

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Didar ÖZDEMİR

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL

AĞUSTOS, 2015

ÖNSÖZ

Öncelikle lisans ve yüksek lisans programlarında öğrencisi olduğum, bana ceza ve ceza muhakemesi hukukunu sevdiren, bu anabilim dalında akademik kariyer yapma isteğimi güçlendiren ve çok yoğun olduğu bir dönemde tez danışmanım olmayı kabul eden pek kıymetli Hocam Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL’a en içten sevgi, saygı ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı başkanı ve ÖYP danışmanım olan, tez konumu belirleme sürecinde yardım ve önerilerini esirgemeyen, tez yazım sürecinde kütüphanesini sonuna dek açan, temin ettiği güncel Yargıtay kararlarıyla tezimi zenginleştiren ve tezimin ilerleyen aşamalarında okuyarak daha iyi olması yolunda önerilerde bulunan pek değerli Hocam Prof. Dr. Çetin ARSLAN’a en içten sevgi, saygı ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Savunma jürimde yer almayı kabul eden, yüksek lisansta almış olduğum “Suç Teorisi” dersi ile kendi suç teorimi bulmama ve benimsememe vesile olan kıymetli Hocam Doç. Dr. Vesile Sonay DARAGENLİ EVİK’e ve lisansta danışmanım olan, her türlü sorum ve sorunumda her zaman ulaşabildiğim sevgili Hocam Yrd. Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ’a en içten sevgi ve şükranlarımı sunarım.

Tezimi yazarken kütüphanesinden yararlanma imkânı sunan değerli Hocam Yrd. Doç. Dr. Muammer KETİZMEN’e ve tezimin ilerleyen aşamalarında okuyarak tavsiyelerde bulunan, desteğini her zaman hissettiğim kıymetli Hocam Yrd. Doç. Dr. Önder TOZMAN’a teşekkür ederim.

Yurtiçi Yüksek Lisans Bursu ile yüksek lisans çalışma ve araştırmalarım katkıda bulunan TÜBİTAK’a teşekkürü borç bilirim.

Bugüne gelmemde emeği büyük olan öğretmenlerime, özellikle Bornova Anadolu Lisesi öğretmen kadrosuna, lisans ve yüksek lisans programlarında öğrencisi olduğum Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki hocalarıma ve yüksek lisansımı şehir dışında yapmama imkân sağlayan başta Dekanımız Prof. Dr. Çağlar ÖZEL olmak üzere Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki hocalarıma teşekkürü borç bilirim.

Son olarak, nerede olursam olayım sevgisini daima içimde hissettiğim, aldığım her kararda beni destekleyen, her çabamda arkamda duran, hayallerimin peşinden koşmam için ihtiyaç duyduğum gücü aldığım sevgili aileme sonsuz teşekkürler...

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
RESUME	ix
ABSTRACT	xiii
ÖZET	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EDİM VE EDİMİN İFASINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I- BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN EDİM VE EDİMİN İFASINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER	8
A- Edim Kavramı	8
1- Tanım	8
2- Edimin Şartları	9
3- Edim Çeşitleri.....	10
a- Konularına Göre Edimler.....	10
aa- Olumlu ve Olumsuz Edimler.....	10
bb- Kişisel ve Maddi Edimler	11
b- Doğurdukları Sonuca Göre: Hukuki, Fiili, Hukuki ve Fiili Edimler.....	12
c- Yapıldıkları Kişiye Göre: Ferde ve Topluluğa Yapılan Edimler.....	12
d- Bölünmelerine Göre: Bölünebilen ve Bölünemeyen Edimler	12
e- Edimin Belirlenmesine Göre: Türüyle (Neviyle) ve Seçimle Belirlenen Edimler.....	13
f- İfa Süresine Göre: Ani, Sürekli, Aralıklı veya Dönemli Edimler	14
4- Edim Yükümlülükleri.....	15
a- Asli Edim Yükümlülükleri.....	15
b- Yan Edim Yükümlülükleri	16
c- Yan Yükümlülükler	16
B- Sözleşme Kavramı, Türleri Ve Sözleşmelerin Kurulması	17
1- Sözleşme Kavramı.....	17
2- Sözleşme Türleri	17
3- Sözleşmenin Kurulması.....	19

4- Sözleşmenin Geçerlilik Şartları.....	22
C- İfa Kavramı.....	27
1- Tanım	27
2- İfanın Hukuki Niteliği	28
3- İfada Borçlunun Rolü	29
4- İfada Alacaklının Rolü	33
5- İfanın Konusu	34
6- İfa Zamanı	37
7- İfa Yeri	39
 II- KAMU İHALE HUKUKU AÇISINDAN İHALE KARARI VE SÖZLEŞME KAVRAMLARI İLE SÖZLEŞMENİN İFASI.....	 41
A- Genel Bilgiler	41
B- İhale Kararı Kavramı Ve Hukuki Niteliği	43
C- Kamu İhale Sözleşmeleri, Türleri, Unsurları Ve Hukuki Niteliği	46
1- Kamu İhale Sözleşmesi	46
2- Kamu İhale Sözleşmelerinin Türleri	50
3- Kamu İhale Sözleşmelerinin Unsurları	52
4- Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği	53
D- Kamu İhale Sözleşmelerinin İfa Edilmesi.....	55
1- Teslim İşlemi	56
2- Denetim, Muayene Ve Kabul İşlemleri.....	56
a- Mal Alımlarında Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri	57
b- Hizmet Alımlarında Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri.....	62
c- Danışmanlık Hizmet Alımlarında Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri	69
d- Yapım İşlerinde Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri	72

İKİNCİ BÖLÜM

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

I- EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN KRİMİNOLOJİK ÖZELLİĞİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ BENZER DÜZENLEMELER, 765 SAYILI TCK DÜZENLEMESİ, BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI VE UNSURLARI.....	81
A- Kriminolojik Özelliği Açısından Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu.....	81
B- Karşılaştırmalı Hukukta Benzer Kanuni Düzenlemeler	83
C- 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Düzenlemesi	86
D- Benzer Suç Tipleriyle Karşılaştırılması	90
1-İhaleye Fesat Karıştırma Suçu.....	90

2- Dolandırıcılık Suçu	91
3- Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma	92
4- Görevi Kötüye Kullanma Suçu	93
E- Korunan Hukuki Değer	95
F- Suçun Konusu	96
1- Genel Olarak	96
2- Edimin Taahhüt Edileceği Tüzel Kişiler	102
a- Tüzel Kişi Kavramı	102
b- Tüzel Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti	103
c- Tüzel Kişilerin Türleri	105
d- Türk Ceza Kanunu'nun 236. Maddesinde Sayılan Tüzel Kişiler	106
aa- Kamu Kurum veya Kuruluşları	106
bb- Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları	108
cc- Kamu Kurum ve Kuruluşları İştirakiyle Kurulmuş Şirketler	109
dd- Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Bünyesinde Faaliyet İcra Eden Vakıflar	109
ee- Kamu Yararına Çalışan Dernekler	110
ff- Kooperatifler	112
G- Fail	113
H- Mağdur ve Suçtan Zarar Gören	119
I- Suçun Unsurları	121
1-Kanuni Unsur (Tipiklik)	121
2-Maddi Unsur	123
a-Hareket	123
aa-İhale Kararında veya Sözleşmede Evsafı Belirtilen Maldan Başka Bir Malın Teslim veya Kabul Edilmesi	131
bb-İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Miktardan Eksik Malın Teslim veya Kabul Edilmesi	134
cc- Edimin İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Sürede İfa Edilmemesine Rağmen Süresinde İfa Edilmiş Gibi Kabul Edilmesi	136
dd- Yapım İhalelerinde Eserin veya Kullanılan Malzemenin Şartname veya Sözleşmesinde Belirlenen Şartlara, Miktar veya Niteliklere Uygun Olmamasına Rağmen Kabul Edilmesi	138
ee- Hizmet Niteliğindeki Edimin, İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Şartlara Göre Verilmemesine veya Eksik Verilmesine Rağmen Verilmiş Gibi Kabul Edilmesi	144
b- Netice	146
c- Nedensellik Bağı	148
3- Manevi Unsur	149
4-Hukuka Aykırılık Unsuru	151

II- KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI VE CEZA MUHAKEMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER	153
A-Kusurluluğu Etkileyen Haller	153
1-Genel olarak	153
2- Mücbir Sebep	154
a- Borçlar Hukuku Bağlamında Mücbir Sebep.....	154
b- Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Bağlamında Mücbir Sebep	156
c- Ceza Hukuku Bağlamında Mücbir Sebep.....	157
3-Hukuka Aykırı Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi.....	159
4-Cebir Ve Şiddet, Korkutma Ve Tehdit.....	159
B-Suçun Özel Görünüş Şekilleri	161
1- Teşebbüs.....	161
2-İştirak.....	163
3- İçtima.....	171
C- Yaptırım.....	176
1- Suçun Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Cezası.....	176
2- Güvenlik Tedbirleri	176
a- Genel Olarak	176
b- Hak Yoksunlukları.....	177
aa- Türk Ceza Kanunu’na Göre	177
bb- Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre	178
cc- Devlet İhale Kanunu’na Göre.....	182
dd- Diğer Bazı Kanunlara Göre	184
ee- Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi	184
c- Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri	185
D- Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümler	189
1- Soruşturma Ve Kovuşturma	189
2-Görevli Ve Yetkili Mahkeme	193
3- Koruma Tedbirleri.....	195
4-Dava Zamanaşımı.....	197
SONUÇ	199
KAYNAKÇA.....	205
I- KİTAPLAR	205
II- MAKALELER VE TEZLER.....	210
III- WEBSİTELERİ	212
ÖZGEÇMİŞ	213

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
b.	: Bent
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
Der. K.	: Dernekler Kanunu
DHAY	: Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği
DİK	: Devlet İhale Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas No
Ed.	: Editör
Eds.	: Editörler
f.	: Fıkra
HAY	: Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HİĞŞ	: Hizmet İşleri Genel Şartnamesi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar No
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KHukA	: Kamu Hukuku Arşivi
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
Koop. K.	: Kooperatifler Kanunu
m.	: Madde
MAY	: Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu

TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YİY	: Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği

RESUME

Le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est disposé sous la section neuvième intitulée 'Crimes Concernant L'Economie, L'Industrie et La Commerce', sous la partie troisième intitulée 'Crimes Contre La Société' sous le livre deuxième qui contient les dispositions spéciales du Code Criminel Turc No 5237 (CCT). A l'égard de sa section, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation constitue un crime économique. L'alinéa deux de l'article 236 stipule les actes frauduleux du crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation comme la livraison ou l'acceptation d'un produit différent de celui dont la qualité est spécifiée dans le contrat, la livraison ou l'acceptation d'un produit moins que celui dont la quantité est indiqué dans le contrat, l'acceptation de l'exécution de la prestation tel qu'il est ponctuel même si elle n'est pas arrivé à propos, l'acceptation de l'exécution même si elle n'est pas conforme aux conditions, quantité ou qualités spéciaux dans les adjudications de la construction et l'acceptation de l'exécution du service malgré son inconvenance à l'égard de sa quantité ou sa qualité. En dernier, l'alinéa trois dispose que les fonctionnaires publics qui profitent par leurs actes de l'acceptation sous-mentionnés sont punis pour tous les deux crimes.

Le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est un des crimes économiques qui a une importance considérable en ce qui concerne la lutte contre la corruption mais il n'est pas examiné suffisamment dans la doctrine et il contient encore des discussions nombreuses en soi. La prestation qui est le sujet du crime peut être stipulée par un contrat de droit privé ou d'adjudication et car la procédure de l'exécution de la prestation varie dans chaque cas, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation a un caractère multidisciplinaire. Bien que l'exécution des prestations reste dans le domaine de droit privé, il est nécessaire la protection d'un procès pénal en raison de la qualité d'établissement publique ou d'une certaine qualité de personne morale à qui la prestation est engagée.

Le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est disposé dans l'article 236 du CCT, juste après du crime pendant l'adjudication. La disposition de ces deux crimes dans les articles successifs cause dans la doctrine l'idée que l'obligation doit être contractée par un contrat d'adjudication. En fait, l'issue controversée principal concernant le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est que l'obligation doit être contractée par un contrat d'adjudication. L'opinion dominant dans la doctrine défend que l'obligation doive être contractée par un contrat d'adjudication. Cependant, quand l'article 236 du CCT est examiné, il est évident qu'un contrat d'adjudication n'est pas obligatoire en dehors du paragraphe (d) qui commence avec l'expression 'dans les adjudications de construction'. Par l'interprétation grammaticale de l'article il est manifeste que les contrats d'adjudication ne sont pas obligatoires et par l'interprétation téléologique il est plus concordant que le mot contrat consiste les contrats du droit privé quand la valeur juridique protégée par ce crime est prise en considération.

En fait, l'issue controversée est concentré sur les achats faits par la procédure d'achat directe. La procédure d'achat directe était d'abord une procédure d'adjudication, mais plus tard en 2003 elle a été exclue des procédures d'adjudication. Aujourd'hui, même si elle est disposée dans le Code d'Adjudication Publique, la procédure d'achat directe est non plus une procédure d'adjudication. Selon la majorité dans la doctrine, les achats faits par la procédure d'achat directe ne causent pas le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation. Selon notre point de vue, une procédure d'adjudication n'est pas obligatoire pour l'occurrence du crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation et les achats faits par la procédure d'achat directe peuvent être sujet à ce crime.

L'obligation doit être contractée envers les personnes morales prévues dans l'article. Ces personnes morales sont les institutions et les organisations publiques, les organisations professionnelles avec le statut d'institution publique, les sociétés avec la participation des institutions et organisations publiques, les fondations actives sous la structure des institutions et organisations publiques, les associations qui fonctionnent à l'intérêt public et les coopératives. A cet égard, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation ne se forme pas pour les obligations contractées envers les personnes morales non-prévues dans l'article.

La qualité de l'auteur du crime est une autre issue controversée à propos du crime. D'un point de vue, toute personne peut être l'auteur du crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation. D'un autre point de vue que nous soutenons, l'auteur du crime doit être compétent de délivrer ou d'accepter et donc, seulement les personnes compétents peuvent être l'auteur de cet crime.

Une autre issue controversée concernant le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est qu'il nécessite multi-auteurs à se former. D'un point de vue, ce crime exige l'existence de deux personnes à se former. Dans l'article 236, deux personnes – un qui délivre, un qui accepte- peuvent être l'auteur du crime mais il n'est pas disposé que les deux doivent être l'auteur en même temps. Soit délivrer ou accepter est suffisant pour le crime à se former. Par conséquence, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation ne requiert pas multi-auteurs à se former.

Le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est un type de crime avec les actions liées et facultatives. Le crime se forme par les cinq actions facultatives disposées sous cinq paragraphes de l'alinéa deux de l'article 236. La caractéristique commune de ces cinq actions est qu'elles doivent se réaliser frauduleusement comme il est indiqué dans la justification de l'article. Les actions de livraison et d'acceptation pas frauduleuses ne causent pas le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation.

L'alinéa deux de l'article 236 prévoit les actions frauduleuses de la fraude pendant l'exécution de la prestation comme la livraison ou l'acceptation d'un produit différent de celui dont la qualité est spécifiée dans le contrat, la livraison ou l'acceptation d'un produit moins que celui dont la quantité est indiqué dans le contrat, l'acceptation de l'exécution de la prestation tel qu'il est ponctuel même si elle n'est pas arrivé à propos, l'acceptation de l'exécution même si elle n'est pas conforme aux conditions, quantité ou qualité spéciaux dans les adjudications de la construction et l'acceptation de l'exécution du service malgré son inconvenance à l'égard de soit sa quantité ou sa qualité. La qualité, la quantité, la période et les

conditions sont stipulés par les provisions des décisions d'adjudication, des cahiers des charges, des contrats d'adjudication ou des contrats du droit privé.

Une autre issue controversée est la conclusion du crime. D'un point de vue, il est un crime résultant danger mais l'autre opinion dans la doctrine définit le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation comme un crime résultant dommage. Nous sommes pour la deuxième opinion parce que la réalisation de ces cinq actions facultatives cause dommage dans chaque cas pour les personnes morales prévues dans l'article.

Le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation se forme même si les fonctionnaires publics ne profitent pas par leurs actions de l'acceptation. Cependant, quand les jugements de la Cour de Cassation Turque sont examinés, il est manifeste que le crime de prévarication se forme avec le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation dans plusieurs cas. En considération de l'alinéa trois de l'article, les fonctionnaires publics qui profitent par leurs actes de l'acceptation sont punis pour tous les deux crimes.

Le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est commise intentionnellement. Car il n'est pas disposé que l'auteur se comporte avec un objectif certain, l'intention générale est suffisante à frauder pendant l'exécution de la prestation. Même s'il est exprimé dans la doctrine que le crime peut être commis par négligence, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation peut seulement être commis intentionnellement aux termes de l'article 22/1 du CCT.

Quand les jugements de la Cour de Cassation Turque sont examinés, il est manifeste qu'une des issues les plus controversées est la participation au crime. L'auteur du crime doit être chargé de livraison ou acceptation. Donc, seulement celui qui est chargé de ces devoirs peut être l'auteur du crime. Si le parti contractant et la personne qui fait la livraison sont différents, le parti contractant est accepté comme l'auteur du crime. Dans les deux paragraphes les personnes qui délivre et qui accepte peuvent être l'auteur mais dans les trois derniers paragraphes seulement la personne qui accepte peut être l'auteur et dans ce cas, la personne qui délivre peut être la participant au crime si les conditions de participation sont remplies.

Un autre aspect important concernant le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est l'institution de pluralité des crimes. D'abord, l'alinéa trois de l'article 236 dispose que les fonctionnaires publics qui profitent par leurs actes de l'acceptation sont punis pour tous les deux crimes. Deuxièmement, les actions prévues dans l'alinéa deux peut en même temps causer le crime de la fraude. Cependant, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est une disposition spéciale à l'égard du crime de la fraude. Donc, l'auteur est puni pour seulement le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation. Troisièmement, ce crime est souvent commis à l'aide de la falsification des documents. D'un côté, une opinion dans la doctrine défend que le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation soit un type spécial de la falsification. D'un autre côté, il y a une disposition dans l'article 212 de la CCT qui prévoit que l'utilisation des documents faux officiels ou privés pendant un autre crime requiert la condamnation de tous les deux crimes. A notre avis, la disposition de l'article 212 de la CCT doit être appliquée dans ces cas.

La sanction du crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est la peine de prison de trois à sept ans. Il ne s'agit pas de peine pécuniaire à côté de peine de prison. A la lumière de l'article 242 de la CCT qui est disposé pour tous les crimes sous la section 'Crimes Concernés Avec L'Economie, L'Industrie et La Commerce', les personnes morales qui profitent par les crimes sous cette section sont condamnées par les mesures de sécurité. Les personnes morales qui profitent en faisant la fraude pendant l'exécution de la prestation sont également punies par les mesures de sécurité selon l'article 242 de la CCT.

Les personnes physiques qui commettent le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation sont non seulement condamnées par la peine de prison mais aussi sont interdites des adjudications selon le droit d'adjudication publique. Les fonctionnaires publics qui commettent le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation ne peuvent pas prendre rôle dans les procédures d'adjudication et leur fonction comme un fonctionnaire public se termine selon les dispositions du Code des Fonctionnaires Publics No 657. D'ailleurs, les partis contractants qui commettent le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation sont interdits des adjudications par une décision administrative ou par un jugement.

La dernière issue controversée concernant le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est que l'enquête judiciaire des fonctionnaires publics soit faite directement ou après la permission des autorités compétentes. L'article 17 de la Code de Déclaration de Patrimoine, de Lutte Contre la Corruption et la Prévarication No 3628 dispose que les officiers publics qui commettent les crimes certains soit être enquêté directement. Cependant, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation n'est pas un des crimes mentionnés dans l'article. Un des crimes intitulé 'fraude dans les achats et ventes officiels' est discuté s'il contient le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation dans la doctrine.

En conclusion, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est controversée sous tous ses aspects. Dans cette étude, d'abord les définitions des notions d'obligation, du contrat et l'exécution de la prestation qui constituent le fondement du crime sont faites au regard de droit des obligations et de droit d'adjudication publique et ensuite, le crime de la fraude pendant l'exécution de la prestation est examiné à travers des points controversé dans la doctrine.

ABSTRACT

The crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is regulated under ninth section entitled “Crimes Related to Economy, Industry and Trade”, under third part headed “Crimes Against Society”, under second book which involves special provisions of Turkish Criminal Code No. 5237 (TCC). By the section of the provision, the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation constitutes an economic crime. The second paragraph of the article 236 stipulates the fraudulent acts of rigging during the discharge of the contractual obligation as delivering or accepting a product different from the one specified its quality in the contract, delivering or accepting a product less than indicated in the contract, accepting the execution of the contractual obligation as prompt even though it is not fulfilled within the specified period, accepting the execution although it is not conformed with the specified conditions, amount or quality in construction bids and accepting the execution of the service despite its inconvenience by quality or quantity. Lastly the third paragraph of the article disposes that the public officers who afford advantage by the act of acceptance above-mentioned have to be punished for both crimes.

The crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is one of the economic crimes which has a considerable importance in terms of fighting against corruption but is not dwelled on sufficiently in the doctrine and still contains numerous discussions in itself. The obligation which is subject of the crime, can be stipulated by either a private law contact or a bid contract and because of the fact that the procedure of the discharge of the obligation varies in each case, the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation has a multidisciplinary character. Even though the discharge of the contracts stays in the scope of application of the private law, it requires the protection of a criminal proceeding due to the public corporation or a specific quality of the legal person towards whom the obligation is undertaken.

The crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is regulated in article 236 of TCC, just after the crime of bid-rigging. The regulation of these two crimes in two successive articles causes in the doctrine the idea that the obligation must be engaged by a bid contract. In fact, the basic controversial point about the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is whether it is obligatory to engage an obligation by a bid contract. The majority opinion in the doctrine is that the obligation must be engaged by a bid contract. However, when the text of the article 236 of the TCC is examined, a bid contract is not an obligatory element except from the subparagraph (d) which starts with the expression “in construction bids”. By grammatical interpretation of the article it is seen that bid contracts are not obligatory elements and by teleological interpretation it can be said that it is more appropriate to involve the private law contracts when the legal value protected by the article is took in consideration.

In effect, the controversial point at this topic focuses on the purchases made by the procedure of direct supply. The procedure of direct supply was a bid procedure at the beginning but then it was withdrawn from the bid procedures in 2003. At the present time, although it is regulated in the Public Procurement Code, the direct supply procedure is no longer a bid procedure. In the majority opinion in the doctrine, the purchases made by the direct supply procedure do not cause the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation. However, in our opinion a bid procedure is not obligatory for the occurrence of the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation and the purchases made by the direct supply procedure can be subject to this crime.

The contractual obligation must be engaged towards the legal persons counted in the article. These legal persons are public institutions and organisations, the professional organisations with public institution status, the companies founded with the shareholding of public institutions and organisations, the endowments actives under the structure of public institutions and organisations, the associations working for the public weal and the cooperatives. The crime of rigging during the discharge of the contractual obligation does not occur for the obligations engaged to the legal persons except from the ones counted in the article.

The quality of the author of the crime is another controversial point about the crime. From one point of view, everyone can be offender of the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation. From another point of view that we share, the author must be charged with delivery or acceptance duty so, only the one who is charged can be the offender.

Another controversial point about the crime is whether it requires multi authors to occur. From one point of view, the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation requires two authors to occur. In the article, two people –one deliverer, one acceptor- can be author of the crime but it is not regulated that these two people must be offender at the same time. Either delivery or acceptance is sufficient for the crime to occur. Therefore, the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation does not require multi authors to occur.

The crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is a crime type with tied and optional actions. The crime occurs by one or several of the five optional actions regulated under five subparagraphs of second paragraph of the article 236. The common characteristic of these five actions –as indicated in the justification of the article- is fraudulent occurrence. The actions of delivery and acceptance non-fraudulent do not cause the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation.

The second paragraph of the article 236 stipulates the fraudulent acts of rigging during the discharge of the contractual obligation as delivering or accepting a product differ from the one specified its quality in the contract, delivering or accepting a product less than indicated, accepting the execution of the contractual obligation as prompt even though it is not fulfilled within the specified period, accepting the execution although it is not conformed with the specified conditions, amount or quality in construction bids and accepting the execution of the service despite its inconvenience by quality or quantity. The quality, quantity, period and

conditions are set by the provisions of bid decisions, specifications, bid contracts or private law contracts.

Another controversial point is the conclusion of the crime. From one point of view, it is a crime resultant danger but the other opinion defines the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation as a crime resultant damage. We share the opinion that the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is a crime resultant damage because of the fact that the realisation of the five optional actions causes in each case damage for the legal persons mentioned in the article.

The crime of rigging during the discharge of the contractual obligation occurs even though the public officers do not afford advantage by their acts of acceptance. However, when the decisions of the Turkish Supreme Court are analysed, it is apparent that the crime of bribery occur in most cases with the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation. In consideration of the third paragraph of the article, the public officers who afford advantage by the act of acceptance have to be punished for both crimes.

The crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is committed on purpose. Owing to the fact that it is not disposed the author to act with a certain purpose, a general purpose to rig during the discharge of the contractual obligation is sufficient. Even though it is stated that the crime can be committed by negligence in the doctrine, in accordance with the article 22/1 of the TCC the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation can be committed only on purpose.

When the Turkish Supreme Court judgements are analysed, it is apparent that one of the most contradictory points is the participation to the crime. The author of the crime must be charged with delivery or acceptance duty and so, only the one who is charged can be the offender. If the contracting party and the person who delivers the obligation differ, the contracting party is accepted as author. For the first two subparagraphs, both deliverer and acceptor can be the author but for the last three subparagraphs only the acceptor can be the offender and the deliverer can be participator to the crime if the conditions of participation are provided.

Another important aspect of the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is the institution of joinder of crimes. First of all, the third paragraph of the article 236 disposes that the public officers who afford advantage by the act of acceptance above-mentioned have to be punished for both crimes. Secondly, the actions counted in second paragraph of the article can also cause the crime of fraud. However, the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is a special provision in reference to the crime of fraud and so the author is sentenced for only the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation. Thirdly, this crime is frequently committed by means of forgery of documents. On one hand, an opinion in the doctrine defends that the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is a special type of forgery. On the other hand, there is a provision in article 212 of the TCC which stipulates that the use of false official or private documents while committing another crime requires sanction for both of the crimes. In our opinion, the provision of article 212 of the TCC has to be applied in such cases.

The sanction for the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is the penalty of imprisonment from three to seven years. It is not disposed a judicial fine besides the prison sentence. In the light of article 242 of the TCC which is disposed for the crimes under the section entitled “Crimes Related to Economy, Industry and Trade”, the legal persons who afford advantage by the crimes in this section are penalised by the security precautions. The legal persons who afford advantage by rigging during the discharge of the contractual obligation are also penalised by the security precautions according to the article 242 of the TCC.

The real persons who commit the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation are not only punished with the sentence of imprisonment but also forbidden from the bids according to the public procurement law. The public officers who commit the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation cannot take charge in bid procedures and their charge as a public officer expires as a requirement of the Public Officers’ Code No 657. And the contractors who commit the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation are forbidden from the bids by an administrative decision or judgement.

The last controversial point about the crime is that the investigation of public officers is made directly or by permission of the competent authorities. Article 17 of the Code of Declaration of Patrimony, Fighting against Corruption and Bribery No 3628 disposes that the public officers who commit certain crimes should be investigated directly. However, the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is not mentioned in article 17. One of the crimes entitled “rigging in official purchase and sale” is discussed whether it involves the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation in the doctrine.

In conclusion, the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is controversial in almost all respects. In this study, at first the definitions of the notions of obligation, contact and discharge of the obligation which constitutes the basis of the crime are made in terms of obligations law and public procurement law and then the crime of rigging during the discharge of the contractual obligation is analysed through the controversial points in the doctrine.

ÖZET

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın özel hükümleri içeren ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmektedir. Düzenlendiği bölüm itibariyle edimin ifasına fesat karıştırma suçu ekonomik suç özelliği göstermektedir. 236. maddenin ikinci fıkrasında edimin ifasına fesat karıştırma olarak kabul edilen fiiller, hileli hareketlerle niteliği belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi, belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi, edimin belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi, yapım ihalelerinde eserin veya malzemenin belirtilen koşul, miktar veya niteliğe uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi ve hizmet niteliğindeki edimin nitelik veya nicelik açısından uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi olarak sayılmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise edimin ifasına fesat karıştıran kamu görevlileri için bir gerçek içtima hükmü getirilmekte ve bu fiilleri dolayısıyla menfaat temin eden kişilerin ayrıca ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacakları öngörülmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, yolsuzlukla mücadele açısından önem arz eden fakat doktrinde üzerinde yeterince durulmamış, birçok tartışmayı bünyesinde barındıran bir suç tipidir. Suça konu olabilecek edim, gerek özel hukuk sözleşmesi gerekse kamu ihale sözleşmesi ile taahhüt edilebildiğinden ve her iki olasılıkta edimlerin ifa süreçleri değişiklik arz ettiğinden edimin ifasına fesat karıştırma suçu özünde multidisipliner bir özellik taşımaktadır. Sözleşmelerin ifası, özel hukukun uygulama alanı içinde kalsa da edimin taahhüt edildiği kişinin kamu tüzel kişiliğini ya da belli nitelikleri haiz olması ve sözleşmenin kamu harcaması yapılarak tamamlanması cezai korumayı gerektirmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, TCK'nın 236. maddesinde, ihaleye fesat karıştırma suçundan hemen sonra düzenlenmektedir. Bu iki maddenin ardışık bir şekilde düzenlenmesi doktrinde edimin ihale neticesinde yüklenilmesi gerektiği fikrini doğurmuştur. Nitekim edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ilgili temel tartışma edimin ihale neticesinde taahhüt edilmesinin zorunlu olup olmadığıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüş, edimin bir ihale ile yüklenilmesi gerektiği yönündedir. TCK m. 236 metni incelendiğinde, “yapım ihalelerinde” şeklinde başlayan (d) bendi haricinde ihale sözleşmesinin zorunlu unsur olmadığı görülmektedir. Maddenin lafzi yorumuyla taahhüdü içeren sözleşmenin ihale sözleşmesi olmasının zorunlu olmadığı anlaşılabilmekte, bu suç ile korunan hukuki değer düşünüldüğünde maddenin özel hukuk sözleşmelerini kapsamaması amaca daha uygun görünmektedir. Hatta bazı özel durumlarda sözleşmeye dahi ihtiyaç duyulmamakta, ihale kararının var olması yeterli kabul edilmektedir.

Aslında bu konudaki tartışma, doğrudan temin yöntemiyle yapılan alımların edimin ifasına fesat karıştırma suçuna konu olup olmayacağı konusuna odaklanmaktadır. Doğrudan temin yöntemi başlangıçta bir ihale usulü olmakla

birlikte, 2003 yılında yapılan bir değişiklik ile ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Günümüzde her ne kadar Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenmeye devam ediyor olsa da doğrudan temin yöntemi bir ihale sürecini ifade etmemektedir. Doktrindeki baskın görüşe göre, doğrudan temin yöntemi kullanılarak yapılan alımlar edimin ifasına fesat karıştırma suçuna sebebiyet vermez. Fakat kanımızca, suçun oluşması için bir ihale usulü izlenmiş olması zorunlu değildir ve doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımlara fesat karıştırılması da edimin ifasına fesat karıştırma suçunu meydana getirebilir.

Suçla konu olan edimin maddede sayılan tüzel kişilere karşı taahhüt edilmiş olması gerekir. Bu tüzel kişiler, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatiflerdir. Bu sayılanlar dışındaki tüzel kişilere karşı taahhüt edilen edimlere fesat karıştırılması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluştuğundan söz edilemez.

Suçla ilgili bir başka tartışmalı nokta, kimlerin bu suçun faili olabileceği konusudur. Bir görüşe göre, herkes bu suçun faili olabilir. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, maddede teslim veya kabul eden kişiden bahsedildiğinden ve bu kişilerin teslim veya kabule yetkili olması gerektiğinden hareketle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun özgü suç olduğunu ifade etmektedir.

Fail konusunda diğer bir tartışma ise suçun çok failli suç özelliği taşıyıp taşımadığıdır. Doktrinde bir görüş, suçun çok failli suç olduğunu ileri sürmektedir. Her ne kadar maddede hem teslim edenin hem de kabul edenin cezalandırılması öngörülüyor olsa da suçun oluşması için hileli teslim ve kabul fiillerinin birlikte gerçekleştiriliyor olması aranmamaktadır. Hileli teslim veya kabul hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir. Ayrıca, suçun oluşması için belli sayıda kişinin varlığı aranmamaktadır. Bu sebeple, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun çok failli suç kategorisine girmediği kanaatindeyiz.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, bağlı ve seçimlik hareketli bir suç tipidir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan beş seçimlik hareketten birinin veya birkaçının gerçekleştirilmesiyle suç meydana gelir. Sayılan hareketlerin ortak özelliği -madde gerekçesinde de belirtildiği üzere- hileli hareketlerle gerçekleştirilmeleridir. Hileli davranışlarla gerçekleştirilmeyen teslim veya kabul işlemleri edimin ifasına fesat karıştırma suçuna sebebiyet vermez.

TCK 236. maddenin ikinci fıkrasında edimin ifasına fesat karıştırma olarak kabul edilen fiiller, hileli hareketlerle niteliği belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi, belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi, edimin belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi, yapım ihalelerinde eserin veya malzemenin belirtilen koşul, miktar veya niteliğe uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi ve hizmet niteliğindeki edimin nitelik veya nicelik açısından uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi olarak sayılmaktadır. Sayılan nitelik, nicelik, süre ve şartların tespitinde ihale kararı, şartnameler, ihale sözleşmesi ya da ihale yöntemine başvurulmayan hallerde özel hukuk sözleşmesi hükümleri önem taşımaktadır.

Suçla ilgili diğer bir tartışma konusu ise suçun neticesidir. Bir görüş edimin ifasına fesat karıştırma suçunu tehlike suçu olarak nitelendirirken, diğer bir görüşe göre zarar suçu özelliği taşımaktadır. Maddede sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesi tüzel kişiler açısından doğrudan bir zarara sebep olacağından edimin ifasına fesat karıştırma suçunun zarar suçu olduğu görüşünü paylaşmaktayız.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması için kabul eden kamu görevlisinin mutlaka bir menfaat sağlamış olmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay kararları incelendiğinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile birlikte rüşvet suçunun da gündeme geldiği görülmektedir. TCK m. 236/3'te yer alan özel içtima kuralı gereğince, edimin ifasına fesat karıştıran kamu görevlileri bu fiilleri dolayısıyla bir menfaat elde ediyor ise, ayrıca ilgili suç hükmüne göre cezalandırılmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, kasten işlenebilen bir suç tipidir. Maddede failin belli bir maksatla hareket etmesi aranmadığından suçun oluşumu için özel kast aranmamakta, genel kastla işlenmesi yeterli olmaktadır. Doktrindeki bir görüş suçun taksirle işlenebileceğini ifade etmiş ise de TCK m. 22/1 hükmü uyarınca suçun taksirli hali düzenlenmediğinden edimin ifasına fesat karıştırma suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Yargıtay kararları incelendiğinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ilgili en çok tartışılan konulardan birinin de iştirak kurumu olduğu görülmektedir. Yargıtay yerleşik içtihadında edimin ifasına fesat karıştırma suçunu özgü suç kabul etmektedir. Buna göre, suçun faili ancak teslim ve kabule yetkili kişiler olabilmektedir. Teslim eden ile sözleşmenin tarafı olan kişilerin farklı olması durumunda sözleşmeyi imzalayan kişi fail kabul edilmekte, fiilen teslim eden kişinin hareketi ise suça iştirak olarak değerlendirilmektedir. Kabul eden açısından ise, ihale sözleşmeleri söz konusu olduğunda kabul işlemleri edimin niteliğine göre farklı usullere tabi olmakta ve bu usul ve esaslar yönetmeliklerle tespit edilmektedir. Bu usule uygun olmayan kabul işlemleri kabul komisyonunun sorumluluğunu doğurmaktadır. İlk iki bent açısından hem teslim eden hem de kabul eden fail olabilirken, son üç fıkra da yalnızca kabul etmek tipik fiil olarak düzenlendiğinden sadece kabul eden fail olabilmekte, teslim edenin bu konuda ortak bir iradesi söz konusu ise, hareketi suça iştirak olarak değerlendirilmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından diğer bir önemli konu ise suçların içtimaıdır. Öncelikle, maddenin üçüncü fıkrası kamu görevlileri bakımından özel bir gerçek içtima hükmü getirmektedir. İkinci olarak, sayılan hareketlerin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu düşünülebilir. Fakat edimin ifasına fesat karıştırma suçu, dolandırıcılık suçuna göre özel hüküm niteliği taşıdığından yalnızca edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmakta, ayrıca dolandırıcılık suçundan hüküm kurulmamaktadır. Üçüncü önemli husus ise, suçun genellikle belgede sahtecilik suretiyle işlenmesidir. Doktrinde bir görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçu özel bir sahtecilik türüdür ve bu hallerde özel hüküm olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçundan ceza verilmesi gerekir, ayrıca belgede sahtecilikten yaptırım uygulanmaz. Öte yandan TCK m. 212'de sahtecilik suçları açısından bir içtima hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, sahte bir resmi veya özel belgenin başka bir suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı yaptırım uygulanmalıdır. Kanımızca, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun

belgede sahtecilik suretiyle işlenmesi halinde her iki suçtan hüküm kurulması gerekir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yaptırımını üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıdır. Hapis cezasının yanında adli para cezası öngörülmemektedir. TCK'nın "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" bölümünde yer alan suçlar için m. 242'de öngörülen hüküm gereğince, bu bölümde düzenlenen suçlar işlenmesi suretiyle menfaat elde eden tüzel kişiler hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirine hükmedilmektedir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu dolayısıyla menfaat temin eden teslim eden tarafında yer alan tüzel kişiler hakkında da koşulları mevcutsa güvenlik tedbirine hükmedilebilmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştıran gerçek kişiler hakkında ise, ihale mevzuatında ihaleden yasaklama kararları öngörülmektedir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan cezalandırılan kamu görevlileri, ihale mevzuatına tabi işlerde görev alamazlar ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre memuriyetleri sona erer. Edimin ifasına fesat karıştıran yükleniciler ise, idari bir kararla ya da mahkeme kararıyla ihalelere katılmaktan yasaklanabilmektedir.

Suçla ilgili son tartışmalı husus ise, kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde soruşturmanın doğrudan mı yoksa izne tabi olarak mı yapılacağı hususudur. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu 17. maddesinde bazı suçların yolsuzlukla mücadele açısından doğrudan soruşturulması gerektiğini düzenlemektedir. Fakat edimin ifasına fesat karıştırma suçu açıkça sayılmamaktadır. Doktrindeki tartışma, "resmi alım ve satımlara fesat karıştırma" olarak ifade edilen suçun edimin ifasına fesat karıştırma suçunu içerip içermediği konusundadır.

Sonuç olarak, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun neredeyse her hususta tartışmalı olduğu ortadadır. Bu çalışmada, öncelikle suçun temelini teşkil eden edim, sözleşme ve ifa kavramları borçlar hukuku ve ihale hukuku açısından ortaya konmakta, ardından tartışmalı hususlar üzerinden edimin ifasına fesat karıştırma suçu incelenmektedir.

GİRİŞ

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın özel hükümleri içeren ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünün 236. maddesinde düzenlenmektedir¹. Düzenlendiği bölüm itibariyle edimin ifasına fesat karıştırma suçu ekonomik suç özelliği göstermektedir.

Suçta konu olan edimin ihale neticesinde yüklenilmesi ya da bir ihale sürecinden bağımsız olarak özel hukuk sözleşmesi ile taahhüt edilmesi mümkündür. İhale neticesinde yüklenilen edimlere fesat karıştırılması, ihale sürecinde gerçekleştirilen usulsüzlüklerle birlikte ortaya çıkabilmektedir. Kabul eden görevli veya görevlilerin hileli hareketlerle uygun olmayan edimleri kabul etmesi halinde ise genellikle rüşvet suçu da gündeme gelmektedir. Bu sebeple, edimin ifasına fesat karıştırma suçu diğer ekonomik suçlarla iç içe geçmiş, yolsuzlukla mücadelede önem arz eden bir suç tipidir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (765 sayılı TCK) döneminde bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemekteydi². TCK’da suç tipi olarak yer alması yolsuzlukla mücadelede önemli bir gelişme olmuştur. Bunun yanında, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de yolsuzlukla mücadele açısından bağlayıcı niteliktedir. Bunların başında Avrupa Konseyi tarafından 04.11.1999 tarihinde hazırlanan, Türkiye tarafından 27.09.2001’de imzalanıp 17.04.2003 tarih ve 4852 sayılı Kanunla uygun bulunan Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi ve 27.01.1999 tarihinde imzaya açılıp Türkiye tarafından 27.09.2001 tarihinde imzalanan, 14.01.2004 tarih ve 5065

¹ 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

² 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 13.03.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

sayılı Kanunla uygun bulunan Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi gelmektedir³.

Avrupa Konseyi'nin 26.05.1997 tarihinde kabul ettiği Avrupa Birliği üye ülkelerinin memurlarını ilgilendiren rüşvet ile mücadeleyle dair sözleşme, 27.09.1996 tarihli Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına Dair Sözleşme'ye ek rüşvetle mücadeleyle ilişkin protokol ve 22.12.1998 tarihinde kabul edilen özel sektörde rüşvete ilişkin ortak hareket rüşvet ve yolsuzlukla mücadelede Avrupa Topluluklarının almış olduğu kararlar olup ihaleye katılan şirketlerin yabancı şirket olması ve örneğin mal alımlarında alınan malın yurtdışında üretilmesi ve teslim edilmesi hallerinde, ihale ve edimin ifası süreçlerinde sıkça karşılaşılan yolsuzlukların giderilmesi konusunda önem arz etmektedir⁴.

Öte yandan, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda onaylanan 04.12.2000 tarih ve 55/61 sayılı Karar ile yolsuzlukla mücadele amacıyla Birleşmiş Milletler Sözleşmesi hazırlanması ve bu amaçla geçici bir komite kurulmasına karar verilmiş ve neticede Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi hazırlanmıştır. Sözleşme, Türkiye tarafından da 10.12.2003 tarihinde imzalanmış, 18.05.2006 tarihli ve 5506 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Sözleşme, ulusal ve yabancı kamu görevlilerinin rüşvetini, uluslararası örgüt görevlilerinin rüşvetini, kamu görevlilerinin zimmetini, görevin kötüye kullanılmasını, özel sektördeki rüşvet ve zimmeti kapsamına almaktadır. Kamu görevlisi tarafından işlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun aslında bir nev'i görevi kötüye kullanma suçu teşkil ettiği düşünüldüğünde ve ihale sürecinin kamuya karşı gerçekleştirilen yolsuzluk olaylarının en çok görüldüğü süreç olduğu dikkate alındığında edimin ifasına fesat karıştırma suçu yolsuzlukla mücadelede önem arz etmektedir⁵.

Günümüzde ekonomik suçlar ekonomik ve politik istikrar açısından tehlike oluşturabilecek yaygınlığa ulaşmış durumdadır. Ekonomik suçlarla mücadele

³ EKER-KAZANCI, Behiye, "Yolsuzluk Kavramı ve TCK'da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler", **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 3, Sayı: 6, Ankara: Seçkin, 2008, s. 59.

⁴ KOCASAKAL, Ümit, **Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları**, İstanbul: Vedat, 2004, s. 220-221.

⁵ İhaleye fesat karıştırma suçunun yolsuzluk açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. GÜNEY, Muhammet, "Yargıtay Kararları Açısından İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", in **Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele**, Ed. Yener ÜNVER, İstanbul: Seçkin, 2014.

yalnızca ekonomik büyüme ve gelişme bakımından değil, sosyal refah açısından da gereklilik arz etmektedir. Bu sebeple, gerek ulusal gerek uluslararası platformda ekonomik suçlarla mücadele etmek ve gerekli yasal mevzuatı güçlendirmek gerekmektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde, ekonomik suçların yaygınlaşması gelişmeyi olumsuz yönde etkilediğinden bu suçlarla mücadele özel önem arz etmektedir. Ekonomik suçluluk ulusal boyutları aşp uluslararası boyutta ele alınması gereken bir mesele haline gelmiştir. Bu sebeple, ulusal mevzuatların güçlendirilmesinin yanında uluslararası işbirliği de ekonomik suçlulukla mücadelede önem arz etmektedir⁶.

Sözleşmelerin gereğinin yerine getirilmesi açısından ceza kanununda böyle bir düzenlemenin bulunması faydalıdır. Fakat doktrinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu üzerinde yeterince durulmadığı görülmektedir. Mevcut çalışmalar çoğunlukla ihaleye fesat karıştırma suçu ile birlikte yapılmış; büyük bir kısmında edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihaleye fesat karıştırma suçunun devamı olarak görülmüş ve söz konusu edim ihale neticesinde yüklenilen edim olarak anlaşılmıştır. TCK'nın edimin ifasına fesat karıştırma suçunu bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi karşısında bu suç tipi, üzerinde bağımsız olarak durulmayı hak etmekte; yolsuzlukla sıkı ilişkisi bu çalışmanın gerekliliğini kuvvetlendirmektedir.

İhale süreci sözleşmenin imzalanması ile sona ermekte ve bu andan itibaren edimin ifası süreci başlamaktadır. Sözleşmenin imzalanmasının ardından taraflar karşılıklı hak ve borçlar altına girerler. Aslında bu süreçte özel hukuk hükümleri uygulanmakta ve doğacak uyuşmazlıklar adli yargı mahkemelerinde çözümlenmektedir. Fakat TCK m. 236 hükmü, sözleşmenin bir tarafının kamu kurum veya kuruluşları olması sebebiyle özel bir koruma getirmekte ve failin hukuki sorumluluğunun ötesinde bir de cezai sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Sözleşmede yüklenilen borçların gereği gibi ifa edilmemesi edimin ifasına fesat karıştırma suçuna sebebiyet verebilecektir.

Doktrinde bir görüşe göre, edimin ihale neticesinde imzalanan bir sözleşme ile taahhüt edilmiş olması gerekmektedir. İhale yapılmaksızın imzalanan sözleşmelerde

⁶ DEGN, Helle, "Avrupa Konseyi Dokümanı: Ekonomik Suçun Avrupa'yı Tehdidi-2", Çev. Orçun GÜNDÜZ, **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk**, Ed. Yener ÜNVER, Ankara: Seçkin, 2009, s. 252-255.

taahhüt edilen edimlere fesat karıştırılması TCK m. 236 anlamında suç teşkil etmeyecektir⁷. Diğer görüş ise, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için mutlaka bir ihale yapılmasının aranmayacağını, maddede sayılan kamu kurum ve kuruluşlarının imzaladıkları özel hukuk sözleşmeleriyle taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştırılması halinde de suçun oluşacağını savunmaktadır⁸.

2014 yılı kamu ihaleleri, 12.974 idare tarafından gerçekleştirilmiş ve bu ihaleler neticesinde 180.054 sözleşme imzalanarak 48.046 adet gerçek/tüzel kişi yüklenici olarak edimin ifası aşamasına geçmiştir. Bu sözleşmelerin toplam bedeli 106.074.933.000 TL olup, doğrudan temin yolu ile yapılan kamu alımlarının toplam bedeli ise 7.419.983.000 TL'dir⁹. 2013 yılı kamu ihaleleri, 12.960 idare tarafından gerçekleştirilmiş ve bu ihaleler neticesinde 182.661 sözleşme imzalanarak 48.048 adet gerçek/tüzel kişi yüklenici olarak edimin ifası aşamasına geçmiştir. Bu sözleşmelerin toplam bedeli 99.070.326.000 TL olup, doğrudan temin yolu ile yapılan kamu alımlarının toplam bedeli ise 6.433.774.000 TL'dir¹⁰. 2012 yılı kamu ihaleleri ise, 13.366 idare tarafından gerçekleştirilmiş ve bu ihaleler neticesinde 181.059 sözleşme imzalanarak 51.014 adet gerçek/tüzel kişi yüklenici olarak edimin ifası aşamasına geçmiştir. Bu sözleşmelerin toplam bedeli 83.844.466.000 TL olup,

⁷ ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, 5. Cilt, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014, s. 6821; AKBULUT, Berrin, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 4, Sayı: 10, Ankara: Seçkin, 2009, s.50; DANIŞMAN, Mustafa, **İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, 2. Baskı, Ankara: Bilge, 2014, s. 76; EKER-KAZANCI, Behiye, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2011, s.216; KAPLAN, Mahmut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **İÜHFİM**, Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 1, s. 713; KOCA, Mahmut Reis, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Adalet, 2014, s. 263; ŞEN, Ersan/ AKSÜT, Ertekin, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin, 2012, s. 257.

Doktrinde, Şen/ Aksüt tarafından geçerli bir ihalenin mevcudiyeti edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından bir ön şart olarak belirtilmiş (**Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 261) ancak daha sonra 'doğrudan temin' yöntemi sonucunda taahhüt edilen edimin ifası sırasında da TCK m. 236'da öngörülen hareketlerin gerçekleştirilmesi ile edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebileceği (**Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 262) ifade edilmiş ve kanımızca bir çelişkiye düşülmüştür.

⁸ ALTIPARMAK, Cüneyd, **Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2012, s. 137-138; ÖZGENÇ, İzzet, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013, s. 115, dn. 84. Arslan/ Töngür, ihale neticesinde imzalanmamış bir sözleşme söz konusu olsa dahi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun (a), (b), (c) ve (e) bentleri açısından oluşabileceğini ancak (d) bendinde "şartnamede veya sözleşmesinde" ifadesi kullanıldığı için ihale sonucu imzalanmayan sözleşmelere fesat karıştırılması halinde bu maddede düzenlenen suçun oluşmayacağını ifade etmektedir. (ARSLAN, Çetin/ TÖNGÜR, Ali Rıza, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 14, s. 234.)

⁹ http://www1.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2014_kamu_alimlari_raporu.pdf, Erişim Tarihi: 21.06.2015, s. 1.

¹⁰ http://www1.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2013_y%C4%B1lsonu_kamu_alimlari_istatistik_raporu.pdf, Erişim Tarihi: 21.06.2015, s. 1.

doğrudan temin yolu ile yapılan kamu alımlarının toplam bedeli ise 10.554.256.000 TL'dir¹¹.

Kamu İhale Kurumu'nun yayınladığı bu istatistikler kamu ihalelerinin idareler ve yükleniciler açısından ekonomik değerini göstermekte, bu sürecin cezai koruma altına alınmamasının yol açabileceği yolsuzluğun büyüklüğünü de gözler önüne sermektedir. Bununla birlikte, bir ihale yöntemi olmaktan çıkarılmış olan doğrudan temin yöntemi önemini korumakta, bu yöntem neticesinde imzalanan özel hukuk sözleşmeleri de korunmaya değer görünmektedir.

Her ne kadar ihaleye fesat karıştırma suçu ile ardışık maddeler olarak düzenlenmiş olsalar dahi bu durum, edimin mutlaka bir ihale neticesinde ihale sözleşmesiyle taahhüt edilmiş olmasını aramaya yeter görünmemektedir. Ayrıca, maddenin yazılış şekli dilbilgisi kuralları açısından incelendiğinde bu sözleşmenin (d) bendi haricinde bir kamu ihale sözleşmesi olması zorunluluğu metinden çıkarılamamaktadır. Tüm bunlarla birlikte korunan hukuki değer göz önüne alındığında kamunun uygun edimin ifa edilmesindeki yararı, hem özel hukuk sözleşmeleri hem de kamu ihale sözleşmelerinde söz konusudur ve kanımızca, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için ifasına fesat karıştırılan edimin mutlaka bir kamu ihalesi neticesinde taahhüt edilmesi zorunluluk arz etmemektedir.

Edimin ihale sözleşmesi ile taahhüt edildiği durumlarda, 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK)¹², 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK)'na göre yapılan ihaleler neticesinde imzalanan sözleşmeler ile sınırlı olarak uygulama alanı bulur¹³. KİK mal ve hizmet alımı ve yapım ihaleleri ile sınırlı olarak uygulanabildiği için bu ihaleler KİSK'in de sınırlarını çizmiş olur ve KİSK de mal veya hizmet alımı ve yapım ihaleleri neticesinde imzalanan sözleşmelere uygulanır. Mal veya hizmet satımı ve kiralama ihaleleri ise 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK)'na göre

¹¹ http://www1.ihale.gov.tr/duyurular2012/2012_kamu_al%C4%B1m%C4%B1_istatistikleri_rev.pdf, Erişim Tarihi: 21.06.2015, s. 1.

¹² 05.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

¹³ 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

yürütülür¹⁴. DİK'e göre yapılan ihaleler neticesinde imzalanan sözleşmeler KİSK'e değil DİK'in sözleşmelerle ilgili hükümlerine ve genel hükümlere tabidir. TCK m. 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçu, hem KİK hem de DİK'e tabi olarak düzenlenen ihaleler neticesinde taahhüt edilen edimlerin ifasına fesat karıştırılmasını konu edinir¹⁵. Bu sebeple, DİK, KİSK ve KİK'e dayanılarak hazırlanan muayene ve kabul yönetmelikleri suçu oluşturan hileli teslim ve kabul hareketlerinin değerlendirilmesinde önem arz etmektedir.

Çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun incelenmesine geçilmeden önce genel kavram ve bilgilere yer verilmektedir. Edimin taahhüt edilebileceği sözleşme, özel hukuk sözleşmesi ya da kamu ihale sözleşmesi olabileceğinden öncelikle bu sözleşmelerin geçerlilik şartları, sözleşme konusu olabilecek edimin niteliği, edimin niteliğine göre nasıl ifa edilmesi gerektiği incelenmektedir.

Birinci bölümün ilk kısmında borçlar hukuku bağlamında edim, sözleşme ve ifa kavramları incelenmektedir. Edimin tanımı, çeşitleri ve edim yükümlülükleri incelendikten sonra sözleşme kavramı incelenmekte, tanımı, çeşitleri, kurulma ve geçerlilik koşullarına yer verilmektedir. Son olarak ifa kavramı, konusu, zamanı, yeri, hukuki niteliği ve alacaklı ile borçlunun ifadaki rolleri ile birlikte genel hatları ile ortaya konmaktadır. İkinci kısımda ise, edimin kamu ihalesi neticesinde taahhüt edilmesi olasılığında önem kazanacak ihale kararı ve ihale sözleşmesi kavramları hukuki nitelikleri açısından incelenmekte, ihale sözleşmelerinin türleri ve unsurlarına yer verilmekte, ardından edimin niteliğine göre ihale sözleşmelerinin ifasına diğer bir ifadeyle teslim ve kabul işlemlerinin konumuz açısından önem arz eden yönlerine değinilmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde edimin ifasına fesat karıştırma suçu incelenmektedir. İkinci bölümün ilk kısmında suçun kriminolojik özelliklerine, karşılaştırmalı hukuktaki benzer kanuni düzenlemelere, 765 sayılı TCK'daki

¹⁴ 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 10.09.1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

¹⁵ DÜLGER, Murat Volkan, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi", www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf, s. 20, Erişim Tarihi: 12.02.2015; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 217; KOCA, Mahmut Reis, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Adalet, 2014, s. 264.

düzenlenme şekline, TCK'daki benzer suç tiplerine ve unsurlarına yer verilmektedir. Son kısımda ise, başta KİSK'te açıkça yer verilen mücbir sebep olmak üzere kusurluluğu etkileyen haller, suçun özel görünüş şekilleri, yaptırım ve ceza muhakemesi hükümleri ele alınmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

EDİM VE EDİMİN İFASINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I- BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN EDİM VE EDİMİN İFASINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun unsurları itibariyle incelenmesine geçilmeden önce konuya ilişkin bazı kavramların açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Zira TCK m. 236'nın ilk fıkrasında *“Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* denmekte ancak hiçbir tanım yapılmadığı için kamu kurum ve kuruluşu, taahhüt, sözleşme, edim ve ifa kavramları açıklamaya ihtiyaç duymaktadır. Dolayısıyla bu bölümde inceleme konusu olan suç tipinin daha iyi anlaşılabilmesi için gerekli bazı kavramlar açıklanacaktır.

A- Edim Kavramı

1- Tanım

“Borç”, bir kişiyi başka bir kişiye karşı bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukuki bağıdır. “Edim” ise, bu borcun konusuna, borçlunun alacaklıya borçlandığı, alacaklı yararına yerine getirmekle yükümlü olduğu şeye verilen isimdir¹⁶. Borcu yerine getirecek kişi borçlu, borçlunun yerine getirme yükümlülüğü

¹⁶ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Yetkin, 2014, s. 96; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz, 2014, s. 33; TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**

altında olduğu ve alacaklının alacak hakkının konusunu oluşturan şey ise edimdir. Genel olarak edim, verme, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkar¹⁷.

Edim kavramı ile edim fiilinin mi yoksa edim yerine getirildiğinde ortaya çıkan sonucun mu kastedildiği doktrinde tartışmalıdır. Edim, öncelikle edim fiilini kastetse de edim sonucunu da içermektedir. Yapma veya yapmama borçlarında, borçlunun borcunun konusunu bir edim fiili oluşturur. Hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde edim fiili borçlanılır. Verme borçlarında ise, edim sonucu önem arz etmektedir. Örneğin, satım, eser ve kira sözleşmelerinde borçlu bir sonucu meydana getirme borcu altındadır, bu sözleşmelerde edim sonucu önem taşır¹⁸.

2- Edimin Şartları

Borcun konusu olan edimin belli unsur ve şartları haiz olması gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, edimin hukuken korunan bir menfaat olmasıdır. Edimin hukuki bir içeriği olmalıdır, sadece sosyal davranış kuralları gereği yapılan bir fiil ya da iyilik amacıyla gerçekleştirilen bir davranış edim konusu teşkil edemez. Bu hukuki menfaat çoğu zaman maddi bir nitelik taşımakla birlikte para ile ölçülemeyen veya manevi bir menfaat de edim olarak kararlaştırılabilir. Ancak edimin hukuken korunabilir bir menfaat taşıması için alacaklıya makul bir menfaat sağlaması ve dürüstlük kuralına uygun olması yani hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemesi gerekir¹⁹.

İkinci olarak, 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın 27. maddesinde ifade edildiği üzere edim imkânsız olmamalıdır²⁰. Burada kastedilen borç ilişkisi doğduğu andaki imkânsızlıktır. Eğer edim borç ilişkisi

(I), İstanbul: Sermet Matbaası, 1976, s. 59; ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul: Beta, 2013, s. 32; ARAL, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara: Yetkin, 2011, s. 59.

¹⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, 11. Bası, İstanbul: Vedat, 2013, s. 3,6; KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Ankara: Turhan, 2012, s. 3; CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, Ankara: Seçkin, 2014, s. 133.

¹⁸ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 96-97; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)**, s. 33-34; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 34; ARAL, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, s. 61-63.

¹⁹ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 99; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 32.

²⁰ 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

doğduğu anda edim objektif ve mutlak bir şekilde imkânsız ise sözleşme kesin hükümsüzdür²¹.

Üçüncüsü, edim emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır (TBK m. 27/1).

Son olarak, edim belirli ya da belirlenebilir olmalıdır. Belirli edim, borç doğduğu anda ifaya yetecek ölçüde özellikleri ortaya konmuş edim iken belirlenebilir edim ise, sözleşme kurulurken belirlenmiş değilse de ifa anında objektif olarak belirlenebilir edimdir. Eğer edim, doğduğu anda veya en geç ifa anında belirlenebilir değilse ifası talep edilemez, dava konusu yapılamaz. Edim, borç ilişkisi doğduğu anda belirlenmiş değilse, daha sonra edimi belirleme yetkisi borçluya ya da üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Edimi belirleme yetkisi yenilik doğuran hak teşkil eder²².

3- Edim Çeşitleri

Edimin alacaklıya yarar sağlayacak herhangi bir şekilde öngörülmesi mümkündür. Edim çeşitlerinin bu kadar geniş olması, birçok farklı açıdan sınıflandırılabilmesini sağlamaktadır ve aslında edim türlerinin tek tek öngörülebilmesini imkânsız hale getirmektedir. Bu kısımda edim kavramı doktrinde kabul gören çeşitli açılardan gruplandırılarak açıklanmaya çalışılacaktır.

a- Konularına Göre Edimler

aa- Olumlu ve Olumsuz Edimler

Edim, verme, yapma ya da yapmama davranışı içerebilir. Verme ve yapma edimleri olumlu bir davranış ile ortaya çıkarken, yapmama edimi olumsuz bir davranış ile dış dünyaya yansır. Bu sebeple, verme ve yapma edimleri davranış

²¹ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 99; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 33.

²² EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 100-101; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 33.

biçimi açısından “olumlu (müspet) edim”, vermeme borcu ise “olumsuz (menfi) edim” teşkil eder²³.

Olumsuz edimler, “yapmama edimleri” ve “katlanma edimleri” olarak kendi içinde ikili ayrıma tabidir. Bu ayrımdan da anlaşılacağı gibi, olumsuz edimlerde borçlu alacaklıya karşı hukuken yapabileceği bir şeyi yapmama ya da başka birinin davranışına katlanma yükümlülüğü altına girmektedir. Yapmama edimleri tarafların anlaşması ile ortaya çıkabileceği gibi doğrudan kanundan da kaynaklanabilir. Özellikle kişilerin mutlak hakları karşısında diğer herkesin yapmama yükümlülüğü vardır. Katlanma edimlerinde ise, borçlu aslında hukuken haiz olduğu bir yetkiye rağmen bunu kullanmamayı, başkalarının kendisine yaptığı müdahaleye karşı koymamayı üstlenir. Örneğin, kiraya verenin mülkiyetini haiz olduğu daireyi kiracının kullanmasına izin vermesi bir katlanma edimidir. Borç ilişkilerinde olumlu ve olumsuz edimler bir arada bulunabilir²⁴.

bb- Kişisel ve Maddi Edimler

Olumlu edimler de kendi içerisinde bir şeyin yapılmasını ifade eden “kişisel edimler” ve bir şeyin verilmesini karşılayan “maddi edimler” olarak ikiye ayrılırlar. Kişisel edimler iş görme edimleridir. Borçlu fikren ya da bedenen emek harcayarak alacaklı yararına bir edim meydana getirir. Kişisel edimler de kendi içinde “borçlunun kişiliğine bağlı kişisel edim” ve “borçlunun kişiliğine bağlı olmayan kişisel edim” olarak ayrılır. “Borçlunun kişiliğine bağlı edimler” bizzat borçlu tarafından yerine getirilirken “borçlunun kişiliğine bağlı olmayan edimler” bizzat borçlu tarafından yerine getirilmek zorunda değildir²⁵.

“Maddi edimler”, konusu genellikle taşınır veya taşınmaz mal olan maddi nitelikte bir edimdir. Borçlu malvarlığından bir değer vermek suretiyle maddi edimi

²³ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 101-102; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 6-7; TUNÇOMAĞ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 63-65; CANSEL/ ÖZEL, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 136-139; VON TUHR, Andreas, *Borçlar Hukuku (I-II)*, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No.15, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983, s. 45.

²⁴ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 102-105; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 37; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 36-37; ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 64-66.

