin varlığının zorunlu olduğu kanaatine varmıştır⁴¹⁷. Öte yandan Yargıtay önceden alınan bir hizmet için sonradan şeklen yapılan bir ihaleye fesat karıştırılması hâlinde de bu suçun oluşmayacağına ilişkin şu şekilde karar vermiştir⁴¹⁸;

“Bu şekilde, sanıklar Cihat Çakaroğulları, Şenol Dönmez, Erdoğan Aslan ve Yusuf Ziya Alanya’nın şifahi talimatla ihalesiz olarak önceden yaptırılan işler hakkında henüz yapılmamış işlermiş gibi keşif özetleri hazırladıkları, sanık Hasan Ak’ın da A Blok makam girişi düzenlemesi ve zemin kat tadilat işi ile ilgili

⁴¹⁵ Koca, 2014: 9.

⁴¹⁶ Arslan, 2017: 193.

⁴¹⁷ “...esasen tesisin inşaatının tamamlanmasının ve üçüncü kişilerle kiralanmasının mümkün olmadığı, ihaleye çıkarma şartlarının oluşmaması ve yapılan ihalenin hukuka aykırılığı nedeniyle ortada gerçek bir ihalenin bulunmadığı, ihale koşulları oluşmadığı için ihaleye fesat karıştırmak suçunun oluşmayacağı...”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2006/10848, K. 2007/3041, T. 30.07.2007 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2021).

⁴¹⁷ Koca, 2014: 9.

⁴¹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2005/11-119, K. 2006/15, T. 07.02.2006 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2021).

ödenek talebinde bulunup, her iki iş için ihale onayı hazırladığı, yasa, tüzük ve yönetmelikleri uygulamakla yükümlü olan sanıkların bu şekilde, mevzuatın açık ve kesin hükümlerine aykırı olarak, önceden yapılan bazı onarım işleri için sonradan keşif özeti ve ihale onayları düzenleyip imzalayarak yasa ve nizamla aykırı davranmak suretiyle memuriyet görevlerini kötüye kullandıkları, ancak suç işlemelerinde şahsi bir menfaatlerinin bulunmadığı, sanıklardan Hasan Ak, Cihat Çakaroğulları, Şenol Dönmez ve Erdoğan Arslan'ın aynı suç işleme kararı altında suçu zincirleme biçimde işledikleri, sanıkların 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257. maddesi karşısında hukukî durumlarının değerlendirilmesinde ise sanıkların, ihale kurallarına uymaksızın şifahi talimatlarla yaptırılan işlere sonradan keşif özeti ve ihale onayı hazırlanması sonucu, işin ihale ile yaptırılmış olması hâlinde ihaleye girenlerce keşif bedeli üzerinden yapılacak eksiltmeden yoksun bırakılmak suretiyle, kamu zararına yol açıldığı şeklindeki gerekçe kamu zararının saptanamaması nedeniyle somut olayla örtüşmemekte ise de, ihale kurallarına uyulmaksızın şifahi talimatlarla yaptırılan işlerde, ihaleye girme olanağı bulunan kişiler bu olanaktan yoksun bırakılmak suretiyle, onların mağduriyetine neden olduğundan, 5237 sayılı Yasanın 257/1. maddesinde düzenlenen suçun da unsurları itibarıyla oluştuğu, ancak 765 sayılı Yasanın 240/2. maddesi uyarınca yapılan uygulamanın sanıklar lehine bulunduğu saptanmakla, görevi kötüye kullanmak suçundan verilen hükümlerin de bu değişik gerekçe ile onanmasına karar verilmelidir.”

Bizce de kanuna uygun şekilde yapılan bir ihalenin bulunmadığı durumlarda, failin eylemleri TCK madde 235 kapsamında değil şartları oluşan diğer suçlar açısından, örneğin görevi kötüye kullanma suçu açısından değerlendirilmelidir. Aksi bir düşünce, failin cezai sorumluluğunu suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı şekilde genişletmiş olur.

2.4.4. Suçun Nitelikli Hâlleri

Nitelikli haller, suçun oluşması için bulunmaları zorunlu kılınan asli unsurlara ekli ve suçun daha ağır veya daha hafif nitelendirilmesini ve bunun neticesi olarak temel cezanın arttırılmasını ve indirilmesini gerekli kılan, ancak bulunmaması hâlinde suçun varlığına bir etkisi bulunmayan ve bulunduğu zaman hukukî nitelendirmesinin değişmesine sebebiyet vermeyen hallerdir⁴¹⁹.

Türk Ceza Kanunu madde 235/3-a'da suçun temel şekline göre daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsuruna yer verilmiştir⁴²⁰. Hükme göre;

⁴¹⁹ Hakeri, 2008: 87; Özen, 2018: 315; Toroslu ve Toroslu, 2019: 279-280.

⁴²⁰ “Cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur. İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen haller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde yeniden düzenlenmesi karşısında; TCK'nin 7/2. maddesindeki -suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur- hükmü nazara alınıp hakkında mahkûmiyet kararı verilen sanık B. S. ile ihaleye fesat karıştırma ve özel belgede sahtecilik suçlarından hakkında beraat kararı verilen sanık S. K.'nin suçları arasındaki bağlantı ve iştirak ilişkisi de gözetilerek hukukî durumlarının birlikte mahkemesince yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi

“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 cezaı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.”

Belirtmek gerekir ki; 6459 Sayılı Kanun’la değiştirilmeden önce TCK madde 235/3 gereği ihaleye fesat karıştırılması durumunda ilgili idareler açısından bir zararın oluşması, suçun temel şekline göre daha ağır bir cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmişti⁴²¹.

Aynı fıkranın (b) bendinde ise daha az cezayı gerektiren bir nitelikli unsura yer verilmiştir⁴²². Buna göre; *“İhaleye fesat karıştırma suçunun; b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”* Görüldüğü üzere ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde bu nitelikli hal uygulanmaz⁴²³.

Suçun nitelikli halinin meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi için ihaleye fesat karıştırma sonucunda bir zararın oluşup oluşmadığı araştırılmalı ve zararın oluşmadığının tespit edilmesi⁴²⁴ halinde daha az cezaya hükmolmemelidir⁴²⁵. Zararın miktarı önemli olmayıp, failin eylemi neticesinde herhangi bir şekilde maddi zarar ortaya çıkmış ise hafifletici neden uygulama alanı bulamayacaktır⁴²⁶.

Yargıtay’ın, zarar kavramına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmenin yer aldığı karar şu şekildedir⁴²⁷:

E.2014/2039, K. 2014/3118, T. 19.03.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2021).

⁴²¹ Koca ve Üzülmmez, 2019: 824; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 170.

⁴²² Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/5396, K. 2014/6866, T. 23.06.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2021).

⁴²³ *“Belirtmek gerekir ki; ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde de suç, kamunun zarar görmesiyle oluşacaktır. Ancak bu halde suçun sadece bu şekli bakımından kamunun zarar görmemiş olması cezada indirim yapılmasını gerekli kılan bir neden olarak düzenlenmemiştir.”*, Koca ve Üzülmmez, 2019: 824.

⁴²⁴ Suç kapsamında kamu zararı ve tespiti hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Birtok, 2020.

⁴²⁵ Arslan, 2017: 207; *“Mahkeme kararlarına dayalı olarak düzenlenen iletişimin tespiti tutanaklarının içeriklerine göre, sanıklar ... ve ...'in azmettirmesi sonucu, 08/12/2005 tarihli ihaleden önce, yaklaşık maliyetlerin kamu görevlisi olan sanık ... tarafından diğer sanık ...'e bildirildiği anlaşılmakla; öncelikle ilgili firmanın belirtilen tarihte kazandığı ihalelere ilişkin ihale dosyaları getirtilip, söz konusu eylem nedeniyle bir zararın oluşup oluşmadığı araştırılarak, zararın oluşmadığının belirlenmesi hâlinde dava zamanaşımı da değerlendirilmek suretiyle sanıkların hukukî durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, O yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 12/04/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”*, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/15857, K. 2016/3791, T. 12.04.2016 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2021); Aynı yönde benzer bir karar için bkz., Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2021/851, K. 2021/1994, T. 21.04.2021 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2021).

⁴²⁶ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 168; Özbek, 2021a: 775.

⁴²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2007/4-88, K. 2007/94, T. 17.04.2007 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 01.07.2021).

“Kamu zararı” gerekçedeki açıklamaya göre ekonomik zarar anlamındadır. Somut (maddi) olmalıdır. Ancak, bunun için miktarın kesin olarak belirlenmesi şart olmayıp, olayın özelliğine göre somut bir zararın meydana geldiği anlaşılabiliyorsa, bu durum da kamu zararının varlığını kabul için yeterlidir. Kamu zararı kavramının ne olduğu hususunda müracaat edilebilecek ve her zaman için geçerli olabilecek genel bir tanım 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması kamu zararıdır. Görev gereklerine her aykırı davranışın kamu idaresine karşı duyulan güveni zedelediği ve böylece bir kamu zararına yol açtığı veya zararın oluşmasına yönelik elverişli hareketin yapılmasının yeterli olduğu biçimindeki genişletici görüş ve yorumlar yasa koyucunun kamu zararının ekonomik ve somut olması gerektiği yolundaki tercihi ile bağdaşmaz.”

Dolayısıyla Yargıtay’ın ihaleye fesat karıştırma suçundaki zarar kavramını dar yorumladığı ve ancak gerçek zarar dikkate aldığı söylenebilir.

2.4.5. Suçun Manevi Unsuru

Failin, bir suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi için fiili ile psişik bağlantının kurulması gerekmekte olup fiilin failine isnat edilebilmesi, yüklenilebilmesi, ondan manen sorumlu tutulabilmesi gerekir⁴²⁸. Suçun manevi unsuru veya sübjektif unsuru, yaygın görüşe göre “kusurluluk” deyimini ile ifade edilmekte olup kusurluluk, hareketin ve ihmâlin mutlaka bilinçli ve iradi olmasını gerektirecek şekilde kast ve taksir olarak iki türlü ortaya çıkar⁴²⁹.

İhaleye fesat karıştırma suçunda manevi unsur kasttır⁴³⁰. Taksirle işlenmesinin imkânı yoktur. Failin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan hizmet ve mal alım veya satımlarında ya da kiralamalarında ihalelere fesat karıştırma hususunda, bilerek ve isteyerek hareket etmelidir⁴³¹. Failin tedbirsizliği, bilgisizliği veya dikkatsizliği sonucunda meydana gelen fiiller ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermez⁴³².

İhaleye fesat karıştırma suçunun olası kastla işlenmesine de engel bir durum bulunmaz⁴³³. Örneğin failin bazı bilgilerin ihale kapsamında gizli kalması gereken bilgiler olduğunu öngörmesine rağmen ne olursa olsun diyerek açıklaması ya da aktarması durumunda olası kast hükümlerine göre sorumluluğu belirlenecektir. Burada fail bilinçli taksirden farklı olarak neticeyi kabullenip, sorumluluğu göze alarak hareket eder. Bu nedenle cezalandırılması gerekir.

⁴²⁸ Hakeri, 2008: 119; Özen, 2018: 188; Toroslu ve Toroslu, 2019: 198; Hafizoğulları ve Özen, 2019: 240.

