İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU
Süleyman Numan ÖZCAN
(Yüksek Lisans Tezi)
Eskişehir, 2015

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Süleyman Numan ÖZCAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Danışman: Yard. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ BOYDAĞ

Eskişehir
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ocak, 2015

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Süleyman Numan ÖZCAN'ın "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu" başlıklı tezi **30 Ocak 2015** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : **Yrd.Doç.Dr.Nazmiye ÖZENBAŞ BOYDAĞ** .....

Üye : **Doç.Dr.Hakan KARAKEHYA** .....

Üye : **Doç.Dr. Bülent KENT** .....

Prof.Dr.Kemal YILDIRIM
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Yüksek Lisans Tez Özü

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Süleyman Numan ÖZCAN
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2015
Danışman: Yard. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ BOYDAĞ

İhaleye fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, Kanun'un "Özel Hükümler" adlı ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı Dokuzuncu Bölümünde yer almaktadır. Maddeye 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.

6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde de bir takım değişiklikler yapılmıştır. Çalışmada bu değişiklikler çerçevesinde ihaleye fesat karıştırma suçu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İhale, fesat, kamu ihalesi, kamu ihaleleri, ihale kavramı, ihaleye fesat karıştırma, ihaleye fesat karıştırma suçu, 6459 sayılı Kanun, 5237 sayılı TCK m. 235, Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi

Abstract

BID RIGGING CRIME

Süleyman Numan ÖZCAN
Department of Public Law
Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, January 2015
Adviser: Asst. Prof. Nazmiye ÖZENBAŞ BOYDAĞ

Bid rigging crime settled in article 235 of Turkish Penal Code no. 5237. This article is in Ninth Section called "Offenses In The Fields Of Economy, Industry and Trading" in Third Chapter "Offenses Against Community" in Second Volume called "Special Provisions" of Turkish Penal Code. According to this article; any person who involves in mischief during the tenders relating to purchase or sale of goods and services on behalf of public institutions or corporations, is punished with imprisonment from three years to seven years.

Some changes are made in law on the rigging in the tenders with the amendment by the Code Amending Certain Codes Related to Human Rights and Freedom Expression no. 6459. In the study crime of bid rigging is hadled related to this amendment.

Keywords: Tender, bid, public tender, rigging, bid rigging, crime of bid rigging, bid rigging crime, article 235 of Turkish Penal Code no. 5237, the Code Amending Certain Codes Related to Human Rights and Freedom Expression no. 6459.

30/01/2015

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tez çalışmasının bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmanın hazırlık veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Her hangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Süleyman Numan ÖZCAN



İçindekiler

Sayfa

Jüri ve Enstitü Onayı....ii

Öz iii

Abstract iv

Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi.... Error! Bookmark not defined.

Özgeçmiş....v

İçindekiler....vi

Kısaltmalar Listesi....ix

Giriş....1

Birinci Bölüm

İhale Kavramı ve İhale Süreci

1. İhale Kavramı....3

2. İhale Süreci....9

2.1. İhale Usulleri....10

2.1.1. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale usulleri....11

2.1.2. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale usulleri....17

2.2. İhale Sürecine Hâkim Olan İlkeler....21

2.2.1. Saydamlık ilkesi....23

2.2.2. Rekabet ilkesi....25

2.2.3. Eşit muamele ilkesi....29

2.2.4. Güvenirlik ilkesi....30

2.2.5. Gizlilik ilkesi....31

2.2.6. Kamuoyu denetimi ilkesi....32

2.2.7. İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesi....33

2.2.8. Kaynakların verimli kullanılması ilkesi....34

2.2.9. Diğer ilkeler....34

2.3. İhale Sürecindeki Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu....35

2.3.1. Genel olarak 35

2.3.2. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu çerçevesinde yasaklar ve ceza sorumluluğu 36

2.3.3. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yasaklar ve ceza sorumluluğu 39

İkinci Bölüm

İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

1. Genel Olarak 45

1.1. Benzer Suçlarla Karşılaştırılması 45

1.2. Kanuni Düzenleme 48

1.3. 765 Sayılı Kanun Dönemi 50

2. Korunan Hukuki Değer 53

3. Fail 55

4. Mağdur 58

5. Maddi Konu 60

5.1. Genel Olarak 60

5.2. Maddi Konu Olabilecek İhaleler 60

5.3. İhalelerin İlgili Olduğu Tüzel Kişiler 66

6. Maddi Unsur 68

6.1. Hileli Davranışlarla İhaleye Fesat Karıştırma 71

6.1.1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını hileli davranışlarla engellemek 76

6.1.2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin hileli davranışlarla ihaleye katılmasını sağlamak 82

6.1.3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle hileli davranışlarla değerlendirme dışı bırakmak 86

6.1.4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle hileli davranışlarla değerlendirmeye almak 91

6.2. Tekliflerle İlgili Olup Da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak 94

6.2.1. Genel olarak 94

6.2.2. Çeşitli mevzuatlardaki düzenlemeler 94

6.2.3. Kapsamına girebilecek kişiler ve davranışlar 96

6.3. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle Ya Da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek 100

6.4. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları 107

7. Manevi Unsur 115

8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri 118

8.1. Teşebbüs 118

8.2. İştirak 121

8.3. İçtima 124

9. Yaptırım 130

10. Suçu Etkileyen Nedenler 139

Sonuç 143

Kaynakça 149

İnternet Kaynakları 156

Mahkeme Kararları 157

Kısaltmalar Listesi

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇED	: Çevresel Etki Değerlendirme
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
StGB	: Strafgeseztbuch
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCY	: Türk Ceza Yasası
TOOB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
vd.	: ve devamı

Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bazı değişiklikler yapan ve kamuoyunda "4. Yargı Paketi" olarak da bilinen 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde de bir takım değişiklikler yapılmıştır. Çalışmamızda ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen bu madde, 6459 sayılı Kanun ile gelen değişiklikler çerçevesinde ele alınacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçu, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, çeşitli maddelerde dağınık şeklide düzenlenmişti. Bu durumun uygulamada yarattığı sorunları da dikkate alan kanun koyucu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçunu daha sistematik bir şekilde ele alarak, suçun unsurlarını ve özellikle maddi unsura dahil olan hareketleri ayrıntılı bir biçimde tespit etmiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun özünün ve unsurlarının anlaşılabilmesi için öncelikle ihale mevzuatının iyi bir şekilde bilinmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kamu ihaleleri üzerinde durulacaktır. Öncelikle ihale kavramı ve ihale süreci ele alınacaktır. İhale, İdare Hukuku'nun yanı sıra Borçlar Hukuku ve İcra İflas Hukuku'nda da karşımıza çıkmaktadır. İlk bölümde genel olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında İdare Hukuku'nun konusu olan ihale incelenecektir.

İhale, idarenin yapacağı sözleşmenin karşı tarafını belirlerken izlediği usuldür. İhale yapma kararı verilmesi ile sözleşmenin imzalanması arasında geçen sürece ihale süreci denmektedir. İhale süreci ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği süreçtir. İhale yapılıp sözleşme imzalandıktan sonra ihaleye fesat karıştırma suçu işlenemez. İhale sürecine hakim olan ilkeler de bu bölümde anlatılacaktır.

İkinci bölümde ihaleye fesat karıştırma suçu incelenmektedir. Öncelikle ihaleye fesat karıştırma suçunun benzer bazı suçlarla karşılaştırılması ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme arasındaki farklar konu edilmiştir. Modern Ceza Hukuku'nda suçun unsurlarına ayrılarak incelenmesinin suçun yapısının anlaşılmasını kolaylaştıracağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, bu çalışmada da ihaleye fesat karıştırma suçu unsurlarına ayrılarak incelenecektir.

Öncelikle ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değerin ne olduğu değerlendirilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu suç bakımından hukuki konunun tespiti, suçun diğer unsurlarının da sınırlarının çizilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle konu üzerinde ayrıntılı şekilde durulacaktır. Suçun failinin 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak yalnızca kamu görevlisi değil herkes olabileceği, tüzel kişilerin ihaleye fesat karıştırma suçunun faili sayılıp sayılmayacağı konuları ifade edildikten sonra, suçun mağdurunun kimler olacağı, hangi ihalelerin suça konu olacağı, hangi tüzel kişilerin yapacağı ihalelerin maddi konuya dahil olduğu incelenecektir. Ardından ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verecek fiiller, ayrıntılı şekilde ele alınacak ve suçun manevi unsuru, özel görünüş biçimleri, yaptırımı ve suçu etkileyen nedenler ikinci bölümde ele alınacaktır.

Birinci Bölüm

İhale Kavramı ve İhale Süreci

1. İhale Kavramı

Türk Hukuk Lügatine göre ihale, artırma ve eksiltme suretiyle yapılan sözleşmelerde en çok artıranın veya eksiltenin icabını kabul niteliğinde olmak üzere artırma veya eksiltmeye çıkaranın meydana gelmiş irade beyanıdır[1]. İhale kavramı, Borçlar Hukuku, İcra ve İflas Hukuku[2] ve İdare Hukuku alanlarında karşımıza çıkmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi kapsamında ihale, genel olarak bunlardan İdare Hukuku açısından işaret edilen olsa da, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre fesada uğrayan ihalenin de fesadın tipine göre bu kapsama girebileceği söylenebilir[3]. Kamu ihalelerinin tabi olduğu Kamu İhale Hukuku, İdare Hukuku'nun bir alt disiplinidir[4]. İhale kavramı, hem kamu alımlarını hem de kamu satışlarını içinde barındırmaktadır[5]. İdare, görevlerini yerine getirirken tek taraflı işlemler yaptığı gibi, yeri geldiğinde sözleşmeler de yapmaktadır. İdarenin sözleşmeleri her daim idari sözleşmeler şeklinde meydana gelmemektedir. Bazı sözleşmeler, sözleşmeci taraflardan biri idare olduğundan idare sözleşmesi olmasına rağmen, idari sözleşme olmayabilir[6]. Bu sözleşmeler; bazen idari sözleşmeler, bazen ise özel hukuk sözleşmeleri olmaktadır. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin yaptığı alım, satım, taşıma, kiralama, bayındırlık işlerine ilişkin sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde

---

[1]Türk Hukuk Kurumu (1991). *Türk Hukuk Lûgatı*. (3. baskı). Ankara: Başbakanlık Basımevi, s. 149.

[2]Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 13-16 Haziran 2013 tarihleri arasında Mardin'de yaptığı hukuki müzakere toplantılarında ihaleye fesat karıştırmak suçu yönünden yapılan değerlendirmeler içerisinde *"İcra Müdürlükleri aracılığıyla yapılan ihalelerde İcra İflas Kanunu'nun 345/b maddesindeki düzenleme uyarınca sadece menfaat veya vaat karşılığı ihaleye katılmama, pey sürmeme şeklinde fiillerin söz konusu olması durumunda bu madde uyarınca yaptırıma bağlanması, diğer ihaleye fesat karıştırma hallerinin ise TCK'nın 235. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği"* söylenmektedir. http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ceza-hukuku/8-zimmet-rusvet-irtikap/4.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2015)

[3]C. Altıparmak (2014). *Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye ilişkin suçlar*. Ankara: Seçkin, s. 17, 18; E. Şen ve E. Aksüt (2014). *Uygulamada ihaleye fesat karıştırma suçları*. Ankara: Seçkin, s. 35; A. Bulur (2007). İcra ve İflas Hukukunda "fesat karıştırma" ve "malın esaslı niteliklerinde hata"ya dayanan ihalenin feshi nedenleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* XI, (1-2), s. 54.

[4]M. V. Dülger. *Ekonomik suçlar bağlamında ihale sürecine ilişkin suçların değerlendirilmesi*, s. 5. http://www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf (Erişim Tarihi: 14.09.2014)

[5]C. Sezer ve B. Büber (2012). *Yerel yönetimler için hizmet alımı ihaleleri kılavuzu*. Ankara: TODAİE, s. 5.

[6]S. S. Onar (1966). *İdare hukukunun umumi esasları*. İstanbul: Hak Kitabevi, C. III s. 1594, 1595.

olabilmektedir. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arası eşitlik ilkesi geçerlidir ve bu noktada özel hukuk sözleşmeleri, idari sözleşmelerden ayrılmaktadır. Özel hukuk sözleşmeleri Borçlar Kanunu hükümlerine ve bu sözleşmelerdeki uyuşmazlıklar da adli yargıya tabi olmaktadır[7]. Ancak idarenin sözleşmeleri nitelik olarak özel hukuk sözleşmesi de olsa, özel hukuk kişilerinin yaptığı alım-satım, kiralamalarından farklılık göstermektedir[8]. İdarenin yaptığı sözleşmeler, özellik taşıyan kişilere tanınan imtiyazlarla yapılan özel alım-satım ve kiralamalardan da farklılık gösterir. Kamu tüzel kişileri ile kamu yararının korunmasının gerekli olduğu kişilerce yapılan alım-satım ve kiralamalar[9], önceden Kamu Hukukunun kuralları ile belirlenen emredici kurallara bağlı kalınarak gerçekleştirilmektedir[10].

Bireyler bir hizmet veya mal alacağı zaman potansiyel alternatiflerin her birini teker teker ele aldıktan sonra kendi çıkarlarına en uygun olanını tercih etmek istemektedir. İdare de, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde bir mal, hizmet ya da yapım işine ihtiyaç duyduğunda kamu yararına en uygun olanını tercih etmelidir. Hatta bunu sağlamak için bireylere nazaran çok daha yüksek derecede bir ihtimam göstermesi gerekir. Araç-gereç, personel ve teknik imkanlar; hizmetlerin yürütülmesi ve ihtiyaçların karşılanmasında yetersiz kaldığında, bunları karşılamak için bazı nüanslarla da olsa, idare de, özel hukuk sözleşmeleri yapabilir[11]. İdare gerçekleştirdiği alım, satım, yapım gibi işlerde kamu parası kullandığından ve bunlar kamu menfaatini ilgilendirdiğinden, idarenin imzalayacağı sözleşmelerdeki ayrıntılar kanunla düzenlenmiştir[12]. İdarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri ile bireyler arasında yapılan özel hukuk sözleşmeleri farklıdır. Bu ikisi bazı İdare Hukuku kuralları ile birbirinden

---

[7]A. Ş. Gözübüyük ve T. Tan (2011). *İdare hukuku genel esaslar.* Ankara: Turhan, s. 472; M. Günday (2011). *İdare hukuku.* Ankara: İmaj, s. 195; R. Gürbüz (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan, s. 164.

[8]L. Duran (1982). *İdare hukuku ders notları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları Fakülte Matbaası, s. 447.

[9]5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında bunlar:
İlk fıkra itibariyle;
Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralamaları
Son fıkra itibariyle ise;
Kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralamalardır.
Ayrıca bkz. İkinci Bölüm "5. Maddi Konu" başlığı s. 62 vd.

[10]Şen ve Aksüt (2014), s. 15.

[11]Ş. Karatepe (1993). *İdare hukuku*. İzmir: Üniversite Kitabevi, s. 81.

[12]M. E. Artuk vd. (2009). *Türk Ceza Kanunu şerhi - Özel Hükümler.* Ankara: Turhan, C. V, s. 4563.

ayrılır[13]. Olası kayırmacılık durumlarının önüne geçmek amacıyla idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmeci ve sözleşme konusunun seçiminde serbestlik ciddi anlamda sınırlandırılmıştır[14]. Kamu yararı ve kamu parası söz konusu olduğundan, bu konuda katı ihale kuralları konulmuştur. Kamu yararı ön planda olması gerektiğinden, idareye üstün ve ayrıcalıklı yetkiler verilir[15].