²⁵ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 105-106; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 35; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 35; ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 63.

ifa eder. Örneğin, mülkiyetin veya alacak hakkının devri maddi bir edimdir. Borçlunun kişiliğine bağlı kişisel edimler bizzat borçlu tarafından yerine getirilirken maddi edimler üçüncü kişiler tarafından da ifa edilebilir. Kişisel edimler borçlunun fikri veya bedeni kapasitesi ile sınırlı olarak yerine getirilebilir iken maddi edimler borçlunun malvarlığının durumu ne olursa olsun tamamen ifa edilmek zorundadır. Ayrıca, kişisel edimler kişiye bağlı olduklarından dolayı borçlu öldüğünde mirasçılara geçmez ancak maddi edimler borçlunun kişiliğine bağlı olmadığı ve üçüncü kişiler tarafından ifa edilebildikleri için mirasçılara geçer²⁶.

b- Doğurdukları Sonuca Göre: Hukuki, Fiili, Hukuki ve Fiili Edimler

“Hukuki edimler”, hukuki sonuç doğuran alacağın devri gibi edimlerdir. “Fiili edimler” ise, hizmet edimleri gibi dış dünyada bir değişiklik meydana getiren edimlerdir. “Hukuki ve fiili edimler” ise, örneğin taşınır malın satımında olduğu gibi hem mülkiyetin nakli gibi bir hukuki işlem hem de malın teslimi gibi bir fiili edimden meydana gelir²⁷.

c- Yapıldıkları Kişiye Göre: Ferde ve Topluluğa Yapılan Edimler

Edimin, tek bir kişi lehine ifa edildiği durumlarda “ferde yapılan edim”, aynı biçimde birden çok kimsenin menfaatine yerine getirildiği durumlarda ise “topluluğa yapılan edim” söz konusu olmaktadır. Belli bir kişiye ödemede bulunulması halinde ferde yapılan edim, bir salonda izleyicilere bir tiyatro oyunu sergilenmesi halinde ise topluluğa yapılan edim meydana gelmektedir²⁸.

d- Bölünmelerine Göre: Bölünebilen ve Bölünemeyen Edimler

Niteliğinde bir değişiklik ya da bozulma meydana gelmeksizin parçalara ayrılması mümkün olmayan edimler “bölünemez edimler” iken, parçalara ayrılması mümkün olan edimler ise “bölünebilir edimler” olarak adlandırılır. Bu ayrımın önemi, birden fazla alacaklının veya birden fazla borçlunun söz konusu olduğu

²⁶ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 105-106; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 35; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 35; ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 64.

²⁷ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 109-110.

²⁸ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 110.

durumlarda görülür²⁹. Ayrıca, bölünebilir edimlerin kısmi ifası mümkündür ve bir kısmı imkânsızlaşırsa kalan kısım ifa edilmelidir. Oysaki bölünemeyen edimler bütün halinde ifa edilir ve bütün halinde imkânsızlaşır³⁰.

e- Edimin Belirlenmesine Göre: Türüyle (Neviyle) ve Seçimle Belirlenen Edimler

Edimin belirli ya da belirlenebilir olması geçerli bir borcun varlığı için zorunludur. Edimler, türüyle ya da seçimle belirlenir.

Verme borcunun konusu olan edim, özel nitelikleri ile tam olarak belirlenmiş ise “parça borcu (ferden belirli borç)”, özel nitelikleri ile değil de sadece türü, genel nitelikleri ile belirlenmiş ise “tür (cins/ çeşit/ nev’i) borcu” söz konusu olur³¹. Örnekle somutlaştırmak gerekirse, X Sergisi’nde sergilenen A tablosu parça borcudur çünkü özel nitelikleri ile belirlenmiştir. Bir kilogram portakal verilmesi ise tür borcudur. Edim tür borcu olmakla birlikte bu eşya belli bir stoktan temin edilecekse bu durumda “sınırlı tür borcu” söz konusu olur³².

Çoğunlukla tür borcunun konusu misli eşya, parça borcunun konusu ise gayrı misli eşyadır. Ancak bu iki ayrım özdeş değildir. Misli- gayrı misli eşya ayrımı eşyanın niteliğine bağlıdır. Parça- tür borcu ayrımı ise borçlu ve alacaklının iradelerine bağlıdır. “Misli eşya”, ölçme, sayma veya tartma yöntemiyle belirli hale gelen eşyadır. Bu eşyalar ferden belirlenmediği için birinin yerini aynı türden bir diğeri alabilir. “Gayrı misli eşya” ise, ferden belirlenen eşyadır. Gayrı misli eşyanın tür borcuna konu olması da mümkündür³³.

Tür-parça borcu ayrımının önemi borcun ifası ve imkânsızlaşmasında görülür. Kural olarak, “nev’i telef olmaz (*genus non perit*)” deyişiyle ifade edildiği üzere tür

²⁹ ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 39-40; KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 6-7.

³⁰ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 109.

³¹ VON TUHR, *Borçlar Hukuku (I-II)*, s. 53-54; EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 110-111; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 7; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 40-41.

³² EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 112; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 8; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 41.

³³ VON TUHR, *Borçlar Hukuku (I-II)*, s. 53-54; EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 111-112; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 8; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 41.

borcu imkânsızlaşmaz; aynı cinsten diğer bir eşya edim olarak ifa edilir. Sınırlı tür borcunda ve parça borcunda ise imkânsızlık söz konusu olabilir. Tür- parça borcu ayrımı ayıplı ifa söz konusu olduğunda ortaya çıkacak sonuçlar açısından da önem arz eder³⁴.

f- İfa Süresine Göre: Ani, Sürekli, Aralıklı veya Dönemli Edimler

Edimin ifa ediliş süresi dikkate alınarak edimler ani, sürekli, aralıklı veya dönemli edimler olarak ayrılarak incelenmektedir.

“Ani edim”, alacaklının yararının bir anda ortaya çıktığı ve ifanın bir anda gerçekleştiği edimdir. İfanın yerine getirilebilmesi için önceden yapılması gerekenler bir zamana yayılmış olsa da ifa bir anda gerçekleşiyorsa ani edim söz konusudur. Bu konudaki ölçüt, borçlunun davranışlarının zamana yayılıp yayılmaması değil, alacaklının menfaatinin bir anda mı yoksa bir süreye yayılarak mı ortaya çıktığıdır³⁵.

“Sürekli edim” ise, borçlunun borcunu zaman içerisinde devamlı olarak belli bir süre boyunca, sürekli bir davranışla ifa ettiği hallerde ortaya çıkar. Bu devamlılık hiç kesintiye uğramama değil, bütünlük arz edecek şekilde uzun bir zaman içerisinde ifa edilme şeklinde yorumlanmalıdır. Olumsuz edimler genelde sürekli edim teşkil etse de olumlu edimlerin de sürekli olması mümkündür. Bir borç ilişkisinde edimlerden en az biri sürekli edim ise bu durumda sürekli borç ilişkisinin varlığından bahsedilir³⁶.

“Aralıklı veya dönemli edimler” ise, edim zaman içinde tekrarlanmakta ancak bu ifa süreklilik arz etmemekte, düzenli veya düzensiz aralıklarla yapılmaktadır.

³⁴ VON TUHR, *Borçlar Hukuku (I-II)*, s. 55-57; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 9.

³⁵ VON TUHR, *Borçlar Hukuku (I-II)*, s. 49; EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 102-108; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 37; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 11; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 37; CANSEL/ ÖZEL, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 139.

³⁶ VON TUHR, *Borçlar Hukuku (I-II)*, s. 49; EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 107; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 37-38; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 12; TUNÇOMAĞ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 66; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 38; CANSEL/ ÖZEL, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 139.

Aralıklı edimin ifasında, borç aralıklı olarak doğabilir ya da borç kısım kısım muaccel olabilir. Aralıkların düzenli olması halinde dönemli edimden söz edilir³⁷.

4- Edim Yükümlülükleri

Bir borç ilişkisi nedeniyle ortaya birtakım yükümlülükler çıkar. Sözleşmeden doğan borçlarda bu yükümlülükleri taraflar kararlaştırmış olabileceği gibi, kanundan ya da dürüstlük kuralından da kaynaklanabilir³⁸. Bu yükümlülükler öncelikle “edim yükümlülükleri” ve “yan yükümlülükler” olarak ikiye ayrılır. Edim yükümlülükleri de daha sona kendi içinde “asli edim yükümlülükleri” ve “yan edim yükümlülükleri” olarak ikiye ayrılır.

a- Asli Edim Yükümlülükleri

“Asli edim yükümlülükleri”, sözleşmenin tipini belirleyen, esaslı unsurunu oluşturan edimdir, asıl borçtur ve bu sebeple, sözleşmenin türü ile yakından ilgilidir. Taraflar bu konuda anlaşmadıkça geçerli bir sözleşmeden bahsedilemez. Sözleşmenin türüne göre asli edim değişiklik gösterir. Örneğin, satım sözleşmesinde esaslı unsurlar satılan mal ile bedeldir. Satıcının asli edimini malı teslim etmek, alıcının asli edimini ise malın bedelini ödemek teşkil eder. Asli edimler, borçlunun ilk sıradaki, birinci derecedeki yükümlülükleridir. Asli edim yükümlülüklerinin ifası doğrudan dava konusu edilebilir³⁹.

Sözleşmeler kural olarak asli edim yükümlülüğü içerirler. Fakat sözleşme görüşmeleri veya sosyal temastan doğan borç ilişkileri gibi edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri de söz konusu olabilmektedir⁴⁰.

³⁷ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 108; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 13; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 38; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 39; CANSEL/ ÖZEL, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 140.

³⁸ KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 26.

³⁹ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 31-32; KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 27; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 11; ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 34.

⁴⁰ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 32; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 14; ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 35.

b- Yan Edim Yükümlülükleri

“Yan edim yükümlülükleri”, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmeyan yan yükümlerdir. Sözleşmenin kurulmasını etkilemezler. Asli edime bağlı ancak ikinci derecede bir nitelik taşırlar. Asli edimin olmadığı bir sözleşmede yan edim yükümlülükleri de söz konusu olmaz. Genellikle edimin hazırlanmasına, gerçekleşmesine veya güvenliğine ilişkindirler⁴¹.

Asli edim yükümleri, sözleşmenin türüne göre zorunlu unsurları oluşturmakla birlikte, yan edim yükümleri açısından böyle bir sınırlama yoktur ve sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca her türlü şey yan edim olarak belirlenebilir. Kanunen de yan edim yükümlerinin belirlenmesi mümkündür. Örneğin, satım sözleşmesinde satılan malın ölçme, tartma masraflarının karşılanması yan edimdir ve aksine anlaşma yoksa kural olarak bu masrafları satıcı karşılar⁴².

Yan edim yükümlülükleri tarafların anlaşması ve kanunen öngörülmesi dışında dürüstlük kuralından da kaynaklanabilir. Ayrıca, aynen asli edim yükümleri gibi talep ve dava konusu yapılabilirler⁴³.

c- Yan Yükümlülükler

Yan yükümlülükler, “diğer davranış yükümleri” veya “özen gösterme yükümleri” şeklinde de ifade edilebilmektedir. Bunlar, ayrı bir edim değildirler, ifa konusu olamazlar; talep ya da dava edilemezler. Ancak alacaklı bu yan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı zarara uğrarsa bu zararının tazmin edilmesini talep edebilir⁴⁴.

Yan yükümlülükler, ifa hazırlığı gibi ifaya yardımcı yan yükümler olabileceği gibi koruyucu yan yükümler de olabilir. Koruma yükümlülükleri, edim

⁴¹ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 32-33; KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 27; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 12.

⁴² EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 32-33; KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 28; ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 35-37.

⁴³ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 33-37; KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 28; ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 35-37.

⁴⁴ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 37; KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 28; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 12-13; ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 39-41.

yükümlülüklerinden bağımsız bir varlığa sahiptir. Bu yükümlülükler, sözleşme öncesinde, sözleşme sırasında veya sözleşme sonrasında doğabilir. Örnek olarak, tarafların birbirini aydınlatma ve bilgi verme yükümleri koruyucu yan yükümlerdir. Yan yükümlerin dayanağı genellikle dürüstlük kuralıdır⁴⁵.

B- Sözleşme Kavramı, Türleri Ve Sözleşmelerin Kurulması

1- Sözleşme Kavramı

Hukuki işlem, hukuki sonucun ortaya çıkması için irade beyanında bulunması gereken taraf sayısına göre tek taraflı hukuki işlemler ve iki taraflı hukuki işlemler olarak ikiye ayrılır. Sözleşmeler iki taraflı hukuki işlemlerdir⁴⁶. TBK m. 1'e göre "sözleşme", tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulan hukuki işlemdir. Ortaklık ve miras paylaşma sözleşmeleri gibi ikiden fazla taraflı sözleşmeler kurulması mümkün olmakla birlikte esas olan iki taraflı sözleşmelerdir ve mülga 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu (818 sayılı BK)'nın 1. maddesinde taraflardan değil iki taraftan bahsedilmektedir⁴⁷. Konumuz kamu kurum ve kuruluşları ile yüklenici arasında yapılan sözleşmeleri ilgilendirdiğinden açıklamalarımızda iki taraflı sözleşmeleri esas alacağız.

2- Sözleşme Türleri

Sözleşmeler öncelikle "borç doğuran sözleşmeler" ve "diğer sözleşmeler" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁸. Tarafların amacı bir borç ilişkisinin kurulması ise "borç doğuran sözleşme" söz konusu olur. Bununla birlikte, sözleşmenin amacı bir

⁴⁵ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 39-42; KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 29; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 12-14.

⁴⁶ SCHWARZ, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri**, 1. Cilt, İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948, s. 167; AKİPEK, Şebnem/ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Sözleşmeler Rehberi**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin, 2002, s.17-19; EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 200; REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, İstanbul: Beta, 2013, s. 50-51; ZEVLİLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Ankara: Turhan, 2013, s. 1.

⁴⁷ 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu 29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁴⁸ VON TUHR, **Borçlar Hukuku (I-II)**, s. 138; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 44.

borcu doğurmak değil koşullarını değiştirmek, borcu sona erdirmek, borcu nakletmek ya da alacağı devretmek de olabilir⁴⁹.

Borç doğuran sözleşmeler, tarafların sözleşme koşullarını birlikte görüşüp değerlendirmesi neticesinde yapılabileceği gibi, hükümleri bir tarafça belirlenmiş sözleşmenin diğer tarafça kabul edilmesi şeklinde de kurulabilir. İltihaki (katılınan) sözleşmeler ile genel işlem şartları bu ikinci türün örneğini teşkil eder. Bununla birlikte, sözleşme hükümlerinin belli bir makam tarafından belirlenmesi, tarafların ise bu sözleşmeyi imzalaması halinde “tip sözleşme” söz konusu olur⁵⁰.

Borç doğuran sözleşmeler kendi içinde borç altına giren taraf sayısına göre, sözleşmenin kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre ve sözleşme ilişkisinin süresine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. TBK’da düzenlenen sözleşmeler konu bakımından ise, temlik borcu doğuran sözleşmeler, kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, iş görme sözleşmeleri, saklama sözleşmeleri, teminat sözleşmeleri, sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri olarak gruplandırılmaktadır⁵¹.

Sözleşmeler, borç altına giren taraf sayısı bakımından, tek bir tarafın borç altına girdiği “tek tarafa borç yükleyen (tek taraflı) sözleşmeler” ve iki tarafın da borç altına girdiği “iki tarafa borç yükleyen (iki taraflı) sözleşmeler” olarak ikiye ayrılmaktadır. İki taraflı sözleşmelerde, bir tarafın edimi diğer tarafın ediminin karşılığını ifade ediyorsa bu durumda “tam iki taraflı sözleşme” ya da “karşılıklı (*sinallagmatik*) sözleşme”den bahsedilir. Bir taraf daima borç altına girerken diğer tarafın ancak belli koşullar gerçekleştiğinde borç altına girmesi durumunda ise “eksik iki taraflı sözleşme” söz konusu olur⁵².

⁴⁹ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 205; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 44.

⁵⁰ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 214; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 45.

⁵¹ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin, 2014, s. 51-53; AKİPEK/ KÜÇÜKGÜNGÖR, **Sözleşmeler Rehberi**, s. 21-23; ARAL, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Baskı, Ankara: Yetkin, 2010, s. 47-48; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 17-19.

⁵² SCHWARZ, **Borçlar Hukuku Dersleri (I)**, s. 169; EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 210-212; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 45-46; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 153-154.

Sözleşme ilişkisinin kanunda düzenlenmiş olup olmamasına göre ise sözleşmeler “tipik (isimli) sözleşmeler” ve “atipik (isimsiz) sözleşmeler” olarak ikiye ayrılır. “Tipik sözleşmeler” Türk Borçlar Kanunu’nda ismen düzenlenmiş sözleşmelerdir. Ancak, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca taraflar tipik sözleşmelerden birini yapmak zorunda değildirler. Taraflar birden fazla sözleşmenin özelliklerini koruyarak yeni bir sözleşme kurabilirler. Bu tür sözleşmelere “bileşik sözleşme” adı verilmektedir. Tipik sözleşmelerden birden fazlasının çeşitli özellikleri alınarak “karma sözleşme” yaratabilecekleri gibi kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme de düzenleyebilirler⁵³. Kanunda düzenlenmemiş bu tür sözleşmelere “isimsiz sözleşme” adı verilir. Yapılan sözleşme kanuni düzenlemesi bulunan sözleşmelerin unsurlarını taşımıyorsa “kendine özgü (*sui generis*) sözleşme” söz konusudur⁵⁴.

Sözleşme ilişkisinin süresi açısından ise sözleşmeler, “ani ifalı”, “sürekli” ve “ifa ile yapılan sözleşmeler” olarak üçlü incelmeye tabi tutulmaktadır. Ani bir edimi konu edinen borç ilişkisine “ani ifalı sözleşme” adı verilmektedir. Sürekli, aralıklı veya dönemli en az bir edimin söz konusu olduğu borç ilişkisi “sürekli sözleşme” olarak adlandırılmaktadır⁵⁵. Sözleşmenin kurulması ile borcun ifasının aynı anda ortaya çıktığı elden satış gibi sözleşmeler ise “ifa ile yapılan sözleşme” veya “elden sözleşme” olarak ifade edilmektedir⁵⁶.

3- Sözleşmenin Kurulması

TBK’nın 1. maddesi “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” hükmünü içermektedir. Bu ifadeden, sözleşmenin kurulması için iki ya da daha fazla kişinin karşılıklı olarak irade

⁵³ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 207-210; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 150-152; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 22-25; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 16-19.

⁵⁴ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 209; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 46-48; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 152.

⁵⁵ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 213; EREN, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 16.

⁵⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 49.

beyanında bulunması ve bu irade beyanlarının birbirine uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır⁵⁷.

Karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasından kasıt, bir tarafın teklifini diğer tarafın kabul etmesidir. Taraflardan birinin önerisini (icabını) diğer tarafın kabul etmesi ile borçlar hukuku anlamında sözleşme kurulmuş olur⁵⁸.

“Öneri (icap)”, taraflardan birinin teklifini içeren irade beyanıdır; karşılıklı irade beyanlarından daha önce yapılanıdır. Önerinin belli bir veya birkaç kişiye ya da genele yöneltilmesi mümkündür ancak mutlaka yöneltilmesi gerekir. İrade beyanının öneri olarak kabul edilebilmesi için, karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulması yönünde bir istek içermelidir. Ayrıca, sözleşmenin objektif ve subjektif bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır. Teklif sözleşme imzalamaya yönelik değil de sadece müzakerelere başlamaya yönelik ise bu durumda öneri değil “öneriye davet” söz konusudur⁵⁹.

Bir teklifin öneri ya da öneriye davet olması arttırma ve eksiltmelerde önem taşır. Arttırma veya eksiltme, bir kimse ile karşısında yer alan birden fazla şahıs arasında en iyi teklifi yapanla sözleşme kurmak amacıyla yapılan görüşmedir. Baskın görüşe ve TBK’ya göre, arttırma veya eksiltmeyi düzenleyen kişinin bu davranışı öneriye davettir⁶⁰. Arttırmada en yüksek fiyatı, eksiltmede ise en düşük fiyatı veren kişinin teklifini (bu teklif öneri teşkil etmektedir) kabul ettiğinde sözleşme kurulur ve buna “ihale” denir⁶¹. Kural olarak, arttırma veya eksiltmeyi yapan kişi en uygun fiyatı veren kişi ile sözleşme yapmak zorunda değildir ancak aksi kararlaştırılabilir⁶².

⁵⁷ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 200; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 49; REİSOĞLU, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 62-63; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 146.

⁵⁸ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 243; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 50.

⁵⁹ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 243-246; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 51-52; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)**, s. 179-180; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 168-170.

⁶⁰ VON TUHR, **Borçlar Hukuku (I-II)**, s. 177; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)**, s. 183; DEMİRBOĞA, Dursun Ali, **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara: Yetkin, 2013, s. 31.

⁶¹ “**MADDE 275-** Satıcı artırma koşullarında aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamışsa, herkesin katılabileceği isteğe bağlı açık artırmalarda satış sözleşmesi, artırmayı yönetenin en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmuş olur.”

⁶² OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 55-56.

“Kabul” ise, karşı tarafın öneriyi yapana yönelttiği ve öneriye uygun olarak sözleşmeyi kurma arzusu içeren irade beyanıdır. Kabul, sözleşmenin kurulması neticesini doğurur⁶³.

Karşılıklı irade beyanlarının uyuşması sözleşmenin objektif ve sübjektif bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır. “Objektif esaslı noktalar”, sözleşmenin türünü belirleyen noktalardır. Bu noktalar, kurulacak sözleşmenin minimum içeriğini oluşturur. Bu noktalar, sözleşmenin kanuni tanımında yer alan noktalardır. İsimli sözleşmelerde ise, sözleşmenin anlam ve özelliklerinden objektif esaslı noktaları tayin edilir. “Sübjektif esaslı noktalar” ise, tarafların sözleşmeye eklediği esaslı noktalardır. Bunlar aslında yan (ikinci derecedeki) noktalar olmakla birlikte taraflar kendi iradeleriyle bu noktaları esaslı nokta haline getirebilir; bu takdirde sübjektif esaslı nokta adını alırlar. Esaslı noktalar sözleşme kurulurken belirlenmiş ya da en azından daha sonra objektif kriterlere göre belirlenebilir olmalıdır⁶⁴.

Taraflar bütün esaslı noktalarda anlaşmadıkça sözleşme kurulmuş olmaz. Karşılıklı irade beyanlarının objektif ve sübjektif bütün esaslı noktaları kapsamaması gerekir. Taraflarca ikinci derecedeki (yan) noktalardan biri ya da birkaçı sübjektif esaslı nokta haline getirilirse artık bu nokta üzerinde de anlaşılması gerekir, diğer ikinci derecedeki (yan) noktalar gibi görüşülmesi sonraya bırakılamaz⁶⁵.

Yan noktalar da kendi içinde “objektif yan noktalar” ve “sübjektif yan noktalar” olarak ikiye ayrılırlar. Tarafların sözleşme kurulurken üzerinde hiç durmadıkları ve böylelikle kanunda yer alan düzenlemenin uygulandığı noktalar “objektif yan noktalar”dır. Örneğin, ifa yeri ve ifa zamanı konusunda taraflar başkaca anlaşma yapmazlarsa kanunda yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulur. Bu durumda, ifa yeri ve ifa zamanı objektif yan noktadır. “Sübjektif yan noktalar” ise, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında üzerinde konuştukları ancak sübjektif esaslı nokta haline getirmediikleri noktalardır. Tarafların sübjektif yan noktalar üzerinde

⁶³ VON TUHR, **Borçlar Hukuku (I-II)**, s. 182; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 65; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)**, s. 203-204; REİSOĞLU, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 63; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 190.

⁶⁴ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 231-235; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 165-167.

⁶⁵ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 236; REİSOĞLU, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 63-64; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 165-167.

anlaşamamaları sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez. Taraflar yan noktayı görüşmüşler ancak bir karara varamamışlarsa kanuni düzenleme uygulanır. Diğer olasılıkta ise, taraflar yan noktaları görüşmüşler ancak karara varmayı ileriki bir tarihe bırakmış olabilirler. Bu durumda da sözleşme kurulur. Saklı tutulan yan nokta üzerinde sonradan anlaşılırsa sorun kalmaz. Ancak taraflar bu yan nokta üzerinde sonradan da anlaşamazlarsa hâkim, bu konudaki düzenleyici hukuk kuralını uygulamaz; sözleşmenin geneline bakarak işin niteliğine uygun olarak boşluğu doldurur⁶⁶.

4- Sözleşmenin Geçerlilik Şartları

Sözleşmenin geçerli bir sözleşme olması ve hüküm ifade edebilmesi için birtakım şartları haiz olması gerekir. Öncelikle, sözleşmenin tarafları o sözleşmeyi yapmaya ehil olmalıdır. Hukuki işlem ehliyetinin temel koşulu ayırt etme gücüne sahip olmaktır. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın 13. maddesine göre, “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.”⁶⁷. Sözleşmeyi yapacak kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda sözleşmeyi yapma ehliyetini haiz değildir⁶⁸.

Ergin olan ve kısıtlı olmayan ayırt etme gücüne sahip her gerçek kişi sözleşme yapma hususunda tam ehliyetlidir. Tüzel kişilerin ehliyeti ise bunlara özgü kurallara göre tayin olunacaktır. Mülga 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nin⁶⁹ 137. maddesinde bulunan ve 04.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu (Der. K.)'nin⁷⁰ 30. maddesinde dernekler açısından da tekrar edilen “*ultra vires*” ilkesine göre, tüzel kişinin yaptığı işlem kuruluş amacı ile ilişkilendirilebildiği takdirde geçerli, aksi halde batıl sayılır. Doktrinde, sadece belli

⁶⁶ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 237-239; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 166-167.

⁶⁷ 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁶⁸ SCHWARZ, **Borçlar Hukuku Dersleri (I)**, s. 182 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 81.

⁶⁹ 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁷⁰ 04.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu 23.11.2004 tarihli ve 25649 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

nitelikleri haiz gerçek kişiler ya da kamu veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılmasına izin verilen işlemler için de diğer gerçek veya tüzel kişilerin ehliyetsiz olması gerektiği belirtilmektedir⁷¹.

Sözleşmeyi yapan kişinin hukuki işlem ehliyetinin bulunmasının yanında, sözleşmenin konusuna ilişkin de birtakım sınırlar mevcuttur. İlk olarak, sözleşmenin konusu emredici hukuk kurallarına aykırı olmamalıdır. Bazı hükümler aksinin kararlaştırılamayacağı yönünde ibare içerebilir; bu durumda, emredici hüküm olduğu lafzından anlaşılabilir. Bu yönde bir ibarenin bulunmadığı durumlarda ise, maddenin amacından hareket etmek gerekir. Toplumsal menfaatleri ve bireylerin kişilik haklarını korumayı amaçlayan hükümler emredici hükümlerdir. Sosyo-ekonomik açıdan güçsüz durumda olan kimseleri –örneğin, işçileri ve tüketicileri- koruyan hükümler de nisbi emredici nitelik taşırlar. Yani, işçi ya da tüketici lehine değiştirilebilir ancak aleyhine olarak anlaşma konusu yapılamaz⁷².

İkinci olarak, sözleşmeler kamu düzenine aykırı olmamalıdır. Sözleşmenin konusu kamu düzenine aykırı ise, aslında emredici hukuk kurallarına da aykırılık teşkil eder ve bu husus, sözleşmeyi batıl hale getirir⁷³.

Üçüncü olarak, sözleşmenin konusu kişilik haklarına aykırılık teşkil etmemelidir. Bu durumda da aslında dolaylı olarak emredici hükümlere aykırılık söz konusudur. Kişilerin hukuki işlem ehliyetini sınırlandıran ya da çok uzun süre bağlayıcı sözleşmeler kişilik haklarına aykırı, dolayısıyla geçersiz sayılabilmektedir⁷⁴.

Sözleşmenin konusunu sınırlandıran dördüncü bir husus ise ahlâk kurallarıdır. Bu ahlak kuralı bir hüküm ile kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş ise bu durumda zaten emredici bir hüküm söz konusu olacaktır ve emredici hukuk kurallarına

⁷¹ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 82; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 101.

⁷² EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 317-323; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)**, s. 532-544; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 83-84; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 101.

⁷³ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 85; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)**, s. 544-550; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 102.

⁷⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 86; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)**, s. 550; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 102.

aykırılık kapsamında sözleşme konusunu sınırlandıracaktır. Bununla birlikte, herhangi bir kanuni düzenlenmede yer almasa da tek bir bireyin ahlâk anlayışını yansıtan değil ancak toplumun geneli tarafından kabul edilmiş ahlâk kurallarına aykırı sözleşmeler hükümsüz olur⁷⁵.

Sözleşmenin konusu ile ilgili bir başka sınırlandırma ise, sözleşme konusunun imkânsız olmamasıdır. Sözleşme kurulurken sözleşmede yer alan edimlerden birisi imkânsız ise, sözleşme hüküm ifade etmez. Bu imkânsızlığın fiili ya da hukuki bir imkânsızlık olması mümkündür. Önemli olan husus, bu imkânsızlığın başlangıçta yani sözleşme kurulurken var olmasıdır, sonradan ortaya çıkan imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, ifa edilememe sonucu doğurabilir. Başlangıçta imkânsız olan edimin daha sonra mümkün hale gelmesi sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Ancak, taraflar edimin başlangıçta imkânsız olduğunu bilerek, daha sonra mümkün hale geleceği düşüncesi ile sözleşme yapmış ise, bu durumda sözleşme geçerlidir. İmkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğine etki edebilmesi için objektif bir imkânsızlık olması gerekir. Edimin sadece borcu yüklenen kişi açısından imkânsız olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, sözleşmenin geçersiz olması için konusunun herkes açısından imkânsız olması gerekir⁷⁶.

Bunlarla birlikte, irade beyanlarının sağlıklı olması gerekmektedir. İrade beyanındaki sakatlığın iki sebebi olabilir. Birincisi, irade beyanı içsel iradeye uymayabilir. İkincisi ise, içsel irade sakat olarak doğabilir. Beyanın içsel iradeye uymaması üç şekilde görülebilir. İlki, irade beyanında bulunan kişinin bilerek ve isteyerek arzusuna uygun olmayan bir beyanda bulunmasıdır. Bu durumda bir “zihni kayıt” veya bir “latife beyanı” söz konusudur. “Zihni kayıt”, bir kişinin aslında istemediği bir beyanı bilerek yapmışsa, örneğin reddetmek istediği bir teklife ilişkin olarak kabul beyanında bulunmuşsa söz konusu olur. Zihni kayıta bulunan kişi bu beyanı bilerek yaptığı için yanıltma hükümlerinden yararlanamaz. “Latife beyanı” ise, bir kişinin aslında hukuki bir sonuç doğurmasını istememesine rağmen karşı tarafın ciddiye almayacağını düşünerek öneri veya kabul beyanında bulunması halinde

⁷⁵ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 323-327; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 86-89; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 550-563.

⁷⁶ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 327-331; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 89-91; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 578; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 101.

gündeme gelir. Latife beyanının sonuç doğurup doğurmaması konusunda karşı tarafın algısı önem arz eder. Eğer karşı taraf bu beyanın ciddi olmadığını anlayabilecek durumda ise beyan hukuki sonuç doğurmaz. Aksi takdirde, yani karşı taraf bu beyanı ciddiye almış ve ciddiye almakta haklı ise, beyan hukuken sonuç doğurur. Beyanda bulunan kişi bu durumda ancak yanlış hükümlerinden faydalanabilir⁷⁷.

Beyanın içsel iradeye uymamasının ikinci görünüm şekli “beyan hatası”dır. Beyan hatasında, irade beyanı istemsiz bir şekilde arzuya uymamaktadır. Kişi burada açıklamada yanlışlanmaktadır ve yanlış hükümlerine göre sözleşmeyi iptal edebilir. Üçüncü görünüm şekli ise, iki tarafın birlikte yanlışlanmaya düşmesidir. Bu durumda sözleşme, dışarıya yanlış olarak yansıyan irade beyanlarına göre değil tarafların arzularına, içsel iradelerine göre yorumlanır⁷⁸.

İrade beyanını sakatlayan ikinci durum ise, içsel iradenin sakat olarak doğmasıdır. Bu durumda, irade beyanı yanlışlanma, aldatma veya korkutma sonucu oluşmuş bir iradeyi içerir⁷⁹. Yanlışlanma TBK’nın 30-35. maddelerinde, aldatma 36. maddesinde, korkutma ise 37-38. maddelerinde düzenlenmektedir. TBK’nın 39. maddesinde ise, irade sakatlığının sözleşme üzerindeki etkisi ortaya konmuştur. 39. maddeye göre, *“Yanlışlanma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanlışlanma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.”* Bu ifadeden anlaşılacağı üzere, yanlışlanma, aldatma ya da korkutma sebebiyle irade beyanında bulunan tarafın, yanlışlandığını ya da aldatıldığını anladığı tarihten itibaren ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilme hakkı vardır.

Son olarak, geçerli bir irade beyanından bahsedebilmek için bu irade beyanının muvazaalı olmaması gerekir. “Muvazaa” sözleşmenin taraflarının sözleşmenin

⁷⁷ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 346-349; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 92-93; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 343-344.

⁷⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 93.

⁷⁹ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 377 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 342; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 9

hüküm doğurmaması ya da olduğundan başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması konusunda anlaşmalarıdır. Eğer sözleşme üçüncü kişilere karşı varmış ve hükümlerini doğuruyormuş gibi görünmesine rağmen taraflar arasında hüküm doğurmuyorsa “basit muvazaa”; taraflar arasında başka bir sözleşmenin hükümlerini doğuruyorsa “nitelikli muvazaa” söz konusudur. Muvazaanın sözleşmenin tamamını kapsaması durumunda “tam muvazaa”, bir kısmını ilgilendirmesi durumunda “kısmi muvazaa”dan bahsedilir. Basit muvazaanın söz konusu olduğu hallerde, muvazaalı sözleşme hüküm doğurmaz. Nitelikli muvazaanın söz konusu olduğu hallerde ise, gizlenen sözleşme geçerlilik şartlarını haiz ise muvazaadan etkilenmez, geçerli bir sözleşmenin sonuçlarını doğurur⁸⁰.

Kural olarak, irade beyanlarının açıklanmasında bir şekle uyma zorunluluğu yoktur. Sözleşmelerde şekil serbestisi ilkesi uyarınca, kanunda aksi belirtilmedikçe sözleşmeler hiçbir şekle bağlı olmaksızın yapılabilirler⁸¹. Bu husus TBK m. 12’de *“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, kanunda bir şekil şartı getirilmesi mümkündür. Şekil şartları, geçerlilik şartı ya da ispat şartı olabilir. Belli değer üstündeki hukuki işlemlerin senetle ispat edilmesi ispat şekline örnektir. Bu durumda, getirilen şekil şartının geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğunun tespiti önem taşır. TBK m. 12/2 uyarınca *“Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”* Kanunen şekle tabi olmayan bir sözleşme için tarafların bir şekil belirlemesi mümkündür. Bu durumda, belirlenen şekle uygun olarak yapılmayan sözleşme taraflar açısından bağlayıcı olmaz (TBK m. 17/1)⁸².

TBK’da sözleşmeler için iki şekil öngörülmektedir. Bunlardan ilki “adi yazılı şekil”, ikincisi ise “resmi şekil”dir. “Adi yazılı şekil”, tarafların tamamının ya da birisinin beyanını yazılı olarak ifade etmesi ve imzalaması ile oluşur. Adi yazılı

⁸⁰ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 349-358; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 345-350; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 130-135; REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 104-111; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 102.

⁸¹ SCHWARZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (I)*, s. 243; EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 264; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 270; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 15.

⁸² EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 268-270; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 272-273; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 141-142.

şekilde düzenlenen bu belgeye “adi senet” adı verilmektedir⁸³. “Resmi şekil” ise, tarafların irade beyanlarının kanunda belirtilen usule uygun olarak resmi memurca düzenlenen belgede açıklanması ile oluşur. Bu belgeye ise “resmi senet” adı verilir⁸⁴. 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu⁸⁵ m. 60’a göre “*yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek*” noterlerin görevleri arasındadır. Ancak 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu⁸⁶’nın 26. maddesinin “*Mülkiyete, mülkiyetin gayrı ayni haklara ve müşterek bir arzun hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakilen istimalle elverişli bir bölümünden münhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.*” hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetinin devri ve sınırlı ayni hak tesisine ilişkin sözleşmeler resmi şekle tabidir ve bu senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerince düzenlenir.

C- İfa Kavramı

1- Tanım

“İfa” kavramı TBK’da tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde sözleşme ile borçlanılan edimin tam olarak ve doğru bir biçimde yerine getirilmesi olarak tanımlanmaktadır. İfa aslında borcun amacıdır çünkü bütün borç ilişkileri ifa edilmek amacıyla kurulmaktadır. İfa, edim fiilinin ya da edim sonucunun yerine getirilmesi şeklinde görülebilmektedir. Dar anlamda borç ilişkisi ifa ile sona ererken, geniş anlamda borç ilişkisi bütün dar anlamda borçların ifası ile sona erer. Tek bir edimi içeren borç ilişkileri ise, bu tek bir edimin ifa edilmesi ile sona erer. Benzer şekilde,

⁸³ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 273; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 276; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 144.

⁸⁴ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 283; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I)*, s. 276-277; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 153.

⁸⁵ 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu 05.02.1972 tarihli ve 14090 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁸⁶ 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu 29.12.1934 tarihli ve 2892 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

birden fazla edimin söz konusu olduğu borç ilişkilerinde borçlu edimlerin tamamını tek bir anda yerine getirirse, bu durumda da sadece ilgili borç değil borç ilişkisinin tümü edimlerin ifasıyla sona ermiş olacaktır. Para borçlarının yerine getirilmesi için “ödeme (tediye)” terimi tercih edilirken, diğer edimlerin yerine getirilmesi için “ifa” terimi kullanılmaktadır. TBK’da yer alan ifa hükümleri düzenleyici nitelik taşımakta, yani diğer bir ifadeyle emredici olmayıp tarafların farklı bir düzenleme getirmelerine olanak tanımaktadır. Bu hükümler, ancak tarafların sözleşmede aksine bir hüküm getirmemiş oldukları ve işin niteliğinin farklı bir uygulama gerektirmediği durumlarda uygulama alanı bulur⁸⁷.

2- İfanın Hukuki Niteliği

Edimin ifasının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bu görüşlerden en çok savunulan üçü, genel sözleşme görüşü, maddi fiil görüşü ve sınırlı sözleşme görüşüdür.

Genel sözleşme görüşüne göre, ifa hukuki niteliği açısından bir sözleşmedir; ifa sözleşmesidir. Borçlu yüklendiği edimi yerine getirmek için alacaklıya bir öneride bulunur ve alacaklı bu öneriyi kabul ettiği anda ifa sözleşmesi kurulur. Bu sözleşmede de tarafların iradelerinin birbirine uygun olması gerekir. Bu görüş, ifanın iki unsurunun bulunduğunu ve taraf iradelerinin bu iki unsur konusunda uyuşması gerektiğini ileri sürer. İfanın ilk unsuru maddi unsurdur ve edim bölümünde açıkladığımız verme, yapma veya yapmama davranışını ifade eder. İkinci unsur ise akdi unsurdur. Bu unsur, maddi unsur yerine getirilirken tarafların borcun sona ermesi konusunda birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıyla anlaşmasını ifa eder. Bu görüşe göre, ifa bir sözleşme olduğu için her iki tarafın fiil ehliyetine, alacak hakkı üzerinde tasarruf ettiği için alacaklının ayrıca tasarruf ehliyetine sahip olması gerekmektedir. TBK’da ifanın bir sözleşme olduğu yönünde herhangi bir hüküm bulunmadığından bu görüşün Türk hukuku açısından geçerliliği yoktur⁸⁸.

İkinci görüş, maddi fiil görüşüdür ve ifanın borcu sona erdiren maddi bir fiilden ibaret olduğunu ileri sürmektedir. Edim fiilinin borca uygun olması borcu

⁸⁷ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 906-908; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 257.

⁸⁸ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 908-909.

sona erdirir. Bu görüşe göre, ifa hukuki bir işlem olmadığı ve sözleşme niteliği taşımadığı için alacaklı ve borçlunun fiil yerine getirilirken aynı zamanda borcun sona ermesi konusunda anlaşmalarına gerek yoktur. Ayrıca, fiil ve tasarruf ehliyetini haiz olmaları da aranmaz. Ancak, elbette taşınmaz mülkiyetinin devri gibi bazı borçların ifası hukuki işlem yapılmasını ve dolayısıyla tarafların fiil ehliyeti sahip olmalarını zorunlu kılar. Maddi fiil görüşüne göre, bu durumda dahi hukuki işlem, edim fiilinin bir parçasıdır ve ayrı bir işlem veya sözleşme teşkil etmez. Bu görüş içinde bazı yazarlar, borçlunun ifa sebebiyle hareket etmesi gerektiğini savunmakla birlikte her halükarda tarafların ifa sebebi üzerinde anlaşması aranmamaktadır⁸⁹.

Üçüncü ve son görüş ise, Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim görüş olan sınırlı sözleşme görüşüdür. Bu görüşe göre, ifa bazı hallerde sadece maddi bir fiilden ibaret iken bazı hallerde ise, bir hukuki işleme, bir tasarruf işlemine ihtiyaç duymaktadır. İkinci ihtimalde ifa, bir sözleşme ile ortaya çıkmaktadır. Ancak bu halde dahi, ifanın ifa sözleşmesi olduğu söylenemez; bu durum, ifanın bir sözleşme ile gerçekleştirildiği anlamına gelir. İfa, sadece maddi bir fiilden ibaretse borçlunun ifa iradesiyle, alacaklının da kabul iradesiyle hareket etmesine gerek yoktur. Alacaklının bu maddi fiili borçlunun borcunu yerine getirmek için yaptığı bilmesi ve anlaması yeterlidir. Maddi fiil ile yerine getirilen ifade alacaklı ve borçlunun fiil ehliyetine sahip olması aranmaz. Ancak, ifa hukuki bir işlemle yerine getirilmekte ise, taraflar ifa sebebi konusunda anlaşmalıdırlar ve borçlu edimi ifa ederken ifa kastıyla hareket etmelidir. Hukuki işlem içeren ifalarda, borçlu ve alacaklı fiil ve tasarruf ehliyetini haiz olmalıdır. Fakat borçlu ifayı alacaklıya değil de üçüncü kişiye yapacaksa bu durumda alacaklının fiil ehliyetine sahip olması zorunlu değildir; üçüncü kişinin fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığına bakılır. Aynı şekilde, ifa tek taraflı hukuki işlem içeriyorsa alacaklının fiil ehliyetini haiz olması gerekmez⁹⁰.

3- İfada Borçlunun Rolü

TBK'nın 83. maddesine göre “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*”. Bu kural, “ifanın gayri şahsiliği ilkesi” olarak adlandırılmakta ve yedek hukuk kuralı niteliği taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, borçlu ifayı bizzat yerine

⁸⁹ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 909-910.

⁹⁰ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 910-914.

getirmek zorunda değildir. Taraflar borcun bizzat borçlu tarafından ifa edileceğini kendi aralarında kararlaştırabilirler. Fakat borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunuyorsa, bu durum ifanın gayrı şahsiliği ilkesinin bir istisnasını oluşturur ve borçluyu borcu şahsen ifa etmekle yükümlü kılar⁹¹.

Alacaklının borçlunun bizzat ifasında menfaati olup olmadığı araştırılırken bu menfaatin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olmasına dikkat edilmelidir. Borçlar Kanunu'nda hizmet⁹², eser⁹³ ve vekâlet⁹⁴ sözleşmelerinde bizzat borçlu tarafından ifa zorunluluğu getirmektedir. Yapma borçlarında borçlunun kişisel özellikleri –örneğin, bilgisi, yeteneği veya tecrübesi- önem arz ediyorsa edimi bizzat ifa etmek zorundadır. Borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşııyorsa, ifa bir başkasına bırakılabilir. Öte yandan, yapmama borçlarında borçlu ifayı bizzat yerine getirmek zorundadır; ifayı hiçbir koşulda bir başkasına bırakamaz⁹⁵.

Borçlunun bizzat ifa ile yükümlü olduğu hallerde yerine birini geçirmesi mümkün değildir. Ancak bu halde dahi, kendi yönetimi altında yardımcı olarak birisini görevlendirmesi mümkün olabilir. Bunun için her borç ilişkisinde işin özelliklerine bakmak gerekir. Örneğin, bir cerrah ameliyat sırasında hemşire, mühendis ev yapımı sırasında işçi görevlendirebilir. Cerrah ve mühendis ifayı bizzat yerine getirmekle birlikte, işin niteliği yardımcı görevlendirmesini zorunlu kılmaktadır. Ancak, bizzat bir elbise dikmeyi üstlenen terzi, yardımcı kullanamaz⁹⁶.

Öte yandan, edimin borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesinin alacaklı açısından önemsiz olduğu hallerde, borçlu yerine üçüncü bir kişi edimi ifa edebilir. İfa hukuki işlem yapılmasını gerektiriyorsa bu durumda, üçüncü kişi temsil yetkisini haiz olmalıdır. Öte yandan, ifa sadece maddi bir fiil ise, borçlunun haberi olmaksızın üçüncü bir kişinin borcu ifa etmesi halinde, borçlu daha sonra ifayı

⁹¹ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 924.

⁹² “**Madde 395-** Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.”

⁹³ “**Madde 471/3-** Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”

⁹⁴ “**Madde 506-** Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.”

⁹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 258-259.

⁹⁶ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 925-926; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 258-259.

onamasa dahi ifa geçerli kabul edilmekte ve bu durum, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin temsil ilişkisi olmadığını göstermektedir. TBK m. 83, borçlunun ifa için üçüncü bir kişiyi görevlendirmesine izin vermekte ancak üçüncü bir kişinin borçlunun haberi olmaksızın borcu yerine getirip getiremeyeceği konusunda sessiz kalmaktadır. Alman doktrinde üçüncü kişinin ifasının borçlunun rızasına bağlı olmadığı ifade edilmekte ve bunun Türk hukuku açısından da geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Hatta borçlunun alacaklıya üçüncü kişinin ifasına razı olmadığını bildirmesine rağmen alacaklı ifayı kabul ederse borç sona erer. Ancak, alacaklı bu durumda ifayı reddederse, alacaklı temerrüdüne düşmez. Üçüncü kişinin borçlunun rızası ile edimi ifa ettiği durumlarda üçüncü kişi ifa yardımcısı olur ve ifa sırasında verilen zarardan borçlu sorumlu olur. Üçüncü kişi, borçlunun haberi ya da rızası olmadan edimi ifa ederse, bu durumda ifa sırasında verdiği zarardan kendisi sorumlu olur⁹⁷.

İfa ile ilgili olarak doktrinde tartışmalı olan diğer bir husus ise, borçlunun eylem veya işleminin ifa olarak kabul edilebilmesi için borçlunun ifa maksadı ile hareket etmesinin gerekip gerekmediğidir. Bir görüşe göre, ifa iki unsurdan oluşur. Bunlardan biri maddi fiil, diğeri ise hukuki işlemdir. Bu sebeple, borçlu ile alacaklının gerçekleştirilen fiilin ifa olduğu konusunda anlaşması gerekir. Diğer bir ifadeyle, ifa aslında her zaman bir sözleşmedir⁹⁸.

Diğer bir görüşe göre, ifa maddi bir fiildir. Hukuki işlemle ifanın gerçekleştiği durumlarda, bu hukuki işlem ifanın unsuru değil, maddi fiilin ortaya çıkmasını sağlayan bir araçtır. İfa maddi bir fiil olduğundan dolayı, borçlu ile alacaklının bu konuda anlaşmasına gerek yoktur⁹⁹.

Üçüncü görüş ise, bu konuda genel bir kural getirilemeyeceğini, bazı edimlerin yalnızca maddi fiille, bazı edimlerin ise maddi fiil ve hukuki işlemin bir arada gerçekleştirilmesiyle ifa edileceğini savunmaktadır¹⁰⁰.

⁹⁷ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 926-928; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 259-261.

⁹⁸ TUNÇOMAĞ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 664-665.

⁹⁹ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 760-761.

¹⁰⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 262.

İfanın hukuki işlem şeklinde ortaya çıkması halinde borçlunun ifa kastı ile hareket etmesi gerekeceği için fiil ehliyeti önem kazanacaktır. TMK'nın 9. maddesine göre, fiil ehliyeti kişinin kendi fiili ile hak edinebilmesi ve borç altına girebilmesidir. Fiil ehliyetinin şartları TMK m. 10 ve m. 14'te belirtilmiştir. Buna göre, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır (TMK m. 10). Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur (TMK m. 14). “Ayırt etme gücü”, kişinin akla uygun, makul bir şekilde hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme yeteneğidir¹⁰¹. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebepler akla uygun biçimde davranma yeteneğini ortadan kaldırıyor ise, kişinin ayırt etme gücü yoktur (TMK m. 13). Yani, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve –uyurgezerlik, uyuşturucu madde etkisi gibi- diğer sebepler kişinin akla uygun davranma yeteneğini etkilediği takdirde ayırt etme gücünü kaldırır. Akla uygun davranma yeteneğini etkilemediği durumda, kişinin ayırt etme gücü vardır. Buradan hareketle, ayırt etme gücünün nispi bir kavram olduğu ve her olayda, somut olayın koşullarına göre tespit edilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak, ayırt etme gücünün var olduğu karine olarak kabul edilir; yokluğunu iddia eden bu iddiasını ispatla yükümlüdür¹⁰².

Fiil ehliyetine sahip olmanın ikinci koşulu ise, ergin olmaktır. “Erginlik”, belli bir yaşta olmak ya da yasal olarak o yaşa gelmiş sayılmaktır. Erginlik, yasal olarak 18 yaşın doldurulmasıyla, evlenmeyle ya da hâkim kararıyla kazai olarak kazanılabilir¹⁰³. Diğer ve son koşul ise, kısıtlı olmamaktır. Kısıtlama sebepleri “*numerus clausus*” yani sınırlı sayıda olup TMK m. 405 ile m. 408 arasında düzenlenmiştir. Bu sebepler, “akıl hastalığı ve akıl zayıflığı (TMK m. 405)”; “savurganlık, alkol ya da uyuşturucu madde alışkanlığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim (TMK m. 406)”; “bir yıl ya da daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet (TMK m. 407)”; “ilgilinin talebi (TMK m. 408)” olarak sayılmıştır ve kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir¹⁰⁴.

¹⁰¹ DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz, 2014, s. 57.

¹⁰² DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 57-61; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, İstanbul: Filiz, 2014, s. 52-63.

¹⁰³ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 52-57; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 63-69.

¹⁰⁴ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 62-64; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 69-72.

İfa yapıldığı sırada borçlu ayırt etme gücünü haiz değilse, hukuki işlem hükümsüzdür ve edim ifa edilmiş olmaz. İfa sırasında borçlunun küçük veya kısıtlı olması ihtimalinde ise, ifanın geçerliliği borçlunun kanuni temsilcisinin izin vermiş veya onay verecek olmasına bağlıdır. İzin veya onay koşulu gerçekleşmez ise, hukuki işlem hükümsüzdür ve edim ifa edilmiş sayılmaz¹⁰⁵.

Hukuki işlem –örneğin, mülkiyetin nakli gibi- tasarruf işlemi niteliği de taşıyorsa, bu durumda borçlunun tasarruf yetkisini de haiz olması gerekir. “Tasarruf ehliyeti”, fiil ehliyetinin özel bir türüdür¹⁰⁶. “Tasarruf yetkisi” ise, tasarruf ehliyetinden farklı bir kavram olup, kişinin hukuken bir hukuki işlemi yapabilip yapamayacağını değil fakat işleme konu olan şeye doğrudan etki edebilip edemeyeceğini açıklar. Tasarruf ehliyetinin yokluğu hukuki işlemin geçersiz olması sonucunu doğurur. Tasarruf yetkisinin bulunmaması ise, hukuki işlemi geçersiz kılmaz, borçlu borcunu yerine getirememenin sonuçlarına katlanır¹⁰⁷. Tasarruf yetkisi eksikliği, borçlunun o hakka sahip olmamasından ya da o hakkının kısıtlanmış olmasından kaynaklanabilir¹⁰⁸.

4- İfada Alacaklının Rolü

Edimin kural olarak doğrudan alacaklıya ya da alacaklının yetkili kıldığı üçüncü bir kişiye ifa edilmesi gerekir. Aksi takdirde borç sona ermez. Ancak Kanun, bazı hallerde alacaklının rızasına bağlı olmadan üçüncü kişiye edimin ifasını kabul etmiş, bazı hallerde ise edimin üçüncü bir kişiye ifasını zorunlu kılmıştır¹⁰⁹.

Kural olarak edimin ifasına alacaklının katılması gerekmez. Hatta yapmama borçları gibi birtakım borçlarda alacaklının katılımı olmaksızın borç ifa edilebilir. Fakat verme ve yapma borçlarının büyük bir kısmında edimin ifası için alacaklının ifaya imkân sağlaması ya da –fiilen ya da hukuki bir işlemle- katılması gerekir. Alacaklının ifaya katılmadığı durumlarda, alacaklının ehliyet durumu ifanın geçerliliğine etki etmez iken, alacaklının ifaya katıldığı durumlarda fiil ehliyetini ve

¹⁰⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 263-264; REİSOĞLU, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 291.

¹⁰⁶ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 50.

¹⁰⁷ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 50-51.

¹⁰⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 264.

¹⁰⁹ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 934; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 273.

alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisini haiz olması gerekir. Tam ehliyetsiz alacaklıya yapılan ifa hükümsüzdür. Alacaklı ayırt etme gücü olan küçük veya kısıtlı ise, kanuni temsilcisinin izin veya onayı olmaksızın yapılan ifa yine hükümsüzdür. İfa sırasında borçlunun bu ehliyetsizlik durumunu bilmemesi sonucu etkilemez. Alacaklının alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı durumlarda da alacaklıya yapılan ifa, borçluyu borçtan kurtarmaz¹¹⁰.

Alacaklının temsil yetkisi vererek havale yaparak ya da poliçe veya çek keşide ederek üçüncü kişiyi yetkili kıldığı hallerde ifanın üçüncü kişiye yapılması gerekir. Ayrıca, alacaklı temerrüde düşmüş ise ya da borçluyu icra yoluyla takip etmekte ise ifa alacaklıdan başkasına yapılabilir. Alacağın başkasına devredildiğinden haberdar olmayan borçlunun önceki alacaklıya yapacağı ifa da borçluyu borcundan kurtarır. Alacaklının arzusunun ifanın üçüncü kişiye yapılması yönünde olan üçüncü kişi yararına sözleşme gibi hallerde ve kanun gereği olarak, kocanın aile görevlerini ihmal etmesi halinde, alacaklının tasarruf yetkisinin kısıtlandığı hallerde ve asıl alacak üzerinde üçüncü kişinin intifa hakkı olduğu hallerde edimin alacaklıdan başkasına yapılması zorunludur¹¹¹.

5- İfanın Konusu

Borçlar hukuku alanında “ifanın edime uygun olma prensibi” hâkimdir. Yani, kural olarak, borçlu alacaklıya neyi borçlanmış ise edim olarak onu ifa etmek zorundadır. Bu prensip, borçlunun edim konusundan başka bir şey ifa etmesine engel olurken alacaklının da edimden başka bir şeyin ifasını kabul etmemesine olanak sağlar. Ancak, taraflar anlaşarak edim konusunu değiştirebilir ve ifanın değiştirilen bu şeyle yapılmasını mümkün kılabilirler¹¹².

Edim sözleşmeden belirlenebileceği gibi edimi belirleme yetkisi borçluya, alacaklıya ya da üçüncü bir kişiye de bırakılabilir. Bu yetkinin alacaklı veya üçüncü kişiye bırakıldığı durumlarda, yetki ancak borçlunun kişilik haklarıyla sınırlı olarak

¹¹⁰ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 934-936; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 274-276; REİSOĞLU, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 291-292.

¹¹¹ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 936-938; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 276-280.

¹¹² EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 914; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 280-281.

kullanılabilir. Borcun konusu bir parça borcu ya da çeşit borcu olabilir. Parça borcunda, borçlu belirlenen şeyden başkasıyla ifade bulunamaz. Öngörülen parçadan başka bir parça teslim edildiğinde “yanlış ifa” söz konusu olur. Çeşit borçlarında ise, ancak borçlanılan türden bir şey ile borç ifa edilebilir. Kural olarak, çeşit borçlarında edimi seçme yetkisi borçluda olup borçlu ortalama nitelikten daha düşük bir şey seçemez. Başka türden bir şey ifa edilirse “yanlış ifa” söz konusu olur, borç sona ermez¹¹³.

Kural, borçlunun borçlandığı edimi ifa ederek borcu sona erdirmesi olsa da istisnai bazı hallerde borçlu borçlandığından başka bir şey ifa ederek borcundan kurtulabilir. Tarafların başka bir şeyin ifası ile borcun sona ermesi konusunda anlaşılırsa, bu durumda o şey yani yeni edim ifa edildiğinde borç sona erer. Tarafların ifa esnasında anlaşmaları neticesinde ilk başta kararlaştırılan edimden başka bir şeyin ifasına “ifa yerini tutan eda” denmektedir. İfa anından önce taraflar anlaşarak ifa konusunu değiştirmişlerse bu durumda ifa yerini tutan eda değil, edimi değiştiren yeni bir sözleşme söz konusudur. Eğer, edimi değiştirmek tarafların anlaşması ile değil borçlunun tek taraflı iradesi ile mümkün olabiliyorsa, bu durumda borçluya “edimi değiştirme yetkisi” tanınmış olmaktadır. Borçlunun edimi ifa etmek yerine, alacaklıya kendisinin bir alacağını devretmesi durumunda ise “ifa yerini tutan devir (temlik)” söz konusu olur. Böyle bir alacak devri çoğunlukla para borcunun ifası için yapıldığından “ödeme uğruna devir” de denmektedir¹¹⁴.

İfa yerini tutan eda ile ifa yerini tutan devir, “ifaya yönelik eda” ve “ifaya yönelik devir” ile karıştırılmamalıdır. İfaya yönelik devirden bahsedebilmek için borçlunun ifa amacıyla alacaklıya bir şey vermesi, alacaklının ise bunu paraya çevirerek alacağını elde etmesi söz konusu olmalıdır. Verilen şeyin paraya çevrilmesinden önce borçlu asıl edimi ifa ederse, alacaklı paraya çevirmek üzere aldığı şeyi iade etmekle yükümlüdür. İfa yerini tutan edada, verilen şey verildiği anda borç sona ererken ifaya yönelik edada borç, alacaklının verilen şeyi paraya çevirdiği ve alacağını karşıladığı oranda sona erer. İfa yerini tutan edada, verilen şeyin değeri asıl edimden düşük/fazla olsa bile alacaklı kabul ettiği anda borç sona erer; eksik olduğu takdirde alacaklı tamamlanmasını, fazla olduğunda ise borçlu

¹¹³ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 914-916.

¹¹⁴ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 917-918; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 281-282.

fazlasının iadesini isteyemez. İfaya yönelik edada ise verilen şey paraya çevrilince alacaklının elde ettiği değer oranında borç sona erer. Alacaklı alacağı eksik kaldığı takdirde tamamlanmasını, borçlu ise para çevrildiğinde fazla değer ortaya çıkarsa fazla kısmın iadesini talep edebilir. Tarafların hangisi konusunda anlaşmışları hususunda bir açıklık bulunmuyorsa, ifa yerini tutan eda konusunda anlaşmışlarını kabul etmek gerekir¹¹⁵.

Kural olarak borçlu, borçlu olduğu edimi bütün olarak ifa etmek zorundadır. Zaten, edim niteliği itibariyle bölünmeye elverişli değilse, kısmen ifa edilmesi mümkün değildir, bütünüyle ifa edilmek zorundadır. Bölünmeye elverişlilik, niteliğinde ve değerinde azalma ve değişiklik olmaksızın parçalara ayrılabilme halinde söz konusudur. Ancak, edim bölünmeye elverişli olsa dahi alacaklı kısmi ifayı kabule mecbur değildir. Bu husus TBK m. 84/1’de “*Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir.*” şeklinde ifade edilmektedir¹¹⁶.

Kısmi ifa konusunda önem arz eden bir nokta da bir borca konu olan birden çok şeyin tek bir borç mu yoksa birden çok borç mu teşkil ettiğidir. Tarafların bu konuda ortak bir fikri söz konusu ise, bu ortak iradeye göre hareket edilir. Tarafların ortak bir fikri olmadığı durumda ise, edimi oluşturan şeylerin ekonomik fonksiyonuna bakılarak yorum yapılır. Ekonomik açıdan bütün teşkil ettikleri sonucuna ulaşırsa tek bir edim, bütün teşkil etmedikleri sonucuna varılırsa ayrı ayrı edimler söz konusu olur. Birden fazla edim söz konusu olduğunda bunların ayrı ayrı ifa edilmesi mümkündür. Doktrindeki bir görüşe göre, bu durumda kısmi ifa söz konusu olmaz¹¹⁷. Diğer görüş ise, edimlerin ayrı ayrı ifasının, tek bir borcun kısmi ifaları olduğunu ve bu kısmi ifanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁸.

Kural olarak, borçlu alacaklı kabul etmediği sürece kısmi ifada bulunamaz ise de alacaklı borçludan ifayı kısmen yerine getirmesini talep edebilir. Borçlu bu isteme

¹¹⁵ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 918-919; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 282-284.

¹¹⁶ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 919; OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 284-285.

¹¹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 285-286.

¹¹⁸ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 920.

rağmen edimi tamamıyla da ifa edebilir. Alacaklı tam ifayı kabul etmediği takdirde alacaklı temerrüdüne düşer¹¹⁹.

Kural alacaklının kısmi ifayı kabul etmek zorunda olmadığı yönünde ise de şu altı durumda alacaklı kısmi ifayı kabule mecburdur. Birincisi, tarafların bu konuda önceden anlaşmış olmaları durumudur. İkincisi, edimin niteliği gereği tek bir defada ifa edilmesi mümkün değilse alacaklı kısmi ifaları kabul etmek zorundadır. Üçüncüsü, borç taksitlere bağlanmış ve henüz taksitlerin tamamı muaccel olmamış ise, alacaklı muaccel olmuş taksitleri kabule mecburdur. Dördüncü olarak, öğretide borcun bir kısmının tartışmalı olduğu hallerde borçlu tartışmasız kısmı ifa ettiğinde alacaklının bunu kabul etmek zorunda olduğu savunulmaktadır. Beşincisi, borçlunun teklif ettiği kısmi ifayı reddetmenin dürüstlük kuralına aykırı olacağı hallerde alacaklı kısmi ifayı kabul etme mecburiyetindedir. Son olarak, ticari teamüller veya özel bir hükmün kısmi ifaya izin verdiği durumlarda bu teamül veya özel hüküm gereği alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorundadır¹²⁰.

Borçlu edimi kısmen ifa ettiği takdirde, ifa edilen oranda borcundan kurtulur. Borcun kalan kısmı varlığını devam ettirir. Kısmi ifa alacak zamanasını keser ve alacağın tamamı için teminat bulunan hallerde kalan kısım için teminat devam eder¹²¹.

6- İfa Zamanı

TBK'da yer alan ifa zamanına ilişkin hükümler emredici değil düzenleyici niteliktedirler. Tarafların kendi iç ilişkilerinde bu hükümlerin aksini kararlaştırması mümkündür¹²².

İfa zamanı ifadesi farklı zamanları ifade edecek şekilde kullanılabilir. Bunlardan ilki, edimin ifa edilebileceği tek zaman parçasıdır. Örneğin, bir konferansta sunum yapma konusunda anlaşılırsa bu borç ancak ve ancak o

¹¹⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 287.

¹²⁰ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 922-923; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 287-289.

¹²¹ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 923-924; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 289.

¹²² EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 946.

konferans esnasında ifa edilebilir. Konferans saati kaçırılırsa edimin ifası imkânsızlaşır. İkincisi, tarafların kesin olarak kararlaştırdıkları zaman parçasıdır. Bu tarz kesin bir ifa zamanının kararlaştırıldığı işlemlere “kesin vadeli işlemler” adı verilir. Aslında borcun bu belirlenen zamandan sonra ifa edilmesi de mümkündür ancak zamanın geçirilmesi, alacaklıya borçlu temerrüdü hükümlerinden yararlanma imkânı verir. Üçüncü olarak, ifa zamanı alacaklının borçludan edimin ifasını talep edebilme imkânının başladığı anı ifa eder. Buna aynı zamanda “borcun muaccel olması” da denmektedir. Alacaklı ancak bu andan sonra edimin ifasını talep ya da dava edebilir. Bu açıdan borçlar vadeye bağlı ve vadesiz borçlar olmak üzere ikiye ayrılır¹²³.

Borç, kanun hükmü, işin mahiyeti ya da tarafların anlaşması sonucunda vadeye bağlanmış olabilir. Kural olarak, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur (TBK m. 90). Ancak işin özelliği borcun belli bir vadede ifasını gerektirebilir ya da taraflar borcun belli bir vadede ifası konusunda anlaşabilir. Bu durumda, alacaklı borcun ifa edilmesini ancak vade geldiğinde talep edebilir çünkü borç ancak vade tarihinde muaccel olur¹²⁴.