⁴²⁹ Toroslu ve Toroslu, 2019: 198-201.

⁴³⁰ Artuk vd., 2013: 810; Şen ve Aksüt, 2014: 117; Eker Kazancı, 2011: 189; Özgenç, 2013: 90; Özbek, 2021a: 775; Koca, 2014: 146; İşten, 2019: 116.

⁴³¹ Özgenç, 2013: 90.

⁴³² Artuk vd., 2013: 810; Sucuoğlu, 2021: 300.

⁴³³ Arslan, 2017: 211; Eker Kazancı, 2011: 190; Şen ve Aksüt, 2014: 119; Aksi yönde bkz., Sucuoğlu, 2021: 302-304; Aksi yönde bkz. Soyaslan vd., 2014: 134.

TCK madde 235/2-a bendinde, failin kastının, hileli davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan bir kişinin ihaleye katılmasını engellemeye ya da bu niteliklere sahip olmayan kişinin, ihaleye katılmasını sağlamaya yönelik olması gerektiğinden, örneğin; failin yeterlik koşullarını sağlayan bir istekliyi, sırf ona çok kızdığı ve öfkelendiği için diğer katılımcılar önünde küçük düşürme amacıyla yapılan hileli hareketler bu suça vücut vermez⁴³⁴.

Türk Ceza Kanunu madde 235/2-b bendinde, suça konu bilgilerin gizli tutulması arandığından, failin bu bilgileri gizli tutması gerektiğini bilmesi gerekir⁴³⁵. TCK madde 235/2-c bendinde yer verilen suçun oluşması için failin cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi, yine TCK madde 235/2-d bendinde de failin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek maksadıyla hareket etmesi gerekir⁴³⁶. Bu nedenle bu bent için olası kastla suçun işlenmesi mümkün değildir⁴³⁷. Çünkü failin belirli bir amaçla ve bu amaca ulaşmayı isteyerek hareket etmesi aranmaktadır.

Failin, suçun kanunî tarifinde yer verilen maddi unsurları bilmeden hareket etmesi, kasten hareket etmemiş olacağından, bu hatasından (TCK madde 30/1) yararlanacak ve eylemi ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır⁴³⁸.

2.4.6. Hukuka Aykırılık Unsuru

İşlenen fiilin kanundaki suç tiplerinden birine uymasıyla birlikte onun hukuka aykırı olduğu kabul edilmekle birlikte, fiilin hukuka uygun olmasını gerektiren bir nedenin de bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır⁴³⁹. Kanundaki bir tipe uyan, ancak gerek ceza kanunları gerekse başka bir mevzuat ile hukuka uygun hale gelen bir eylemin cezalandırılması mümkün olmaz⁴⁴⁰. Mazeret sebepleri veya suçun ortaya çıkmasını önleyen objektif nedenler şeklinde de isimlendirilen ve TCK’de “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka aykırı olmasını engelleyerek, onun hukuken meşru bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlar⁴⁴¹.

İhaleye fesat karıştırma suçu kapsamında incelenmesi gereken hukuka uygunluk nedenleri; “*kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (TCK madde 24/1), meşru savunma (TCK*

⁴³⁴ Eker Kazancı, 2011: 190; Şen ve Aksüt, 2014: 117.

⁴³⁵ Şen ve Aksüt, 2014: 118; Sucuoğlu, 2021: 304.

⁴³⁶ Şen ve Aksüt, 2014: 118.

⁴³⁷ Özbek, 2021a: 776.

⁴³⁸ Arslan, 2017: 212; Sucuoğlu, 2021: 306.

⁴³⁹ Hakeri, 2008: 197; Arslan, 2017: 214; Özen, 2018: 218; İçel, 2018: 305; Centel vd., 2017: 290.

⁴⁴⁰ Hakeri, 2008: 197; Özen, 2018: 218.

⁴⁴¹ Toroslu ve Toroslu, 2019: 157; Ceza hukukunda kusurluluğu kaldırان ve azaltan nedenler hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Akdağ, 2020.

madde 25/1), hakkın kullanılması (TCK madde 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK madde 26/2)'' olarak gösterilebilecektir. İhaleye fesat karıştırma suçuna özgü başkaca bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır⁴⁴².

Kanunun hükmünü (görevi) yerine getirmenin hukuka uygunluk teşkil etmesi için kişinin pozitif mevzuata göre yetkilendirilmiş olması ya da fiili görevi nedeniyle işlemiş olması gerekir⁴⁴³. Örneğin; hakkında yakalama kararı bulunan bir kişinin ihaleye katılmak isterken görevli polis memuru tarafından gözaltına alınması ve bu surette ihaleye katılımı engellenirse, polis olan fail kanun hükmünü icra etmiş olduğundan fiili hukuka uygun olup, suç oluşturmaz⁴⁴⁴.

İhaleye fesat suçunun yapısı gereği⁴⁴⁵, somut bir olayda meşru savunma hükümlerinin uygulanması oldukça zordur. Ancak prensip olarak uygulanmasına mani bir durum bulunmamaktadır. Benzer sebeple bu suçta ıztırar halinin de uygulanmasının zor olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁴⁶.

Hakkın kullanılması açısından ihaleye fesat karıştırma suçu incelendiğinde örneğin, ihaleye hileli davranışlarla müdahil olan şirketin normalde gizli kalması gereken tekliflerini ifşa eden gazetecinin bu fiili suç teşkil etmez⁴⁴⁷.

İhaleye fesat karıştırma suçu, herhangi bir kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin rıza gösterilebilecek bir yapıda olmadığından, ilgilinin rızası hükümleri de bu suç açısından uygulama imkânına sahip değildir⁴⁴⁸.

2.5. Değerlendirme

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile daha önceki kanun döneminde dağınık halde bulunan ihale suçları, 235'inci maddede tek bir çatı altında, ekonomik bir suç olarak toplanmıştır. Bu yapılırken ihalenin tamamlanmasından sonraki aşamada işlenen suçlar da 236. madde kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçu olarak tanımlanmıştır. Burada Kanun koyucu yerinde bir düzenleme yaparak sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar olan eylemleri ayrı bir maddede, imzalanmasından sonra edimin ifası aşamasında mevcut eylemleri başka bir maddede suç olarak ihdas etmiştir. Suçta ve cezada belirlilik ilkesi açısından bu düzenlemelerin uygulayıcılar açısından oldukça faydalı olduğu kanaatindeyiz. Ancak yine de ihale sürecinde

⁴⁴² Arslan, 2017: 216.

⁴⁴³ Arslan, 2017: 216.

⁴⁴⁴ Sucuoğlu, 2021: 298-299; Arslan, 2017: 216.

⁴⁴⁵ Arslan, 2017: 217; Eker Kazancı, 2011: 189.

⁴⁴⁶ Eker Kazancı, 2011: 189; Bir örnek için bkz. Sucuoğlu, 2021: 299.

⁴⁴⁷ Arslan, 2017: 217.

⁴⁴⁸ Arslan, 2017: 217.

işlenen suçların, Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu gibi özel kanunlarda yer verilmesinin uygulayıcılar açısından daha da faydalı olacağı kanaatindeyiz. Nitekim ihale hukuku yalnızca ceza hukukunun değil idare hukuku ve borçlar hukuku gibi diğer disiplinlerin de içerisinde bulunduğu bir alandır. Hal böyleyken, ihale sürecinde işlenen suçlara, sistematik olarak bir bütünlük içerisinde tüm unsurlarıyla birlikte düzenlendikleri özel kanunlarda yer verilmesi, suçun uygulanabilirliği açısından yerinde olacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan gerek alım-satım gerekse yapım ve kiralama ihaleleri sürecinde yaşanabilecek hukuka aykırılıklar ile mücadele edilebilmesi adına kanun koyucu, TCK madde 235 ile bu suçları bir yaptırıma bağlamıştır. Birden fazla hukukî değeri koruyan ihaleye fesat karıştırma suçu, yalnızca kanunî tanımda yer verilen seçimlik hareketli fiillerle işlenebilecektir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak fiillerin tek tek sayılması, hem teori hem de uygulama açısından yerinde olmuştur.

Suç, herkes tarafından işlenebilecek nitelikte iken, bazı halleri yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek nitelikte olduğundan bu haller açısından özgü suç niteliğindedir. 6459 sayılı Kanunun 12'nci maddesi ile yapılan değişiklik ile ihaleyi yapan kurumun zarar görmemiş olması, fail açısından daha az ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli bir hal olarak düzenlenme altına alınmıştır. Tarafımızca bu husus, suçun caydırıcılığı açısından yerinde görülmemektedir. Nitekim suçun koruduğu hukukî değerlerden biri de devletin ekonomik menfaati kadar devlete duyulan güvendir. Fiil neticesinde bir zararın meydana gelmemiş olması, suç yoluna girmiş olan failin, suç işleme iradesini daha da kuvvetlendirecek, başka bir anlatımla kanunda ihdas edilen madde caydırıcılık işlevini yitirecektir.

Suçun caydırıcılığı noktasında eleştirdiğimiz başka bir husus da Yargıtay'ın suçun uygulanabilirliğini daraltmasıdır. Nitekim Yargıtay ihaleye fesat karıştırma suçunun yalnızca KİK ve DİK kapsamında öngörülen ihale usulleri ile yapılan ihalelerde işlenebileceğine yönelik içtihat geliştirmiştir. Bu husus, suçun caydırıcılığını olumsuz yönde etkilemekte, failin cezai sorumluluğu daraltılmakta ve suç adeta önemsizleştirilmektedir. TCK madde 235, suça konu ihaleler açısından bir ayırım yapmamıştır. Yargıtay'ın bu görüşü kanunla da çelişmektedir.

Eleştiri konusu yaptığımız başka bir husus da suçun ihmali olarak işlenebileceğine yönelik kanuni bir düzenleme yapılmamış olmasıdır. Nitekim uygulamada suçun ihmali olarak da işlenebileceği kabul edilmektedir. Örneğin failin gizli kalması gereken bilgilerin, gizli kalması gerektiğini öngörmesi ve fakat buna rağmen ne olursa olsun diyerek bilgileri açıklaması ya da ifşa etmesi halinde cezai olarak sorumlu tutulmaktadır. Ancak burada failin cezai sorumluluğunun Anayasa madde 38 anlamında genişletildiğini düşünmekteyiz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRMASI, YAPTIRIMI İLE YARGILAMA USÛLÜ

3.1. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

3.1.1. Teşebbüs

Suçun kanunî tanımında öngörülen fiilin icrasına başlanmış olunmakla birlikte, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticeye yer verilen suçlarda fiilin tamamlanıp neticenin gerçekleşmemesi hâlinde suça teşebbüs kurumundan söz edilebilecektir⁴⁴⁹. Suç teşebbüs halinde kaldığında, suçu oluşturan normda tanımlanan suç ipotezi kısmen gerçekleştirildiği için manevi unsur bakımından tamamlanmış ancak objektif yönden tamamlanmamış kabul edilir⁴⁵⁰. Başka bir anlatımla fail teşebbüs aşamasında kaldığında ortada kanunda yazılı tipe uygun bir fiil yoktur ancak ceza sorumluluğunu genişletme fonksiyonu gereği fail ilgili suçun teşebbüs hükümlerine göre tayin edilecek cezası ile cezalandırılır⁴⁵¹.