İdarenin sözleşme yapacağı kişiyi belirlerken izlediği usul kamu ihalesidir[16]. Sözleşme yapılması kararının verilmesinden sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen, sözleşmecinin seçiminde izlenecek usullerden oluşan bu süreç, ihale sürecidir[17]. Böylece idare, tarafı olacağı sözleşmenin karşı tarafını seçmektedir[18]. En uygun sözleşmeci ile en uygun sözleşmenin imzalanması sonucunda; mal ve hizmetin en uygun bedel, zaman ve koşullarda edinimi amaçlanmaktadır[19]. Hizmet edinimine örnek olarak bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, danışmanlık, koruma ve güvenlik, mimarlık ve mühendislik verilebilir[20]. Mal edinimine örnek olarak herhangi bir belediyenin bilgisayar, masa, sandalye, yiyecek, içecek ihtiyaçları ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar gösterilebilir. Yapım işlerine örnek olarak ise[21] bina, karayolu, otoyol, havalimanı, demiryolu, liman, tersane, köprü sayılabilir[22]. İdarenin araç-gereç alımı, malların satımı, taşıma, kiralama ve her türlü üçüncü kişilere iş yaptırma sözleşmeleri, bayındırlık işleri ile ilgili sözleşmeler idari sözleşme sayılmamakta, özel hukuk

[13]D. Soyaslan (2010). İhaleye fesat karıştırma suçu. *Alman-Türk karşılaştırmalı ceza hukuku.* İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 593.
[14]K. Gözler (2009). *İdare hukuku*. Bursa: Ekin, C. II, s. 103.
[15]H. B. Açımuz (2013). *İdarenin sözleşmeleri: İdare hukuku I.* (Ed: M. Akıncı, M. Avcı), İstanbul: Lisans Yayıncılık, s. 341.
[16]Açımuz (2013), s. 341.
[17]Gürbüz (2011), s. 164; Gözler (2009), s. 103; M. Danışman (2011). *İhale ve ihaleye fesat karıştırma suçları*. Ankara, Bilge, s. 20; Artuk vd. (2009), s. 4564.
[18]T. Yıldırım vd. (2012). *İdare hukuku*. İstanbul: On İki Levha, s. 788.
[19]M. Ş. Başaran vd. (2009). *Kamu ihalelerinde karşılaşılan güncel sorunlar*. İzmir: İzden, s. 368; V. Ö. Özbek vd. (2012). *Türk Ceza Hukuku özel hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 827.
[20]4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde hizmetin tanımı olarak "*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 hizmetler*" denilmiştir. Bkz. Sezer ve Büber (2012), s. 44.
[21]4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "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 işleri*" olarak tanımlanmıştır.
[22]Y. Yayla (2009). *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta, s. 165; Gürbüz (2011), s. 165.

sözleşmesi olarak kabul edilmektedir[23]. Özel hukuk sözleşmelerini aşkın şartların bu sözleşmelerde yer alması, sözleşmenin idari niteliğini gösterse de, özel hukuk sözleşmesi olmasını engellemez ve bu sözleşmelerin idari sözleşmeye özgü bir nitelikte olmasını sağlamaz[24]. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinin 3. fıkrasında bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği, Kanun'un yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir[25]. Ayrıca hakim görüşe göre idare, sözleşme yapacağı vakit, aksi açıkça belirtilmediği sürece, ki 4735 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasında görüldüğü gibi aksi belirtilmek şöyle dursun destekleyen ibareler yer almaktadır, idarenin idari sözleşme yerine özel hukuk sözleşmesi yapma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir[26]. Zira ekonomik kamu hizmetleri bakımından idari sözleşmelerle elde edilmesi gereken sonuçlara özel hukuk sözleşmeleri ile de ulaşmak çoğu zaman mümkün olmaktadır[27]. Ancak bu tür ihtiyaçların edinimi için imzalanacak sözleşmenin niteliği açısından, doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre ihale sürecinden sonra imzalanan sözleşme özel hukuk sözleşmesidir. Diğer bir görüşe göre ise bu sözleşme idari sözleşme de olabilir[28]. Karma bir hukuki rejim uygulandığı söylenebilir[29]. Sonundaki

[23]İ. Giritli vd. (2012). *İdare hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, s. 1142.
[24]T. B. Balta (1970). *İdare hukukuna giriş*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 189.
[25]Ç. Arslan (2012). *İhaleye fesat karıştırma suçu*. Ankara: Adalet, s. 14.
[26]V. Buz (2007). *Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu ve geçerlik şartları*. Ankara: Yetkin, s. 64.
[27]Buz (2007), s. 61.
[28]Başaran vd. (2009), s. 268. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri başlığını kullanan görüş için bkz. Günday (2011), s. 195; H. N. Yaşar (2013). *İdare hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, s. 358. Ayrıca bkz. Gürbüz (2011), s. 164; Gözübüyük ve Tan (2011), s. 469, 517; T. Tan (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan, s. 293; B. Akyılmaz vd. (2012). *Türk idare hukuku*. Ankara: Seçkin, s. 490; Soyaslan (2010), s. 593; B. Canatan (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Detay Yayıncılık, s. 99; H. E. Özdemir (2005). *Kamu iİhale Kanunu'nda düzenlenen ihale işlemleri*. Doktora tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 6. İhale sonunda meydana gelen sözleşmenin özel hukuk alanına girdiğini, kamu ihalelerinin idari usulle meydana gelen özel hukuk sözleşmesi sayıldığını ve karma bir hukuk ve yargı rejimine bağlı olduğunu belirten bir başka görüş için bkz. Balta (1970), s. 187. Gene kamu ihale sözleşmelerini kategorik olarak idarenin özel hukuka göre yaptığı sözleşme türleri içine sokan görüş için bkz. R. Yıldırım (2012). *İdare hukuku dersleri II*. Konya: Mimoza Yayınları, s. 83. İhale usullerinin hem kamu hukukuna tabi idare sözleşmelerine hem de idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulanabilirliğini; idarenin alım satım, hizmet, yapım, kira, trampa, sınırlı ayni hak ve taşıma işlerine ilişkin olarak yaptığı sözleşmelerin nitelik bakımından idarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri olduğunu savunan görüş için bkz. H. Kalabalık (2014). *İdare hukukunun temel kavram ve kurumları*. Konya: Sayram Yayınları, s.438. İdari sözleşmelerin akdedilmesi başlığını kullanan ve bunların kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi kabul edilemeyeceğini savunan görüş için bkz. Gözler (2009), s. 100, 136; İ. H. Özay (2002). *Günışığında yönetim*. İstanbul: Alfa, s. 444. Gene idari sözleşmeler kapsamına alan görüş için bkz. İ.

sözleşmenin niteliği hakkında görüş farklılıkları olsa da; idare, sözleşme imzalayacaksa ve bu ayrı bir kanun ile düzenlenmemişse, bunu ihale kanunlarına göre yapacaktır. Daha yalın bir anlatımla; idarenin imzalayacağı sözleşmenin niteliği hakkında doktrinde görüş birliği bulunmadığı söylenebilir. Ancak ayrı bir kanunla düzenlenmemişse idarenin yapacağı sözleşmeler ihale kanunları hükümlerine göre yapılacaktır[30].

Bir işin bir başkası üzerine bırakılması, ihalenin kelime anlamını oluşturmaktadır[31]. İhale kavramının kanunlardaki tanımlarına bakacak olursak; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda "*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri ifade eder."* ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ise *"Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade eder."*[32] İhaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturan ihalelerin yalnızca bu iki kanuna tabi ihaleler olması gerekmese de[33]; mal veya hizmet alımları ve satımları, kiralama, yapım ile ilgili ihaleler için genel olarak uygulanan bu iki kanundaki tanımların önemi büyüktür[34].

---

kaydul (2011). *4734 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun ışığında anahatlarıyla kamu ihalelerinde usul: Karşılaştırmalı idare hukukunda kamu ihale uygulamaları*. (Ed. Y. Oğurlu vd.), İstanbul: İstanbul Ti caret Odası Yayınları, s. 119. İdarenin sözleşmeleri başlığını kullanan ve idarenin sözleşmelerini; 1) özel kesimle rekabete açık alandaki sözleşmeler ile 2) idarenin, belli ve farklı usulle yaptığı sözleşmeler olarak ayıran görüş için bkz. Yayla (2009), s. 164. "İdari Sözleşmelerin yapılışı: İhale Yöntemi" başlığını kullanan görüş için bkz. R. C. Derdiman (2010). *İdare hukuku*. Bursa: Alfa Aktüel, s. 569. İster idarenin özel hukuk sözleşmeleri olsun, ister idarî sözleşmeler olsun; sözleşme yapabilmek için bazı kurallara uymak zorunda olduğu ve bu kuralların çeşitli mevzuatta yer almış olmakla beraber temel kanunun 4734 sayılı Devlet İhale Kanunu olduğunu savunan görüş için bkz. Zehra Odyakmaz. *Genel olarak idarenin sözleşmeleri.* http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf (Erişim tarihi: 24.10.2014). Gene aynı yönde bkz. Açımuz (2013), s. 341. Ayrıca doktrindeki görüşler için bkz. M. Kutlu (1997). İdare sözleşmelerinde ihale süreci. İzmir: DEÜHF Yayınları, s. 22 vd.

[29]Gözübüyük ve Tan (2011), s. 476.

[30]Açımuz (2013), s. 341.

[31]İ. Özgenç (2013a). *İhale sürecinde işlenen suçlar*. Ankara: Seçkin, s. 11.

[32]A. Gökcen (2005). Yeni Ceza Kanunu'nda ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları. *Hukuk ve Adalet*, Yaz-Sonbahar, s. 161.

[33]Bu durum, Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi gerekçesinde de "*Suçun konusu, mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale ya da kiralama ihalesidir. İhalenin konusunun, suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir*" denilmek suretiyle belirtilmiştir. Bkz. İ. Gülel (2012). 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ihaleye fesat karıştırma suçu. *TAAD,* Yıl: 3 S. 11, s. 228; A. Sözüer (2013), *Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı*, İstanbul: Alfa, s. 332.

[34]K. Tetik (2012). *Kamu ihale işlemlerinde idarenin takdir yetkisi*. Yüksek Lisans Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 3; Arslan (2012), s. 10.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde (ihale sürecinde), ayrı bir kanunla düzenlenmemişse, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanacaktır[35]. Devlet İhale Kanunu'nun uygulanma alanı, Kamu İhale Kanunu'yla daraltılmıştır; şöyle ki, Kamu İhale Kanunu ile birlikte mal ve hizmet alımları ile yapım işleri hakkında bu Kanun uygulanmaya başlanmıştır. 4734 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra bu işler hakkında uygulanmayan Devlet İhale Kanunu[36] ise bu işler dışında kalan ve idarenin yaptığı satım, kira, trampa, mülkiyetten gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri hakkındaki ihalelerde[37] uygulama alanı bulmaktadır[38]. Örneğin, bir taşıma ya da kiralanma işi 4734 sayılı Kanun m. 4 kapsamında hizmet tanımı içine giriyorsa bu Kanun'a, bu kapsamda değilse 2886 sayılı Kanuna göre ihale yapılmaktadır[39]. Bir başka deyişle; harcama yapılması gereken durumlarda sonradan yürürlüğe giren kanun olan 4734 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanacakken, gelir getiren durumlarda ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanmaya devam edilecektir[40]. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri[41] ile idarenin öteki idari işlemleri için ise bu Kanunlar uygulama alanı balmamaktadır[42].

Taşıma işleri, ihaleye fesat karıştırma suçu bağlamında 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde hizmet tanımı içinde sayıldığından ve 5237 sayılı TCK m. 235'te hizmet alımları sayıldığından, bu Kanun kapsamındaki taşıma işlerine ilişkin ihaleler, ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verecektir. Ancak TCK m. 235'te taşıma işleri kapsama

---

[35]M. Sezginer (2007). İmtiyaz sözleşmelerinde ihale süreci. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI, (1-2), s, 1091. Bir ihalede hangi kanunun, hangi kuralın uygulanacağını o alanda daha özel bir kanun olup olmaması belirler. 2886 ve 4734 sayılı Kanunlardan daha özel bir kanun o alan için mevcutsa, buradaki hükümlere bakmak gerekir. Ayrıca 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarda, bu kanunların uygulanmayacağı ihaleler sayılır. Bkz. Açımuz (2013), s. 342. İhaleye fesat karıştırma suçunun anlaşılması bakımından, çalışmamızda, genel olarak bu iki kanun incelenecektir. Daha özel ihale kanunları için bkz. Gözler (2009), s. 105-106; Altıparmak (2014), s. 19.

[36]4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Uygulanmayacak hükümler" başlıklı 68. maddesinin a bendi: "Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz." Buna göre çakışan hükümler zımnen ilga kabul edilir. Bkz. Özgenç (2013a), s. 12.

[37]İdarenin, ihale usulü belirlenmemiş bir konuda da 2886 veya 4734 sayılı Kanunlardan yararlanabileceği şeklindeki görüş için bkz. Gözler, (2009), s. 104, 105.

[38]Giritli vd. (2012), s. 1142; B. E. Kazancı (2011). *İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları*. Ankara: Seçkin, s. 50.

[39]N. Meran (2011). *İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları.* Ankara: Seçkin, s. 119.

[40]Gürbüz (2011), s. 165; S. Türkdoğru ve R. Arıtürk (2014). İhaleye fesat karıştırma suçunda 6459 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi. *Terazi*, s. 30; Özbek vd. (2012), s. 827. Harcama yapılması gereken durumlarla gelir getiren durumlarda çeşitli kamu kurum ve kuruluşları ve çeşitli işler bakımından istisnalar yok değildir. Bkz. Akyılmaz vd. (2012), s. 470.

[41]Sezginer (2007), s. 1091.

[42]Giritli vd. (2012), s. 1143.

alınmadığından, 2886 sayılı Kanun kapsamındaki taşıma işleri ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olmayacaktır. Trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerine ilişkin ihaleler TCK m. 235'te sayılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerinden olmadığından ve 2886 ile 4734 sayılı Kanunlarda da mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri kapsamına alındığını gösteren bir hüküm bulunmadığından ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut veremeyecektir[43]. Bununla birlikte karşılığında kira bedeli tesis edilen işlemlere ilişkin bir durum olduğunda ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır[44].

2. İhale Süreci

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinde ihale sürecinin tanımı; "İhale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmenin taraflarca imzalanıp notere onaylattırılması ve tescili ile noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreç" olarak verilmiştir[45]. İhale süreci ile ilgili kurallar ise, idarenin sözleşme yaparken uyması gereken idari usulü oluşturmaktadır[46].

İhaleye fesat karıştırma suçu, genellikle, kanunlarda belirtilen ihale süreci ve yöntemlerine aykırı hareket edilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır[47]. İhale süreci ise ihale ihtiyacının ortaya çıkmasıyla birlikte, idarenin ihtiyacını karşılamak için bir özel hukuk kişine yönelmesi ile başlamaktadır[48]. İdarenin, bir ihtiyacını özel hukuk kişisinden karşılama kararı almasından sonra ilgili kanunlardaki usul ve esaslar çerçevesinde süreç işlemektedir. Onaylanan ihale kararı ilan edildikten sonra, süreç, sözleşmenin imzalanması ile sona ermektedir[49]. Türk Ceza Kanunu'nun "Edimin İfasına Fesat Karıştırma" başlıklı 236. maddesinin gerekçesinde de *"Sözleşmenin imzalanmasıyla*

[43]Meran (2011), s. 19, 117, 119.
[44]Özgenç (2013a), s. 34, dipnot19.
[45]Özgenç (2013a), s. 12.
[46]A. Uz (2005). *Kamu ihale hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 9.
[47]Ş. Başaran vd. (2010). *Kamu ihale kanunu örnek uygulamaları*. Ankara: Ekin, s. 883.
[48]D. Soyaslan vd. (2014). *İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları*. Ankara: Yetkin, s. 26.
[49]M. S. Saltabaş (2011). *Kamu ihalelerinde idari sözleşmelerin oluşum süreci: Karşılaştırmalı idare hukukunda kamu ihale uygulamaları*. (Ed. Y. Oğurlu vd.), İstanbul: İstanbul TİcaretOdası Yayınları, s. 83.

ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır." denilmek suretiyle ihale sürecinin sözleşmenin imzalanması ile sonlandığı belirtilmektedir[50].

Sözleşmenin yapılması anına kadar olan ihale süreci beş aşamada gerçekleşmektedir. Bunlar;

- hazırlık
- ilan
- ihale dokümanının alınması ve tekliflerin sunulması
- tekliflerin değerlendirilmesi ve
- ihalenin karara bağlanması, onaylanması ve sözleşmeye davet

aşamalarıdır[51].

İhale süreci, sözleşmenin taraflarca imzalanıp notere onaylattırılması ve tescili ile noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin taraflarca imzalanmasının yanında; İdare, Kamu İhale Kurumu veya yargı tarafından verilen ihalenin iptali kararı ile de sonlanmaktadır[52].

2.1. İhale Usulleri

5237 sayılı TCK bu konuda bir düzenleme yapmadığından İdare Hukuku anlamında ihale usullerini dikkate almak gerekir. İlgili kanunlarda, ihalelerde ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve açıklık ve rekabetin[53], saydamlığın, eşit muamelenin, güvenirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin sağlanması ve kaynakların verimli kullanılması[54] adına bazı ilkeler ve bu ilkelere uygun ihale usulleri öngörülmüştür. İşin hangi kanuna göre ihaleye çıkması gerekiyorsa, o konundaki ihale usulleri uygulanmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçu açısından, fesat fiilinin meydana gelip gelmediğinin araştırılmasında, bu ilke ve usuller önemli bir yere sahiptir. Örneğin, ihaleye katılma yeterliği ve koşullarının belirlenmesinde bu ilke ve usuller göz önüne alınmaktadır[55].

---

[50]M. Kaplan (2013). Edimin ifasına fesat karıştırma suçu. *İÜHFM,* LXXI (1), s. 710; İ. Özgenç (2005a). Türk Ceza Kanunu gazi şerhi (genel hükümler). Ankara: Seçkin, s. 994.
[51]Giritli vd. (2012), s. 1144.
[52]Özgenç (2013a), s. 12.
[53]M. R. Koca (2014). *İhaleye fesat ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları*. Ankara: Adalet, s. 347.
[54]Yayla (2009), s. 165; Yıldırım vd. (2012), s. 788.
[55]Soyaslan, (2010), s. 594.

2.1.1. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale usulleri

2886 sayılı Kanun genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin bu Kanun'a tabi işleri için uygulanmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi bu işler satım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma ile sınırlı hale gelmiştir[56]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu kanuna tabi olduğu belirtilmiş; satım, kira, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi işlerin ise Kanun kapsamı dışında bulunduğu hükme alınmıştır (2886 sayılı Kanun m. 2)[57]. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35. maddesinde hangi ihale usullerinin uygulanacağı sayılmıştır. Bunlar:

- kapalı teklif,
- belli istekliler arasında kapalı teklif,
- açık teklif,
- pazarlık ve
- yarışma usulleridir.