“Vade”, olağan vade, belirli vade ve kesin vade olarak üçe ayrılmaktadır. “Olağan vade”, borcun muaccel olduğu, alacaklının ifayı talep edebildiği, borçlunun da edimi ifa etmek zorunda olduğu tarihi gösterir. Olağan vade söz konusu olduğunda, borç muaccel olmakla borçlu doğrudan temerrüde düşmez; borçlunun mütemerrit olması için alacaklının ihtarda bulunması gerekir. “Belirli vade” ise, borcun muaccel olduğu ve borçlunun bu tarihte edimi ifa etmemesi halinde alacaklının ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşeceği tarihi gösterir. “Kesin vade”de ise, belirli vadede olduğu gibi borç muaccel olur ve borçlu ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer ve ayrıca, bu tarihten sonra alacaklı ifayı kabul etmeyebilir ya da sözleşmeden dönebilir¹²⁵.

¹²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul: Filiz, 2014, s. 51-62; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 320-322.

¹²⁴ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 947-948; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (III)**, s. 56-59; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 323-324.

¹²⁵ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 949-950.

Taraflar vadenin hesaplanması ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirmemişlerse, TBK m. 91-93'te bulunan düzenleyici hükümler uygulama alanı bulur. İlgili hükümlere göre, borcun ifası için bir ayın başlangıcı veya sonu belirlenmişse, bundan ayın birinci ve sonuncu günü; ayın ortası belirlenmişse, bundan da ayın on beşinci günü anlaşılır. Borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse, bundan o ayın son günü anlaşılır (TBK m. 91). Gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın, bu sürenin son günü dolmuş olur. Sekiz veya on beş gün olarak belirlenmiş süre ise, bir veya iki haftayı değil, tam sekiz veya on beş günü ifade eder. Hafta olarak belirlenmiş süre, son haftanın sözleşmenin kurulduğu güne ismen uyan gününde dolmuş olur. Ay olarak veya yıl, yarıyıl ve yılın dörtte biri gibi birden çok ayı içeren bir zaman olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün ayın kaçınıcı günü ise, son ayın bunu karşılayan gününde dolmuş olur. Son ayda bunu karşılayan gün yoksa süre, bu ayın son günü dolmuş sayılır. Yarım aydan on beş günlük süre anlaşılır. Bir veya birden çok ay ve yarım ay olarak belirlenmiş sürenin dolduğu gün, son aya on beş gün eklenerek belirlenir. Bu kurallar, sürenin sözleşmenin kurulmasından başka bir andan işlemeye başladığı durumlarda da uygulanır. Borçlu, belirli bir süre içinde yerine getirilmesi gereken bir borcu, bu sürenin dolmasından önce ifa etmekle yükümlüdür (TBK m. 92). İfa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer (TBK m. 93). Bu konuda 17.08.1981 tarihli ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun belirleyici rol oynamaktadır. TBK m. 94'e göre ise, borç alışılmış iş saatlerinde ifa ve kabul edilir. İş saati olarak, aranılacak borçlarda borçlunun, götürülecek borçlarda ise alacaklının iş saatleri dikkate alınır¹²⁶.

7- İfa Yeri

Edimin ifa yerinde yerine getirilmesi gerekir. Dürüstlük kuralı ifa yerinden başka bir yerde teklif edilen ifayı kabul etmeyi gerekli kılmıyorsa, alacaklı ifa yerinden başka bir yerde arz edilen ifayı kabul etmek zorunda değildir. Ancak kabul edebilir ve kabul ederse borç sona erer¹²⁷.

¹²⁶ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 957.

¹²⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (III)**, s. 40-41; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 330-331.

Eğer edimin ifası ancak belli bir yerde mümkünse –örneğin, taşınmaz teslimi söz konusu ise- bu durumda edim zorunlu olarak orada ifa edilir. Ancak böyle bir zorunluluk yoksa ifa yeri belli esaslara göre tespit edilir. Tarafların ifa yeri konusunda zımni ya da sarıh bir anlaşmaları varsa, bu anlaşmaya göre ifa yeri belirlenir. Bu anlaşma başlangıçta yapılmış olabileceği gibi ifa yeri borcun doğumundan sonra belirlenmiş ya da değiştirilmiş de olabilir. Eğer böyle bir anlaşma yoksa kanuni bir düzenlemenin var olup olmadığına bakılır. Kanuni düzenleme mevcutsa, ifa bu hükme göre yerine getirilir. Kanun hükmü ya da tarafların herhangi bir anlaşması söz konusu değilse, para borcu alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yerinde; parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde; bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir (TBK m. 89/1)¹²⁸.

İfa yeri sözleşmede yer alan her edim için ayrı ayrı tespit edilir. Borçlunun yan edim yükümlülükleri veya yedek edimi seçme yetkisi bulunuyorsa, yan edim veya yedek edim, asıl edimin ifa yerinde yerine getirilmelidir¹²⁹.

İfa yerlerine göre borçlar, aranılacak, götürülecek ve gönderilecek borçlar olarak üçe ayrılır. “Aranılacak borçlar”, borçlunun yerleşim yerinde veya ifa konusunun bulunduğu yerde ifa edilecek borçlardır. “Götürülecek borçlar”, borçlu tarafından masrafı ve hasarı borçluya ait olarak alacaklının yerleşim yerine ya da ifa yerine götürülecek veya nakledilecek borçlardır. “Gönderilecek borçlar” ise, ifa yeri bakımından aranacak borçlar gibi olmakla birlikte borçlunun masrafı ve hasarı alacaklıya ait olmak üzere ifa konusunu alacaklının gösterdiği yere gönderme yükümlülüğü altındadır¹³⁰.

¹²⁸ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 940-945; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (III)**, s. 42-44; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 331-332; REİSOĞLU, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 324-325.

¹²⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 332-333.

¹³⁰ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 945-946; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (III)**, s. 44-51; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 333-334.

II- KAMU İHALE HUKUKU AÇISINDAN İHALE KARARI VE SÖZLEŞME KAVRAMLARI İLE SÖZLEŞMENİN İFASI

A- Genel Bilgiler

Kamu ihaleleri ile ilgili düzenleme getiren iki temel kanun mevcuttur. İlki 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK)¹³¹, diğeri ise 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK)'dur¹³². Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu'nu yürürlükten kaldırmamaktadır. Günümüzde her ikisi de yürürlükte olan bu kanunlardan Kamu İhale Kanunu'nun kapsamında kalan işler açısından Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmamaktadır (KİK m. 68/a).

DİK 1. maddesinde kanunun kapsamını çizmektedir. Bu hükme göre, genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu kanunda yazılı hükümlere göre yürütülecektir. Dolayısıyla, DİK kapsamına genel anlamda alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri girmektedir¹³³.

KİK'in amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir (KİK m. 1). KİK'in 2. maddesinde uygulama alanı belirlenmektedir. Buna göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler (KİK m. 2/1-a); kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi

¹³¹ 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 10.09.1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

¹³² 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

¹³³ GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 471.

teşebbüsleri (KİK m. 2/1-b); sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar (KİK m. 2/1-c); (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler (KİK m. 2/1-d) ve 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketlerin yapım ihaleleri (KİK m. 2/1-e) bu Kanun kapsamındadır. Öte yandan, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışında kalmaktadır (KİK m. 2/2).

Bu iki düzenlemeye birlikte bakıldığında, KİK mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinde uygulanmaktadır. Genel bütçeye dâhil idarelerin, katma bütçeli idarelerin, özel idarelerin ve belediyelerin bunun dışında kalan, mal ve hizmet satımı, kiraya verme, mülkiyet haricinde ayni hak tesisi ve trampa işlemleri ise DİK'e tabi olarak yürütülmektedir¹³⁴.

05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK)¹³⁵ ise, KİK'e göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek amacıyla çıkarılmıştır (m. 1) ve KİK'e tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsamaktadır (m. 2).

¹³⁴ GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 473; İNAN, Atilla, *İhale Hukuku Ders Notları*, 2. Baskı, Ankara: Öztepe Matbaacılık, 2014, s. 234; KILIÇ, Duygu, *Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri*, Ankara: Adalet, 2010, s. 3; ÇALIŞKAN, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s. 80.

¹³⁵ 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

TCK m. 236/2’de beş bent halinde edimin ifasına fesat karıştırma sayılabilecek haller düzenlenmektedir. İlk iki bent mal alımlarını, dördüncü bent yapım ihalelerini, beşinci bent ise hizmet alımlarını kapsamaktadır. Üçüncü bentte sözleşme veya ihalenin içeriğinden bahsedilmemekte, hileli hareketlerle “edimin ihale kararı veya sözleşmede belirlenen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi” edimin ifasına fesat karıştırma sayılmaktadır. Görüldüğü üzere üçüncü bent aslında geç ifa edilen edimin zamanında ifa edilmiş gibi kabul edilmesini yaptırıma bağlamakta ancak bunu yaparken edimin konusu ya da niteliği hakkında bilgi vermemektedir. İşte bu sebeple, üçüncü bentte bahsedilen edimin konusu mal veya hizmet alımı ya da yapım işi dışında bir şey de olabilmektedir. Bu edimin özel hukuk sözleşmesi değil de ihale sözleşmesi ile taahhüt edildiği durumda ise söz konusu ihale DİK’e tabi olarak yapılacaktır. Sonuç olarak, TCK m. 236’da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçu, hem KİK hem de DİK’e tabi olarak yapılan ihaleler neticesinde taahhüt edilen edimleri konu edinebilmektedir¹³⁶.

B- İhale Kararı Kavramı Ve Hukuki Niteliği

“İhale kararı”, ihale komisyonunun ihaleyi idare için ekonomik olarak en avantajlı teklifi öne süren kişiye vermesine ilişkin tek taraflı bir işlemdir. İhale kararını alma yetkisi ihale komisyonundadır¹³⁷. İhale komisyonu ihale kararını oyçokluğu ile alır (KİK m. 6/4), oybirliği aranmaz¹³⁸.

İhalenin karara bağlanması, KİK’in 40. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, 37.¹³⁹ ve 38.¹⁴⁰ maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale,

¹³⁶ DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 20; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 217; KOCA, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 264.

¹³⁷ GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 485; SEZGİNER, Murat, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara: Seçkin, 2013, s. 544.

¹³⁸ DOĞANYİĞİT, Sadettin, **Açıklamalı- İctihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara: Seçkin, 2013, s. 849.

¹³⁹ **“Tekliflerin değerlendirilmesi**

Madde 37- İhale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını isteyebilir. Ancak bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilmez ve yapılmaz.

(Değişik ikinci fıkra: 20.11.2008-5812/11 md.) Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36 ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde

ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır (KİK m. 40/1). Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir ve değerlendirme bu değer veya nispi ağırlıklara göre yapılır (KİK m. 40/2).

Maddeden anlaşıldığı üzere, ihale alım ve yapım işlerinde en düşük fiyatı veren istekli üzerinde değil de ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılmaktadır. Kural olarak, en düşük fiyat ekonomik açıdan en avantajlı teklifi teşkil eder. Fakat fiyat dışındaki unsurların da dikkate alındığı hallerde, en düşük teklif en avantajlı olan teklif olmayabilir. İşletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer fiyat dışında dikkate alınan unsurlar arasında yer alır. İhalelerde genellikle en düşük fiyatın esas alındığı yöntem uygulanır; fiyat dışı unsurların dikkate alındığı yöntem ise istisnaen uygulama alanı bulur. İhale konusu işin özelliğine göre hangi yöntemin uygulanacağına idare

idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır.”

¹⁴⁰ **“Aşırı düşük teklifler**

Madde 38- İhale komisyonu verilen teklifleri (Değişik: 06.02.2014-6518/47 m.) değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

İhale komisyonu;

- a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
- b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
- c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

(Değişik: 06.02.2014-6518/47 m.) gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

(Ek fıkra: 20.11.2008-5812/12 m.; Değişik fıkra: 06.02.2014-6518/47 m.) Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca yaklaşık maliyeti 8 inci maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değer altındaki tekliflerin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. İhale komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır.”

tarafından karar verilir ve ihale dokümanında tercih edilen yöntem açıkça gösterilir¹⁴¹. Ayrıca, belirlenen unsurların parasal değerleri ve nispi ağırlıkları idari şartnamede belirtilir¹⁴².

KİK'in 63. maddesine göre, ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır (KİK m. 40/3).

En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır (KİK m. 40/4).

İhale komisyonu en avantajlı teklif konusunda gerekçeli kararını belirleyerek ihale yetkilisinin onayına sunar. Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen bedeller, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir (KİK m. 40/5). Gerekçeli karar tüm komisyon üyelerince imzalanır ve ardından ihale yetkilisinin onayına sunulur. Bu onaylamadan önce ihale üzerinde kalan isteklinin ihaleden yasaklı olup olmadığı kontrol edilir ve yasaklı olmadığına ilişkin belge ihale kararına eklenir¹⁴³.

İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylamak veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal etmek zorundadır. İhale, kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılmaktadır (KİK m. 40/6-7).

İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin

¹⁴¹ DEDEOĞLU, Erdoğan, **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara: Ekin, 2012, s. 328; TURGUTER, Necip/ TOKMAKLI, Cafer, **Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara: Turhan, 2004, s. 245.

¹⁴² DOĞANYİĞİT, **Açıklamalı- İctihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, s. 824, 825, 828.

¹⁴³ TURGUTER/ TOKMAKLI, **Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, s. 261.

ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir (KİK m. 40/8).

İhale sonucu ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dâhil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir (KİK m.41/1).

Bildirim elden yapılabildiği hallerde elden, yapılamadığı durumlarda ise postayla yapılır. Postayla yapılan tebliğler, yerli isteklilerde postaya verilmesini takip eden yedinci gün, yabancı isteklilerde ise on dokuzuncu gün isteklilere ulaşmış sayılır¹⁴⁴.

C- Kamu İhale Sözleşmeleri, Türleri, Unsurları Ve Hukuki Niteliği

1- Kamu İhale Sözleşmesi

“Kamu ihale sözleşmesi”, idarenin kamu harcaması yaparak ve kamu ihale usulünü uygulayarak kamu hizmetini yürütmek için ihtiyaç duyduğu şeyleri gerçek veya tüzel kişilerden karşılamasını sağlayan, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde yaptığı yazılı anlaşmadır (KİK m.4)¹⁴⁵.

Kamu ihale sözleşmeleri, idarenin belli bir usule göre yaptığı sözleşmeler arasında yer alır. Nitekim idareler bu sözleşmeleri imzalayabilmek için kanunen düzenlenmiş belli ihale yöntemlerini uygulamak zorundadır. İhale süreci sona erdiğinde ihale komisyonunca ihale kararı alınır ve ardından ihale sözleşmesi ihale yetkilisi ve yüklenici tarafından imzalanır. İhale sözleşmeleri, idarenin kamu hizmet ve faaliyetlerini yürütebilmek için ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapıları temin etme yöntemlerindendir. Özelliği ise, aslında piyasada hali hazırda bulunabilecek

¹⁴⁴ DOĞANYİĞİT, Açıklamalı- İctihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, s. 870; TURGUTER/ TOKMAKLI, Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, s. 265.

¹⁴⁵ BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara: Yetkin, 2007, s. 67; DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s. 33; KILIÇ, Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, s. 1.

mal ve hizmetin kamu menfaatlerini korumak amacıyla mümkün olan en ucuz maliyetle elde edilmesidir. Bu sözleşmelerde idare ve sözleşmenin karşı tarafı yani yüklenici belirli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamaların temel sebebi de idarenin kişisel yararı için değil idarenin yararı için çalışması gereğidir. İhale sözleşmeleri her ne kadar idarenin ihale yetkilisi tarafından imzalanırsa da bu, gerçek kişiler tarafından temsil edilen tüm tüzel kişilerde görülen irade beyan etme yöntemidir. Bu durum, sözleşmedeki iradenin aslında o kişinin iradesi olduğu anlamına gelmez. Kişi orada, idareyi temsil etmektedir ve kendi menfaatlerini değil idarenin yararını gözetmelidir. Bu sınırlama, karşı tarafın serbestçe belirlenmesinin önüne geçer. Sözleşmenin karşı tarafı da bazı sınırlamalara tabidir. Sözleşme türleri, zorunlu unsurları, şartnameler önceden belirlenmiştir ve sözleşmenin karşı tarafı bu durumu bilerek sözleşmeyi imzalar¹⁴⁶. İhale sözleşmesinin imzalanması ile ihale üzerinde kalan kişi yüklenici sıfatını kazanır¹⁴⁷.

İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren KİK'in 21. maddesinin (b) ve (c) bentlerine¹⁴⁸ göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamaz (KİK m.41/3). Diğer bir ifadeyle, kamu ihale sözleşmesinin imzalanabilmesi için ihale kararının tüm isteklilere elden veya posta yoluyla bildirilmesinin ardından belirli bir sürenin geçmesi zorunludur. Bu süre, KİK m. 21'in (b) ve (c) bentleri için beş gün, diğer ihalelerde ise on gündür.

KİK'in 42. maddesinde idarenin ihale üzerinde kalan istekliye sözleşmeye davet etmesi düzenlenmektedir¹⁴⁹. 41. maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde¹⁵⁰ ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen

¹⁴⁶ YAYLA, **İdare Hukuku**, s. 164-165.

¹⁴⁷ SALTABAŞ, Mehmet Serdar, "Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci", in **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları**, Ed. Yücel OĞURLU, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011, s. 85.

¹⁴⁸ "b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması."

¹⁴⁹ AKSOY, Mehmet/ ERBAY, Kerem Eray, **Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci**, Ankara: Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayınları, 2006, s. 76.

¹⁵⁰ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 58. maddesinde öngörülmektedir. (GÜNDAY, **İdare Hukuku**, s. 215.)

"Ön malî kontrol"

Madde 58-(Değişik: 22.12.2005-5436/6 m.) Ön malî kontrol, harcama birimlerinde işlemlerin gerçekleştirilmesi aşamasında yapılan kontroller ile malî hizmetler birimi tarafından yapılan kontrolleri kapsar. Ön malî kontrol süreci, malî karar ve işlemlerin hazırlanması, yüklenmeye

günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı¹⁵¹ vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye on iki gün ilave edilir (KİK m.42/1).

KİK'e göre yapılan ihalelerin sözleşmeye bağlanması zorunludur. İhale neticesinde ihale kararı alınıp bu kararın ihale yetkilisi tarafından imzalanmasından ve bütün isteklilere bildirilmesinden sonra, kanunda belirtilen süre koşuluna uyularak sözleşmenin imzalanması gerekir¹⁵². Bununla birlikte, KİK m. 22'nin (b), (c) ve (f) bentleri kapsamında yapılan ihalelerde malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılmasına ve kesin teminat alınmasına gerek bulunmamaktadır¹⁵³.

Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır¹⁵⁴. Sözleşmenin ihale kararına uygun olması zorunludur. Aykırılık bulunan hallerde ihale kararında yer alan hükümler esas alınır¹⁵⁵. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe, sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir (KİK m.46/1). 4964 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce kamu ihale sözleşmelerinin notere tescili ve onaylatılması zorunluluk arz etmekteydi. Yapılan

girişilmesi, iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesi ve belgelendirilmesinden oluşur. Kamu idarelerinde ön malî kontrol görevi, yönetim sorumluluğu çerçevesinde yürütülür. Harcama birimlerinde işlemlerin gerçekleştirilmesi aşamasında yapılacak asgarî kontroller, malî hizmetler birimi tarafından ön malî kontrole tâbi tutulacak malî karar ve işlemlerin usûl ve esasları ile ön malî kontrole ilişkin standart ve yöntemler Maliye Bakanlığınca belirlenir. Kamu idareleri, bu standart ve yöntemlere aykırı olmamak şartıyla bu konuda düzenleme yapabilir."

¹⁵¹ **"Kesin teminat**

Madde 43- Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.

(Ek fıkra: 20.11.2008-5812/16 m.; Mülga fıkra: 06.02.2014-6518/48 m.) Ancak, danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her hak edişten % 6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur.

(Ek fıkra:06.02.2014-6518/48 m.) Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir."

¹⁵² DEDEOĞLU, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, s. 342; GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara: İmaj, 2011, s. 214-215; SEZGİNER, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 800.

¹⁵³ DOĞANYİĞİT, **Açıklamalı- İctihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, s. 893.

¹⁵⁴ DEDEOĞLU, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, s. 342; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, **İdare Hukuku (I)**, s. 617.

¹⁵⁵ DEDEOĞLU, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, s. 343.

değişiklik neticesinde bugün kamu ihale sözleşmeleri notere tescil ettirilmeksizin veya onaylattırılmaksızın geçerlilik kazanmaktadır¹⁵⁶. Öte yandan, ihale dokümanında tescil edilmesi yönünde bir hüküm mevcutsa bu durumda, ihale sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için notere tescil ettirilmesi ve onaylatılması gerekir (KİK m. 46/2)¹⁵⁷.

İdarenin sözleşmeyi imzalamayı reddetmesinin gündeme geldiği durumlarda, idarenin bu ret beyanı tek yanlı bir idari işlemdir ve idari yargıda iptal davasına konu olabilir. İmzalanması reddedilen sözleşme özel hukuk sözleşmesi sayılan kamu ihale sözleşmesi dahi olsa karşı tarafın bu hakkı saklıdır¹⁵⁸.

İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43. maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir (KİK m. 44/1). Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile Kanun'da belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir. Ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 42. maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 42. maddede belirtilen şekilde tebligat yapılması gerekir (KİK m. 44/2).

Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir (KİK m. 44/3).

İhaleyi kazanan istekli ortada KİSK m. 10'da düzenlenen mücbir sebep teşkil eden bir durum olmamasına rağmen sözleşmeyi imzalamaz ise, altı aydan bir yıla

¹⁵⁶ TURGUTER/ TOKMAKLI, *Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, s. 283.

¹⁵⁷ SALTABAŞ, "Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci", s. 92.

¹⁵⁸ SEZGİNER, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, s. 802.

kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanır (KİK m. 58)¹⁵⁹.

2- Kamu İhale Sözleşmelerinin Türleri

KİK'in uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin tip sözleşmeler Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler tip sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir; mal ve hizmet alımlarında ise, Kamu İhale Kurumu'nun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir (KİK m. 5).

Kamu İhale Kurumu tarafından tip sözleşmeler konularına göre “Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme”, “Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme”, “Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme” ve “Danışmanlık Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme” şeklinde düzenlenmektedir¹⁶⁰.

KİK'e göre yapılan ihaleler sonucunda beş tür sözleşme düzenlenebilir. Bunlar;

a) Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,

b) Mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme,

c) Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ve birim fiyat tarifelerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu

¹⁵⁹ DOĞANYİĞİT, **Açıklamalı- Uygulamalı Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, s. 1031; SALTABAŞ, “Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci”, s. 97.

¹⁶⁰ SOYASLAN, Doğan/ KEMER, Mustafa/ GÜLSEVEN, Mustafa, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Yetkin, 2014, s. 155.

iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme,

d) Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme,

e) Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşmedir (KİSK m. 6/1).

Taraflar yapım işlerinde bu belirlenenler haricinde sözleşme yapamazlar. Ancak mal ve hizmet alımlarında, Kamu İhale Kurumu'nun uygun görüşü alınmak şartıyla, istekliler tarafından hazırlanması mutat olan sözleşmeler kullanılabilir (KİSK m.5/2). Bunun için iki koşul öngörülmektedir. İlk olarak, Kamu İhale Kurumu'nun bu konudaki uygun görüşü alınmalıdır. İkinci olarak, hazırlanan sözleşme hükümleri tip sözleşme hükümlerine aykırı olmamalıdır¹⁶¹.

KİSK'e 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 (KİSK m. 4). Sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaması ilkesinin istisnası KİSK m. 15'te ortaya konmuştur. Bu maddeye göre, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla,

a) İşin yapılma veya teslim yeri ve

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları hususlarında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir¹⁶².

¹⁶¹ DOĞANYİĞİT, Açıklamalı- Uygulamalı Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, s. 1192.

¹⁶² DOĞANYİĞİT, Açıklamalı- İctihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, s. 1188-1189; KILIÇ, Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, s. 42-43.

Bu durumda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır (ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 819-820.).

Bu madde, sözleşmede değişiklik yapılmasına izin verse de değişikliği belli sınırlamalara tabi tutmaktadır. İlk olarak, yapılan değişiklik neticesinde sözleşme bedeli aşılmamalıdır. Yani, (b) bendinde düzenlenen işin süresinden önce yapılması gibi bir durumda, işin erken teslim edilmesine dayanılarak ek bir ödeme talep edilemeyecektir. Edilmesi durumunda bu ek ödeme ve değişiklik KİSK m. 15'e aykırılık teşkil edecektir. İkinci koşul ise, idare ve yüklenicinin bu değişiklik konusunda karşılıklı olarak anlaşmalarıdır. Diğer bir ifadeyle, tek taraflı bir beyanla sözleşmede değişiklik yapılması mümkün değildir. Bu iki koşula uyularak sözleşmede değişiklik yapılabilir.

Öte yandan, değişiklik konusu da belli sınırlamalara tabidir. Madde metninde işin yapılma veya teslim yeri, süresi ya da ödeme şartlarında değişiklik yapılabileceği ifade edilmektedir. İşin yapılma veya teslim yerinin değiştirilmesi halinde de sözleşme bedelinde bir artırım söz konusu olmayacaktır. Yani, yüklenici malı farklı bir yere teslim ettiği için veya yapım işini başka bir arazide ya da binada yerine getirdiği için ek bir ödeme talep edemeyecektir. Sözleşmede değişiklik yapılması konusunda karşılıklı anlaşma sağlanırken bu durum göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak, işin süresi ve ödeme şartları konusunda da sözleşmede değişiklik yapılabilmektedir. Ancak bu değişikliğin yapılabilmesi için işin süresinden önce bitirilmesi ve teslim edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, işin geç teslimi konusunda sözleşmede değişiklik yapılamamaktadır¹⁶³.

3- Kamu İhale Sözleşmelerinin Unsurları

KİSK m. 7 hükmü uyarınca, bu Kanun'a göre düzenlenecek sözleşmelerde,

- a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı,
- b) İdarenin adı ve adresi,
- c) Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi,
- d) Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları,
- e) Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi,
- f) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı,

¹⁶³ TURGUTER/ TOKMAKLI, *Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, s. 512-515.

- g) Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği,
- h) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dâhil olacağı,
- i) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği,
- j) Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar,
- k) Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar,
- l) Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar,
- m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları,
- n) Gecikme halinde alınacak cezalar,
- o) Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler,
- p) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar,
- r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar,
- s) Sözleşmede değişiklik yapılma şartları,
- t) Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar,
- u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracığı personele ilişkin sorumlulukları,
- v) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu,
- y) Anlaşmazlıkların çözümü hususlarının belirtilmesi zorunludur.

4- Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

İdare hukuku doktrinde ve yargı kararlarında idarenin hizmet ve mal alımı, yapım, kira ve trampa sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi kabul edilmektedir. KİSK'in 4/3. maddesi *"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."* ve 36. maddesi *"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır."* hükümlerini getirmek suretiyle, kamu ihale

sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olma özelliğini ortaya koymuş bulunmaktadır¹⁶⁴.

Doktrinde *Gözler* tarafından, sözleşmenin bir tarafının kamu tüzel kişisi olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin ifası olabilmesi, olmasa dahi özel hukuku aşan hükümler içerebilmesi, idarenin özel hukuku aşan yetkileri haiz olması, yüklenicinin özel hukukta söz konusu olmayan yükümlülükler altına girmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun idari sözleşmeler için de genel hüküm olarak uygulanabileceği unsurlarından hareket edilerek kamu ihale sözleşmeleri idari sözleşme olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁵.

Uz ise, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuku aşan niteliklerini tek tek sayarak kamu ihale sözleşmelerinin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi kabul edilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, kamu ihale sözleşmeleri teminatların iadesi, hak edişlerin ödenmesi, fiyat farkı uygulanması, edimin ifasının alt yükleniciler tarafından yerine getirilmesi, gecikme cezası uygulaması, süre uzatımı verilebilecek haller, taahhüdün yerine getirilmemesi, ifa yeri değişikliği, uzaklaştırma, sözleşmenin devri, malın değiştirilmesi, iş yerinin korunması ve sigortalanması, yüklenicinin sorumluluğu ve ihaleden yasaklanma konuları bakımından özel hukuk rejimini aşan özellikler göstermektedir¹⁶⁶.

Doktrindeki hâkim görüş ve yargı içtihatları, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu ve adli yargının görev alanına girdiği yönündedir¹⁶⁷. Biz doktrindeki hâkim görüşe katılmakta ve kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi kabul etmekteyiz. Bu sebeple, ilk bölümde açıkladığımız genel bilgiler kamu ihale sözleşmeleri açısından da geçerlidir.

¹⁶⁴ BUZ, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 69; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, *İdare Hukuku (I)*, s. 617-618; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 216; YILMAZ, Dilşat, *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*, Ankara: Gazi, 2013, s. 52-56.

¹⁶⁵ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, 2. Baskı, Bursa: Ekin, 2009, s. 136; GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 489-491.

¹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. UZ, Abdullah, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan, 2010, s. 64-87.

¹⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, *İdare Hukuku (I)*, s. 617; UZ, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, s. 13-14; YILMAZ, *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*, s. 52-56.

Bununla birlikte, kamu ihale sözleşmelerinin bazı nitelik ve şartları itibariyle kamu hukukuna yaklaştığı da yadsınamaz. İhalelerin amacı kamu için gerekli mal veya hizmetin mümkün olan en az maliyet ile temin edilmesi olduğundan ve neticesinde kamusal kaynaklar harcandığından idarenin sözleşmenin karşı tarafını ve sözleşme bedelini serbestçe belirlemesi kısıtlanmış ve özel hukukta geçerli olan sözleşme serbestîsi ilkesi sınırlandırılmıştır. Ayrıca, sözleşmelerin içeriği konusunda bulunması zorunlu hususlar ve uyulması gereken belirli tip sözleşmeler belirlenerek sözleşme içeriği serbestîsi de bir ölçüde sınırlandırılmıştır¹⁶⁸.

KİSK'in bazı maddelerinde de kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmelerinden ayıran, tarafların eşitliği ilkesinin uygulanmadığını gösteren ve gerek sözleşmenin tarafını gerekse sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme yetkisinin sınırlandırıldığını içeren hükümlere rastlanmaktadır. Bu hükümler göstermektedir ki, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi olmakla birlikte sözleşmenin bir tarafının idare olmasının etkisiyle kamu hukukundan izler taşımaktadır¹⁶⁹.

D- Kamu İhale Sözleşmelerinin İfa Edilmesi

Sözleşmenin imzalanmasının ardından, edimin ifası aşaması başlamaktadır¹⁷⁰. Kamu ihale sözleşmelerinin ihale dokümanında yazılı usul ve esaslara göre ifa edilmesi gerekir¹⁷¹. İdari şartnamede ve ihale sözleşmesinde denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartların bulunması zorunludur (KİK m. 27/1-y, KİSK m. 7/1-p). Bunun yanında KİSK m. 11'de denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin genel düzenleme yer almaktadır. KİSK m. 11 bu konudaki kanuni düzenleme olup denetim, muayene ve kabul işlemlerinin nasıl yapılacağını belirleyen usul ve esaslar ikincil düzenlemeler olan yönetmeliklerle belirlenmektedir. Bu yönetmelikler, edimin konusuna göre Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği ile Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'dir¹⁷². Sayılan bu muayene ve kabul yönetmelikleri, Kamu İhale

¹⁶⁸ GÜNDAY, **İdare Hukuku**, s. 216.

¹⁶⁹ GÜNDAY, **İdare Hukuku**, s. 217.

¹⁷⁰ Bkz. TCK m. 236 gerekçesi.

¹⁷¹ AKSOY/ERBAY, **Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci**, s. 79.

¹⁷² ODER, Burak, "Kamu İhale Hukuku", in **Günışığında Yönetim**, s. 572-573.

Kurumu'nun görev ve yetkilerini düzenleyen KİK m. 53'e dayanılarak hazırlanmış olup ilk defa 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹⁷³.

1- Teslim İşlemi

Muayene ve kabul işlemleri, gerek KİSK gerekse sözleşmenin konusuna göre hazırlanmış farklı yönetmeliklerle belli ilkelere tabi kılınmıştır. Bu ilkelerin başında sözleşme konusu mal veya hizmet ilgili idareye teslim edilmedikçe kabul işlemlerine başlanamaması gelir. Diğer bir ifadeyle, mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz (KİSK m. 11/1).

Görüldüğü üzere, ilgili madde mal veya yapılan işin yani hizmet niteliğindeki edimin tesliminden bahsetmektedir. Yapım işleri zaten hâlihazırda idareye ait bir alanda yerine getirildiğinden fiilen teslimi söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple, yapım işleri bu genel kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Diğer bir istisna ise, yurtdışından yapılan alımlarda gündeme gelmektedir¹⁷⁴. Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik'in 5. maddesine göre, yurtdışından tedarik edilecek olan FOB/ FCA vb. teslim esaslı mallar için ihale dokümanında belirtilmek kaydıyla yurtdışında muayene yapılabileceği gibi üretim aşamasında yapılan fabrika test raporlarına istinaden idareye teslim edildikten sonra da idarece muayene ve kabul işlemleri yapılabilir.

2- Denetim, Muayene Ve Kabul İşlemleri

KİSK denetim, muayene ve kabul işlemleri hakkında da hüküm içermekte, ayrıca, mal ve hizmet alımlarının ve yapım işlerinin muayene ve kabullerine ilişkin yönetmelikleri bu konuda detaylı ikincil düzenlemeler getirmektedir. KİSK m. 11/1 uyarınca; teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır. Mal veya yapılan iş, yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz. Madde metninden anlaşılaçağı

¹⁷³ KILIÇ, Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, s. 355-356.

¹⁷⁴ KILIÇ, Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, s. 356.

üzere, teslim fiili kabul işlemlerinin ön şartını teşkil etmektedir. Muayene ve kabul işlemleri mal, hizmet veya yapılan iş teslim edildikten sonra başlatılabilir.

KİSK m. 11/1’de getirilen muayene ve kabul işlemi düzenlemesi, işin belli aralıklarla denetlenebilmesine engel teşkil etmemektedir. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrası, sözleşmede hüküm bulunması halinde, imalat ve üretim süreci gerektiren işlerin, muayene ve kabul komisyonlarının yetki ve sorumluluğunu kaldırmaması şartıyla, ihale dokümanında belirtilen kalite ve özelliklere göre yapılıp yapılmadığı hususunda, ilgili idare tarafından belirli aşamalarda ve aralıklarla denetlenebileceği hükmünü içermektedir.

KİSK denetim, muayene ve kabul ile ilgili olarak bu genel düzenlemeyi getirdikten sonra detaylı düzenlemeleri yönetmeliklere bırakmıştır. Biz de çalışmamızın bu bölümünde edimin niteliğine göre denetim, muayene ve kabul konusundaki ilgili yönetmelik hükümlerine değineceğiz.

a- Mal Alımlarında Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri

Mal alımlarında uygulanacak ara denetim, muayene ve kabul işlemleri ile ilgili esas ve usuller, KİK’in 53. maddesine dayanılarak hazırlanan ve 03.07.2009 tarihli ve 27277 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik”¹⁷⁵ ile belirlenmektedir. Kural olarak, satın alınan mal yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz. Ancak, yurtdışından tedarik edilecek olan FOB/FCA vb. teslim esaslı mallar için ihale dokümanında belirtilmek kaydıyla yurtdışında muayene yapılabileceği gibi üretim aşamasında yapılan fabrika test raporlarına istinaden idareye teslim edildikten sonra da idarece muayene ve kabul işlemleri yapılabilir (MAY m. 5/1).

Muayene ve kabul işleminin öncesinde, ihale dokümanında ve sözleşmesinde hüküm bulunması halinde, imalat veya üretim süreci gerektiren işler, muayene ve kabul komisyonlarının yetki ve sorumluluğunu kaldırmaması şartıyla, ihale dokümanında belirtilen kalite ve özelliklere göre yapılıp yapılmadığı hususunda,

¹⁷⁵ Çalışmamızda MAY kısaltması ile ifade edilecektir.

ilgili idare tarafından belirli aşamalarda ve aralıklarla ara denetime tabi tutulabilir (MAY m. 5/2). Ara denetimlerin amacı, ileride geri dönüşü mümkün olmayacak durumların ortaya çıkmasını engellemek, teslim süresini geciktirebilecek durumları tespit etmek ve önlemek, varsa hataların belli süre önceden tespit edilmesini sağlayarak giderilmelerini ve teslimin gecikmemesini sağlamaktır (MAY m. 8/1)¹⁷⁶.

İncelemede üretim şekli ve kalitesinin, malların ihale dokümanında yer alan hükümlere aykırı olarak imali sonucunu doğuracağının tespit edilmesi halinde, bu durum bir raporla tespit edilerek yükleniciye bildirilir. Üretim şeklinin idarenin uyarılarına rağmen değiştirilmemesi ve kalitenin arttırılmaması halinde idare, malın teslim aşamasında test ve muayeneye dahi tabi tutmaksızın reddetme hakkına sahiptir (MAY m. 8/4).

Bu şekilde yapılan ara denetimler muayene ve kabul komisyonlarının yetki ve sorumluluğunu kaldırmaz. Bu denetimler sonucu oluşturulan raporlar muayene ve kabul aşamasında değerlendirilmek üzere idareye sunulur (MAY m. 8/5). Yüklenici, idare tarafından yapılan ara denetimler ve denetim sonucunda hazırlanan raporları öne sürerek ihale dokümanlarında belirtilen teknik ve idari sorumluluklardan kurtulamaz (MAY m. 8/6).

Yüklenici veya vekili ara denetimler ile muayene ve kabul işlemleri sırasında hazır bulunmak ve denetim, muayene ve kabul tutanağını komisyon üyeleri ile birlikte imzalamak zorundadır. İdareler, muayene ve kabul işlemleri ile ara denetimlerde raporların düzenlenmesi sırasında, yüklenici ya da vekilinin usulüne uygun olarak bildirim yapıldığı halde hazır bulunmaması veya hazır bulunmalarına rağmen imzadan imtina etmeleri halinde bu durumu tutanak altına alırlar (MAY m. 5/4).

Muayene ve kabul komisyonlarının ne şekilde kurulacağı Yönetmelik'in 6. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, yetkili makam tarafından biri başkan, biri işin uzmanı olmak üzere en az üç veya daha fazla tek sayıda kişi ile yedek üyelerden oluşan muayene ve kabul komisyonları kurulur. Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte uzman personel bulunmaması durumunda, 4734

¹⁷⁶ KILIÇ, Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, s. 370.

sayılı Kanun'a tabi idarelerden uzman personel görevlendirilebilir (MAY m. 6/1). Bu fıkradan anlaşılacağı üzere, muayene ve kabul komisyonu mutlaka tek sayıda üyeden oluşmalıdır. Bu düzenlemenin temel sebebi ileride açıklanacağı üzere komisyonun kararlarını oyçokluğu ile almasıdır. Komisyon üyelerinden biri komisyona başkanlık edecektir. Ayrıca, komisyonda mutlaka işin uzmanı birisi bulunmalıdır.

Ara denetimi gerçekleştiren personel muayene kabul komisyonlarında görevlendirilebilir. Ancak, muayene ve kabul komisyonlarında görevlendirilen personelin tamamı ara denetimi gerçekleştiren personelden oluşturulamaz (MAY m. 6/2).

Özellikleri dolayısıyla kısa sürede nitelikleri değişebilen veya günlük teslim konuları olan malların muayene ve kabul işlemlerinin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için idareler, muayene ve kabul komisyonunu öncelikle bu malı kullanacak birimlerde çalışan görevlilerden kurarlar (MAY m. 6/3).

Komisyonun görev ve sorumlulukları Yönetmelik'in 7. maddesinde sayılmaktadır. Bu hükme göre komisyonun görevi, yüklenici tarafından idareye teslim edilen malın veya yapılan işin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığını incelemektir. Kısa sürede bozulabilen maddelerin muayenesine öncelik verir. Komisyon üyeleri her muayenede hazır bulunmak zorundadır. Komisyon, ihale dokümanında belirlenen şekilde kabul işlemlerinde esas alınacak işlemleri yürütür.

Bir malın veya yapılan işin komisyon tarafından muayenesine başlanabilmesi için, yüklenicinin malı ihale dokümanına uygun şekilde teslim etmesi veya dokümana uygun olarak teslim hazır hale getirildiğini idareye bildirmesi gerekir. Bu bildirimden itibaren en geç beş iş günü içinde idarece muayene ve kabul işlemlerine başlanır. İdare tarafından öncelikle yükleniciye muayene ve kabul işlemlerinin yapılacağı tarih bildirilerek belirtilen yer, gün ve saatte kendisinin veya yetkili vekilinin hazır olması yazılı olarak bildirilir. Bildirimin postaya verilmesini takip eden yedinci gün yükleniciye tebliğ edilmiş sayılır. Bildirim imza karşılığı elden tebliğ edilmek suretiyle de yapılabilir (MAY m. 11).

Muayenede aranacak hususlar ihale dokümanında yazılı şartlardır. Numune alınmak suretiyle kabule konu mallar için malın niteliğine göre yeter sayı ve nitelikte numune alınması ve saklanması idarenin sorumluluğundadır. Muayeneye sunulan malın önce bütünü incelenerek gerek görülür ise yeter sayıda numunesi saklı tutulur. Numune, mühürlü durumda, özelliklerinin bozulmasına fırsat vermeden ihale dokümanında belirlenen süre ile alıkonulur (MAY m. 13).

Numunenin ilk incelenmesinde bulunan sonuçlar üzerinde, uygunluğu hakkında yeterli kanaat edinilemez ise numuneler üzerinden bir muayene daha yapılır. Her iki muayene de aynı sonucu verdiği takdirde nihai karar verilir. Bu iki muayene değişik sonuçlar vermiş ise, o numune üzerinde üçüncü bir muayene daha yapılarak bu üç muayenenin sonuçlarına göre karar verilir (MAY m. 14).

Muayenelerde önce fiziksel nitelikler kontrol edilir. Fiziksel niteliklerinin tamamı ihale dokümanında belirtilen hükümlere uygun bulunmayan malın numuneleri laboratuvar muayenelerine gönderilmez. Fiziksel muayenede niteliklerin bazıları uygun çıkmazsa muayene yarıda bırakılmaz, muayene işlemi tamamlanır. Yükleniciler, fiziksel muayene sonucu verilen ret raporuna usulüne göre itiraz ederek ikinci bir muayeneyi isteyebilirler. Bu takdirde, mal aynen korunmak suretiyle ilk muayenede bulunmamış olan kişilerden kurulacak en az üç kişilik ikinci bir komisyona muayene yaptırılır. Bu komisyonun vereceği kararlar kesin olup, muayene ve kabulün bu karar esas alınarak sonuçlandırılacağına ilişkin hükme ihale dokümanında yer verilmek zorundadır. İkinci komisyon fiziksel muayenede itiraz konusu olan kısımları inceler. Sonuç olumsuz ise ret raporu verilir. Bu durumda laboratuvar muayenelerine geçilmez ve bu rapora itiraz edilemez. Sonuç olumlu ise, laboratuvar muayenelerine geçilir. Bu niteliklerin de uygun bulunması halinde kabul raporu düzenlenir (MAY m. 15).

Laboratuvar muayenesi sonucunda reddedilen mal veya yapılan iş, yüklenicinin itirazı halinde yeniden muayenesi yapılmak üzere, varsa o maldan daha önce alınıp idarede saklanmakta olan numuneler üzerinden ihale dokümanında belirtilen hakem laboratuvarında incelettirilir. Benzer şekilde, muayenenin idarenin kendi laboratuvarı dışında herhangi bir laboratuvarında yapılması durumunda şartnameye uygunluk raporu düzenlenen mallar için idarenin gerekli görmesi halinde

de o maldan daha önce alınan numuneler üzerinden hakem laboratuvarında inceleme yaptırılabilir. Hakem laboratuvarın vereceği rapor kesindir. İtiraz muayenesi yalnız ilk muayeneden olumsuz çıkan ve itiraz edilen noktalar üzerinde ve ilk komisyonca tutulan numune, numune yoksa mal üzerinden yapılır (MAY m. 18).

İdare tarafından malın son teslim tarihinden önce teslim edilmesinin uygun görülmesi veya KİK'in 21. maddesinin (b), (c) ve (f)¹⁷⁷ bentlerine göre yapılan ihalelerde ihale dokümanında son teslim tarihinden önce malın teslim edilebileceğine yönelik düzenleme bulunması halinde, son teslim tarihinden önce teslim edilen malın sözleşme ve eklerine uygun olmadığına tespit edilmesi durumunda, yüklenici sözleşmede öngörülen teslim süresi içinde malını alıp yenisi getirmekte veya itiraz muayenesi istemekte serbesttir. İdare, son teslim tarihinden önce teslim edilen malın sözleşme ve eklerine uygun olmaması halinde teslim süresi içerisinde yüklenici tarafından sözleşme ve eklerine uygun mal teslim edebilme sayısını sözleşmenin ilgili maddesinde düzenler. İşin süresi dolmuşsa ihale dokümanında belirtilen ihtarlı süre verilerek bu süre içinde bir defa olmak üzere getirilecek mallar teslim alınarak muayeneleri yapılır. Uygun çıkmayan mallar yerine yeniden getirilen malların muayene sonucunun da olumsuz çıkması durumunda yüklenici idarenin deposundaki malın tamamını ihale dokümanında belirtilen süre içerisinde geri almak zorundadır. Yüklenici süresinde geri almadığı mallara ilişkin olarak idareden herhangi bir hak talebinde bulunamaz (MAY m. 19).

Muayene raporlarına, ihale dokümanında yazılı niteliklerle, muayenede bulunan nitelikler ayrı ayrı yazılır. Bunlar karşılaştırılır ve sonuç “niteliklerine uygundur” veya “niteliklerine uygun değildir” şeklinde kesin olarak belirtilir ve komisyon üyeleri tarafından imzalanır (MAY m. 20).

Muayene ve kabul komisyonları eksiksiz toplanır ve kararlarını çoğunlukla alır. Muayene ve kabul komisyonları kararlarını verirken varsa ara denetim raporlarını da

¹⁷⁷ “b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

f) İdarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar Türk Lirasına (Yüz altmış yedi bin dokuz yüz altmış altı Türk Lirasına)* kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.”

* Kamu İhale Kurumu'nun 2015/1 sayılı Tebliği ile 29.01.2015 tarihli ve 29251 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2015 – 31.01.2016 dönemini kapsamaktadır.

dikkate alır. Karara karşı olanlar, karşı olma gerekçelerini kararın altına yazarak imza etmek zorundadır. Kararlarda çekimser kalınmaz (MAY m. 21).

Mal ve/veya iş teslim edildikten sonra işletmeye alınarak ihale dokümanında belirtilen kapasite ve yeterlilik kriterlerinin sağlanması ile etkinliğinin ve verimliliğinin anlaşılması için belirli bir zamana ihtiyaç duyulan durumlarda, ihale dokümanında belirtilmek kaydıyla komisyonca geçici kabul yapılır (MAY m. 22). Komisyonca yapılan muayene ve incelemeler sonucunda mal veya yapılan iş geçici kabule hazır bulunduğu takdirde, işin veya malın genel durumunu belirten görüşler ile uygun göreceği diğer kayıt ve şartları belirtmek suretiyle en az üç nüsha geçici kabul tutanağı düzenlenir ve imzalanan bu tutanak yetkili makama gönderilir. Geçici kabul tutanağı yetkili makam tarafından onandıktan sonra geçerli olur. Yapılan inceleme neticesinde komisyonca iş veya mal geçici kabule hazır bulunmadığı takdirde durum bir tutanakla tespit edilir ve idareye bildirilir. Bu durumda geçici kabul yapılmamış sayılır (MAY m. 23).

Sözleşme konusu malların denetim, muayene ve testleri tamamlandığında, komisyonun olumlu raporu idarece kabul edilerek ödemeye ilişkin belgenin düzenlenmesinde esas alınır. Geçici kabulün söz konusu olduğu alımlarda ise, kesin kabul zamanı ihale dokümanında belirtilir. Kesin kabul zamanı geldiğinde yüklenici veya vekili bir dilekçe ile idareye başvurur. Bu başvuru üzerine, idarece kesin kabul teklif belgesi düzenlenerek geçici kabulü yapan komisyonca veya zorunlu hallerde yeni bir kabul komisyonu kurularak kabul işlemleri yapılır (MAY m. 25).

b- Hizmet Alımlarında Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri

Hizmet alımlarının muayene ve kabul işlemlerinde uyulması gereken usul ve esaslar 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği”¹⁷⁸ ile düzenlenmektedir. Ayrıca, KİSK’e göre sözleşmeye bağlanan hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel usul ve esasları belirlemek amacıyla KİK’in 53. maddesinin (b) fıkrasının 2. bendine dayanılarak “Hizmet İşleri Genel Şartnamesi”¹⁷⁹ hazırlanmıştır

¹⁷⁸ Çalışmamızda HAY kısaltması ile ifade edilecektir.

¹⁷⁹ Çalışmamızda HİGŞ kısaltması ile ifade edilecektir.

(HİGŞ m. 1). Hizmet İşleri Genel Şartnamesi, sözleşmelerin eki ve ayrılmaz parçası kabul edilmektedir (HİGŞ m. 2/3).

Şartname'nin 2. maddesi kapsam ve niteliği belirlemektedir. Buna göre, şartname KİK'e tabi idareler tarafından bu Kanun hükümlerine göre yaptırılan ve KİSK uyarınca götürü bedel veya teklif birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan "danışmanlık" dışındaki hizmet işlerini kapsar (HİGŞ m. 2/1). Yaklaşık maliyeti KİK'in 13. maddesinin (b) bendinin 1 numaralı alt bendinde belirtilen üst limit tutarının altında kalan hizmet işlerinde bu Genel Şartname'nin 2, 4, 5 ve 6. bölümlerinde yer alan hükümler, idareler tarafından uygulanmayabilir (HİGŞ m. 2/2).

Taahhüt konusu hizmet yerine getirilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz. Muayene ve kabul işlemlerinin hangi süre içinde tamamlanacağını sözleşme ve eklerinde belirtilmesi zorunludur (HAY m. 4).

Muayene ve kabul komisyonları, yetkili makam tarafından, biri başkan olmak üzere en az üç kişiden oluşturulur. İşin önemi ve özelliği dikkate alınarak komisyonun üye sayısı, toplam sayı tek olmak üzere yeteri kadar arttırılabilir (HAY m. 5/1). Bu komisyonlarda görevlendirilecek olanların tamamının işin uzmanı olması zorunludur. Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte uzman personel bulunmaması durumunda, KİK'e tabi idarelerden uzman personel görevlendirilebilir (HAY m. 5/2). İşin denetiminde bulunan kontrol teşkilatı üyeleri, muayene ve kabul komisyonlarında üye olarak görev alamaz. Ancak, kontrol teşkilatı üyelerinin muayene ve kabul komisyonu ile birlikte işyerinde, işyeri öngörülme-yen işlerde ise sözleşmesinde işin kabulü için belirlenen yerde hazır bulunması zorunludur (HAY m. 5/3).

Sözleşmeye bağlanan her türlü iş, idare tarafından görevlendirilen kontrol teşkilatının denetimi altında, yüklenici tarafından yönetilir ve gerçekleştirilir. Yüklenici, bütün işleri kontrol teşkilatının sözleşme ve eklerindeki hükümlere aykırı olmamak şartı ile vereceği talimata göre yapmak zorundadır (HİGŞ m. 26/1). Kontrol teşkilatının yetkileri sözleşmede belirtilir. Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kontrol teşkilatı işlerin yürütülmesiyle ilgili olarak her türlü denetim, malzeme,

işlerin ve sözleşmesinde onaya sunulması gerektiği belirtilen yüklenici personelinin onay veya reddi, ödeme miktarlarının tespiti, işlerin düzeltilmesi ve sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda talimat vermeye ve uygulamaya yetkili olup fesih, tasfiye, süre uzatımı, kabul, yüklenici nam ve hesabına iş yaptırma ve alt yüklenicileri onaylama hususlarında ise idareye görüş bildirir (HİGŞ m. 26/2).

Yüklenici tarafından kötü ve kusurlu yapıldıkları kesin olarak anlaşılan iş kısımlarını yeniden yaptırmak hususunda kontrol teşkilatı yetkilidir. Yüklenici, bu konuda kendisine yazılı olarak verilen talimat üzerine, belirlenen süre içinde söz konusu iş kısımlarını ayrıca bir bedel istemeksizin kaldırıp yeniden yapmak zorundadır. Bu hususta bir gecikme olursa sorumluluğu yükleniciye aittir (HİGŞ m. 26/6). Herhangi bir işin, kontrol teşkilatının denetimi altında yapılmış veya işe onay verilmiş olması, yüklenicinin üstlenmiş olduğu işi bütünüyle projelerine, sözleşme ve şartnamelerine, teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak hususundaki yükümlülüklerini ve bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (HİGŞ m. 27).

Yapılan işlerin her türlü sorumluluğu, kabul işlemlerinin idarece onaylanması tarihine kadar tümüyle yükleniciye aittir. Bu nedenle yüklenici, gerek malzemenin kötülüğünden ve gerekse işlerin kusur ve eksikliklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır (HİGŞ m. 33/1). Yüklenici bu zorunluluğa uymadığı takdirde, idare kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyecektir. Bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse, yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde idare, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerini bir başkasına yaptırarak bu yapılan işlerin bedeli için yüklenicinin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkilidir (HİGŞ m. 33/2). Yüklenicinin yaptığı işlerde, kabul tarihine kadar geçen zaman içinde, herhangi bir aksaklık görüldüğü takdirde, bu aksaklıklar yukarıda belirtildiği şekilde düzeltilip onarılmakla birlikte idare, işin niteliğine göre, aksaklığı tespit edilen bu gibi işlerin kabul işlemlerini uygun bir tarihe erteleyebilir. Bu takdirde kabulü ertelenen kısım için, idarenin uygun göreceği bir miktarda teminat alıkonulur. Yapılan işlerde, yüklenicinin kusurundan kaynaklanan ve

ivedilikle ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde, yüklenicinin o anda işle ilgilenip konuyu ele alması imkânı yoksa bu takdirde idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle yüklenici adına bu aksaklığı giderir (HİGŞ m. 33/3). Yüklenici, taahhütleri çerçevesinde kusurlu veya standartlara uygun olmayan malzeme seçilmesi, verilmesi veya kullanılması, tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan doğrudan sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yükleniciye ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca hakkında KİSK'in 27. maddesinin öngördüğü hükümler uygulanır (HİGŞ m. 33/4).

Muayene ve kabul komisyonu, kurulduğu tarihten itibaren on günü geçmemek üzere idarece belirlenen süre içinde işyerine, işyeri öngörülme-yen işlerde ise sözleşmesinde işin kabulü için belirlenen yere giderek yüklenici tarafından gerçekleştirilen işleri HİGŞ'nin 44 ila 49. maddelerine göre inceler, muayene eder ve işin niteliğinin ihtiyaç göstermesi halinde gerekli gördüğü kısımların incelemesini ve gerekli görürse işletme ve çalışma deneylerini yapar. Kabule engel bir durum bulunmadığı takdirde işin kabulünü yapar. Bu on günlük süre, gerekmesi halinde yetkili makam tarafından uzatılabilir (HAY m. 6).

Muayene ve kabul komisyonları eksiksiz olarak görev yapar ve kararlarını çoğunlukla alır. Kararlarda çekimser kalamaz. Çoğunluk kararına karşı olanlar, karşı olma nedenlerini kararın altına yazarak imzalamak zorundadır (HAY m. 7).

Sözleşme konusu iş tamamlandığında yüklenici yapılmış olan hizmet işinin kabulünün yapılması için idareye yazılı olarak başvuruda bulunur. Bu başvuru üzerine, kontrol teşkilatınca yapılan ön inceleme sonucunda işin kabule uygun bulunması halinde durum, "Hizmet İşleri Kabul Teklif Belgesi" düzenlenmek suretiyle yetkili makama bildirilir. Hizmet İşleri Kabul Teklif Belgesi'nin yetkili makama sunulduğu tarihten itibaren on günü geçmemek üzere idarece belirlenecek süre içinde yetkili makam tarafından Yönetmelik'in 5. maddesine göre muayene ve kabul komisyonu oluşturulur ve durum yükleniciye yazılı olarak bildirilir (HAY m. 8/1). Kontrol teşkilatı tarafından hizmette önemli ve hizmetin fonksiyonelliğini engellediği için idarenin ihtiyacını karşılama açısından kabul edilemez eksiklik veya

kusurların bulunduğu tespit edilirse durum idareye bildirilir ve kabul aşamasına geçilmeyerek HİGŞ'nin 44. maddesinin (a) fıkrası¹⁸⁰ hükümlerine göre hareket edilir (HAY m. 8/2).

Muayene ve kabul komisyonu işyerine giderek HİGŞ'nin 44- 49. maddelerinde yazılı hükümlere göre işi inceler, muayene eder ve gerekli gördüğü kısımların işletme ve çalışma deneylerini yapar (HAY m. 9/1). Temizlik, yemek, taşıma gibi

¹⁸⁰ “*Hizmetin kabulü*”

Madde 44- a) Belli bir çalışma sonrasında tamamlanarak ortaya çıkarılan hizmetlerde:

Sözleşme konusu iş tamamlandığında, yüklenici, işin teslim alınarak kabul işlemlerinin yapılmasını isteyen bir dilekçe ile idareye başvurur. Yapılan işler, idarece verilecek talimat üzerine kontrol teşkilatınca ön incelemeden geçirilir. Bu inceleme sonucunda kontrol teşkilatı işlerin durumunu inceleyerek mevcut haliyle sözleşme ve eklerinde belirtilen şartlara uygun olarak tamamlandığını veya tamamlanmamış olsa bile teslim alınması istenen işte, işin fonksiyonelliğine önemli ölçüde zarar verecek bir durumun olmadığını ve idarenin ihtiyacını karşılama açısından bu haliyle kabul edilebilir olduğunu tespit ederse, işin tamamlanmış veya listelenen eksiklikleri ile tamamlanmış sayılabileceğini idareye bildirir. Bu durumda idare en az üç kişiden oluşan bir kabul komisyonu kurar ve kabul aşamasına geçilir.

Ancak, kontrol teşkilatı tarafından işte önemli ve işin fonksiyonelliğini engellediği için idarenin ihtiyacını karşılama açısından kabul edilemez eksiklik veya kusurların bulunduğu tespit edilirse, bu durum idareye bildirilir ve kabul aşamasına geçilmez. İdare bu bildirim üzerine işin sözleşme ve eklerine uygun şekilde tamamlanması için yükleniciye nedenleri açıkça belirtilen en az yirmi gün süreli bir ihtarda bulunarak işlerin tamamlanmasını ister. Bu ihtardan sonra yüklenici işi süresi içinde kabul edilebilir hale getiremez ise sözleşme feshedilir. Bu tamamlama süresi, işin sözleşmesinde belirtilen sürenin aşılmasına neden olursa, yüklenici aşan sürede cezalı olarak çalışır.

Verilen bu sürede işin yapılması ve teslim için ikinci başvurunun yapılmasını müteakip, kontrol teşkilatı tekrar bir inceleme yapar ve kusur ve eksiklikleri giderilmiş haliyle işin sözleşme ve eklerinde belirtilen şartlara uygun olarak tamamlandığını veya tamamlanmamış olsa bile teslim alınması istenen işte, işin fonksiyonelliğine önemli ölçüde zarar verecek bir durumun olmadığını ve idarenin ihtiyacını karşılama açısından bu haliyle kabul edilebilir olduğunu, tespit ettiği eksiklikleri de gösteren bir liste ile idareye bildirir. Yüklenici veya vekili, yazı ile yapılacak çağrıya rağmen kabulde hazır bulunmazsa veya kabul tutanağını imzalamak istemezse tutanakta bu husus ayrıca belirtilir.

Yüklenicinin yaptığı işin süresinde tamamlandığı kontrol teşkilatı tarafından tespit edilmiş, ancak kabul komisyonunun işyerine gitmesi ve kabulü yapması herhangi bir nedenle gecikmiş ise kabul tutanağında işin gerçek bitiş tarihi belirtilir ve bu tarih, işin kabul tarihi olur.

Kabul komisyonu tarafından, yüklenici veya vekili ile birlikte, yapılacak muayene ve incelemeden sonra işin durumu uygun görüldüğü takdirde bir kabul tutanağı düzenlenir ve bunu yüklenici veya vekili de imzalar. Kabul komisyonu işin kabulüne ilişkin kusur ve eksikliklerin varlığını tespit ederse, gördüğü kusur ve eksikliklerin dökümünü gösterir bir liste düzenler ve bunların giderilmesi için gerekli olan süreyi belirler.

Kabul işlemleri sırasında sözleşmeye göre gerekli görülen teknik deneyler, istek halinde yüklenici tarafından yapılır veya yaptırılır.

Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse, bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliğin durumuna göre sözleşmesinde gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranı tutarında ceza uygulanır ve kabul tarihi eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme, sözleşmede belirtilen süreyi geçtiği takdirde idare, bu eksiklikleri üçüncü taraflara yaptırabilir. Bu işlerin bedeli yüklenicinin varsa alacaklarından veya teminatından kesilir. Bu takdirde eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir.

Kabul tarihi olarak esas alınacak tarih, işin kabule elverişli bir halde tamamlandığı tarih olup bunu kabul komisyonu tespit ederek tutanağa geçirir.

Garanti dönemi olan işler için bu kabul ön kabul olarak tespit edilir ve garanti dönemi sonunda kabul yapılır.

Kabul işleminin tamamlanması sonucunda yapılmış işleri ayrıntılı olarak (gerekli durumlarda iş kalemlerini gösteren bir liste halinde) gösteren bir kabul belgesi düzenlenir.”

aynı hizmetin belli periyotlarla tekrarlanması suretiyle ifa edilen sürekli nitelikli işlerde kontrol teşkilatının, işin yürütülmesi sırasında tuttuğu kayıtlar esas alınarak HİGŞ'nin 44. maddesinin (b) fıkrasındaki¹⁸¹ hükümlere göre kabul işlemleri gerçekleştirilir (HAY m. 9/2). Muayene ve kabul komisyonu, yaptığı inceleme ve muayene sonunda işi kabule hazır bulduğu takdirde, “Kabul Tutanağı”nı yeterli sayıda düzenler. Bu tutanak yüklenici tarafından imzalanır (HAY m. 9/3).

Kabul sırasında tespit edilen kusur ve noksanlıkların kabul yapılmasına engel olmayacak nitelikte bulunması halinde kabul tutanağı düzenlenir. Ancak kusur ve noksanlıklar tutanakta açıkça gösterilir ve tamamlanmaları için verilen süre tutanakta belirtilir. Bu şekilde tanzim edilen tutanaktan birer nüsha kontrol teşkilatına ve yükleniciye verilir. Kabul tutanağı, kusur ve noksanlıkların tamamlandığının kontrol teşkilatı tarafından tespit edilmesi ve bu tespitin tutanağın altına yazılmasından sonra işleme konulur (HAY m. 10/a).

Kabul sırasında tespit edilen kusur ve noksanlıklar kabule engel olacak nitelikte bulunduğu takdirde, kabulü engelleyen kusur ve eksiklikler bir tutanakla tespit edilir ve kabul işlemi yapılmaksızın kusur ve eksikliklerin giderilmesi için bir süre belirlenerek durum idareye bildirilir. Kabul muayenesi noksan ve kusurların giderilmesinden sonraya bırakılır. İdare bu kusur ve eksikliklerin giderilmesi hususunu yükleniciye bildirir. Muayene ve kabul komisyonunca öngörülen sürede kusur ve noksanlıklar yüklenici tarafından tamamlanmadığı durumda, idare HİGŞ'nin 44. madde hükümlerine göre kusur ve noksanlıkları yüklenici nam ve hesabına tamamlatır veya eksik işler için tespit edilen bedel yüklenici için alacaklarından, yetmezse teminatından tahsil edilerek kabul işlemi tekemmül ettirilir (HAY m. 10/b).