Türk Ceza Kanunu'nun 35'inci maddesine göre, bir kimse bilerek ve isteyerek işlemek istediği suçu, doğrudan elverişli hareketlerle icra etmeye başlayıp da, elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamazsa teşebbüs kapsamında sorumlu tutulur. Düzenlemeye göre failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilmesi için suçun kast ile işlenebilen bir suç olması, bu suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlanması ve neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmemesi veya icrasının failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamaması gerekir. Bir suçun, teşebbüse elverişli olup olmadığı, suçun icrai hareketlerinin bölünebilir olmasına bağlı olup icrai hareketlerin bölünebilmesi hâlinde suç, teşebbüs kurumuna elverişli bir suç olmaktadır⁴⁵².

İhaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs konusunun 6459 sayılı Kanun değişikliği ile incelenmelidir. Çünkü TCK madde 235'de başlarda kamu zararı kavramına değinilmemiştir. Bu anlamda maddenin ilk düzenlemesinde hareketi neticeye birleşik bir suç olarak düzenlenmişti⁴⁵³. Ancak 6459 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklik sonrasında suç, zarar suçuna dönüşmüş, kamu kurumu veya kuruluşları bakımından bir zararın meydana gelmemiş olması halinde fail hakkında daha az cezaya hükmedilmesi gerekmiştir.

⁴⁴⁹ Hakeri, 2008: 226; Arslan, 2017: 224-225; Özen, 2018: 325; Artuk vd. 2018: 616; İçel, 2018: 503; Centel vd., 2017: 453.

⁴⁵⁰ Toroslu ve Toroslu, 2019: 296; Hafızoğulları ve Özen, 2019: 306-307.

⁴⁵¹ Kaplan, 2018: 272.

⁴⁵² Koca, 2014: 148; İştin, 2019: 116.

⁴⁵³ Sucuoğlu, 2021: 315.

İhaleye fesat karıştırma suçu, sırf hareket suçu olduğundan, yani kanunî tanımda fesat karıştırma olarak öngörülen fiillerin yapılmasıyla suç tamamlanmış olacağı için suçun oluşması ihalenin iptali, fiyatların etkilenmesi, rekabetin bozulması gibi neticelerin doğmasına bağlı değildir⁴⁵⁴. Bu durumun doğal bir sonucu olarak ihaleye fesat karıştırma suçunda teşebbüs, kural olarak mümkün değildir⁴⁵⁵. Ancak fesat olarak öngörülen fiillerin kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüs kurumu gündeme gelebilir⁴⁵⁶.

6459 Sayılı Kanun ile TCK madde 235/3'e özel bir teşebbüs hükmü getirilmiş durumdadır⁴⁵⁷. Buna göre ilgili kamu kurum veya kuruluşu açısından ihaleye fesat karıştırma suçunda bir zararın meydana gelmemiş olması ihtimalinde bile cezaya hükmedileceğinden, artık genel teşebbüs hükmü (TCK madde 35/1) burada uygulanmayacaktır⁴⁵⁸.

Türk Ceza Kanunu'nun 35 ve 36'ncı maddelerine göre suçun tamamlanamaması, başka bir ifadeyle icra hareketlerinin tamamlanmamış olması ya da hareketlerin tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi failin elinde olmayan nedenlerden kaynaklanmalıdır⁴⁵⁹. Aksinin gerçekleşmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri gündeme gelebilecektir. Teşebbüsün mümkün olduğu hallerde failin gönüllü vazgeçmesi de mümkün olabilir. TCK madde 36'ya göre, suç yoluna giren failin, icra hareketlerinden kendi iradesi ile gönüllü olarak vazgeçmesi ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin ortaya çıkmasını engellemesi, teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmamasını sağlar. Fakat bu halde tamamlanan kısım başka bir suça vücut veriyorsa fail yalnızca o suçtan dolayı sorumlu tutulur. Bu hüküm dikkate alındığında, ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs etmiş olan fail suçun tamamlanmasına kadar gönüllü olarak vazgeçebilir⁴⁶⁰. Örneğin, failin, ihaleye katılmasına engel olmak istediği istekliyi kaçırıp alıkoymakla, eyleminden dolayı vicdani azap duyarak istekliyi salıvermesi ve söz konusu isteklinin ihaleye katılması durumunda gönüllü vazgeçme ihaleye fesat karıştırma suçu açısından mümkün olmaktadır.

Etkin pişmanlık kurumu, ihaleye fesat karıştırma suçunun yapısı gereği bu suç için uygulanmaz. Kaldı ki etkin pişmanlığın objektif unsurlarının ilki, kanunî bir düzenlemenin

⁴⁵⁴ Arslan, 2017: 225-226; Tuğrul, 2013: 100.

⁴⁵⁵ Soyaslan vd. 2014: 135.

⁴⁵⁶ Koca ve Üzülmüş, 2019: 825; "Örneğin, ihaleye katılma hususunda şartları sağlamış olan ve yeterliği bulunan bir kimsenin ihale sürecine katılımının engellenmesi ya da tam aksi yönde şartları sağlamayan ve yeterliği de bulunmayan bir kimsenin ihale sürecine katılımını sağlamak amacıyla elverişli ve maddedeki seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesine rağmen neticenin failin elinde olmayan bir sebeple gerçekleşmemiş olması halinde teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilecektir.", Arslan, 2017: 226.

⁴⁵⁷ Özgenç, 2013: 71; Artuk vd., 2013: 810.

⁴⁵⁸ Artuk vd., 2013: 810-811.

⁴⁵⁹ Toroslu ve Toroslu, 2019: 309.

⁴⁶⁰ Arslan, 2017: 228; Sucuoğlu, 2021: 323; Koca ve Üzülmüş, 2019: 826; Tuğrul, 2013: 101.

varlığı olup, kanunda ihaleye fesat karıştırma suçunda etkin pişmanlık hallerinin düzenlendiği bir madde de yer almamaktadır⁴⁶¹.

3.1.2. İştirak

Ceza kanunlarında suçlar genellikle bir kişi tarafından işlenir. Bununla birlikte suçun iki veya daha fazla kişi ile birlikte işlenmesi halinde, bunlardan her birinin sorumluluğunun nasıl tayin edileceği sorunu iştirak konusunu ilgilendirir⁴⁶². Birden çok kişinin birlikte faaliyette bulunması hali hem suç henüz gerçekleştirilmeden önce kararlaştırılması aşamasında hem de suçun gerçekleştirilmesi aşamasında da söz konusu olabilir⁴⁶³. Bu faaliyetler, birinci seçenekte suç işleme kararının ortaya çıkmasına neden olmak ya da kararı ihya etmek şeklinde; ikinci seçenekte ise suçun işlenmesi için gerekli bulunan hareketleri kısmen veya tamamen yapmak ya da hareketi icra eden kimselere yardım etmek yahut hareketlerin yapılmasını herhangi bir şekilde kolaylaştırmak şeklinde olur⁴⁶⁴. Bu kapsamda iştirak şekilleri, müşterek faillik, dolaylı faillik, azmettirme ve yardım etme şeklindedir.

İhaleye fesat karıştırma suçunda iştirak bakımından genel hükümler uygulanacak olup, iştirakin her hâli mümkündür⁴⁶⁵. Suç, kural olarak tek failli bir suçtur. Ancak maddenin 2. fıkrasının (d) bendinde yer verilen “anlaşma” fiili, yapısı itibarıyla en az iki kişinin bulunmasını zorunlu tuttuğundan çok failli bir suçtur⁴⁶⁶. Zorunlu iştirak da denilen bu tarz durumlarda, suçun oluşması için en az iki failin bulunması gerekli görülür. Başka bir anlatımla kanun koyucu birden çok failin olmasını suçun kurucu unsuru olarak düzenler⁴⁶⁷.

İhaleye fesat karıştırma olarak kanunda öngörülen fiillerin, doğrudan ve yalnızca bir kişi tarafından işlenmesi hâlinde doğrudan failce, başkası vasıtasıyla işlenmesi hâlinde dolaylı failce, birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi hâlinde müşterek failce, birden fazla kişi tarafından ve fakat ortak bir suç işleme iradesi olmaksızın, birbirlerinden bağımsız şekilde işlenmesi hâlinde yan failce işlenmiş ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olur⁴⁶⁸.

İhaleye fesat karıştırma suçu, fail bakımından özellik arz etmediğinden, kanunda öngörülen fiiller, hem ihale yetkilisi olan kamu görevlilerince işlenebilir hem de bizzat ihaleye

⁴⁶¹ Sucuoğlu, 2021: 323.

⁴⁶² Hakeri, 208: 250; Özen, 2018: 343; Artuk vd. 2018: 662; İçel, 2018: 541; Toroslu ve Toroslu, 2019: 317; Centel vd., 2017: 486.

⁴⁶³ Toroslu ve Toroslu, 2019: 318; Hafizoğulları ve Özen, 2019: 334.

⁴⁶⁴ Toroslu ve Toroslu, 2019: 318; Hafizoğulları ve Özen, 2019: 336.

⁴⁶⁵ Koca, 2014: 154; Artuk vd., 2013: 811; Arslan, 2017: 229; Koca ve Üzülmöz, 2019: 826; Soyaslan vd., 2014: 136.

⁴⁶⁶ Sucuoğlu, 2021: 335; Soyaslan vd. 2014: 136.

⁴⁶⁷ Toroslu ve Toroslu, 2019: 355; Hafizoğulları ve Özen, 2019: 324.

⁴⁶⁸ Arslan, 2017: 229.

katılan veya katılmak isteyen kimseler tarafından işlenebilir⁴⁶⁹. Buna karşılık Yargıtay, özellikle TCK'nin 235'inci maddesinin 2'nci fıkrasında (a) ve (b) bentlerinde düzenleme altına alınan fiillerin ancak kamu görevlileri tarafından işlenebileceğini, diğer şeriklerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerini benimsemektedir⁴⁷⁰. Şu halde tek failli olarak ihdas edilmiş özgü bir suçun faili gerekli nitelikleri taşımayan bir kimse olamazken, çok failli olarak kanunda düzenlenen özgü suça iştirak edebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır⁴⁷¹.

İhaleye fesat karıştırma suçunun, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi mümkündür. Hatta suç, yapısı itibarıyla örgüt faaliyeti ile işlenmeye oldukça elverişlidir. Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde fail TCK madde 220 kapsamında ve gerçek içtima kuralları uyarınca hem ihaleye fesattan hem de bu suçtan dolayı sorumlu tutulur. Öte yandan böyle bir durumda CMK madde 139 uyarınca suçun soruşturulmasında gizli soruşturmacı gibi özel koruma tedbirlerine başvurulabilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki ihaleye fesat karıştırma suçunun amaç suç olması sebebiyle suç örgütünün işlediği suçlar hakkında doğru ve yararlı bir bilgi veren veya suç örgütünden gönüllü olarak ayrılmış olan ya da suç örgütünün çözülmesine yardım edenlere suçunun işlenmesine iştirak edilmemesi kaydıyla TCK madde 220'de yer verilen “suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu” bakımından ceza verilmemesi gerekir⁴⁷². Öte yandan ihale görevlileri bakımından yapılacak değerlendirmede, ihale görevlisinin örgüt faaliyeti kapsamında TCK madde 235/2-a bendindeki hileli hareketlerle suçu işlemesi durumunda, örgüt üyesi olarak doğrudan fail olarak sorumlu tutulur⁴⁷³.