2.1.1.1. Kapalı teklif usulü

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 37. vd. maddeleri kapalı teklif usulünün nasıl yapılacağını açıklanmaktadır. Buna göre bu usulde teklifler yazılı olarak yapılmaktadır. Bir zarfın içine teklif mektubu konulup zarf kapatılmaktadır. İstekli, yapışkan yeri imzalamakta veya mühürlemektedir. Zarfın üzerinde isteklinin adı, soyadı ve tebligata esas olarak göstereceği açık adres bulunur. Yeni bir zarfa, içinde teklif mektubu olan bu zarf ile birlikte geçici teminata ait alındı veya banka teminat mektubu ve istenilen diğer belgeler konulmakta ve dış zarf kapatılmaktadır. Dış zarfın üzerinde ise isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi ve teklifin hangi işe ait olduğu bilgisi yer almaktadır. İsteklinin teklif mektuplarını imzalaması ve bu mektuplarda şartname ve eklerinin tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, rakam ve yazı ile açık olarak teklif edilen fiyatın yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan

[56]O. Sancakdar (2012). *İdare hukuku teorik çalışma kitabı*. Ankara: Seçkin, s. 582.
[57]Soyaslan vd. (2014), s. 76.

veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddedilerek hiç yapılmamış sayılır[58].

İlanda belirtilen saate kadar, sıra numaralı alındılar karşılığında komisyon başkanlığına teklifler verilir. Alındı numarası zarfın üzerine yazılır. Teklifler iadeli taahhütlü olarak da gönderilebilir. Teklifin bu şekilde yapılması halinde dış zarfın üzerine komisyon başkanlığının adresi ile hangi işe ait olduğu, isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi yazılır. Posta ile gönderilecek tekliflerin ilanda belirtilen saate kadar komisyon başkanlığına ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir (2886 sayılı Kanun m. 38/1).

Komisyon başkanlığına verilen teklifler herhangi bir sebeple geri alınamaz (2886 sayılı Kanun m. 38/2).

Tekliflerin açılma saati gelince, kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla belirtilir. Ardından dış zarflar hazır bulunan istekliler önünde alınış sırasına göre açılır. İstenilen belgelerin ve geçici teminatın tam olarak verilmiş olup olmadığı aranır. Dış zarfın üzerindeki alındı sıra numarası iç zarfın üzerine de yazılır (2886 sayılı Kanun m. 39/1).

Belgeleri ile teminatı usulüne uygun ve tam olmayan isteklilerin teklif mektubunu taşıyan iş zarfları açılmaz. Başkaca işleme konulmadan, diğer belgelerle birlikte kendilerine veya vekillerine iade olunur ve bunların ihaleye katılmaları mümkün değildir (2886 sayılı Kanun m. 39/2).

Dış zarflar açıldıktan sonra, teklif mektuplarını taşıyan iç zarflar açılmadan önce, ihaleye katılacaklar dışındakiler ihale odasından çıkarılır. Bundan sonra zarflar numara sırası ile açılır. Teklifler komisyon başkanı tarafından okunur veya okutulur ve bir listesi yapılır. Komisyon başkanı ve üyeleri bu listeyi imzalar (2886 sayılı Kanun m. 40/1).

Teklif mektupları şartnameye uymuyorsa veya başka şartlar taşıyorsa ya da Devlet İhale Kanunu'nun 37. maddesinin son fıkrası hükmüne[59] uygun değilse kabul edilmez (2886 sayılı Kanun m. 40/2).

[58]Sancakdar (2012), s. 582.

[59] "*Teklif mektuplarının istekli tarafından imzalanması ve bu mektuplarda şartname ve eklerinin tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen fiyatın rakam ve yazı ile açık olarak yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddolunarak hiç yapılmamış sayılır.*"

Kapalı teklif usulü ile yapılan artırma ihalelerinde; geçerli en yüksek teklifin altında olmamak üzere, oturumda hazır bulunan isteklilerden sözlü veya yazılı teklif alınarak ihale sonuçlandırılır (2886 sayılı Kanun m. 40/3). Ancak, geçerli teklif sayısının üçten fazla olması durumunda bu işlem, geçerli en yüksek teklif üzerinden, oturumda hazır bulunan en yüksek üç teklif sahibi istekliyle yapılır. Üç teklif ile aynı olan birden fazla teklifin bulunması halinde ise bu istekliler dahil edilerek yapılır (2886 sayılı Kanun m. 40/4).

Komisyon, uygun gördüğü her aşamada oturumda hazır bulunan isteklilerden yazılı son tekliflerini alarak ihaleyi sonuçlandırabilir. Bu husus, ihale komisyonunca ikinci bir tutanakla tespit edilir (2886 sayılı Kanun m. 40/5)[60].

2.1.1.2. Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 44. maddesi belli istekliler arasında kapalı teklif usulünü ele alır. Buna göre diğer ihale usulleri yerine; uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi; teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir (2886 sayılı Kanun m. 44/1)[61].

Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulundan bu hususta ayrıca karar alınması zorunludur (2886 sayılı Kanun m. 44/2).

Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilerek bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması şarttır (2886 sayılı Kanun m. 44/3)[62].

---

[60]Arslan vd. (2012). *İdare hukuku mevzuatı*. Ankara: Seçkin, s. 760.
[61]Sancakdar (2012), s. 583.
[62]Sancakdar (2012), s. 583.

Bu usulle yapılacak ihalelerde ilan yapılma zorunluluğu yoktur. Gerekli görülen hallerde ihaleye davet edilecek isteklilerin seçimi için 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 17, 18 ve 19. maddeleri hükümlerine bağlı kalınmaksızın önseçim ilanı yapılabilir.

Fakat 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesi ve *"Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz."* diyen 68-a maddesine göre 2886 sayılı Kanun'un 44. maddesi kamu alımlarında uygulanamaz[63].

2.1.1.3. Açık teklif usulü

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 46. madde vd. hükümleri açık teklif usulünün nasıl uygulanacağını ele almıştır[64]. Buna göre, açık teklif usulünde ihaleler, isteklilerin ihale komisyonları önünde tekliflerini sözlü olarak belirtmeleri ile yapılmaktadır. Ancak teklifler ilanda belirtilen ihale saatine kadar komisyon başkanlığına ulaşmış ise, 2886 sayılı Kanunu'nun 37. maddesi hükümlerinde bulunan kapalı ihale usulünde tekliflerin hazırlanmasına uygun olarak düzenleyecekleri tekliflerini iadeli taahhütlü bir mektupla da gönderebilirler. Eğer teklif sahibi komisyonda hazır bulunmuyorsa posta ile gönderilen teklif son ve kesin teklif olarak kabul edilir (2886 sayılı Kanun m. 46)[65].

İlanda belirtilen ihale saati gelince, komisyon başkanı, isteklilerin belgelerini ve geçici teminat verip vermemiş olduklarını inceler. Kimlerin ihaleye katılabileceğini bildirir. Katılamayacakların belge ve teminatlarının geri verilmesi kararlaştırılır. Bu işlemler, istekliler önünde, bir tutanakla tespit edilir (2886 sayılı Kanun m. 47/1).

İhaleye giremeyecekler, tutanaktan sonra, ihale yerinden çıkartılır. Diğer istekliler, önce şartnameyi imzaya çağırılır. Sonra, sıra ile tekliflerini belirtmeye çağrılır. Yapılacak teklifler ihaleye ait artırma ve eksiltme kâğıdına yazılır. Bu kağıt teklif sahipleri tarafından imzalanır (2886 sayılı Kanun m. 47/2).

İlk teklifler bu suretle tespit edilir. Daha sonra, komisyon başkanı, posta ile yapılmış teklifler varsa okutur. Bu teklifler de ihaleye ait artırma ve eksiltme kâğıdına

[63]Soyaslan vd. (2014), s. 79.
[64]Kutlu (1997), s. 86.
[65]Arslan vd. (2012), s. 763.

yazılır. Bundan sonra istekliler sıra ile tekliflerde bulunmaya devam ederler. İhaleden çekilen istekliler olursa, bu durum ihaleye ait artırma ve eksiltme kâğıdına yazılır. Çekilen isteklilerin imzaları alınır. Bu istekliler yeniden teklifte bulunamazlar. İlgilinin imzadan çekinmesi halinde durum ayrıca belirtilir (2886 sayılı Kanun m. 47/3).

Tekliflerde yapılan indirim veya artırımların işi uzatacağının anlaşılması durumunda; isteklilerden komisyon huzurunda son tekliflerini yazılı olarak bildirmeleri istenebilir. Daha önce ihaleden çekilmiş olan istekliler ise bu durumda yazılı teklif veremezler (2886 sayılı Kanun m. 47/5).

Belirtmek gerekir ki, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesi ve *"Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz."* diyen 68.a maddesine göre açık teklif usulü ile ilgili bu hükümler kamu alımlarında uygulanmaz[66].

2.1.1.4. Pazarlık usulü

Bu ihale usulü 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 50. madde vd. hükümlerinde ele alınır[67]. Buna göre, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde teklif alınmasında şekil serbestisi mevcuttur. İhaleler, bir veya daha fazla isteklinin, işin nitelik ve gereğine göre komisyona yazılı veya sözlü teklifi ile ve bedel üzerinde anlaşması şeklinde gerçekleşir[68]. Pazarlığın ne suretle yapıldığı, ne gibi tekliflerde bulunulduğu, üzerine ihale yapılanların neden tercih edildiği pazarlık kararında gösterilir.

Pazarlık usulü ile yapılacak işler, 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinde sayılmıştır[69].

---

[66]Soyaslan vd. (2014), s. 80.
[67]Kutlu (1997), s. 87.
[68]Derdiman (2010), s. 574.
[69]Pazarlık usulüyle yapılacak işler:
Madde 51 – Aşağıda yazılı işlerin ihalesi, pazarlık usulüyle yapılabilir;
a) Yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dahil) ve nitelikleri itibariyle her yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, bu Kanunun 1 inci maddesinde gösterilen işler,
b) Silahlı Kuvvetlerin manevra ve planlı tatbikatları ile sıkıyönetim faaliyetlerinin gerektirdiği ve acele olarak temini zorunlu her türlü ihtiyaçları; Silahlı Kuvvetler için Genelkurmay Başkanlığınca, güvenlik kuvvetleri için İçişleri Bakanlığınca tespit edilecek özel durumlardaki her türlü ihtiyaçları ve taşıma işleri,
c) (Değişik : 2/3/1984 - 2990/8 m.) Önceden düşünülmesi mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gerekip, kapalı veya açık teklif usulünün uygulanmasına yeterli süre bulunmayan işler; diğer ihale usulleriyle temin edilemeyeceği açıkça belli olan işler;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesi ve *"Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz."* diyen 68-a maddesine göre 2886 sayılı Kanun'un 50. maddesi kamu alımlarında uygulanmaz[70].

2.1.1.5. Yarışma usulü

Bu ihale usulü, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 52. maddesinde ele alınmaktadır[71]. Buna göre, her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işler gerekli görüldüğünde, idarelerce yarışma ile yaptırılabilirler. Bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya, pazarlıkla ihale edilebilir.

---

bilgisayar alımı, kiralanması, bakım ve onarımı; her çeşit araç ve gerecin yetkili servislerine yaptırılacak periyodik bakım ve onarımları; yedek parça ve lastik alımları,
d) 29 uncu maddeye göre ihalenin yapılmaması veya sözleşmenin bozulması nedeniyle, yeniden yapılacak ihalelerin sonuçlandırılmasına kadar geçecek süre içindeki ihtiyaç maddelerinin alımı,
e) 43 üncü ve 49 uncu maddeler uyarınca, pazarlık usulüyle sonuçlandırılacak işler,
f) İdarelerin, müştereken veya iştirak halinde sahibi bulundukları taşınmaz mallardaki paylarının paydaşlara kiraya verilmesi,
g) Kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen, Devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralanması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralanması ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi,
h) (Değişik: 3/7/2003-4916/20 m.) Hazinenin veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki baraj, dalyan, voli yerleri, göller, havuzlar, nehirler ve nehir ağızlarındaki av yerleri ile deniz ve iç sularda belirlenmiş yerlerdeki su ürünleri üretim hakkının, 22.3.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa göre il özel idarelerince kiraya verilmesi,
i) Özellikleri nedeniyle belli isteklilere yaptırılmasında yarar görülen her türlü hizmet, eğitim, araştırma, etüt ve proje, planlama, müşavirlik, keşif, harita, fotoğraf, film, baskı, sergileme, kontrol, muayene işleri ile teknik, fikri ve güzel sanatlarla ilgili çalışmayı gerektiren diğer işler,
j) Para, tahvil, senet, pul, altın, gümüş, mücevher gibi kıymetlerle, güzel sanatlarla ilgili veya tarihi değeri bulunan eşyanın özel ambalaj, koruma, sigorta ve taşıma işleri,
k) Çabuk bozulan, saklanması tehlikeli olan, saklama giderleri değerine veya beklemeden doğacak yararına oranla yüksek bulunan malların satımı,
l) Tek kişi veya firma elinde bulunan taşınır mal, hak ve hizmetlerle, belirli taşınmaz malların alımı veya kiralanması,
m) Ordu binek ve yük hayvanları ile damızlık olarak veya aşı, serum üretmek veya kontrol ve araştırma işlerinde kullanılmak üzere hayvan alımı,
n) Milli Güvenlik nedeniyle gizli tutulması zorunluluğu Bakanlar Kurulunca kabul edilen işler,
o) Hazineye mal edilmiş batık gemiler ile denize düşmüş malların çıkarılması,
p) (Değişik : 2/3/1984 - 2990/8 m.)
Özellikleri nedeniyle yabancı ülkelerden sağlanması zorunlu olan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri.
(a), (b), (c), (d), (i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işler için şartname düzenlenmesi, tahmini bedel tespiti, teminat alınması ve sözleşme yapılması zorunlu değildir.
(i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işlerde Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınır.
[70]Soyaslan vd. (2014), s. 80.
[71]Kutlu (1997), s. 86.

Yarışmaların yürütülmesiyle ilgili yönetmelikleri, yarışma hangi idarelerin kuruluş kanunlarında yer alan işlere ilişkin ise, o idareler hazırlar. Mimarlık, mühendislik proje yarışmalarıyla ilgili yönetmeliği Bayındırlık Bakanlığı hazırlar.

2.1.2. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale usulleri

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 18. maddesine göre idarelerce mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usulleri uygulanır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 22[72] ve 23.[73] maddelerinde doğrudan temin ve tasarım yarışmaları yöntemleri de öngörülmüştür. Doğrudan temin, 2003

[72]Doğrudan temin
"Madde 22- (Değişik: 30/7/2003-4964/15 m.)
Aşağıda belirtilen 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 dahilinde bulunan idarelerin onbeş milyar (Kırkyedibin üçyüzyetmişüç Türk Lirası)[*], diğer idarelerin beşmilyar Türk Lirasını (Onbeşbin yediyüzseksenüç Türk Lirasını) aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşeye 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 fikri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.
ı) (Ek: 15/5/2008-5763/35 m.) Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 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.

değişikliği[74] ile ihale usulleri arasından çıkarılmıştır[75]. Değişikliğin gerekçesinde, esasen bir ihale usulü olmayan 'doğrudan temin'in ihale usulleri arasından çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve usullerin Kanun'un 22. maddesinde düzenlendiği belirtildiğinden, kamusal bir alım yöntemi olduğu kabul edilmekte de olsa ihale usulleri arasından çıkarıldığı anlaşılmaktadır[76]. Dolayısıyla doğrudan temin gibi ihale harici tüm kamu alımları sürecinde kanuni tipe uygun fiil ve davranışlar meydana gelmiş olsa dahi ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır[77]. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 13-16 Haziran 2013 tarihleri arasında Mardin'de yaptığı hukuki müzakere toplantılarında ihaleye fesat karıştırmak suçu yönünden yapılan değerlendirmeler içerisinde *"Doğrudan teminin bir ihale yöntemi olmadığı, bu nedenle bu usule göre yapılmış alımlarda TCK'nın 235. maddesinin uygulama alanı olmadığı, ancak TCK'nın 257. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği"* belirtilmiştir. Doğrudan temin ve tasarım yarışmaları yöntemleri ihale usulleri dışında istisnai hallerde uygulanacak yöntemlerdir[78]. Yukarıda da bahsedildiği gibi ihalelerde temel usuller açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulüdür. Kanunda belirtilen özel hallerde ise pazarlık usulü veya doğrudan temin ve tasarım yarışmaları yöntemleri uygulanır[79].

2.1.2.1. Açık ihale usulü

Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir."

[73]Tasarım yarışmaları

"Madde 23- İdareler gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge plânlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plân veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilân yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödülsüz yarışma yaptırabilir."

[74]30.07.2003 tarihli 4964 sayılı Kanun'un 12. maddesi

[75]İ. Çeliktaş (2003). 4964 sayılı kanunla 4734 sayılı kamu ihale kanununda yapılan değişikliklerin, ihale usulleri ve bunların sözleşmeye bağlanmaları açısından değerlendirilmesi. *Sayıştay Dergisi*, (50-51), s. 112.

[76]Altıparmak (2014), s. 28.