Kabul tutanağı yetkili makam tarafından onaylandıktan sonra geçerli olur ve kabul işlemi tamamlanmış sayılır. Kabul tutanağının yetkili makam tarafından

¹⁸¹ **“b- Sürekli Nitelikteki İşlerde:**

Kontrol teşkilatının Genel Şartname gereğince tuttuğu kayıtlar ile yükleniciye yapılan ödemelere ilişkin belge ve kayıtlar idarece (a) fıkrasında öngörüldüğü şekilde kurulan kabul komisyonu tarafından esas alınır. Kabul komisyonu, yüklenicinin yapılan iş nedeniyle idareye karşı herhangi bir yükümlülüğünün kalmadığına karar verirse, üç nüshalı bir kabul belgesi düzenler ve bir nüshasını yükleniciye verir. Eğer yüklenicinin idareye karşı olan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmediği tespit edilirse, buna ilişkin sözleşmesinde belirtilen ceza ve kesintiler uygulanır ve kabul belgesi bundan sonra verilir.”

onaylanmasından sonra yüklenicinin sözleşme konusu işten dolayı idareye karşı, herhangi bir sorumluluğu kalmaz. Ancak KİSK'in 13. ve 34. maddeleri ile HİGŞ'nin 13. maddesindeki gizlilikle ilgili hükümler saklıdır (HAY m. 11).

İhale dokümanında belirtilmiş olması şartıyla, taahhüt konusu işin tamamlanmış bölümleri için kısmi kabul yapılabilir. Kısmi kabul yapılan bölümler için bu Yönetmelik esasları aynen uygulanır (HAY m. 12). Sözleşme çerçevesinde yapılan işlerin kısım kısım ve değişik zamanlarda tamamlanacağı sözleşmede gösterilmişse tamamlanan her kısım için, sözleşmede başkaca bir kayıt olmadığı takdirde, 44. maddede belirtilen şekilde işlem yapılır. Sözleşmede belirlenen tarihte, işin tamamlandığının tespit edilebilmesi ve kabul işleminin yapılabilmesi için yüklenicinin idareye zamanında başvurması gereklidir (HİGŞ m. 45).

İşin süresinden önce bitirilmesi durumunda, yüklenicinin başvurusu üzerine, idarenin uygun görmesi ve ek maliyet getirmemesi halinde, işin sözleşmesindeki bitim tarihini beklemeksizin bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak işin kabulünü yapabilir (HAY m. 13). Taahhüdün sözleşmede tespit edilmiş süreden önce tamamlaması halinde, yüklenicinin isteği üzerine, idare sözleşmedeki bitim tarihini beklemeksizin "Kabul İşlemleri ve Kesin Ödeme" bölümünde belirlenen usullere uygun olarak kabul işlemlerini tamamlar (HİGŞ m. 36).

Kabul için yapılan incelemede, giderilmesi mümkün olmayan veya zaman kaybını gerektiren ancak işin teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen kusur ve eksiklikler tespit edilecek olursa, yüklenicinin hak ediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartıyla, iş idare tarafından yüklenicinin hak ediş veya teminatından iş değerindeki azalma, kusur ve eksikliğin fazladan doğuracağı bakım ve onarım giderleri ile diğer giderler de dikkate alınarak belirlenecek uygun bir bedel kesilerek bu haliyle kabul edilebilir. İşin kusur ve eksiklikleri karşılığı olmak üzere, bir bedelin kesilerek kabul edilmesi yükleniciyi varsa garanti yükümlülüklerinden kurtarmaz. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve

gidermek zorundadır (HİGŞ m. 47). Bu durumda, eksik kabul edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşumuna sebebiyet vermez¹⁸².

c- Danışmanlık Hizmet Alımlarında Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri

Danışmanlık hizmet alımlarının muayene ve kabul işlemlerinde uyulması gereken usul ve esaslar 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesine dayanılarak hazırlanan ve 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği”¹⁸³ ile düzenlenmektedir.

Muayene ve kabul komisyonları, yetkili makam tarafından, biri başkan olmak üzere en az üç kişiden oluşturulur. Hizmetin önemi ve özelliği dikkate alınarak komisyonun üye sayısı toplam sayı tek olmak üzere yeteri kadar arttırılabilir (DHAY m. 5/1). Bu komisyonlarda görevlendirilecek olanların tamamının danışmanlık konusu hizmetin uzmanı olması zorunludur. Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya hizmetin özelliğine uygun nitelikte uzman personel bulunmaması durumunda, 4734 sayılı Kanun’a tabi idarelerden uzman personel görevlendirilebilir (DHAY m. 5/2). Hizmetin denetiminde bulunan kontrol teşkilatı personeli, muayene ve kabul komisyonlarında üye olamaz. Ancak, kontrol teşkilatı personelinin hizmetin kabulü sırasında hazır bulunması zorunludur (DHAY m. 5/3). Muayene ve kabul komisyonları eksiksiz olarak görev yapar ve kararlarını çoğunlukla alır. Kararlarda çekimser kalinamaz. Çoğunluk kararına karşı olanlar, karşı olma nedenlerini kararın altına yazarak imzalamak zorundadır (DHAY m. 7).

Kural olarak, taahhüt konusu danışmanlık hizmeti yerine getirilmedikçe veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz (DHAY m. 4/1). Muayene ve kabul komisyonu, kurulduğu tarihten itibaren on günü geçmemek üzere idarece belirlenen sürede hizmetin kabulünü yapar (DHAY m. 6).

¹⁸² AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 66; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 323.

¹⁸³ Çalışmamızda DHAY kısaltması ile ifade edilecektir.

Sözleşme konusu hizmet tamamlandığında yüklenici hizmetin kabulünün yapılması için idareye yazılı olarak başvuruda bulunur (DHAY m. 8/1). Bu başvuru üzerine, kontrol teşkilatınca yapılan ön inceleme sonucunda hizmetin mevcut haliyle sözleşme ve eklerinde belirtilen şartlara uygun olarak tamamlandığı veya tamamlanmamış olsa bile teslim alınması istenen işte, işin fonksiyonelliğine önemli ölçüde zarar verecek bir durumun olmadığı ve idarenin ihtiyacını karşılama açısından bu haliyle kabul edilebilir olduğu tespit edilirse, “Danışmanlık Hizmet Alımları Kabul Teklif Belgesi” düzenlenmek suretiyle yetkili makama bildirilir. Danışmanlık Hizmet Alımları Kabul Teklif Belgesi’nin yetkili makama sunulduğu tarihten itibaren on günü geçmemek üzere idarece belirlenecek sürede yetkili makamca, muayene ve kabul komisyonu oluşturulur ve durum yükleniciye yazılı olarak bildirilir (DHAY m. 8/2).

Kontrol teşkilatı tarafından gerçekleştirilen hizmette önemli ve işin fonksiyonelliğini engellediği için idarenin ihtiyacını karşılama açısından kabul edilemez eksiklik veya kusurların bulunduğu tespit edilirse durum idareye bildirilir ve kabul aşamasına geçilmez. İdare, bu bildirim üzerine hizmetin sözleşme ve eklerine uygun şekilde tamamlanması için yükleniciye nedenleri açıkça belirtilen en az yirmi gün süreli bir ihtarda bulunarak hizmetin tamamlanmasını ister. Bu ihtardan sonra yüklenici hizmeti süresi içinde kabul edilebilir hale getiremez ise sözleşme feshedilir. Bu tamamlama süresi, sözleşmenin süresinin aşılmasına neden olursa, aşan süre cezalı olarak çalışılır (DHAY m. 8/3).

Verilen bu sürede eksikliklerin giderilerek kabul için yüklenici tarafından ikinci başvurunun yapılmasını müteakip, kontrol teşkilatı tekrar bir inceleme yapar ve kusur ve eksiklikleri giderilmiş haliyle hizmetin sözleşme ve eklerinde belirtilen şartlara uygun olarak tamamlandığını veya tamamlanmamış olsa bile teslim alınması istenen işte, işin fonksiyonelliğine önemli ölçüde zarar verecek bir durumun olmadığını ve idarenin ihtiyacını karşılama açısından bu haliyle kabul edilebilir olduğunu tespit ettiği eksiklikleri de gösteren bir listenin eklendiği “Danışmanlık Hizmetleri Kabul Teklif Belgesi” düzenlemek suretiyle yetkili makama bildirir (DHAY m. 8/4).

Muayene ve kabul komisyonu hizmeti inceler, muayene eder. Yapılan inceleme ve muayene sonunda hizmeti kabule hazır bulduğu takdirde, “Kabul Tutanağı”nı yeterli sayıda düzenler (DHAY m. 9/1). Sürekli nitelikteki hizmetlerde, kontrol teşkilatının işin yürütülmesi sırasında tuttuğu kayıtlar ile yükleniciye yapılan ödemelere ilişkin belgeler esas alınır. Kabul komisyonu, yüklenicinin idareye karşı herhangi bir yükümlülüğünün olmadığını tespit ederse kabul tutanağını düzenler (DHAY m. 9/2).

İhale dokümanında belirtilmiş olması şartıyla, taahhüt konusu hizmetin tamamlanmış bölümleri için kısmi kabul yapılabilir (DHAY m. 12/1).

Kabul sırasında tespit edilen kusur ve noksanlıkların kabul yapılmasına engel olmayacak nitelikte bulunması halinde kabul tutanağı düzenlenir. Ancak kusur ve noksanlıklar tutanakta açıkça gösterilir ve tamamlanmaları için verilen süre tutanakta belirtilir. Bu şekilde tanzim edilen tutanaktan birer nüsha kontrol teşkilatına ve yükleniciye verilir. Kabul tutanağı, kusur ve noksanlıkların tamamlandığının kontrol teşkilatı tarafından tespit edilmesi ve bu tespitin, tutanağın altına yazılmasından sonra işleme konulur (DHAY m. 10/1-a). Kabul sırasında tespit edilen kusur ve noksanlıklar kabule engel olacak nitelikte bulunduğu takdirde ise, kabulü engelleyen kusur ve eksiklikler bir tutanakla tespit edilir ve kabul işlemi yapılmaksızın kusur ve eksikliklerin giderilmesi için bir süre belirlenerek durum idareye bildirilir. Kabul muayenesi noksan ve kusurların giderilmesinden sonraya bırakılır. İdare bu kusur ve eksikliklerin giderilmesi hususunu yükleniciye bildirir (DHAY m. 10/1-b).

Muayene ve kabul komisyonunca tespit olunan sürede kusur ve noksanlıklar yüklenici tarafından tamamlanmadığı durumda, bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde belirtilen ceza uygulanır ve kabul tarihi eksikliklerin giderilmesi tarihine kadar ertelenir. Ancak bu gecikme sözleşmede belirtilen süreyi geçtiği takdirde idare, bu eksiklikleri üçüncü taraflara yaptırabilir. Bu eksik hizmetlerin bedeli, yüklenicinin varsa alacaklarından veya teminatından kesilir. Bu takdirde eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir (DHAY m. 10/2).

Kabul tutanağı yetkili makam tarafından onaylandıktan sonra geçerli olur ve kabul işlemi tamamlanmış sayılır (DHAY m. 11/1). Kabul tutanağının yetkili makam tarafından onaylanmasından sonra yüklenicinin sözleşme konusu hizmetten dolayı idareye karşı herhangi bir sorumluluğu kalmaz (DHAY m. 11/2).

d- Yapım İşlerinde Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri

Yapım işlerinde muayene ve kabul işlemlerinde uyulması gereken usul ve esaslar, KİK'in 53. maddesine dayanılarak hazırlanan ve 04.03.2009 tarihli ve 27159 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği"¹⁸⁴ ile düzenlenmektedir. Ayrıca, KİSK'e göre sözleşmeye bağlanan yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel usul ve esasları belirlemek amacıyla KİK'in 53. maddesinin (b) fıkrasının 2. bendine dayanılarak "Yapım İşleri Genel Şartnamesi"¹⁸⁵ hazırlanmıştır (YİĞŞ m. 1).

Yapım İşleri Genel Şartnamesi, KİK'e tabi idareler tarafından bu Kanun hükümlerine göre ihalesi yapılan ve KİSK'e göre anahtar teslimi götürü bedel veya birim fiyat sözleşmeye bağlanan yapım işlerini kapsar (YİĞŞ m. 2).

Sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işi, idare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin denetimi altında yüklenici tarafından yönetilir ve gerçekleştirilir (YİĞŞ m. 15/1). Herhangi bir işin yapı denetim görevlisinin denetimi altında yapılmış olması yüklenicinin, üstlenmiş olduğu işi bütünüyle projelerine, sözleşme ve şartnamelerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak hususundaki yükümlülüklerini ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (YİĞŞ m. 15/2).

Yüklenici projelerde kendiliğinden hiç bir değişiklik yapamaz. Proje ve şartnamelere uymayan, eksik ve kusurlu oldukları tespit edilen işleri yüklenici, yapı denetim görevlisinin talimatı ile belirlenen süre içinde bedelsiz olarak değiştirmek veya yıkip yeniden yapmak zorundadır. Bundan dolayı bir gecikme olursa sorumluluğu yükleniciye aittir (YİĞŞ m. 24/1). Yapı denetim görevlisi, yüklenici tarafından yapılmış olan işin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunu veya malzemenin şartnamesine uygun olmadığını gösteren delil ve işaretler gördüğü takdirde, gerek

¹⁸⁴ Çalışmamızda YİY kısaltması ile ifade edilecektir.

¹⁸⁵ Çalışmamızda YİĞŞ kısaltması ile ifade edilecektir.

işin yapımı sırasında ve gerekse kesin kabule kadar olan sürede bu gibi eksiklerin hataların ve kusurların incelenmesi ve tespiti için gerekli görülen yerlerin kazılmasını veya yıkılıp yeniden yapılmasını yükleniciye tebliğ eder (YİGŞ m. 25/1).

Taahhüt konusu yapım işinin her türlü sorumluluğu, kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanacağı tarihe kadar tamamen yükleniciye aittir. Yüklenici, gerek malzemenin şartnameye uygun olmamasından ve gerekse yapım işlerinin kusur ve eksiklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır (YİGŞ m. 26/1). Yüklenici bu zorunluluğa uymadığı takdirde idare, kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyecektir. Bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde idare, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerini, bütün giderleri yükleniciye ait olmak üzere KİK'te gösterilen usullerden biri ile yaptırabilir. İdare bu işler için yüklenicinin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkilidir (YİGŞ m. 26/2). İdare, yüklenicinin yaptığı işlerde kesin kabul tarihine kadar geçen zaman içinde herhangi bir aksaklık gördüğü takdirde, bu aksaklıkları yukarıda belirtildiği şekilde düzelttirip onarmakla birlikte, işin niteliğine göre aksaklığı tespit edilen yapım işlerinin kesin kabul işlemlerini uygun bir tarihe erteleyebilir. Bu takdirde kabulü ertelenen kısım için, idarenin uygun göreceği bir miktarda teminat alıkonur (YİGŞ m. 26/3). Yapılan işlerde yüklenicinin kusurundan kaynaklanan ve acilen ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde, yüklenicinin o anda işle ilgilenip konuyu ele alması imkânı yoksa bu takdirde idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle yüklenici adına bu aksaklığı giderir. Yüklenicinin tebligat adresinde bulunamaması veya işe ilgi göstermemesi halinde idare, yüklenici hesabına aksaklığı giderip gerekli tedbirleri alır ve yüklenicinin bu uygulamaya itiraz hakkı olmaz (YİGŞ m. 26/4). Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere

ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında KİSK'ın 27. maddesi hükümleri uygulanır (YİGŞ m. 26/5).

Geçici veya kesin kabul komisyonları, yetkili makam tarafından, biri başkan olmak üzere en az üç kişiden oluşturulur. İşin önemi ve özelliği dikkate alınarak komisyonun üye sayısı, toplam sayı tek olmak üzere yeteri kadar arttırılabilir (YİY m. 3/1). Bu komisyonlarda görevlendirilecek olanların tamamının teknik eleman olması zorunludur. Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte teknik eleman bulunmaması durumunda, KİK kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarından teknik eleman görevlendirilebilir (YİY m. 3/2). İşin denetiminde bulunan yapı denetim görevlisi muayene ve kabul komisyonlarında görev alamaz. Ancak, bu görevlilerin kabul çalışmaları sırasında işyerinde hazır bulunması zorunludur (YİY m. 3/3).

Geçici kabul komisyonu, kurulmasından itibaren en geç 10 gün içinde işyerine giderek yüklenici tarafından gerçekleştirilen işleri YİGŞ'nin 41. maddesine¹⁸⁶ göre

¹⁸⁶ **“Geçici kabul**

Madde 42- Sözleşme konusu iş tamamlandığında, yüklenici idareye vereceği dilekçe ile (faksla da olabilir) geçici kabul isteğinde bulunur. Yapılan işler, idarece verilecek talimat üzerine yapı denetim görevlisince ön incelemeden geçirilir. Ön inceleme sonucunda işin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığı ve kabul işlemlerinin yapılmasında bir engel bulunmadığı anlaşılırsa idarece geçici kabul komisyonu oluşturulur. İş kabule hazır değilse, eksik ve kusurlu işleri gösteren tutanak, yapı denetim görevlisinin işin kabule hazır hale gelmesi bakımından yaklaşık bitim tarihini tespit eden düşüncesiyle birlikte en geç üç gün içerisinde idareye gönderilir. Yüklenici veya vekili hazır bulunmazsa veya kabul tutanağını imzalamak istemezse tutanakta bu husus ayrıca belirtilir.

Kabul komisyonunun oluşturulması ve işyerine gönderilebilmesi, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmamasına bağlıdır. Bu oranı geçmeyen kusur ve eksiklikler, aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmalıdır.

Kabul komisyonu tarafından, yüklenici veya vekili ile birlikte, yapılacak incelemelerden sonra işin durumu uygun görüldüğü takdirde bir kabul tutanağı düzenlenir ve bunu yüklenici veya vekili de imzalar.

Yüklenici veya vekili, yazı ile yapılacak çağrıya rağmen kabulde hazır bulunmazsa veya kabul tutanağını imzalamak istemezse tutanakta bu husus ayrıca belirtilir.

Kabul komisyonu gerçekleştirilen işlerin nev'ini, niteliğini, sözleşme ve ekleri ile teknik gereklere ve iş sırasında onaylanan değişikliklere uygunluğunu ve kabule hazır olup olmadığını inceler. Bu inceleme sonucunda komisyon, nitelikleri yukarıda belirtilen kusur ve eksikliklerin varlığını tespit ederse, kabul tutanağını yapmakla birlikte, gördüğü kusur ve eksikliklerin ayrıntısını gösterir bir liste düzenler ve bunların giderilmesi için gerekli olan süreyi tespit eder.

Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir.

Geçici kabul tarihi olarak esas alınacak tarih, işin geçici kabule elverişli bir halde tamamlandığı tarih olup bunu geçici kabul komisyonu tespit ederek tutanağa geçirir. Ancak yüklenici tarafından

inceler, muayene eder ve gerekli gördüğü kısımların işletme ve çalışma deneylerini yapar. Geçici kabule engel bir durum bulunmadığı takdirde, işin geçici kabulünü yapar (YİY m. 4/1). Kesin kabul komisyonu, kurulmasından itibaren en geç 10 gün içinde işyerine giderek yüklenici tarafından gerçekleştirilen işleri YİGŞ'nin 41 ve 44. maddelerine göre inceler, muayene eder ve gerekli gördüğü kısımların işletme ve çalışma deneylerini yapar. Kesin kabule engel bir durum bulunmadığı takdirde, işin kesin kabulünü yapar (YİY m. 4/2). Yukarıda belirtilen süreler, gerekmesi halinde yetkili makam tarafından uzatılabilir (YİY m. 4/3).

Geçici kabul ile kesin kabul arasında geçecek süre teminat süresidir. Yapım işlerinde teminat süresi, sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa on iki aydan az olamaz. Ancak sözleşme kapsamında yapım işiyle birlikte ifası istenen montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait

tamamlanması ve düzeltilmesi gereken eksik ve kusurlardan, teknik bakımdan tamamlandıktan sonra bir deneme süresi geçirmesi gerekenler varsa, bu kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihinden başlayarak kesin kabule kadar geçmesi gereken süreyi de kabul heyeti belirleyerek tutanağa yazar.

Geçici kabul tutanağı, idarece onaylandıktan sonra geçerli olur. Geçici kabulün yapılmasını müteakip yapının işgal edilmesi, işin kesin kabulü mana ve hükmünü tazammun etmez.

Aynı sözleşme çerçevesinde bulunan yapım işlerinin kısım kısım ve değişik zamanlarda tamamlanacağı sözleşmesinde öngörülmüşse, taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bu kısımları için idarenin isteği üzerine işin bütününe geçici kabulünü tazammun etmemek şartıyla kısmı kabul yapılabilir.

Sözleşmenin belirlediği tarihte, işin tamamlandığının tespit edilebilmesi ve kabul işleminin yapılabilmesi için yüklenicinin idareye zamanında başvurusu gereklidir.

Yüklenici başvurusunda gecikmiş olursa veyahut işi süresinde kabule elverişli duruma getirememişse sözleşmeye göre işin bitmesi gereken tarihte yapı denetim görevlisi veya idarece görevlendirilecek iki eleman tarafından iş yerinde incelenerek o günkü durum bir tutanakla tespit edilir. Bu inceleme sırasında yüklenicinin veya vekilinin de hazır bulunması gereklidir. Yükleniciye yapılacak tebligata rağmen kendisi veya vekili gelmezse yapı denetim görevlisi veya idare bu incelemeyi tek taraflı olarak yapar ve düzenlenen tutanakta bu husus belirtilir.

İşte kusur ve eksikliklerin varlığı halinde bunların giderilmesi için belirlenen sürenin sonunda, yüklenici bulunsun veya bulunmasın, aynı şekilde durum, yapı denetim görevlisi tarafından düzenlenecek bir tutanakla tespit edilir.

Yüklenicinin yaptığı işin süresinde tamamlandığı yapı denetim görevlisi tarafından tespit edilmiş, ancak kabul komisyonunun iş yerine gitmesi ve kabulü yapması herhangi bir nedenle gecikmiş ise kabul tutanağında işin gerçek bitiş tarihi belirtilir ve bu, işin geçici kabul tarihi olur.

Sözleşmeye göre gerekli görülen yükleme deneyi veya buna benzer diğer teknik deneyler, istek halinde yüklenici tarafından yapılır veya yaptırılır.

Kabul komisyonu, yüklenicinin yaptığı işte tereddüt doğuran durumlar görürse, durumun tahkiki için, sözleşmede yazılı olmasa bile, her türlü giderleri yükleniciye ait olmak üzere yükleme ve benzeri deneylerin yapılmasını isteyebilir.

Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa yüklenicinin hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile iş idare tarafından bu hali ile kabul edilebilir. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır.

Yapım işlerinin kabul işlemlerinde, varsa sözleşmelerindeki özel hükümler de göz önünde bulundurulur.

İşin süresinden önce bitirilmesi halinde, yüklenicinin isteği üzerine, idare sözleşmedeki iş bitim tarihini beklemeksizin yukarıdaki usullere uygun olarak işin kabulünü yapabilir."

teminat ve/veya garanti süreleri işlerin özelliğine göre arttırılabilir veya eksiltilebilir. Bu süreler sözleşme veya eklerinde belirtilir (YİGŞ m. 43/1). İşin sözleşmede öngörülen bitim tarihinden önce bitirilmesi ve iş bitim tarihini beklemeksizin işin kabulünün yapılması halinde, teminat süresi geçici kabul itibar tarihinden itibaren başlar (YİGŞ m. 43/2). Kısmi geçici kabulü yapılan müstakil kullanıma elverişli bölümlerin teminat süresi kısmi geçici kabul tarihinden itibaren başlar ve teminat süresi sonunda işin tümünün kesin kabulünün yapılması için şartlar oluşmamış ise, kısmi geçici kabulü yapılmış iş kısmının teminat süresi sona erer (YİGŞ m. 43/3).

Muayene ve kabul komisyonları eksiksiz olarak görev yapar ve kararlarını çoğunlukla alır. Kararlarda çekimser kalınmaz. Çoğunluk kararına karşı olanlar, karşı olma nedenlerini kararın altına yazarak imzalamak zorundadır (YİY m. 5).

Taahhüt edilen iş, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere uygun olarak tamamlandığında yüklenici idareye geçici kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur (YİY m. 6/1). Zorunlu bir neden olmadığı takdirde, başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içinde iş, yapı denetim görevlisi tarafından ön incelemeye tabi tutulur. İnceleme sonucu işin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığının ve kabul işleminin yapılmasında YİGŞ'ne göre bir engel bulunmadığının anlaşılması durumunda, yapı denetim görevlisi "Geçici Kabul Teklif Belgesi"ni düzenler ve yetkili makama gönderir. Yetkili makam, en geç on gün içinde Geçici Kabul Komisyonu'nu oluşturur (YİY m. 6/2). Geçici kabul komisyonu işyerine giderek yüklenici tarafından yapılan işleri aşağıda belirtilen esaslara göre muayene eder ve inceler:

a) Komisyon, yapmış olduğu inceleme ve muayene sonucunda işi geçici kabule hazır bulduğu takdirde, işin genel durumuna ilişkin görüşleri ile uygun göreceği diğer kayıt ve şartları belirten "Geçici Kabul Tutanağı"ni düzenler. Bu tutanak komisyon üyeleri ve yüklenici tarafından imzalanır. Kabulün imzalandığı tarih geçici kabul tarihi olarak kabul edilir.

b) Komisyon, kabule engel nitelikte olmamakla birlikte yapılan işte kusur ve noksanlıklar tespit ederse;

1) Bu eksiklikleri bir tutanakta belirtir ve görülen kusur ve noksanlıkların giderilerek tamamlanması için işin özelliğine göre yeterli süreyi belirler. Bu hususa ilişkin tanzim edilen tutanaktan birer nüsha yapı denetim görevlisine ve yükleniciye verilir,

2) Tespit edilen noksan ve kusurlar tamamlandığında, yapı denetim görevlisi ile yüklenici tarafından durum, bir tutanağa bağlanarak yetkili makama gönderilir,

3) Söz konusu noksan ve kusurlar komisyonca belirlenen süre içinde tamamlanmadığı takdirde, yapı denetim görevlisi tarafından YİGS'nin 41. maddesi hükümleri uygulanır.

c) Komisyon, yapmış olduğu inceleme ve muayene sonucunda işi geçici kabule hazır bulmadığı takdirde, durumu bir tutanakla tespit eder ve idareye bildirir. Bu durumda geçici kabul yapılmamış sayılır (YİY m. 7).

Yüklenicinin taahhüdündeki işi sözleşmesinde veya idare tarafından verilen en son süre uzatım kararında öngörülen iş bitim tarihinde tamamladığı yapı denetim görevlisi tarafından yapılan ön incelemede tespit edilmiş olması şartıyla, kabul komisyonunun iş yerine geç gitmesi ve kabul işlemini geç yapması halinde, kabul tutanağında itibar tarihi olarak işin fiilen bitmiş olduğu tarih gösterilir ve bu tarih, işin geçici kabul tarihi kabul edilir (YİY m. 8).

Geçici kabul tutanağı yetkili makam tarafından onaylandıktan sonra geçerli olur ve geçici kabul yapılmış sayılır (YİY m. 9).

Kesin kabul için öngörülen süre tamamlandığında, yüklenici idareye kesin kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur. Bu başvuru üzerine, yapı denetim görevlisi veya idarece görevlendirilen teknik eleman tarafından yapılan inceleme sonucunda işin kesin kabule uygun bulunması halinde, “Kesin Kabul Teklif Belgesi” hazırlanır. Kesin kabul teklif belgesinin hazırlandığı tarihten itibaren en geç on gün içinde yetkili makamca kesin kabul komisyonu oluşturulur ve durum yükleniciye yazılı olarak bildirilir (YİY m. 10).

Kesin kabul komisyonu işyerine giderek YİĞŞ'nin 41 ve 44.¹⁸⁷ maddelerinde yazılı hükümlere göre işi inceler, muayene eder ve gerekli gördüğü kısımların işletme ve çalışma deneylerini yapar. Kesin kabul komisyonu, yaptığı inceleme ve muayene sonunda işi kesin kabule hazır bulduğu takdirde, “Kesin Kabul Tutanağı”nı düzenler. Bu tutanak komisyon üyeleri ve yüklenici tarafından imzalanır (YİY m. 11).

Kesin kabul sırasında tespit edilen kusur ve noksanlıkların kabul yapılmasına engel olmayacak nitelikte bulunması halinde, kesin kabul tutanağı düzenlenir. Ancak, kusur ve noksanlıklar tutanakta açıkça gösterilir ve tamamlanmaları için verilen süre tutanakta belirtilir. Bu şekilde tanzim edilen tutanaktan birer nüsha yapı denetim görevlisine ve yükleniciye verilir. Kesin kabul tutanağı, kusur ve noksanlıkların tamamlandığının yapı denetim görevlisi ile yüklenici tarafından tespit edilerek tutanağa bağlanması ve bu tutanağın yetkili makama gönderilmesinden sonra işleme konulur (YİY m. 12/1). Kesin kabul sırasında tespit edilen kusur ve noksanlıklar kesin kabule engel olacak nitelikte bulunduğu takdirde; kabulü engelleyen kusur ve eksiklikler bir tutanakla tespit edilir ve kesin kabul işlemi

¹⁸⁷ “**Kesin kabul**

Madde 45- Kesin kabul için belirlenen tarihte, yüklenicinin yazılı müracaatı üzerine, kesin kabul komisyonu oluşturularak geçici kabuldeki esas ve usullerle kesin kabul yapılır.

Geçici ve kesin kabuller arasında, yüklenici tarafından yapılması gereken, sürekli bakım niteliğindeki işlerin sözleşme uyarınca yapılıp yapılmadığı kabul komisyonu tarafından incelenerek tespit olunur.

Devamlı bakım hususunda yüklenicinin herhangi bir yükümlülüğü yoksa kesin kabul komisyonu, geçici kabul sırasında iyi durumda ve kabule elverişli olduğu tespit edilmiş olan işlerde teminat süresince kullanıma sonucunda meydana gelen normal aşınma ve eksilmeden doğan durumlar haricinde, işin fen ve sanat kurallarına uygun yapılmamasından kaynaklanabilecek herhangi bir bozukluğun veya geçici kabulden sonra ortaya çıkan bir kusurun olup olmadığını inceler.

Teminat süresi içinde yüklenicinin, bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğu ve kendisine yüklenebilecek kesin kabulü engelleyecek bir kusur ve eksiklik görülmediği takdirde kesin kabul tutanağı düzenlenir.

Eğer bu süre içinde, sorumluluğu yükleniciye atfedilmeyecek bir kusur veya eksiklik tespit edilmişse bu da tutanakta ayrıca belirtilir.

İşin kesin kabulüne engel herhangi bir durum görüldüğü takdirde, kabulü engelleyen kusur ve eksikler kabul komisyonu tarafından bir tutanakla tespit edilir ve kesin kabul işlemi yapılmaksızın kusur ve eksiklerin giderilmesi için bir süre belirlenerek durum idareye bildirilir. İdare bu kusur ve eksiklerin tutanakta belirlenen süre içerisinde giderilmesi hususunu yükleniciye tebliğ eder. Kusur ve eksiklerin yüklenici tarafından giderildiği idarece tespit edildiğinde kabul işlemi sonuçlandırılır.

Yüklenici teminat süresi veya yukarıdaki fıkrada söz konusu edilen süre sonunda, idarenin kabul edebileceği gecikmeler dışında, sözleşme ve şartname hükümlerine göre işi kesin kabule elverişli duruma getirmeyerek bir gecikmeye yol açmış ise, idare ya yükleniciye 42 inci maddede belirtilen şekilde ceza uygulayarak eksik ve kusurların giderilmesini bekler, ya da gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam etmekle birlikte kusur ve eksiklikleri yüklenici hesabına kendisi giderir.

İdare, gerek kusur ve eksikliklerin yüklenici hesabına giderilmesi bedellerini, gerekse vukuunda belirtilen bekleme cezalarını yüklenicinin hakedişinden, hakedişi kalmamışsa teminatından kesmeye yetkilidir.

Kesin kabul tutanağının yetkili makam tarafından onaylanması ile kesin kabul işlemi tamamlanmış olur.”

yapılmaksızın kusur ve eksikliklerin giderilmesi için bir süre belirlenerek durum idareye bildirilir. Kesin kabul muayenesi noksan ve kusurların giderilmesinden sonraya bırakılır. İdare, bu kusur ve eksikliklerin giderilmesi hususunu yükleniciye bildirir (YİY m. 12/2). Her iki halde de komisyonca tespit olunan sürelerde kusur ve noksanlıklar yüklenici tarafından tamamlanmadığı durumda idare, YİGŞ'nin 41. ve 44. maddelerine göre kusur ve noksanlıkları yüklenici nam ve hesabına tamamlatır (YİY m. 12/3).

Kesin kabul tutanağı yetkili makam tarafından onaylandıktan sonra geçerli olur ve kesin kabul yapılmış sayılır. Kesin kabul tutanağının yetkili makam tarafından onaylanmasından sonra yüklenicinin sözleşme konusu işten dolayı idareye karşı herhangi bir sorumluluğu kalmaz. Ancak KİSK'in 13. ve 30. maddeleri hükümleri saklıdır (YİY m. 13).

İhale dokümanında belirtilmiş olması şartıyla taahhüt konusu işin tamamlanmış ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için, işin bütününün geçici kabulünün yapılmış anlamına gelmemek kaydıyla kısmi geçici kabul yapılabilir. Kısmi geçici kabul yapılan bölümler için bu Yönetmelik hükümleri aynen uygulanır (YİY m. 14/1). Yüklenicinin yazılı müracaatı ve idarenin de uygun görüşü olmak kaydıyla, kısmi geçici kabulü yapılmış kısımların, sözleşmede belirtilen teminat süresi dikkate alınarak işin bütününün kesin kabulünün yapılmış anlamına gelmemek şartıyla, kısmi kesin kabul yapılabilir. Kısmi kesin kabul yapılan bölümler için bu Yönetmelik hükümleri aynen uygulanır (YİY m. 14/2).

İşin süresinden önce bitirilmesi halinde, yüklenicinin başvurusu üzerine idare, işin sözleşmesindeki bitim tarihini beklemeksizin bu Yönetmelik hükümlerine göre işin kabulünü yapabilir (YİY m. 15).

Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre

yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca, KİSK m. 27¹⁸⁸ uyarınca ceza sorumlulukları gündeme gelir (KİSK m. 30).

¹⁸⁸ “**Yüklenicilerin ceza sorumluluğu**

Madde 27- İş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 26 ncı maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 26 ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca bildiri izleyen on beş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.”

İKİNCİ BÖLÜM

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

I- EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN KRİMİNOLOJİK ÖZELLİĞİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ BENZER DÜZENLEMELER, 765 SAYILI TCK DÜZENLEMESİ, BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI VE UNSURLARI

A- Kriminolojik Özelliği Açısından Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümleri içeren ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünün 236. maddesinde düzenlenmektedir. Düzenlendiği bölüm itibariyle edimin ifasına fesat karıştırma suçu ekonomik suç özelliği göstermektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “ekonomik suç” kavramını ifade etmek için tercih edilen terimler farklılık göstermektedir. Türk doktrinde genellikle “mali suçlar”, “ticari suçlar” ve “ekonomik suçlar” terimleri kullanılmaktadır¹⁸⁹. Bu terim farklılaşması aslında tanım sorunu ile yakından ilişkilidir. Biz, daha genel bir kavram olması ve diğerlerini de içermesi sebebiyle ekonomik suçlar terimini tercih etmekteyiz.

Doktrinde “ticari suç”, “iktisadi suç”, “mali suç” gibi ayrımlar yapılsa da bu kategoride yer alan suç tipleriyle aslında devletin iktisadi düzen, ticari düzen ve ticari kurallar dolayısıyla kişilerin menfaati ya da kamu veya özel sektör maliyelerinin

¹⁸⁹ CİN-ŞENSOY, Şehnaz, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 830-831.

düzenli işlemesindeki kişilerin menfaati korunduğundan günümüzde tamamını ekonomik suçlar olarak kategorize etmek mümkündür¹⁹⁰.

Ekonomik suçları anlatmak için tercih edilen terim farklılık göstermekle birlikte, bu başlığın içeriğinin hangi suç tipleriyle doldurulduğu da değişmektedir. Genel olarak, iç ve dış ticarete, sermaye piyasalarına, rekabet düzenine, vergi ve gümrük kurallarına, bankacılık ve sigortacılık düzenlerine ilişkin suçlar ile kaçakçılık, sahtecilik, dolandırıcılık, tefecilik, rüşvet, zimmet, irtikap ve ihale sürecinde işlenen suçların ekonomik suç olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁹¹.

Ekonomik suç kavramının genel geçer bir terimi ve tanımı olmamakla birlikte çeşitli açılardan gruplandırılması mümkündür. Konuya konumuz itibarıyla hukuki açıdan yaklaştığımızda, ekonomik suçların korunan hukuki değer, fail, suçun işleniş şekli gibi kriterler esas alınarak açıklandığını görmekteyiz¹⁹². Korunan hukuki değer bakımından gruplandırıldığında, zaten 5237 sayılı TCK korunan hukuki değere göre bölümlere ayrıldığından “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” bölümünde düzenlenen suçlar, dar anlamda ekonomik suçları teşkil etmektedir. Bunun yanında, korunan hukuki değer ile birlikte ekonomik sistemi düzenleyen hukuk kurallarına aykırılık da bir ölçüt olarak kabul edildiğinde, bireylerin malvarlığına karşı işlenen suçlar da geniş anlamda ekonomik suç kavramı içerisine girebilmektedir¹⁹³.

Ekonomik suçlar karma hukuki konulu suçlardır. Ekonomik düzeni ve aynı zamanda devleti korumaktadırlar. Ticari hayatın hukuka aykırı davranışlardan korunması, kişilerin yasal ticari faaliyetlerinin ve kazançlarının koruma altına alınması ve bunlar neticesinde ekonomik düzenin korunmasını amaçlayan suçlar ticari suç olarak kategorize edilmektedir¹⁹⁴. Ekonomik suçlar kamu otoritesinin

¹⁹⁰ TESAL, Reşat, **İktisadi, Ticari, Mali Suçlar**, İstanbul: Dilek Matbaası, 1977, s. 151; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Ekonomi Hukuku- Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukuku”, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/52d7e6b01c2e4d33b8620d33a7c4b9c58bb70ea77818090242.pdf>, Erişim Tarihi: 05.03.2015, s. 5.

¹⁹¹ CİN-ŞENSOY, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, s. 838-839; DEMİRBAŞ, **Kriminoloji**, s. 279.

¹⁹² CİN-ŞENSOY, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, s. 832-834; MAHMUTOĞLU, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, s. 31-36.

¹⁹³ DURSUN, Selman, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2006, s. 34-35.

¹⁹⁴ ERMAN, Sahir, **Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, İstanbul: Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1976, s. 40-41.

kontrolü dışında geliştikleri için bir yandan devletin ekonomik düzeni koruma yükümlülüğünü yerine getirmesini zorlaştırırken, kayıt altına alınmaları güçlük arz ettiği için diğer yandan ekonomik düzenin kurallara uygun işleyişini de olumsuz etkilemektedirler. Ayrıca genellikle bir mesleğin icrası sırasında işlendiklerinden bu meslek gruplarının itibarını sarsmakta ve onlara duyulan güveni zedelemektedirler¹⁹⁵.

Ekonomik suçlar “toplum içinde saygınlık ve yüksek itibara sahip kişiler tarafından, meslekleri çerçevesinde, kendilerine duyulan güvenin ihlal edilmesi suretiyle” işlendikleri için “beyaz yaka suçları” olarak da adlandırılmaktadır¹⁹⁶. Bu konuda, beyaz yaka suçluluğu teriminin kapsamı, sadece suç niteliği taşıyan fiilleri mi kapsadığı, borçlar hukuku anlamında haksız fiil teşkil eden fiilleri de içerip içermediği, sadece belirli kişiler tarafından işlenen fiilleri mi kapsadığı, özel faillik niteliği taşımasa dahi herkes tarafından belli şekillerde işlenen fiilleri içerip içermeyeceği tartışılmalı hususlardır¹⁹⁷.

Doktrinde rekabet düzeninin yani serbest piyasa ekonomisinin suçluluğu önemli ölçüde etkilediği ve ekonomik suçların ortaya çıkmasında önemli bir faktör olduğu belirtilmektedir¹⁹⁸. İşte bu piyasa ekonomisi içerisinde yer alan kişilerin ya da bu ekonomik sistem içerisinde gerçekleştirilen işlem ve sözleşmelerin konu olduğu suçlar ekonomik suçlar arasında yer almaktadır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu da genellikle bir ihale sürecini ilgilendirdiğinden ve özellikle bir sözleşme ile taahhüt edilen edimleri konu edindiğinden ekonomik suç özelliği göstermektedir.

B- Karşılaştırmalı Hukukta Benzer Kanuni Düzenlemeler

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağımsız bir suç tipi olarak TCK’da düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK’da bağımsız bir suç tipi olarak yer almadığı gibi karşılaştırmalı hukukta da bağımsız bir edimin ifasına fesat karıştırma suçuna rastlanmamaktadır. Benzer kanuni düzenlemeler dolandırıcılık ya da sahtecilik

¹⁹⁵ DEMİRBAŞ, Timur, **Kriminoloji**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, s. 278-279.

¹⁹⁶ SUTHERLAND, Edwin H., “White Collar Criminality”, **American Sociology Review**, Yıl: 1940, Cilt: 5, s. 1-12. (Aktaran: DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 8; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2003, s. 29.)

¹⁹⁷ GREEN, Stuart P., “Hukukta ve Hukuk Teorisinde Beyaz Yaka Suçu Kavramı”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Çev. Pınar BACAŞIZ, Yıl: 4, Sayı: 9, Ankara: Seçkin, 2009, s. 274-281.

¹⁹⁸ DÖNMEZER, Sulhi, **Kriminoloji**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz, 1984, s. 363.

suçları arasında yer almakta, genellikle dolandırıcılık suçunun kamu kurumlarına karşı işlenmesi ya da kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak işlenmesi nitelikli hal teşkil etmektedir.

Alman Ceza Kanunu’nun özel hükümleri içeren ikinci kitabının “Dolandırıcılık ve Güveni Kötüye Kullanma” başlıklı 22. bölümünün 263. kısmında dolandırıcılık suçu düzenlenmekte, bir kamu görevlisinin yetkisini veya görevini suiistimal ederek dolandırıcılık suçunu işlemesi maddenin 3. fıkrasının 4. bendinde nitelikli hal olarak sayılmaktadır¹⁹⁹. Fransız Ceza Kanunu’nun “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kitabının “Hileli Temellük” başlıklı birinci başlığının “Dolandırıcılık ve Benzer Suçlar” başlıklı üçüncü bölümünün “Dolandırıcılık” başlıklı birinci kısmının 313-2. maddesinin birinci bendinde dolandırıcılık suçunun kamu yetkisini kullanan ya da kamu hizmeti görevini üstlenen biri tarafından görevini yerine getirmesi veya yetkisini kullanması işlenmesi hali ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmektedir²⁰⁰. Rusya Ceza Kanunu’nda ise “Ekonomi Alanındaki Suçlar” başlıklı 8. bölümünün “Mülkiyete Karşı Suçlar” başlıklı 21. kısmının 159. maddesinde dolandırıcılık düzenlenmekte, maddenin üçüncü fıkrasında dolandırıcılık suçunun bir kimsenin resmi görevi dolayısıyla işlenmesi hali nitelikli hal olarak yer almaktadır²⁰¹. Doğrudan edimin ifasına fesat karıştırma suçunu karşılamasa da bu suçlar, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kabul eden olarak kamu görevlisi tarafından işlenmesi hallerine benzerlik göstermektedir.

İspanya Ceza Kanunu’nda da edimin ifasına fesat karıştırma bağımsız bir suç olarak düzenlenmemektedir. Fakat İspanyol Ceza Kanunu’nun suçlar ve cezalarını düzenleyen ikinci kitabının “Mülkiyete ve Sosyo-Ekonomik Düzene Karşı Suçlar” başlıklı on üçüncü kısmının “Sahtekârlık” başlıklı altıncı bölümünün “Dolandırıcılık” başlıklı ilk altbölümünün 250. maddesinde benzer bir düzenleme mevcuttur. İlgili hükme göre, dolandırıcılık suçunun başkasının imzasını taklit ederek, herhangi bir işlem, dosya, arşiv ya da kamusal veya herhangi bir tür resmi belgeyi çalarak, gizleyerek ya da kısmen veya tamamen tahrip ederek işlenmesi halinde bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile altı aydan on iki aya kadar para cezasına hükmedilir. Dolandırıcılık suçunun temel hali için altı aydan üç yıla kadar

¹⁹⁹ <http://www.iuscomp.org/gla/index.html>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

²⁰⁰ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

²⁰¹ <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

hapis cezası öngörüldüğü düşünüldüğünde ilgili hüküm dolandırıcılık suçunun nitelikli halini teşkil etmektedir²⁰².

İtalyan Ceza Kanunu’nun “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlıklı altıncı kitabının “Malvarlığı Haklarına Karşı Suçlar” başlıklı birinci başlığının “Malvarlığı Haklarına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümünün “Sahtekârlık İçeren Suçlar” başlıklı birinci kısmının 658. maddesinde kamu idarelerine ve kamu hizmetleri veren kurumlara karşı yalan beyanda bulunmak hileli yalan beyanda bulunma suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür²⁰³. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun malın niteliği ya da niceliği konusunda hileli beyanda bulunularak ve çoğunlukla sahte belge düzenlenerek işlendiği düşünüldüğünde İtalyan Ceza Kanunu’nun da benzer davranışları yaptırma bağladığı görülmektedir.

İsveç Ceza Kanunu’nun “Suçlar” başlıklı ikinci kitabının “Dolandırıcılık ve Diğer Sahtekârlıklar” başlıklı dokuzuncu bölümünün üçüncü kısmında failin kamu güvenini kötüye kullanarak dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde bu durum, dolandırıcılık suçunun nitelikli hali kabul edilmekte ve altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır²⁰⁴. Norveç Ceza Kanunu’nun “Suçlar” başlıklı ikinci kitabının “Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Yolsuzluk” başlıklı 26. bölümünün 271. kısmında ise failin görevini veya pozisyonunu kötüye kullanarak dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde bu durum, dolandırıcılık suçunun nitelikli hali kabul edilmekte ve altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır²⁰⁵. Türk Ceza Kanunu’nda görevi kötüye kullanma bağımsız bir suç tipi olarak yer almakla birlikte tali norm niteliğinde olduğundan ancak somut olayda görülen davranış başka bir suç tipini ihlal etmediği takdirde görevi kötüye kullanma suçu olarak yaptırma tabi tutulabilmektedir. Edimin ifasına fesat karıştırma sayılabilecek davranışların yerel mahkeme tarafından görevi kötüye kullanma suçu sayılması sonucunda Yargıtay tarafından verilen bozma kararları mevcuttur²⁰⁶. Dolayısıyla, benzer davranışların

²⁰² <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

²⁰³ <http://www1.umn.edu/humanrts/research/Penal%20Code%20%28English%29.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

²⁰⁴ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

²⁰⁵ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

²⁰⁶ “...İhaleyi kazanan firma yetkilisi ve sahibi olan sanıklar A.A. ile M.B.A.’ın suça konu Eysel Atık Su Arıtma Tesisi yapımına dair işi, şartname ve sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygun yapmamalarına rağmen uygun şekilde yapılmış gibi geçici kabul tutanağı düzenleyen komisyon üyeleri M.A., N. A., M.Ş.Ç. ile geçici kabul tutanağını onaylayan Belediye Başkanı A.C.’nin eylemlerinin TCK’nın 236/2-d maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat

edimin ifasına fesat karıştırma suçunun koşulları sağlanmadığı takdirde görevi kötüye kullanma suçu oluşturabileceği gözetildiğinde bu suç tiplerinin ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin benzer nitelik taşıdığı söylenebilir.

Avrupa Birliği ceza hukukuna bakıldığında ise, 1997 tarihli Avrupa Birliği'nin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları CorpusJuris'in "Özel Hükümler" bölümünde düzenlenen sekiz suç tipi arasında "Topluluk Bütçesi Zararına Dolandırıcılık (m. 1)", "İhaleye Fesat Karıştırma (m. 2)", "Rüşvet Alma ve Rüşvet Verme (m. 3)", "Memuriyet Yetkilerinin Kötüye Kullanılması (m. 4)", "Memuriyetin Gerekletirdiği Yükümlülüklere Aykırılık (m. 5)" suçları ilk beş maddeyi oluşturmaktadır²⁰⁷. 2000 tarihli CorpusJuris'te ise "Özel Hükümler" bölümünde "Herkes Tarafından İşlenebilen Suçlar" kısmında Avrupa Topluluğu'nun Mali Çıkarlarına Karşı Dolandırıcılık ve Benzeri Suçlar (m. 1)" ve "İhaleye Fesat Karıştırma (m. 2)"; "Memurlar Tarafından İşlenebilen Suçlar" kısmında ise "Rüşvet (m. 5)" ve "Görevi Kötüye Kullanma (m. 7)" yer almaktadır²⁰⁸. Her ne kadar birebir edimin ifasına fesat karıştırma suçu yer almasa da Yargıtay içtihatlarına bakıldığında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun rüşvet, zimmet, dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçları ile birlikte tartışıldığı görülmektedir. Ayrıca edimi taahhüt sözleşmesi ihale neticesinde de imzalanabildiğinden edimin ifasına fesat karıştırılması hallerinde ihaleye de fesat karıştırılmış olması mümkündür. Bu sebeple, CorpusJuris'in bu düzenlemeleri edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile birlikte işlenen suçları ya da benzer davranışları karşılaması açısından önem arz etmektedir.

C- 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Düzenlemesi

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu 765 sayılı TCK dönemindeki 205.²⁰⁹ ve 362.²¹⁰ maddelere karşılık gelmektedir²¹¹. 205. madde, 765 sayılı TCK'nın özel

karıştırma suçunun tüm unsurlarını taşıdığı nazara alınmadan, yine yanılgılı hukuki değerlendirme ile eylemlerin görevi kötüye kullanma olarak kabulü, ... (Yargıtay 5. CD, 27.01.2014, E. 2012/13946, K. 2014/880. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

²⁰⁷ DALMAS- MARTY Mireille/ VERVAELE J. A. E. (Eds.), **Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (CorpusJuris)**, Çev. Serap KESKİN/ Ümit KOCASAKAL/ Hamide ZAFER, Ankara: Seçkin, 2001, s. 58-62.

²⁰⁸ DALMAS- MARTY/ VERVAELE (Eds.), **Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (CorpusJuris)**, s. 93-98.

²⁰⁹ "**Madde 205** – Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almağa veya satmağa yahut yapmağa memur olduğu her nevi eşyanın alım ve satımında ve bahasında ve miktarında ve yapmasında fesat

hükümleri içeren 2. kitabının “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı 3. babının “Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlama” başlıklı birinci faslında yer almaktadır. Düzenlendiği bölümden hareketle 205. maddede düzenlenen suçta korunan hukuki menfaatin devlet idaresi olduğu söylenebilir. 362. madde ise, 765 sayılı TCK’nın 2. kitabının “Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler” başlıklı 6. babının “Ticaret ve Sanayie ve Müzayedeye Hile ve Fesat Karıştırmak Cürümleri” başlıklı beşinci faslında düzenlenmektedir. 362. madde ile korunan hukuki değer ise kamu güvenidir. 765 sayılı TCK döneminde bu suçlarla korunan hukuki değer ticari hayat, rekabet ortamı ve ekonomik düzenden ziyade kamu düzeni, kamu güveni ve kamu yararı olduğunu görmekteyiz.

765 sayılı TCK’nın 205. maddesinde tanımlanan suçun oluşabilmesi için fesat teşkil eden fiillerin sadece ihale sürecinde gerçekleştirilmesi aranmamaktadır. İhale sürecini sona erdiren sözleşmenin imzalanmasından sonra taahhüt edilen edimin ifası aşamasında da gerçekleştirilmesi mümkündür. Madde, “*eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak*” ifadesini içerdiğinden aslında bu fiil, TCK’nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna karşılık gelmektedir²¹².

karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eylerse beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve üç seneden on seneye kadar rütbe ve memuriyetinden mahrumiyet cezası dahi hükmolunur.”

²¹⁰ “**Madde 362** – Bir kimse yukardaki maddede* yazılı olan erzak ve eşyanın nev'inde ve keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud'a irtikap ederse altı aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla beraber yirmi beş liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi itasına mahkûm olur.

Resmi daireye veya bir hizmeti ammeye mahsus olarak itası taahhüt olunan sair levazıma hile ve hud'a karıştırdığı takdirde failin göreceği ceza iki seneye kadar hapis ve yüz elli liraya kadar cezayı naktidir.”

(***Madde 361** – Her kim iltizam ettiği taahhüdü icra etmiyerek resmi bir daireye veya bir hizmeti amme ifasına yahut bir musibeti ammenin önünü almağa elzem olan erzak ve eşyanın fıkdanına sebebiyet verirse bir seneden üç seneye kadar hapse ve yirmi beş liradan aşağı olmamak üzere iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.

Taahhüdün icra olunmaması failin yalnız ihmal ve tesevviübünden ileri gelmiş ise bir seneye kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.”)

²¹¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6819; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 127; ÇALIŞKAN, Suat, **İhale Kavramları ve İhale Suçları**, Ankara: Adalet, 2013, s. 756; SARITAŞ, Hatice, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Sayıştay Dergisi**, Yıl: 2009, Sayı: 73, s. 62. 5237 sayılı TCK m. 236’nın 765 sayılı TCK’daki karşılığının 362. madde olduğu yönünde bkz. ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara: Asil, 2004, s. 983. 5237 sayılı TCK m. 236’nın 765 sayılı TCK’daki karşılığının 205, 361, 362, 503 ve 504/7. maddeler olduğu yönünde bkz. ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 231.

²¹² AKBULUT, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, s. 52; ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 115, dn. 85.

Bu suçun oluşabilmesi için öncelikle Türkiye devleti hesabına yapılan bir alım, satım ya da yapım işi mevcut olmalıdır. Hizmet ihaleleri bu kapsamda değerlendirilmemekle birlikte kiralama ihaleleri madde kapsamında kabul edilmektedir²¹³. Öte yandan doktrinde kiralama ihalelerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği de ileri sürülmektedir²¹⁴. Madde ile ilgili olarak tartışmalı olan ikinci husus ise, “Türkiye devleti hesabına” ifadesinden ne anlaşılabileceği, hangi kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamda değerlendirilebileceğidir²¹⁵. Özellikle 765 sayılı TCK’nın 366. maddesinde²¹⁶ kullanılan “hükümet” ifadesi bu tartışmanın gerekliliğini gözler önüne sermektedir. Doktrinde “mahalli idareler ve belediyelerle diğer kamu kuruluşları”nın bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüş²¹⁷ ise de Yargıtay, kamu iktisadi teşebbüslerini dahi bu kapsamda kabul etmiştir²¹⁸.

765 sayılı TCK’nın 205. maddesindeki suçun oluşması için “*fesat karıştırarak ...irtikap eylemek*” yani bu fiil neticesinde bir menfaat elde etmek gerekirken²¹⁹ TCK’nın 236. maddesindeki suçun meydana gelmesi için “fesat karıştırmak” gerekli ve yeterli olmakta, ayrıca kamu görevlisinin menfaat temin etmiş olması aranmamakta, menfaat temin edilmiş olması halinde ise maddenin üçüncü fıkrası uyarınca ayrıca ilgili suçtan dolayı da cezalandırılması gerekmektedir. Ayrıca, 765 sayılı TCK döneminde fesat karıştırma fiilinin nasıl gerçekleştirileceği konusunda

²¹³ ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 42; ÖZGENÇ, İzzet, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2002, s. 237.

²¹⁴ ERMAN/ ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Işık Matbaacılık, 1992, s. 57.

²¹⁵ AKBULUT, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, s. 51; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 42.

²¹⁶ “**Madde 366** – Her kim Hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayede ve münakasada şiddet veya tehdit ile veya hediye vait ve itasıyla veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti meni veya ihlal yahut müzayede ve münakasada pey sürenleri çekilmeğe sevk ederse üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.

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 nakti hükmolunur.”

²¹⁷ ERMAN/ ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 56.

²¹⁸ Yargıtay 5. CD, 06.11.1991, E. 1991/4124, K. 1991/4738 (YAŞAR, **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, s. 462, aktaran ÖZGENÇ, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 237, dn. 11.); ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 42; BALCI, Murat, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sonbahar 2004, Sayı: 2, s. 209.

²¹⁹ ERMAN/ ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 59; ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul: Filiz, 1994, s. 133; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 42; BALCI, Murat, **Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2004, s. 116-118; ÖZGENÇ, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 238; YAZICIOĞLU, Yılmaz, “Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 1994, Cilt: 68, Sayı: 1-2-3, s. 138.

maddede bir açıklama olmadığından bunun hile, tehdit veya cebir şeklinde görülebileceği kabul edilirken²²⁰ yeni kanun döneminde kanun koyucu “hileli hareketlerle” demek suretiyle fesat karıştırmanın ne şekilde gerçekleştirileceğini belirtmiş ve hangi hareketlerin bu suçu meydana getireceğini tahdidi olarak (*numerus clausus*) ortaya koymuştur.

765 sayılı TCK’nın 205. maddesinde fail her ne kadar “bir kimse” şeklinde ifade edilmiş olsa da suçun düzenlendiği bölümden hareket edilecek olursa, fail kamu görevlisi ve hatta Türkiye Devleti hesabına alım, satım veya yapım işlerini yapma yetkisini haiz bir memur olmalıdır²²¹. Suç, bu yönüyle özgü suç niteliği taşımaktadır. TCK’nın 236. maddesinde ise “teslim etmek veya kabul etmek” hareketi suçu oluşturduğundan idare de sözleşme ile taahhüt edilen edimi yerine getirmekle yükümlü kişi de fail olabilir. Failin teslim veya kabule yetkili kişi olması gerektiğinden suç, TCK döneminde de özgü suç niteliğini korumaktadır.

Bunlarla birlikte, 765 sayılı TCK’nın 205. maddesinde düzenlenen suç kamu idaresine karşı suçlar arasında yer aldığından ve faili olan memurların bu suçu oluşturan fiilleri görevlerini ifa ederken gerçekleştirdiklerinden aynı zamanda görev suçu teşkil etmektedir²²². 765 sayılı TCK döneminde memuriyet geniş anlamı ile kullanılmakta ve memur statüsünün haricinde ayrıca diğer kamu çalışanlarını da içermektedir²²³. TCK döneminde memur kavramı yerine kamu görevlisi kavramı tercih edilmektedir. Ancak TCK’nın 236. maddesindeki suç kamu görevlileri tarafından da işlenebilse dahi genel anlamda görev suçu niteliği taşımamaktadır.

765 sayılı TCK’nın 362. maddesinde ise, bir kamu kurum veya kuruluşuna karşı taahhüt edilen mal veya hizmet temini yerine getirilirken hile yapılması suç olarak düzenlenmektedir. 362. madde bu “erzak veya eşya” konusunda bir önceki

²²⁰ ERMAN/ ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 58; ÖNDER, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 133; ÖZGENÇ, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 238.

²²¹ ERMAN/ ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 56; ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Globus Dünya Basınevi, 1996, s. 665; ÖNDER, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 133; AKBULUT, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, s. 51; BALCI, **Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu**, s. 31; BALCI, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma”, s. 209; ÖZGENÇ, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 242-243; YAZICIOĞLU, “Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 137.

²²² YARSUVAT, Duygun, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1964, Cilt: 30, Sayı: 3-4, s. 670.

²²³ YARSUVAT, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 681.

maddeye yani 361. maddeye atıf yapmaktadır. 361. maddede nitelikleri sayılan “erzak veya eşya”, “*resmi bir daireye veya bir hizmeti amme ifasına yahut bir musibeti ammenin önünü almağa elzem olan erzak ve eşya*” yani bir kamu kurum veya kuruluşuna, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ya da bir kamu zararının önüne geçmeye yarayan eşyadır. İşte suçu oluşturan hareket de bu eşyanın “*nev'inde ve keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud'a*” yani çeşidinde, kalitesinde veya sayısında/miktarında hile yapılmasıdır²²⁴.

765 sayılı TCK m. 362’de düzenlenen suçun oluşumu için failin memur olması gerekmemektedir; herkes bu suçun faili olabilir²²⁵. 205. maddedeki suç memurlar tarafından işlenebilir iken 362. maddedeki bu suç, memur olmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir.

765 sayılı TCK’nın 362. maddesinin TCK’nın 236. maddesi ile benzer yönü ise, her iki suç tipinin de kamuya karışı bir edim taahhüdü içermesi ancak bu taahhüdün bir ihale neticesinde yapılmasına gerek bulunmamasıdır.

D- Benzer Suç Tipleriyle Karşılaştırılması

1-İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

“İhaleye fesat karıştırma suçu (TCK m. 235)” TCK’nın özel hükümleri içeren ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayii ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmektedir. İlgili hükme göre, “*Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”. Görüldüğü üzere, bu maddede fesat niteliğinde birtakım fiiller sayılmakta ve alt ve üst sınırı edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile aynı olan bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, ihaleye fesat karıştırma suçu ihale sürecindeki hile, tehdit ya da cebir içeren fiilleri yaptırıma bağlarken edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihale yapılmasına gerek olmaksızın maddede sayılı kamu kurum ve kuruluşlarına karşı taahhüt edilen edimlerin ifası sırasında girilen hileli

²²⁴ ÖZGENÇ, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 266-267.

²²⁵ ERMAN/ ÖZEK, **Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 665.

hareketleri cezalandırmaktadır. Kamu kurum veya kuruluşlarına karşı taahhüt edilen edimin bir ihale neticesinde yüklenilmesi zorunlu olmamakla birlikte, ihale sonucunda verilecek kararda veya sözleşmede yer alan edimin ifası korunduğu için aslında bu iki suç tipinin birbirini takip eden, tamamlayan suç tipleri olduğunu söylemek mümkündür²²⁶.

2- Dolandırıcılık Suçu

“Dolandırıcılık suçu (TCK m. 157)”, TCK’nın özel hükümleri içeren ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir.*”. TCK’nın 158. maddesinde ise, dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri düzenlenmektedir. TCK m. 158/1-e bendinde dolandırıcılık suçunun “kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak” işlenmesi nitelikli hallerden biri olarak sayılmıştır.

Dolandırıcılık suçu, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile benzerlik göstermektedir²²⁷. Nitekim her iki suç tipi de hileli hareketlerle işlenmekte ve neticesinde dolandırıcılık suçunda bütün kamu kurum ve kuruluşları²²⁸, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda ise ilgili maddenin birinci fıkrasında sayılan kamu kurum ve kuruluşları zarara uğratılmaktadır. Dolandırıcılık suçunda mağdurun hileli hareketlerle aldatılmış olması bir unsur iken, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda failin hileli davranışlar

²²⁶ ARSLAN, Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 3. Baskı, Ankara: Adalet, 2012, s. 57.

²²⁷ “...5237 sayılı TCK’nın 236/1. maddesinde kamu kurum ve kuruluşlarına karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılmasının bağımsız suç olarak düzenlendiği aynı maddenin 2/a bendinde ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka malın teslimi veya kabul edilmesi “edimin ifasına fesat karıştırma” sayılmıştır.

Yukarıda özetlenen somut olayda sanıkların eylemlerinin ihale şartname ve sözleşmeye aykırı olarak taahhüt edilen nitelikleri haiz olmayan kalorifer yakıtı teslim fiillerinin bir bütün halinde “edimin ifasına fesat karıştırma” suçunu oluşturacağı nazara alınmadan yazılı şekilde “nitelikli dolandırıcılığa teşebbüs” suçundan mahkumiyet kararları verilmesi, bozmayı gerektirmiş...” (Yargıtay 15. CD, 07.11.2013, E. 2012/2567, K. 2013/17052. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

²²⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 675; EROL, Haydar, **Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma ve Dolandırıcılık Suçları**, Ankara: Yayın Matbaacılık, s. 639.

gerçekleştirmesi sonucu mağdurun aldanmış olması gerekmemektedir²²⁹. TCK m. 158/1-e’de kamu kurum veya kuruluşlarının zararına işlenmesi halinde kamu kurum veya kuruluşlarının bir iradesi olmadığından aldatılamayacakları için failin yapmış olduğu hileli hareketlerin muhatabı kamu kurum veya kuruluşu adına malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili kimsedir²³⁰. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda ise, maddede sayılan tüzel kişiler adına kabul işlemini yapmaya yetkili kimsedir. Bununla birlikte, dolandırıcılık suçunda failin kendisine veya bir başkası lehine haksız yarar elde etmesi gerekirken, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda bu durum zorunlu bir unsur değil, TCK m. 236/3 hükmü uyarınca ayrıca cezalandırma sebebidir²³¹.

3- Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma

“Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu (TCK m. 238)” TCK’nın özel hükümleri içeren ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayii ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmektedir. İlgili hükme göre, *“Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.”*. Madde metninden anlaşılabacağı üzere, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun hileli hareketlerle taahhüt edilen malın eksik olarak teslim edilmesi ya da taahhüt edilen edimin geç ifa edilmesi durumları ile benzerlik göstermektedir. Fakat unutulmamalıdır ki, TCK m. 236/2-c bendinde edimin ihale kararında ya da sözleşmede belirtilen sürede ifa edilememesi değil, bu sürede ifa edilmemesine rağmen edilmiş gibi kabul edilmesi fesat karıştırma sayılan hareketler arasında sayılmaktadır. Belirtilen sürede teslim edilmemesi edimin ifasına fesat karıştırma

²²⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara: US-A, 2010, s. 374; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 665-668.

²³⁰ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt I, İstanbul: Beta, 2007, s. 470.

²³¹ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar**, s. 377-378; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 668-670.

suçunun tipik hareketini oluşturmamaktadır. Fakat diğer koşulları mevcutsa kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçuna sebebiyet verebilecektir²³².

Dikkat edilmesi gereken hususlardan bir diğeri ise, TCK m. 238 kamu kurum veya kuruluşları ile sınırlı tutarken TCK m. 236'da kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler ayrı ayrı sayılmakta ve herhangi birine karşı taahhüt edilen edim bu suçta konu olabilmektedir. Bununla birlikte, TCK m. 236'da kamu hizmetinin görülmesi ya da genel bir felaketin önlenmesi gibi bir durum öngörülmezken, TCK m. 238 kamu kurum ve kuruluşlarına karşı taahhüt edilen işler haricinde kamu hizmeti ya da genel bir felaketin önlenmesi için gerekli olan işleri de konu edinmektedir²³³.

4- Görevi Kötüye Kullanma Suçu

“Görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257)”, TCK’nın özel hükümleri içeren ikinci kitabının “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümünde düzenlenmektedir. İlgili hükme göre “(1) *Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*(2) *Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Görevi kötüye kullanma suçu düzenleniş şekli açısından failin “kabul eden” yani kamu görevlisi olduğu durumlarla örtüşmektedir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda hileli hareketlerle niteliksiz, eksik veya gecikmiş ifayı kabul eden kamuyu zarara

²³² EKER-KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 231-234.

²³³ YENERER-ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Yıl: 5, Sayı: 14, Ankara: Seçkin, 2010, s. 41-50; AKBULUT, Berrin, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Yıl: 9, Sayı: 25, Ankara: Seçkin, 2014, s. 7-26.

uğratmakta, görevi kötüye kullanma suçunda da aslında görevin gereklerine aykırı hareket ederek kamu idaresini zarara uğratan kamu görevlisi cezalandırılmaktadır²³⁴. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda failin menfaat elde etmesi suçun oluşumu açısından bir unsur olmamakla birlikte, TCK m. 236/3'te yer alan gerçek içtima kuralı uyarınca menfaat elde etmesi halinde ayrıca ilgili suç hükümlerine göre de cezalandırılmaktadır. Görevi kötüye kullanma suçunda ise, kamu görevlisinin kişilere haksız menfaat sağlaması ortaya çıkabilecek neticelerden biridir²³⁵.

TCK'nın 257. maddesinin gerekçesinde bu hükmün tamamlayıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir²³⁶. Nitekim ikinci fıkrada yer alan “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” ifadesi bunu ortaya koymaktadır. Doktrinde ise, 257. maddenin tali norm olduğu ve özel hüküm genel hüküm ilişkisi neticesinde özel hüküm olarak uygulanması gerektiği yönünde iki farklı görüş bulunmaktadır²³⁷. Her iki görüşün de pratik neticesi olarak, edimin ifasına fesat karıştırma sayılan hareketlerden birinin mevcut olması durumunda failin TCK m. 257'den değil, m. 236'dan cezalandırılması gerekir.

²³⁴ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, s. 882.

“...İhaleyi kazanan firma yetkilisi ve sahibi olan sanıklar A.A. ile M.B.A.'ın suça konu Evsel Atık Su Arıtma Tesisi yapımına dair işi, şartname ve sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygun yapmamalarına rağmen uygun şekilde yapılmış gibi geçici kabul tutanağı düzenleyen komisyon üyeleri M.A., N. A., M.Ş.Ç. ile geçici kabul tutanağını onaylayan Belediye Başkanı A.C.'nin eylemlerinin TCK'nın 236/2-d maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarını taşıdığı nazara alınmadan, yine yanlış hukuki değerlendirme ile eylemlerin görevi kötüye kullanma olarak kabulü...” (Yargıtay 5. CD, 27.01.2014, E. 2012/13946, K. 2014/880. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

²³⁵ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 889-891.

²³⁶ “Görevi kötüye kullanma suçu, genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipidir. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suçu oluşturmadığı hâllerde, kamu görevlisini bu suça istinaden cezalandırmak gerekir. Buna karşılık, görevle bağlantılı yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş veya yaralanmış ise, kişi artık görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaz. Bu durumda, ihmali davranışla işlenmiş öldürme veya yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.”

²³⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ EŞİTLİ, Ezgi Aygün, **Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, Anlara: US-A, 2014, s.111; ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2015, s. 1059, dn. 327; MEMİŞ-KARTAL, Pınar, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Nur Centel'e Armağan**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 1380.

E- Korunan Hukuki Değer

“Korunan hukuki değer”, kanunen korunan ve işlenen fiille ihlal edilen hukuki varlık, menfaat ve değeri ifade etmektedir. Doktrinde “suçun hukuki konusu” olarak da ifade edilmektedir²³⁸.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun koruduğu hukuki değerle ilgili olarak doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre, bu suçla korunan değer, edimin dürüst bir şekilde ifa edilmesindeki kamusal yarardır. *Soyaslan*, kamunun en kaliteli mal, hizmet veya eseri en ekonomik yoldan elde etmesindeki menfaatinin²³⁹; *Akbulut* ise, dürüstlüğü temininin amaçlandığı ve kamu görevlilerine duyulan güvenin korunduğunu ifade etmektedir²⁴⁰.

Diğer bir görüş, bu suç ekonomik bir suç olarak görmekte ve bu düzenleme ile serbest rekabet ortamının, ticari hayattaki işlerliğin, ticari işlerdeki güven ilişkilerinin korunduğunu belirtmektedir²⁴¹.

Üçüncü ve son görüş ise, bu suç düzenlemesi ile hem kamuya ve kamu görevlilerine duyulan güvenin hem de ekonomik düzenin korunduğu ve korunan hukuki değerlerin karma nitelik taşıdığı yönündedir²⁴².

TCK’da suç tipleri korunan hukuki menfaatlere bağlı olarak bölümlere ayrılarak düzenlenmiş ve edimin ifasına fesat karıştırma suçuna “Ekonomi, Sanayi ve

²³⁸ ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Adalet, 2014, s. 280-281; CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8. Bası, İstanbul: Beta, 2014, s. 218; TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 18. Baskı, Ankara: Savaş, 2012, s. 102-103; ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 4. Bası, İstanbul: Beta, 2015, s. 145.

²³⁹ SOYASLAN, Doğan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Nur Centel’e Armağan**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 403.

²⁴⁰ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 48.

²⁴¹ ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 983; PARLAR, Ali/ HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 4. Cilt (230- 345. Maddeler), Ankara: Seçkin, 2010, s. 3714; MERAN, Necati, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Seçkin, 2011, s. 304; PARLAR, Ali, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara: Bilge, 2011, s. 115.

²⁴² YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt V, Ankara: Adalet, 2010, s. 6653; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 232; DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 20-21; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 223; KOCA, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 264.

Ticarete İlişkin Suçlar” arasında yer verilmiştir. Oysaki 765 sayılı TCK’nın 205. maddesi “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler”, 362. maddesi ise “Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler” kısımlarında düzenlenmekte idi. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile dolaylı olarak birden fazla hukuki değerin korunduğunu düşünsek de kanımızca, bu düzenleme değişikliği özel bir anlam ifade etmektedir ve ticari hayat, rekabet ortamı ve ekonomik düzen öncelikli olarak korunması hedeflenen değerlerdir.

F- Suçun Konusu

1- Genel Olarak

“Suçun maddi konusu”, hareketin yöneldiği, suçun üzerinde işlendiği kişi ya da nesne, bu kişi ya da nesnenin fiziki, maddi yapısıdır²⁴³. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun maddi konusu ise, kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimdir²⁴⁴. Edim genel olarak alacaklıya maddi ya da manevi yarar sağlayan herhangi bir şey olabileceksen, bu suç özelinde yalnızca maddede sayılı olan mal, hizmet ve yapım işi gibi maddi içerikteki edimleri içermektedir²⁴⁵.

Doktrinde bir görüşe göre, edimin mutlaka bir ihale neticesinde imzalanacak sözleşme ile taahhüt edilmesi gerekmektedir. İhale prosedürüne tabi olmaksızın imzalanan sözleşmelerin ifası sırasında maddede sayılan hareketlerin yapılması

²⁴³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 280; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 218; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Adalet, 2013, s. 130; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler**, 10. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013, s. 118; KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 109; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 219; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Ankara: Seçkin, 2014, s. 206; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 14. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, s. 169; TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 103; ZAFER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, s. 152-153..

²⁴⁴ MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 304; ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 114; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 115.

²⁴⁵ ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 234; DANIŞMAN, **İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 76.

edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşmasına sebebiyet vermez²⁴⁶. Diğer görüşe göre ise, bir ihale düzenlenmeksizin örneğin, doğrudan temin yöntemiyle piyasadan mal veya hizmet alınması ya da bir yapım işi yaptırılması durumlarında da şartları mevcutsa edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşabilecektir²⁴⁷.

Doğrudan temin yöntemi, 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanun'un KİK m. 18'de yaptığı değişiklik ile ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır ancak KİK'te düzenlenmeye devam etmektedir²⁴⁸. KİK'in 22. maddesine göre, şu hallerde ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilir:

“a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi.

b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması.

c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması.

d) Büyükşehir belediyesi sınırları dâhilinde bulunan idarelerin on beş milyar (Elli bin üç yüz seksen beş Türk Lirası)²⁴⁹, diğer idarelerin beş milyar Türk Lirasını (On altı bin yedi yüz seksen altı Türk Lirasını)²⁵⁰ aşmayan ihtiyaçları ile temsil

²⁴⁶ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6826; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6656; ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara: Adalet, 2013, s. 817; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 50; DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 21; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 215-216; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 713; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 305; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 261.

²⁴⁷ ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 137-138; ÇALIŞKAN, **İhale Kavramları ve İhale Suçları**, s. 768-770; ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 115, dn. 84. Arslan/ Töngür, ihale neticesinde imzalanmamış bir sözleşme söz konusu olsa dahi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun (a), (b), (c) ve (e) bentleri açısından oluşabileceğini ancak (d) bendinde “şartnamede veya sözleşmesinde” ifadesi kullanıldığı için ihale sonucu imzalanmayan sözleşmelere fesat karıştırılması halinde bu maddede düzenlenen suçun oluşmayacağını ifade etmektedir. (ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 234.)

²⁴⁸ KILIÇ, **Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri**, s. 174.

²⁴⁹ Kamu İhale Kurumu'nun 2015/1 sayılı Tebliği ile 29.01.2015 tarihli ve 29251 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2015 – 31.01.2016 dönemini kapsamaktadır.

²⁵⁰ Kamu İhale Kurumu'nun 2015/1 sayılı Tebliği ile 29.01.2015 tarihli ve 29251 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2015 – 31.01.2016 dönemini kapsamaktadır.

ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve i  şeye ilişkin alımlar.

e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması.

f)(Değişik: 20.11.2008-5812/8 m.) Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.

g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.

h)(Ek: 12.12.2003-5020/28 m.; Değişik: 20.11.2008-5812/8 m.) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanunun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fıkri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.

ı) (Ek: 15.05.2008-5763/35 m.) Türkiye İş Kurumunun, 25.06.2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,

i) (Ek: 20.11.2008-5812/8 m.; Değişik: 19.11.2013-6504/1 m.)
Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, milletvekili genel ve ara seçimleri, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri genel ve ara seçimi dönemlerinde Yüksek Seçim Kurulunun ihtiyacı için yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ile filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı, oy pusulası basımı, oy zarfı yapımı hizmetleri ile bu seçimlere yönelik her türlü seçim malzemelerinin alımı ile yurt dışı seçim harcamaları, il seçim kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.”

Doğrudan temin yöntemine göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve KİK 10. maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın,

ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilmektedir (KİK m. 22/son). Diğer bir ifadeyle, maddede sayılan şartlarda, ihale yöntemlerinden birine başvurulmaksızın, dolayısıyla ihale komisyonu kurma ve diğer zorunluluklara uyulmaksızın piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilmektedir. İhtiyaçların bu şekilde doğrudan temin edilmesi durumunda ilgili idarenin TCK m. 236 korumasından yararlanamaması düşünülemez. Zira ihale usullerinde olduğu gibi bu yöntemde de amaç bir kamu ihtiyacını kamu harcaması yaparak karşılamaktır. Bu alımlarda da kamu yararı, korunması gerekli bir unsurdur. Kanımızca, doğrudan alım yöntemi sonucu yapılan ifalara fesat karıştırılması durumunda da TCK m. 236 koruması gündeme gelmelidir.

Bu itibarla açıkçası edimin mutlaka bir ihale neticesinde imzalanan sözleşme ile taahhüt edilmesine lüzum yoktur. Doğrudan temin yöntemi ile temin edilen kamu ihtiyaçları ve özel hukuk sözleşmeleri ile taahhüt edilen edimler de TCK m. 236 koruması altındadır. Yargıtay içtihadı da bu doğrultudadır. Son tarihli kararlarında, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması için mutlaka bir ihale yapılmasına, sözleşmenin bir ihale kararına dayanmasına gerek olmayıp ihale olmaksızın imzalanan sözleşmelerle yüklenilen edimlerin ifasına fesat karıştırılması halinde de TCK'nın 236. maddesinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir²⁵¹.

²⁵¹ “5237 sayılı TCK'nın Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlığı altında yer alıp 236/1. maddesinde müstakil bir suç olarak düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunun madde metninde “...taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma” olarak belirtilmesi karşısında edimin konusunu oluşturan sözleşmenin mutlaka bir ihale kararına dayanması gerekmekte olup, ihale olmaksızın imzalanan sözleşmenin konusunu oluşturan edimin ifasına fesat karıştırılması halinde de suçun oluşacağı, bu kapsamda doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirilen mal ve hizmet alımlarına da fesat karıştırılması halinde suçun sübuta ereceği kabul edilmekle...” (Yargıtay 5. CD, 09.07.2013, E. 2012/9073, K. 2013/8043. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

“5237 sayılı TCK'nın Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlığı altında yer alıp 236/1. maddesinde müstakil bir suç olarak düzenlenen bu suçun konusunun madde metninde “...taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma” olarak belirtilmesi karşısında edimin konusunu oluşturan sözleşmenin mutlaka bir ihale kararına dayanması gerekmekte olup, ihale olmaksızın imzalanan sözleşmenin konusunu oluşturan edimin ifasına fesat karıştırılması halinde de suçun oluşacağı, bu kapsamda doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirilen mal ve hizmet alımlarına da fesat karıştırılması halinde suçun sübuta ereceği, aynı Kanunun 236/2-b maddesinde ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi eyleminin suç olarak düzenlendiği, bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında doğrudan temin yöntemiyle satın alınan bir adet kameriye teslim edilmediği halde edilmiş gibi sanık tarafından belge düzenlendiği ve 16/08/2006 tarihinde ödeme yapıldığının anlaşılmasına göre, TCK'nın 212. maddesi hükmü de dikkate alındığında, yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 01.10.2013, E. 2012/5881, K. 2013/9503. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

TCK m. 236/2'nin (a), (b), (c) ve (e) bentlerinde "ihale kararı veya sözleşme" ifadesi yer almaktadır. Kanımızca, maddede adı geçen sözleşmenin "kamu ihale sözleşmesi" olarak anlaşılması amaçlansaydı "sözleşme" ifadesi yerine "sözleşmesi" ifadesi tercih edilebilirdi. Nitekim böyle bir tercihte bentlerin başında yer alan "ihale" kelimesi "sözleşmesi" kelimesiyle tamlama teşkil eder ve "ihale sözleşmesi" olarak anlaşılırdı. (d) bendinde "yapım ihaleleri... şartname veya sözleşmesi" tercih edilmiş; yapım işi söz konusu ise bu edimin mutlaka bir ihale neticesinde taahhüt edilmiş olması aranmış ve "sözleşmesi" ifadesi kullanılarak bu tercih somutlaştırılmıştır²⁵². Diğer dört bentte "sözleşmesi" kavramı yer almazken, bu sözleşmenin mutlaka bir ihale sözleşmesi olduğunu ileri sürmek kanımızca dayanaktan yoksundur. Zira kanun koyucu ihale sözleşmesini ifade etmek istediği (d) bendinde bunu başarılı bir şekilde ifade etmiştir. Diğer dört bendi de benzer şekilde düzenleme olanağına sahipken düzenlememiş olması kanımızca bilinçli bir tercihtir. Sonuç olarak, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun TCK m. 236/2'nin (d) bendinde bir ihale neticesinde taahhüt edilen edimi; (a), (b), (c) ve (e) bentlerinde ise ihale kararı, -zorunlu olmayıp- ihale sözleşmesi veya özel hukuk sözleşmesi ile taahhüt edilen edimi konu edindiğini düşünmekteyiz.

Bununla birlikte, mutlaka bir sözleşme imzalanması da zorunlu değildir; ihale kararında belirtilen edime fesat karıştırılması halinde de suç meydana gelir²⁵³. Örnek vermek gerekirse, pazarlık usulü ile yapılan bazı ihalelerde sözleşme imzalanması zorunlu değildir²⁵⁴. Bu durum pazarlık usulünü düzenleyen KİK m. 21'in son fıkrasında *"(b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir."* şeklinde ifade edilmektedir²⁵⁵. Doğal afet, salgın hastalık, can veya mal tehlikesi ve benzer

²⁵² Arslan/ Töngür, ihale neticesinde imzalanmamış bir sözleşme söz konusu olsa dahi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun (a), (b), (c) ve (e) bentleri açısından oluşabileceğini, ancak (d) bendinde "şartnamede veya sözleşmesinde" ifadesi kullanıldığı için ihale sonucu imzalanmayan sözleşmelere fesat karıştırılması halinde bu maddede düzenlenen suçun oluşmayacağını ifade etmektedir. (ARSLAN/ TÖNGÜR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s 234.)

²⁵³ MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 308.

²⁵⁴ AKBULUT, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 52.

²⁵⁵ *"b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.*

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

f) İdarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar Türk Lirasına (Yüz altmış yedi bin dokuz yüz altmış altı Türk Lirasına) kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları."*

beklenmeyen ve öngörülemez durumlarda; savunma ve güvenlikle ilgili özel durumlarda ihalenin ivedilikle yapılması gerekiyorsa ya da mamul, mal, malzeme veya hizmet alımlarında ihale bedeli her yıl belirlenen belli bir tutarı aşmıyorsa pazarlık usulü uygulanır ve mal sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi koşuluyla sözleşme imzalanması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu yalnızca TCK m. 236’da sayılan tüzel kişilere karşı, maddenin ikinci fıkrasında sayılan hareketlerle işlenebilmektedir. Kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler, maddede açıkça sayılmadığından TCK m. 236 kapsamında değildir. Bu artırma ve eksiltmelere fesat karıştırılması edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşmasına sebebiyet vermez²⁵⁶.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, maddede koruma altına alınan sadece kamu kurum ve kuruluşları değildir. Sayılan diğer tüzel kişiler, yani kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler de kendilerine karşı taahhüt edilen edime fesat karıştırılması halinde TCK m. 236 kapsamında korunmaktadırlar²⁵⁷. Bu durum madde gerekçesinde şu şekilde belirtilmektedir: “Söz konusu suç, kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmak suretiyle işlenebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun uygulama alanı sadece kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle sınırlı tutulmamıştır.”

* Kamu İhale Kurumu’nun 2015/1 sayılı Tebliği ile 29.01.2015 tarihli ve 29251 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış olup 01.02.2015 – 31.01.2016 dönemini kapsamaktadır.

²⁵⁶ KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 714; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 308.

²⁵⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6818- 6819; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6651; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 316.

2- Edimin Taahhüt Edileceği Tüzel Kişiler

a- Tüzel Kişi Kavramı

“Tüzel kişiler”, gerçek kişiler dışında hak ehliyetine sahip olan hukuk sùjeleridir. Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar (TMK m. 47). Tüzel kişinin var olabilmesi için iki unsuru bünyesinde taşıması zorunludur. Bunlardan ilki, sürekli bir amaca yönelik bir örgütlenmenin bulunması, diğeri ise, bu örgütlenmeye hukuk düzenince tüzel kişilik sıfatı tanınması, hukuk düzeninde tüzel kişi olarak yer almasına izin verilmesidir²⁵⁸. Tüzel kişilerin amacının süreklilik arz etmesi ve belirli olması gerekir. Amanın belirli olması, tüzel kişinin ana statüsünde yer alması ile gerçekleşir²⁵⁹.

Tüzel kişiler, kişisel menfaatlerin ötesinde, ortak bir menfaati gerçekleştirme amacı ile kururlar. Bu amaç maddi ya da manevi bir menfaate yönelik olabilir²⁶⁰. “Maddi amaçla kurulmuş tüzel kişiler” kazanç paylaşma amacı güdüyorsa 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)²⁶¹ hükümlerine göre anonim (TTK m. 329-572), limited (TTK m. 573-644), kollektif (TTK m. 211-303), komandit şirket (TTK m. 304-328); kazanç paylaşma amacı gütmüyorsa kooperatif²⁶² söz konusu olur²⁶³.

Maddi menfaate yönelik olmayan “ideal (manevi) amaçlı tüzel kişiler” ise esas olarak dernekler ve vakıflardır. “Dernek”, gerçek veya tüzel en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve

²⁵⁸ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 209; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 246-247.

²⁵⁹ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 210-211; KANGAL, Zeynel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin, 2003, s. 25-27.

²⁶⁰ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 247.

²⁶¹ 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁶² **Kooperatifler Kanunu m. 1:** “Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir.”

²⁶³ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 209-210; KANGAL, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, s. 37.

çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğudur (TMK m. 56). “Vakıf” ise, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğudur (TMK m. 101). Sendikalar ve siyasi partiler de benzer özellik göstermektedir²⁶⁴.

Örgütlenme, tüzel kişinin iradesini açıklayacak organlarını ifade eder. Tüzel kişilerin zorunlu organları ilgili kanunlarında belirlenmiştir. Bu zorunlu organlar olmaksızın tüzel kişilik kazanılması ve kazanılmış tüzel kişiliğin devam ettirilmesi mümkün değildir²⁶⁵.

Tüzel kişilik kazanılabilmesi için belli bir amaca yönelik örgütlenmenin yanında bu tüzel kişiliğe hukuk düzenince tüzel kişilik tanınmış olması da gerekir. Kanun tarafından öngörülmedikçe, belli bir amaca yönelmiş örgütlenmenin tüzel kişilik kazanması mümkün değildir. Ayrıca, kanunun öngörmediği bir tüzel kişiliğin oluşturulması da mümkün değildir. Zira tüzel kişiler kanunda *numerus clausus* olarak belirlenmiştir. Kanunun öngörmediği tüzel kişilik kurulamayacağı gibi, kanunun öngördüğü tüzel kişilik öngörülenden farklı bir amaç için de kurulamaz ve birden fazla tüzel kişinin özellikleri birleştirilerek karma bir tür yaratılamaz²⁶⁶.

b- Tüzel Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti

Her tüzel kişi, oluşması ve faaliyette bulunabilmesi için o tüzel kişi adına karar alabilecek kişi veya kurullara ihtiyaç duyar. Bu kişi veya kurullar, tüzel kişinin organlarını oluşturur ve tüzel kişinin iradesinin hukuk dünyasına yansımaları sağlarlar²⁶⁷.

Tüzel kişiler kuruldukları andan itibaren kişilik ve bunun neticesi olarak hak ehliyeti kazanırlar. TMK m. 47 hükmünce “*Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal*

²⁶⁴ DURAL/ ÖĞÜZ, *Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku*, s. 210.

²⁶⁵ DURAL/ ÖĞÜZ, *Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku*, s. 211-212; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku*, s. 246; KANGAL, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, s. 27.

²⁶⁶ DURAL/ ÖĞÜZ, *Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku*, s. 212; SEROZAN, Rona, *Tüzel Kişiler*, İstanbul: Filiz, 1994, s. 29-32.

²⁶⁷ YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 230 vd.

toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.”. TMK m. 48’de ise tüzel kişilerin hak ehliyeti düzenlenmektedir. İlgili hükme göre *“Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.”*. TMK m. 48 hükmü genel kural getirmekle birlikte doktrinde tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin amaçları ile sınırlı olup olmadığı tartışmalı bir konudur. 6762 sayılı TTK’nın 137. maddesi ile TMK m. 90 hükmü tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin amaçları ile sınırlı olduğu yönünde yorumlanabilmektedir. Fakat bu yönde bir sınırlandırma hakların kısıtlanması anlamına geleceğinden ancak kanunla öngörülebilir ve bu yönde kanuni bir düzenleme bulunmadığından tüzel kişilerin hak ehliyetinin amaçları ile sınırlı olmadığını kabul etmek gerekir. 6762 sayılı TTK yürürlükten kalktığı ve 6102 sayılı TTK 125. maddesinde *“Ticaret şirketleri, Türk Medeni Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler.”* hükmünü getirdiği için ticaret şirketlerinin ana statülerinde yer alan amaçla sınırlı olarak hak ehliyetine sahip olduğu görüşü de dayanağını yitirmiştir. Ticaret ortaklıkları da gerçek kişiler ve diğer tüzel kişiler gibi haklara ve borçlara ehildirler²⁶⁸.

Tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanmaları ise organlarının oluşması ile gerçekleşir. Hangi organların zorunlu olduğu ise kanunla belirlenir. TMK m. 49’da bu durum *“Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.”* şeklinde ifade edilmiştir. Kurulması tescile bağlı tüzel kişilerde, sicile kaydedilmeleri için zorunlu organlarının kurulmuş olması aranacaktır. Bu durumda, kurulmaları tescile tabi tüzel kişiler tescil ile hak ve fiil ehliyeti kazanırlar. Tüzel kişilerin fiil ehliyetine sahip olması için organlarının oluşması yeterli değildir, aynı zamanda bu organların devamlılığı da sağlanmalıdır. Aksi takdirde, tüzel kişi organlarını oluşturarak kazandığı fiil ehliyetini kaybeder²⁶⁹.

Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır (TMK m. 50/1) ve organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar (TMK m. 50/2). Yetkili organı tarafından yapılan her türlü işlem tüzel kişiyi bağlar. Hangi organın yetkili olduğu ise tüzel kişinin ana statüsüne göre belirlenir. Kanunen

²⁶⁸ DURAL/ ÖĞÜZ, *Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku*, s. 248.

²⁶⁹ DURAL/ ÖĞÜZ, *Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku*, s. 249-250; OĞUZMAN/ SELİÇİ/, OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku*, s. 269; SEROZAN, *Tüzel Kişiler*, s. 40-42.

zorunlu organlar dışında emredici hükümlere aykırı olmamak üzere tüzel kişi tarafından ana statülerinde ihtiyari organlar belirlemeleri de mümkündür²⁷⁰.

c- Tüzel Kişilerin Türleri

Tüzel kişiler temel olarak “özel hukuk tüzel kişileri” ve “kamu hukuku tüzel kişileri” olarak ikili ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu yapılırken kurulma şekilleri, çalışma esasları ve sona erme biçimleri dikkate alınmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin hangi gruba dâhil olduğu ise tartışmalıdır²⁷¹.

“Özel hukuk tüzel kişileri”, özel hukuk alanında faaliyet göstermek üzere hukuki bir işlem ile kurulan²⁷² tüzel kişilerdir. Hukukumuzda sınırlı sayıdaki özel hukuk tüzel kişileri dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri, sendikalar ve siyasi partilerdir. Dernekler, ticaret şirketleri, sendikalar ve siyasi partiler “kişi topluluğu” niteliğindeki tüzel kişilerdir. Vakıflar ise “mal topluluğu” niteliğindedir. Yönelindikleri amaca göre ise, ticaret şirketleri kazanç paylaşma amacı güderken; dernekler, vakıflar, sendikalar ve siyasi partiler kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzel kişilerdir²⁷³.

“Kamu hukuku tüzel kişileri” ise, kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanan idari işlemle kurulur (Anayasa m. 123/3). Kamu hukuku tüzel kişileri kamu erkini kullanırlar ve kamu görevi yerine getirirler. Kamu gücünün getirdiği ayrıcalıkları ve yükümlülükleri taşırlar. Kamu tüzel kişileri ikiye ayrılırlar. Bunlardan ilki, belli bir topluluğun oluşturduğu kamu tüzel kişileridir. Bunlar, tüm ülke üzerine görevli ve yetkili olan devlet ile belli bir yerde yaşayan insanların oluşturduğu mahalli idareler yani il özel idaresi, belediyeler ve köylerdir. Mahallî idareler, il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir (Anayasa m. 127/1). İkinci grupta ise, belli bir hizmeti yürüten kamu tüzel kişileri yer alır. Bu kuruluşlar

²⁷⁰ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 250-254; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 268-269.

²⁷¹ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 225.

²⁷² Özel hukuk tüzel kişisi olmasına rağmen Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumu bu istisnai durumlara örnek teşkil etmektedir.

²⁷³ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 227-229; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 252-253.

verdikleri hizmette uzmanlaşmış, eğitim, öğretim, ulaşım, sosyal güvenlik ve mesleki disiplin gibi alanlarda faaliyet gösteren tüzel kişilerdir²⁷⁴.

d- Türk Ceza Kanunu’nun 236. Maddesinde Sayılan Tüzel Kişiler

aa- Kamu Kurum veya Kuruluşları

“Kamu kurumları”, belli bir hizmeti uzmanlaşarak yürüten kamu tüzel kişileridir. Doğrudan Anayasa tarafından veya yasa ya da yasanın verdiği yetkiye dayanan idari bir işlem ile kurulurlar²⁷⁵. Tüzel kişi olmalarının bir neticesi olarak görev alanları ile ilgili kararları kendileri alırlar yani özerktirler ve ayrı malvarlığı, bütçe ve personele sahiptirler. Tüm bunlara rağmen tamamen bağımsız bir yapıyı haiz değildirler, idari vesayete tabidirler²⁷⁶. Kamu kurumları, uzmanlığa bağlı olarak çalıştıklarından kamu idarelerinden ayrılırlar. Kamu kurumları tek bir hizmet ve varsa yan hizmet dallarında uzmanlaşarak çalışırken kamu idareleri belli bir coğrafi alandaki halkın tüm ihtiyaçlarıyla ilgilenirler²⁷⁷.

Kamu kurumları, idari kamu kurumları, iktisadi kamu kurumları, sosyal kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları, bağımsız kamu kurumları ve mahalli idarelerle bağlantılı kamu kurumları olarak gruplandırılmaktadır²⁷⁸.

“İdari kamu kurumları”, Devletin bakanlıkları ve mahalli idareleri aracılığıyla yürüttüğü bazı hizmetlerin bütçe ve personel ayrılması suretiyle bir kamu tüzel kişisine verilmesi ile oluşurlar. Örnek olarak, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Orman

²⁷⁴ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt I, 2. Baskı, Bursa: Ekin, 2009, s. 161; YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul: Beta, 2009, s. 227-230.

²⁷⁵ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 10. Baskıdan Tıpkı Ek Baskı, Bursa: Ekin, 2010, s. 227; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Cilt 1, Genel Esaslar, 7. Bası, Ankara: Turhan, 2010, s. 314; GÜNDAY, **İdare Hukuku**, s. 531-533; TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Turhan, 2013, s.178.

²⁷⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013, s. 337; GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 222-223; GÜNDAY, **İdare Hukuku**, s. 533-534; TAN, **İdare Hukuku**, s.181-183; YILDIRIM, Turan, **Türkiye’nin İdari Teşkilatı**, 2. Baskı, İstanbul: Alkım, 1999, s. 184.

²⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, **İdare Hukuku (I)**,s. 318-319; ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul: Filiz, 2004, s. 129; YAYLA, **İdare Hukuku**, s. 258.

²⁷⁸ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, **İdare Hukuku (I)**,s. 313; TAN, **İdare Hukuku**, s.178; YAYLA, **İdare Hukuku**, s. 259.

Genel Müdürlüğü verilebilir. İdari kamu kurumlarında devlet idaresi kimliği ağır basar²⁷⁹.

“İktisadi kamu kurumları”, diğer bir ifadeyle “kamu iktisadi teşebbüsleri”, ekonomik faaliyetlerde bulunmak amacıyla kamu sermayesi ile kurulan, kuruluşu kanun veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan idari işleme dayanan kamu kurumlarıdır. Kamu iktisadi teşebbüsleri kendi içerisinde, sermayesinin yüzde yüzü devlete ait, ekonomik alanda ticari ilke ve esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan “iktisadi devlet teşekkülleri” ile tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak amacıyla kurulan ve sermayesinin tümü devlete ait olan “kamu iktisadi kuruluşları” olmak üzere ikiye ayrılır (233 sayılı KHK m. 2)²⁸⁰.

“Sosyal kamu kurumları”, Sosyal Güvenlik Kurumu, Çocuk Esirgeme Kurumu, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları gibi zaman içerisinde ortaya çıkan sosyal ihtiyaçları karşılamak amacıyla kurulan tüzel kişilerdir. Sosyal kamu kuruluşları ülke çapında hizmet verirler. Kendileri tek bir merkezde yer alsa dahi yararlananlar ülke çapından gelmektedir²⁸¹.

“Bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları”, Milli Eğitim Bakanlığı ve Kültür Bakanlığı gibi idari kamu kurumları dışında kalan Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler, ileri teknoloji enstitüleri, bilimsel ve teknik araştırma merkezleri-akademileri (TÜBİTAK, TÜBA), Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu gibi ülke veya dünya çapında bilim, teknik ve kültür alanında etkinlik gösteren, özerkliğe sahip kamu kurumlarıdır²⁸².

²⁷⁹ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 337-338; GÖZLER, *İdare Hukuku (I)*, s. 567; GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 232-233; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 536; YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 259-260.

²⁸⁰ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 339-341; GÖZLER, *İdare Hukuku (I)*, s. 569-570; GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 233-234; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, *İdare Hukuku (I)*, s. 324-327; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 536, 539-548; TAN, *İdare Hukuku*, s. 184-186; YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 260-262; YILDIRIM, *Türkiye’nin İdari Teşkilatı*, s. 191-192.

²⁸¹ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 338; GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 238-239; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 536, 548-552; YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 263-264.

²⁸² AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 338-339; GÖZLER, *İdare Hukuku (I)*, s. 576-577; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 536-537, 552-565; YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 266-267.

“Bağımsız kamu kurumları”, diğer adıyla “bağımsız idari otoriteler”, devletin düzenleme ve denetleme ile yetinip belli işleri teknolojik gelişmeleri bile uzmanlara bırakma ihtiyacından doğmuştur. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), Rekabet Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK), Enerji Piyasasını Denetleme Kurulu (EPDK) bazıları kurul adı taşısa da bağımsız kamu kurumlarıdır²⁸³.

“Mahalli (idarelerle bağlantılı) kamu kurumları”, mahalli idarelerin yani il özel idarelerinin, belediyelerin ve büyük şehir belediyelerinin yürütmekte oldukları hizmetlerden bir kısmını birlikte görmek üzere kendi aralarında kurdukları “mahalli idareler birlikleri” ile “köylere hizmet götürme birlikleri”, “sulama birlikleri”, “ülke düzeyindeki birlikler” ve İller Bankası gibi kanunla kurulan diğer kamu kurumlarını içeren mahalli idarelerle bağlantılı kurumları içermektedir²⁸⁴.

bb- Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları

Anayasa’nın 23.07.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunla değişik 135. maddesine göre, “meslek kuruluşları”, *“belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri”*dir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kanunla kurulurlar ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanırlar. Bu kuruluşların faaliyet alanındaki meslek, bu kuruluşa üye olunmadan icra edilemez. Kamu hizmeti görmezler; kamuya yararlı bir faaliyetleri olsa dahi bu, kamu hizmeti teşkil etmez. Bu kuruluşlar ülke çapında ve hatta yurt dışında dahi etkili olabilmektedirler. Kendi bütçeleri vardır. Devletin idari

²⁸³ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 342-344; GÖZLER, *İdare Hukuku (I)*, s. 581-583; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 568-576; YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 267-268.

²⁸⁴ GÖZLER, *İdare Hukuku (I)*, s. 591-594; YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 269-271.

ve mali denetimi altındadırlar. Bu kuruluşların kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunması Anayasa m. 135/3 ile yasaklanmıştır²⁸⁵.

Barolar, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları Birliği, Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Derneği, Türkiye Seyahat Acentaları Birliği, Ziraat Odaları, Türkiye Ziraat Odaları Birliği özel kanunlarla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır²⁸⁶.

cc- Kamu Kurum ve Kuruluşları İştirakiyle Kurulmuş Şirketler

Kamu iktisadi teşebbüsleri, sermayesinin tamamı kendisine ait olmak üzere “müessese” adı altında işletmelere ve sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmak üzere “bağlı ortaklık” şeklinde anonim şirketlere sahip olabilirler. Ayrıca, bu sayılan teşebbüs veya bağlı şirketlerin sermayesinin yüzde 15’i ile –en fazla- yüzde 50’sine sahip oldukları anonim ortaklıklara da “iştirak” denmektedir. Hali hazırda mevcut müessese veya işletmelerin bağlı ortaklık haline getirilmesi Yüksek Planlama Kurulu kararı ile olur. Yeni bağlı ortaklık kurulması için ise Bakanlar Kurulu kararına ihtiyaç duyulur. TEKEL’e bağlı Tütün ve Sigara İşletmeleri Müessesesi, TCDD’ye bağlı Türkiye Vagon Sanayii A.Ş. ve Ziraat Bankası’nın iştiraki olan Başak Sigorta örnek olarak gösterilebilir²⁸⁷.

dd- Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Bünyesinde Faaliyet İcra Eden Vakıflar

“Vakıf”, TMK’nın 101. maddesinde “*gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları*” şeklinde tanımlanmakta ve bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan hakların vakfedilebileceği ifade edilmektedir.

²⁸⁵ GÖZLER, *İdare Hukuku (I)*, s. 599 vd.; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 565-568; TAN, *İdare Hukuku*, s. 189-190; YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 264-266; YILDIRIM, *Türkiye’nin İdari Teşkilatı*, s. 238-239.

²⁸⁶ GÖZLER, *İdare Hukuku (I)*, s. 600; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku*, s. 252.

²⁸⁷ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 341-342; GÖZLER, *İdare Hukuku (I)*, s. 570-571; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, *İdare Hukuku (I)*, s. 329-333; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 542-543; YAYLA, *İdare Hukuku*, s. 262-263.

Bu tanımdan hareket edilerek vakfın üç unsuru bulunduğu söylenebilir. Bu unsurlar, ilk olarak bir mal, ikinci olarak bu malın belirli ve sürekli bir amaca tahsis edilmiş olması ve son olarak tüzel kişiliği haiz olunması şeklinde sayılabilir²⁸⁸.

Kamu kurum ve kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, gerçekte özel hukuk tüzel kişisi olmalarına rağmen kamu tüzel kişilerinin bünyesinde faaliyet icra edebilmekte ve kamu hizmetinin görülmesine katılabilmektedirler. Hatta Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları gibi tamamen kamu kaynakları ve personelinin oluşabilmektedir²⁸⁹.

ee- Kamu Yararına Çalışan Dernekler

TMK'nın 56. maddesinde ve Dernekler Kanunu'nun 2. maddesinin (a) bendinde “dernek”, “*gerçek veya tüzel en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğu*” olarak tanımlanmaktadır. Bir derneğin söz konusu olabilmesi için iki unsurun birleşmesi gerekir. Bunlardan ilki amaçtır. Bir kişi topluluğunun dernek olarak tüzel kişi kazanabilmesi için kazanç paylaşma dışında kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amaca sahip olması gerekir. İkinci olarak, derneğin tüzel kişi kazanabilmesi için en az yedi gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelmesi gereklidir. Daha sonra sayı artabilir ancak derneğin başlangıçta yedi kişiden az üyesi olamaz²⁹⁰.

Dernekler, i) ticari işletme işleten ve işletmeyen dernekler, ii) alelade ve kamuya yararlı dernekler, iii) dernek ve dernek birlikleri olarak ayrımlara tabi

²⁸⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 347.

²⁸⁹ AKBULUT, Berrin, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 4, Sayı: 9, Ankara: Seçkin, 2009, s. 70.

²⁹⁰ AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ-KARAMAN, Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku (I)**, 10. Baskı, İstanbul: Beta, 2013, s. 575; DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 268; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 286-287; SEROZAN, **Tüzel Kişiler**, s. 43.

tutulmaktadır²⁹¹. Biz burada konumuz açısından alelade dernek- kamuya yararlı dernek ayrımını irdedeleyeceğiz.

Dernekler özel hukuk tüzel kişileridir ve kamuya yararlı bir amaçla kurulmaları zorunlu değildir. Ancak Dernekler Kanunu, kamuya yararlı amaç güden derneklere belli şartları haiz olmaları koşulu ile kamuya yararlı dernek statüsü tanımaktadır. İlgili Kanun'un 27. maddesine göre, bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için, en az bir yıldan beri faaliyette bulunması ve derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olması şarttır. Kamu yararına çalışan dernek statüsünün kazanılması, kaybedilmesi ve gerekli belgeler ile diğer esas ve usuller yönetmelikte düzenlenir²⁹². 31.03.2005 tarihli Dernekler Yönetmeliği, kamuya yararlı dernek sayılma şartlarını, başvuru koşullarını ve bu statünün kaybedilmesini düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 49. maddesinde, kamu yararına çalışan dernek sayılmak için aranan şartlar yer almaktadır. Bu maddeye göre, bir derneğin kamuya yararlı dernek statüsü kazanabilmesi için,

- a) En az bir yıldan beri faaliyette bulunması,
- b) Son bir yıl içindeki, 2005 yılı için belirlenen tutar olan 50.000.- YTL'sını geçen alım ve satım işlemlerinin rekabet koşullarına uygun yapılması,
- c) Amacı ve gerçekleştirdiği faaliyetlerin, üyelerinin dışında yerel veya ulusal düzeyde toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretecek ve toplumsal gelişmeye katkı sağlayacak nitelikte olması,
- d) Yıl içinde elde ettiği gelirin en az yarısının bu amaçla harcanması,
- e) Sahip olduğu mal varlığının ve yıllık gelirinin tüzüğünde belirtilen amacı gerçekleştirecek düzeyde olması gerekir.

Kamu yararına çalışan dernekler, ilgili bakanlıkların ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilir (Der. K. m. 27).

²⁹¹ DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 270-272; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 287.

²⁹² DURAL/ ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku (II)- Kişiler Hukuku**, s. 270-271.

Danıştay'ın “kamuya yararlı” sıfatının kazanılabilmesi için aradığı kriterler ise, sunulan hizmetin belli bir zümre ya da sınıfa özgülenmemiş olma, tüm vatandaşların doğrudan bu hizmetlerden faydalanma olanağının bulunması ve ülke genelinde faydalı sonuç verecek nitelik ve gereklilikleri içermidir. Dernekler Yönetmeliği'nin 49. maddesinin 1-c bendinde bu son unsur, “amacı ve gerçekleştirdiği faaliyetlerin üyelerinin dışında yerel ve ulusal düzeyde toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretme ve toplumsal gelişmeye katkı sağlaması” olarak daha dar bir biçimde ifade edilmiştir. Örnek olarak, Polis Emeklileri Sosyal Yardım Derneği ülke çapında teşkilatı olmasına rağmen bütün topluma değil polis emeklisi üyelere yardım amacı güttüğünden kamuya yararlı dernek statüsü kazanamamış ancak Kanser Araştırma Derneği toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretme ve toplumsal gelişmeye katkı sağlama amacıyla hareket ettiğinden kamuya yararlı dernek sıfatını kazanmıştır²⁹³.

Ceza hukuku anlamında önem arz eden diğer bir düzenleme ise Dernekler Kanunu'nun 27. maddesinin yedinci bendidir. Buna göre, kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır²⁹⁴.

ff- Kooperatifler

24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (Koop. K.)'nun²⁹⁵ 1. maddesine göre, tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara “kooperatif” denmektedir. Kooperatiflerin amacı, ortaklarının özellikle mesleki ihtiyaçlarının ve genel anlamda ekonomik menfaatlerinin korunmasıdır. Ortaklar bu amaca ulaşmak için işgücü, parasal katkı, karşılıklı

²⁹³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 289.

²⁹⁴ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ-KARAMAN, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku (I)**, s. 600.

²⁹⁵ 24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu 10.05.1969 tarihli ve 13195 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

yardımlaşma, dayanışma ve kefalet araçlarını kullanırlar (Koop. K. m. 1)²⁹⁶. Kooperatifler bu yönüyle şirketlerden ve derneklerden ayrılırlar. Çünkü ne kazanç paylaşma amacı taşırlar ne de ideal bir amacı gerçekleştirmeye çalışırlar. Kooperatiflerin amacı ortaklarının yani bireylerin ekonomilerini geliştirmektir. Bunun için de üyeler arasında yardımlaşma, dayanışma ve kefalet araçlarını kullanırlar²⁹⁷.

Bir kooperatif en az yedi ortak tarafından imzalanacak ana sözleşme ile kurulur ve ana sözleşmedeki imzaların noterce onaylanması gerekir (Koop. K. m. 2). Kooperatif ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır (Koop. K. m. 7). Tüzel kişiliği haiz bu ortaklıkların ortak sayısı en az yedi olmak zorunda olup sabit değildir; ortakları ve sermayesi değişebilir. Ancak belli nitelikleri taşıyan kişiler ortak olabilir²⁹⁸.

Kooperatifler çok çeşitli ayrımlara tabi tutulabilmektedirler. Konu açısından üretim, tüketim, tarım, kredi ve sigorta kooperatifleri; bağlı oldukları kanun açısından Kooperatifler Kanunu'na tabi olanlar ve özel kooperatif kanunlarına tabi olanlar; ölçekleri açısından küçük kooperatifler, kooperatifler ve büyük kooperatifler; sorumlulukları açısından sınırlı sorumlu ve sınırsız sorumlu ya da gerçek kooperatif ve görünüşte kooperatif şeklinde sınıflandırılabilir²⁹⁹.

G- Fail

TCK'nın 37. maddesinden hareketle “fail”, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili (...) gerçekleştiren kişi*” olarak tanımlanabilir³⁰⁰. Her fiil, bu fiili gerçekleştirecek bir kişiye ihtiyaç duyar. Bu sebeple, her suçun mutlaka bir faili mevcuttur. Ceza hukukunda ancak gerçek kişiler bir suçun faili olabilir çünkü iradi

²⁹⁶ KARAHAN, Sami (Ed.)/ DERYAL, Yahya, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Konya: Mimos, 2013, s. 875-877; ÜSTÜN, Yusuf/ AYDIN, Muhittin, **Kooperatifler Hukuku**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2014, s. 6.

²⁹⁷ POROY, Reha/ TEKİNALP, Eşref/ ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 11. Bası, İstanbul: Vedat, 2009, s. 977-978.

²⁹⁸ KARAHAN/ DERYAL, **Şirketler Hukuku**, s. 875; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, s. 982-983; ÜSTÜN/ AYDIN, **Kooperatifler Hukuku**, s. 6.

²⁹⁹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, s. 983-984.

³⁰⁰ Doktrinde *Soyaslan* ve *Toroslu* tarafından fail kavramı yerine “suçun aktif süjesi” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Yetkin, 2012, s. 239; TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 100.

olarak hareket edebilme yeteneğine sadece insanlar sahiptir³⁰¹. Dolayısıyla, tüzel kişilerin suç faili olmaları mümkün değildir³⁰².

Suçlar, failin niteliğine göre herkes tarafından işlenebilen suçlar ve belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar olarak ikili ayrıma tabi tutulmaktadır. “Genel suçlar”, herkes tarafından gerçekleştirilmesi mümkün suçlardır. Bu özellikleri kanuni tanımlarında kullanılan “kişi”, “kimse” gibi ifadelerden anlaşılmaktadır³⁰³. Örneğin, “kasten yaralama (TCK m.86)”, “tehdit (TCK m.106)”, “hakaret (TCK m.125)”, “hırsızlık (TCK m.141)” genel suçlardandır. “Özgü suçlar” ise, kanuni tanımında fail açısından belli özelliklerin öngörüldüğü, suçun failinin belli nitelikleri haiz olmasının arandığı suçlardır³⁰⁴. Örneğin, “zimmet (TCK m.247)”, “irtikap (TCK m.250)”, “rüşvet (TCK m.252)”, “görevi kötüye kullanma (TCK m.257)” özgü suçlardandır.

Belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar kendi içerisinde ikili ayrıma tabi tutulmaktadır: özgü (mahsus) suçlar ve bizzat işlenebilen suçlar. “Bizzat işlenebilen suçlar”, yalan tanıklık (TCK m. 272) gibi icra hareketini bizzat failin gerçekleştirmesini gerektiren suçlardır. Özgü suçlar ise kendi içerisinde “gerçek özgü suçlar” ve “görünüşte özgü suçlar” olarak ikiye ayrılmaktadır. Suçun basit halinin belli niteliği haiz kişiler tarafından işlenebildiği hallerde “gerçek özgü suç” söz konusu olur. “Zimmet (TCK m. 247)” ve “rüşvet (TCK m. 252)” suçları kamu görevlisi tarafından işlenebildiği için gerçek özgü suçlardandır. Failin özel bir yükümlülük altında bulunmasından dolayı, bu yükümlülüğü nedeniyle fail olabildiği

³⁰¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 267; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 231; ERMAN, *Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 91-92; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: US-A, 2012, s. 393; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 128; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 105; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 229; ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Ankara: Seçkin, 2014, s. 188; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 364-367.; KANGAL, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, s. 131-134.

³⁰² Doktrindeki tüzel kişilerin fail olabileceği yönündeki görüş için bkz. SOYASLAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 239.

³⁰³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 268; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.106; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 187; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 167; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 148.

³⁰⁴ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 215, 268-269; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 106; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 187; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 167; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 100-101; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 149.

suçlara “yükümlülük suçları” da denmektedir. Örneğin, kamu görevlisinin fail olabildiği suçlarda fail kamu hukuku yükümlülüğü altında girdiği için yükümlülük suçu söz konusu olmaktadır³⁰⁵. “Görünüşte özgü suçlar” ise, basit hali herkes tarafından işlenebilen ancak failin belli özelliklere sahip olmasının nitelikli hal olarak öngörüldüğü ya da suçun hukuksal niteliğini değiştirdiği suçlardır. Örneğin, “resmi belgede sahtecilik (TCK m. 204)” suçunun basit hali herkes tarafından işlenebilir; ancak ikinci fıkrasında öngörülen nitelikli halin gerçekleşmesi için failin kamu görevlisi olması aranmıştır. Güveni kötüye kullanma suçu (TCK m. 155) herkes tarafından işlenebilirken, kamu görevlisi tarafından görevi nedeniyle işlenmesi suçun hukuki niteliğini değiştirir ve zimmet suçunu (TCK m. 247) gündeme getirir. Bu sebeple, resmi belgede sahtecilik ve zimmet suçları görünüşte özgü suç özelliği göstermektedir³⁰⁶.

Özgü suçların gerçek özgü suç ve görünüşte özgü suç olarak ikili ayrıma tabi tutulması suça iştirak bakımından önem arz etmektedir. Gerçek özgü suçlara özel faillik sıfatını taşımayan kişiler sadece şerik olarak katılabilirler, müşterek fail olmaları mümkün değildir. Görünüşte özgü suçlarda ise, özel faillik sıfatını taşımayan kişilerin müşterek fail olmaları mümkündür; özel faillik sıfatını taşıyan kişi suçun nitelikli halinden sorumlu olurken taşımayan kişi suçun basit halinden sorumlu olur³⁰⁷.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda fail, “*taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi*”dir. Doktrinde “kişi” ifadesinin kullanılmasından hareket eden bir görüş bu suçta herkesin fail olabileceğini ifade etmektedir³⁰⁸. Diğer görüş ise, failin herhangi bir kimse değil ihale kararında veya sözleşmede bir edimi ifa etmeyi

³⁰⁵ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 187-188.

³⁰⁶ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 268-269; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 106; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAŞIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 188; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 167; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 149-150.

³⁰⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 107.

³⁰⁸ ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 136; DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 21; EKER-KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s.223; GÖKCEN, Ahmet, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 6-7, s. 175; MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 304; PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 117; ÖZGENÇ, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 133; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 175.

taahhüt eden kişi olduğundan hareket ederek bu suçun özgü suç olduğunu kabul etmektedir³⁰⁹. Kanımızca, fail herhangi biri değil ihale kararında veya sözleşmede edimi yerine getirmeyi taahhüt eden kişi olabilir. Bu sebeple, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu özgü suç kabul eden görüşe biz de katılmaktayız. Ayrıca, failin belli niteliği haiz olması suçun nitelikli hali açısından değil de basit hali için arandığından edimin ifasına fesat karıştırma suçu gerçek özgü suç niteliği taşımaktadır. Öte yandan, failin her zaman kamu görevlisi olması gerekmediğinden, teslim eden kişiler de fail olabildiğinden yükümlülük suçu teşkil etmemektedir.

Yargıtay içtihadı edimin ifasına fesat karıştırma suçunun özgü suç olduğu yönündedir ve bu husus birçok kararda, *“TCK’nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesi ile birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın ‘a’ ve ‘b’ bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlilerinin, ‘c’ , ‘d’ ve ‘e’ bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan...”*³¹⁰ şeklinde ifade edilmektedir.

³⁰⁹ YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6655; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 821; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 235- 236; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 721; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 262-264.

Benzer şekilde, “kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (TCK m.160)” suçunda da failin kaybedilmiş eşyayı bulan kimse olması gerekir. Bu suçu ancak eşyayı bulan kişi işleyebileceğinden özgü suç kabul edilmektedir. Bkz. SOYASLAN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 239.

³¹⁰ Yargıtay 5. CD, 21.11.2013, 2012/10525, 2013/11154; Yargıtay 5. CD, 05.12.2013, E. 2012/11233, K. 2013/11830. (ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6830-6831)

Aynı içerikteki daha fazla karar için bkz. (Yargıtay 5. CD, 11.06.2013, E. 2012/7220, K. 2013/6446; Yargıtay 5. CD, 12.06.2013, E. 2012/5037, K. 2013/6505; Yargıtay 5. CD, 20.05.2013, E. 2012/4510, K. 2013/5385; Yargıtay 5. CD, 05.06.2013, E. 2012/4644, K. 2013/6190; Yargıtay 5. CD, 02.06.2014, E. 2014/4395, K. 2014/5995; Yargıtay 5. CD, 21.11.2013, E. 2012/10525, K. 2013/11154; Yargıtay 5. CD, 02.06.2014, E. 2014/4395, K. 2014/5995. Bu kararlar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

TCK'nın 236. maddesinin 2. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde teslim eden veya kabul eden kişi fail olabilecek iken, diğer üç fıkrada sadece kabul etmek fiili gösterildiğinden kabul eden fail olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, (a) ve (b) bentleri açısından ihale kararında veya sözleşmede belirtilen maldan başka bir mal veya eksik mal teslim eden ya da bu nitelik veya nicelik yönünden fesada uğramış malı kabul eden kişi fail olabilir. (c), (d) ve (e) bentleri açısından ise, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen edimi süresinde ifa edilmiş gibi kabul eden, yapım ihalelerinde eser veya malzeme şartname ya da sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktara ya da niteliklere uygun olmamasına rağmen uygunmuş gibi kabul eden ve son bentte, hizmet niteliğindeki edim ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara uygun olmamasına ya da eksik olmasına rağmen uygun ya da tammiş gibi kabul eden kişi fail olabilir.

Failin teslime veya kabule yetkili kişi olması gerekmektedir³¹¹. Kabule yetkili olmayan kişi fail olamaz. Fakat koşulları varsa yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu olabilir³¹².

Sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu hallerde kabul eden, maddede sayılan tüzel kişilerin edimi kabul etmekle görevlendirdiği temsilci olacaktır. İhale kararı ya da ihale sözleşmesi söz konusu olan hallerde ve her halükarda (d) bendinde düzenlenen yapım işi ihalelerinde muayene ve kabul komisyonları kabule yetkilidir. Muayene ve kabul komisyonlarının nasıl kurulduğu ve işlemlerini nasıl gerçekleştirdiğini çalışmamızın ilk bölümünde incelemiştik³¹³. Burada, muayene ve kabul komisyonunun en az üç kişiden oluşması gerektiğini, gerekirse tek sayı olacak şekilde üye sayısının artırılabilirliğini ve kararlarını oyçokluğu ile aldığını tekrar etmekle yetiniyoruz. Kabul komisyonunun üç kişiden meydana geldiği durumlarda kabul kararının alınabilmesi için iki üyenin oyu yeterli olacaktır. Üçüncü üye

³¹¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 821; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6654; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 54; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 136; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 235; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s.223; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 175; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 720; KOCA, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 265; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 175; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 263.

³¹² AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 54.

³¹³ Bkz. Çalışmamızın “Kamu İhale Sözleşmelerinin İfa Edilmesi” başlıklı bölümü.

muhalefet etse dahi kabul işlemi geçerlidir. Bu durumda, üçüncü üye gerekçesini kabul kararında göstermek zorundadır. Peki, üç kişilik kabul komisyonunda kabul kararı iki üye tarafından alınırsa edimin ifasına fesat karıştırılması halinde üçüncü üye de fail olarak sorumlu olacak mıdır? Kanımızca, bu durumda karara muhalefet etmiş üye fail olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, karara muhalefet eden üyenin kamu görevlisi olduğundan TCK m. 279 gereğince suçu bildirme yükümlülüğü doğar.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, malı teslim eden kişi ile sözleşmenin tarafı olan kişinin yani yüklenicinin farklı kimseler olması halidir. Doktrinde malı teslim eden kişilerin de fail olabilecekleri ileri sürülse de³¹⁴ kanımızca bu durumda, malı teslim eden kişi suçun özgü suç niteliğinden ötürü fail olamaz. Fail ancak sözleşmenin diğer tarafı olan, sözleşme ile edimi taahhüt eden, ifa etme yükümlülüğü altına giren kişi olabilir. Nitekim doktrinde genel kabul gören görüş de budur³¹⁵. Bununla birlikte, yüklenici ile teslim eden kişi arasında iştirak iradesi varsa, teslim eden kişi hakkında da iştirak hükümleri uygulanır³¹⁶.

Bazı durumlarda işin alt yükleniciye yaptırılması söz konusu olabilir. İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (KİK m. 15). İşin alt yükleniciye yaptırılmasını gerektiren bu gibi durumlarda, doktrindeki bir görüşe göre, asıl fail sözleşmeyi imzalayan yüklenicidir; alt yüklenici ise koşulları mevcutsa iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulabilir. Diğer görüş ise alt yüklenicilerin de edimin

³¹⁴ ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 136; ÇALIŞKAN, *İhale Kavramları ve İhale Suçları*, s. 767.

³¹⁵ YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6654; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 54; EKER-KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 224; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 721; PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 117.

³¹⁶ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6825- 6826; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6654; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 821; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 54; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu'nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 175; KAPLAN, “Edimi İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 721.

ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabileceği yönündedir³¹⁷. Kanımızca, alt yüklenici listesi sözleşme imzalanmadan önce idarenin onayına sunulmakla işin bir bölümü için alt yüklenici görevlendirilmiş ve işin o bölümü alt yüklenicinin sorumluluğuna geçmiş bulunmaktadır. Asıl yüklenicinin sorumluluğu devam etse dahi asıl sorumluluk alt yüklenicidedir. Bu sebeple, işin belli bir bölümünün alt yükleniciye yaptırıldığı durumlarda o bölümde gerçekleştirilen hileli davranışlar için alt yüklenici fail olarak sorumlu olacaktır. Asıl yüklenicinin de iştirak hükümlerine göre sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

H- Mağdur ve Suçtan Zarar Gören

“Mağdur”, suçtan veya haksız eylemden zarar gören kimse olarak tanımlanmaktadır³¹⁸. Ceza hukuku anlamında ise, suçun konusunun, kanunen korunan hak veya menfaatin ait olduğu kişi veya kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır ve mağdursuz suç olmayacağı kabul edilmektedir³¹⁹. Suçun konusu belli bir kişiye aitse, suçun mağduru doğrudan bu kimsedir; ancak suçun konusu belli bir kişiye ait değil ve toplumun tamamını ilgilendiren bir şey ise, bu durumda mağdur toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır³²⁰.

“Suçtan zarar gören” ise, korunan hakkı veya menfaati işlenen suç neticesinde doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kişidir³²¹. Suçtan zarar görenin hak veya menfaatleri de suç neticesinde ihlal edilmekle birlikte bu durum onun mağdur sayılmasına yetmez. Mağdur, her zaman aynı zamanda suçtan zarar gören olmakla birlikte, suçtan zarar gören her zaman mağdur olmak zorunda değildir³²².

³¹⁷ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6654, AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 54; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 721.

³¹⁸ YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara: Yetkin, 2006, s. 423.

³¹⁹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 283; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 222; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 168; AYDIN, Murat, “Ceza Hukukunda ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Gören”, **Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA)**, Yıl: 15, Sayı: 57- 124, s. 85.

³²⁰ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 284; KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 108.

³²¹ AYDIN, “Ceza Hukukunda ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Gören”, s. 86.

³²² KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 108.

Doktrindeki bir görüşe göre, suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler mağdur olamazlar ancak suçtan zarar gören olabilirler³²³. Diğer bir görüşe göre, tüzel kişiler de suçun mağduru olabilirler³²⁴. Üçüncü bir görüş ise, tüzel kişilerin ancak tüzel kişilere karşı işlenebilen suçlarda mağdur olabileceği yönündedir³²⁵. Kanımızca, suçun mağduru gerçek kişiler olabilirken, tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilirler.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda mağdur, bir görüşe göre toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır³²⁶. Bir başka görüş, mağduru edimin gereği gibi ifa edilmemesinden zarar gören gerçek kişiler olarak göstermektedir³²⁷. Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler, bir görüşe göre suçtan zarar gören konumunda kabul edilirken³²⁸ doktrindeki diğer bir görüş tarafından mağdur kabul edilmektedir³²⁹. Biz, suç neticesinde bir kamu zararı olduğundan toplumu oluşturan bireylerin tamamını bu suçun mağduru olarak görmekte ve tüzel kişilerin mağdur değil suçtan zarar gören olabilecekleri görüşüne katıldığımızdan, bu suç özelinde de kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifleri suçtan zarar gören olarak

³²³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 284; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 129; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, s. 118; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 108; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 209-214; AYDIN, “Ceza Hukukunda ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Gören”, s. 88

³²⁴ SOYASLAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 240; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 108; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 151.

³²⁵ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 543.

³²⁶ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6826; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6655; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 821; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 236; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 721; KOCA, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 269; ÖZGENÇ, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 133.

³²⁷ ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 143.

³²⁸ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6826; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6655; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 821; ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 143- 144; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 236; DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 21; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 722; KOCA, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 269; MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 304; ÖZGENÇ, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 133.