3.1.3. İçtima

Normal olarak, ceza kanununun ihlali sayısınca suç vardır ve bu suçlardan her biri için kanunda öngörülen ceza verilmekle birlikte söz konusu bu cezalar da gerçek içtima kuralları çerçevesinde içtima ettirilerek yerine getirilir⁴⁷⁴. Ancak fail, değişik zamanlarda ayrı ayrı

⁴⁶⁹ Koca ve Üzülmmez, 2019: 826-827; Eker Kazancı, 2011: 198; Arslan, 2017: 230-231; Sucuoğlu, 2021: 340-341.
⁴⁷⁰ “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin 2.fıkrasına göre özgü suç niteliğinde olan ve aynı Kanunun 235. maddesinin 2-b fıkrası gereğince ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri nazara alındığında, 16/09/2009 tarihli... Belediye Başkanlığına yapılan... Belediyesi Parke ve Bordür Döşeme İşçiliği Yapılması ihalesinde yaklaşık maliyet konusunda bilgi verdiği iddia ve kabul edilen sanık ...'ın ihale görevlisi olmadığı ve söz konusu ihale sürecinde de bir görevinin bulunmadığı dikkate alınmadan ve keza faili olmayan suçta şeriklik de mümkün olamayacağından, sanıklar ... ve ...'un bahse konu ihale ile ilgili açılan kamu davasında yüklenen suçtan beraatleri yerine yanlışlı değerlendirme sonucu mahkumiyetlerine karar verilmesi, bozma nedeni sayılmıştır.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2016/9916, K. 2020/12602, T. 08.10.2020 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 06.07.2021); Aksi görüş için bkz. Koca, 2014: 155-156.

⁴⁷¹ Toroslu ve Toroslu, 2019: 319.

⁴⁷² Şen ve Aksüt, 2014: 125.

⁴⁷³ Sucuoğlu, 2021: 347.

⁴⁷⁴ Toroslu ve Toroslu, 2019: 359.

gerçekleştirdiği fiillerle ayrı suçlar işlemiş olabilir. Bazı zamanlarda ise fail, tek bir fille birden fazla suç tipini ihlal edebilir. Tüm bunlar içtima konusunu ilgilendirir⁴⁷⁵.

İhaleye fesat karıştırma suçuna vücut veren bir fiil, aynı zamanda başka bir suç normunu da ihlal edebilir. Suçların içtimai, bileşik suç (madde 42), zincirleme suç (madde 43) ve fikri içtima (madde 44) başlıkları altında TCK'nin genel hükümlerinin yer aldığı Birinci Kitabının İkinci Kısım Beşinci Bölümü'nde, düzenlenmiştir⁴⁷⁶. Bu halde suçlar içtima etmekte, ortada birden fazla suç bulursa da faile tek bir ceza verilir. Çalışmamızın bu bölümünde özellikle TCK madde 235/4'te yer verilen ve diğer suçlarda bulunan gerçek içtima hükümleri irdelenecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 235'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, suç neticesinde çıkar sağlayan görevliler, ayrıca bu fillere uyan suçun kanundaki cezası ile cezalandırılır. Bu kapsamda ihale komisyonunda görevli olan kamu görevlileri tarafından ihaleye fesat karıştırılması neticesinde bir menfaat temin edilmiş olması durumunda konusuna göre irtikap (madde 250)⁴⁷⁷ veya rüşvet (madde 252)⁴⁷⁸ suçundan ayrıca cezalandırılabilir.

⁴⁷⁵ Hakeri, 2008: 282; Özen, 2018: 374; Artuk vd. 2018: 723; İçel, 2018: 574; Toroslu ve Toroslu, 2019: 359; Hafizoğulları ve Özen, 2019: 353-354; Centel vd., 2017: 517; Suçların İçtimai konusunda ayrıntılı bir eser için bkz., İştin, 2021.

⁴⁷⁶ Kaplan, 2018: 276.

⁴⁷⁷ “Suç tarihinde M... E... Müdürü olup aynı zamanda ihale komisyon başkanlığı görevini yapan hükümlü Abdurrahman'ın, mülkiyeti Hazine'ye ait taşınmazın satış ihalesi öncesinde Mehmet'in bu taşınmaza çok para harcadığını, muhakkak almak isteyeceğini bildiğinden, onu sıkıştırmak suretiyle para almak için Kazım ile işbirliği yapıp Kazım'ın ihaleye adamları vasıtasıyla alıcı olarak girmesini, bilahare Mehmet'ten para alma vaadi karşılığında ihaleden çekilmelerini sağlayıp bu şekilde menfaat temin etmesi eyleminde ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçunu da işlediği sabit olup 5252 sayılı Yasa'nın 9/4. maddesi gözetilerek 5237 sayılı Yasa'nın 235/4. maddesi delaletiyle aynı Yasa'nın 250/1. maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken isabetli olmayan gerekçe ile bu suçtan cezalandırılmayacağına karar verilmesi”. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2006/12792, K. 2006/10667, T. 26.12.2006 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 06.07.2021).

⁴⁷⁸ “... Eğitim Fakültesi 1. Etap Yapım İşinin İhale Komisyonu üyesi olan bir kısım sanıkların yaklaşık maliyet bilgilerini vermek, ihale sonrasında aritmetik hatayı düzeltmek karşılığında rüşvet aldıkları ve ihaleye fesat karıştırdıkları, ihaleye teklif veren ve verme hazırlığında bulunan diğer firma yetkilisi ve çalışanı olan diğer sanıkların yaklaşık maliyet bilgilerini almak amacıyla komisyon üyelerine rüşvet verdikleri ve ihaleye fesat karıştırdıkları iddia olunan somut olayda; mevcut tape kayıtlarına göre ihale komisyonu başkanı sanık ... ve komisyon üyesi sanık ...'in tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatı veya şartnameye göre gizli tutulması gereken yaklaşık maliyet gibi bilgileri menfaat karşılığında diğer firmalara bildirdiklerine dair beyanların mevcudiyeti, sanıklar ... ve ... müdafilerin telefon görüşme tutanaklarına ilişkin ses kayıtlarının orijinallerinin celbiyle çözüm tutanaklarının yeniden oluşturulması gerektiğine yönelik savunmaları ile sanık ...'ın ihalede görevli olmadığını beyan etmesi karşısında, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya çıkartılması bakımından, ele geçen CD ve belgelerdeki bilgilerin ihalenin gizliliğini gerektiren bilgi ve belgelerden olup olmadığının, sanık ...'ın ihale sürecinde görevinin bulunup bulunmadığının ilgili kurumdan da sorularak araştırılmasından, telefon görüşme kayıtlarının duruşma sırasında okunarak varsa çelişkilerin giderilmesinden ve buna dair delillerin karar yerinde tartışılmasından sonra bir karar verilmesi yerine, telefon dinleme tutanaklarında sanıklar ... ve ... arasında Arapça yapıldığı ifade edilen ancak tercümesi bulunmayan konuşmaların bilirkşi marifetiyle tercümesinin yaptırılarak rüşvet anlaşması yapıp yapılmadığı hususunda bir değerlendirme de yapılmadan ve keza Anayasanın 141/3, 5271 sayılı CMK'nin 34/1, 230/2 ve 289/1-g maddeleri uyarınca mahkeme kararının sanığın, katılanın ve Cumhuriyet savcısının talep ve savunmalarını karşılayacak, ayrıca Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması, Yargıtayın gerekçelerde tutarlılık denetimi yapması ve bu açılardan mantıksal ve hukuksal bütünlüğün sağlanması için kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler sonucunda mahkemenin ulaştığı kanaatin, iddia, savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması kurallarına da uyulmadan eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması”, Yargıtay 5.

Kanunu'nun 42'nci maddesinde belirtildiği üzere bileşik suç, “*biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç*” olarak tanımlanır. Suçun tehdit veya cebir kullanılması ile işlenmesi halinde TCK madde 235/3-a bendinin değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, failin tehdit veya cebir kullanarak ihaleye fesat karıştırmaları halinde verilecek temel cezada alt sınır beş yıl olacaktır. Fakat olayda tehdit ya da kasten yaralama suçunun daha fazla ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli unsurları meydana gelirse fail ayrıca bu suçlar dolayısıyla da cezalandırılır. Görüldüğü üzere, cebir veya tehdit sonucunda, kasten yaralama veya tehdit suçunun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi hâlinde, fail ihaleye fesat karıştırmaya, kasten yaralama, tehdit suçlarından cezalandırılır⁴⁷⁹. Aksi takdirde bileşik suç hükümleri gereğince fail sadece ihaleye fesat karıştırmaya suçunu nedeniyle dolaylı sorumlu tutulur.

TCK'nin 43'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında belirtilen suçlardan biri olmayan ihaleye fesat karıştırmaya suçunda kural, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasıdır⁴⁸⁰. Bu kapsamda, aynı suç işleme kararının icrası doğrultusunda, değişik zamanlarda, bir kişiye karşı işlenen birden fazla ihaleye fesat karıştırmaya suçu nedeniyle bir cezaya hükmedilecek, fakat bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır⁴⁸¹.

Failin, tek bir fesat karıştırmaya fiiliyle, birden fazla kişiye karşı suçu işlerse, tek bir ceza alır ve fakat bu durumda verilen cezada artırıma gidilir⁴⁸².

İhaleye fesat karıştırmaya suçunun farklı neviden fikri içtima hükümleri çerçevesinde işlenmesi de mümkündür⁴⁸³. Örneğin, icra dairesince hacizli malların satışı işlemi için gerçekleştirilen ihalede de hem ihaleye fesat karıştırmaya suçu (m. 235/2-d) hem de İİK m. 345/b'de yer alan suçun olduğu haller vardır⁴⁸⁴. Bunlar ihaleye katılan bir kimsenin diğer katılanlarca kendisine veya üçüncü bir kişiye vaat edilen ya da sağlanan yararın karşılığında artırmadan çekilmesi veya düşük fiyat vermesidir.

Sahte evrak kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırılması halinde fail TCK madde 212 uyarınca hem belgede sahtecilik hem de ihaleye fesat karıştırmaya suçu nedeniyle dolaylı olarak ayrı ayrı sorumlu tutulur.

Ceza Dairesi E. 2020/4869, K. 2020/14107, T. 10.12.2020 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 06.07.2021).

⁴⁷⁹ Koca ve Üzülmüş, 2019: 828; Arslan, 2017: 239-240.

⁴⁸⁰ Bkz. Yargıtay, 5. Ceza Dairesi E. 2014/2483, K. 2014/11367, T. 24.11.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 07.07.2021).

⁴⁸¹ Arslan, 2017: 233.

⁴⁸² Arslan, 2017: 235; Aynı yönde Yargıtay kararı içi bkz., Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2012/14689, K. 2014/6538, T. 11.06.2014 tarihli kararı, Legalbank Hukuk Otomasyonu, (erişim tarihi: 07.07.2021).