[77]S. Çalışkan (2013). *Kamu İhale Kurulu ve Danıştay kararları ışığında ihale kavramları ve ihale suçları.* Ankara: Adalet, s. 98.

[78]Açımuz (2013), s. 354.

[79]Akyılmaz vd. (2012), s. 473.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. ve 19. maddelerine göre, açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür[80]. Bu usul, idarelerin öncelikle seçmesi gereken iki temel usulden birisidir (KİK md. 5/4)[81].

2.1.2.2. Belli istekliler arasında ihale usulü

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. ve 20. maddelerine göre, belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Bu usul, idarelerin öncelikle seçmesi gereken iki temel usulden bir diğeridir (KİK md. 5/4)[82]. Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi açık ihale usulünün uygulanamamasına sebebiyet veriyorsa, bu işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri belli istekliler arasında ihale usulüne göre yaptırılabilir. Dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesi 4. fıkrası hükmüne[83] rağmen temel usulün açık ihale usulü olduğu söylenebilir[84].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ihaleye katılımda yeterlik kuralları ile ilgili 10. maddesine uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar ihaleye katılamazlar. İhaleye katılanların ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilir. Yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli teklif vermeye davet edilir. Yeterli bulunan isteklilerin tamamı da teklif vermeye davet edilebilir (4734 sayılı Kanun m. 20/2).

Davet edilmeme gerekçeleri, teklif vermeye davet edilmeyenlere yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ihalenin karara bağlanması ve onaylanması ile ilgili 40. maddesine uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye

[80]Tetik (2012), s. 54.
[81]Soyaslan vd. (2014), s. 27; Şen ve Aksüt (2014), s.29.
[82]Soyaslan vd. (2014), s. 27; Şen ve Aksüt (2014), s.29; Tetik (2012), s. 54.
[83] *"Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir."*
[84]Şen ve Aksüt (2014), s.29.

davet edilebilecek aday sayısının beşten az veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir (4734 sayılı Kanun m. 20/3).

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi halinde, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilip ihale sonuçlandırılabilir (4734 sayılı Kanun m. 20/4)[85].

2.1.2.3. Pazarlık usulü

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesine göre pazarlık usulü; bu Kanun'da belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği bir usuldür. İdarenin ihale konusu işin teknik detaylarını, işi gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usulü ifade etmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre pazarlık usulü ile ihale yapılabilecek haller şunlardır;

- açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması;
- 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;
- savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması; ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması;
- ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi;
- idarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar Türk Lirasına (yüz elli yedi bin dokuz yüz yirmi üç Türk Lirasına[86]) kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları[87].

[85]Arslan vd. (2012), s. 682.
[86]Kamu İhale Kurumu'nun 2014/1 sayılı Tebliği ile 30/01/2014 tarihli ve 28898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2014 – 31.01.2015 dönemini kapsamaktadır.
[87]Arslan vd. (2012), s. 764.

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; savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması ve idarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar Türk Lirasına (yüz elli yedi bin dokuz yüz yirmi üç Türk Lirasına[88]) kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları hallerinde ilan yapılması zorunluluğu yoktur. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilir. Yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.

Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması; ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması; ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi hallerinde yapılacak ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İhale komisyonu, idarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde her bir istekli ile görüşür. Teknik şartnamenin şartları gözden geçirilerek netleştirilir. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesinden sonra bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, teknik şartnameye dayalı olarak tekliflerini vermeleri istenir. Bu teklifler fiyat tekliflerini de içerir.

Pazarlık usulüne göre yapılacak ihalelerde, isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınır ve ihale sonuçlandırılır. Bu teklif ilk fiyat tekliflerini aşmamalıdır[89].

2.2. İhale Sürecine Hâkim Olan İlkeler

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2. ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddelerinde ihale sürecine hakim olması gereken temel ilkeler sayılmıştır. Bu ilkelerin

[88]Kamu İhale Kurumu'nun 2014/1 sayılı Tebliği ile 30/01/2014 tarihli ve 28898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2014 – 31.01.2015 dönemini kapsamaktadır.
[89]Arslan vd. (2012), s. 764.

genel olarak amacı; idarenin, yaptığı ihalenin, her yönden, tam olarak karşılığını alabilmesidir[90].

2886 sayılı Kanun m. 2'ye göre ihale sürecine hakim olan ilkeler ile sağlanmak istenilenler şunlardır:

- İdareler için ihale sürecinde ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır.
- Başka istekliler tarafından karşılanması alışılmış olan çeşitli işler bir eksiltmede toplanamaz. Ancak, ihalelerinin ayrı yapılacağı açıklanarak ilanları bir arada yapılabilir.
- İhale konusunu oluşturan işler kısımlara bölünemez. Ancak, eğer istekli çıkmazsa, alım şekilleri değişmeden önemli işler kısımlara ayrılabilir.
- İhaleler aksi kesin zorunlu olmadıkça işin mahiyetine göre en uygun fiyatla temini mümkün olan zamanlarda yapılır[91].

4734 sayılı Kanun m. 5'e göre ihale sürecine hakim olan ilkeler şu şekildedir:

- İdareler, yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.
- Bir arada ihale edilebilme ile ilgili aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olma şartı getirilmiştir. Aksi takdirde mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.
- Kısımlara bölünme ile ilgili ise eşik değerlerin altında kalmak amacı güdülmesi ölçütü getirilmiştir. Mal veya hizmet alımları ile yapım işleri böyle bir amaçla kısımlara bölünemez.
- İhale usulleri anlatılırken de belirtildiği üzere yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer usuller Kanun'da belirtilen özel hallerde kullanılabilir.
- Ödeneği bulunmayan işler için ihaleye çıkılamayacağı belirtilmiştir.
- İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) olumlu belgesinin alınmış olması ÇED raporu zorunlu olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için şarttır. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilmesi gereken yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz.

[90]Y. Gök (2009). *Sorularla cevaplarla açıklamalı kamu ihale kanunu*. Ankara: İlksan Matbaası, s. 101.
[91]M. Abacıoğlu (2000). *Açıklamalı-içtihatlı ihale kanunu mevzuatı ve uygulaması*. Ankara: Seçkin, s. 26.

Yukarıda ifade edildiği üzere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2. ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddelerinde öngörülen birçok ilke bulunmaktadır. Bunlar; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması ilkeleri olarak ifade edilebilir[92].

2.2.1. Saydamlık ilkesi

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2. ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddelerinde öngörülmüş ilkelerden birisidir. Bu ilke, idarenin şeffaflığı ilkesinin kamu ihalelerine yansıması sonucu ortaya çıkan ilkedir[93].

- Diğer ilkelere uyulup uyulmadığının tespit ve denetimi;
- rüşvet, yolsuzluk, kayırmacılığın önüne geçilmesi;
- yolsuzluk şüphelerinin ve söylentilerinin engellenmesi;
- idarenin, yapacağı sözleşmede en yetenekli kişiyi bulması;
- gereksinimlerin uygun şartlarda ve zamanında karşılanması;
- ihaleye katılanların gerekli bilgilere ulaşabilme, öğrenebilme, görebilme hak ve yetkileri;
- demokrasilerde idarenin temel görevlerinden olan kamu kaynağı elde edilmesi ve kullanılmasında süreç ve safhaların denetimi;
- kamuoyunun zamanında bilgilendirilmesi;
- mali saydamlığın sağlanması

adına,

istekliler ve kamuoyu tarafından, ihalenin tüm safhalarının gözetlenebilir ve denetlenebilir olması, aleni bir biçimde yürütülmesi, saydamlığın sağlanması gerekmektedir[94].

2886 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre ihalede açıklık sağlanması esastır. 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre idareler yapılacak ihalelerde, saydamlığı sağlamalıdır[95].

[92]Arslan vd. (2012), s. 671 vd, 749 vd.; Özbek vd. (2012), 827.
[93]Gürbüz (2011), s. 167.
[94]Soyaslan vd. (2014), s. 20; Şen ve Aksüt (2014), s.38; Gözler (2009), s. 113; Günday (2011), s. 199.
[95]Arslan vd. (2012), s. 671 vd, 749 vd.

Saydamlık ilkesinin hayata geçebilmesi için tekliflerin aleniliği ve ihalelerin ilanı önem taşımaktadır. Sözleşme konusu iş duyurulmalı, mümkün olduğunca çok kişinin haberdar olup sözleşme yapmak için başvurması sağlanmalıdır. 2886 sayılı Kanun'un 17. maddesinde işin önem ve özelliğine göre ihalelerin o yerde varsa günlük gazeteden, yoksa ilgili idare ile hükümet ve belediye binalarının ilan tahtalarına asılacak yazılar ve belediye yayın araçlarından, tirajı göz önüne alınarak ili Basın-İlan Kurumunca tespit olunacak günlük gazetelerden, Resmi Gazeteden, yurt içinde ve yurt dışında çıkan başka gazeteler veya öteki yayın araçlarından bir veya birkaçı ile ilan edileceği belirtilmiştir[96]. 4734 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre bütün isteklilere tekliflerini hazırlayabilmeleri için yeterli süre tanınmak amacıyla ilanlar ihale tarihinden belirli bir süre önce yapılmalıdır. Aynı Kanun'un 24. maddesine göre ihale ilanlarında idarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası, ihalenin adı, niteliği, türü, miktarı, mal alımı ihalelerinde teslim yeri, hizmet alımı ve yapım ihalelerinde ise işin yapılacağı yer, ihale konusu işe başlama ve işi bitirme tarihi, uygulanacak ihale usulü, ihaleye katılabilme şartları ve istenilen belgelerin neler olduğu, yeterlik değerlendirmesinde uygulanacak kriterler, ihalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı, ihale dokümanının nerede görülebileceği ve hangi bedelle alınacağı, ihalenin nerede, hangi tarih ve saatte yapılacağı, tekliflerin ihale saatine kadar nereye verileceği, teklif ve sözleşme türü, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından belirlenecek tutarda geçici teminat verileceği, tekliflerin geçerlilik süresi, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği hususlarının bulunması zorunludur.

2886 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre teklif zarfları ihaleye katılanların huzurunda açılır. 4734 sayılı Kanun'un 36. maddesine göre ise zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde açılır. Bunlar da saydamlık ilkesi ile doğrudan ilişkili hükümlerdir[97].

İhaleye katılmada yeterlik kriterlerinin 2886 sayılı Kanun'da düzenlenmemesi, ihalenin şeffaflığını olumsuz yönde etkilediği belirtilerek eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden dolayı, ihaleye katılmada yeterlik kriterleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda detaylı olarak düzenlenmiştir[98].

[96]Gözler (2009), s. 113; Günday (2011), s. 199.
[97]Gözler (2009), s. 113; Günday (2011), s. 199.
[98]Akyılmaz vd. (2012), s. 488.

Bununla birlikte, saydamlık ilkesine uyulmasının zorunlu olmadığı haller de mevcuttur. Bunlar gizlilik içinde yapılabilecek işlemlerdir. Daha önce bahsedildiği üzere, 2886 sayılı Kanun'un 50 ve 51. maddelerinde öngörülen pazarlık usulünde, teklif alınması belli bir şekle bağlı değildir. Basit alım-satım, kiralama işleri ile acele durumlardaki işler için uygulanan pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde idareler, bir veya birkaç kişiden teklif alıp bedel üzerinde anlaşmak suretiyle ihaleyi yapar ve aynı Kanun'un 17. maddesi 5. fıkrası hükmüne göre ilan yapıp yapmamakta serbesttir[99]. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile bu Kanun kapsamındaki işlere bu Kanun'un 21. maddesindeki pazarlık usulü hükümleri uygulanacaktır. Aynı Kanun'un 13. maddesinde pazarlık usulüyle yapılacak bazı ihalelerin ilânlarının, ihale tarihinden en az yirmi beş gün önce yapılması öngörülmüştür. Fakat bu Kanun'da da, 21. maddede pazarlık usulüyle yapılacak bazı ihalelerde ilan yapılması zorunluluğunun olmadığı ve eğer ilan yapılmıyorsa en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermelerinin isteneceği belirtilmiştir[100].

Bir başka istisnai hal de doğrudan temindir. 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesinde sayılan hallerde idare, mal ve hizmet ihtiyaçlarını ilan yapmadan karşılayabilmektedir[101].

Bir diğer istisnai hal ise 2886 sayılı Kanun'un 44. maddesinde öngörülen belli istekliler arasında kapalı teklif usulünde bulunmaktaydı. Ancak 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle bu usule başvurma imkanı kalmadığından bu istisnai hal de ortadan kalkmıştır[102].

2.2.2. Rekabet ilkesi

Bu ilke yapılacak ihalelerde gözetilecek olmazsa olmaz bir ilkedir[103]. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2. maddesine göre, ihalede rekabetin sağlanması esastır. 4734 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 5. maddesine göre ise, idareler ihalelerde rekabeti

[99]Şen ve Aksüt (2014), s.38; Gözler (2009), s. 114; Günday (2011), s. 200.
[100]Gözler (2009), s. 114; Günday (2011), s. 200.
[101]Gözler (2009), s. 114; Günday (2011), s. 200.
[102]Gözler (2009), s. 114; Günday (2011), s. 200.
[103]Şen ve Aksüt (2014), s.38.

sağlamakla sorumludur. Her iki kanunda da rekabet ilkesi açık bir şekilde ifade edilmiştir[104].

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun[105]'un 3. maddesine göre rekabet, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışı ifade etmektedir. 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 22. maddesine göre, bir mal veya hizmetin alınmasında görevli olanlar, belli nitelikteki mal veya hizmetin en uygun bedelle elde edilmesinden, belli bir bedelle amaca uygun nitelikte en fazla mal veya hizmet sağlanmasından doğrudan doğruya sorumludurlar. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 8. maddesine göre ise; her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur[106].

İhalenin adil olması, ihaleye mümkün olduğunca çok isteklinin katılması, ihaleye katılan isteklilerin hiçbir etki ve baskı atında kalmadan özgür iradeleri ile tekliflerini yapması, idarenin en ehil sözleşmeciyi en ucuz bedele bulabilmesi, belli nitelikteki ve en kaliteli mal ve hizmeti en uygun bedelle alması, kamu kaynaklarının etkin ve verimli olarak kullanılması, ihalenin ekonomik açıdan en uygun teklifi veren isteklinin üzerine bırakılmasının sağlanabilmesi için öncelikle rekabetin sağlanması gerekmektedir[107].

İhaleye mümkün olduğunca çok kişinin katılmasının yanında, bir de gerçek anlamda bir rekabetin sağlanması önem arz etmektedir. İhaleye katılanlar arasında yapılmış gizli anlaşmalar olmamalıdır[108]. 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde yasak fiil ve davranışlar arasında; ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek sayılarak bu şekilde rekabetin önlenmesinin önüne geçilmiştir. Keza ihaleye katılanlardan biri ihaleye katılan veya katılma niyetinde olan bir başkasını hile, tehdit vs. ile etkilerse serbest rekabet ilkesi bozulmuş olacaktır. Gene böyle ihaleye katılanlardan ihaleye rüşvet vs. yolları ile fesat karıştıran olduğu takdirde serbest

[104]Gözler (2009), s. 114.
[105]13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanmıştır.
[106]Soyaslan vd. (2014), s. 21.
[107]Şen ve Aksüt (2014), s.38; Soyaslan vd. (2014), s. 21; Gözler (2009), s. 114; Günday (2011), s. 201.
[108]Gözler (2009), s. 114.

rekabet ilkesi bozulmuş olacaktır. 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesinde, 83. madde hükmünün yaptırımı yer almaktadır. Buna 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 verilmektedir[109].

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde de yasak fiil veya davranışlar arasında; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak sayılarak bu şekilde rekabetin etkilenmesi ve önlenmesinin önüne geçilmek istenmiştir. 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinde ise 17. madde hükmüne aksi davranıldığı takdirde uygulanacak yaptırıma yer verilmiştir. Buna göre, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2.ve 3. maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir[110].

4734 sayılı Kanun'un 12. maddesinde ise ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilen ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerinin, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi gerektiği belirtilmiştir[111].

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre ise, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bu madde hükmünün 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile bir paralellik arz ettiği görülmektedir. Ancak 4054 sayılı Kanun'un ihlali durumunda idari para cezaları yaptırım olarak öngörülmüşken, 4734 sayılı Kanun'a göre ise idari

[109]Günday (2011), s. 201.
[110]Gözler (2009), s. 114; Soyaslan vd. (2014), s. 22; Günday (2011), s. 201.
[111]Soyaslan vd. (2014), s. 22.

cezaların yanında eğer konusu suç teşkil eden bir fiil varsa Türk Ceza Kanunu'ndaki yaptırımlara da başvurulabileceği düzenlenmiştir[112]. Rekabet ilkesinin ihale şartlarını ve fiyatları etkilemek amacıyla ihlal edilmesi durumunda, faillerin TCK m. 235/2-d uyarınca cezai sorumluluğuna gidilecektir[113].