³²⁹ PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 117.

kabul etmekteyiz. Nitekim Yargıtay da yerleşik içtihadında, maddede sayılan tüzel kişileri edimin ifasına fesat karıştırma suçunun zarar göreni olarak kabul etmektedir³³⁰.

I- Suçun Unsurları

1-Kanuni Unsur (Tipiklik)

Kanuni unsur doktrinde “tipiklik” kavramı ile de ifade edilmektedir³³¹. TCK m. 2/1’de düzenlemesini bulan kanunilik ilkesi uyarınca “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*”. İşte kanuni unsur, fiilin kanunda suç olarak düzenlenmesini ve somut olayda işlenen fiilin kanundaki suç tanımına, kalıbına uymasını ifade eder³³². *Keyman* tipikliği, bir resim, fiilin uyması gereken bir model olarak ifade etmektedir³³³.

Doktrinde tipiklik, “dar anlamda tipiklik” ve “geniş anlamda tipiklik” olmak üzere iki farklı anlayışı yansıtmaktadır. “Geniş anlamda tipiklik” anlayışına sahip olan yazarlar tarafından tipikliğin hukuka aykırılık, kusurluluk ve cezalandırılabilirlik şartları dâhil olmak üzere suçun bütün unsurlarını içerdiği savunulmaktadır. Buna karşılık, tipikliğin suçun objektif unsurlarını içerdiğini ve bu objektif unsurlarla sınırlı tutulması gerektiğini savunan “dar anlamda tipiklik” anlayışı, ceza hukukunda baskın olan görüştür³³⁴.

³³⁰ “...3628 sayılı yasanın 17 ve 18. maddelerine göre Hazine ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının edimin ifasına fesat karıştırmak suçunun zarar göreni olduğu...” (Yargıtay 5. CD, 06.01.2014, E. 2012/12547, K. 2014/34; 09.12.2013, E. 2012/12330, K. 2013/11895. Bu kararlar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

³³¹ KEYMAN, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Yıl: 1980, Cilt: 37, Sayı: 1, s. 59.

³³² DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt I, 8. Bası, İstanbul: Filiz, 1983, s. 413-414; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 219; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Ankara: Seçkin, 2014, s. 211; HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 125; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013, s. 97- 98; ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, s. 219; ZAFER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, s. 172-174.

³³³ KEYMAN, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, s. 59; KEYMAN, Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Yıl: 1988, Cilt: 40, Sayı: 1, s. 123.

³³⁴ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 209; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 211; KEYMAN, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, s. 72; KEYMAN, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 125-131.

Kanuni unsurun iki temel alt unsuru bulunmaktadır. İlki, somut olaydaki fiilin suç teşkil edebilmesi ve cezalandırılabilmesi için bu fiilin kanunda suç olarak tanımlanmış olmasıdır. İkincisi ise, somut olaydaki fiilin bu suç tanımına, kalıbına diğer bir ifadeyle tipe uygun olmasıdır³³⁵.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, TCK'nın 236. maddesinde kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. İlgili hüküm uyarınca; *“(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:

a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi.

b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi.

c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi.

d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi.

e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.

(3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.”

Dolayısıyla, maddenin birinci fıkrasında adı geçen kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatiflere karşı taahhüt edilen bir edimin ifasına maddenin ikinci

³³⁵ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 203; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 211; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 219.

fıkrasında sınırlı olarak sayılan seçimlik hareketlerden biriyle fesat karıştırmak edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunun kanuni unsurunu oluşturmaktadır.

2- Maddi Unsur

a- Hareket

“Hareket”, dış dünyada açığa vurulan ve insan iradesinin ürünü olan bir davranıştır³³⁶. Hareket bir insan davranışı olmakla birlikte ceza hukuku alanında bir anlam ifade edebilmesi ve dikkate alınabilmesi için suç olarak düzenlenen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradi bir hareket olması ve kanuni tanımı ihlal eden hukuki bir nitelik taşıması gerekmektedir³³⁷. Bu suç açısından kanuni düzenlemenin yasakladığı hareket, “*taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmaya*”dır³³⁸.

Hareketin önemi bakımından suçlar, “serbest hareketli suçlar” ve “bağlı hareketli suçlar” olarak ikili ayrıma tabi tutulmaktadır. “Serbest hareketli suçlar”da, kanuni tanımda hareketle ilgili bir düzenleme getirilmemekte, söz konusu neticenin hangi hareketlerle gerçekleştirilebileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır³³⁹. Örneğin, TCK m. 81’ de düzenlenen kasten öldürme suçu, “*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiş olup serbest hareketli suç özelliği göstermektedir. Zira kanuni tanım öldürmenin ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda bir açıklık getirmemektedir. “Bağlı hareketli suçlar” söz konusu olduğunda ise, kanuni tanım suçun hangi hareketle ortaya çıkabileceği konusunda bir düzenleme içerir ve suç ancak kanuni tanımdaki

³³⁶ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 213; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 222.

³³⁷ KEYMAN, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 144-148; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 209, 211; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 159; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 171; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 180-181.

³³⁸ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6821.

³³⁹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 242; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 246; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 148-149; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 114; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 237; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 164; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 177; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 131; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 186.

hareketin gerçekleştirilmesi ile meydana gelir³⁴⁰. TCK'nın 204. maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçu *“Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* düzenlemesi ile bağlı hareketli suçlara örnek verilebilir çünkü bu suçun meydana gelmesi için maddede sayılan düzenleme, değiştirme veya kullanma hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Hareketin sayısı bakımından suçlar “tek hareketli suçlar”³⁴¹, “birden fazla hareketli suçlar”³⁴², “seçimlik hareketli suçlar” ve “itiyadi suçlar”³⁴³ olarak incelemeye tabi tutulmaktadır. “Seçimlik (seçenek)”³⁴⁴ hareketli suçlar”da, suçun kanuni tanımında birden fazla hareket gösterilmekle birlikte suçun meydana gelmesi için bu hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesine gerek bulunmamakta, hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterli olmaktadır. Bununla birlikte, seçimlik hareketli suçlarda hareketlerden birden fazlasının yapılması veya hepsinin birlikte gerçekleştirilmesi durumlarında da tek bir suç meydana gelmiş olur³⁴⁵. Örneğin, TCK'nın 204. maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçu *“Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar*

³⁴⁰ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 242; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 246; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 149; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 114; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 236-237; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 165; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 177; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 131; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 187.

³⁴¹ Suç, tek bir hareketle oluşur.

³⁴² Suç, kanuni düzenlemede yer alan birden fazla hareketin birlikte yapılması ile oluşur. Bu hareketlerden birinin yapılması suçun oluşumu açısından yeterli değildir. Bu suça örnek olarak, düzenleme/ değiştirme ve kullanma hareketlerinin birlikte yapılmasını arayan “özel belgede sahtecilik (TCK m. 207)” suçu verilebilir. Bu suçun meydana gelmesi için, özel bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi veya gerçek bir özel belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ve kullanılması gerekmektedir.

³⁴³ TCK m. 6/1-h’de yer alan “itiyadi suçlu” tanımından hareketle “itiyadi suç”, *“kasıtlı bir suçun temel şeklinin ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işlenmesi”* olarak tanımlanabilir.

³⁴⁴ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 149; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, s. 134.

³⁴⁵ DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (I)*, s. 429; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 232; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 246-247; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 222; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 115-116; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 234-235; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 165-168; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 187-188.

hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmü uyarınca seçimlik hareketli bir suçtur. “Veya” bağlacı kullanılarak seçimlik oldukları ifade edilen düzenleme, değiştirme ve kullanma hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir. Aynı şekilde, bu üç hareketten ikisinin veya hepsinin gerçekleştirilmesi halinde de tek bir suç oluşmuş sayılacaktır.

Hareketin şekli yönünden ise suçlar “icrai suçlar”, “ihmali suçlar” ve “ihmal suretiyle icrai suçlar” olmak üzere üçlü ayrıma tabi tutulmaktadır. “İcrai suçlar”, kanunda yasaklanan fiilin, olumlu bir hareketle işlenmesi sonucu oluşurlar. İcrai suçlar yapma şeklinde kendisini gösterirken ihmali suçlar ise, yapmama şeklinde tezahür eder. Belli bir hareketin yapılması gereken yerde yapılmaması durumunda “ihmali suç” meydana gelir. İhmali hareket suçun unsuru olarak düzenlenmişse, “saf ihmali suç”, icrai suretle işlenebilecek bir suçun ihmali suretle işlenebilmesi durumunda ise “ihmal suretiyle icrai (nitelikli ihmali/ garantörsel ihmali)” suç söz konusu olur³⁴⁶.

TCK m. 236’nın yasakladığı fiil “*taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma*”dır. “Fesat” sözlükte, “sakatlık, dolan, yapılan bir hukuksal işlemin istenilen hukuki sonucu doğurmayacak bir sakatlığı içermesi durumu” olarak tanımlanmaktadır³⁴⁷. Fesat karıştırma sayılan haller 236. maddenin ikinci fıkrasında beş bent halinde sayılmıştır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, hareketin önemi bakımından bağlı ve hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir³⁴⁸.

³⁴⁶ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 233-242; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 239-246; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 224-229; HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 149-161; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 235-236; TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 131-132.

³⁴⁷ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 214.

³⁴⁸ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6821; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6657; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 125; DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 21; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 225; ERDAĞ, Ali İhsan, “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc, Erişim Tarihi: 21.06.2015, s. 7; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 176; KOCA, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 271; SARITAŞ, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 63; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 176.

Kanunda edimin ifasına fesat karıştırma sayılabilecek haller maddenin ikinci fıkrasında, bentler halinde ve sınırlı sayıda (*numerus clausus*) gösterilmiştir³⁴⁹. Maddede sayılan hareketler dışındaki fiiller, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşmasına sebebiyet vermeyecektir³⁵⁰. Ayrıca, bentlerde seçimlik olarak sayılan hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi halinde de seçimlik hareketli suç özelliğinden dolayı tek bir edimin ifasına fesat karıştırma suçu meydana gelecektir.

Doktrinde bir görüşe göre, bu suç yalnızca icrai hareketlerle gerçekleştirilebilir; ihmali hareketlerle işlenmesine olanak yoktur³⁵¹. Diğer görüş ise, sayılan hareketlerin icrai veya ihmali olarak gerçekleştirilebileceği yönündedir³⁵². Kanımızca, her ne kadar hile icrai veya ihmali şekilde gerçekleştirilebilse de suçun oluşumu için hile yeterli olmamakta ve maddede sayılan hareketlerin de hileli bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Maddede ifade edilen teslim ve kabul etme hareketleri aktif bir davranışı gerektirdiğinden bu suç icrai davranışlarla meydana gelebilir.

Madde gerekçesinde “Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır.” denilmek suretiyle maddede sayılan hareketlerin hileli bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. TCK’da hilenin tanımı yapılmamaktadır. “Hile” sözlükte, “aldatma, yanıltma, dolap, dolan, bir kimsenin kendi davranış biçimi veya sarf ettiği sözler ile diğer bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya veya bir sözleşme yapmaya yöneltmek için yanlış bir fikir doğuşuna veya yanlış fikrin devamına bile bile neden olması” şeklinde tanımlanmaktadır³⁵³. Doktrinde ise “hile”, “*olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin*

³⁴⁹ “...TCK’nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı...” (Yargıtay 5. CD, 21.11.2013, 2012/10525, 2013/11154. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6830.)

³⁵⁰ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6821; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 818; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 237; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 716; KOCA, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 273.

³⁵¹ ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 239; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 228-229; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, s. 419.

³⁵² ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 818; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 716.

³⁵³ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 270.

doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde birtakım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle bir başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesi, iradesinin fesada uğratılması, sakatlanması” olarak tanımlanmaktadır³⁵⁴. Aslında, mağdurun iradesini ve düşüncesini etkileyerek onu hataya düşürecek nitelikteki her türlü davranış hile olarak kabul edilebilir³⁵⁵. Hilenin mutlaka karşıdaki kişinin iradesini etkilemesi gerekir. Yalnızca olguları değiştirmek ya da şeylerin ekleme- çıkarma yoluyla bilgilerini değiştirmek, üzerlerinde manipülasyon yapmak hile teşkil etmeyecektir³⁵⁶. Hile, aslında var olmayan bir hususu mevcut göstermek ya da var olan bir durumu olduğundan farklı veya hiç olmamış gibi göstermek suretiyle karşıdaki kişinin hataya düşürülmesi olarak görülmektedir³⁵⁷.

Basit ve soyut yalan hile teşkil etmez ve ceza yaptırımını gerektirmez. Yalan, belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır³⁵⁸. Bununla birlikte, failin doğruyu söyleme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde sadece soyut bir yalanı da hile teşkil edebilir; çünkü bu gibi hallerde mağdur failden doğru bir açıklama beklemektedir ve fail doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır³⁵⁹.

Hilenin belirli bir yoğunluk ve güçte olması gerekir. Fail, açıklamalarının doğruluğunu kabul ettirebilmelidir. Bunun için yalana birtakım dış hareketlerin eklenmesi gerekebilir. İşte, yalana inandırıcılık kazandırmak amacıyla bir senaryo

³⁵⁴ DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 17. Bası, İstanbul: Beta, 2004, s. 453.

³⁵⁵ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (IV)**, s. 5155; CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt I, İstanbul: Beta, 2007, s. 453; ÖZBEK / KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 687; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 656; GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat, “Dolandırıcılık Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 14, Sayı: 1-2, s. 16.

³⁵⁶ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 656; AKBULUT, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, s. 82.

³⁵⁷ ÖZGENÇ, **Ekonomik çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 19.

³⁵⁸ Yargıtay 11. CD, 12.03.2012, E. 2012/1704, K. 2012/ 31436. Aktaran: ÖZBEK / KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 687, dn. 382; aynı yönde ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (IV)**, s. 5155-5156; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 453; GÖKCEN/ BALCI, “Dolandırıcılık Suçu”, s. 16; TÜMERKAN, Somay, **Dolandırıcılık Suçu**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1987, s. 37. Karşı yönde TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 658.

³⁵⁹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 455; ÖZBEK / KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 689.

üretilmesi ve dış hareketlerle bir oyun şeklinde yalanın desteklenmesine “sahneye koyma (*mise en scène*) teorisi” adı verilmektedir³⁶⁰.

Hile aktif bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, hali hazırda aldanmış bulunan mağdura karşı doğru bir açıklama yükümlülüğü altında bulunan failin bu açıklamayı yapmaması, susması ile de gerçekleştirilebilir. Diğer bir ifadeyle, hileli davranış icrai ya da ihmali olabilir³⁶¹. Failin, mağdurun gerçeği anlamasına hizmet edecek hususları yok etmesi de hile teşkil eder³⁶².

Dolandırıcılık suçunu düzenleyen TCK m. 157’nin gerekçesinde “*Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değeri taşıması gerekir.*”³⁶³ denilmek suretiyle hileli davranışın icrai ya da ihmali olabileceği, aktif veya pasif bir şekilde gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir.

Bir davranışın hile olarak kabul edilebilmesi için aldatmaya elverişli olması gerekir. Elverişli olup olmadığı ise her somut olayda, olayın koşullarına ve mağdurun niteliğine göre incelenmeli ve değerlendirilmelidir. Mağdur dışında, örneğin orta seviyede bir zekâyâ sahip üçüncü bir kişinin o fiil ile kandırılıp kandırılmayacağını araştırılmasına gerek yoktur. Mağdur esas alınarak hile teşkil eden fiilin mağduru hataya sürüklemeye yetip yetmediği araştırılmalıdır³⁶⁴.

³⁶⁰ DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 452-453.

³⁶¹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 454, 456; ÖZBEK / KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 688; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 657; GÖKCEN/ BALCI, “Dolandırıcılık Suçu”, s. 15; TÜMERKAN, *Dolandırıcılık Suçu*, s. 43-44.

³⁶² DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 454, 456.

³⁶³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (IV)*, s. 5155.

³⁶⁴ DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 454-455, 458; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 659; ÖZGENÇ, *Ekonomik çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s. 26.

Ancak hilenin varlığını kabul etmek için mutlaka bir kişinin bu hile neticesinde aldatılmış olması aranmamalıdır. Gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla yapılan bütün eylemler hile olarak kabul edilmelidir. Fakat hile yerine cebir veya tehdit kullanıldığı takdirde artık edimin ifasına fesat karıştırma suçunun vücut bulduğu söylenemez. Bu durumda, failin cebir veya tehdit suçlarından dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelecektir³⁶⁵.

Yargıtay bir kararında bu hususları “*Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.*

Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.”³⁶⁶ şeklinde ifade etmektedir.

Sadece hile yapılması edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından yeterli değildir³⁶⁷. Suçun oluşması için hileli hareketlerle maddede sayılan hareketlerden biri gerçekleştirilmeli, edimin ifası yapılan bu hile neticesinde etkilenmelidir³⁶⁸.

³⁶⁵ ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 117-118.

³⁶⁶ Yargıtay 15. CD, 07.11.2013, E. 2012/2567, K. 2013/17052. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.

³⁶⁷ “...anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerin ortak özelliğinin hileli davranışlar olduğu, hile niteliği taşımayan hareketlerle bu suçun oluşmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte suçun maddi unsurlarından olan hilenin gerçekleşmesinin salt bu suçu oluşturmadığı, ayrıca hileli hareketlerle suçun kanuni tanımında beş bent halinde düzenlenen fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle oluştuğu, ...” (Yargıtay 5. CD, 05.06.2013, E. 2013/8121, K. 2013/6193. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6837.)

³⁶⁸ ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 128; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 315.

“Zarar suçu olarak TCK’nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma eylemlerinin maddenin 2. fıkrasının açık düzenlemesi karşısında hileli olarak yapılması gerektiği, hileli davranışlar kavramının ne anlama geldiği konusunda 5237 sayılı TCK’da herhangi bir açıklık bulunmadığı, ancak Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre fail tarafından yapılan davranışın hileli olarak kabul edilebilmesi için belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketlerin bulunması gerektiğinin kabul edildiği, esasen, hangi davranışların hileli olup olmadığı ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, olaysal olarak değerlendirme yapılması, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen eşyanın nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle sonuca ulaşılması

Yargıtay da maddede sayılan hareketlerin hileli bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği hususuna “...*Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu ve ihaleye fesat karıştırma suçundan bağımsız bir suç tipi olarak 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde düzenlendiği, anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerin ortak özelliğinin hileli davranışlar olduğu, hile niteliği taşımayan hareketlerle bu suçun oluşmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte suçun maddi unsurlarından olan hilenin gerçekleşmesinin salt bu suçu oluşturmadığı, ayrıca hileli hareketlerle suçun kanuni tanımında beş bent halinde düzenlenen fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle oluştuğu,...*”³⁶⁹ şeklinde kararlarında yer vermektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu meydana getiren hareket teslim ya da kabul etmektir. Teslim, “verme, bırakma” anlamına gelmektedir³⁷⁰. Kabul ise, “sunulan bir şeyi alma” olarak tanımlanabilmektedir³⁷¹. Teslim fiili bir konu, bir eylem olmasına rağmen kabul hukuki bir durum, bir işlemdir³⁷². İlk iki bentte “teslim veya kabul edilmesi” ifadeleri ile hem yüklenici hem de idareye yükümlülük getirilirken, son üç bentte sadece “kabul etme” hareketi belirtilmiş ve sadece idareye yükümlülük getirilmiştir. Doktrinde, bu ibarelerden yüklenicinin sorumlu olmayacağı anlamının çıkarılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Kanımızca, son üç bende ilk iki bentte olduğu gibi “teslim etme” hareketinin eklenmesi faydalı olacaktır.

Burada söz konusu olan kabul işlemi, geçici kabul ya da kesin kabul işlemi olabilir. Zira bazı mal alımlarında veya yapım işlerinde, teslim alınan mal veya yapı ilk bakışta aranan niteliklere uygun gibi görünse de kullanıldıktan sonra birtakım sorun ve eksiklikler tespit edilebilmektedir. İşte böyle durumlarda, geçici kabulün yapılmasının ardından mal veya yapıda eksiklik tespit edilirse kesin kabul işleminin

gerektiği nazara alındığında; dosya kapsamına göre, sözleşme, idari şartname, Yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak muayene ve kabul komisyonu oluşturulmadan, malın teslimi sırasında muayene yapıp numune alınmadan, kalorifer görevlisi ve depo-ambar memurunun hazır bulunduğu şekilde yapılan teslim işlemi nedeniyle, sanığın idarenin denetim olanağını ortadan kaldırmadan, ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka malı teslim etmesi şeklindeki, belirtilen usullere uyulmaması sonucunda gerçekleştirdiği eylemlerinde hileli davranıştan bahsedilemeyeceği cihetle atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi,...” (Yargıtay 5. CD, 16.05.2013, E. 2012/4728, K. 2013/5173. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

³⁶⁹ Yargıtay 5. CD, 05.06.2013, E. 2013/8121, K. 2013/6193. (Aktaran: ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6837.)

³⁷⁰ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 694.

³⁷¹ TÜRK DİL KURUMU, **Büyük Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr. Erişim Tarihi: 23.03.2015.

³⁷² ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin Ifasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 240; ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 120.

bu eksiklikler giderilmeden yapılmaması gerekir. Ancak kabul komisyonu, bu eksiklikleri görmezden gelerek hiç yokmuş ve sunulan mal veya yapı aranan nitelikleri haizmiş gibi kabul edilirse edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır³⁷³.

aa- İhale Kararında veya Sözleşmede Evsafı Belirtilen Maldan Başka Bir Malın Teslim veya Kabul Edilmesi

KİK'in tanımlar başlıklı 4. maddesinde göre “mal”, “satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları” ifade etmektedir.

Hileli hareketlerle ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi ile suç oluşur. Bu bentte hem teslim etmek³⁷⁴ hem de kabul etmek³⁷⁵ suç olarak düzenlenmektedir. İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilip edilmediği konusundaki inceleme, ihale kararında veya ilgili sözleşmede tespit edilen hususlara göre yapılacaktır³⁷⁶. Bunun için öncelikle, geçerli bir ihale kararı veya sözleşmenin mevcut olması gerekir. Bu konuda çalışmamızın ilk bölümüne atıf yapmakla yetiniyoruz. Geçerli olmayan ihale kararı veya sözleşme herhangi bir yükümlülük doğurmaz³⁷⁷.

³⁷³ ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 122.

³⁷⁴ “Somut olayda; Ö... Petrol Ürünleri Sanayii ve Tic. Ltd. Şti.’nin yetkilisi ve yasal temsilcisi olan sanığın, şirket adına P... ilçesi D... Devlet Hastanesi Baştabipliğince hastanenin ihtiyacı olan özel kalorifer yakıtı alımı için yapılan ihaleyi kazanarak ihale sözleşmesini imzaladığı ve hastaneye şartnamede özellikleri belirtilen fueloil 4 standardına uygun yakıt vermeye başladığı, hastanede oluşturulan komisyon tarafından tankerden yakıt deposuna aktarım olmadan önce alınan numunelerin ODTÜ Petrol Araştırma Merkezine gönderilmesi sonucu alınan rapora göre yakıt numunelerinin ihale şartnamesine göre fueloil 4 standardında olması gerekirken daha düşük kalitede olan fueloil 6 standardında olduğunun belirtildiği, bu şekilde sanığın ihale kararında evsafı belirtilen maldan başka bir malı teslim ettiği sabit olmakla, eylemin bir bütün halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturduğuna yönelik kabulde ve ayrıca şirket hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması talebinin reddine dair kararda bir isabetsizlik görülmemiştir.” (Yargıtay 11. CD, 14.05.2013, E. 2013/28924, K. 2013/25289. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6832-6833.)

³⁷⁵ “Kamu görevlisi olan ve kabul-tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar S.K.Ö. ve Z.K.’nin K... İstasyonu eski depo binası duvar temizliği, bakım ve onarım işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapılip yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin dosyada mevcut olup, sanıklarca itiraz edilmeyen raporlarda belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicilerin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmakla,...” (Yargıtay 5. CD, 17.06.2014, E. 2013/1010, K. 2014/6724. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

³⁷⁶ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6822; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 818; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 57.

³⁷⁷ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 58.

“Evsaf”, Arapça’da vasf kelimesinin çoğuludur. “Vasf”ın kelime anlamı ise “nitelik”tir³⁷⁸. Bu bentte düzenlenen hareket, ihale kararında veya sözleşmede nitelikleri belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, TCK m. 236/2-a’daki suçun oluşabilmesi için hileli hareketlerle ihale kararında ya da sözleşmede nitelikleri belirtilen maldan başka bir malın teslimi ya da kabulü söz konusu olmalıdır.

İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslimi veya kabulünden, daha az değerli, niteliği daha düşük bir mal anlaşılmalıdır. Aynı özellikteki veya daha kaliteli bir malın teslim veya kabul edilmesi halinde suç oluşmaz; çünkü bu durumda hilenin varlığından bahsedilemez³⁷⁹. Nitekim Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik’in 26. maddesi de ihale sözleşmelerinin ifası hakkında “*İhale dokümanında hüküm bulunması halinde yüklenici tarafından mala ait teknik dokümandan farklı olarak önerilen mal veya işler, ancak ihale dokümanında belirtilen asgari özelliklere haiz ve mevcudundan daha iyi özelliklere sahip olduğu muayene ve kabul komisyonu tarafından onaylanması halinde kabul edilebilir.*” hükmünü içermekte ve bu duruma izin vermektedir.

Teslim edilen malın ihale kararında veya sözleşmede belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığı KİSK m. 11/1’de yer alan “*Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır. Mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz.*” hükmü gereğince en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonu tarafından incelenir. Muayene ve kabul komisyonu üyelerinin niteliğinde hile yapılmış malı kabul etmemeleri gerekir. Ancak söz konusu komisyon hileli hareketlerle ihale kararı veya

³⁷⁸ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 728; TÜRK DİL KURUMU, **Büyük Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 23.03.2015.

³⁷⁹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6823; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 819; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 128; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 237; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 177; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 717; MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, 3. Cilt (m. 150-241), Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2013, s. 3801; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 317; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 118; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 263-264.

sözleşmede evsafi belirtilen maldan başka bir malı kabul ederse edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşur³⁸⁰. Dikkat etmek gerekir ki, malın kabul edilmesini uygun gören kabul komisyonu üyeleri fail olarak sorumlu olur; ancak kararda ret oyu kullanan üye veya üyeler fail olarak sorumlu tutulamaz.

Bununla birlikte, sözleşmenin ihale sözleşmesi olmadığı durumlarda kabul işlemi kabul komisyonu tarafından yapılmayacaktır. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin tarafı olan maddede sayılan tüzel kişiler, kabul işlemini yapması için bir gerçek kişiyi görevlendirecektir. Tüzel kişinin temsilcisi teslim edilen malın sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olup olmadığını kontrol edecek ve uygun bulduğu takdirde kabul işlemini yapacaktır. Tüzel kişinin temsilcisi, hileli davranışlarla sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olmayan bir malı kabul ederse fail olarak sorumlu olacaktır.

İhale kararında veya sözleşmede evsafi belirtilen maldan başka bir malın teslimi veya kabulünün mutlaka hileli bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu hile, malın cinsine göre değişiklik gösterebilir ve belgede sahtecilik şeklinde ortaya çıkabilir. Belgede sahtecilik yapılması suretiyle ihale kararında veya sözleşmede niteliği belirtilen maldan daha niteliksiz bir malın teslim veya kabulü halinde, doktrindeki bir görüşe göre, TCK m. 212’de yer alan gerçek içtima kuralı uyarınca hem sahtecilik hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından hüküm kurulacaktır³⁸¹. Doktrinde ilk defa *Arslan/ Töngür* tarafından ifade edilen diğer bir görüşe göre ise, edimin ifasına fesat karıştırma suçu sahtecilik suçunun özel bir türünü oluşturmaktadır; bu sebeple, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun belgede sahtecilik yapılmak suretiyle işlenmesi halinde yalnızca TCK m. 236’dan hüküm kurulması gerekir³⁸². Biz, TCK m. 212’de yer alan gerçek içtima hükmü uyarınca her iki suçtan hüküm kurulması fikrine katılmaktayız. Teslimin belgede sahtecilik suretiyle yapılması halinde, kabul edenin bu sahteciliği bilerek edimin ifasını kabul etmesi durumunda, müşterek fail (TCK m. 37) ya da şerik (TCK m. 38-39) olarak sorumlu olacağı kanısındayız³⁸³.

³⁸⁰ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 59.

³⁸¹ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 69; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 238; ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 125.

³⁸² ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 245.

³⁸³ MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 318.

İhale sözleşmelerinde taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmi kabul yapılabilir (KİSK m. 11/3, MAY m. 24). Aynı şekilde, özel hukuk sözleşmelerinde de sözleşmede hüküm bulunması ya da tarafların bu konuda anlaşması şartıyla kısmi kabul yapılabilir. Kısmi kabul yapılması tek başına bu suçun oluşumuna sebebiyet vermez; ancak, kısmi kabul yapılmasına rağmen edimin tam olarak yerine getirilmiş gibi gösterilmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu meydana gelir³⁸⁴.

Bazı durumlarda teslim edilen malda birtakım eksik ya da kusurlar olabilmektedir. Malın kabulüne engel teşkil etmeyecek eksik ve kusurlarda malın geçici kabulü yapılabilen ve bu eksik ve kusurların tamamlanması için yükleniciye süre verilmektedir. Bu durumda, eksikler verilen süre içerisinde tamamlanırsa suç oluşmayacaktır. Fakat bu kusur ve eksikler verilen sürede tamamlanmamasına rağmen tamamlanmış gibi kesin kabulün yapılması durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşur³⁸⁵.

bb- İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Miktardan Eksik Malın Teslim veya Kabul Edilmesi

İhale kararında ya da sözleşmede, malın niteliği ile birlikte miktarı da belirtilmektedir. Yüklenici, ihale kararında ya da sözleşmede belirtilen miktarda malı teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Bu miktardan eksik teslim edilmesi veya hiç teslim edilmemesi halinde bu bent gereğince suç oluşur³⁸⁶.

Bentte edimin ifasına fesat karıştırma sayılan hareket, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, sadece eksik malı sadece teslim etmek değil kabul etmek de suç teşkil etmektedir. İhale sözleşmelerinde kabul komisyonunun ya da özel hukuk sözleşmelerinde tüzel kişinin kabul için görevlendirdiği temsilcisinin eksik olan ya da hiç teslim edilmemiş malı hileli olarak tam teslim edilmiş gibi kabul etmesi de bu

³⁸⁴ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6824; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 819.

³⁸⁵ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 59.

³⁸⁶ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 60-61; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 238; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 318.

bentte düzenlenen hareketi oluşturur ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunu meydana getirir³⁸⁷.

Belirlenen miktardan fazla malın teslimi veya kabulü halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz çünkü böyle bir durumda hilenin varlığından bahsedilemez³⁸⁸. Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan bahsedebilmek için ikinci fıkra da sayılan hareketlerin hileli olarak gerçekleştirilmesi zorunludur.

İhale sözleşmelerinde KİSK m. 11/3'te yer alan *“Taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmî kabul yapılabilir.”* düzenlemesine dayanılarak koşulları mevcutsa kısmi kabul yapılabilmektedir ancak kısmi kabulün yapılması idare açısından zorunlu değildir³⁸⁹. Kısmi kabulün yapılabileceği durumlarda, edimin “sözleşmedeki miktardan eksik olarak kabul edilmesi” hareketi söz konusu olsa da buna yasal olarak imkân tanındığı ve bununla birlikte, bir hilenin varlığı söz konusu olmadığı için suç oluşmaz³⁹⁰. Fakat kısmi kabul hileli hareketlerle gerçekleştirilmiş ya da edim tam olarak ifa edilmiş gibi kabul edilmişse bu durumda da suç oluşur³⁹¹.

Malın ihale kararı veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik bir şekilde teslim edilebilmesi için sahte belge düzenlenmesi halinde TCK m. 212'de yer alan gerçek içtima kuralı gereğince hem sahtecilik hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulacaktır. Kabulün sahte belge düzenlemek suretiyle yapılması halinde ise, kabul eden hem belgede sahtecilik hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır. Mal hiç teslim edilmemesine rağmen sahte belge düzenleyerek teslim edilmiş gibi kabul işlemini yapan kişi edimin ifasına fesat

³⁸⁷ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 60.

³⁸⁸ KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 717; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 266.

³⁸⁹ “...Eğitim ve Araştırma Hastanesine ihale sonucu alınan aferez setlerinin kullanılması için teknik şartnameye göre 4 yerine 3 adet aferez cihazı teslim edildiğinin anlaşılıp yetkililerce talep edilmesi üzerine ilgili firma tarafından eksikliğinin hemen giderildiği ancak, taraflar arasındaki sözleşmesinin 39. maddesi nazara alınarak 42/1-a maddesi ayarınca sözleşmesinin idare tarafından feshedildiğinin anlaşılması karşısında uyumsuzluğun hukuki nitelik taşıdığı, bu nedenle sanıklara yüklenen edimin ifasına fesat karıştırmak ve dolandırıcılık suçlarının maddi ve manevi unsurlar itibarıyla oluşmadığını değerlendiren mahkemenin kabul ve takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamede bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir...” (Yargıtay 11. CD, 31.03.2010, E. 2010/2316, K. 2010/3651. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

³⁹⁰ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 819; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 60; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 130; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 717-718.

³⁹¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 819.

karıştırma suçundan ve belgede sahtecilik suçundan sorumlu olur. Bu durumda bir teslim hareketi olmadığından teslim edenin sorumluluğundan bahsedilemez. Fakat yüklenici ile kabul eden arasında iştirak iradesi varsa ve yüklenici belgenin hazırlanmasına katkı sağlamış ise, yüklenici de belgede sahtecilik suçundan şerik olarak sorumlu olur³⁹². Kabul eden, hileli kabul işlemi ve sahte belge düzenlemesi karşılığında fayda sağlıyorsa hem sahtecilik hem edimin ifasına fesat karıştırma hem de TCK m. 236/ 3 uyarınca ilgili suçtan hüküm kurulur. Kabul edene yarar sağlayan teslim eden, bu yarar sağlama rüşvet suçunda olduğu gibi her iki taraf açısından da suç teşkil ediyor ise, ayrıca bu suçtan dolayı da sorumlu olur³⁹³.

cc- Edimin İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Sürede İfa Edilmemesine Rağmen Süresinde İfa Edilmiş Gibi Kabul Edilmesi

Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmesi diğer bir zorunluluktur. Bu zorunluluğa rağmen, edim süresinde ifa edilmez ancak kabule yetkili kişi tarafından hileli olarak süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilirse bu durum, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturur. Bu bentte, önceki iki bentten farklı olarak “teslim veya kabul etmek” değil sadece “kabul etmek” fiili suç olarak düzenlenmiştir³⁹⁴. Ayrıca bu bentte edimin konusu mal, hizmet ya da yapım işi olarak belirtilmemiştir. Bu sebeple ihale kararına, ihale sözleşmesine ya da özel hukuk sözleşmesine konu olan her türlü edimin belirtilen süreden geç ifa edilmesine rağmen hileli olarak süresinde ifa edilmiş gibi kabul işlemi yapılırsa bu durumda bu bentte düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma hareketi meydana gelmiş olur.

Bu bentte suç olarak sayılan hareket, edimin ihale kararında veya sözleşmede belirlenen süre içerisinde ifa edilmemesi değil, edimin bu sürede ifa edilmemiş olmasına rağmen kabul eden tarafından belirlenen sürede ifa edilmişçesine kabul edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, bu bentte edimin geç ifa edilmesi değil, edimin geç ifa edilmesine rağmen zamanında ifa edilmiş gibi kabul edilmesi edimin ifasına fesat karıştırma sayılmaktadır.

³⁹² AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 61.

³⁹³ MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 318.

³⁹⁴ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 62; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 239; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s.230-231; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 318.

Edimin konusu uygun düştüğü ölçüde edimin taahhüt edilen tarihten önce teslim edilmesi mümkün olabilir. Bu gibi hallerde, idareyi zarara uğratmayacaksa edimi kabul edilmesi gerekir. Nitekim bu durum Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik'in 28. maddesinde *“Mal ve/veya işin süresinden önce teslimi halinde, yüklenicinin başvurusu üzerine, ek bir maliyet getirmemesi kaydıyla idarece uygun görülmesi halinde, mal ve/veya işin sözleşmesindeki teslim tarihini beklemeksizin bu Yönetmelik hükümlerine göre mal ve/veya işin muayene ve kabul işlemlerini yapabilir.”* şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde, edimin sözleşmede taahhüt edilen tarihten önce ifa edilmesinin suçu oluşturmayacağı ifade edilmektedir³⁹⁵. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Doktrinde edimin ifa edilmemesine karşın süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmiş olması durumunda da bu bentte düzenlenen suçun oluşacağı ileri sürülmektedir³⁹⁶. Kanımızca, bu bentte düzenlenen durum edimin süresinde ifa edilmemesine diğer bir ifadeyle geç ifa edilmesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesidir. Edim süre koşuluna uyulmasa da ifa edilmektedir fakat kabul eden edimi *–örneğin, belgede sahtecilik yaparak–* süresinde ifa edilmiş gibi kabul etmektedir. Kanımızca, edimin hiç ifa edilmediği hallerde bu bentteki durum söz konusu olamaz; koşulları mevcutsa ikinci bent gündeme gelebilir.

Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, işin yapılma veya teslim yeri, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları hususlarında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir (KİSK m. 15). İşin yapılma veya teslim yeri değiştiğinde ek süre verilmesi gerekebilir. Bu gibi hallerde, ek süre verilmesi, buna binaen edimin yeni iş süresine uygun olarak, fakat ilk sözleşmedeki süreye göre geç ifa edilmesi ve geç kabul edilmesi bu suçu oluşturmaz³⁹⁷. Fakat işin süresinde değişiklik yapılabilmesi için işin

³⁹⁵ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 62; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 131-132; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 238, dn. 37; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 718.

³⁹⁶ MALKOÇ, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (III)**, s. 3802; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6663; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 62.

³⁹⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 820; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 131; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 230-231; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 177.

süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi gerekmektedir. Aksi halde değişiklik yapılamaz. Değişiklik yapılmaksızın geç teslim edilen edimin süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi ise TCK m. 236/2-c’de düzenlenen suçu meydana getirir.

Edim süresinde ifa edilmesine rağmen kabul edilmemesi durumunda suç oluşmayacaktır; çünkü bu durumda edime fesat karıştırma durumu söz konusu değildir. Edimin kabul edilmediği bu gibi durumlarda, kabul etmeyen kişi kamu görevlisi ise ve koşulları mevcutsa görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir³⁹⁸.

dd- Yapım İhalelerinde Eserin veya Kullanılan Malzemenin Şartname veya Sözleşmesinde Belirlenen Şartlara, Miktar veya Niteliklere Uygun Olmamasına Rağmen Kabul Edilmesi

KİK’in 4. maddesine göre “yapım”, “bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini” ifade etmektedir.

“Şartname” ise, “satın alma, satma, yaptırma, keşfettirme, kiraya verme, kiralama gibi işler hakkında, bu işleri yaptırmak isteyen kişi veya kurum tarafından düzenlenen ve ilerde yapılacak sözleşmeye temel olmak üzere bu sözleşmenin esaslı hükümlerini, işin ayrıntılarını, özel ve teknik koşullarını içeren ve ilgililerin önerilerini yapabilmeleri için bilgilerine sunulan sözleşme taslağı” olarak tanımlanmaktadır³⁹⁹. Şartnameler, yüklenicinin hak ve borçlarını gösteren ve aynı zamanda yapılacak işin unsur ve niteliklerini açıklayan metinlerdir⁴⁰⁰ ve aynı türdeki işler için idari ve teknik kuralları belirleyen “genel şartnameler” ile belli bir ihaleye uygulanacak özel kuralları belirleyen “özel şartnameler” olmak üzere ikiye

³⁹⁸ ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 134.

³⁹⁹ YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 643-644.

⁴⁰⁰ SALTABAŞ, “Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci”, s. 110.

ayrılmaktadır. Kamu İhale Kurumu'nun yayınladığı şartnameler genel şartname niteliği taşımaktadır⁴⁰¹.

Şartnameler, ihale sürecinde, sözleşme akdedilmeden önce hazırlık aşamasında gerçekleştirilen idari işlemler arasında yer almaktadır. Şartnameler, idare tarafından hazırlanmaktadır ve istekli ya da yüklenicinin şartnamede değişiklik yapma yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, şartnameler idarenin tek yanlı hukuki işlemleri arasında yer almaktadır⁴⁰².

Şartnameler ayrıca “teknik şartname” ve “idari şartname” olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. “Teknik şartnameler”de, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine yer verilir (KİK m. 12/2). “İdari şartnameler”de ise, isteklilerin uyması gereken talimatlar yer almaktadır (KİK m. 27/1). İdari şartnamelerde bulunması zorunlu hususlar KİK m. 27'nin ikinci fıkrasında sayılmak suretiyle belirtilmiştir⁴⁰³. İdare, şartname hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığını denetleme ve gerektiğinde direktif vererek uygulanmasını sağlama yetkisini haizdir⁴⁰⁴.

Bu bentte diğerlerinden farklı olarak bir ihale sözleşmesinin bulunması zorunludur. Bu husus, bendin lafzi yorumundan çıkarılabilmektedir. Öncelikle bent, “yapım ihalelerinde” ifadesi ile başlamaktadır. Önceki bentlerde yer almayan bu ifade, yapım işlerinin bir ihaleye tabi olarak yapıldığı durumları kapsamına almaktadır. Ayrıca bendin devamında “şartname veya sözleşmesinde” ifadesi geçmektedir. Diğer bentlerde “sözleşmede” ifadesi kullanılırken bu bentte “sözleşmesinde” ifadesinin kullanılmasının bilinçli bir tercihi yansıttığı kanaatindeyiz. Bu sebeple, eserin veya kullanılan malzemenin şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesinin edimin ifasına fesat karıştırma sayılabilmesi için yapım işinin bir ihale neticesinde yapılması ve şart,

⁴⁰¹ ODYAKMAZ, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1998, Cilt: 2; Sayı: 1-2; s. 23; YILMAZ, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, s. 81.

⁴⁰² GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 497; ODYAKMAZ, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, s. 23-24; SALTABAŞ, “Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci”, s. 110; YILMAZ, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, s. 90.

⁴⁰³ SALTABAŞ, “Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci”, s. 110-113.

⁴⁰⁴ ODYAKMAZ, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, s. 31.

miktar ve niteliklerin ihale şartnamesinde ya da ihale sözleşmesinde belirtilmesi gerekmektedir⁴⁰⁵.

Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmede belirtilen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen hileli olarak uygunmuş gibi kabul edilmesi edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturur. Bu bentte de ilk iki bentten farklı olarak ancak üçüncü bentle benzer şekilde sadece “kabul etmek” suç teşkil etmektedir⁴⁰⁶. Dolayısıyla, ihale şartnamesinde veya sözleşmesinde belirtilen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmayan malzeme kullanılarak yapılan eserin ya da bu şart, miktar veya niteliklere uygun olmayan yapının teslim edilmesi halinde “teslim eden” bu suç açısından fail olarak sorumlu tutulamayacaktır. Şartları mevcutsa TCK m. 238’de düzenlenen “kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma” suçundan sorumluluğu tartışılabilir⁴⁰⁷.

Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27. madde hükümleri uygulanır (KİSK m. 30). KİSK m. 25/c’de ise aynı durum “*sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak*” şeklinde yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmaktadır. Her ne kadar bu tür

⁴⁰⁵ “İhaleyi kazanan firma yetkilisi ve sahibi olan sanıklar A.A. ile M.B.A.’nın suça konu Evsel Atık Su Arıtma Tesisi yapımına dair işi, şartname ve sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygun yapmamalarına rağmen uygun şekilde yapılmış gibi geçici kabul tutanağı düzenleyen komisyon üyeleri M.A., N.A., M.Ş.Ç. ile geçici kabul tutanağını onaylayan Belediye Başkanı A.C.’nin eylemlerinin TCK’nın 236/2-d maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarını taşıdığı nazara alınmadan, yine yanlış hukuki değerlendirme ile eylemlerin görevi kötüye kullanma olarak kabulü...” (Yargıtay 5. CD, 27.01.2014, E. 2012/13946, K. 2014/880. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

⁴⁰⁶ “...5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 236/2-d maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri...” (Yargıtay 5. CD, 11.06.2013, E. 2012/7220, K. 2013/6446. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

⁴⁰⁷ EKER-KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 231-234.

davranışlar yüklenicilerin sorumluluğunu doğursa da TCK m. 236'da sayılan seçimlik hareketlerden birini teşkil etmediği için suç oluşturmayacak, özel hukuk hükümlerine göre tazminat sorumluluğunu gündeme getirecektir⁴⁰⁸. Nitekim TCK m. 236/2-d'de öngörülen suç teşkil eden hareket “kabul etmek”tir ve yüklenicinin hileli teslim hareketi tipik hareket olarak sayılmamaktadır.

Yapım işi tamamlanıp yüklenici tarafından teslim edildiğinde üç olasılık gündeme gelir. İlk olarak, yapılan iş veya kullanılan malzeme şartname veya ihale sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmayabilir. Bu durumda geçici kabul komisyonunun kusur ve eksiklikleri bir tutanakla tespit ederek kabul işlemini yapmaması gerekir (YİY m. 7). Buna rağmen geçici kabul komisyonu, kabule engel olan hususları hileli davranışlarla gizler ve eserin şartname veya ihale sözleşmesine uygunmuş gibi kabul işlemini yaparsa edimin ifasına fesat karıştırma suçu meydana gelir⁴⁰⁹.

İkinci olasılıkta, yapılan iş veya kullanılan malzemede kusur veya eksiklik vardır ancak bu kusur veya eksiklik yapının veya işin kabul edilmesine engel nitelikte değildir. Bu durumda geçici kabul komisyonu kusur ve eksiklikleri içeren

⁴⁰⁸ SARITAŞ, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 64-65.

“V... Emniyet Müdürlüğüne ihalesi yapılan Ç... ilçesi öğrenci pansiyonu yapım ihalesi sonucunda 30/11/2006 tarihli yapım işlerine ait sözleşmeyi imzalayarak inşaatın yapımına başlayan firmanın yetkilisi sanıklar C.Y. ve Z.B. ile inşaatla kullanılacak malzemeleri temin eden M.S.A.'nın, teknik şartname ve projeye aykırı olarak inşaatla eksik çimento ve malzeme kullanmak suretiyle edimin ifasına fesat karıştırdıkları iddiasıyla açılan kamu davasında, ihale konusu edimin yapım işlerine ilişkin olması nedeniyle sanıkların eylemlerinin TCK'nın 236/2-d maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak; 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-d maddesi uyarınca edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlileri hakkında açılmış bir dava bulunmadığı, suçun adli birimlere intikalinden önce 04/07/2007 tarihinde inşaatla denetim yapan kontrol görevlilerince tespit edilen bir kısım usulsüzlüklere dair sunulan rapor ve inşaatın durdurulmasına karar verilmesi nedeniyle kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin de tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı nazara alınarak sanıkların beraatleri yerine, yanlışlı değerlendirilmeyle yazılı şekilde mahkumiyet kararları verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 28.05.2014, E. 2014/2574, K. 2014/5860. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

⁴⁰⁹ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 64.

bir liste hazırlar ve bunların tamamlaması için süre vererek geçici kabul işlemini yapar. Yüklenicinin verilen süre içerisinde kusur ve eksiklikleri tamamlaması gerekir. (YİĞŞ m. 42/5). Tamamlanmayan her gün için gecikme cezası uygulanır ve süre toplamda otuz günü geçerse idare, yüklenici adına kusur ve eksiklikleri tamamlatabilir (YİĞŞ m. 42/6). Geçici kabul tarihi olarak kusur ve eksikliklerin tamamlandığı tarih kabul edilir. Bu durumda, yüklenici tarafından kusur ve eksiklikler verilen sürede tamamlanmamış olmasına rağmen, tamamlandığından bahisle kabul işleminin yapılması durumunda da edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşur.

Üçüncü olarak, geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa yüklenicinin hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartıyla iş idare tarafından bu hali ile kabul edilebilir. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir (YİĞŞ m. 42/17). Bu durumda idare tarafından kabul işleminin yapılması halinde idareye kabul işlemini yapabileceği konusunda yasal bir imkân tanındığı için edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz⁴¹⁰.

Aynı sözleşme çerçevesinde bulunan yapım işlerinin kısım kısım ve değişik zamanlarda tamamlanacağı sözleşmesinde öngörülmüşse, taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bu kısımları için idarenin isteği üzerine işin bütününe geçici kabulünü tazammun etmemek şartıyla kısmi kabul yapılabilir (YİĞŞ m. 42/10). Bu durumda işin kısmi kabulü diğer bir ifadeyle eksik kabulü edimin ifasına fesat karıştırma sayılmaz çünkü kısmi kabule yönetmelik ve sözleşmelerin zorunlu eki olan genel şartnamede izin verilmiştir.

Geçici kabul işleminden sonra teminat süresi başlar ve yapım işlerinde on iki aydan az olamaz (YİĞŞ m. 43/1). Teminat süresinin sonunda kesin kabul işlemi yapılır. Yüklenici işlerin, teminat süresi içindeki bakımını yapmak ve tümünü iyi bir şekilde korumak ve çıkabilecek kusur ve aksaklıkları gidermek zorundadır (YİĞŞ m.

⁴¹⁰ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 65.

44/1). Kesin kabul komisyonu, teminat süresi boyunca yüklenici tarafından yapılması gereken bakım işlerinin yapıp yapılmadığını da inceler.

Kesin kabul aşamasında da üç farklı olasılık gündeme gelir. İlk olarak, yapılan muayene işlemleri sonrasında yapılan işin ve kullanılan malzemenin şartname veya ihale sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygun olması halinde kesin kabul işlemi yapılır. Bu olasılıkta edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması söz konusu değildir.

İkinci olarak, yapılan muayene sonucunda yapılan işin kabul edilmesine engel olmayacak kusur ve eksiklikler tespit edilip bunların tamamlanması için yükleniciye süre verilerek kesin kabul tutanağı düzenlenebilir. Kesin kabul tarihi, belirlenen kusur ve eksikliklerin tamamlandığı tarih olacaktır (YİY m. 12/1). Eğer kabul komisyonu, belirlenen eksiklere rağmen yapılan işi şartname veya ihale sözleşmesine uygunmuş gibi hileli bir şekilde kabul işlemini yaparsa bu durumda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşur⁴¹¹.

Üçüncü olarak, kesin kabul sırasında tespit edilen kusur ve noksanlıklar kesin kabule engel olacak nitelikte bulunduğu takdirde kabulü engelleyen kusur ve eksiklikler bir tutanakla tespit edilip kesin kabul işlemi yapılmaksızın kusur ve eksikliklerin giderilmesi için bir süre verilebilir. Kesin kabul muayenesi noksan ve kusurların giderilmesinden sonraya bırakılır (YİY m. 12/2; YİĞŞ m. 45/6). Madde metninden anlaşılacağı üzere, kesin kabule engel olan kusur ve eksikliklerin bulunması durumunda kesin kabul işlemi o anda yapılmamakta, yükleniciye kusur ve eksikliklerin giderilmesi için süre verilmekte ancak verilen sürenin sonunda kesin kabul süreci tekrar başlatılmaktadır. Kusur ve eksiklikler bu süre içerisinde giderilmişse kesin kabul işlemi yapılacaktır. İdarenin bu kusur ve eksiklikleri yüklenici hesabına tamamlattırarak bedellerini yüklenicinin hak ediş veya teminatından kesme yetkisi vardır (YİĞŞ m. 45/8). Bu kusur ve eksikler tamamlanmadan yapılan işin şartname veya ihale sözleşmesine uygunmuş gibi kesin kabulünün yapılması edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturur⁴¹².

⁴¹¹ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 65-66.

⁴¹² AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 65-66.

ee- Hizmet Niteliğindeki Edimin, İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Şartlara Göre Verilmemesine veya Eksik Verilmesine Rağmen Verilmiş Gibi Kabul Edilmesi

KİK'in 4. maddesine göre "hizmet", "bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri" ifade etmektedir.

Hizmet niteliğindeki edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine rağmen hileli olarak uygun olarak verilmiş gibi ya da eksik verilmesine rağmen hileli olarak tam verilmiş gibi kabul edilmesi de edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturur. Bu bentte de ilk iki bentten farklı olarak ancak üçüncü ve dördüncü bentlerle benzer şekilde sadece "kabul etmek" suç teşkil etmektedir. Bu durumda fail, sadece kabul eden olabilecektir⁴¹³. Kabul eden, ihale sözleşmelerinin ifasında kabul komisyonu; özel hukuk sözleşmelerinde ise ilgili tüzel kişinin kabul işlemini yapması için görevlendirdiği temsilcisi olacaktır.

Hizmet ediminin nasıl yerine getirileceği ihale kararında veya sözleşmede belirtilmeli ve yüklenici edimini bu koşullara uygun bir şekilde yerine getirmelidir. Hizmet edimi yüklenicilerinin edimlerini gerekli dikkat ve özeni göstererek yerine getirmeleri gerekir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğü hizmet yerine getirilirken kullanılacak malzemeler ve hizmetin yerine getirilebilmesi için yapılacak hazırlıklar için de geçerlidir. Örneğin, bir temizlik hizmetinin yerine getirilmesinde bu özen yükümlülüğü temizlik malzemelerinin seçimini de kapsar. İşin niteliğine ve standartlara uygun olmayan malzeme seçimi yüklenicinin sorumluluğunu doğurur. Hizmet niteliğindeki edimin kontrolü bazı durumlarda ancak edim ifa edilirken

⁴¹³ ARSLAN/ TÖNGÜR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 239; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s.234.

"...5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-e maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri gözetilerek..." (Yargıtay 5. CD, 20.05.2013, E. 2012/4510, K. 2013/5385. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

mümkün olmaktadır. Bu tür edimlerde kontrolün mutlaka her bir edimin ifası sırasında yapılması önem arz eder⁴¹⁴.

Hizmet ediminin kabulü sırasında birtakım kusur ve eksiklikler tespit edilmiş ve bunların tamamlanması için yükleniciye süre verilmiş ise bu durumda suç oluşmayacaktır çünkü böyle bir olasılıkta kusurlu veya eksik görülen hizmet ediminin ifası geçici olarak kabul edilmekte, hileli olarak kesin kabul işlemi gerçekleştirilmemektedir⁴¹⁵. Verilen sürede kusur ve eksiklikler tamamlanırsa sorun oluşmayacak ancak kusur ve eksikler verilen sürede tamamlanmamasına rağmen tamamlanmış gibi hileli bir şekilde kesin kabul işlemi yapılırsa edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılacaktır.

Bazı durumlarda ise, ifade birtakım kusur ve eksiklikler olmasına rağmen kabul işlemi yapılabilir. Hizmet edimi ihale neticesinde üstlenilmiş ise Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 47. maddesinde bu gibi durumlar için *“Kabul için yapılan incelemede, giderilmesi mümkün olmayan veya zaman kaybını gerektiren ancak işin teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen kusur ve eksiklikler tespit edilecek olursa, yüklenicinin hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile iş idare tarafından, yüklenicinin hakediş veya teminatından iş değerindeki azalma, kusur ve eksikliğin fazladan doğuracağı bakım ve onarım giderleri ile diğer giderlerde dikkate alınarak belirlenecek uygun bir bedel kesilerek bu haliyle kabul edilebilir. İşin, kusur ve eksiklikleri karşılığı olmak üzere, bir bedelin kesilerek kabul edilmesi yükleniciyi varsa garanti yükümlülüklerinde kurtarmaz. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır.”* düzenlemesi getirilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi düzeltilmesi mümkün olan eksikliklerde idare yükleniciye bu eksikliklerin giderilmesi için süre vermektedir. Fakat eksikliğin giderilmesi mümkün değilse veya zaman kaybına sebep oluyorsa teknik olarak hizmetin kabulüne bir sakınca olmamak kaydıyla kabul işlemi yapılabilir. Bu kabul işlemi yüklenicinin hakediş veya

⁴¹⁴ ÇAĞLAR, Attila, “Yolsuzlukla Mücadelede Sayıştayların Rolü, Önemi ve Beklentiler”, in **Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele**, Ed. Yener ÜNVER, İstanbul: Seçkin, 2014, s. 141.

⁴¹⁵ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 66.

teminatından uygun bir bedel kesilerek gerçekleştirilmektedir. İhale sözleşmeleri açısından bu kabul işlemine sözleşmelerin zorunlu eki olan genel şartnamede izin verildiği için hileden bahsedilemez ve edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz.

b- Netice

“Netice”, insan iradesinin ürünü olan icrai veya ihmali hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklikleri ifade eder⁴¹⁶. Kanuni düzenlemede hareket ile neticenin birbirinden ayrı olarak gösterildiği durumlarda “maddi suç” veya bir diğer ifadeyle “neticeli suç” söz konusu olur. Öte yandan, kanuni tanımda ayrıca bir neticenin gösterilmediği, suçun hareketin gerçekleştirilmesi ile tamamlandığının kabul edildiği hallerde “şekli suç”, “neticesiz suç”, “sırf hareket suçu” ya da bizim de kullanmayı tercih ettiğimiz ifadesiyle “neticesi harekete bitişik suç” gündeme gelir. Bu suçlarda, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz çünkü hareket ile birlikte neticenin meydana geldiği kabul edilmiştir. Bu ayrım pratik önemini teşebbüs konusunda gösterir. Maddi suçlarda hareket ile netice ayrı ayrı ortaya çıktığından bu suçlara teşebbüs mümkün iken neticesi harekete bitişik suçlar, ayrıca bir netice ortaya çıkmadığından kural olarak teşebbüse elverişli değildir; hareketin kısımlara bölünerek işlenebildiği haller bu duruma istisna teşkil eder⁴¹⁷.

Netice, zarar veya tehlike şeklinde ortaya çıkar. Netice korunan hukuki değere yönelik bir saldırı, bir zarar taşıyorsa “zarar suçu” söz konusudur. Ancak, kanun koyucu bir zararın meydana gelmesinden önce, failin korunan değere zarar verme tehlikesini cezalandırmayı uygun görmüşse bu durumda “tehlike suçu”nın varlığından bahsedilir⁴¹⁸. Tehlike suçları kendi içinde “somut tehlike suçu” ve “soyut tehlike suçu” olarak ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında zarar tehlikesinin yakın,

⁴¹⁶ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 248; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 233; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 237; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 170; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 186-187.

⁴¹⁷ DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (I)*, s. 438-439; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 248; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 234-235; HAKERİ, Hakan / ÖZKAN, Halid, *Sorularla Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014, s. 69; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 121; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 237-238; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 170-171; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 136.

⁴¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. DARAGENLİ, Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1999, s. 163-188.

somut ve gerçek olması aranırken, soyut tehlike suçlarında suçun gerçekleşmiş yani tehlikenin ortaya çıkmış olduğunun kabulü için hareketin yapılması yeterlidir⁴¹⁹.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, neticesi harekete bitişik suç özelliği taşır; teslim veya kabulün gerçekleştiği anda suç meydana gelir.⁴²⁰

Doktrindeki bir görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması için bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Bu sebeple suç, zarar suçu özelliği göstermektedir⁴²¹. Diğer görüş ise, suçun meydana gelmesi için bir zararın meydana gelmesini aramamakta; suçu, tehlike suçu olarak nitelendirmektedir⁴²². Kanımızca, maddede düzenlenen hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde sayılan tüzel kişiler açısından her durumda zarar meydana geleceğinden edimin ifasına fesat karıştırma suçu bir zarar suçudur. Nitekim Yargıtay içtihadı da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu olduğu yönündedir⁴²³.

⁴¹⁹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 249-252; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 238-239; HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 161-162; HAKERİ / ÖZKAN, **Sorularla Ceza Hukuku**, s. 72-73; KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 111-113; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 238-240; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 190; TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 137-138.

⁴²⁰ YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6668-6669; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; ERDAĞ, “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar”, s. 7; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 324; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 119-120; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 268,

⁴²¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6825; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 820; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 243; ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 123.

⁴²² YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6657; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 176; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 117; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 259. Suçun somut tehlike suçu olduğu yönünde bkz. DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 22.

Ekonomik suçları soyut tehlike suçu kabul etme eğilimi hakkında bkz. MAHMUTOĞLU, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, s. 41.

⁴²³ “...Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu ve ihaleye fesat karıştırma suçundan bağımsız bir suç tipi olarak 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde düzenlendiği...” (Yargıtay 5. CD, 05.06.2013, E. 2012/8121, K. 2013/6193. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

“...dolandırıcılık suçu zarar suçu olduğu halde, edimin ifasına fesat karıştırma bir tehlike suçudur. Yalnız burada unutulmaması gereken husus, tehlike suçlarında da zarar meydana gelebileceğidir. Ancak suçun oluşması için zararın doğması şart olmayıp, zarar tehlikesi yeterlidir.”(Yargıtay 15. CD, 04.04.2013, E. 2013/4648, K. 2013/6221 Karşı oy yazısı. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

Suçun oluşması için görevli kişilerin ayrıca bir menfaat temin etmesine gerek yoktur. Kamu görevlileri veya ilgili diğer kişiler menfaat temin etmeseler dahi suç meydana gelir⁴²⁴. Bununla birlikte, TCK'nın 236. maddesinin son fıkrası uyarınca, *“Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılır.”*. Madde gerekçesinde de bu husus vurgulanmaktadır: *“Maddenin üçüncü fıkrasına göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir. Aksi takdirde, yani edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması halinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir.”*

c- Nedensellik Bağı

Hareket ile netice arasında bulunması gereken bağlantı “nedensellik bağı” olarak ifade edilmektedir. Dış dünyada meydana gelen değişiklik, ona sebep olan insan davranışına bağlanabilmeli, ikisi arasında neden-sonuç ilişkisi kurulabilmelidir. Neticesi harekete bitişik suçlarda, hareketin yapılması ile neticenin gerçekleştiği kabul edildiğinden ve ayrıca bir neticenin ortaya çıkması aranmadığından nedensellik bağının var olduğu kabul edilir ve ayrıca araştırılmasına gerek bulunmaz⁴²⁵.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, neticesi harekete bitişik suç özelliği gösterdiğinden nedensellik bağının ayrıca tartışılmasına gerek yoktur.

⁴²⁴ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6828; MALKOÇ, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (III)**, s. 3802; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 145; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 240; DANIŞMAN, **İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 78; ERDAĞ, “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar”, s. 7; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 119.

⁴²⁵ DÖNMEZER/ ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (I)**, s. 547; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 255; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 240; KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 122; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 191-192.

Nedensellik bağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER, Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 141 vd.

3- Manevi Unsur

Tipe uygun, hukuka aykırı fiilin suç oluşturabilmesi için aynı zamanda kusurlu olması gerekir. Failin sübjektif durumuyla ilgili olan ve fail ile fiil arasındaki psikolojik bağlantıyı içeren bu unsur doktrinde “manevi unsur”, “sübjektif unsur” veya “kusurluluk” kavramıyla ifade edilmektedir⁴²⁶.

TCK’da kusur türleri “kast (m. 21)” ve “taksir (m. 22)” olarak sayılmıştır. “Kast”, TCK’nın 21. maddesinin 1. fıkrasında “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Failin kanuni tanımdaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi genel kast iken, failin kastının belli bir saik neticesinde oluşması durumunda “özel kast”tan bahsedilir⁴²⁷. Kanunda suçun meydana gelmesi için özel kastın arandığı durumlarda, failin belli bir saik içerisinde olması ve bu saikle hareket etmesi gerekir. Örneğin, TCK m. 141’de düzenlenen hırsızlık suçu, failin kendisine veya başkasına yarar sağlama maksadıyla hareket etmesini aradığı için özel kastla işlenebilen bir suçtur. Kanuni tanımda bu şekilde özel kastın aranmadığı durumlarda suçun oluşumu için genel kastın varlığı yeterlidir.

Kast kendi içerisinde doğrudan ve olası (dolaylı/ muhtemel) kast olarak ikiye ayrılmaktadır. TCK m. 21/2’de “olası kast”, “kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hali” olarak açıklanmaktadır. Failin asıl gerçekleştirmek istediği netice yönünden kastı “doğrudan kast”, diğer muhtemel neticeler yönünden kastı ise “dolaylı/ muhtemel/ olası kast”tır⁴²⁸. Doğrudan kastta bilme ve isteme söz konusu iken olası kastta isteme söz

⁴²⁶ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 337; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 334; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 245.