⁴⁸³ Arslan, 2017: 236.

⁴⁸⁴ Arslan, 2017: 236; Sucuoğlu, 2021: 325.

İhaleye fesat karıştırma suçu için kanunda öngörülen fiillerden birinin aynı zamanda başka bir kanunda kabahat olarak düzenlenmesi hâlinde, Kabahatler Kanunu madde 15/3⁴⁸⁵ uyarınca yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanır⁴⁸⁶.

3.2. Benzer Suç Tipleri ile Karşılaştırması

3.2.1. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu (TCK m. 236)

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, kanunda ihaleye fesat karıştırmadan hemen sonra düzenlenmiştir. Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin olarak yapılan ihaleler neticesinde, ihalenin üzerinde bırakıldığı kişi ya da kurumun taahhüt edilen edimi gerektiği gibi ifa edilmemesi halinde bu suç meydana gelir⁴⁸⁷. Hemen ifade etmek gerekir ki suçun konusunu oluşturan edim yalnızca kamu kurum ve kuruluşları değil, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı da taahhüt edilmiş olabilir.

İhaleye fesat karıştırma suçu daha çok KİK kapsamında incelenirken, sözleşmenin imzalanıp ihale sürecinin sona ermesinden sonra taahhüt edilen edimin ifası 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁴⁸⁸ (KİSK) çerçevesinde yerine getirildiğinden edimin ifasına fesat karıştırma suçunda irdelenmesi gereken Kanun KİSK olacaktır. Nitekim KİSK'in 1'inci maddesinde kanunun amacının KİK'e göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlenmesi, 2'nci maddesinde ise Kanun'un kapsamı KİK'e tabi kurum ve kuruluşlar tarafından bu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler neticesinde imzalanan sözleşmeler olarak ifade edilmiştir. KİSK'in 4'üncü maddesinde de sözleşmelerin düzenlenmesinde uyulması gereken ilkelere yer verilmiştir⁴⁸⁹. Bu kapsamda edimin ifasına fesat karıştırma suçu incelenirken KİSK'te yer verilen usul ve esaslar ile uyulması gereken ilkelerin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak yalnızca hile ile fesat karıştırılması halinde işlenebilir⁴⁹⁰. Bu anlamda TCK madde 236/2'de

⁴⁸⁵ Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, failin eylemi hem bir kabahat hem de suç olarak tarif edilmekte ise yalnızca suçtan dolayı sorumlu tutulur. Fakat faile suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan durumlarda kabahat dolayısıyla da yaptırım uygulanır.

⁴⁸⁶ Arslan, 2017: 244.

⁴⁸⁷ Kaplan, 2013: 709; Eker Kazancı, 2011: 216; Özgenç, 2013: 115.

⁴⁸⁸ RG, 5 Ocak 2002, Sayı 24648.

⁴⁸⁹ KİSK madde 4: "Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez. - Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez. - Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur."

⁴⁹⁰ Özgenç, 2013: 117; Sucuoğlu, 2021: 349.

yerilen seçimlik hareketli fiillerin hile ile işlenmesi halinde suç meydana gelir. KİSK madde 25’de de TCK madde 236/2 ile benzer şekilde bir takım yasak fiil ve davranışlara yer verilmiştir. Ancak burada ifade edilen her eylem edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçu ile edimin ifasına fesat karıştırma suçları kanunda birbirini takip eden ve esasen birbirini tamamlayan suç tipleri olduğundan, diğer yönleriyle karşılaştırma yapılmasında yarar bulunmamaktadır⁴⁹¹.

3.2.2. Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257/1)

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK’nin 257’nci maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen, genel ve tamamlayıcı norm niteliğinde olan bir suç tipidir⁴⁹². Başka bir anlatımla, suç olduğu iddia edilen eylem kanunlarda düzenlenen başka bir suça vücut veriyorsa bu suç oluşmaz. Örneğin, artırım veya indirim usûllerine göre işlemediği için ihale yöntemi olmaktan çıkartılan doğrudan temin yöntemiyle yapılan işlerde, TCK madde 235 uygulama alanı bulamaz⁴⁹³. Bu gibi hallerde kamu görevlisi olan ve görevinin gereklerine göre hareket etmeyen fail görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacaktır. Ancak çalışmamızın “Suçun Konusu” başlıklı kısmında da ifade ettiğimiz üzere, bu halde suçun soruşturulması 4483 sayılı Kanun kapsamında izne tabi olduğundan, fiillerin cezasız kalması gündeme gelebilir⁴⁹⁴. Bu nedenle doğrudan teminin de ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamına alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

3.2.3. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali (TCK m. 117/1)

Türk Ceza Kanunu’nun 117’nci maddesinin 1’inci fıkrasına göre “*Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikâyeti halinde cezalandırılır*”. TCK madde 235/2-c kapsamında ise “*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*” ayrı bir suç olarak ihdas edilmiştir. Bu nedenle failin, her iki suç tipini ihlal edecek nitelikte bir eylemi olması halinde farklı neviden fikri içtima kuralları uyarınca fail daha ağır cezayı gerektiren ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Arslan, 2017: 73.

⁴⁹² Sucuoğlu, 2021:353.

⁴⁹³ Koca ve Üzülmmez, 2019: 801-803; Kaplan ve Kantarcı, 2014: 140; Özbek, 2021a: 760-761.

⁴⁹⁴ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 142; Yazarlar ayrıca bu gibi sakıncaların giderilmesi amacıyla doğrudan temin usûlünün tekrar bir ihale yöntemi olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedirler.

⁴⁹⁵ Arslan, 2017: 76.

3.2.4. Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi Veya Belgelerin Açıklanması (TCK m. 239) ile Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması (TCK m. 258)

Türk Ceza Kanunu'nun 239'uncu maddesinin 1'inci maddesine göre; *“sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine cezalandırılmaktadır”*. Yine TCK'nin 258'inci maddesine göre; *“görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisi cezalandırılır”*. Kanun koyucu, madde 235/2-b'de tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlama eyleminin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağını düzenlemiştir. Bu nedenle failin eyleminin ihaleye fesat karıştırma suçu yanında, TCK'nin 239'uncu maddesinde düzenlenen suçu da oluşturması halinde özel norm niteliğinde olması nedeniyle, keza TCK'nin 258'inci maddesinde düzenlenen suça da vücut vermesi halinde farklı neviden fikri içtima kuralları gereği, TCK madde 235 uygulama alanı bulacaktır⁴⁹⁶.

3.3. Yaptırım

3.3.1. Ceza

Ceza, kanunda öngörülmüş olan ve adli makamlarca ceza muhakemesi adı verilen işlemler bütünü çerçevesinde kanunun cezai nitelikteki bir emrini ihlal ettiği belirlenen kişiye verilen acı veya uygulanan kötülük anlamına gelir⁴⁹⁷. TCK madde 45'e göre suç karşılığında öngörülen bir yaptırım olarak faile uygulanan cezalar, hapis ve adlî para cezalarıdır. TCK'nin benimsemiş olduğu suç ve ceza siyaseti, ekonomik suçun karşılığı olarak ekonomik bir yaptırım uygulanmasına yönelik görüşlere itibar etmemektedir⁴⁹⁸.

Türk Ceza Kanunu'nun 235'inci maddesinde, suçun temel hali için üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür⁴⁹⁹. İhaleye fesat karıştırma olarak öngörülen fiillerin ilgili kamu kurum veya kuruluşunun zarara uğratılmaması hali için kanunda bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür⁵⁰⁰. Öğretide, fiillerin kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zara

⁴⁹⁶ Arslan, 2017: 76.

⁴⁹⁷ Toroslu ve Toroslu, 2019: 433.

⁴⁹⁸ Sucuoğlu, 2021: 359; Arslan, 2017: 247.

⁴⁹⁹ 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, suçun temel hali için beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörülmekteydi.

⁵⁰⁰ Türk Ceza Kanunu'nun 235'inci maddesinin 3/a fıkrasında düzenlenen, suçun tehdit ya da cebir yoluyla işlenmesi durumunda bu madde uygulanmayacaktır.

doğurması cezanın alt ve üst sınırlarının indirilmesi eleştirilmiş, cezanın caydırıcılık işlevinin azaltıldığı ifade edilmiştir⁵⁰¹.

Ceza hukukunda, kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda failin lehine olan kanunun uygulanması ilkesi geçerli olduğundan, suçun 765 Sayılı TCK döneminde işlenmesi hâlinde hangi kanunun failin lehine olacağının tespit edilmesi ve bu surette cezalandırılmaya gidilmesi gerekir⁵⁰².

3.3.2. Güvenlik Tedbirleri

3.3.2.1. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakma

Fail, ihaleye fesat karıştırma suçu nedeniyle hapis cezası ile mahkum edilirse TCK madde 53/1’de sayılı hakları, kullanamaz⁵⁰³. Bunun yanı sıra, TCK madde 53/5’e göre, birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması yoluyla suçun işlenmesi halinde başka bir ifadeyle kamu görevi veya kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarına yönetici olmak nedeniyle işlenmiş olması hâlinde, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar olan bir süreyle, bu hak ve yetkilerin kullanılmasının yasaklanmasına mahkeme tarafından karar verilir⁵⁰⁴. Yine, failin bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması şeklinde işlediği suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûm edilmesi hâlinde, hükümde ifade edilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasından, örneğin memur olmaktan veya vakıf yöneticisi olmaktan yasaklanmasına karar verilir⁵⁰⁵.

İhaleye fesat karıştırma suçuna vücut veren fiillerin, aynı zamanda KİK ve DİK kapsamında ihale sürecinde yasak olarak öngörülen fiillerden olması da mümkündür. Bu halde fail, ihalenin tabi olduğu kanunda öngörülen belli haklardan da yoksun bırakılır⁵⁰⁶.

Kamu İhale Kanunu’nun “*İsteklilerin Ceza Sorumluluğu*” başlıklı 59’uncu maddesine göre, taahhütün tamamlanması ve kabul işlemi yapılması ile tespit edilmiş olsa bile 17’nci madde ile belirtilen fiil veya davranışlar içerisinde aynı zamanda suç da teşkil edenler⁵⁰⁷ nedeniyle, fiil veya davranışları gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiler ile ortak veya vekilleri

⁵⁰¹ Arslan, 2017: 248.

⁵⁰² Eker Kazancı, 2011: 205.

⁵⁰³ Türk Ceza Kanunu’nun 53’üncü maddesine göre, bir kimseye kasten işlediği bir suç neticesinde verilen hapis cezasının sonucu olarak birtakım hak ve yetkilerden yoksun bırakılmaktadır. Bu kapsamda bu kişiler, geçici veya sürekli ya da süreli olarak bir kamu görevinin üstlenilmesinde, TBMM üyeliğinden veya atama ve seçime tabi tüm memuriyetlerde istihdam edilemezler. Ayrıca bu kişiler, seçme ve seçilme ehliyetinden, varsa velayet hakkından ya da kayımlık ve vasilik görevlerinden yoksun bırakılabilir. Yine bu kişiler bazı meslekleri ya da sanatları icra etmekten yoksun bırakılabilirler.