Saydamlık ilkesinde olduğu gibi rekabet ilkesinin de istisnaları bulunmaktadır. Hem 2886 sayılı Kanun hem de 4734 sayılı Kanun'da idarelerin çıkarlarını gözetmek adına rekabet ilkesi objektif bir şekilde sınırlandırılmıştır. 2886 sayılı Kanun'un 6. maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar saymıştır. İhaleyi yapan idarenin ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar, bu belirtilen şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dahil) kan ve sıhri hısımları, bu belirtilen şahısların ortakları (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç) ihaleye katılamayacaktır[114]. 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinde de ihaleye katılamayacak olanlar 2886 sayılı Kanun'daki gibi sayılmıştır. Buna göre, ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler, ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar, bu belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri, bu belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç) doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar[115]. 4734 sayılı Kanun'da ilan süreleri uzatılmak suretiyle istekliler arasında rekabetin daha iyi gerçekleşmesi ve hazırlanan tekliflerin daha gerçek olması sağlanmak istenmiştir[116].

Rekabet ilkesinin bir diğer istisnası ise ihalenin yalnızca yerli isteklilere açık olması veya ihalelerde yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanması durumlarıdır. Bunlar eşit muamele ilkesi ile de ilgili olduğundan, orada ele alınacaktırlar[117].

[112]Soyaslan vd. (2014), s. 22.
[113]Şen ve Aksüt (2014), s.38.
[114]Günday (2011), s. 201.
[115]Gözler (2009), s. 114; Günday (2011), s. 201.
[116]Gürbüz (2011), s. 168.
[117]Gözler (2009), s. 114.

2.2.3. Eşit muamele ilkesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesine göre idareler, ihalelerde eşit muameleyi sağlamakla sorumludur. Bu düzenleme kaynağını Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesindeki "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." hükmünden almaktadır[118]. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır. 4734 sayılı Kanun'da idareler için sözleşmeci tarafın seçiminde; ihale dokümanının hazırlanmasında, tekliflerin değerlendirilmesinde, ihale kararının alınmasında idareye yapılan şikayetlerin sonuçlandırılmasında istekliler arasında eşit muamelede bulunma zorunluluğu mevcuttur[119].

4734 sayılı Kanun'un 12. maddesinde ise ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilen ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerinin, bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlanmasına hizmet edeceği belirtilmiştir[120].

İstekliler arasındaki eşitlik ihaleye katılanlar arasında geçerli olup, ihaleye katılmayanlar bu ilkenin kapsamı dışındadır[121]. Rekabet ilkesinin istisnasını teşkil eden yerli-yabancı ayrımı, kural olarak 4734 sayılı Kanun'a göre yasaktır. Bu ayrım, eşit muamele ilkesinin bir istisnasıdır. Yerli-yabancı ayrımı, 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesinde[122], hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine, mal alımı

[118]Şen ve Aksüt (2014), s.38; Günday (2011), s. 202.
[119]Soyaslan vd. (2014), s. 22; Gözler (2009), s. 115.
[120]Soyaslan vd. (2014), s. 22.
[121]Gürbüz (2011), s. 168.
[122]4734 sayılı Kamu İhale Kanun
"Yerli istekliler ile ilgili düzenlemeler
Madde 63- (Değişik: 6/2/2014-6518/51 m.)
İhalelere sadece yerli isteklilerin katılması ile yerli istekliler ve yerli malı teklif eden istekliler lehine fiyat avantajı tanınmasına ilişkin olarak aşağıdaki düzenlemeler esas alınır:
a) Yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihalelerde sadece yerli isteklilerin katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilir.
b) Hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir.
c) Mal alımı ihalelerinde yerli malı teklif eden istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir. Ancak, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak orta ve yüksek teknolojili sanayi ürünleri arasından belirlenen ve her yıl ocak ayında Kurum tarafından ilan edilen listede yer alan malların ihalelerinde yerli malı teklif eden istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması zorunludur.

ihalelerinde ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden istekliler lehine kendine yer bulmuştur. Buna göre, bu kişilere % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanmaktadır. Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere ise sadece yerli isteklilerin katılması hususlarında ihale dokümanına hüküm konulabilmesi öngörülmüştür[123].

4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinde ise Kamu İhale Kurulu'na; yerli isteklilerin, yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olunduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Bakanlar Kuruluna teklifte bulunma yetkisi verilmiştir[124].

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda 28. maddenin 4. fıkrasındaki "Milli firmalar lehine hangi orana kadar ayırım yapılabileceği Bakanlar Kurulunca tespit edilir." hükmü ile yerli-yabancı ayrımına olanak verilmiştir [125].

2.2.4. Güvenirlik ilkesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesine göre idareler, ihalelerde güvenirliği sağlamakla sorumludur. İhalelere güven duyulmasının sağlanması ile güvenirlik ilkesi hayata geçecektir. Bu ise idarelerce; ihale mevzuatında öngörülen hükümlerin yürütülmesinin temel ilkeler doğrultusunda gerçekleştirilmesi; isteklilerin bu doğrultuya inandırılmasının, idare veya başka istekliler yüzünden oluşacak korku, çekinme ve kuşkunun önüne geçilmesinin sağlanması ile olacaktır. İdarelerin uzun süreli, istikrarlı, hukuka uygun eylem ve işlemleri ile bu ilke ayakta kalacaktır[126]. Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırılması veya buna teşebbüs edilmesi iyi

---

d) Yerli malı belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak belirlenir. İsteklilerce teklif edilen malın yerli malı olduğu, bu usul ve esaslara uygun olarak düzenlenen yerli malı belgesi ile belgelendirilir.
e) Ortak girişimlerin yerli istekli sayılabilmesi için bütün ortaklarının yerli istekli olması gereklidir."
[123]Günday (2011), s. 202; Soyaslan vd. (2014), s. 23; Gözler (2009), s. 116.
[124]Soyaslan vd. (2014), s. 23.
[125]Gözler (2009), s. 116.
[126]Şen ve Aksüt (2014), s.38; Soyaslan vd. (2014), s. 23; Gözler (2009), s. 116.

niyetli ve dürüst isteklilerin ihaleye güvensizliğine sebep olarak ihalelere ilgi göstermemelerine, ihalelere katılım sayısının azalmasına, rekabetin oluşmasının engellenmesine yol açabilir[127].

Güven ilkesinin ihlali olan, güven duygusunu sarsan davranışlar; isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlar, ihalenin haklı bir gerekçe gösterilmeden iptal edilmesi, ihale kararının gerekçe gösterilmeden uygulanmaması vb. işlemler olabilir. Bunlara karşı idare gerekli tedbirleri almalıdır[128].

TCK m. 235 hükmünün gerekçesinde bu hükümle korunmak istenen hukukî değerin, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güven[129]; Yargıtay[130] bir kararında bu suçta korunan hukuki yararın, kamu idaresine ve kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar olduğu belirtilmiştir[131].

2.2.5. Gizlilik ilkesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesine göre idareler, ihalelerde gizliliği sağlamakla sorumludur. Bu ilkenin ihlali, ihale sürecinde rekabet ve eşitlik ilkesini engelleyecek nitelikteki bilgilerin, ilgililer dışındaki kişi ve görevlilere duyurulması ile gerçekleşir. Daha önce bahsedildiği üzere ihalelerde temel ilke saydamlık ilkesidir. Bu yüzden ihalenin gizli bir şekilde verilmesi ve tekliflerin gizli bir şekilde açılması, 5. maddede bahsedilen gizlilikle farklı şeylerdir. TCK m. 235/2-b'de ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verecek haller arasında, tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak da sayılmıştır. Buna göre içerikleri ve kendilerinin gizli tutulması gereken bazı bilgi ve belgeler de bulunmaktadır. Bunun sağlanması sağlıklı bir ihale

[127]Soyaslan vd. (2014), s. 23; Gözler (2009), s. 116.
[128]Soyaslan vd. (2014), s. 23; Gözler (2009), s. 116.
[129]Sözüer (2013), s. 333.
[130]*"...İhaleye fesat karıştırma suçunda, korunan hukuki yararın kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğu,..."* (Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27/02/2013 tarihli, 2008/470 sayılı esas, 2009/462 sayılı kararı.) bkz. Soyaslan vd. (2014), s. 23.
[131]Şen ve Aksüt (2014), s. 38; Soyaslan vd. (2014), s. 23.

sürecinin yürütülmesi için gereklidir. Gizlilikten kastedilenin anlaşılması için 4734 sayılı Kanun'daki diğer hükümlere bakılması faydalı olacaktır. 9. maddede yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmeyeceği, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmayacağı belirtilmiştir. 60. maddenin son fıkrasında ise 5. maddede belirtilen ilkelere aykırı hareket edildiğinde uygulanacak müeyyideden bahsedilmiştir. 53. maddede ise Kamu İhale Kurulu üyeleri ile Kurum personelinin, görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait edindikleri gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamayacakları belirtilmiştir. 61. maddede de 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanların; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemeyecekleri, aksi takdirde müeyyide uygulanacağı belirtilmiştir[132].

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 36. maddesine göre ise bu Kanunun 1. maddesinde yazılı işlere ilişkin ihalelerde, tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulü esastır. Bu hüküm de gizlilik ilkesinin sağlıklı bir ihale süreci açısından gerekli olduğunu göstermektedir[133].

2.2.6. Kamuoyu denetimi ilkesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesine göre idareler, ihalelerde kamuoyu denetimini sağlamakla sorumludur. Kanun, çeşitli hükümlerinde, ihale ilan ve sonuçlarının Resmi Gazete de duyurulmasını öngörürken, bunun yanında yurt içi ve yurt dışı gazete ve yayın araçları ile bilgi işlem ağı ya da elektronik haberleşme yoluyla kamuoyuna duyurulmasını da belirtmiştir. Bunlar idarenin ihtiyaçlarını karşılarken kamuoyunun denetimine de açık olmasını sağlar[134].

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 1. ve 2. maddelerinde; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanan bu Kanun'un amacının; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını

[132]Şen ve Aksüt (2014), s.39; Soyaslan vd. (2014), s. 24; Gözler (2009), s. 117; Günday (2011), s. 202.
[133]Şen ve Aksüt (2014), s.39.
[134]Gözler (2009), s. 117; Günday (2011), s. 203.

kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmektedir. Kanun'un 3. maddesine göre bilgi veya belgeye erişim; istenen bilgi veya belgenin niteliğine göre, kurum ve kuruluşlarca, başvuru sahibine söz konusu bilgi veya belgenin bir kopyasının verilmesini, kopya verilmesinin mümkün olmadığı hallerde, başvuru sahibinin bilgi veya belgenin aslını inceleyerek not almasına veya içeriğini görmesine veya işitmesine izin verilmesini ifade eder. Bununla birlikte bilgi edinme hakkı kullanılırken; ihaleye katılan isteklilerin ekonomik çıkarlarına zarar vermemeli, rekabet ilkesi zedeletilmemeli, gizlilik ilkesine aykırılık teşkil edecek bir durum oluşturulmamalıdır. İdare, bu tür etkiler doğuracak bilgi ve belgeye erişimi sağlamamalıdır. Bununla ilgili olarak, 4982 sayılı Kanun'un 23. maddesinde kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgilerin, bu Kanun kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir[135].

Kamuoyu denetiminin gerçekleşebilmesi için saydamlık ilkesinin de gerçekleşmesi önemlidir. Şöyle ki; idareler kamu ihaleleri hakkında yapılan yayınlara engel olmamalı, gizlilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği sürece ihale süreci ile ilgili gerekli bilgileri kamuoyunun bilgisine sunmalıdır[136].

İhale komisyonunun teklif zarflarını isteklilerin huzurunda açması, sunulan belgelerin tek tek kontrol edilerek Zarf Açma ve Belge Kontrol Tutanağı'nda gösterilmesi, istekliler ve teklif ettikleri fiyatların ihale usulüne uygun olarak ilgili oturumda duyurularak tutanak düzenlenmesi, komisyonca onaylanmış tutanak suretlerinin imza karşılığı isteyenlere verilmesi, kamuoyu denetiminin uygulanmasına yönelik düzenlemelerdir[137].

2.2.7. İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesine göre idareler, ihalelerde ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını sağlamakla sorumludur. Buna göre idareler, gereksinimlerini giderirken, ihalelerde işin mahiyetini gözeterek, en uygun koşulları ve en uygun zamanı seçerek, kaynaklarını etkili ve ekonomik

[135]Soyaslan vd. (2014), s. 24.
[136]Gözler (2009), s. 117.
[137]Soyaslan vd. (2014), s. 24.

kullanmalıdır[138]. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 11. maddesine göre idareler, stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden sorumludurlar[139]. İdarenin ihtiyaçları zamanında ve en uygun şekilde karşılaması kamu yararı açısından önem taşımaktadır. Bu yüzden idareler ihaleden önce iyi bir hazırlık aşaması geçirmelidir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.62-c hükmüne göre yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. İdare ödeneği temin etmiş olmalı; bu ödeneğin etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasına özen göstermelidir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasına göre ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz[140].

2.2.8. Kaynakların verimli kullanılması ilkesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesine göre idareler, ihalelerde kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur[141]. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasını düzenleyen kanun olduğu belirtilmiştir. 5018 sayılı Kanun'un 68. maddesine göre kamu kaynaklarının verimli olarak kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi Sayıştay tarafından yapılan dış denetimin gerçekleştirilmesi için yapılacak olanlardan biridir[142]. Kaynakların verimli kullanılması ilkesinin gerçekleşebilmesi için rekabet ilkesinin işlerliği de önemlidir[143].

2.2.9. Diğer ilkeler

[138]Gözler (2009), s. 117; Şen ve Aksüt (2014), s. 39; Soyaslan vd. (2014), s. 25.
[139]Soyaslan vd. (2014), s. 25.
[140]Gözler (2009), s. 118.
[141]Gözler (2009), s. 118.
[142]Soyaslan vd. (2014), s. 25.
[143]Gözler (2009), s. 118.

Hem 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hem 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu isteklide belirli bir yeterliğin aranması[144] ilkesini düzenlemiştir. Buna göre, gerek ekonomik ve mali yeterlik gerekse mesleki ve teknik yeterlik isteklide bulunması gereken niteliklerdir[145]. 4734 sayılı Kanun'da ayrı ayrı ihale düzenlenmesi ilkesi getirilmiştir. Buna göre, mal ve hizmet alımı ile yapım işleri arasında kabul edilebilir bir bağlantı olmadığı sürece birlikte ihale edilemez[146]. Bu Kanun'da eşik değerinin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin kısımlara bölünememesi ilkesi ve ÇED olumlu belgesi alınması zorunluluğu da getirilmiştir[147]. Temel usullerin önceliği ilkesi ise öncelikli olarak uygulanacak ihale usullerine uyulması gerekliliğini düzenlemektedir[148]. 4734 sayılı Kanun'da öngörülen ilkelerden bir başkası ise gerekçe ilkesidir. Buna göre, bazı işlemlerde gerekçenin yazılması gerekmektedir[149]. Bunların yanında, kanunda yazmasa da, hem istekliler hem görevliler açısından gerek ihale iş ve işlemlerinin yürütülmesi gerekse ihaleye katılımlarda bulunması gereken diğer bir ilke ise profesyonellik ilkesidir. Buna göre ihale sürecinde büyük özenle hareket etmek ve en ufak hatadan bile kaçınmak gerekliliği mevcuttur[150].

2.3. İhale Sürecindeki Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu

2.3.1. Genel olarak

[144]4734 sayılı Kanun:
"İhalenin karara bağlanması ve onaylanması
Madde 40- 37 ve 38 inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.
(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/13 m.) 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."
2886 sayılı Kanun:
"Madde 4 – Bu Kanunun uygulanmasında:
Uygun bedel: Artırmalarda, tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere, teklif edilen bedellerin en yükseğini; eksiltmelerde tahmin edilen bedeli geçmemek üzere, teklif edilen bedellerin tercihe layık görülenini, bedel tahmini yapılamayan ihalelerde teklif edilen bedellerin uygun görülenini, ...
İfade eder." E. E. Atay (2012). İdare hukuku. Ankara: Turhan, s. 552.
[145]Gürbüz (2011), s. 167.
[146]Gürbüz (2011), s. 169.
[147]Gürbüz (2011), s. 170.
[148]Açımuz (2013), s. 350; Kalabalık (2014), s. 446; Gözübüyük ve Tan (2011), s. 520.
[149]Akyılmaz vd. (2012), s. 488.
[150]A. Özek ve O. Kaya (2003). *Açıklamalı kamu ihale rehberi*. Ankara: Seçkin, s. 97.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, özel ceza kanunları değildir. Bu kanunlarda suç kavramının içini dolduracak ifadeler yer almamıştır. 2886 sayılı Kanun'un 85 ve 86. ve 4734 sayılı Kanun'un 59 ve 60. maddelerinde ceza sorumluluğundan bahsedilmekle birlikte, bu maddelerde yeni bir suç ihdas edilmemiştir. Türk Ceza Kanunu'na uyan suç tiplerinin varlığı halinde genel hükümler gereğince fail cezalandırılabilecektir. Bu maddelerin özünü, idari yaptırımdan bahseden kısımları oluşturmaktadır. Cezai sorumlulukla ilgili kısımları olmasa da TCK'daki hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Bu kanunlar özel ceza kanunları olmadığından, TCK m. 5 kapsamına giren bir durum mevcut değildir[151]. Eğer bunlar özel ceza kanunları olsaydı, TCK m. 5 gereği, TCK'nın genel hükümlerine tabi olurdu[152]. Bu açıklamalardan sonra her iki kanundaki ilgili düzenlemeleri inceleyelim.