⁴²⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 309-310; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 373; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 211; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 273-274; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 207.

⁴²⁸ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 298-301; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 373-374; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 269; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 239; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 206.

konusu olmamakta ancak “istememiş olmama”⁴²⁹, “razı olma, kabullenme”⁴³⁰ durumu görülmektedir.

“Taksir” ise, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleşmesidir.” (TCK m. 22/2). Taksirli fiiller, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilir (TCK m. 22/1).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen bir suçtur⁴³¹. Maddede failin belli bir saik taşıması aranmadığından suçun oluşumu için genel kast yeterlidir; özel kast aranmaz. Ayrıca, maddede fiilin taksirli halinin cezalandırılması öngörülmediğinden bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir⁴³². Doktrinde bir görüş, suçun olası kastla işlenemeyeceğini ileri sürmektedir⁴³³. Zira hileli hareketlerle edimin ifası ancak ve ancak aldatma iradesi ile mümkündür ve sözleşmeye aykırı edimi kabul edecek kamu görevlisi de bu kabulü ancak bilerek ve isteyerek yaptığı takdirde suç oluşacaktır. Bir başka görüşe göre, suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür⁴³⁴. Kanımızca, suçun doğrudan ya da olası kastla işlenmesi mümkündür.

⁴²⁹ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 212-216; HAKERİ / ÖZKAN, *Sorularla Ceza Hukuku*, s. 86-87.

⁴³⁰ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 300-301; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 163.

⁴³¹ YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6668; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 67; ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 144; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 243; EKER-KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 235; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 178; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 722; KOCA, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 297; MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 324; ÖZGENÇ, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 133; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 180; ŞEN/ AKSÜT, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s. 267.

⁴³² ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6826; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6668; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 822; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 67; ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 144; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 243; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 178; KOCA, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 297.

Doktrinde *Parlar* tarafından suçun taksirle işlenebileceği ifade edilmektedir (PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 119; PARLAR/ HATİPOĞLU, *Türk Ceza Kanunu Yorumu (IV)*, s. 3717).

⁴³³ MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 324.

⁴³⁴ YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6668; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 67; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 243; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 722.

4- Hukuka Aykırılık Unsuru

“Hukuka aykırılık”, fiilin hukuk düzenine uygun olmamasını ifade eder. Kural olarak, kanunda suç olarak tanımlanan fiiller aynı zamanda hukuka aykırıdırlar. Diğer bir ifadeyle suç tipleri karine olarak zaten hukuka aykırıdırlar⁴³⁵. Hukuka aykırılık, söz konusu fiilin sadece ceza hukuku ile değil bütün hukuk sistemi ile çatışmasını ifade etmektedir⁴³⁶. Bununla birlikte, bazı özel durumlarda hareketin yapılmasına izin verilmiş olabilir. İşte bu durumlara “hukuka uygunluk nedenleri” adı verilmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırdığından, mevcudiyetleri halinde artık suçun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Hukuka uygunluk nedenleri ceza hukukunda, diğer hukuk dallarında veya örf ve adet hukukunda yer alabilir⁴³⁷.

TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri, genel hükümleri içeren birinci kitabın “Ceza Sorumluluğunun Esasları” başlıklı ikinci kısmının “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmektedir. Fakat bu bölümde sadece hukuka uygunluk nedenleri değil, aynı zamanda kusurluluğu kaldıran nedenler de düzenlenmektedir. 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nın⁴³⁸ 223. maddesi⁴³⁹ ile birlikte

⁴³⁵ “...Tipe uygun olan bir eylem, kural olarak hukuka aykırılık unsurunu da bünyesinde taşır. Bununla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması durumunda eylem tipe uygun olsa da hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecektir...”(Yargıtay CGK, 11.07.2006, E. 2006/9-169, K. 2006/184. ARSLAN, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, s. 199, dn. 676.)

⁴³⁶ Hukuka genel aykırılık ve özel aykırılık konusunda doktrindeki görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. KATOĞLU, Turgut, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara: Seçkin, 2003, s. 21-28.

⁴³⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 369- 373; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 273-275; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 256 vd.; KOCA, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 252-256; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286-287; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 282-291; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 202-204; KOCA, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara: Seçkin, 2006, s. 111-115.

Hukuka aykırılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 76 vd.

“...Bir eylemin hukuk düzeni tarafından cezalandırılması ancak onu hukuka uygun kılan bir nedenin bulunmamasına bağlıdır...” (Yargıtay CGK, 11.07.2006, E. 2006/9-169, K. 2006/184. ARSLAN, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, s. 199, dn. 676.)

⁴³⁸ 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴³⁹ “**Duruşmanın sona ermesi ve hüküm**

Madde 223 – (1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.

(2) Beraat kararı;

değerlendirildiğinde, “kanunun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1)”, “amirin hukuka uygun emrini yerine getirme”, “meşru savunma (TCK m. 25/1)”, “hakkın kullanılması (TCK m. 26/1)” ve “ilgilinin rızası (TCK m. 26/2)” TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴⁰.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu için özel bir hukuka uygunluk hali öngörülmediğinden bu konuda genel hükümler niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Bu suça uygun düşebilecek hukuka uygunluk sebebi ilgilinin rızasıdır. Özellikle malın süresinde teslim edilmemiş olmasına rağmen süresinde teslim edilmiş gibi kabul edilmesi halinde, ihale komisyonunun teslim için ek süre vermeye kanunen hakkı var ve teslim için ek süre vermiş ise, malın geç teslim edilmesinde ilgilinin rızası vardır ve suç oluşmaz. Aynı şekilde, malın ihale kararı veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik teslim edilmesi halinde, kabul komisyonunun kısmi kabul yapabileceği koşullar mevcutsa ve kısmi kabul işlemi yapmışsa, bu durumda fiil hukuka uygundur ve suç teşkil etmez⁴⁴¹.

-
- a) *Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,*
 - b) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,*
 - c) *Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,*
 - d) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,*
 - e) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,*
- Hallerinde verilir.

(3) *Sanık hakkında;*

- a) *Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,*
 - b) **(Değişik: 25.05.2005 - 5353/30 md.)** *Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,*
 - c) *Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,*
 - d) *Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi,*
- Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

⁴⁴⁰ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 369 vd.; KOCA, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 259 vd.; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 291 vd.; KOCA, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s. 130-140; ARSLAN, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, s. 201-202.

⁴⁴¹ KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 722.

II- KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI VE CEZA MUHAKEMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

A- Kusurluluğu Etkileyen Haller

1- Genel olarak

Suç, tipe uygun hukuka aykırı kusurlu fiildir. İşlenen fiilin suç oluşturması için tipe uygun ve hukuka aykırı olması gerekmekte ise de bu ikisi suç sayılması için yeterli değildir. Bir fiilin suç olarak nitelenebilmesi için failinin suç işlediği sırada kusurlu olması gerekmektedir. Kusurluluk, failin fiili işlediği sıradaki iradesinin araştırılması, fail hakkında bir değerlendirme yapılmasıdır. Dolayısıyla, failin kusurlu olmaması fiilin niteliğini değiştirmemekte, failin bu fiil neticesinde cezalandırılıp cezalandırılmayacağını belirlemektedir.

Failin kusurlu olduğundan bahsedilebilmesi için öncelikle kusur yeteneğine diğer bir ifadeyle isnat kabiliyetine sahip olması gerekir. Isnat kabiliyeti, failin gerçekleştirdiği fiilin anlam ve önemini kavrayabilmesini, sonuçlarını algılayabilmesini ve davranışlarını buna göre yönlendirebilmesini ifade eder⁴⁴².

Failin kusurlu kabul edilebilmesi için aynı zamanda kusurluluğunu kaldıran veya azaltan bir nedenin de bulunmaması gerekir. Kusurluluğu etkileyen haller, genel hükümleri içeren birinci kitabın “Ceza Sorumluluğunun Esasları” başlıklı ikinci kısmının “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı ikinci bölümünde hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte düzenlenmektedir. CMK m. 223 ile birlikte değerlendirildiğinde, “yaş küçüklüğü (TCK m. 31)”, “akıl hastalığı

⁴⁴² ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 451-453; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 335; KOCA, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 294-299; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 248.

(TCK m. 32)”, “sağır ve dilsizlik (TCK m. 33)”, “geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK m. 34)”, “hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK m. 24/2-4)”, “zorunluluk hali (TCK m. 25/2)”, “hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması (TCK m. 27)”, “cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (TCK m. 28)”, “haksız tahrik (TCK m. 29)” ve hata halleri (TCK m. 30/3-4) kusurluluğu etkileyen haller olarak sayılabilir⁴⁴³.

Biz çalışmamızın bu bölümünde edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından özellik arz eden kusurluluğu etkileyen halleri inceleyeceğiz.

2- Mücbir Sebep

a- Borçlar Hukuku Bağlamında Mücbir Sebep

Borçlar hukukunda, tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve kusur sorumluluğu açısından mücbir sebep sorumluluktan kurtulma sebebi olarak kabul edilmektedir.

Mücbir sebep, sebep ile hukuka aykırı sonuç arasındaki uygunluğu ortadan kaldırmakta, illiyet bağıını kesmektedir. “Mücbir” sözlükte “zorlayıcı, zorlayan” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴⁴. “Mücbir sebep” ise doktrinde, “sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü olay” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴⁵.

Mücbir sebep iki teori ile açıklanmaktadır. Bunlardan ilki olan ve sorumluyu esas alan sübjektif teoriye göre, beklenmedik bir halin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için sorumlu kişinin somut koşullarda kendisinden beklenen bütün özeni göstermesine rağmen bu hali önlemesinin mümkün olmaması gerekir. Bu konuda baskın görüş objektif teoridir ve objektif teori mücbir sebebi, meydana gelme şekli

⁴⁴³ ARSLAN, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s. 206-207; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 455 vd.; KOCA, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 299 vd.; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 376 vd.

⁴⁴⁴ YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 477.

⁴⁴⁵ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 557; ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)*, s. 537.

ve yoğunluğu bakımından hayatın normal akışına göre beklenmedik halleri aşan, kaynağı sorumlunun faaliyet alanının dışında olan olay olarak açıklamaktadır. Sübjektif teori sorumludan hareket ederek mücbir sebebi açıklamaya çalışırken objektif teorinin hareket noktası olaydır⁴⁴⁶.

Bir olay, mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için altı unsura ihtiyaç gösterir. Öncelikle, zorlayıcı bir olay olmalıdır. Bu olayın kaynağı doğal, sosyal, hukuki ya da beşeri olabilir. Mücbir sebebi sadece doğa olaylarına indirgememek gerekir. Belirli bazı olayların her zaman mücbir sebep teşkil edeceği de söylenemez. Her olay mevcut koşullara göre incelenmeli ve mücbir sebep oluşturup oluşturmayacağı somut olayın koşullarına göre tespit edilmelidir⁴⁴⁷.

İkinci olarak, bu olay ilgili kişinin faaliyet ve işletmesi dışında kalmalıdır. Bu unsur “haricilik” olarak adlandırılmakta ve olay ile olayın gerçekleştiği işletme arasında bir bağlantı olmamasını, olayın sebebini ilgilinin sorumluluk alanı içerisinde bulmamasını ifade etmektedir. Sorumluluk alanının tespiti bakımından faaliyet ve işletme kavramı geniş yorumlanmalıdır. İşletme ile ilgili olarak özellikle değinilmesi gereken bir durum da grevdir. Hukuki sebeplerin de mücbir sebep kabul edilebileceğine yukarıda değinmiştik. Bu hukuki sebepler arasında grev de yer almaktadır. Fakat işçilerin menfaat grevine başvurması kendilerine tanınmış yasal bir hakkın kullanımı olduğundan işletme içi bir olay teşkil eder ve bu sebeple, menfaat grevi mücbir sebep teşkil etmez. Öte yandan, işletme dışındaki işçi kuruluşlarınca alınan bir karara dayanan siyasal ve genel grev mücbir sebep oluşturur⁴⁴⁸.

Üçüncü unsur, işletme dışından kaynaklanan harici bu olayın ilgili kişinin sözleşmeden doğan bir borcunu ihlal etmesine sebep olmasıdır. Dördüncüsü ise, mücbir sebebin bu borcun ihlalinin uygun sebebi olmasıdır. Diğer bir ifadeyle mücbir sebeple sözleşmenin ihlali arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 557; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 537.

⁴⁴⁷ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 558-559.

⁴⁴⁸ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 559-560; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 538.

⁴⁴⁹ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 560.

Bir olayın mücbir sebep kabul edilebilmesi için gereken beşinci ve en önemli unsur, olayın kaçınılmaz olmasıdır. Kaçınılmazlığın içeriği doktrinde tartışmalı bir husustur. Bir görüşe göre, kaçınılmazlık ilgili kişinin durumuna göre değerlendirilmeli ve sübjektif olarak tespit edilmelidir. Diğer bir görüşe göre, kaçınılmazlık objektif ve mutlak bir içeriği haizdir; teknik ve bilimin o andaki geldiği noktada mevcut olan tüm önlemlerin alınmasına ve eldeki bütün imkânlarla rağmen mücbir sebebin önlenememesini ifade etmektedir. Bu görüş, sorumlu kişinin durumunu değil o anda objektif olarak ve herkes için geçerli kaçınılmazlığı esas almaktadır. Mücbir sebebin son şartını ise “öngörülmezlik” oluşturmaktadır. Öngörülmezlik, olayın kendisi için değil, sonuçları açısından aranmaktadır⁴⁵⁰.

Mücbir sebep, sorumlu kişinin kusurunu bertaraf eder. Mücbir sebebin koşulları mevcutsa artık kişinin kusurundan bahsedilemez. Sorumluluktan kurtulmak isteyen kişi mücbir sebebin koşullarının varlığını ispat etmelidir. İspat edebildiği takdirde zarardan sorumlu olmaz. Mücbir sebep, sebep ile hukuka aykırı sonuç arasındaki uygunluğu ortadan kaldırmakta, illiyet bağına kesmekte olduğundan borçluyu sorumluluktan kurtarır⁴⁵¹.

b- Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Bağlamında Mücbir Sebep

KİSK’e göre, idare mücbir sebeplerin varlığı halinde yükleniciye ek süre vermekte veya kısmi ifayı kabul etmektedir⁴⁵². Mücbir sebep teşkil edebilecek haller KİSK’in 10. maddesinde sayılmaktadır. İlgili hükme göre, “*doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı, gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller*” mücbir sebep teşkil etmektedir⁴⁵³. Mücbir sebebin geçerli kabul edilebilmesi için beş koşulun sağlanması gerekmektedir. Bu koşullar, i) mücbir sebebin ortaya çıkmasında yükleniciden kaynaklanan herhangi bir kusur bulunmaması, ii) mücbir sebebin taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, iii) yüklenicinin bu sebebi ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması, iv) mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi

⁴⁵⁰ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 560-561; ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (I)**, s. 538.

⁴⁵¹ EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 562-563, 770-771.

⁴⁵² ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6825; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 723.

⁴⁵³ TAN, **İdare Hukuku**, s. 334.

gün içerisinde yüklenicinin idareye yazılı bildirimde bulunması ve v) mücbir sebebin varlığının yetkili merciler tarafından belgelendirilmesidir⁴⁵⁴.

Mücbir sebebin sözleşmeye etkisi iki şekilde mümkündür. İlk olarak, eğer mücbir sebep edimin ifasını imkânsız hale getiriyorsa sözleşme feshedilebilir. İkincisi ise, mücbir sebep ifayı imkânsız hale getirmiyor sadece süre bakımından geciktiriyorsa bu durumda yükleniciye ek süre verilebilir⁴⁵⁵.

c- Ceza Hukuku Bağlamında Mücbir Sebep

TCK'da “mücbir sebep” ayrıca düzenlenmiş değildir. Doktrinde ise, kusurluluğu kaldıran sebepler arasında sayılmaktadır⁴⁵⁶.

Mücbir sebep ceza hukuku kurumları arasında zorunluluk haline benzetmekle birlikte, zorunluluk halinde kişi kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş tehlikeden korunmak amacıyla bir fiilde bulunmaya hukuken yetkili kılınmıştır ancak zorlanmamaktadır. Tehlikeye katlanma ihtimali her zaman mevcuttur ancak hukuk düzeni o kişinin tehlikeden kurtulmak veya bir başkasını kurtarmak amacıyla yaptığı fiillere belli şartlar mevcutsa ceza vermemektedir. Mücbir sebepte ise, maruz kalan kimsenin başka türlü davranma ihtimali yoktur. Söz konusu sebep o kişiyi belli bir yönde davranmaya zorlamaktadır⁴⁵⁷. Kişi belli bir yönde davranmaya zorlandığından mücbir sebep aslında kişinin iradesini etkilemektedir. Bu sebeple, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi teşkil ederken, mücbir sebep kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebeptir⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6824-6825; GÖZLER, *İdare Hukuku (II)*, s. 176-177; PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 118-119.

⁴⁵⁵ DEMİRBOĞA, *Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi*, s. 154-155.

⁴⁵⁶ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 315; GÜLŞEN, Recep, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, Ankara: Seçkin, 2007, s. 122; TURABİ, Selami, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)*, Yıl: 2012, Sayı: 101, s. 276. Teorik temelleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (II)*, s. 328 vd.

⁴⁵⁷ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 405; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 291; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 315.

⁴⁵⁸ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 405; DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (II)*, s. 330-331; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 425-426.

Mücbir sebebin varlığından bahsedebilmek için üç şartın bir arada gerçekleşmesi gereklidir. İlk olarak, ortada bir kuvvet bulunmalıdır. İkinci olarak, bu kuvvet dışarıdan gelmelidir. Diğer bir ifadeyle, bu kuvvete fail kendi iradesiyle sebep olmamalıdır çünkü failin kendi kusuru ile sebep olduğu haller mücbir sebep kabul edilemez. Öte yandan, dışarıdan gelen bu kuvvet doğa olayı olabileceği gibi fail dışındaki bir kimsenin fiili olması mümkündür. Son olarak, dışarıdan gelen bu kuvvet failin karşı koyamayacağı ve önleyemeyeceği bir kuvvet olmalıdır. Öyle ki bu kuvvet faili hareketsiz kalmaya ya da belli bir yönde hareket etmeye itmeli. Failin kanuna uygun hareket etmesi mutlak olarak imkânsız olmalıdır⁴⁵⁹.

Mücbir sebebin söz konusu olduğu hallerde sakınılamaz ve karşı konulamaz dış bir kuvvet faili belli yönde hareket etmeye zorladığında failin davranışı tipik fiile uysa dahi failin kusurundan bahsedilemeyeceği için suç oluşmaz⁴⁶⁰.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu özelinde, ihale sözleşmeleri söz konusu olduğunda idare, mücbir sebeplerin varlığı halinde yükleniciye ek süre vermekte veya kısmi ifayı kabul etmektedir⁴⁶¹. Mücbir sebep koşullarının sağlanması durumunda idare, yüklenicinin kısmi ifasını kabul etmekte ve bu gibi eksik malın teslim ya da kabulü durumlarında teslim edenin ya da kabul edenin kusurundan bahsedilememektedir. Mücbir sebep neticesinde yükleniciye ek süre verilmesi halinde ise, bu ek süre içerisinde edim ifa edilmiş ve kabul raporu da süresinde ifa edildiği şeklinde düzenlenmiş ise kabul edenin kusuru söz konusu olmaz⁴⁶².

Mücbir sebep dolayısıyla yükleniciye edimini ifa etmesi için ek süre verilmez ise, bu durumda suç oluşmayacak ya da failin kusurundan bahsedilemeyecektir. Çünkü öncelikle, bu bent kapsamında teslim etmek hareket olarak gösterilmediğinden edimin ihale kararı veya sözleşmede belirtilen süre geçtikten sonra ifa edilmesi kanunilik ilkesi gereğince suç oluşturmaz. Bentte teslim etme fiilinin sayılmış olması ihtimalinde dahi, mücbir sebep ceza hukuku anlamında

⁴⁵⁹ DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (II)*, s. 331-332; GÜLŞEN, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, s. 122-125.

⁴⁶⁰ GÜLŞEN, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, s. 126-128.

⁴⁶¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6825; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 723.

⁴⁶² AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 63.

kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerdendir. Kusuru olmayan birinin hilesinden de bahsedilemeyeceği için fail cezalandırılmaz⁴⁶³.

3- Hukuka Aykırı Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi

TCK m. 24/2 gereğince “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”. Fakat amir tarafından verilen emir hukuka aykırı görülürse yerine getirilmez ve bu husus emri veren amire bildirilir. Emri veren kişi emrin yerine getirilmesi konusunda direnir ve emrini yazılı bir şekilde yinelerse bu durumda, emri alan kişi emri yerine getirir fakat hukuka aykırı olan bu emrin sonuçlarından sorumlu olmaz (AY m. 137/1). Öte yandan, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur (AY m. 137/2; TCK m. 24/3). TCK m. 236/2’de edimin ifasına fesat karıştırma sayılan fiiller, ihale sözleşmeleri kapsamında KİSK m. 25’ye yasak fiiller olarak sayıldığından, ayrıca ihale sözleşmesi söz konusu olmayan halleri de kapsayacak biçimde TCK m. 236’da suç olarak nitelendiğinden bu konuda bir emir verilmesi ve bu emrin yerine getirilmesi durumunda hem emri veren amir hem de emri yerine getiren görevli sorumlu olacaktır⁴⁶⁴.

4- Cebir Ve Şiddet, Korkutma Ve Tehdit

TCK m. 28, “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.” düzenlemesini getirmektedir. Bu hüküm uyarınca, suç işleyen kişi bu eylemi karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir ve şiddet altında gerçekleştirmiş ise ya da bu kişi muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit altında ise bu durumda suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu kişiye ceza verilmemesinin sebebi kusurluluğundan bahsedilememesidir. Fakat gerçekleştirilen fiil hukuk dünyasında bir haksızlık yaratmış ve bu haksızlığın etkileri devam etmektedir. Fiili gerçekleştiren kişinin kusurundan bahsedilemese de onu bu eylemi yapmaya iten

⁴⁶³ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 63-64.

⁴⁶⁴ ARSLAN, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s. 207; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 404-406.

yani cebir ya da tehdit uygulayan kişi sorumlu olacak, suçun dolaylı faili olarak ortaya çıkan suçtan dolayı cezalandırılacaktır⁴⁶⁵.

Tehditte kişi, ileride gerçekleştirilecek bir kötülük ya da saldırı konusunda korkutulmaktadır. Ancak her tehdit kusurluluğu kaldıran hal olarak kabul edilemez. Burada önemli olan tehdidin muhakkak ve ağır olması, suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişinin başka surette hareket etme imkânının olmaması, manevi olarak suçu işlemeye zorlanmasıdır. Tehdit altındaki kişi üzerindeki manevi baskı sebebiyle suçu işlemektedir. Kendi iradesiyle tipik fiili gerçekleştirmedikten dolayı da onu tehdit eden, üzerinde manevi baskı oluşturan kişi fail olarak sorumlu tutulmaktadır⁴⁶⁶.

Cebir, “*vis absoluta* (mutlak kuvvet)” ve “*vis compulsiva* (zorlayıcı kuvvet)” olarak ikili ayrıma tabi tutularak açıklanmaktadır. Mutlak kuvvet, kişinin iradesini tamamen ortadan kaldıran, kişinin adeta araç olarak kullanılması halinde görülen şiddettir. Örneğin, bir kimsenin elinin silahın tetiğine konularak üzerine bastırılması suretiyle birinin öldürülmesi durumunda tetiği çeken kişi kendi iradesiyle tetiğe basmamakta, dış bir kuvvet tarafından tetiğe bastırılmakta, basmak zorunda bırakılmaktadır⁴⁶⁷.

Zorlayıcı kuvvet ise, kişinin iradesi üzerinde zorlayıcı bir etki doğuran ancak onun iradesini tamamen ortadan kaldırmayan, itici fiziksel güç olarak tanımlanmaktadır. Kişi, fiziksel bir gücün etkisi altında bulunmakta, bu güç onu suç işlemeye itmekte ve kişi kendi çabasıyla kurtulamadığı, karşı koyamadığı bu kuvvetin etkisinden kurtulmak için suç işlemektedir. Burada kişinin iradi olarak suçu işlemek istediğinden ve hareketlerini irade serbestisi ile gerçekleştirdiğinden bahsedilemez. Bu sebeple, fiil her ne kadar haksızlık teşkil etmekte ise de gerçekleştiren kişi üzerindeki karşı koyamadığı ve kurtulamadığı cebirden kurtulmak

⁴⁶⁵ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 395.

⁴⁶⁶ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 427-429; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 314; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 396-397; GÜLŞEN, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, s. 159-169; KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Ankara: Seçkin, 2012, s. 74 vd., 111-115.

⁴⁶⁷ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 426-427; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 314-315; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 396. GÜLŞEN, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, s. 139-140.

için fiili gerçekleştirdiğinden dolayı kusurundan bahsedilememekte ve cezalandırılmamaktadır. Fakat cebri gerçekleştiren kişi, işlenen suçtan dolayı fail olarak sorumlu olacaktır⁴⁶⁸.

Cebir ve tehdidin suçu işleyen kişinin kusurluluğunu ortadan kaldırması için işlenen suç ile cebir veya tehdidin yöneldiği hukuki yarar orantılı olmalıdır. Aksi halde, tipik fiili gerçekleştiren kişi fail olarak sorumlu olur, sorumluluktan kurtulamaz⁴⁶⁹.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu özelinde, teslim eden ya da kabul edenin karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir ve şiddet altında bulunması yahut muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit etkisi altında bulunması sonucu maddede sayılan hileli hareketlerle teslim veya kabul işlemlerini gerçekleştirmesi durumunda kendisine kusurundan bahsedilemeyeceği için ceza verilmez. Ancak, teslim veya kabul eden üzerinde cebir veya tehdit uygulayan kimse edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olarak sorumlu olur.

B- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1- Teşebbüs

Failin işlemek istediği suçun icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan sebeplerle neticeye ulaşamaması halinde suç “teşebbüs” aşamasında kalmış olur (TCK m. 35). Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için suçun kasten işlenebilen bir suç olması, diğer bir ifadeyle failin iradi olarak hareket etmesi gerekir. İkinci olarak, fail elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlamış olmalıdır. Son olarak, neticenin

⁴⁶⁸ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 426-427; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 315-316; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 396; GÜLŞEN, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, s. 140 vd.; KÜÇÜKTAŞDEMİR, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, s. 72 vd, 115-116.

⁴⁶⁹ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 428; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 289; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 397; GÜLŞEN, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, s.163-164.

meydana gelmemesi veya sonucun gerçekleşmemesi failin elinde olmayan, iradesi dışındaki sebeplerden kaynaklanmalıdır⁴⁷⁰.

Kanuni düzenlemede hareket ile neticenin birbirinden ayrı olarak gösterildiği durumlarda “maddi suç” veya bir diğer ifadeyle “neticeli suç”un varlığından bahsedilir. Ancak, kanuni tanımda ayrıca bir neticenin gösterilmediği, suçun hareketin gerçekleştirilmesi ile tamamlandığının kabul edildiği hallerde “şekli suç”, “neticesiz suç” ya da bizim de kullanmayı tercih ettiğimiz ifadeyle “neticesi harekete bitişik suç” söz konusudur. Bu suçlarda, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz çünkü hareket ile birlikte neticenin meydana geldiği kabul edilmiştir. Bu ayrım pratik önemini teşebbüs konusunda gösterir. Maddi suçlarda hareket ile netice ayrı ayrı ortaya çıktığından bu suçlara teşebbüs mümkün iken neticesi harekete bitişik suçlar, ayrıca bir netice ortaya çıkmadığından kural olarak teşebbüse elverişli değildir; hareketin kısımlara bölünerek işlenebildiği haller bu duruma istisna teşkil eder⁴⁷¹.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu neticesi harekete bitişik suç özelliği taşır. Teslim veya kabulün gerçekleştiği anda suç meydana gelir, ayrıca bir netice ortaya çıkması aranmaz⁴⁷². Bu sebeple, kural olarak teşebbüse elverişli değildir ancak icra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde teşebbüs mümkün olabilir⁴⁷³. Yargıtay da

⁴⁷⁰ DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (I)*, s. 480 vd.; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 432-445; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 445-457; KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 395-396; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 483 vd.; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 452, 466; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 318-328; TOZMAN, Önder, *Suça Teşebbüs*, Ankara: Adalet, 2015, s. 41 vd.

⁴⁷¹ DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (I)*, s. 438-439; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 248; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 234-235; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 237-238.

⁴⁷² ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 144; EKER-KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 236; KOCA, *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 299; MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 324; PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 119-120; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 180; ŞEN/ AKSÜT, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s. 268.

⁴⁷³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6827; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6668-6669; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 822; ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 144; EKER-KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 236; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 178; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”,

edimin ifasına fesat karıştırma suçuna teşebbüsün mümkün olduğu yönünde kararlar vermiştir⁴⁷⁴.

TCK m. 236/2'nin (a) ve (b) bentlerinde yüklenici hileli bir şekilde başka bir mal veya eksik mal teslim etmeye çalışırken bu durum o anda fark edilebilecek bir tarzda olup kabul komisyonu tarafından teslim alınmadan fark edilirse bu durumda edimin ifasına fesat karıştırma suçu teslim etme fiili açısından teşebbüs aşamasında kalmış olur⁴⁷⁵. Diğer bir ihtimalde, kabul edilen edim hakkındaki kabul tutanağı onay makamının onayına sunulur ancak onay makamı eksikliği, gecikmeyi ya da maddede öngörülen herhangi bir hileli hareketi fark eder ve kabul işlemini onaylamazsa bu durumda da suç teşebbüs aşamasında kalmış olur⁴⁷⁶.

2- İştirak

“İştirak”, aslında tek bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından ortak bir irade (iştirak iradesi) ile işlenmesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁷⁷.

s. 723; KOCA, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 299; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 324; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 119-120; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 180; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 268.

⁴⁷⁴ “...Sanıkların ihaleye konu 5000 ton linyit kömürünü sözleşmeye uygun şekilde Ş... 23. Jandarma Sınır Tümen Komutanlığına teslim etmelerine karşın, sözleşmedeki niteliklere uygun olmayan kalan 500 ton kömürü taşıyan kamyonların yapılan ihbar nedeniyle takibe alınarak, kömürlerin stoklandığı yere geldikleri sırada durdurulması şeklinde gelişen olayda, sanıkların işlemeyi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp ellerinde olmayan nedenlerle tamamlanamamaları nedeniyle eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlandığının kabulü ile fazla ceza tayini...” (Yargıtay 5. CD, 04.12.2013, E. 2012/4333, K. 2013/11777. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6832.)

“... E.P. Eğitim Merkezi Müdürlüğünün akaryakıt ihtiyacı için açılan ihaleyi kazanan sanığın ihale konusu 1500 litre benzini teslimi esnasında genelge uyarınca idare tarafından yapılan ulusal marker kontrolünde benzinin standartlara uygun olmadığı tespit edilip soruşturmaya başlanması biçiminde gerçekleştiği anlaşılan eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlandığından bahisle hüküm kurulması...” (Yargıtay 5. CD, 30.09.2013, E. 2012/10152, K. 2013/9430. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6830.)

⁴⁷⁵ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 67; ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 124-125.

⁴⁷⁶ YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6669; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 67; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 723.

⁴⁷⁷ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 461; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 479; HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler**, s. 349; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 543; AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara: Yetkin, 2009, s. 24; EVİK, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul: XII Levha, 2011, s. 7.

İştirakten bahsedebilmek için birtakım koşulların bir arada bulunması gerekir. Bu şartlar, birden fazla kişinin suça katılması, birden çok kişi tarafından birden çok davranışın oraya konması, davranışların nedensel değer taşıması, kararlaştırılan suçun icrasına başlanmış olması, suçun bütün katılan kişiler açısından aynı suç olması ve suça katılan birden çok kişide ortak olarak bulunması gereken iştirak iradesi olarak sayılabilir. Bu iştirak iradesi sayesinde birden fazla kişinin davranışı tek bir suç içinde değerlendirilmektedir⁴⁷⁸.

İştirak, “faillik” ve “şeriklik” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Faillik, “doğrudan faillik”, “dolaylı (dolayısıyla)faillik” ve “müşterek (birlikte) faillik” şeklinde üçe ayrılır. “Doğrudan faillik” bir kişinin bir suçu tek başına, doğrudan, bizzat işlemesi iken “dolaylı faillik” bir kişinin bir başkasını araç olarak kullanarak suç işlemesi durumudur (TCK m. 37/2)⁴⁷⁹. Kanuni tipte yer alan fiili birden fazla kişinin gerçekleştirmesi durumunda “müşterek (birlikte) faillik” söz konusu olur (TCK m. 37/1). Birlikte faillikten bahsedebilmek için birden fazla kişinin iştirak iradesi adı verilen ortak bir kararla hareket etmesi, fiili birlikte gerçekleştirmesi ve fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kurması gerekir⁴⁸⁰. Suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirme şeklinde olmamakla birlikte suçun meydana gelmesine katkı sağlayan diğer kişiler “şerik” sıfatıyla sorumlu olur. Şeriklik ise “azmettirme” ve “yardım etme” şeklinde tezahür eder. “Azmettirme”, suç işleme konusunda fikri oluşmamış, henüz karar vermemiş bir kişinin belli bir suçu işleme konusunda karar almasını sağlanmaktadır. Kasten işlenebilen suçlara azmettirme mümkündür ve azmettirenin kasten hareket etmesi gerekir. Azmettirenin kastı, o kişide suç işleme konusunda kararı oluşturmaya ve o suçun o kişi tarafından işlenmesini sağlamaya yönelik olmalıdır. Azmettirmeden bahsedebilmek için kişide daha önceden var olmayan bir kararın sıfırdan oluşturulması gerekir⁴⁸¹. “Yardım etme” ise, failin kasten işlemekte

⁴⁷⁸ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 79 vd.; EVİK, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 153 vd.; HAKERİ, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Yıl:1, Sayı: 1, Ankara: Seçkin, 2006, s. 76-88.

⁴⁷⁹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 476; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 488; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 549, 557; AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 141 vd.; ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul: İmaj, 1996, s. 197 vd.

⁴⁸⁰ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 474; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 488-490; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 552; AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 134 vd.; ÖZGENÇ, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 261 vd.

⁴⁸¹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 478-480; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 501-504; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 513-514; AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 164-175.

olduğu suçu bir başkasının desteklemesidir. Failin kendisine bir başkası tarafından yardım edildiğini, fiilin kendisi dışında biri tarafından desteklendiğini bilmesine gerek yoktur. Yardım etme, maddi yardım ve manevi yardım şeklinde görülebilir. Maddi yardım, suçun işlenmesinde kullanılan araçları sağlama (TCK m. 39/2-b), suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma (TCK m. 39/2-c); manevi yardım ise suç işlemeye teşvik etme (TCK m. 39/2-a), suç işleme kararını kuvvetlendirme (TCK m. 39/2-a), suç işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaat etme (TCK m. 39/2-a) veya suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösterme (TCK m. 39/2-b) şeklinde ortaya çıkabilir⁴⁸².

Özgü suçlar, kanuni tanımda bir kişinin fail olabilmesi için belli nitelikleri haiz olmasının arandığı suçlardır⁴⁸³. Doktrinde ve uygulamada, özel faillik niteliğini taşımayan kimselerin tek başına bu suçları işleyip fail olamayacakları ancak özel

⁴⁸² CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 480-485; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 504-508; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 519; AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 175-190; EVİK, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 217-236; HAKERİ, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, s. 99-102.

⁴⁸³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6827; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 823; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 486; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 509-511; AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 270-272; EVİK, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 329; ÖZGENÇ, **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 165 vd.; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 54; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 245; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 724.

Yargıtay içtihadı da bu yöndedir: “...İhaleyi kazanan firma yetkilisi ve sahibi olan sanıklar A.A. ile M.B.A.’ın suça konu Eysel Atık Su Arıtma Tesisi yapımına dair işi, şartname ve sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygun yapmamalarına rağmen uygun şekilde yapılmış gibi geçici kabul tutanağı düzenleyen komisyon üyeleri M.A., N.A. ve M.Ş.Ç. ile geçici kabul tutanağını onaylayan Belediye Başkanı A.C.’in eylemlerinin TCK’nın 236/2-d maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarını taşıdığı nazara alınmadan, yine yanlış hukuki değerlendirme ile eylemlerin görevi kötüye kullanma olarak kabulü, (...) TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 236/2-d maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlileri tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, suça konu işi, sözleşme ve eklerinde belirtilen şartlara uygun olarak ifa etmeyen B.İ.G. Tarım ve Hayvan San. Tic. Ltd. Şti. yetkilileri olan sanıklar A.A. ile M.B.A.’ın haklarında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan TCK’nın 38. ve 39. maddeleri değerlendirilerek mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği halde, dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle hükmün esasını oluşturan kısa kararda dava bulunmayan görevi kötüye kullanma suçundan beraat kararları verilerek hükmün karıştırılması...” (Yargıtay 5. CD, 27.01.2014, E. 2012/13946, K. 2014/880. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6829.)

Doktrinde, bu suça iştirakin her türünün mümkün olduğu da ifade edilmektedir. (EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 237; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 324; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 120; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 180.)

Suç ‘kabul etme’ fiili açısından özgü suç kabul eden ve sadece kamu görevlisi tarafından işlenebileceğini ifade eden Şen/ Aksüt ise, kabul etme hareketine katılan kamu görevlisi olmayan kimselerin TCK m. 37 kapsamında değerlendirilemeyeceğini, ancak TCK m. 38 veya 39 kapsamında azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabileceklerini savunmaktadır. (ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 269.)

faillik niteliğini haiz kimseler tarafından suçun işlenmesi halinde iştirak edebilecekleri kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Bu özel faillik niteliğini haiz olmayan kimselerin haiz olanlarla birlikte müşterek fail olup olamayacakları ise doktrinde tartışmalıdır⁴⁸⁵. Bir görüşe göre, kanuni tanımda yer alan tipik hareketin mutlaka özel faillik niteliği haiz kimse tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu değildir; özel faillik niteliğine sahip olmayan kimseler müşterek fail olabilirler⁴⁸⁶. Diğer görüşe göre ise, özel yükümlülük altında olmayan kişiler, diğer bir ifadeyle özel faillik sıfatını taşımayan kişiler özgü suç açısından fail olamazlar, ancak şerik olarak sorumlulukları doğabilir⁴⁸⁷. Kanımızca, ilk görüş daha isabetlidir. Zira suç, özgü suç biçiminde düzenlenmiş olsa bile iştirak hükümleri genel hükümler arasında yer alır ve bütün özel suç tipleri açısından uygulama alanı bulur. Bu sebeple, müşterek faillik hükümlerinin özgü suçlar açısından da uygulanabilmesi gerekir. Öte yandan, TCK m. 40/2 ifadesi ikinci görüşü yansıtmaktadır. Bu hükme göre, özgü suçların işlenmesine iştirak eden ve aranan özel faillik niteliğini haiz olmayan diğer kimseler, müşterek fail olamaz; azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur.

Özgü suça iştirak eden kimsenin, özgü suç failinin bu niteliğini bilmesi gerekir, iştirak iradesi bu hususu da kapsamalıdır. Aksi halde yani failin bu niteliğini bilmeden iştirak ediyorsa, kendi fiili tek başına suç teşkil ediyorsa o suçtan dolayı cezalandırılır. Özgü suç açısından ise, fiil kanuni tanımda belirtilen niteliğe sahip olmayan kişiler tarafından gerçekleştirildiğinde suç oluşmuyorsa yani gerçek özgü suç ise cezalandırılmaz. Fakat özgü suç, görünüşte özgü suç niteliği taşıyor ve özel faillik niteliği suçun basit halini değil nitelikli halini oluşturuyorsa, bu niteliği taşımayan kişi suçun basit halinden sorumlu olur⁴⁸⁸.

Doktrinde, TCK m. 236/2'nin (a) ve (b) bentlerinde teslim veya kabul etmek suç olarak düzenlendiği için hem teslim eden hem de kabul eden kişi sorumlu olacağından doktrinde bu bentlerde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun

⁴⁸⁴ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 486; AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 272; EVİK, *Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 329.

⁴⁸⁵ EVİK, *Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 330.

Doktrindeki farklı görüşler için bkz. ÖZGENÇ, *Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 166-170.

⁴⁸⁶ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 486; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 509; EVİK, *Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 330.

⁴⁸⁷ ÖZGENÇ, *Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 170-172.

⁴⁸⁸ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 509-510; AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 274-275; EVİK, *Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 333-334.

“karşılaşma suçu”⁴⁸⁹ ya da “çok failli suç”⁴⁹⁰ olarak düzenlendiği ileri sürülmektedir. “Çok failli suçlar”, birden fazla kişinin fail olarak bulunmasını zorunlu olarak gerektiren suçlardır⁴⁹¹. Bu suçların meydana gelmesi için kanunda gösterilen sayıda kişinin fail olarak suça katılması gerekir. Örneğin, memuriyeti terk suçunda (TCK m. 260) bu sayı dört, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda (TCK m. 220) ise üçtür.

Çok failli suçtan bahsedebilmek için bazı şartların sağlanması gerekir. Öncelikle, kanunda yer alan suç tanımında birden fazla kişinin fail olarak öngörülmesi gerekir. İkincisi, faillerden her birinin icrai ya da ihmali bir hareketle suça katılmalıdır. Üçüncüsü, kanunda gösterilen sayıda kişinin her biri fail olarak hareket etmeli ve bu kişilerin hareketleri kanuni tanımda tipik hareket olarak yer almalıdır. Son olarak, faillerden en az birisinin cezalandırılabilir olması gerekir⁴⁹².

Çok failli suçtan bahsedebilmek için faillerin birden fazla olması gerekmekte birlikte faillerin tamamının cezalandırılabilir olması aranmamaktadır. Faillerden birinin cezalandırılabilir olması durumunda da çok failli suç söz konusu olabilir. Rüşvet suçunda olduğu gibi faillerin her biri cezalandırılıyorsa “dar anlamda çok failli suç”; tefecilik örneğindeki gibi birden fazla fail bulunmakla birlikte faillerin biri cezalandırılıyorsa “geniş anlamda çok failli suç” söz konusu olur⁴⁹³.

Çok failli suçlar kendi içinde “yakınsama (tek taraflı/ aynı yönlü/ birleşme) suçları” ve “karşılaşma suçları” olarak ikiye ayrılmaktadır. “Yakınsama suçları” suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda (TCK m. 220) olduğu gibi birden fazla failin hareketinin suçla korunan hukuki değere yönelmesi halinde görülür. Burada failler aynı yönde ve aynı amaç uğruna hareket etmektedir. “Karşılaşma suçları” ise, “rüşvet

⁴⁸⁹ ŞEN/ AKSÜT, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s. 263.

⁴⁹⁰ ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 236.

⁴⁹¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 632; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 462; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 476; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 543; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 480; ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, s. 148; AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 25; EVİK, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 334-335; YALÇIN SANCAR, *Türkan, Çok Failli Suçlar*, Ankara: Seçkin, 1998, s. 61.

⁴⁹² DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 476-477.

Çok failli suçların şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YALÇIN SANCAR, *Çok Failli Suçlar*, s. 61-89.

⁴⁹³ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 477; YALÇIN SANCAR, *Çok Failli Suçlar*, s. 111-113.

(TCK m. 252)”, “çocuk düşürtme (TCK m. 99)”, “suç eşyasını satın alma veya kabul etme (TCK m. 165)” ve “ihaleye fesat karıştırma (TCK m. 235)”⁴⁹⁴ suçlarında görüldüğü gibi birden fazla failin hareketlerinin birbirine yönelik olması halinde söz konusu olur. Burada ise failler aynı amaca ulaşmak için farklı yönlerden hareket etmekte ve suçun meydana gelmesine farklı yönlerden katkıda bulunmaktadırlar⁴⁹⁵.

Çok failli suçlar aynı zamanda “gerçek çok failli suçlar” ve “görünüşte çok failli suçlar” olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek çok failli suçlar, kanun koyucunun suçun basit halinin gerçekleşmesi için birden fazla kişinin zorunlu olarak fail olmasını öngördüğü suçlardır. Örneğin, rüşvet gerçek çok failli suçtur. Görünüşte çok failli suçlar ise, basit hali tek bir kişi tarafından işlenebilir iken nitelikli halinin birden fazla fail tarafından işlenmesinin arandığı suçlardır. Örneğin, yağma suçunun TCK m. 149/1-c’de düzenlenen nitelikli halinin gerçekleşmesi için suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi zorunludur⁴⁹⁶.

Diğer bir görüş ise, teslim eden ile kabul edenin karşılaşma suçunun iki tarafını oluşturmayaacağını ifade etmektedir. Buna göre, karşılaşma suçlarında failler bu suçun işlenişine zorunlu olarak farklı yönlerden katılmakta ve farklı yönlerden hareket etmekle birlikte aynı neticeyi amaçlamaktadırlar. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda ise, suçun meydana gelmesi için hileli davranışlarla işlenmesi zorunludur. Hileli davranış, karşı tarafın aldatılması sonucunu doğurur. Aldatılan kişi olan kabul eden, aldatıldığının farkında olmadığı için fail ya da şerik olamaz⁴⁹⁷. Zaten eğer kabul eden aldatılmamışsa, ifayı kabul etmez ve suç teşebbüs aşamasında kalır⁴⁹⁸. Kabul eden ile teslim eden arasında iştirak iradesi mevcut olduğunda ise, her ikisi de müsterek fail olarak sorumlu tutulur⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAŞIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 543.

⁴⁹⁵ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 632-633; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 477-478; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAŞIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 544; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 360; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 481-482.

⁴⁹⁶ ZAFER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, s. 148-149.

⁴⁹⁷ Kaplan, fail olamayacağını ancak şerik olabileceğini ifade etmektedir. (KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 724.)

⁴⁹⁸ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 68.

⁴⁹⁹ YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6660; DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 23; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 724; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 117.

Doktrinde bir görüşe göre, (a) bendinde kabul eden kişi, hileyi bilmeden kabul etmiş ise bu durumda sadece teslim edenin cezai sorumluluğuna gidilir. (b) bendinde hileli bir şekilde eksik teslim eden de hileli bir şekilde eksik teslim alan da fail olarak sorumlu olur⁵⁰⁰. Kabul edenin gerekli kontrol işlemlerini yapmaksızın kabul işlemini gerçekleştirmesi durumunda ihmali davranışla teslim edenin icrai davranışına iştirak etmesi de mümkündür⁵⁰¹.

Diğer bir görüş ise, teslim eden ile kabul eden arasında iştirak iradesi varsa (a) ve (b) bentleri açısından teslim edeni fail, kabul edeni ise şerik olarak sorumlu tutmak gerektiği yönündedir. Yapım işleri yani (d) bendi açısından ise, kabul edenleri fail olarak, yapım işini teslim eden müteahhit firma yetkililerini ise iştirak hükümlerinden dolayı sorumlu tutmak gerektiğini ifade etmektedir⁵⁰².

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun TCK m. 236/2'nin (a) ve (b) bentlerindeki fiiller itibariyle karşılaşma suçu teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Zira karşılaşma suçlarında kanuni tanımdaki birden fazla hareketin tek başlarına ceza hukuku anlamında bir anlamı yoktur. Kanun koyucunun cezalandırmak istediği husus tek bir tarafın hareketi değil, bu hareketlerin karşılaşmasıdır. Tarafların tek başlarına gerçekleştirdikleri hareketler suçu meydana getiremez⁵⁰³. Oysaki edimin ifasına fesat karıştırma suçunda, kabul edenin hareketinden bağımsız bir şekilde yüklenicinin hileli bir davranışla başka bir mal veya eksik mal teslim etmesi ile suç meydana gelmiş olmaktadır. Teslim edenin hileli bu hareketi suçun oluşumu için yeterlidir. Nitekim belirtilen fıkralarda “teslim etmek veya kabul etmek” şeklinde ifade edilen bu hareketler seçimlik harekettir. Diğer bir ifadeyle, herhangi birisinin gerçekleştirilmesi ile suç oluşmuş olmaktadır. Mutlaka her iki hareketin de gerçekleştirilmesine gerek bulunmamaktadır.

Yargıtay, TCK m. 236/2'nin (a) ve (b) bentlerinde düzenlenen suçun kabul etme fiiliyle işlendiği durumlarda kabul edenin fail olarak, teslim eden yüklenicinin ise TCK m.40/2 gereğince azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştiraktan sorumlu

⁵⁰⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6660-6662.

⁵⁰¹ İcrai suça ihmali davranışla iştirak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)**, Yıl: 2014, Cilt: 2, Sayı: 1-2.

⁵⁰² ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 121.

⁵⁰³ YALÇIN SANCAR, **Çok Failli Suçlar**, s. 120-121.

olacağı görüşündedir⁵⁰⁴. Doktrinde de kabul edenin fail olduğu durumlarda, teslim edenin azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olabileceği görüşü mevcuttur. Ancak yüklenici, malı hileli bir şekilde teslim edemediği için kabul eden hileli bir şekilde kabul etmeye azmettirmiş ya da bu konuda kendisine yardım etmişse hem edimin ifasına fesat karıştırma suçuna teşebbüsten hem de iştiraktan sorumlu olur⁵⁰⁵.

TCK'nın 236. maddesinin 2. fıkrasının (c), (d) ve (e) bentlerinde ise, sadece kabul etmek suç olarak düzenlenmiş, teslim edenlerin fiili suç olarak tespit edilmemiştir. Dolayısıyla, bu bentler açısından teslim eden kişiler fail olamazlar. Fakat fail olamamaları, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olmalarına engel teşkil etmez. Kabul eden ile aralarında iştirak iradesi varsa şerik olarak sorumlulukları gündeme gelebilir⁵⁰⁶.

Malı teslim eden kişi ile sözleşmenin tarafı olan kişinin farklı kimseler olması durumunda fail, malı teslim eden kişi değil, sözleşmenin diğer tarafı olan, sözleşme ile edimi taahhüt eden, ifa etme yükümlülüğü altına giren kişidir. Bununla birlikte, yüklenici ile teslim eden kişi arasında iştirak iradesi varsa, teslim eden kişi hakkında da azmettiren veya yardım eden olarak iştirak hükümleri uygulanır⁵⁰⁷.

KİSK m. 11/1'de yer alan *“Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır.”* düzenlemesi gereğince kabul işlemleri en az üç kişilik komisyon tarafından yapılır ve bu komisyon kararlarını oyçokluğu ile alır. Bu durumda, iki kişi kabul etme yönünde oy kullanırken diğer bir kişi reddedebilir. Ancak, oyçokluğu karar alınması için yeterli olduğundan edim kabul edilir. Bu

⁵⁰⁴ “Kamu görevlisi olan ve kabul-tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar N., M. ve Z. 'nin A... Gar sahasında bulunan yazlık düğün salonu tadilatı işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapılıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin dosyada mevcut olup, sanıklarca itiraz edilmeyen raporlarda belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, benzer eylemleri nedeniyle adı geçen sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti bakımından mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra kamu görevlisi olan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, yüklenici sanık E. 'nin de TCK'nın 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 17.04.2013, E. 2013/3997, K. 2013/3574. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6837-6538.)

⁵⁰⁵ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 68.

⁵⁰⁶ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 54, 69.

⁵⁰⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6825- 6826.

durumda, edimin reddedilmesi yönünde oy kullanan üçüncü görevlinin durumu ne olacaktır? Doktrinde bu kişinin ancak iştirakten sorumlu tutulabileceği ileri sürülmektedir. Kanımızca, bu durumda aksi yönde oy kullanan kişinin sorumluluğu doğmayacaktır. Bununla birlikte, karara muhalefet eden üyenin kamu görevlisi olmasından dolayı TCK m. 279 gereğince suçu bildirme yükümlülüğü doğar.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun örgütlü bir biçimde işlenmesi mümkündür. Özellikle, ihale neticesinde imzalanan sözleşmelerde kabul işlemlerini yapan muayene ve kabul komisyonlarının örgüt oluşturup oluşturmayacağı düşünülebilir. Zira kabul komisyonları en az üç kişiden meydana gelmekte ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun (TCK m. 220) asgari kişi sayısını sağlamaktadır. Fakat örgütten bahsedebilmek için en az üç kişinin yanında diğer unsurların da sağlanmış olması gerekir. Bu unsurlar, üyelerin arasında organize bir yapının, emir komuta zincirinin ve gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, üyelerin belirsiz bir takım suçları işlemek amacıyla bir araya gelmiş olması, üyelerin suç işleme amacı etrafında fiilen birleşmiş olmaları ve bu durumun devamlılık arz etmesi olarak sayılabilir. Örgütün kurucusunun ve üyelerinin suç işlemek konusunda irade birliği içinde bulunmaları gerekir. Bu unsurlar bulunmaksızın kişi sayısının üç ya da üçten fazla olması bir örgütün varlığını göstermez, ancak iştirak ilişkisinin mevcut olduğunu düşündürebilir⁵⁰⁸. Bu sebeple, kabul komisyonu her ne kadar bir başkan ve üyelerden oluşsa ve kişi sayısı itibarıyla örgüt koşulunu sağlasa da TCK m. 220 anlamında örgüt teşkil etmez fakat üyeler arasındaki iştirak ilişkisi araştırılabilir.

3- İçtima

“İçtima”, aynı veya farklı birden fazla suç tipinin ihlal edilmesi halinde görülür. Ceza hukukunda genel kural, birden fazla suç ortaya çıktığında her bir suçun bağımsız olarak cezalandırılmasıdır ve bu durum “gerçek içtima” kavramı ile ifade

⁵⁰⁸ EVİK, Vesile Sonay, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Nur Centel’e Armağan**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 678-680; YENİDÜNYA, A. Caner/ İÇER, Zafer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Nur Centel’e Armağan**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 800-806.

edilir⁵⁰⁹. Suçların içtimaı üç farklı şekilde tezahür eder. İlki, bir suçun diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçtur ve “bileşik suç” olarak adlandırılır (TCK m. 42). İkincisi, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kez veya aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda “zincirleme suç” söz konusu olur (TCK m. 43). Sonuncusu ise, işlenen tek bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmesi hali yani “fıkri içtima”dır (TCK m. 44).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketli bir suç olduğunu yukarıda açıklamış ve seçimlik hareketli suçlarda seçimlik hareketlerden birden fazlasının veya tamamının gerçekleştirilmesi halinde tek bir suçun oluşacağını ifade etmiştik. İşte TCK m. 236/2’de beş bent halinde sayılan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterlidir ve bu hareketlerden birden fazlasının veya tamamının gerçekleştirilmesi halinde de tek bir edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşur⁵¹⁰.

Birden fazla edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda birden fazla suç oluşur. Her hileli ifa ayrı suç teşkil eder⁵¹¹. Hileli hareketlerin aynı zamanda dolandırıcılık suçunu oluşturacağı düşünülebilir ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçu, dolandırıcılık suçuna göre özel hüküm teşkil etmektedir ve TCK m. 236/2’de öngörülen hareketlerin gerçekleşmesi halinde diğer unsurlar da mevcutsa edimin ifasına fesat karıştırma suçu meydana gelir⁵¹².

⁵⁰⁹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 492 vd.; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 518 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 471 vd.; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 535; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 346 vd.

⁵¹⁰ ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 147; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 269.

⁵¹¹ MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 324.

⁵¹² AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 69; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 246.

“Bozma kararında; kullanılan sahte evraklar, yani hile nedeniyle eylem, dolandırıcılık olarak vasıflandırılmıştır. 236. maddedeki kanuni tipe uygun olan eylemlerin ortaya çıkmasını engellemek maksadıyla oluşturulan hile suçun vasfını değiştirmez. Zaten işin tabiatı gereği edimin ifasına fesat karıştırma suçunda “hile” vardır. Nitekim madde gerekçesinde yer alan; “Maddenin ikinci fıkrasında, edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki hareketler sayılmıştır. Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır.” şeklindeki cümle ile bu husus teyit edilmektedir.

Sanıklara isnat edilen eylemin, hem dolandırıcılık hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçlarında tanımlanan tiplere uygun olduğu söylenebilir. Fakat edimin ifasına fesat karıştırma suçu özel bir düzenleme olduğundan öncelikle uygulanması gerekir. Kaldı ki, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun cezası 3 yıldan 7 yıla kadar hapis iken, 158/1-e maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun cezası 2 yıldan 7 yıla kadar hapis olduğundan TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fıkri

“Zincirleme suç”, tek bir suç işleme kararı ile kanunun aynı hükmünün birden fazla kez ihlal edilmesidir. Bir kişiye karşı aynı suçun farklı zamanlarda birden fazla defa ya da aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiği hallerde görülür (TCK m. 43/1-2). Burada birden çok fiil bulunmalı, bu fiiller aynı suçu oluşturmalıdır. TCK m. 43/1 uyarınca bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılır⁵¹³. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun aynı kuruma karşı tek bir suç işleme kararına dayanılarak birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olur⁵¹⁴. Örneğin, aynı kuruma karşı taahhüt edilen ve belli bir süre ifa edilmesi gereken hizmet edimlerinde, bu edimlere tek bir suç işleme kararıyla farklı zamanlarda fesat karıştırılırsa zincirleme suç söz konusu olur⁵¹⁵.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun belgede sahtecilik yapmak suretiyle işlenmesi mümkündür. Doktrinde *Arslan/ Töngür* tarafından ifade edilen görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçu özel bir sahtecilik türü olduğundan ayrıca belgede sahtecilik suçu oluşmaz⁵¹⁶. Diğer görüş ise, suçun belgede sahtecilik yapmak suretiyle işlenmesi halinde hem sahtecilik hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı ceza verilmesi gerektiği yönündedir⁵¹⁷. TCK m. 212’de “*Sahte*

içtima kuralınca, cezası ağır olan, “edimin ifasına fesat karıştırma” suçundan dolayı cezalandırılmalıdır.” (Yargıtay 15. CD, 04.04.2013, E. 2013/4648, K. 2013/6221 Karşı oy yazısı. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

⁵¹³ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 501 vd.; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 523-524; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 544 vd.

⁵¹⁴ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6670; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 147; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 245; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 324-325.

“Kamu görevlisi olan ve kabul-tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar N.M. ile S.K.Ö.’nin A... Gar sahasında bulunan yazlık lokalin mutfak ve aile yemek yerinin tadilatı işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin dosyada mevcut olup, sanıklarca itiraz edilmeyen raporlarda belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, benzer eylemleri nedeniyle adı geçen sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti bakımından mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra kamu görevlisi olan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, yüklenici sanık A.İ.’nin de TCK’nın 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi,” (Yargıtay 5. CD, 18.04.2013, E. 2012/4490, K. 2013/3630. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

⁵¹⁵ ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 147.

⁵¹⁶ ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 245.

⁵¹⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6828; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6670; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 823; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 69; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 126, dn. 371; DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 23; EKER-

resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.” şeklinde ifade edilen gerçek içtima hükmüne dayanarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun belgede sahtecilik suretiyle işlenmesi halinde her iki suçtan ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁵¹⁸.

TCK’nın 236. maddesinin 3. fıkrasında “Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılır.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm bir özel içtima kuralı içermektedir⁵¹⁹. Edimin ifasına fesat karıştıran kamu görevlisi hileli edimi kabul ederken aynı zamanda bir menfaat temin etmişse bu durumda ayrıca menfaat elde etmesinden dolayı ilgili suç hükmüne göre *-örneğin rüşvet suçundan-* cezalandırılacaktır. Bu özel içtima hükmü aslında bir gerçek içtima düzenlemesi getirmektedir çünkü edimin ifasına fesat karıştıran görevli kişi hem kabul eden olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olmakta ve bu suçtan dolayı cezalandırılmakta hem de menfaat temin etmesi sebebiyle ikinci bir suçun faili olmakta ve neticede iki farklı suçtan dolayı cezalandırılmaktadır.

KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 238; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 179; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 725; MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 318; ÖZGENÇ, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 125; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 181; ŞEN/ AKSÜT, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s. 269.

⁵¹⁸ “... ili merkez ve ... ilçesinde Milli Eğitim Bakanlığı ve ... İl Milli Eğitim Müdürlüğü’nce ihaleleri yapılan okul inşaatlarındaki imalatlarda sözleşme ve eklerine, projelerine, fen ve sanat kurallarına uyulmadığının iddia edilmesi karşısında, söz konusu işleri kontrol etmekle görevli mühendis ve tekniker sanıkların sorumluluklarının gereğini yerine getirmeden imzaladıkları hak ediş raporlarıyla yüklenici firmalara fazla ödeme yapılmasına yol açma biçimindeki eylemlerinin, düzenledikleri hak ediş raporlarının gerçeğe aykırı olduğunun saptanması durumunda, resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceği...” (Yargıtay 4. CD, 07.02.2007, E. 2007/769, K. 2007/1287. SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 181-182.)

⁵¹⁹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)*, s. 6828; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6670; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 823; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 69; ALTIPARMAK, *Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar*, s. 144-145; EKER-KAZANCI, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 238-239; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 178-179; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 724-725; MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 325; ÖZGENÇ, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 125; PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 120; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 182; ŞEN/ AKSÜT, *Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, s. 269.

Kamu görevlisinin gerekli muayene, kontrol ve incelemeyi yapmadan edimi kabul etmesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı düşünülebilir ancak görevi kötüye kullanma tamamlayıcı bir normdur. TCK m. 257’de suçun “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” oluşabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hileli kabul işlemlerinde kamu görevlisinin fiili doğrudan görevi kötüye kullanma suçunu meydana getirmez; TCK m. 236’nın unsurlarının oluşmadığı hallerde görevi kötüye kullanma suçu oluşabilir⁵²⁰.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu neticesinde taahhüt edilen iş yerine getirilmiyor ise, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olunabilir. Bu durumda tek bir fiille hem edimin ifasına fesat karıştırılmış hem de kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olunmuş olur. Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma TCK m. 238’de ayrı bir suç olarak düzenlenmektedir. Tek bir fiil ile birden fazla suçun işlenmesi, kanunun birden fazla maddesinin ihlal edilmesi halinde fikri içtima söz konusu olur ve bu suçların faili TCK m. 44 uyarınca bu iki suçtan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır⁵²¹. TCK m. 236 ve m. 238’in fikri içtimaı halinde m. 236’nın yaptırımı daha ağır olduğundan fail edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı cezalandırılır⁵²².

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun örgüt halinde işlenmesi halinde TCK m.220/4’te “Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.” şeklinde ifade edilen gerçek içtima kuralı uyarınca hem suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan ceza verilecektir⁵²³.

⁵²⁰ ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 246; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 324.

⁵²¹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 493; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 531; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 596; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 570.

⁵²² ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 241; DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, s. 23; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 237-238; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 181.

⁵²³ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6670; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 726.

C- Yaptırım

1- Suçun Türk Ceza Kanunu'nda Öngörülen Cezası

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yaptırımını 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasıdır. TCK m. 236'da öngörülen hapis cezası kısa süreli olmadığından adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir⁵²⁴. Ayrıca TCK m. 51/1'de öngörülen sınırlar arasında kalmadığından bu suç neticesinde verilen hapis cezasının ertelenmesi mümkün değildir⁵²⁵.

2- Güvenlik Tedbirleri

a- Genel Olarak

Fail hakkında yaptırıma ek olarak ve tehlikelilik durumu göz önünde bulundurularak faili ve genel anlamda toplumu korumak üzere ceza hukuku anlamında yaptırım niteliği taşıyan bazı güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmektedir. TCK'nın genel hükümleri içeren birinci kitabının "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının "Güvenlik Tedbirleri" başlıklı ikinci bölümünde, "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK m. 53)", "eşya müsaderesi (TCK m. 54)", "kazanç müsaderesi (TCK m. 55)", "çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 56)", "akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 57)", "suçta tekerrür (TCK m. 58)", "sınır dışı edilme (TCK m. 59)" ve "tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 60)" güvenlik tedbiri olarak sayılmaktadır. Ancak güvenlik tedbirleri sadece TCK'da sayılanlarla sınırlı bulunmamakta, diğer kanunlarda da bazı özel

⁵²⁴ "...5237 sayılı TCK'nın 49/2. maddesinde, kısa süreli hapis cezasının 'Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası' olarak tanımlanmasına ve aynı Kanunun 50. maddesinde taksirli suçlar hariç olmak üzere ancak kısa süreli hapis cezalarının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilebileceği ifade olunmasına rağmen sanıklar hakkında hükmedilen kısa süreli olmayan hapis cezalarının adli para cezasına çevrilmesinin yanında, TCK'nın 236/1 ve 62. maddeleri uygulanarak belirlenen 2 yıl 6 ay hapis cezasının gün hesabına dönüştürülmesi sırasında hatalı biçimde 910 gün yerine 900 gün olarak hesaplama yapılarak sonuç adli para cezasının 18.200 TL yerine 18.000 TL olarak eksik tayini,..."(Yargıtay 5. CD, 19.09.2013, E. 2012/12529, K. 2013/9006. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.) ARSLAN/ TÖNGÜR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 246; DÜLGER, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar", s. 23; MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 325.