⁵⁰⁴ Arslan, 2017: 249-250.

⁵⁰⁵ Sucuoğlu, 2021:363; Arslan, 2017: 250.

⁵⁰⁶ Arslan, 2017: 250.

⁵⁰⁷ Bu suç ihaleye fesat karıştırma suçu veya TCK kapsamında düzenlenen başka bir suç olabilir.

bakımından TCK kapsamında uygulanacak yaptırımlar yanında, idarece 58'nci maddeye göre yasaklama ilişkin kararın bitişinden itibaren uygulanmak koşuluyla “bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar” bu Kanun kapsamında kalan tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58'nci maddenin 2'nci fıkrasında sayılanlarla⁵⁰⁸ birlikte yasaklanırlar⁵⁰⁹.

Hakkında KİK'te belirtilen yasak fiil veya davranışlar nedeniyle mükerrer ceza verilenler ve ortağı olduğu şahıs şirketleri, sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan veya bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri KİK madde 59/3 uyarınca mahkeme kararı yasaklanır. Öte yandan mahkeme kararı ile yasaklanan ve ceza hükmolunanlar, Kamu İhale Kurumu'na Cumhuriyet Savcılıkları tarafından ve ilgili meslek odalarına meslek sicillerine işlenmek üzere bildirilir. Kamu İhale Kurumu'nca, mahkeme kararları Resmî Gazetede yayımlanarak bildirimi izleyen on beş gün içerisinde sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara yönelik duyurulur.

İhale sürecinin başından sonuna kadar ihale işlemlerinde yer alan görevli ve yetkililer hakkında bazı hallerde disiplin cezası verilir. Bu haller; Kanunu'nun 17'nci maddesinde düzenlenen fiil veya davranışlarda bulunulduğunun, görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapılmadığının, tarafların birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunulduğunun tespiti şeklindedir. İdare görevlilerinin, Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giymesi durumunda, KİK madde 60/2 hükmü uyarınca bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler. Yine bu Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ve Kanun kapsamında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarınca görevli ve yetkili kadrolara atanamaz ve görev alamazlar.

Devlet İhale Kanunu'nun “*Ceza Sorumluluğu ve Sonuçları*” başlıklı 85'inci maddesine göre ise, taahhüdün kötü niyetle gerçekleştirilmemesi, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi, taahhüdün yerine getirilmesi aşamasında idare zararına işler yapılması veya hem işin yapılması hem de teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanılması kapsamındaki fiil ve davranışları kavuşturma sebebi olmakla birlikte mahkeme kararı ile bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten

⁵⁰⁸ Kamu İhale Kanunu'nun 58/2 maddesine göre, haklarında yasaklama kararı verilmiş olan şahıs şirketlerinin ortaklarının hepsi hakkında, sermaye şirketlerinin ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan kişiler hakkında yasaklama kararı verilir. Aynı yönde bu kişiler hakkında verilmiş bir yasaklama karar mevcutsa ortağı bulunduğu şirketler hakkında da yasaklama kararı verilir.

⁵⁰⁹ Eker Kazancı, 2011: 203-204; “*Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasında, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığından, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği, idare tarafından ayrıca yasaklama kararı verilemeyeceği*” yönünde aksi görüş için bkz. Arslan, 2017: 251.

yasaklama sebebidir⁵¹⁰. Bu haller, işin tamamlanması ile veya kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa bile belirlenenler o işteki ortak veya vekilleri haklarında kovuşturma yapılır. Ayrıca belirtmek gerekir ki sahte doküman kullanan veya sahte teminat sunan, bunlara teşebbüste bulunan kişiler, ihaleye fesat karıştırma suçu dışında başka bir suçtan cezalandırılmış olsalar dahi, hem KİK hem de DİK’te öngörülen hak yoksunluklarına maruz kalırlar⁵¹¹.

Anayasa’nın 76’ncı maddesinin 2’nci fıkrasına göre, affa uğramış bile olsalar ihaleye ya da alım satımlara fesat karıştırma sebebiyle bu suçlardan hüküm giyenler milletvekili seçilemezler. Benzer bir düzenleme de Siyasi Partiler Kanunu⁵¹² madde 11’de yer alır. Buna göre bu kişiler siyasi partilere de üye olamaz.

Diğer bazı kanunlara göre de ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkûm olanlar ile ilgili hak yoksunlukları öngörülür. Bu kişiler, hâkim savcı, askeri personel, gümrük müşavir yardımcısı, özel güvenlik personeli, meslek odalarında genel sekreter olamazlar⁵¹³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki 5560 sayılı Kanun madde 38 ile Adli Sicil Kanunu’na eklenen madde 13/A uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkûm olmaya bağlanan sürekli hak yoksunluklarının giderilmesi amacıyla hem ihaleye fesat karıştırma suçu hem de diğer çeşitli suçlar bakımından mahkûmiyet sonucu ile bağlantılı olarak hakların geri verilmesinin tercih edilmesi süresiz hak yoksunluğuna neden olunmasını engellemek için düzenleme altına alınmıştır⁵¹⁴.

3.3.2.2. Müsadere

Türk Ceza Kanunu’nda suça karşılık öngörülen güvenlik tedbirlerinden bir diğeri de müsadere⁵¹⁵. Müsadere, ya cezai nitelikteki hukuka aykırı fiiller nedeniyle ya da bu fiillerin gerçekleştirilmesi ile ilgili olan suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyanın yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, devlet lehine el konulmasıdır⁵¹⁶. Kanun koyucu, TCK madde 54’de eşya müsaderesini, TCK madde 55’te ise kazanç müsaderesini düzenlemektedir.

Türk Ceza Kanunu’nun 54’üncü maddesinde ihdas edilen eşya müsaderesine göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesinde kullanılan, suçtan meydana gelen veya suçun

⁵¹⁰ “Hükümde yer alan ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklindeki fiiller haricindekiler, sözleşmenin yapılmasından sonra gündeme gelebileceğinden edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilecektir.”, Arslan, 2017: 257.

⁵¹¹ Arslan, 2017: 257.

⁵¹² RG, 24 Nisan 1993, Sayı 18027.

⁵¹³ Arslan, 2017: 258-259.

⁵¹⁴ Arslan, 2017: 259-262.

⁵¹⁵ Müsadere konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, 2019.

⁵¹⁶ Toroslu ve Toroslu, 2019: 470.

işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Ancak iyiniyetli üçüncü kişilere ait olan eşyalar bu kapsamda değerlendirilmez. Örneğin, failin mağduru ihaleye katılmasını engellemek amacıyla silahla tehdit etmesi hâlinde suçta kullanılan silahın müsaderesine karar verilecektir⁵¹⁷. İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. TCK madde 54/3'e göre ise, suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesi ile işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracak ve bu sonuç bakımından hakkaniyete aykırı olacak hallerde müsadere uygulanmamaktadır. Eşyaların müsadere edilebilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmiş olması şart ise de, mahkûmiyet kararına gerek bulunmaz⁵¹⁸.

Özellikle ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik menfaat temin etmek amacıyla işlenen suçlarda müsaderenin konusunu esasen kazanç müsaderesi kurumu oluşturur⁵¹⁹. Türk Ceza Kanunu'nun 55'inci maddesinde düzenlenen kazanç müsaderesine göre ise, ihaleye fesat karıştırma suçunun gerçekleştirilmesi sonucun ele geçirilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar müsadere edilir. Ancak bu tür kazançların müsadere edilebilmesi ile suçun mağduruna maddi menfaatin iade edilmemesi gerekir⁵²⁰.

Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatler el konulamaz ya da bunlar merciie teslim edilmez ise karşılığında oluşan değerleri müsadere edilir.

İfade etmek gerekir ki, ihaleye fesat karıştırma suçu nedeniyle sağlanan maddi çıkar ve kazancın müsadere edilebilmesi için, CMK madde 123 kapsamında ve soruşturma veya kovuşturma evresinde sözü geçen kazanca el konulması gerekir⁵²¹. Yine mahkeme kararı ile müsadereye karar verilmemiş olsa da durum fail lehine kazanılmış hak oluşturmaz⁵²².

3.3.2.3. Tüzel Kişiler Hakkındaki Güvenlik Tedbirleri

Türk Ceza Kanunu'nun "*Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*" başlıklı 9'uncu Bölümü'nün, "*Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması*" başlıklı 242'nci maddesinde belirtildiği üzere, belirtilen suçların gerçekleştirilmesi ile haksız kazanç sağlayan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

⁵¹⁷ Arslan, 2017: 263.

⁵¹⁸ Toroslu ve Toroslu, 2019: 471.

⁵¹⁹ Sucuoğlu, 2021: 372.

⁵²⁰ Toroslu ve Toroslu, 2019: 472.

⁵²¹ Sucuoğlu, 2021: 373.

⁵²² Sucuoğlu, 2021: 373.

Türk Ceza Kanunu'nun "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" başlıklı 60'ıncı maddesine göre ise, *"bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir."* Öte yandan yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da müsadere hükümleri uygulanır. Bununla birlikte mahkeme, işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda bu tedbirlere hükmetmeyebilir. Örneğin; ihaleye katılmak isteyen veya katılan tüzel kişi genel müdürün özellikle fiyatı etkilemek için tüzel kişi yararına diğer isteklilerin bir veya birkaçıyla açık veya zımni anlaşma yaparak menfaat sağlaması hâlinde, bu menfaatin müsadereye karar verilir⁵²³.

3.4. Soruşturma ve Kovuşturma Usûlü

İhaleye fesat karıştırma suçunun soruşturulması veya kovuşturulması için ne TCK'de ne de başka bir normda özel bir soruşturma veya kovuşturma şartı öngörülmemiş olup suç, şikâyet, izin ve talep gibi şartlar olmaksızın re'sen soruşturulan bir suçtur⁵²⁴. Bu kapsamda, ihaleye katılanların, katılmak isteyenlerin veya üçüncü kişilerin soruşturmasına derhal başlanabilir. Failin kamu görevlisi olması hâlinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun⁵²⁵ gereği yargılama yapılabilmesi için yetkili merciin izin vermesi gerektiği bir an için düşünülse dahi, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'nun⁵²⁶ 17'nci maddesi⁵²⁷ uyarınca kamu görevlisi⁵²⁸ fail hakkına soruşturma ve kovuşturma 3628 sayılı Kanun kapsamında doğrudan yapılır⁵²⁹. Bununla birlikte yine aynı Kanunun 17'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunun faili müsteşar, vali veya kaymakam sıfatını taşıyorsa 4483 sayılı Kanun uygulanır⁵³⁰.

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlendiğinden haberdar olan Cumhuriyet savcısı, Ceza Muhakemesi Kanunu madde 160 uyarınca herhangi bir kovuşturma şartı olmaksızın derhal işin gerçeğini araştırmaya başlamakta, öncelikli olarak ihaleyi yapan kurumu ve failin sıfatını tespit

⁵²³ Arslan, 2017: 264.

⁵²⁴ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 183; Koca, 2014: 180; Arslan, 2017: 266-267; Sucuoğlu, 2021: 374.

⁵²⁵ RG, 4 Aralık 1999, Sayı 23896.