2.3.2. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu çerçevesinde yasaklar ve ceza sorumluluğu

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun Dördüncü Kısım'ı "İhale İşlerinde Yasaklar ve Sorumluluklar" başlığını taşımaktadır. Kanun'un 85. maddesinde isteklilerin cezai sorumluluğu ele alınmıştır. 83. maddede ise yasak fiil ve davranışlar belirtilmiştir. Buna göre, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında; hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağrıyı ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak, 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 yasaktır[153]. 84. maddeye göre 83.

[151]Özel kanunlarla ilişki
"Madde 5- (1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."
[152]Kazancı (2011), s. 45.
[153]Uz (2005), s. 266.

maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları anlaşılanlar, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında gerçekleşmişse 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[154]. Bu noktada 83. maddede bahsedilen yasak fiil ve davranışların nasıl saptanacağının belirsiz kalmasından dolayı kişilerin hukuksal güvencesinin zedelenebileceği eleştirisi mevcuttur[155]. Doktrinde, ayrıca 84. maddede suç teşkil eden yasak fiil ve davranışlar hakkında mahkemenin ihalelere geçici olarak yasaklama kararı vereceğinin de belirtilmemiş olmasının hukuki güvenlik ve hukuksal güvence açısından tehlike arz edebileceği ifade edilmiştir[156]. 84. maddenin devamında haklarında ihalelere geçici olarak yasaklama kararı verilen kişilerin sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyidenin uygulanacağı hükmünün etkinleştirilmesi için ayrıca bu kişilerin o süre boyunca şirket hisselerini devretmesinin veya yeni bir şirket kurmasının, tüzel kişi hakkında uygulanacak müeyyideye etki etmemesi sağlanmalıdır[157]. Son fıkrada ise ihaleyi yapan idarelerin, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir[158]. 85. maddede, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullandıkları veya kullanmaya teşebbüs ettikleri, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmedikleri, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yaptıkları veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullandıkları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile, o işteki ortak veya vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılacağı; hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanacakları belirtilmiştir. Aynı maddenin devamında Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında özel kişiler tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık suçu ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere, yargılama sonuna kadar, hiçbir suretle yeni iş verilmeyeceği ve memur tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık ve fikri sahtekarlık suçları ile son

[154]Kazancı (2011), s. 46.
[155]H. Dursun (2008). Kamu ihalelerinde cezai yaptırımlar. *Kamu-İş*, C. 10 S. 1, s. 206.
[156]Dursun (2008), s. 206.
[157]Dursun (2008), s. 207.
[158]M. Abacıoğlu (2000), s. 381.

soruşturmanın açılmasına karar verilen kontrol teşkilatı mensuplarının, yargılama sonuna kadar görevden uzaklaştırılacağı belirtilmiştir. Bu noktada, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda son soruşturma kurumunun olmamasının 2886 sayılı Kanun açısından bir uyumlaştırma ihtiyacı olduğunu göstermesinin yanında; doktrinde, davaların uzun sürmesi ile müteahhit ve kontrol teşkilatı görevlileri açısından hukuki güvence ve güvenlik sorunu ortaya çıkabileceğini belirten bir görüş vardır[159]. 4. fıkrada ise rüşvet verme suçu ile memur tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık ve fikri sahtekarlık suçlarından 2886 sayılı Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında tekerrür hükümleri uygulananların, mesleklerini icradan men olunacağı ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamayacakları belirtilmiştir. Doktrinde bu hükmün, memur tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık ve fikri sahtekarlık suçlarını bir müteahhittin memur olmadığından dolayı işleyemeyeceği için hatalı olduğu ifade edilmiştir[160].

86. maddede ise ihale, muayene ve kabul komisyon veya heyetlerinin başkan ve üyeleri ile diğer ilgililerin, görevlerini kanuni gereklere göre tarafsızlıkla yapmadıklarının ve taraflardan birinin zararına yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde haklarında disiplin cezası uygulanacağı, ayrıca, fiil ve davranışlarının özelliğine göre ceza kovuşturması da yapılacağı belirtilmiştir[161].

2886 sayılı Kanun'da belirtilen yaptırımlar idari yaptırımlardır, cezai yaptırımlar TCK hükümlerine göre belirlenecektir. İdari suçlar, toplum düzenine aykırıdır fakat ceza hukuku anlamında suç olarak düzenlenmemiştir, idarenin bir işlemi ile idare hukukuna göre verdiği cezalardan oluşmaktadır. İhaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararı TCK'daki güvenlik tedbirlerindendir[162].

---

[159]Dursun (2008), s. 209.
[160]Dursun (2008), s. 209.
[161]Kazancı (2011), s. 44 vd.
[162]Kazancı (2011), s. 47; Özgenç (2013a), s. 15; Yıldırım vd. (2012), s. 395.
"*Ceza kanunlarından bir kısmı suçları ağırlıklarına göre herhangi bir ayrıma tabi tutmazken, bazı kanunlar ise suçları çeşitli şekillerde ayrıma tabi tutulmaktadır. Ceza kanunlarında yer alan bu ayrımlar uyarınca suç çeşitlerinden biri de kabahat olmaktadır.*
"Dürüst insanların suçu", "cüce cürüm" veya "ceza hukukunun üvey kızı" olarak da adlandırılmakta olan kabahatler ile diğer suç çeşidi/çeşitleri arasında temelde bir nitelik farkı bulunduğunu ifade etmek zordur. Yasa koyucu, ceza siyasetine ilişkin nedenlerle bir eylemi cürüm veya kabahat olarak düzenleyebileceği gibi; daha sonra bir kabahati cürüm, bir cürmü de kabahat haline getirebilir. Bu nedenle, cürümler ile kabahatler arasında aslında nitelik değil, nicelik farkı bulunmaktadır.
Kabahatlerin, kanunu ihlal etme ifadesinin bir göstergesi olmaktan çok, sosyal görevleri yerine getirme konusundaki özensizliğin bir sonucu olarak ortaya çıktığı belirtilmiştir." Bkz. N. Özenbaş (2010). Ceza

2.3.3. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yasaklar ve ceza sorumluluğu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda da 5237 sayılı TCK'dan ayrı bir suç ihdas edilmemiştir. 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi "Yasak fiil ve davranışlar" başlığını taşımaktadır[163]. Buradaki yasaklama kararı da 2886 sayılı Kanun'da olduğu gibi bir idari yaptırım niteliğindedir[164]. Bu maddeye göre ihalelerde; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek, 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak yasaktır. Aynı kanunun 58. maddesine göre bu yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir[165]. Bu yasaklama yaptırımlarının hangi idarelerce uygulanacağı maddenin devamında sayılmıştır.

İdari ceza hukuku, idarenin toplumsal düzeni korumak ya da bozulan toplumsal düzeni telafi edebilmek amacıyla bireylere idari nitelikli bir cezayı uygulamasıdır. İdareye ait yetkilerin nasıl kullanılacağı, sosyal düzeni bozucu davranışların neler

---

hukukunda suç olmaktan çıkarma eğilimi ve idari ceza hukuku. *Hüquq Elminin Müasir Problemləri II Beynəlxalq Konfrans*. Bakü: Bakı Dövlət Universiteti, s. 451.

[163]Özgenç (2013a), s. 13.

[164]Özgenç (2013a), s. 14.

[165]2886 sayılı Kanun'dan farklı olarak 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 2. fıkrasında "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." şeklinde bir düzenleme yer alır. Yukarıda da bahsedildiği gibi doktrinde, bu kişilerin o süre boyunca şirket hisselerini devretmesi veya yeni bir şirket kurması eleştirisi burada da mevcuttur. Bkz. Dursun (2008), s. 214.

olduğu ve bunları önleyici ne gibi ceza ve tedbirlerin uygulanabileceği idari ceza hukuku ile gösterilir[166]. İdari yaptırımlar, 5236 sayılı Kabahatler Kanunu'na göre[167], bir haksızlık karşısında öngörüldüğünde kabahat ortaya çıkmaktadır[168]. Kanunun 16. maddesinde kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımların, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibaret olduğu belirtilmiştir. İdari yaptırımlar bunlardan ibaret olduğu söylendikten sonra aynı maddenin devamında idarî tedbirler de ikiye ayrılmıştır: Mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler. Kanun'un 17. maddesinde idari para cezası ele alınmış ve 16. maddede bahsedilen idari tedbirlerden ilki olan mülkiyetin kamuya geçirilmesi Kanun'un 18. maddesinde ele alınmış ve ardından 19. maddede diğer kanunlarda kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımlardan bahsedilmiştir. 19. maddeye göre diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda Kabahatler Kanunu hükümlerine uygun değişiklik yapılıncaya kadar saklıdır[169]. İhaleye katılmanın yasaklanması da "belli bir süreliğine bir meslek ya da sanatın yerine getirilmemesi" olarak düşünülebilir[170]. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu hükümlerine uygun değişiklik yapılıncaya kadar, "belli bir süreliğine bir meslek ya da sanatın yerine getirilmemesi" olarak uygulanmaya devam edecektir[171].

4734 sayılı Kanun'un 59. maddesine göre taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza

[166]Özenbaş (2010), s.451-456.
[167]5236 sayılı Kabahatler Kanunu m. 2: Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.
[168]C. Otacı ve İ. Keskin (2010). *Türk kabahatler hukuku*. Ankara: Adalet, s. 3; H. Hakeri ve H. Özkan (2014). *Sorularla Ceza Hukuku*. Ankara: Adalet, s. 32.
[169]Z. T. Kangal (2011). *Kabahatler hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 201 vd.
[170]İdari yaptırım türleri arasında 5236 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesinde bahsedilen diğer kanunlarda kabahat karşılığı olarak öngörülen yaptırımları mali yaptırımlar içinde diğer mali yaptırımlar olarak kategorize eden görüş için bkz. R. Çağlayan (2006). *İdari yaptırımlar hukuku*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, s. 61. Meslek ve sanatın tatili yaptırımının idari yaptırım türleri arasında iktisadi alanda bir yaptırım olarak kategorize edildiği görüş için bkz. İ. H. Özay (1985). *İdari yaptırımlar.* İstanbul: İstanbul Fakültesi Yayınları, s. 45. Gene bir meslek veya sanatın yerine getirilmesinin yasaklanmasını idari para cezaları dışında kalan diğer idari yaptırımlar altında kategorize eden bir görüş için bkz. M. Karabulut (2008). *İdari yaptırımların hukuki rejimi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 25.
[171]Kazancı (2011), s. 50.

Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bunun yanında, maddenin devamına göre, hakkında kamu davası açılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz[172]. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla yasaklanırlar. Bu artık idari bir tedbir değil, hakim tarafından hükmedilen mahkumiyetin sonucu olarak, cezalandırılan fiilin ardından uygulanan bir güvenlik tedbiridir. Bu yasaklama, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmaktadır[173]. Nitekim Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 13-16 Haziran 2013 tarihleri arasında Mardin'de yaptığı hukuki müzakere toplantılarında ihaleye fesat karıştırmak suçu yönünden yapılan değerlendirmeler içerisinde *"İhaleye fesat karıştırma nedeniyle mahkûmiyet hükmü kurulduğunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinde yer alan güvenlik tedbirlerine ayrıca hükmedilmemesi şeklindeki yaygın ve eksik uygulama karşısında bu şekilde kazanılmış hak oluşturulmasına yol açmaktan kaçınılması gerektiği"* belirtilmiştir. Böylece 58. maddedeki idari tedbir ve 59. maddedeki güvenlik tedbirlerinin üst sınırlarından verilen bir ceza ile bir istekli toplam beş sene yasaklanabilecektir[174].

Maddenin 2. fıkrasında[175] ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler hakkında getirilen yasaklama ise, kamu davası açıldıktan sonra bunun bir sonucu olarak dava boyunca devam edecek özel bir yaptırımdır. Haklarında 58. maddeye göre bir idari yaptırım ya da 59. maddeye göre bir güvenlik tedbiri uygulanmayanlar bile ceza kovuşturması dolayısıyla ihalelere katılmaktan yasaklanacaklardır. Dahası, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan ve bu Kanun'a tabi olmadığı söylenen istisnalar da maddenin son fıkrasındaki "*Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir*." hükmü gereği, yasak fiil ve

[172]Uz (2005), s. 271; Kazancı (2011), s. 50; Özgenç (2013a), s. 16.
[173]Kazancı (2011), s. 50; Özgenç (2013a), s. 16; Gök (2009), s. 1211.
[174]Özek ve Kaya (2003), s. 142.
[175]*"Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir."*

davranışları sebebiyle haklarında kamu davası açılmışsa 59. maddenin 2. fıkrasındaki yaptırama tabi olacaklardır[176]. Burada yargısal bir nitelikten çok davanın doğal bir sonucunun meydana geldiği doktrinde savunulmuştur[177].

4734 sayılı Kanun'da 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[178].

İsteklilerin ceza sorumluluğundan sonra 4734 sayılı Kanun'un 60. maddesinde ise görevlilerin ceza sorumluluğu ele alınmıştır. Buna göre, ihale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililer; 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunduklarında, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarında, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacaktır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılacaktır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilecektir[179]. Bunun yanında 4734 sayılı Kanun'a aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlilerinin, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyecekleri hükme alınmıştır[180]. Maddenin devamında 4734 sayılı Kanun'un kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarınca herhangi bir ceza verilmiş olanların, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca bu Kanun'un ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamayacakları ve görev alamayacakları belirtilmiştir[181]. Maddenin son fıkrasında ise bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde uyulması gereken temel ilkelere ve "İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar" başlıklı 62. maddeye aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve

[176]Gök (2009), s. 1231.
[177]Gök (2009), s. 1211.
[178]Kazancı (2011), s. 51; Özgenç (2013a), s. 17.
[179]Değişik son cümle: 30/7/2003-4964/36 m.
[180]Dursun (2008), s. 194.
[181]Özgenç (2013a), s. 18.

ihale yapanlar hakkında da maddenin ilk iki fıkrasında belirtilen müeyyidelerin uygulanacağı belirtilmiştir[182].

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin a bendinde ihaleye fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek sayılmıştır. Burada sözü edilen ihaleye fesat karıştırma hem idari hem cezai bir suçtur. Sosyal disiplini korumak kapsamında düşünüldüğünde idari, bozulan sosyal disiplin karşılığında cezalandırılma olarak TCK m. 235 kapsamında düşünüldüğünde cezai anlamda bir suç olduğu görülmektedir. 4734 sayılı Kanun'da hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet gibi fiiller ihaleye fesat karıştırma filleri olarak sayılmıştır. "veya başka yollarla" denmek suretiyle buradaki saymanın tahdidi değil tadadi olduğu görülmektedir. Bahsettiğimiz gibi bu fiiller TCK m. 235 kapsamında da suç olarak düzenlenmiştir[183].

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen fillerden bir diğer grubu isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak oluşturmaktadır. Bu fiilleri hem istekliler hem ihale görevlileri gerçekleştirebilir. Bu fiiller TCK m. 235 kapsamında suç teşkil edebilir[184].

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen fillerden bir başka grubu sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek oluşturmaktadır. TCK m. 235 kapsamında suç teşkil edebilecek fiiller bu fillerden de olabilir. Ayrıca bu noktada TCK m. 204 vd. maddelerindeki unsurlar da meydana gelmiş olabilir[185].

Ceza hukuku açısından belgenin resmi veya özel olması, diğer unsurlarını da taşıması durumunda farklı suçlara vücut verebileceğinden önem arz etmektedir. İdari açıdan ise bunun bir önemi yoktur. 4734 sayılı Kanun'un bu hükmüne göre bir idari yaptırım uygulanabilmesi için failin istekli veya görevli olması gerekmektedir. Üçüncü bir kişi tarafından bu grup fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda, diğer unsurları da

[182]H. Sarıtaş (2014). İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları. *Sayıştay Dergisi*, S. 73, s. 54.
[183]Kazancı (2011), s. 52.
[184]Kazancı (2011), s. 52.
[185]Eğer belgede sahtecilik yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçu gerçekleştiyse TCK m. 212 gereği hem sahtecilik hem ihaleye fesat karıştırma suçlarından ayrı ayrı cezaya hükmedilecek yani gerçek içtima uygulanacaktır. Bkz. M. Koca ve İ. Üzülmez (2013a). İhaleye fesat karıştırma suçu. *TAAD*, Yıl: 4, Sayı: 13, s. 32.

mevcut olması halinde TCK'ya göre bir suçtan sorumlu olabilecekken idari açıdan bir yasaklama uygulanmayacaktır.

Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek de 4734 sayılı Kanun'da yasaklanan fillerdendir. Yasaklanan bu fiil için TCK'da düzenlenmiş bir suç bulunmamaktadır[186].

11. maddeye[187] göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen bir başka yasak fiildir[188].

[186]Kazancı (2011), s. 53.

[187]İhaleye katılamayacak olanlar

Madde 11- Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

a) (Değişik: 20/11/2008-5812/4 m.) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.

c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

(Değişik üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 m.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

[188]Kazancı (2011), s. 54.

İkinci Bölüm

İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

1. Genel Olarak

Fesat kavramı, hukuk sözlüğünde, *"sakatlık; dolan; yapılan bir hukuksal işlemin, istenilen hukuksal sonucu doğurmayacak bir sakatlığı içermesi durumu"* olarak tanımlanmıştır[189]. Kavram olarak ihaleye fesat karıştırma, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda bulunsa da, Ceza Hukuku bağlamında ele alındığında yalnızca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili normun ihlali halinde suç oluşacaktır[190].