⁵²⁵ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)*, s. 6670; DÜLGER, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecinde İşlenen Suçlar", s. 23; MERAN, *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*, s. 325.

tedbirler öngörülebilmektedir⁵²⁶. Bu bölümde öncelikle gerçek kişi failler açısından TCK’da ve konumuz özelinde KİSK ve DİK’te öngörülen güvenlik tedbirlerine yer verilecek ve ardından tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine değinilecektir.

b- Hak Yoksunlukları

aa- Türk Ceza Kanunu’na Göre

“Hak yoksunlukları”, hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni bir sonucu olarak ortaya çıkan bir çeşit ek cezadır. Hak yoksunluğunun söz konusu olabilmesi için bir kişinin kasıtlı bir suç işlemesi⁵²⁷ ve bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olması gerekir. Sanığın birden fazla hapis cezasına mahkûm edilmesi halinde ise her bir hapis cezası için ayrı ayrı hak yoksunluğuna hükmedilir. Hak yoksunluğu kural olarak hapis cezasının infazı süresince söz konusu olur ve infaz tamamlanınca kendiliğinden sona erer. İstisnai olarak, hapis cezasının infazı tamamlandıktan sonra da devam edebilir⁵²⁸.

TCK’nın 53. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;*

*a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten*⁵²⁹,

⁵²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 458-488.

⁵²⁷ İstisnai olarak taksirli suçlarda da hak yoksunluğu gündeme gelebilir. Bkz. TCK m. 53/6: “*Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.*”

⁵²⁸ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 677; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 628-630; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 462-463.

⁵²⁹ “...TCK’nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle atılı suçu işleyen sanıklar S.Ç., R.A., S.K., H.G., İ.A., A.C., N.A., M.A., M.Ş.Ç. haklarında aynı Yasanın 53/5. madde ve fıkrası gereğince cezaların infazından sonra başlamak üzere, hükmolunan cezaların yarısından bir katına kadar sadece bu hak ve yetkilerin kullanılmasının yasaklanmalarına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, infazda tereddüt oluşturacak şekilde hak yoksunluklarına hükmedilmesi,...”(Yargıtay 5. CD, 27.01.2014, E. 2012/13946, K. 2014/880. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

“...Suçu 5237 sayılı Yasanın 53/1-a maddesinde belirtilen hak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlediği kabul edilen sanık C.K.A. hakkında aynı Kanunun 53/5. maddesi uyarınca hak yoksunluğuna

- b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,
- c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan⁵³⁰,
- d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,
- e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,

Yoksun bırakılır.”. Bu durumda, edimin ifasına fesat karıştıran kişi (e) bendi uyarınca, kamu görevlisi olması durumunda ise (a) bendi uyarınca belli haklardan yararlanmaktan yoksun bırakılabilecektir. Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz (TCK m. 53/2). Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir (TCK m. 53/5)⁵³¹.

bb- Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu meydana getiren hareket aynı zamanda KİSK’in 25. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlardan birini teşkil ediyorsa bu durumda fail hakkında KİSK’in 26-34. maddelerinde öngörülen yaptırımlar da uygulanacaktır⁵³².

hükmedilmemesi, ... kanuna aykırı...” (Yargıtay 5. CD, 02.06.2014, E. 2014/4395, K. 2014/5995. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

⁵³⁰ “...Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan kurulan hükme ilişkin temyiz incelemesinde; (...) 5237 sayılı TCK’nın 53/3. maddesine göre 53/1-c maddesinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri ile ilgili hak yoksunluğunun koşullu salıvermeden sonra uygulanamayacağı gözetilmeden, bu hakları ve yetkileri kullanmaktan yoksunluğun da hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar uygulanmasına karar verilmesi, kanuna aykırı, (...) hüküm fıkrasında yer alan hak yoksunluklarına ilişkin bölümün çıkarılarak yerine “Sanığın, 5237 sayılı TCK’nın 53/3. maddesine göre 53/1-c maddesinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri ile ilgili haklarından koşullu salıverilme tarihine, 53/1. maddesinde yazılı diğer haklarından 53/2. maddesi gereğince hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmasına” denilmek suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun olan hükmün düzeltilerek onanmasına...” (Yargıtay 5. CD, 11.09.2013, E. 2012/4717, K. 2013/8545. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

⁵³¹ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 70; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 325.

⁵³² ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 270.

Kamu ihale sözleşmelerinin yapımı ya da uygulanması aşamasında görev alan ve görevlerini gereklerine uygun yerine getirmeyen kamu görevlilerinin disiplin ve tazminat sorumluluğu doğar⁵³³. Ayrıca, KİSK'in 28/2. maddesinde kamu görevlileri açısından hak yoksunluğu teşkil eden bir güvenlik tedbiri öngörülmüştür⁵³⁴. İlgili hükme göre, *"bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarının herhangi bir ceza verilmiş olanlar, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarının bu Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamaz ve görev alamazlar"* (KİSK m. 28/2).

KİSK yasak fiil ve davranışlarda bulunan yükleniciler açısından ise ihaleden yasaklama kararı öngörmektedir. KİSK'te düzenlenen ihaleden yasaklama kararları kararı veren makam açısından bakıldığında iki türdür. İlki, idare tarafından verilen ve KİSK m. 26'da düzenlenen yasaklama kararı, diğer ise mahkeme tarafından verilen ve KİSK m. 27'de düzenlenen yasaklama kararıdır⁵³⁵.

KİSK m. 26'da düzenlenen bir yıldan iki yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinden yasaklama kararıdır. İlgili hükme göre, 25 inci maddede⁵³⁶ belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, KİK'in 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmektedir. Yasaklama kararları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık,

⁵³³ KARATOPRAK, Ertuğrul, "Kamu İhalelerinde ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Görevlendirilen Kamu Personelinin Sorumlulukları", **Maliye Dergisi**, Yıl: 2011, Sayı: 160, s. 414-415.

⁵³⁴ EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 239; SOYASLAN/ KEMER/ GÜLSEVEN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 182.

⁵³⁵ SIRABAŞI, Volkan, **Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama**, Ankara: Adalet, 2011, s. 135.

⁵³⁶ **"Yasak fiil ve davranışlar"**

Madde 25- Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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

herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilmektedir (KİSK m. 26/1). İhaleyi yapan veya sözleşmeyi imzalayan idarenin hiyerarşik olarak üstü veya vesayet denetimi altında bulunduğu merci, yasaklama kararını vermeye yetkili merci olarak belirlenmiştir⁵³⁷.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir (KİSK m. 26/2).

Bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler (KİSK m. 26/3).

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumu’nca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur (KİSK m. 26/4).

Bu kırk beş günlük süre bir zamanaşımı süresi değil, yetkili merciin kararını vermesine yönelik olarak belirlenmiş kanuni bir süredir⁵³⁸.

⁵³⁷ SIRABAŞI, **Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama**, s. 136.

⁵³⁸ AKINCI, Müslüm, “Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararları ve Bu Kararlara Karşı Başvuru Yolları”, in **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, Ed. Fehim ÜÇİŞİK/ Çetin ARSLAN/ Seyyid Ahmet HAKKAKUL, Ankara: Bilge, 2014, s. 120.

İdareler, 25. maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür (KİSK m.26/5).

İkincisi ise, yüklenicilerin ceza sorumluluğunu düzenleyen KİSK'in 27. maddesinde *“İş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 26 ncı maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 26 ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.”*⁵³⁹ şeklinde düzenlenen, yüklenicinin 26. maddedeki yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak üzere bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinden yasaklanmasıdır.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır (KİSK m. 27/2).

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir. Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumu'na bildirim izleyen on beş gün içinde Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle duyurulur (KİSK m. 27/3).

Yasaklama kararı verilip verilmemesi konusunda ilgili bakanlığın herhangi bir takdir yetkisi bulunmayıp ancak yasaklamanın süresi ile ilgili olarak bir takdir hakkı

⁵³⁹ HATİPOĞLU, Muzaffer/ PARLAR, Ali, **Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar**, Ankara: Turhan, 2005, s. 696-697.

söz konusu olabilir. Yüklenicinin fiil ve davranışının özelliğine göre en az bir yıl süreyle olmak koşuluyla, KİSK'in 26. maddesinde iki yıla, 27. maddesinde ise üç yıla kadar yasaklama kararı verilebilir. Üst sınırı belirleme konusunda 26. maddede ilgili bakanlığın, 27. maddede ise mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Kamu İhale Kurumu'nun yasaklama kararı verilmesi ya da verilen yasaklama kararının kaldırılması veya iptal edilmesi konusunda bir yetkisi olmayıp ihalelere katılmaktan yasaklananların sicilini tutmaktadır. Resmi Gazete'de yayınlanma ise, yasaklama kararları açısından geçerlilik şartı değildir. Yasaklama kararı ilgili bakanlık ya da mahkeme tarafından usulüne göre verildiği anda geçerlilik kazanmaktadır ancak yürürlüğe girmesi için yayınlanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, Resmi Gazete'de yayınlanma, yasaklama kararları için yürürlük şartıdır⁵⁴⁰.

cc- Devlet İhale Kanunu'na Göre

DİK'e göre yapılan ihalelerde, Kanun'un 83. maddesinde⁵⁴¹ belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında 84. maddeye göre ihaleden yasaklama kararı verilmektedir⁵⁴². İlgili hükme göre, 83. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları anlaşılanlar, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı Resmi Gazete'de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar (DİK m. 84/1).

⁵⁴⁰ SIRABAŞI, **Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama**, s. 136-139.

⁵⁴¹ "**Yasak fiil ve davranışlar:**

Madde 83 – İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

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

b) Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak,

c) İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, Yasaktır."

⁵⁴² ÇALIŞKAN, **İhale Kavramları ve İhale Suçları**, s. 784-785.

Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır (DİK m. 84/2).

Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir (DİK m. 84/3).

DİK m. 83'te belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve DİK m. 83/1-c'de belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez (DİK m. 84/4). Diğer bir ifadeyle, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanan veya kullanmaya teşebbüs eden, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyen, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapan veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullananlar bir ay içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminat ödemek koşuluyla haklarında ihaleden yasaklama kararı verilmesinin önüne geçebilirler.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumda karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler (DİK m. 84/5).

DİK m. 83/1-c'de yazılı fiil ve davranışları bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile o işteki ortak veya vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılır; hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanırlar (DİK m. 85/1). Bu bent, *“ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine*

getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak” hükmünü içerdiğinde yapılacak ceza kovuşturması edimin ifasına fesat karıştırma suçunu da içerecektir.

dd- Diğer Bazı Kanunlara Göre

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun⁵⁴³ 98. maddesine göre, “Devlet memurlarının bu kanun hükümlerine göre memurluktan çıkarılması, memurluğa alınma şartlarından her hangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan her hangi birini kaybetmesi, memurluktan çekilmesi, istek, yaş haddi, malullük sebeplerinden biri ile emekliye ayrılması ve ölümü hallerinde memurluğu sona erer”. Aynı Kanun’un 48. maddesinde memuriyet için aranan genel ve özel şartlar arasında “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak” sayılmaktadır. Bu iki maddeden hareketle, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan mahkûm olan kamu görevlilerinin bu görevlerine son verilmesi gerekmektedir⁵⁴⁴.

ee- Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi

Görüldüğü üzere hak yoksunluğu öngörülen bazı maddelerde herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Süresiz hak yoksunluklarının yaratacağı hak ihlallerini

⁵⁴³ 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 23.07.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁵⁴⁴ DÖNMEZ, Mustafa, “Ceza Mahkûmiyeti Sonunda Devlet Memurluğunun Sona Ermesi”, **Türk İdare Dergisi**, www.tid.gov.tr, Erişim Tarihi: 05.03.2015, s. 149-168; SÖKMEN, Uğur, “Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri”, **Maliye Dergisi**, Yıl: 2010, Sayı: 158, http://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_der_gisi/yayinlar/md/158/33.UGur.SOKMEN.pdf, Erişim Tarihi: 05.03.2015, s. 629.

önlemek amacıyla 25.05.2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun⁵⁴⁵ 13/A maddesinde⁵⁴⁶ “yasaklanmış hakların geri verilmesi” düzenlenmektedir⁵⁴⁷. Bu kurum, ceza mahkûmiyeti neticesinde doğan hak yoksunluklarının öbür boyu devam etmemesi amacıyla getirilmiş, geleceğe yönelik sonuç doğuran yargısal bir işlemdir⁵⁴⁸. İlgili hükme göre, TCK m. 53/5 hükmü yani infazdan sonra hapis cezasının yarısından bir katına kadar süre için hak yoksunluğunun devam etmesi durumu hariç olmak üzere “*mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması*” ve “*kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması*” halinde kişinin yasaklanmış hakları geri verilebilir.

c- Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri

“Tüzel kişi” hukuk sözlüğünde, “başlı başına varlığı olmak üzere kurulan dernek ve ortaklıklarla, kendilerine özgü bir varlığı veya belirli bir amacı bulunan kurumlar” olarak tanımlanmaktadır⁵⁴⁹. Tüzel kişilerin suç faili olamayacaklarını yukarıda belirtmiştik. Bununla birlikte, suçun tüzel kişinin yararına olarak ve faaliyeti esnasında işlenmesi ve tüzel kişilerin bu suçun işlenmesi neticesinde haksız

⁵⁴⁵ 25.05.2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/adlisicilkanun.html>, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁵⁴⁶ “(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla, a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir.

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

(4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.”

⁵⁴⁷ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 682-683; ÖZTÜRK/ ERDEM, **Uygulanabilir Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 459.

⁵⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, Çetin, “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Yıl: 2007, Cilt: 56, Sayı: 4.

⁵⁴⁹ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 711.

menfaat sağlaması mümkündür. Anayasa m. 38 ile güvence altına alınan ve TCK m.20/1’de düzenlenen “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesi uyarınca sadece suçun faili olan gerçek kişi hakkında cezaya hükmedilebilir ve kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. TCK m. 20/2’de ise “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*” hükmü yer almakta ve bu hüküm gereği tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanamamakta ancak kendilerine özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmektedir⁵⁵⁰.

Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine ancak kanunda açıkça düzenlendiği hallerde hükmedilebilir (TCK m. 60/4). TCK’nın 242. maddesi “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümde yer alan suçların işlenmesi ile haksız menfaat sağlayan tüzel kişiler hakkında TCK m. 60’ta düzenlenen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağını düzenlemektedir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu da bu ekonomik suçlar arasında yer aldığından 242. madde bu suç özelinde de uyguma alanı bulmaktadır⁵⁵¹. Suçun işlenmesi ile tüzel kişi lehine haksız menfaat sağlanması durumunda fail bir gerçek kişi ve TCK’nın ilgili hükümlerine göre cezalandırılırken aynı zamanda idare ile imzalanan özel hukuk sözleşmesinin diğer tarafı olan tüzel kişi ya da ihale kararı veya sözleşmesi ile yapılan taahhütlerde yüklenici şirket hakkında da tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir.

TCK’nın 60. maddesinde haklarında güvenlik tedbiri uygulanacağı belirtilen tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişileridir. Özel hukuk tüzel kişileri arasında kazanç paylaşma amacı güdüp gütmelikleri konusunda bir ayrım gözetilmemektedir. Kamu hukuku tüzel kişileri ise TCK m. 60 kapsamında değildirler. Bunun temel sebepleri,

⁵⁵⁰ Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YARSUVAT, Duygun, “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1999, s. 909-913; ÖZEN, Muharrem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFĐ)**, Yıl: 2003, Cilt: 51, Sayı: 1, s. 63-88.

⁵⁵¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6828; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 824; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 70; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 148; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 200-201; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 121; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 270-271.

devlete karşı cebri icranın mümkün olmaması ve böyle bir tedbirin kamu hizmetlerinde aksamaya sebep olacak olmasıdır⁵⁵².

Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri “müsadere” ve “iznin iptali”dir⁵⁵³. TCK m. 60/1’e göre, *“Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.”* Fıkradan da anlaşılabacağı üzere, tüzel kişilerin faaliyet izninin iptal edilebilmesi iki koşula bağlıdır. Bunlardan ilki, suçun tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve faaliyet izninin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi; ikincisi ise, tüzel kişi yararına işlenen bu suçtan mahkûmiyet kararı verilmesidir. İşlenen suçun kasten işlenebilen suçlardan olması gerekir. Taksirle işlenen suçlarda iznin iptali güvenlik tedbiri uygulanamaz. Ayrıca, iznin kötüye kullanılması ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, tüzel kişinin organ veya temsilcisinin bu suçla kendisine veya üçüncü bir kişiye değil, tüzel kişiye haksız menfaat sağlaması gerekmektedir. Tüzel kişinin lehine menfaat sağlanmayan durumlarda tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bu menfaatin mutlaka maddi bir menfaat olması gerekmemekte, manevi menfaatler de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵⁵⁴.

Tüzel kişiler hakkında hükmedilebilecek ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere’dir. “Müsadere”, kişinin bütün malvarlığı değerlerinin devlete geçmesini ifade eden ve Anayasa m. 38/7 gereği yasak olan “genel müsadere” ve kişinin sadece suçla doğrudan ilgili malvarlığı değerlerinin devlete geçmesini ifade eden “özel (kısmi) müsadere” olmak üzere ikiye ayrılır⁵⁵⁵. TCK m. 60/2 “Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.” hükmünü getirmekte ve TCK’nın müsadere hükümlerine atıf yapmaktadır. Müsadere, TCK m.

⁵⁵² PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik Ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 130.

⁵⁵³ ASLAN, Yasin, “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/2, s. 243-244.

⁵⁵⁴ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 653; PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik Ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 134.

⁵⁵⁵ CENTEL/ ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 839; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 631; ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 465.

54'te "eşya müsadere" ve m. 55'te "kazanç müsadere" şeklinde ikili ayrıma tabi tutularak düzenlenmektedir.

TCK m. 54'e göre, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere"ne hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Bu eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadere"sının başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere"sine karar verilir. Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere"sine hükmedilmeyebilir. Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere"si gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadere"sine karar verilir. Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsadere"sine hükmolunur.

TCK m. 55'e göre ise, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere"sine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir⁵⁵⁶. Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere"sine hükmedilir. Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin TMK'nın iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.

TCK m. 60/3 uyarınca, iznin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu

⁵⁵⁶ "...Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Kararına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda, 5237 sayılı TCK'nın 55. maddesi uyarınca suçun maddi konusunu oluşturan değerlerin karşılığının müsadere"sine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi, kanuna aykırı.." (Yargıtay 5. CD, 20.02.2014, E. 2013/8898, K. 2014/1838. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

tedbirlere hükmetmeyebilir. Kanun koyucu tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmederken öncelikle işlenen suç neticesinde ihlal edilen değer ile güvenlik tedbiri neticesinde meydana gelecek durumun ağırlığını karşılaştıracak ve güvenlik tedbiri uygulandığında ortaya çıkacak durum, suç ile ihlal edilen değerden çok daha ağır olacak ise böyle bir durumda tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmetmeyebilecektir.

D- Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümler

1- Soruşturma Ve Kovuşturma

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyeteye bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz (TCK m. 73/1). Şikâyeteye tabi suçlar kanuni tanımlarında açıkça gösterilmektedir. Bu suçların soruşturma ve kovuşturmasının şikâyet koşuluna bağlanmasının temel sebebi, suç ile ihlal edilen değerın kişilik hakları olması ve suçun re'sen kovuşturulmasında kamu yararı görülmemesidir⁵⁵⁷. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değer genel anlamda kamusal değerler olduğu için bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet koşuluna bağlanmamıştır; re'sen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir⁵⁵⁸.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda kabul eden olarak kamu görevlilerinin de fail olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Burada öncelikle Türk Ceza Kanunu açısından “kamu görevlisi” kavramını tanımlamak gerekir. 765 sayılı TCK “memur” terimini kullanırken TCK’da “kamu görevlisi” terimi tercih edilmiştir⁵⁵⁹. “Memur” tanımı 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinde “(f.1) devamlı ya da geçici bir şekilde kanuni, idari ya da adli bir kamu görevi yürüten devlet ya da diğer her türlü kamu kurum ve kuruluşları memur ve ücretli çalışanları ve (f.2) devamlı ya da geçici bir şekilde, ücretsiz ya da ücretli, isteğe bağlı ya da zorunlu olarak kanuni, idari veya

⁵⁵⁷ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, İstanbul: Beta, 2012, s. 81; ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, s. 50-51.

⁵⁵⁸ MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 326.

⁵⁵⁹ Memur ve kamu görevlisi kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, Muharrem/ TOZMAN, Önder, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: 42, Sayı: 4.

adli bir kamu görevi yürüten diğer kişiler” şeklinde yapılmaktaydı⁵⁶⁰. TCK’nın 6. maddesine göre ise, “kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılmalıdır (TCK m. 6/ 1-c). Madde gerekçesi ise, “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki ‘memur’ tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan ‘kamu görevlisi’ tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” şeklindedir. Kanuni tanım ve madde gerekçesinden çıkarılacak sonuç, kamu görevlisinin kamusal bir faaliyetin yürütülmesine katılan kişi olduğudur⁵⁶¹.

Kamu görevlilerinin suç işlemleri halinde kural olarak 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun (4483 sayılı Kanun)⁵⁶² hükümleri uygulanır⁵⁶³. 4483 sayılı Kanun’un amacı memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir (m. 1). Bu Kanun, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel

⁵⁶⁰ MALKOÇ, İsmail/ GÜLER, Mahmut, **Memurlar ve Suçlar**, Ankara: Adil, 1998, s. 837.

⁵⁶¹ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, **Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2008, s. 29-30.

⁵⁶² 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun 04.12.1999 tarihli ve 23896 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁵⁶³ ÖZTÜRK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 765 vd.

idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır (m. 2/1). Kanunun 2. maddesinin ilk fıkrasında genel kapsam bu şekilde çizilmekle birlikte ikinci fıkrada bir istisna getirilmiştir. Buna göre, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır (m. 2/2).

İşte 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu (3628 sayılı Kanun)⁵⁶⁴ da bu istisna kapsamına giren düzenlemelerden biridir⁵⁶⁵. 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ilk fıkrasına göre, *“Bu Kanunda ve 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.”*. 3628 sayılı Kanunun 17/1. maddesinde sayılı suçlardan biri de “resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma”dır. Bu bağlamda, ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kamu görevlilerinin yargılanması 3628 sayılı Kanun’a göre yapılacaktır⁵⁶⁶. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihaleye fesat karıştırma suçundan ayrı olarak bağımsız bir suç şeklinde düzenlenmektedir. Ayrıca, 765 sayılı TCK m. 205’te düzenlenen “devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu”ndan da ayrılmaktadır. Bu sebeple, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kamu görevlileri bakımından soruşturma usulü konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçu 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesindeki “resmi alım ve satıma fesat karıştırma” suçudur dolayısıyla 4483 sayılı Kanun değil 3628 sayılı Kanun edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olmuş kamu görevlileri bakımından uygulanır ve doğrudan

⁵⁶⁴ 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu 04.05.1990 tarihli ve 20508 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁵⁶⁵ ÖZTÜRK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 774.

⁵⁶⁶ GÖKCAN/ ARTUÇ, **Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri**, s. 531-532.

soruşturma yapılır⁵⁶⁷. Yargıtay içtihadı da bu yönde gelişmiştir⁵⁶⁸. Diğer görüşe göre ise, edimin ifasına fesat karıştırma suçu maddede sayılan “resmi alım ve satıma fesat karıştırma” suçu değildir ve 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesindeki istisnalar arasında yer almaz. Bunun neticesinde, genel kural olarak 4483 sayılı Kanun uygulanır⁵⁶⁹.

Her ne kadar 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinde “resmi alım ve satıma fesat karıştırma” şeklinde ifade edilen bir suç varsa da bu suç aslında 765 sayılı TCK döneminde düzenlenmiş bir suç olup TCK’da yer alan edimin ifasına fesat karıştırma suçu değildir. Bunun da ötesinde, 3628 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği dönemde TCK henüz mevcut değildir ve dolayısıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 17. maddede sayılmasına imkân yoktur⁵⁷⁰. Kanunilik ilkesi ve ceza hukukunda hâkim olan kıyas yasağı gereği “resmi alım ve satıma fesat karıştırma”, “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” olarak kabul edilemez. Bu sebeple, edimin ifasına fesat

⁵⁶⁷ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 71; ALTIPARMAK, **Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar**, s. 150; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 247; ÇALIŞKAN, **İhale Kavramları ve İhale Suçları**, s. 779; GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 179; KOCA, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 312; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 120; SARITAŞ, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 66.

⁵⁶⁸ “Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 3628 sayılı Yasanın 17. maddesi gereğince doğrudan soruşturulabileceği ve izne tabi olmadığı gözetilip, geçici ve kesin kabul işlemlerini yapan ve bu tutanaklarda imzaları bulunan kamu görevlileri hakkında dava açtırılması...” (Yargıtay 5. CD, 11.06.2013, E. 2013/7220, K. 2013/6446. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6835.)

“...Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 3628 sayılı Yasanın 17. maddesi gereğince doğrudan soruşturulabileceği ve izne tabi olmadığı da gözetildiğinde...” (Yargıtay 5. CD, 05.06.2013, E. 2012/4644, K. 2013/6190. Yargıtay 5. CD, 12.06.2013, E. 2012/5037, K. 2013/6505. Bu kararlar UYAP sisteminden temin edilmiştir.)

“...3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 17. maddesinde belirtilen 765 sayılı TCK’nın 205. maddesindeki “Devlet alım satımlarına fesat karıştırma” suçunun 5237 sayılı TCK’nın 235 ve 236. maddelerinde ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları olarak ayrı ayrı düzenlendiği ve bu itibarla kamu görevlisi olan sanık H. hakkında 4483 sayılı Yasa hükümlerine göre soruşturma izni alınması zorunluluğu bulunmadığı gözetilerek tebliğnamedeki bu yönden de bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.” (Yargıtay 5. CD, 19.09.2013, E. 2012/12529, K. 2013/9006. Bu karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir.)

⁵⁶⁹ YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (V)**, s. 6671; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 824; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 727; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 326; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 263. 3628 sayılı Kanun düzenlemesi sırasında TCK’da “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” düzenlemesinin mevcut olmadığı, kanunilik ilkesi gereğince bu suçun yargılamasının 3628 sayılı Kanun kapsamında yer alamayacağı, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun doğrudan soruşturulup kovuşturulabilmesi için 3628 sayılı Kanun’da bu suçun da ayrıca düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. MALKOÇ, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (III)**, s. 3802.

⁵⁷⁰ 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu 04.05.1990 tarihli ve 20508 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

karıştıran kamu görevlileri 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesine dayanılarak doğrudan soruşturulamaz; 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yargılanmaları gerekir. Failin kamu görevlisi olmaması durumunda ise, soruşturma ve kovuşturma genel esaslara tabi olacaktır⁵⁷¹.

2- Görevli Ve Yetkili Mahkeme

“Görev”, “ceza yargılamasında madde itibariyle yetki, bir yerdeki aynı yargı çeşidine giren genel mahkemelerden hangisinin davaya bakmaya izinli olduğunu belirten kural” olarak tanımlanmaktadır⁵⁷². Görev kuralları, suçların ağırlığına göre mahkemeler arasında dağıtılmasını sağlayan ve hangi ağırlıktaki suçların hangi mahkemenin yargılama alanına girdiğini tespit etmeye yarayan kurallardır⁵⁷³. CMK'nın 3. maddesine göre, mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir. Ceza mahkemelerinin görev ve yetkileri, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (5235 sayılı Kanun) ile belirlenmektedir⁵⁷⁴.

5235 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre⁵⁷⁵ ceza mahkemeleri asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir. Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan “yağma (m. 148)”, “irtikâp (m. 250/1 ve 2)”, “resmî belgede sahtecilik (m. 204/2)”, “nitelikli dolandırıcılık (m. 158)”, “hileli iflâs (m. 161)” suçları, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332. maddeler hariç) ve 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir (m. 12). Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun

⁵⁷¹ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 71.

⁵⁷² YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 241.

⁵⁷³ CENTEL/ ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 501.

⁵⁷⁴ 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun 07.10.2004 tarihli ve 25606 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.01.2015).

⁵⁷⁵ 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 46. maddesiyle “*sulh ceza*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur (m. 14). Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır (m. 11).

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun cezasının üst sınırı “yedi yıl hapis cezası” olduğundan ve ayrıca 5235 sayılı Kanun’un 12. maddesinde sayılan suçlar arasında yer almadığından asliye ceza mahkemelerinin görev alanına girmektedir⁵⁷⁶.

“Yetki” ise, “bir dava veya uyuşmazlığa hangi yerdeki hüküm mahkemesi tarafından bakılacağını belirten kural”ı ifade etmektedir⁵⁷⁷. Genel yetki kuralı CMK’nın 12. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, davaya bakma yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Teşebbüs halinde, son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır (CMK m. 12/2). CMK m. 13’te ise suçun işlendiği yerin belli olmaması durumunda aşamalı olarak uygulanacak özel yetki kuralları yer almaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçuna bakmakla yetkili mahkeme, CMK m. 12/1 uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir⁵⁷⁸. Çalışmamızın teşebbüs bölümünde, icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği hallerde suçun teşebbüse elverişli olduğunu belirtmiştik. İşte, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu(V)**, s. 6671; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 71; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 249; KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 727; MERAN, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 326; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 121; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 271.

“... T... Elektrik Dağıtım A.Ş. bünyesinde kontrol teşkilatı üyesi olarak görevlendirilen sanıkların, kontrol görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle 2006 yılında A... Elektrik Mak. İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. tarafından ihalesi alınan M... E... İlçesi S... Beldesi A... Elektrik Şebekesi tesis işinin 6. hak edişinin %77’si bitmesi ve 497.966,60 TL olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen %90’ı bitmiş gibi 582.744,35 TL hak ediş ödenmesi suretiyle 84.777,75 TL fazla ödeme yapılarak kurum zararına sebebiyet vermeleri şeklindeki atılı eylemlerinin TCK’nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği gözetilerek delillerin takdir ve tartışması ile davaya bakma görevinin 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 11. maddesi uyarınca Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla hükümler kurulması...” (Yargıtay 5. CD, 05.12.2013, E. 2012/11162, K. 2013/11827. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (V)**, s. 6831-6832.)

⁵⁷⁷ YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü** s. 761.

⁵⁷⁸ ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 249; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 121; ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 271.

⁵⁷⁹ ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 271.

3- Koruma Tedbirleri

“Koruma tedbirleri”, ceza yargılamasının yapılabilmesi ve hüküm verildikten sonra bu hükmün yerine getirilebilmesi için alınacak tedbirleri ifade eder. Koruma tedbirlerinin kanunla öngörülmüş olması, geçici nitelikte olması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında bir araç olması, başvurulmasının haklı görünmesi ve ölçülü olması zorunludur. Koruma tedbirleri kişilerin temel haklarına müdahale niteliği taşıdığından kanunla düzenlenmiş olmaları gerekir⁵⁸⁰.

Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, gecikmede tehlike bulunmasıdır. Bu önşart, koruma tedbiri uygulanmadığı takdirde ceza yargılamasının gerektiği gibi yapılamayacak olmasını ifade eder. İkinci olarak, koruma tedbirine başvurmak haklı görünmelidir. Muhakeme sonunda haksız çıkma ihtimali her zaman mevcuttur ancak koruma tedbirlerine hükmedilirken suçun işlendiği konusunda belli seviyede şüphe ile hareket edilecektir. Üçüncü ve son olarak, koruma tedbiri neticesinde elde edilecek yarar ile tedbire maruz kalan kişinin ihlal edilen hakkı/ uğrayacağı zarar arasında orantı bulunmalıdır⁵⁸¹.

Ceza muhakemesi hukukumuzdaki koruma tedbirleri, “yakalama (CMK m. 90)” ve “gözaltı (CMK m. 91)”; “tutuklama (CMK m. 100)”; “adli kontrol (CMK m. 109)”; “arama (CMK m. 116-117)”; “elkoyma (CMK m. 123, 128)”; “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m. 134)”; “şirket için kayyım tayini (CMK m. 133)”; “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135)”; “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m. 139)”; “teknik araçlarla izleme (CMK m. 140)”; “internet ortamında yapılan yayınlara erişimin engellenmesi (İnternet Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Kanunu m. 1)” ve “tanık koruma tedbirleri”dir (Tanık Koruma Kanunu).

⁵⁸⁰ KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, İstanbul: Beta, 2010, s. 833-842; CENTEL/ ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 303- 305; HAKERİ, Hakan/ ÜNVER, Yener, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Adalet, 2014, s. 327-329; ÖZTÜRK, Nazari ve **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 439-443.

⁵⁸¹ CENTEL/ ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 305- 307; HAKERİ/ ÜNVER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 329-334; ÖZTÜRK, Nazari ve **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 439-443.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından CMK m. 128’de düzenlenen “taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma” ve CMK m. 248’de düzenlenen “zorlama amaçlı elkoyma” koruma tedbirlerini uygulanabilir⁵⁸². Zira her iki koruma tedbirinde de ikinci fıkrada yer alan katalog suçlar arasında “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” (CMK m. 128/2- a-12; m. 248/2-a-15) yer almaktadır.

“Elkoyma”, delil niteliği taşıyan veya hüküm verildikten sonra müsadere edilebilecek eşyanın zilyedinden alınmasıdır. Zilyedi bu eşyayı rızasıyla teslim ederse bu şey koruma altına alınır; rızasıyla teslim etmezse bu eşyaya elkonur (CMK m. 123/2). Taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulabilmesi için iki şart kümülatif olarak gerçekleşmelidir. Öncelikle, CMK m. 128’in ikinci fıkrasında yer alan katalog suçlardan birinin işlendiğine dair ve ayrıca, elkonulacak taşınmaz, hak veya alacağın bu suçlardan birinden elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunmalıdır⁵⁸³.

Bu koruma tedbiri uygulanırken taşınmazlara; kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına; banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba; gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara; kıymetli evraka; ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına; kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine elkonulabilir (CMK m. 128/1).

“Zorlama amaçlı elkoyma” ise, kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulmasını ifade eder (CMK m. 248/1). Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir (CMK m. 248/4).

“İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135)”⁵⁸⁴ ve “teknik araçlarla izleme (CMK m. 140)” koruma tedbirleri açısından ise, katalog suçlar

⁵⁸² HAKERİ/ ÜNVER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 419, 423; AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 72; ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 249; EKER-KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, s. 242, 249; PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 120-121.

⁵⁸³ CENTEL/ ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 379; HAKERİ/ ÜNVER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 419; ÖZTÜRK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 512.

⁵⁸⁴ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve güncel değerlendirme için bkz. ÖZBEK, Veli Özer, “Türk Hukukunda İletişimin Adli/ İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar”, **Ceza**

arasında “ihaleye fesat karıştırma suçu” bulunmakla birlikte bağımsız bir suç olarak düzenlenen “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” yer almadığı için bu koruma tedbirlerinin uygulanamayacağı kanaatindeyiz⁵⁸⁵.

Bununla birlikte, -örneğin, edimin geç ifa edilmesine rağmen zamanında ifa edilmiş gibi kabul edildiği hallerde- başka türlü delil elde etme imkânının bulunmaması ve diğer koşulların bulunması halinde “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m. 134)” tedbirine başvurulabilir çünkü CMK m. 134 katalog suçlar öngörmemekte; somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması hallerinde uygulanabilmektedir⁵⁸⁶.

4- Dava Zamanaşımı

Dava zamanaşımı, geçtiği takdirde artık dava açılmayacağını ve açılmış davaya devam edilemeyeceğini gösteren süredir⁵⁸⁷. Dava zamanaşımına ilişkin süreler suçun kanunda gösterilen yaptırımı esas alınarak belirlenmiş ve TCK m. 66’da gösterilmiştir. Zamanaşımının hangi andan itibaren başlayacağı ise TCK m. 66/6’da “*Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Ed. Nur CENTEL, İstanbul: XII Levha, 2015, s. 147-225.

⁵⁸⁵ Katalog suçlar için bkz. HAKERİ/ ÜNVER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 335. Aynı yönde ARSLAN/ TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 249.

Suçun örgütlü şekilde işlenmesi halinde bu koruma tedbirlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. PARLAR, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 120-121. Dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerini değerlendirme yapılamayacağı ancak iletişimin tespit edilebileceği yönünde bkz. ŞEN/ AKSÜT, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, s. 260.

⁵⁸⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve güncel değerlendirme için bkz. DÜLGER, Murat Volkan, “Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, Ed. Nur CENTEL, İstanbul: XII Levha, 2015, s. 315-327.

⁵⁸⁷ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 741; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 733.

Neticesi harekete bitişik suçlar, hareketin gerçekleştiği yer ve zamanda işlenmiş sayılırlar. Bu sebeple, dava zamanaşımı süresi de hareketin gerçekleştirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁵⁸⁸. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu da neticesi harekete bitişik suç özelliği gösterdiğinden hareketin gerçekleştirildiği an dikkate alınarak zamanaşımı süresi hesaplanacaktır. TCK m. 66/1-d’de yer alan *“beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl”* ve m. 66/4’te yer alan *“... sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur.”* ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde üst sınırı yedi yıl hapis cezası olan edimin ifasına fesat karıştırma suçu için uygulanacak dava zamanaşımı süresi on beş yıldır⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 228; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, s. 144.

⁵⁸⁹ PARLAR, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s. 121.

SONUÇ

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bağımsız suç tipi olarak yer almamakta, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise özel hükümleri içeren İkinci Kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmekte ve düzenlendiği bölüm itibariyle ekonomik suç özelliği göstermektedir. Bu suç tipi, başta ekonomik düzen, serbest rekabet ortamı, ticari hayattaki işlerlik ve ticari işlerdeki güven ilişkileri olmak üzere birden çok hukuk değeri korumakta, kamuya ve kamu görevlilerine duyulan güven de hukuki konusu içerisinde yer almaktadır.

Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılması şeklinde görülen bu suç tipi yalnızca kamu kurum veya kuruluşlarına karşı işlenmemekte, aynı zamanda kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatiflere karşı taahhüt edilen edimleri de konu edinmektedir.

Sayılan bu tüzel kişilere karşı taahhüt edilen edim, bir ihale neticesinde yüklenilmiş olabileceği gibi, bir özel hukuk sözleşmesi ile üstlenilmiş de olabilir. Unutulmamalıdır ki, TCK m. 236/2-d bendinde yapım işinin mutlaka bir ihale neticesinde yüklenilmiş olması aranmaktadır ve yapım işi ihaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yürütülmektedir. Diğer bentlerde edimin bir ihale neticesinde yüklenilmiş olması ihtimalinde edimin ve tüzel kişinin türüne göre Kamu İhale Kanunu ya da Devlet İhale Kanunu uygulama alanı bulmaktadır.

Öte yandan, madde edimin mutlaka bir sözleşme ile taahhüt edilmiş olmasını da aramamakta, ihale kararında ya da ihale şartnamesinde edimin niteliklerinin gösterilmesini yeterli bulmakta ve bu karar ya da şartnameye uygun olmayan edimleri de eğer hileli bir davranış ile teslim ya da kabul edilmiş ise, fesada uğramış kabul etmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu hakkında tartışmalı olan diğer bir husus, suçun kimler tarafından işlenebileceğidir. Doktrinde bir görüş, herkes tarafından işlenebileceğini ileri sürerken diğer bir görüş özgü suç kabul etmektedir. Kanımızca, teslim ve kabul işlemlerinin bu konuda yetkilendirilmiş kimseler tarafından yerine getirilmesi edimin ifasına fesat karıştırma suçunu özgü suç haline getirmekte, failde aranan bu nitelik suçun temel hali için söz konusu olduğundan dolayı edimin ifasına fesat karıştırma suçu gerçek özgü suç kategorisine girmektedir. Madde metninde suçun özgü suç olduğu yönünde bir ibare yer almamakta, aksine "... edimin ifasına fesat karıştıran kişi..." demek suretiyle genel suç izlenimi uyandırmaktadır. Doktrinde *Soyaslan* tarafından verilen "kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (TCK m. 160)" suçu örneğinde, "Kaybedilmiş olması nedeniyle malikin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi,..."düzenlemesi yer almakta, madde metninde geçen "kişi" ibaresi suçu genel suç gibi göstermekte ancak failin kaybedilmiş eşyayı bulan kimse olması gerektiğinden aslından özgü suç kategorisinde yer almaktadır. Benzer şekilde edimin ifasına fesat karıştırma suçunda da failin teslim veya kabule yetkili kişi olması arandığından TCK m. 236 özgü suçlar arasında yer almaktadır.

Fail teslime veya kabule yetkili kişi olmakla birlikte, bütün bentlerde teslim ve kabul seçimlik olarak sayılmamıştır. İlk iki bentte hem teslim etmek hem de kabul etmek hareket olarak sayılırken diğer üç bentte sadece kabul etmek sayılmaktadır. Dolayısıyla, ilk iki bentte fail hem teslim eden hem de kabul eden olabilirken diğer bentlerde yalnızca kabul eden fail olabilmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun mağduru ve zarar göreni konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Kanımızca, suç neticesinde bir kamu zararı olduğundan toplumu oluşturan bireylerin tamamını bu suçun mağduru olmaktadır.

Ayrıca, tüzel kişilerin mağdur değil suçtan zarar gören olabilecekleri görüşüne katıldığımızdan bu suç özelinde de kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifleri suçtan zarar gören olarak kabul etmekteyiz.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu hileli hareketlerle teslim veya kabul etmek hareketi ile ortaya çıkmaktadır. Bağlı ve seçimlik hareketli suç olarak düzenlenen TCK m. 236'nın ikinci fıkrasında fesat karıştırma sayılan haller sınırlı sayıda sayılmaktadır. Buna göre, ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi; ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi; edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi; yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi ve hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi edimin ifasına fesat karıştırma sayılmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu neticesi harekete bitişik suç özelliği gösterdiğinden ayrıca bir neticenin ortaya çıkması aranmaz, sayılan bu hareketlerin tamamlanması ile suç tamamlanır. Bu husus, suça teşebbüs açısından önem arz etmekte, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ancak icra hareketleri bölünebildiği takdirde teşebbüse elverişli olmaktadır.

Maddenin üçüncü bendinde düzenlenen kamu görevlilerinin menfaat temin etmesi durumu, suç açısından bir netice olarak öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tamamlanması için kamu görevlilerinin edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin etmiş olmalarına gerek yoktur. Fakat böyle bir durumun varlığında, kamu görevlileri ayrıca bu suçlardan dolayı cezalandırılmaktadır.

Doktrinde tartışmalı olan diğer bir husus da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tehlike- zarar suçu ayrımında hangi kategoride yer aldığıdır. Kanımızca,

maddede sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesi sayılan tüzel kişiler açısından zarar doğması anlamına geldiğinden, ayrıca bir netice ortaya çıkması aranmasa dahi zaten sayılan hareketler kamu adına zarar teşkil ettiğinden edimin ifasına fesat karıştırma suçu bir zarar suçudur.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir. Taksirli hali ayrıca düzenlenmediğinden TCK m. 22/1 uyarınca taksirle maddede sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmayacaktır. Olası kast ya da doğrudan kastla işlenebilmesi mümkün olan bu suç tipinde özel kast aranmamaktadır.

TCK m. 236 hakkında önem arz eden diğer bir husus ise üçüncü fıkrasıdır. Bu fıkra “Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılır.” hükmü ile bir gerçek içtima hükmü getirilmektedir. Buna göre, hileli bir şekilde sayılan kabul etme hareketlerini gerçekleştiren kamu görevlileri, bu kabul işlemini yapmak için bir menfaat temin etmiş ise ilgili hükme göre ayrıca cezalandırılacaktır.

Edimin ifasına fesat karıştıran kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmakta, bu hapis cezası kısa süreli olmadığından adli para cezasına çevrilememekte, ayrıca TCK m. 51/1’de öngörülen sınırlar arasında kalmadığından bu suç neticesinde verilen hapis cezasının ertelenmesi de mümkün olmamaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma sayılan haller ihale hukuku açısından da ilgili kanunlarda yasak fiiller olarak sayıldığından failler hakkında yetkili makamlarca ayrıca ihaleden yasaklama kararı verilmekte, ilgili kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğu doğmakta, sayılan fiiller aynı zamanda borca aykırılık da teşkil ettiğinden tazminat sorumluluğu da gündeme gelmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, failin kamu görevlisi olmaması durumunda genel hükümlere göre soruşturulur ve kovuşturulur. Failin kamu görevlisi olması durumunda ise, kural olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaktadır. Fakat edimin ifasına fesat karıştırma suçu özelinde failin kabul eden yani kamu görevlisi olması durumunda soruşturmanın nasıl yapılacağı tartışmalıdır. Zira 3628 sayılı Mal

Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’a istisna getirmektedir. Bir görüşe göre, 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinde sayılan “resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma” edimin ifasına fesat karıştırma suçunu karşıladığından 3628 sayılı Kanun uygulanacak ve suç doğrudan soruşturulacaktır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, 765 sayılı TCK döneminde “resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma” suçu edimin ifasına fesat karıştırma sayılan hareketleri de içermesine rağmen günümüzde edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağımsız bir suç tipidir ve kanunilik ilkesi gereğince bu istisnaya uymamakta, bu suçu işleyen kamu görevlilerinin 4483 sayılı Kanun’a göre soruşturulması gerekmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu düzenlemesi ile ilgili eleştiri ve önerilerimizden bahsedecek olursak, öncelikle madde metninden sözleşmenin bir ihale neticesinde imzalanması zorunluluğu anlaşılmamaktadır. Sözleşmenin bir ihale sözleşmesi olması zorunlu kılınacak ise, maddenin (a), (b), (c) ve (e) bentlerinin, (d) bendi gibi düzenlenmesi ve “ihale kararı veya sözleşmesinde” ibaresinin kullanılması gerekmektedir. Fakat kanımızca, bu maddenin özel hukuk sözleşmeleri de içerir şekilde düzenlenmesi yerindedir. Nitekim uygulama da maddenin özel hukuk sözleşmelerini içerdiği yönünde gelişmiştir. Yine de bu hususun daha net bir şekilde ifade edilmesi doktrindeki tartışmalara son verecek, maddenin uygulama alanını netleştirecektir.

Ayrıca (a) ve (b) bentlerinde teslim veya kabul etmek; (c), (d) ve (e) bentlerinde ise yalnızca kabul etmek hareket olarak belirtilmektedir. Kanımızca, ilk iki bentte hareketin teslim veya kabul olarak belirtilmesi yerinde olup diğer üç bentte teslim etmek hareketinin düzenlenmemesi eksiklik teşkil etmektedir. Son üç bendin de ilk ikisine uygun olarak “teslim veya kabul edilmesi” şeklinde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Bununla birlikte, TCK m. 236/2-e bendinin daha düzgün bir biçimde kaleme alınması gerekmektedir. “*Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi*” ifadesini içeren bent dilbilgisi açısından uyumsuzluk

barındırmaktadır. Kanımızca, bu bendin “*Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara uygun ifa edilmemesine rağmen uygunmuş gibi kabul edilmesi veya eksik ifa edilmesine rağmen tam edilmiş gibi kabul edilmesi*” şeklinde düzenlenmesi dilbilgisi kuralları açısından daha uygun olacaktır.

Edimin hiç ifa edilmemesi maddede açıkça düzenlenmemekte, doktrinde (b) veya (c) bendinin edimin hiç ifa edilmemesi durumunu da kapsayacağı ileri sürülmektedir. Edimin hiç ifa edilmemesi durumunu, eksik ifayı düzenleyen (b) bendi kapsamında değerlendirmekte, fakat bent olarak eklenmesinin daha faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Ayrıca, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kamu görevlileri tarafından işlenmesi halinde doğrudan soruşturulup kovuşturulabilmesi için 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesine edimin ifasına fesat karıştırma suçu eklenmelidir. Yargıtay içtihatları 3628 sayılı Kanun gereğince suçun doğrudan soruşturulmasını kabul etse de kanunilik ilkesi, 3628 sayılı Kanunun m. 17’nin güncel ifadesine göre bu suçun doğrudan soruşturulup kovuşturulmasına izin vermemektedir. Kanımızca, yolsuzlukla mücadele açısından suçun kamu görevlilerince işlenmesi halinde doğrudan soruşturulması ve kovuşturulması daha etkili olacaktır; bu sebeple, 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesine bağımsız bir suç tipi olarak edimin ifasına fesat karıştırma eklenmelidir.

KAYNAKÇA

I- KİTAPLAR

AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ-KARAMAN, Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku**, Cilt 1, 10. Baskı, İstanbul: Beta, 2013.

AKİPEK, Şebnem/ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Sözleşmeler Rehberi**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin, 2002.

AKSOY, Mehmet/ ERBAY, Kerem Eray, **Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci**, Ankara: Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayınları, 2006.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013.

ALTIPARMAK, Cüneyd, **Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2012.

ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul: Beta, 2013.

ARAL, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Baskı, Ankara: Yetkin, 2010.

ARAL, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara: Yetkin, 2011.

ARSLAN, Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 3. Baskı, Ankara: Adalet, 2012.

ARSLAN, Çetin/ AZİZGAĞAOĞLU, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara: Asil, 2004.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 4. Cilt (m. 154-233), 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 5. Cilt (m. 234- 345), 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara: Adalet, 2013.

AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara: Yetkin, 2009.

BUZ, Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara: Yetkin, 2007.

CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Ankara: Seçkin, 2014.

CENTEL, Nur (Ed.), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, İstanbul: XII Levha, 2015.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8. Bası, İstanbul: Beta, 2014.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt I, İstanbul: Beta, 2007.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, İstanbul: Beta, 2012.

ÇALIŞKAN, Suat, **İhale Kavramları ve İhale Suçları**, Ankara: Adalet, 2013.

DALMAS- MARTY Mireille/ VERVAELE J. A. E. (Eds.), **Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (CorpusJuris)**, Çev. KESKİN, Serap/ KOCASAKAL, Ümit/ ZAFER, Hamide, Ankara: Seçkin, 2001.

DANIŞMAN, Mustafa, **İhale Ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, 2. Baskı, Ankara: Bilge, 2014.

DEDEOĞLU, Erdoğan, **Gerekçeli- Açıklamalı ve İkincil Mevzuat İlaveli 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara: Ekin, 2012.

DEGN, Helle, “Avrupa Konseyi Dokümanı: Ekonomik Suçun Avrupa’yı Tehdidi-2”, Çev. Orçun GÜNDÜZ, **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk**, Ed. Yener ÜNVER, Ankara: Seçkin, 2009.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014.

DEMİRBAŞ, Timur, **Kriminoloji**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014.

DEMİRBOĞA, Dursun Ali, **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara: Yetkin, 2013.

DOĞANYİĞİT, Sadettin, **Açıklamalı- İctihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013.

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt I, 8. Bası, İstanbul: Filiz, 1983.

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt II, 8. Bası, İstanbul: Filiz, 1983.

DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 17. Bası, İstanbul: Beta, 2004.

DÖNMEZER, Sulhi, **Kriminoloji**, 7. Bası, İstanbul: Filiz, 1984.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II- Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz, 2014.

DURSUN, Selman, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2006.

EKER-KAZANCI, Behiye, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2011.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin, 2014.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin, 2014.

ERMAN, Sahir, **Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, İstanbul: Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1976.

ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm- Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 202-281)**, İstanbul: Işık Matbaacılık, 1992.

ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm- Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 316-368)**, İstanbul: Globus Dünya Basınevi, 1996.

EROL, Haydar, **Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma ve Dolandırıcılık Suçları**, Ankara: Yayın Matbaacılık, (Tarihsiz).

EVİK, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul: XII Levha, 2011.

GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, **Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2008.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt I, 2. Baskı, Bursa: Ekin, 2009.

- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt II, 2. Baskı, Bursa: Ekin, 2009.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 10. Baskıdan Tıpkı Ek Baskı, Bursa: Ekin, 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Cilt 1, Genel Esaslar, 7. Bası, Ankara: Turhan, 2010.
- GÜLŞEN, Recep, **Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit**, Ankara: Seçkin, 2007.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara: İmaj, 2011.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: US-A, 2012.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara: US-A, 2010.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Topluma Karşı Suçlar**, Ankara: US-A, 2012.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ EŞİTLİ, Ezgi Aygün, **Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, Ankara: US-A, 2014.
- HAHERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Adalet, 2013.
- HAHERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler**, 10. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013.
- HAHERİ, Hakan/ ÖZKAN, Halid, **Sorularla Ceza Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.
- HAHERİ, Hakan/ ÜNVER, Yener, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.
- HATİPOĞLU, Muzaffer/ PARLAR, Ali, **Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar**, Ankara: Turhan, 2005.
- İNAN, Atilla, **İhale Hukuku Ders Notları**, 2. Baskı, Ankara: Öztepe Matbaacılık, 2014.
- İSTANBUL TİCARET ODASI, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları**, Ed. Yücel OĞURLU, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011.
- KANGAL, Zeynel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin, 2003.
- KARAHAN, Sami (Ed.), **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Konya: Mimoza, 2013.
- KATOĞLU, Turgut, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara: Seçkin, 2003.
- KILIÇ, Duygu, **Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri**, Ankara: Adalet, 2010.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Ankara: Turhan, 2012.
- KOCA, Mahmut Reis, **İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Adalet, 2014.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013.
- KOCASAKAL, Ümit, **Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları**, İstanbul: Vedat, 2004.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz, 2014.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul: Filiz, 2014.

KUNTER, Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1955.

KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.

KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, İstanbul: Beta, 2010.

KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, **Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir**, Ankara: Seçkin, 2012.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2003.

MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, 3. Cilt (m. 150-241), Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2013.

MALKOÇ, İsmail/ GÜLER, Mahmut, **Memurlar ve Suçlar**, Ankara: Adil, 1998.

MERAN, Necati, **İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Seçkin, 2011.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, İstanbul: Filiz, 2014.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul: Vedat, 2013.

ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul: Filiz, 1994.

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul: Filiz, 2004.

ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014.

ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2015.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Ankara: Seçkin, 2014.

ÖZGENÇ, İzzet, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul: İmaj, 1996.

ÖZGENÇ, İzzet, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2002.

ÖZGENÇ, İzzet, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, 4. Bası, Ankara: Seçkin, 2013.

ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 14. Bası, Ankara: Seçkin, 2014.

PARLAR, Ali, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik Ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara: Bilge, 2011.

PARLAR, Ali/ HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 4. Cilt (230- 345. Maddeler), Ankara: Seçkin, 2010.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Eşref/ ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 11. Bası, İstanbul: Vedat, 2009.

- REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, İstanbul: Beta, 2013.
- SCHWARZ, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri**, 1. Cilt, İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948.
- SEROZAN, Rona, **Tüzel Kişiler**, İstanbul: Filiz, 1994.
- SEZGİNER, Murat, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara: Seçkin, 2013.
- SIRABAŞI, Volkan, **Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama**, Ankara: Adalet, 2011.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Yetkin, 2012.
- SOYASLAN, Doğan/ KEMER, Mustafa/ GÜLSEVEN, Mustafa, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara: Yetkin, 2014.
- ŞEN, Ersan/ AKSÜT, Ertekin, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin, 2012.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Turhan, 2013.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, 1993.
- TESAL, Reşat, **İktisadi, Ticari, Mali Suçlar**, İstanbul: Dilek Matbaası, 1977.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014.
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 18. Baskı, Ankara: Savaş, 2012.
- TOZMAN, Önder, **Suç Teşebbüs**, Ankara: Adalet, 2015.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.
- TURGUTER, Necip/ TOKMAKLI, Cafer, **Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara: Turhan, 2004.
- TÜMERKAN, Somay, **Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1987.
- UZ, Abdullah, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara: Turhan, 2010.
- ÜSTÜN, Yusuf/ AYDIN, Muhittin, **Kooperatifler Hukuku**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2014.
- VON TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Cilt: 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No.15, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983.
- YALÇIN-SANCAR, Türkan, **Çok Failli Suçlar**, Ankara: Seçkin, 1998.
- YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt V, Ankara: Adalet, 2010.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2014.
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul: Beta, 2009.
- YILDIRIM, Turan, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**, 2. Baskı, İstanbul: Alkım, 1999.
- YILMAZ, Dilşat, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Ankara: Gazi, 2013.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara: Yetkin, 2006.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 4. Bası, İstanbul: Beta, 2015.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Ankara: Turhan, 2013.

II- MAKALELER VE TEZLER

AKBULUT, Berrin, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 4, Sayı: 9, Ankara: Seçkin, 2009.

AKBULUT, Berrin, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 4, Sayı: 10, Ankara: Seçkin, 2009.

AKBULUT, Berrin, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden olma Suçu (TCK m. 238)”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 9, Sayı: 25, Ankara: Seçkin, 2014.

AKINCI, Müslüm, “Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararları ve Bu Kararlara Karşı Başvuru Yolları”, in **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, Ed. Fehim ÜÇİŞİK/ Çetin ARSLAN/ Seyyid Ahmet HAKKAKUL, Ankara: Bilge, 2014.

ARSLAN, Çetin, “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Yıl: 2007, Cilt: 56, Sayı: 4.

ARSLAN, Çetin/ TÖNGÜR, Ali Rıza, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Yıl: 2013, Sayı: 14.

ASLAN, Yasin, “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/2.

AYDIN, Murat, “Ceza Hukukunda ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Gören”, **Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA)**, Yıl: 15, Sayı: 57- 124.

GREEN, Stuart P., “Hukukta ve Hukuk Teorisinde Beyaz Yaka Suçu Kavramı”, Çev. Pınar BACAŞIZ, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 4, Sayı: 9, Ankara: Seçkin, 2009.

BALCI, Murat, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma”, **Hukuki Perspektifler Dergisi(HPD)**, Sonbahar 2004, Sayı: 2.

BALCI, Murat, **Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2004.

ÇAĞLAR, Attila, “Yolsuzlukla Mücadelede Sayıştayların Rolü, Önemi ve Beklentiler”, in **Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele**, Ed. Yener ÜNVER, İstanbul: Seçkin, 2014.

DARAGENLİ, Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1999.

DÖNMEZ, Mustafa, “Ceza Mahkûmiyeti Sonunda Devlet Memurluğunun Sona Ermesi”, **Türk İdare Dergisi**, www.tid.gov.tr, Erişim Tarihi: 05.03.2015.

DÜLGER, Murat Volkan, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf, Erişim Tarihi: 12.02.2015.

DÜLGER, Murat Volkan, “Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama ve Elkoyma”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, Ed. Nur CENTEL, İstanbul: XII Levha, 2015.

EKER-KAZANCI, Behiye, “Yolsuzluk Kavramı ve TCK’da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 3, Sayı: 6, Ankara: Seçkin, 2008.

ERDAĞ, Ali İhsan, “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc, Erişim Tarihi: 21.06.2015.

EVİK, Vesile Sonay, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Nur Centel’e Armağan**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2.

GÖKCEN, Ahmet, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl: 2005, Sayı: 6-7.

GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat, “Dolandırıcılık Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 14, Sayı: 1-2.

GÜNEY, Muhammet, “Yargıtay Kararları Açısından İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, in **Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele**, Ed. Yener ÜNVER, İstanbul: Seçkin, 2014.

HAKERİ, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara: Seçkin, 2006.

KAPLAN, Mahmut, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)**, Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 1.

KARATOPRAK, Ertuğrul, “Kamu İhalelerinde ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Görevlendirilen Kamu Personelinin Sorumlulukları”, **Maliye Dergisi**, Yıl: 2011, Sayı: 160.

KEYMAN, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Yıl: 1980, Cilt: 37, Sayı: 1.

KEYMAN, Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Yıl: 1988, Cilt: 40, Sayı: 1.

KOCA, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara: Seçkin, 2006.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Ekonomi Hukuku- Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukuku”, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/52d7e6b01c2e4d33b8620d33a7c4b9c58bb70ea77818090242.pdf>, Erişim Tarihi: 05.03.2015.

MEMİŞ-KARTAL, Pınar, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Nur Centel’e Armağan**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2.

ODER, Burak, “Kamu İhale Hukuku”, in **Günışığında Yönetim**, İl Han ÖZAY, İstanbul: Filiz, 2004.

ODYAKMAZ, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1998, Cilt: 2; Sayı: 1-2.

ÖZBEK, Veli Özer, “Türk Hukukunda İletişimin Adli/ İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, Ed. Nur CENTEL, İstanbul: XII Levha, 2015.

ÖZEN, Muharrem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Yıl: 2003, Cilt: 51, Sayı: 1.

ÖZEN, Muharrem/ TOZMAN, Önder, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: 42, Sayı: 4.

ÖZEN, Mustafa, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, Yıl: 2007, Sayı: 70.

ÖZGENÇ, İzzet, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)**, Yıl: 2014, Cilt: 2, Sayı: 1-2.

SALTABAŞ, Mehmet Serdar, “Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci”, in **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları**, Ed. Yücel OĞURLU, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011.

SARITAŞ, Hatice, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Sayıştay Dergisi**, Yıl: 2009, Sayı: 73.

SOYASLAN, Doğan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Nur Centel’e Armağan**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2.

SÖKMEN, Uğur, “Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri”, **Maliye Dergisi**, Yıl: 2010, Sayı: 158, http://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/158/33.UGur.SOKMEN.pdf, Erişim Tarihi: 05.03.2015.

ŞENSOY-CİN, Şehnaz, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004.

TURABİ, Selami, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, Yıl: 2012, Sayı: 101.

YARSUVAT, Duygun, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)**, Yıl: 1964, Cilt: 30, Sayı: 3-4.

YARSUVAT, Duygun, “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1999.

YAZICIOĞLU, Yılmaz, “Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu”, **İstanbul Barosu Dergisi (İBD)**, Yıl: 1994, Cilt: 68, Sayı: 1-2-3.

YENERER-ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 5, Sayı: 14, Ankara: Seçkin, 2010.

YENİDÜNYA, A. Caner/ İÇER, Zafer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Nur Centel’e Armağan**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2.

III- WEBSİTELERİ

- <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/adlisicilkanun.html>
- <http://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>
- http://www1.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2014_kamu_alimlari_raporu.pdf
- http://www1.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2013_y%C4%B1lsonu_kamu_alimlari_istatistik_raporu.pdf
- http://www1.ihale.gov.tr/duyurular2012/2012_kamu_al%C4%B1m%C4%B1_i_statistikleri_rev.pdf
- <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>
- <http://www.mevzuat.gov.tr>
- <http://www.tdk.gov.tr>

ÖZGEÇMİŞ

Didar Özdemir, 1988 yılında İzmir’de doğmuştur. 2007 yılında İzmir- Bornova Anadolu Lisesi’nden, 2013 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. Aynı yıl Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı ile Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı’na yerleşmiştir. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı’nı “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu” başlıklı tezi ile tamamlamıştır. Aynı yıl başladığı İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Yüksek Lisans Programı’nda ise tez aşamasındadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Didar ÖZDEMİR
Tez Başlığı : Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu
Savunma Tarihi : 25.08.2015
Danışmanı : Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

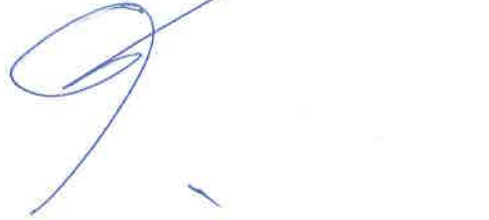
Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL



Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK



Prof. Dr. Çetin ARSLAN



Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür V.

Yrd. Doç. Dr. A. Fahri NEGÜS