⁵²⁶ RG, 4 Mayıs 1990, Sayı 20508.

⁵²⁷ 3628 Sayılı Kanun'un 17'nci maddesine göre, bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda düzenlenen suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında ya da bu görevlerinden ötürü kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.

⁵²⁸ Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz., Kaplan, 2015: 49-77.

⁵²⁹ Kaplan ve Kantarcı, 2014: 183-184; Arslan, 2017: 267; Sucuoğlu, 2021: 374-375.

⁵³⁰ Koca ve Üzülmüş, 2019: 834; Arslan, 2017: 267.

etmekte, olaya ilişkin isteklileri ve üçüncü kişileri tanık olarak dinlemekte, ihale dokümanı üzerinde ayrıntılı bir araştırma yapmaktadır⁵³¹.

İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin muhakemede başvurulabilecek birtakım koruma tedbirleri de bulunur. Belirtmek gerekir ki tutuklama, arama, el koyma gibi koruma tedbirlerine kanunda öngörülen şartların mevcut olması hâlinde bu suç açısından da başvurulabilir. Bununla birlikte ihaleye fesat karıştırma suçu için, koşulların varlığı hâlinde taşınmazlara, teknik araçlarla izleme (CMK madde 140), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK madde 135), hak ve alacaklara el koyma (CMK madde 128), ve kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak için Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına el koyma (CMK madde 248) şeklindeki koruma tedbirleri de uygulanabilir⁵³². İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenip işlenmediğinin tespiti açısından uygulamada en sık başvuru yapılan yöntem ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiridir⁵³³.

3.5. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İhaleye fesat karıştırma suçu için kanunda öngörülen ceza, 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasıdır. Bu nedenle görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un⁵³⁴ 12. maddesi uyarınca asliye ceza mahkemeleridir. Suçun temel cezası 6459 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 5 yıldan 12 yıla kadar hapis olarak öngörüldüğünden görevli mahkeme ağır ceza mahkemeleriydi. Hemen belirtmek gerekir ki 6459 sayılı Kanun’un 14’üncü maddesine göre, TCK’ya geçici madde eklenmiş ve gerçekleştirilen değişiklikler nedeniyle hâlihazırda derdest olan davalar bakımından görevsizlik kararı verilemeyecektir⁵³⁵. Bu geçici madde hükmü uyarınca, ihaleye fesat karıştırma davalarının ağır ceza mahkemelerinde görülmesi halinde dosya ağır ceza mahkemelerinde görülmeye devam olunacaktır⁵³⁶.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 12’nci maddesinin 1’inci fıkrasına göre davaya bakma yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine ait olduğundan⁵³⁷, ihaleye fesat karıştırma suçunun sırf hareket suçu olduğu da düşünüldüğünde, ihalenin yapıldığı yer değil, fesat karıştırma

⁵³¹ Sucuoğlu, 2021: 376.

⁵³² Arslan, 2017: 269-270.

⁵³³ Şen ve Aksüt, 2014: 187.

⁵³⁴ RG, 7 Ekim 2004, Sayı 25606.

⁵³⁵ Şen ve Aksüt, 2014: 147; Arslan, 2017: 271.

⁵³⁶ Şen ve Aksüt, 2014: 147; Arslan, 2017: 271.

⁵³⁷ “Suçun işlendiği yerin belli olmaması hâlinde, CMK’nin 13. maddesinde düzenlenen “özel yetki” kuralları devreye girecektir. Buna göre, failin yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi, yerleşim yerinin bulunamaması hâlinde ise; Türkiye’de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi, bu suretle dahi belirlenme olanağı yoksa ilk usûl işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.”, Arslan, 2017: 272-273.

fiilinin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir⁵³⁸. Eğer failin fiili, İİK madde 345/B uyarınca menfaat karşılığında ihaleye katılmama şeklinde ise görevli mahkeme icra ceza mahkemesi olacaktır⁵³⁹.

3.6. Zamanaşımı

İhaleye fesat karıştırma suçu için öngörülen dava zamanaşımı; TCK madde 66/1-d hükmü mucibince 15 yıl iken, 6459 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, suç neticesinde kamu zararının oluşmaması hâlinde fail hakkında uygulanacak ceza 1 yıl ile 3 yıl arasında olacağından TCK madde 66/1-e hükmü uyarınca dava zamanaşımı 8 yıl, kamu zararının bulunması ya da suçun cebir veya tehditle işlenmesi hâlinde ise dava zamanaşımı yine TCK madde 66/1-d hükmü uyarınca 15 yıl olmaktadır⁵⁴⁰.

Ceza zamanaşımı ise, kanunda ihaleye fesat karıştırma olarak öngörülen fiiller neticesinde kamu zararı oluşması hâlinde ya da cebir veya tehdit ile suçun işlenmesi hâlinde 20 yıl, diğer hallerde 10 yıl olmaktadır⁵⁴¹.

3.7. Değerlendirme

İhaleye fesat karıştırma suçu kural olarak teşebbüse elverişlidir. TCK madde 235/2-a ve 235/2-c maddeleri kapsamında, icra edilen harekete rağmen ihaleye katılımın engellenmesi sonucu ortaya çıkmamışsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir. Diğer fıkralar açısından ise suçun sırf hareket suçu olduğu da gözetilerek icrai hareketlerin bölünebilmesi durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini söylemek mümkündür.

Bu suç işlenirken kasten yaralama veya tehdit suçlarının nitelikli hallerinin meydana gelmesi halinde gerçek içtima kuralları uygulanır. Yine suç sırasında resmi evrakta sahtecilik, rüşvet, zimmet, irtikâp gibi suçlar işlendiğinde de faile gerçek içtima kuralları uygulanarak ceza verilir.

Suç, kural olarak herkes tarafından işlenebilir nitelikte olsa da bazı tipleri yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebildiğinden özgü suç kapsamında kalır. Bu hallerde suça iştirak eden kişiler TCK'nın 40'ıncı maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında azmettiren veya yardım eden olarak sorulu tutulabilir.

Suç, re'sen soruşturulan bir suçtur. Görevli mahkeme, suçun işlendiği yer asliye ceza mahkemeleri olmaktadır.

⁵³⁸ Arslan, 2017: 273; Şen ve Aksüt, 2014: 147-148.

⁵³⁹ Şen ve Aksüt, 2014: 276.

⁵⁴⁰ Şen ve Aksüt, 2014: 148.

⁵⁴¹ Şen ve Aksüt, 2014: 148.

SONUÇ

İdarelerin ihale ile ulaşmak istedikleri amaç, en uygun sözleşmecinin bulunarak kamunun yararına olan en iyi sözleşmenin imzalanmasıdır. Amaca ulaşılabilmesi ise ihale sürecinin sona ermesine kadar çalışmamızda açıkladığımız ilkelerin tam olarak uygulanması, uygun bir rekabet ortamının oluşması ve ilkelerin ilgililer tarafından ihlal edilmesini engellemek amacıyla birtakım yaptırımlar öngörülmesiyle mümkündür. İhaleyi yapan idarelerce denetim mekanizmalarının oluşturulması, sözleşme için en uygun ortamın sağlanması açısından elzemdir.

İhalelerde yasak fiil veya davranışlara ilişkin çalışmada değindiğimiz düzenlemelerin temel amacı da en verimli sözleşmecinin bulunmasıdır. Bu düzenlemelerde bahsi geçen fiil veya davranışların çoğu esasen çalışmamızın konusunu oluşturan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fiillerle örtüşür. Bununla birlikte hem KİK'te hem de DİK'te yasaklanmış olan fiiller, her zaman ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Bu anlamda yasak fiiller sebebiyle idarece ilgililere uygulanan idari yaptırımlar, geçici yasaklama kararları, disiplin ve tazminat sorumluluğu gibi kurumlar uygulama alanı bulur.

İhaleye fesat karıştırma suçu Türk hukukunda ilk defa 1274/1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 83'üncü ve 238'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Sonrasında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 205, 208, 366, 367, ve 368'inci maddelerinde dağınık bir şekilde ihdas edilmişti. 5237 Sayılı TCK ile daha önceki kanun döneminde dağınık halde bulunan ihale suçları, 235'inci maddede tek bir çatı altında, ekonomik bir suç olarak toplanmıştır.

İhale süreci, idare ile istekli arasında sözleşme imzalanmasıyla sona erer. Bu aşamadan sonra işlenecek suçlar kanun koyucu tarafından yerinde bir düzenleme ile edimin ifasına fesat karıştırma suçu olarak düzenlenmiştir. İhale sürecinde ve sonrasında işlenen suçların, kanun koyucu tarafından ihale mevzuatı dikkate alınarak ayrı ayrı düzenlenmesi, uygulamadaki karışıklığa ve belirsizliğe de son vermiştir.

Kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan gerek alım-satım gerekse yapım ve kiralama ihaleleri sürecinde yaşanabilecek hukuka aykırılıklar ile mücadele edilebilmesi adına kanun koyucu, TCK madde 235 ile bu suçları bir yaptırıma bağlamıştır. Yalnızca kamu kurum ve kuruluşları değil, bilakis kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının katılımı ile kurulmuş

şirketler, kamu yararına çalışan dernekler, bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar veya kooperatifler adına gerçekleşen ihaleler de suçun kapsamına alınmıştır. Bu surette 765 sayılı TCK döneminde mevcut kanun sistematığındeki karmaşıklık giderilmiştir. Suçun konusunu oluşturan ihale ve işler tek tek sayılmış ve sınırlandırılmıştır. Düzenleme bu anlamda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak da yerinde olmuştur.

İhaleye fesat karıştırma suçu maddede sayılan fiillerden bir veya birkaçının ile gerçekleştirilebilen seçimlik hareketli suç niteliğindedir. Yine bu seçimlik hareketlerin bağlı hareketlerle yapılması gerekir. Suçun neticesi olarak rekabet ortamının bozulması ya da kamunun veya ilgililerin zarara uğraması aranmadığından, sırf hareket suçu olarak da tanımlanır. Madde kapsamında, bir kimsenin ihale sürecindeki işlemlere katılmasının engellenmesi, hileli olarak ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya bu koşullara sahip olmayan kişilerin katılmasını sağlaması; teklif edilen malları, şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmasına rağmen sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakması ya da belirtilen niteliklere sahip olmamasına rağmen, sahip olduğu gerekçesiyle değerlendirmeye alınması; cebir, tehdit kullanmak suretiyle veya hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenmesi; eylemleri ile tekliflerle ilgili olan ihale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasının sağlanması ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları ihaleye fesat karıştırma olarak nitelendirilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve alt dalı olan belirlilik ilkesinin bir gereği olarak fiillerin tek tek sayılması da yerinde olmuştur.