1.1. Benzer Suçlarla Karşılaştırılması

İhaleye fesat karıştırma suçu sözleşmenin yapılmasına kadarki aşamayı kapsadığından dolayı sözleşmeden sonra gerçekleştirilen fesat bu suça vücut vermeyecektir. Sözleşmeden sonraki fesat durumlarında ortaya çıkacak suç tipi edimin ifasına fesat karıştırma suçu olabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 236. maddesinde yer alan bu suç tipi ihaleye fesat karıştırma suçunun devamı gibidir. Bu iki suç bir nevi birbirini takip eden suçlardır. Ancak konuları farklıdır ve biri sözleşmenin öncesinde, öteki sonrasında gerçekleşebilir. Türk Ceza Kanunu'nun "Edimin İfasına Fesat Karıştırma" başlıklı 236. maddesinin gerekçesinde de *"Sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır."* denilmek suretiyle ihale sürecinin sözleşmenin imzalanması ile sonlandığını belirtilmektedir[191]. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde karışık bir şekilde düzenlenen bu suçlar halihazırdaki düzenleme ile birbirlerinden ayrılarak aralarındaki fark ortaya konmuştur[192].

---

[189]E. Yılmaz (1992). *Hukuk sözlüğü*. Ankara: Yetkin, s. 278.
[190]Soyaslan vd. (2014), s. 102.
[191]Kaplan (2013), LXXI (1), s. 710.
[192]Yaşar vd. (2014), s. 6989; İ. Özgenç (2005b). Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar. *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu.* Ankara: TOBB, s. 75.

5237 sayılı TCK m. 106 gerekçesinde tehdidin çoğu zaman başka bir suçun unsurunu oluşturduğu belirtilmektedir. Cebir veya tehdidin suçun bir unsuru olduğu durumlarda, özel bir düzenleme yoksa ayrıca cebir veya tehditten cezalandırılmaya gidilmez[193]. İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsurlarını oluşturan seçimlik hareketlerden birisi de cebir ve tehdit kullanılarak fesat karıştırılmasıdır. Bu durumda cebir veya tehdit, ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru haline gelmiştir[194]. Cebir ve tehdit ile mağdurun irade özgürlüğü zedelenmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçu ile ise toplumun ve bireyin iktisadi yararı korunmaktadır[195]. Bunun yanında, bu suçla korunan hukuki menfaat; serbest rekabet mekanizması, ekonomik faaliyetlerin belli bir düzen içinde, olağan şekilde işlemesi, kamu kurum veya kuruluşları adına veya bunlar tarafından yapılan ihalelerde kamu görevlilerine duyulması gereken güvendir[196]. Yalnızca kamu görevlilerine duyulan güven değil, toplumsal güven de korunmaktadır[197].

Dolandırıcılık suçunun bir unsuru olan hilenin, ihaleye fesat karıştırma suçunun da bir unsuru olması bakımından bu suçla bir benzerlik göstermektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen maddede, dolandırıcılıktan farklı olarak, hangi amaçlara yönelik hileli hareketlerin suç sayılacağı (tahdidi bir şekilde) belirtilmiştir[198]. Aynı hukuki değeri korumadıklarından dolayı bunlar arasında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Fiilin tekliğinden hareketin tekliğini anlayan görüşe göre dolandırıcılık suçunun meydana gelmesi için ortaya çıkması gereken zarara bakılmayacağından, tek bir fiille bu iki farklı suçu düzenleyen maddelerin ihlali durumunda fikri içtima hükmünün uygulanması mümkün olacaktır[199].

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" başlıklı 239. maddesinin ilk fıkrasına göre, sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine cezalandırılır[200]. İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsurlarını

[193]F. Erem ve N. Toroslu (1978). *Türk ceza hukuku özel hükümler*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 111.
[194]İhaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi İkinci Bölüm'de "Maddi Unsur" başlığı altında ele alınmıştır. Konu hakkında bkz. s. 99 vd.
[195]Şen ve Aksüt (2014), s. 58.
[196]Arslan (2012), s. 108.
[197]Özgenç (2013a), s. 32.
[198]Tuğrul (2013), s. 62; Altıparmak (2014), s. 75; Kazancı (2011), s. 150.
[199]S. Erman ve Ç. Özek (1992). *Ceza hukuku özel bölüm*. İstanbul: Işık Matbaacılık, s. 61.
[200]N. Meran (2013). Tefecilik ekonomi sanayi ve ticarete ilişkin suçlar. Ankara: Seçkin, s. 214.

oluşturan seçimlik hareketlerinden biri de tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere hileli davranışlarla başkalarının ulaşmasını sağlamaktır. Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken ama başkalarının ulaşmasının sağlandığı bilgiler işletmelerin ticari sırları da olabilir. Bu durumda suç 5237 sayılı TCK m. 239'a da uygun olmaktadır[201]. Fakat 5237 sayılı TCK m. 235 daha özel bir düzenleme olduğundan gene bu madde uygulanacaktır. Bunun yanında fikri içtima hükümleri gereğince de aynı hareketle kanunun birden fazla hükmü ihlal ediliyorsa daha ağır yaptırımı öngören kanun maddesi uygulanacaktır[202]. Ancak sadece ticari sır mahiyetindeki bir bilginin öğrenilmesi tabi ki ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermek zorunda değildir. Öğrenilen ve başkalarına ulaştırılan bilgilerin tekliflerle ilgili de olması gerekir[203]. Eğer tekliflerle ilgili değil de teklif verenlerle ilgili bir bilgi başkalarına ulaştırıldıysa, bu noktada m. 235/2-b kapsamında bir suç gündeme gelmeyecek, şartları mevcutsa yalnızca m. 239 kapsamında bir suç oluşabilecektir[204]. Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşması sağlandığında ise TCK m. 258 de[205] gündeme gelebilecektir. Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçuna, tek bir fiille, ihaleye fesat karıştırma suçunun yanında sebebiyet verildiyse fikri içtima hükmü uygulanacak ve fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır[206]. Bu üç hükümde de gizli kalması gereken bilgilerin gizli kalmaması yaptırıma bağlanmıştır. Daha özel norm olan ve daha ağır cezayı gerektiren ihaleye fesat karıştırma suçu uygulama alanı bulacaktır[207].

---

[201]M. Koca ve İ. Üzülmez (2013c). *Türk ceza hukuku özel hükümler*. Ankara: Adalet, s. 693.
[202]Kazancı (2011), s. 164.
[203]Tuğrul (2013), s. 76.
[204]Özgenç (2013a), s. 47; dipnot: 37.
[205]"*Göreve ilişkin sırrın açıklanması*
Madde 258- (1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.
(2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir."
[206]Arslan (2012), s. 223.
[207]Arslan (2012), s. 56 vd.

1.2. Kanuni Düzenleme

İhaleye fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı Dokuzuncu Bölümünde, 235. maddede düzenlenmiştir[208]. Buna göre;

"(1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.)[209] Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

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

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

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

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

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

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

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

---

[208]K. Çelik (2006). Yeni Türk Ceza Kanununda ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları. *Yerel Yönetim ve Denetim*, 11 (5), s. 15. Ekonomik suça beyaz yakalı suç da denildiği hakkında bkz. M. T. Yücel (1978). Ekonomik suçlar. *Yasa Hukuk Dergisi*. I (11), s. 1853.

[209]6459 sayılı Kanun madde 12- 5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinin; birinci fıkrasında yer alan "beş yıldan oniki yıla" ibaresi "üç yıldan yedi yıla" (...) şekilde değiştirilmiştir. http://www.sayilikanun.com/6459-sayili-insan-haklari-ve-ifade-ozgurlugu-baglaminda-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanunun-gerekcesi/ (Erişim tarihi: 25.09.2014)

(3) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.)[210] *İhaleye fesat karıştırma suçunun;*

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

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

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

(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır."[211]

Görüldüğü üzere maddenin ilk fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun temel cezası belirlenmiş, ikinci fıkrasında ise hangi fiillerin bu suça vücut vereceği tahdidi bir şekilde sayılmıştır. İkinci fıkranın a bendinde hileli davranışlardan hangilerinin bu suça vücut vereceği tahdidi olarak belirtilmiş; b bendinde gizli tutulması gereken bilgilere ulaşımın sağlanması suç olarak tayin edilmiş; c bendinde suçun cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir fiille gerçekleştirilebileceği; d bendinde ise yasak anlaşmalarla da bu suça vücut verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında nitelikli haller düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada ise gerçek içtimaın uygulanacağı hal belirtilmiş ve son fıkrada mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması durumları için diğer fıkraların kapsamı genişletilmiştir.

---

[210]6459 sayılı Kanun madde 12- 5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinin (...) üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.
"(3) İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş veya kendisine veya sair kişilere menfaat sağlamamış ise ihaleye fesat karıştıran kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." http://www.sayilikanun.com/6459-sayili-insan-haklari-ve-ifade-ozgurlugu-baglaminda-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanunun-gerekcesi/ (Erişim tarihi: 25.09.2014)

[211]Özgenç (2013a), s. 29 vd.

Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenleme[212] yalnızca ihale sürecine fesat karıştırılmasının gizli ve hukuka aykırı anlaşmalar yapmak suretiyle gerçekleştirilmesi halini ele almıştır. İhaleye bunun dışında kalan fiillerle fesat karıştırılması ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla 5237 sayılı TCK m. 235'te yer alan hileli davranışlarla, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye fesat karıştırılması durumları Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümleri ve unsurları gerçekleşen diğer suçlar uyarınca cezalandırılacaktır[213].

1.3. 765 Sayılı Kanun Dönemi

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda beş ayrı madde ile düzenlenmiş olan ihaleye fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile tek madde altında toplanmıştır[214]. Bir bakıma çatı bir madde hükmü oluşturulmuştur denebilir. 765 sayılı Kanun'da 205, 208, 366, 367 ve 368. maddelerde karışık bir şekilde bulunan ve birbirine benzerlik gösteren düzenlemeler içeren bu ceza normu, halihazırdaki Kanun ile 235. maddede hüküm altına alınmıştır[215]. Bunun yanında "Edimin İfasına Fesat Karıştırma" suçu ile ayrılarak aralarındaki fark ortaya konmuştur[216]. 765 sayılı Kanun'da 205 ve 208. maddeler "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler"[217] başlıklı bapta "Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlama" faslında zimmet suçu ile birlikte ele alınmış, 366, 367 ve 368. maddeler[218] ise

---

[212]Alman Ceza Kanunu'nun "Haksız rekabet suçları" başlıklı yirmi altıncı bölümünde yer alan "İhalede rekabeti sınırlayan anlaşmalar" başlıklı 298. maddesi şu şekildedir:
"(1) Her kim, eşya veya iş hayatına ilişkin hizmet veya edimler konusunda yapılan ihale sırasında, bir (teklifte) bulunurken, ihaleyi düzenleyenin, belirli bir teklifi kabul etmesini sağlayabilecek nitelikte, hukuka aykırı bir anlaşmaya dayanan bir teklifte bulunursa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.
(2) 1'inci fıkradaki ihale kavramı, katılanların yarışma koşulları içerisinde girdikleri bir yarışmadan sonra, serbestçe verilen iş yapma görevi ile eş anlamdadır.
(3) İhaleyi düzenleyenin, teklifi kabul etmesini veya bu kişiye karşı hizmeti yerine getirmesini gönüllü olarak önleyen kişi, birinci fıkra uyarınca, ikinci fıkra ile bağlantılı olsa da cezalandırılmaz. Teklif failin katkısı olmadan kabul edilmez veya ihaleyi düzenleyenin amaçladığı hizmet yerine getirilmezse, fail, gönüllü ve ciddi bir şekilde, teklifin kabul edilmesini veya hizmetin yerine getirilmesini engellemek için çaba göstermiş olduğu takdirde, cezasız kalır." Bkz. F. Yenisey ve G. Plagemann (2009). *Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu*. İstanbul: Beta, s. 379.
[213]Kazancı (2011), s. 76.
[214]O. Yaşar vd. (2014). *Yorumlu-uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet, C. 5, s. 6989.
[215]Türkdoğru ve Arıtürk (2014), s. 30; Özbek vd. (2012), s. 830.
[216]Yaşar vd. (2014), s. 6989; Altıparmak (2014), s. 40.
[217]Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler hakkında bkz. D. Yarsuvat (1965). Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümlerin genel prensipleri. *İÜHFM*, 30 (3-4), ss. 665-691.
[218]765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

"Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler" başlıklı bapta "Ticaret ve Sanayie ve Müzayedeye Hile ve Fesat Karıştırmak Cürümleri" başlıklı fasılda düzenlenmiştir[219]. İhaleye fesat karıştırma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, önceki bu düzenlemelerden farklı olarak "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı Dokuzuncu Bölümünde hüküm altına alınmıştır[220].

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konumuzla ilgili olarak öncelikle devlet hesabına yapılan alım, satım veya yapıma fesat karıştırma suçu ile devletin alım-satımında ticaret yapma suçu gelmektedir. Bunlara ek olarak ihale sürecinde işlenen suçlar hükümet hesabına yapılan artırmaya veya eksiltmeye fesat karıştırma suçu, kamunun müzayedelerine veya özel arttırmalara fesat karıştırma suçu, para ve sair menfaat karşılığında ihaleden çekilme suçu düzenlenmiş olan diğer suçlardır[221].

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 205. maddesinde "Türkiye Devleti hesabına" ibaresi kullanılmışken, 366. maddesinde "Hükümet hesabına" ifadesi kullanılmıştır[222]. 208. maddede[223] ise ihale değil de "devlet için alım satımında" ifadesi kullanılmıştır[224].

"Madde 367 – Gerek resmi daireler marifetiyle ve gerek beynennas bilmüzayede alınıp satılacak yahut kiraya verilip alınacak mal ve mülklerin müzayedesinde yukarki maddede gösterilen suretlerden biriyle rekabeti meni veya ihlal yahut müzayedeye pey sürenleri çekilmeğe mecbur edenler bir aydan üç aya kadar hapse ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayi naktiye mahküm olur.
Madde 368 – Bir kimse kendisine veya başkasına vadolunmuş para veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye veya münakasaya devamdan istinkaf suretiyle resmi müzayedeye fesat karıştırırsa altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayi naktiye mahküm olur."
Diğer maddeler için bkz. Dipnot: 201 ve 202.

[219]M. Kutlu Gürsel (2003). Kamu ihale sürecinde rekabetin bozulmasının cezai yaptırımları. *Ünal Tekinalp'e Armağan*. C: III, s. 612.

[220]A. C. Tuğrul (2013). *İhaleye fesat karıştırma ve rüşvet suçları*. Ankara: Adalet, s. 10.

[221]Altıparmak (2014), s. 40.

[222]765 Sayılı Türk Ceza Kanunu
"Madde 205 – Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eylerse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasiyle cezalandırılır ve zarar kendisine ödettirilir.
Suçun failinin memur olup olmayacağı hakkındaki tartışmalar için bkz. Altıparmak (2014), s. 42.
Düzenlemedeki fesat kavramının niteliğinin açık olmadığı, kavramın hile olarak algılanabileceği, hilenin yanında cebir, tehdit gibi kavramların da bu kapsama girebileceği, fesat karıştırma fiilinin alım-satıma ve yapıma konu olan eşyanın veya paranın nitelik ve miktarına yönelik olması gerektiği ile ilgili tartışmalar için bkz. Altıparmak (2014), s. 43.
Madde 366 – Her kim Hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayede ve münakasada şiddet veya tehdit ile veya hediye vait ve itasiyle veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti meni veya ihlal yahut müzayede ve münakasada pey sürenleri çekilmeğe sevkederse üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayi nakdiye mahküm 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 cezayi nakti hükmolunur." http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm *(Erişim Tarihi: 26.09.2014)*

[223]765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu karışıklık giderilmiş ve "kamu kurumu veya kuruluşları adına" ibaresi getirilmiştir[225]. İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen maddenin son fıkrasında ise suçun kapsamına "*kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalar*" da katılmıştır[226].

765 sayılı Kanun'da ihaleye fesat karıştıran kişinin menfaat sağlaması durumunda, 208. maddede devlet memurları için devlet alım veya satımında kazanç sağlanmasından bahsedilmesi dışında, bir belirsizlik mevcutken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacağı belirtilmiştir[227].

Suçun faili, 765 sayılı Kanun'da devlet memuru olarak belirlenmişken 5237 sayılı Kanun'a göre istekliler de bu suçu işleyebilmektedir[228]. Bunun yanında 765 sayılı Kanun'da zarar suçu olarak düzenlenen suç, 5237 sayılı Kanun'da, önce tehlike suçu olarak kabul edilmiş, 11 Nisan 2013 kabul tarihli 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra zarar suçu olarak düzenlenmiş[229] ve zararın meydana gelmemesi ise hafifletici bir nitelikli hal olarak hüküm altına alınmıştır. Eş söyleyişle, 6459 sayılı

"Madde 208 (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 m.) – Devlet memurlarından her kim, idaresine ve nezaretine memur oldukları işlerde Devlet için az veya çok eşya veya malzeme alım veya satımında gizli veya aşikar, gerek doğrudan doğruya kendisi, gerek başkası vasıtasiyle veya ortaklık suretiyle kendi kazancı için ticaret eder veya imalat yahut inşaatı götürü şekilde deruhde edenlere ortak olursa üç seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasiyle cezalandırılır.
Eğer bu gibi alış verişte komüsyon alınır yahut nakid veya meskukat mubadelesinde kazanç sağlanırsa ağır hapis cezası beş seneden az olamaz." http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm (Erişim Tarihi: 26.09.2014)

[224]Kazancı (2011), s. 114.