Suç, herkes tarafından işlenebilecek nitelikte iken, bazı halleri yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek nitelikte olduğundan özgü suç niteliğindedir. İhalelerin dürüstlük ve rekabet kuralları çerçevesinde yapılmasına ilişkin menfaatleri ihlal edilen herkes ihaleye fesat karıştırma suçunun geniş anlamda mağdurudur. Dar anlamda ise ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan fiilin yöneldiği ihale yetkilileri veya kimselerdir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun manevi unsuru kasttır. Taksirle işlenmesinin imkânı yoktur. Fail, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan kiralamalarına ya da mal ve hizmet alım veya satımlarına ilişkin ihalelere fesat karıştırma hususunda, bilerek ve isteyerek hareket etmelidir. Bu anlamda failin tedbirsizliği, bilgisizliği veya dikkatsizliği ile oluşan ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermez. Öte yandan ihaleye fesat karıştırma suçunun olası kastla işlenmesine de engel bir durum bulunmamaktadır. TCK madde 235/2-d bendinde, failin ihale

şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek maksadıyla hareket etmesi arandığından bu bent için olası kastla suçun işlenmesi mümkün olmaz.

İhaleye fesat karıştırma suçu kural olarak teşebbüse elverişlidir. TCK madde 235/2-a ve 235/2-c maddeleri kapsamında, icra edilen harekete rağmen ihaleye katılımın engellenmesi sonucu ortaya çıkmamışsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir. Diğer fıkralar açısından ise suçun sırf hareket suçu olduğu da gözetilerek icrai hareketlerin bölünebilmesi durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini söylemek mümkündür.

İhaleye fesat karıştırma suçu işlenirken yaralama ve tehdit suçu nitelikli halleri ile meydana gelirse gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Yine suç sırasında resmi evrakta sahtecilik, rüşvet, zimmet, irtikâp gibi suçlar da işlendiğinde gerçek içtima kuralları uygulanır.

Suç, kural olarak herkes tarafından işlenebilir nitelikte olsa da bazı tipleri yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebildiğinden özgü suç kapsamında kalır. Bu hallerde suça iştirak eden kişiler TCK'nın 40'ıncı maddesinin 2'nci fıkrası bakımından azmettiren veya yardım eden olarak sorulu tutulur. Ayrıca ifade etmek gerekir ki failin aynı suç işleme iradesi ile birbiriyle ilgili olan birden fazla ihaleye fesat karıştırması hâlinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

İdari ve cezai olmak üzere İhaleye fesat karıştırma suçu için iki türlü bir yaptırım öngörülmüştür. Fail, DİK ve KİK düzenlemeleri kapsamında ihaleye katılmaktan belirli süre ile yasaklanabileceği gibi, yasak süresiz olarak mahkeme kararı ile uygulanabilir. Cezai olarak bakıldığında, suçun temel hali için üç yıldan yedi yıla kadar hapis ile cezalandırılırken belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma, müsadere ile birlikte diğer güvenlik tedbirleri öngörülmüştür. Suçun failinin tüzel kişi olması halinde Türk Ceza Kanunu madde 242 kapsamında, suç ile haksız çıkar sağlayan tüzel kişiler bakımından da güvenlik tedbiri uygulanır.

Suç, re'sen soruşturulan bir suçtur. Görevli mahkeme, suçun işlendiği yer asliye ceza mahkemeleri olacaktır. Failin kamu görevlisi olması hâlinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereği yargılama yapılabilmesi için yetkili merciin izin vermesi gerektiği bir an için düşünülse dahi, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'nun 17'nci maddesi uyarınca kamu görevlisi fail hakkına soruşturma ve kovuşturma 3628 sayılı Kanun kapsamında doğrudan yapılacaktır. Suç bakımından öngörülen dava zamanaşımı 15 yıl iken, ceza zamanaşımı ise 20 yıllık süreye tabidir.

Suçun mal, hizmet, yapım, kiralama ihaleleri ile sınırlandırılması, madde ile amaçlanan caydırıcılık ve suçla korunan hukukî değerlerle uyuşmamaktadır. Yine suç kapsamında rekabet

ortamını engellemek gayesi ile hareket eden kimselerin istekliler olabileceği belirtilerek sınırlandırmaya gidilmiş, anlaşmanın istekli ile ihale yetkilisi arasında yapılabilmesi gibi yüksek bir ihtimal göz ardı edilmiştir. Bu durumda suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, mevcut hareketlerin fıkra kapsamında cezalandırılmaması sonucuna sebebiyet vermiştir. Bu nedenle anılan sınırlandırmaların madde metinlerinden çıkartılması gerektiğini düşünmekteyiz. Öte yandan 6459 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile yapılan değişiklik ile ihaleyi yapan kurumun zarar görmemiş olması, fail açısından daha az bir ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli bir unsur olarak ihdas edilmiştir. Tarafımızca bu husus, suçun caydırıcılığı açısından yerinde görülmemektedir. Nitekim suçun koruduğu hukukî değerlerden biri de devletin ekonomik menfaati kadar devlete duyulan güvendir. Fiil neticesinde bir zararın meydana gelmemiş olması, suç yoluna girmiş olan failin, suç işleme iradesini daha da kuvvetlendirmekte, başka bir anlatımla kanunda ihdas edilen madde caydırıcılık işlevini yitirmektedir.

KAYNAKÇA

- Abacıoğlu, M. ve Abacıoğlu, A. (2013). *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Abacıoğlu, M. ve Abacıoğlu, A. (2016). *İhalelere Yönelik Şikâyetler İle İhaleye Veya Edimin İfasına Fesat Karıştırma*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Acar, H. (2019). *Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Akbulut, B. (2009). “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK m. 235). *Ceza Hukuku Dergisi*, 4(9): 41-116.
- Akbulut, B. (2020). *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Akdağ, H. (2020). *Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2017). *Türk İdare Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Aritürk, R. (2011). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Arslan, Ç. (2017). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Arslantürk, M. (2021). *Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Artuk, M. E., Gökçen, A. ve Yenidünya, A. C. (2004). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Turhan Kitabevi, İstanbul.
- Artuk, M. E., Gökçen, A. ve Yenidünya, A. C. (2007). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Turhan Kitabevi, İstanbul.
- Artuk, M. E., Gökçen, A. ve Yenidünya, A. C. (2013). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Atay, E. E. (2019). *İdare Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Bafra, E. (2017). *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Baş, E. (2021). *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Birtek, F. (2020). “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı ve Tespiti”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 15(44): 711-745.
- Cankurt, E. (2015). “Yağma Suçu ve Cebir Kavramı”. *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2): 99-135.

- Centel N., Zafer, H. ve Çakmut Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. Beta Basım Yayın, İstanbul.
- Çağlayan, R. (2019). *İdare Hukuku Dersleri*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Danışman, M. (2011). *İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*. Bilge Yayınevi, Ankara.
- Demirbaş, T. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Dilberoglu, A. V. (2018). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*. US-A Yayıncılık, Ankara.
- Dönmezer, S. (2001). *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. Beta Basım Yayın, İstanbul.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1983). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Eker Kazancı, B. (2011). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Erem F. ve Toroslu, N. (2003). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Savaş Yayınevi, Ankara.
- Erman S. ve Özek, Ç. (1992). *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*. Dünya Yayıncılık, İstanbul.
- Ersöz, A. K. (2015). “Kamu İhalelerinde Yerli İsteklilerin Korunması”. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2): 37-47.
- Gözler, K. (2009), *İdare Hukuku*. Ekin Yayınevi, Bursa.
- Gözler, K. ve Kaplan, G. (2012). *İdare Hukukuna Giriş*. Ekin Yayınevi, Bursa.
- Gözübüyük, Ş. ve Tan, T. (2011). *İdare Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gülel, İ. (2012). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 3 (11): 225-257.
- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. İmaj Yayınevi, Ankara.
- Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. US-A Yayıncılık, Ankara.
- Hakeri, H. (2008). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- İçel, K. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Beta Basım Yayın, İstanbul.
- İşten, İ. (2020). “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”. *Karşılaştırmalı Hukukta Hukuk Devleti İlkesi ve Yansımaları Kongre Kitabı*. 12 Aralık 2019, Antalya, 109-123.
- İşten, İ. (2021). *Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimai*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kalabalık, H. (2021). *İdare Hukuku Dersleri*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kaplan, M. (2013). “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 71(1): 709-729.
- Kaplan, M. (2015). “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2): 49-77.

- Kaplan, M. (2018). *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kaplan, M. ve Kantarcı, N. (2014). “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”. *Nevşehir Barosu Dergisi*, 1(2): 125-190.
- Koca, M. (2014). *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Koca, M. ve Üzülmmez, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Koca, M. ve Üzülmmez, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kunter, N. (1949). *Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*. İ. Akgün Matbaası, İstanbul.
- Meran, N. (2014). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, M.T. (2000). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Önder, A. (1994). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Özbek, V. Ö. (2021). *Ekonomi Ceza Hukuku (İkinci Kitap - Özel Hükümler)*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özbek, V. Ö. (2021). *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özen, M. (2018). *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Özgenç, İ (2002). *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özgenç, İ (2013). *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özkan, G. (2015). *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*. Yetkin Yayınevi, Ankara.
- Sancakdar, O., Önüt, L. B., Us Doğan, E., Kasapoğlu Turhan, M. ve Seyhan, S. (2021). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Soyaslan, D., Kemer, M. ve Gülseven, M. (2014). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Yetkin Yayınevi, Ankara.
- Sucuoğlu, A. N. (2021). *İhaleye Fesat Karıştırma*. Yetkin Yayınevi, Ankara.
- Şen, E. ve Aksüt, E. (2014). *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları: 6459 ve 6526 Sayılı Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Işığında*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Taşdelen, A. (2004). *Kamu Harcama Hukukunda İhale Süreci*. Turhan Kitabevi, Ankara.

- Toprak, E. (2021). *Kamu İhale Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Toroslu, N. (2005). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Savaş Yayınları, Ankara.
- Toroslu N. ve Toroslu, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Savaş Yayınları, Ankara.
- Tuğrul, A. C. (2013). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Uz, A. (2005). *Kamu İhale Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Üçışık F., Arslan, Ç. ve Hakkakul, S. A. (2014). “Rekabet Hukuku ve Kamu İhalelerinde Rekabet”. F, Ataç (Ed.). *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*. Bilge Yayınevi, Ankara, 226-243.
- Ünal N., Erol, R. ve Erol, M. (2015). *İhale ve Sözleşme Yönetiminde Kamu Görevlilerinin Cezai- İdari- Mali Sorumlulukları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Yazıcıoğlu, R.Y. (1994). “Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu”. *İstanbul Barosu Dergisi*, 68(1-2-3): 133-145.
- Yıldırım, M (2002). *Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. Nobel Yayın Dağıtım, Ankara.

İnternet Kaynakları

- Ekonomik Kamu Alımları Platformu (EKAP), <https://ekap.kik.gov.tr> (erişim tarihi: 25.06.2020)
- Kazancı Hukuk Otomasyonu, www.kazanci.com/
- Legalbank Hukuk Otomasyonu <http://www.legalbank.net/>
- Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/> (erişim tarihi: 04.07.2020)
- <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 28.11.2019).
- <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/ihale> (erişim tarihi: 28.11.2019).
- www.tbmm.gov.tr, (erişim tarihi: 10.07.2020).

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve Soyadı	Kazım ARSLAN
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Nihat Gürel Fen Lisesi, 2011.
Lisans Diploması	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2015.
Yüksek Lisans Diploması	
Tez Konusu	
Yabancı Dil	İngilizce (Yökdil, 52,5)
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Ankara Barosu Başkanlığı Avukatlık Stajı
Meslek	Avukat