[225]M. Balcı (2004a). İhaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma. *Hukuki Perspektifler Dergisi*, (2), s. 210.

[226]Tuğrul (2013), s. 9.

[227]Yaşar vd. (2014), s. 6990; Tuğrul (2013), s. 16.

[228]Tuğrul (2013), s. 10.

[229]Koca ve Üzülmez (2013a), s. 29. 6459 sayılı Kanun ile 5237 sayılı TCK m. 235'in ilk ve üçüncü fıkralarında yapılan değişikliğin gerekçesinde *"Maddenin hâlen yürürlükte olan düzenlemesine göre söz konusu suç temel şekli itibarıyla bir zarar suçu değildir. Zararın meydana gelmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlini oluşturmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılması öngörülen değişiklikle, bu suçun temel şeklinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi, zarar suçuna dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda işlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda kamu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, fail hakkında söz konusu suçun temel şekline nazaran daha az cezaya hükmedilmesini sağlamak için işbu değişiklik önergesi verilmiştir."* denilmek suretiyle, ihaleye fesat karıştırma suçunun zarar suçu olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Bkz. Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (2013). *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*. (Güncellenmiş 10. Baskı). Ankara: Seçkin, Cilt 1 (Kanunlar), s. 460.

Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde suç bir tehlike suçu ve zararın meydana gelmesi ağırlaştırıcı neden iken, bu Kanun ile yapılan değişiklikten sonra suç zarar suçu olarak düzenlenmiş ve zararın meydana gelmemesi hafifletici neden olarak belirlenmiştir[230].

Konumuzla ilgili olarak 765 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanun arasındaki farklara yeri geldikçe değineceğiz.

2. Korunan Hukuki Değer

Hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilen ve suçun hukuki konusunu oluşturan varlık veya menfaattir. Her suç ile ihlal edilen bir hukuki değer mevcuttur[231]. Hukuki değerler, davranış normlarıyla koruma altına alınmaktadır[232]. Davranış normları, hukuk kurallarının temelinde yer almaktadır[233]. Bu normların amacı, muhatapların norma uygun davranışlarını belirlemektir. Bunun yanında, normun ihlali durumunda hukuken değerlendirme yapılmasını sağlamaktır[234]. Hukuki değer bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir[235]. Bir görüşe göre ise suçun hukuki konusu genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel konu, sosyal disiplinin korunması yönündeki kamusal yararken; özel konu ise, korunan kişisel menfaattir. Bu ikincisi her zaman mevcut olmayabilir, fakat genel konu daima mevcuttur[236]. Bir suç kanunda tanımlandığında koruma altına alınan en az bir hukuki değer bulunmaktadır. Birden çok hukuki değerin korunduğu durumlarda, suçun tasnifi açısından kanun koyucunun siyasi iradesi işin içine girer[237]. Düzenlenen suç, kanun koyucunun tercih ettiği, daha ağır bastığını kabul ettiği, korunmasını daha önemli gördüğü hukuki değere göre kanun sistematiğinde kendine yer bulmaktadır[238]. İhaleye fesat karıştırma suçu da hakim görüşe göre, birden fazla hukuki değeri koruyan bir suç tipidir[239]. Bu suç, daha önce de

[230]Tuğrul (2013), s. 12; D. Soyaslan (2013). İhaleye fesat karıştırma suçunda yapılan değişiklikler. *Marmara üniversitesi hukuk fakültesi hukuk araştırmaları dergisi* (*Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı*), 19 (2), s. 405.
[231]H. Zafer (2013). *Ceza Hukuku genel hükümler (TCK m.1-75)*. İstanbul: Beta, s. 152; Arslan (2012), s. 105.
[232]İ. Özgenç (2013b). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 156.
[233]Arslan (2012), s. 105.
[234]M. Koca ve İ. Üzülmez (2014). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 75.
[235]Zafer (2013), s. 152.
[236]S. Dönmezer ve S. Erman (1997). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku*. İstanbul: Beta, C. I, s. 335.
[237]Arslan (2012), s. 105.
[238]N. Toroslu (1970). *Suçların tasnifi bakımından suçun hukuki konusu*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 289.
[239]Soyaslan vd. (2014), s. 105; Özbek vd. (2012), s. 831.

bahsettiğimiz gibi "Topluma Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu tasnifin yapılmasında hukuki değer önem taşımaktadır[240]. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin gerekçesinde, bu hükümle korunmak istenen hukuki değerin, özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun yürütüldüğüne dair kamu görevlilerine duyulan güven olduğuna işaret edilmiştir[241]. 6459 sayılı Kanun ile madde metninde yapılan değişikliklerle suç için öngörülen cezanın miktarının azaltılması, bir görüşe göre bu suç ile korunan hukuki değer açısından isabetli olmuştur[242]. Yalnızca gerekçesine bakıldığında korunan hukuki değerin birden fazla olduğu anlaşılamasa da, suçun kanunda düzenlendiği yer açısından bakıldığında birden fazla hukuki değerin korunduğu anlaşılmaktadır. Gerekçede daha dar kapsamlı bir hukuki değere işaret edilmesinin sebebi, suçun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemesinin, suçun faili olarak kamu görevlileri haricindeki kimseleri kapsam dahiline almaması olabilir[243]. Fakat 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun faili kamu görevlisi olmak zorunda değildir[244].

Madde gerekçesine göre idarenin güvenilirliği ve işleyişine ilişkin değer ve bu kapsamda kamu görevlilerine duyulan güven ve itimat ile dürüstlük ilkesi suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır[245]. Bir görüşe göre ise, devletin mali ve maddi yararı bu suç ile korunan hukuki değerdir[246]. Kamu görevlisi olmayanların da bu suçu işleyebiliyor olması, bu suç ile korunan değere karma nitelikli bir hukuki değer atfetmektedir[247]. Suçun ele alındığı bölümü de dikkate aldığımızda, suçla korunan hukuki değerin ekonomik kurallar ve bunlardan da özellikle serbest rekabet kuralları olduğu anlaşılmaktadır[248].

Bir sıraya koymak gerekirse, ilk önce toplumun iktisadi yararı korunmakta ve daha sonra bireyin de iktisadi yararı korunmaktadır[249]. Bunun yanında, bu suçla korunan hukuki menfaat; serbest rekabet mekanizması, ekonomik faaliyetlerin belli bir düzen

[240]Toroslu (1970), s. 85; Özgenç (2013b), s. 160.
[241]Yaşar vd. (2014), s. 6999; Çelik (2006), s. 15.
[242]Şen ve Aksüt (2014), s. 59.
[243]Arslan (2012), s. 106, dipnot: 391.
[244]Yaşar vd. (2014), s. 7000.
[245]Soyaslan vd. (2014), s. 106.
[246]M. E. Artuk vd. (2014). *Ceza hukuku özel hükümler*. Ankara: Adalet, s. 790.
[247]Tuğrul (2013), s. 31; Artuk vd. (2014), s. 790; Gökcen (2005), s. 163.
[248]Kazancı (2011), s. 116; Yücel (1978), s. 1856.
[249]Şen ve Aksüt (2014), s. 58.

içinde, olağan şekilde işlemesi, kamu kurum veya kuruluşları adına veya bunlar tarafından yapılan ihalelerde kamu görevlilerine duyulması gereken güvendir[250]. Yalnızca kamu görevlilerine duyulan güven değil, toplumsal güven de korunmaktadır[251].

3. Fail

Suçun unsurlarından olan fiili gerçekleştiren kimse faildir[252]. Her suç en azından bir fail tarafından işlenmektedir[253]. İhaleye fesat karıştırma suçunun faili, kural olarak, herkes olabilir[254]. Bu suçun faili olmak için herhangi bir özel nitelik aranmamaktadır[255]. Suçun faili bir kamu görevlisi olabileceği gibi, kamu görevlisi olmayan herhangi bir kimse de olabilir[256]. Örneğin herhangi bir kişi, 5237 sayılı TCK m. 235/2-c kapsamında ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek için cebir veya tehdit kullanmış ya da hukuka aykırı diğer davranışlarda bulunmuş olabilir[257]. Kamu görevlisi olup olmama ne suçun unsurları arasında ne de nitelikli halleri arasında yer almaktadır. 765 sayılı Kanun'un 205. maddesinde, madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da doktrinde memur olmak suçun unsurları içinde kabul edilmekteydi[258]. Failin, artırma veya eksiltmeyi yapmakla görevli kimse olması ise cezanın arttırılmasına sebebiyet vermekteydi[259]. Ayrıca failin yetkisine veya hakim ya da savcı olmasına göre suçun nitelikli hallerinden bahsedilmişti[260]. Bu ağırlaştırıcı sebep, 765 sayılı Türk Ceza

[250]Arslan (2012), s. 108.
[251]Özgenç (2013a), s. 32.
[252]N. Toroslu (2013a), *Ceza hukuku genel kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 99; H. Hakeri (2013). *Ceza hukuku genel hükümler temel bilgiler*. Ankara: Seçkin, s. 116.
[253]Zafer (2013), s. 154.
[254]Meran (2011), s. 114; Özgenç (2013a), s. 89; Kazancı (2011), s. 125; Yaşar vd. (2014), s. 7000.
[255]Özbek vd. (2012), s. 835.
[256]Tuğrul (2013), s. 33; Artuk vd. (2014), s. 792.
[257]Şen ve Aksüt (2014), s. 62.
[258]Erman ve Özek (1992), s. 56. Failin herhangi bir kimse olabileceği veya yalnıza Devlet memuru olabileceği hakkındaki tartışmalar için bkz. M. Balcı (2004). *Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu (TCK. m. 205).* Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 31 vd.
[259]M. E. Artuk ve A. Gökcen (2005). Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu (TCK m. 205). *Kamu Hukuku Arşivi*, Mart 2005 S. 1-98 Yıl: 8, s. 5.
[260]R. Y. Yazıcıoğlu (1994). *Devlet alım-satım ve yapımına fesat karıştırma suçu*. İstanbul Barosu Dergisi, 68 (1-2-3), s. 141.

Kanunu'nun 219. maddesinde yer almaktaydı[261]. 208. maddede de failin memur olduğu görülmektedir[262]. Halihazırdaki kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kamu görevlisi olup olmamanın aranmamasının yanında artırma ve eksiltme işlemine katılma veya ihale isteklisi olup olmama da aranmamaktadır.

Herkes tarafından işlenemeyen suçlara özgü suç denilmektedir[263]. Özgü suçların faili belli özelliklere sahip olmalıdır. Failde belli özellikler aranıyorsa özgü suç meydana gelmektedir[264]. Failin belli bir hukuki ve/veya fiili durumda olması aranmaktadır[265]. Kanunda "fesat karıştıran kişi" denildiğinden özel bir şart aranmadığı görülmektedir[266]. Suçun basit halinin gerçekleşmesi için belli özellikler aranması, gerçek özgü suça vücut verir[267]. Dolayısıyla, bu suç, "gerçek özgü suçlar" kategorisinde bir suç tipi değildir[268]. Ama fail genelde ihale mevzuatınca yetkili kişiler veya ihaleye katılan veya katılmak isteyenlerden olmaktadır[269]. Bununla birlikte bu kişiler adına ya da bağımsız olarak hareket eden kişiler de fail olabilir[270]. 765 sayılı Kanun'un 368. maddesine[271] göre ihaleden çekilmek (istinkaf etmek) suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı Kanun'a göre ihaleye fesat karıştırmanın tipik hallerinden değilse ihaleden çekilmek tek başına bu suçun oluşması için yeterli değildir[272].

---

[261]765 sayılı Türk Ceza Kanunu
"Madde 219 (Değişik madde: 21/11/1990 - 3679/18 m.) – 202 ila 218 inci maddelerde yazılı suçların emir ve idare yetkisine sahip olanlar ile hakim ve savcılar tarafından işlenmesi halinde verilecek cezalar yarısı oranında artırılarak hükmolunur." http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm (Erişim Tarihi: 26.09.2014)

[262]Erman ve Özek (1992), s. 62.

[263]Toroslu (2013a), s. 100.

[264]Koca ve Üzülmez (2014), s. 105.

[265]D. Soyaslan (2014a). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, s. 247.

[266]Kazancı (2011), s. 125.

[267]V. Ö. Özbek vd. (2014). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 221; G. Okuyucu (2003). *Türk hukukunda konut dokunulmazlığını ihlal suçları*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 91. Alman hukukundaki gerçek özgü suçlarla ilgili bkz. E. Keçelioğlu (2006). Alman Ceza Hukukunda faillik. *TBB Dergisi*, (65), s. 80.

[268]Soyaslan vd. (2014), s. 126; Arslan (2012), s. 166.

[269]Yaşar vd. (2014), s. 7000; Tuğrul (2013), s. 33.

[270]Arslan (2012), s. 167.

[271]765 Sayılı Türk Ceza Kanunu
"Madde 368 – Bir kimse kendisine veya başkasına vadolunmuş para veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye veya münakasaya devamdan istinkaf suretiyle resmi müzayedeye fesat karıştırırsa altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayi naktiye mahkum olur." http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm (Erişim Tarihi: 26.09.2014)

[272]Kazancı (2011), s. 126. Örneğin kendine sağlanan bir çıkar karşılığı olarak kişi ihaleden çekilmişse, ihaleye fesat karıştırma suçunun faili olabilir. Bkz. D. İlhami. Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar, s. 3. http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-3.htm (Erişim Tarihi: 23.12.2014)

Bu suç gerçek kişiler tarafından işlenebilir. Tüzel kişiler suçun faili olamaz[273]. Tüzel kişilerin temsilcileri ise suçun faili olabilecektir[274]. TCK m. 20/2'de tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı hüküm altına dolayı, suçun faili tüzel kişinin temsilcisi sıfatı ile bir gerçek kişi olabilecektir[275]. Ancak, kanunda öngörülen bir güvenlik tedbiri varsa, tüzel kişi hakkında uygulanabilecektir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 242. maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçunun da yer aldığı "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde düzenlenen yaptırımlar uygulanabilecektir[276]. Bunlar faaliyet izninin iptali, eşya veya kazancın müsaderesidir. Ancak, 242. maddede bahsedildiği gibi bu tedbirlerin uygulanabilmesi için, suçun tüzel kişi yararına işlenmiş olması gerekmektedir[277]. Burada bahsedilmesi gereken başka bir konu ise, suçun tüzel kişi yararına işlenmiş olması durumunda dahi, fiile iştirak etmemiş kişilerin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği, sorumlu tutulamayacağıdır[278]. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi, güvenlik tedbirlerinin tehlikeliliği ortadan kaldırmak ile ıslah etmek amacı taşıması ve tüzel kişinin tehlikeliliğinin olmasının ona kişilik kazandırması dikkate aldığında ise, tüzel kişinin de aslında fail niteliğini haiz olabileceğini kabul eden diğer bir görüş karşımıza çıkmaktadır[279].

Birden fazla kişinin zorunlu olarak müşterek katılımını gerektiren suçlar çok failli suçlardır[280]. Tek başına bir kişinin işleyebileceği suçlar ise tek failli suçlardır. İhaleye fesat karıştırma suçu, kural olarak, tek failli bir suç tipidir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin ikinci fıkrasının d bendinde düzenlenen açık veya gizli

[273]Özgenç (2005), s. 75. Koca ve Üzülmez (2014), s. 105; Toroslu (2013a), s. 99; H. Hakeri (2014). *Ceza Hukuku*. Ankara: Adalet, s. 130. Suçun faili olamasa da güvenlik tedbirlerinin muhatabı olabileceği hakkında bkz. Z. Hafızoğulları ve M. Özen (2010). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A, s. 370; F. Birtek (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler temel bilgiler*. Ankara: Adalet, s. 111.

[274]Bununla birlikte, suçun failinin tüzel kişi de olabileceği hakkındaki görüş için bkz. Soyaslan (2014a), s. 247. Ayrıca bu konudaki tartışmalar için bkz. M. Özen (2003). Türk Ceza Kanunu tasarısının tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerine bir bakış. *AÜHFD*, 52 (1), s. 63 vd.; Y. Aslan (2010). Türk hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu. *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68 Sayı: 2010/2, s. 233 vd.

[275]Şen ve Aksüt (2014), s. 60.

[276]Arslan (2012), s. 169; Meran (2011), s. 115.

[277]Soyaslan vd. (2014), s. 127.

[278]Arslan (2012), s. 169.

[279]Soyaslan vd. (2014), s. 126.

[280]Özgenç (2013b), s. 481; T. Y. Sancar (1998). *Çok failli suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 27. Alman hukukundaki müşterek fail ile ilgili bkz. Keçelioğlu (2006), (65), s. 83.

anlaşma yapma şeklinde işlenen biçimi bakımından birden fazla failin bulunmasının zorunlu olması dolayısıyla çok failli suçtur. Çok failli suçlar, karşılaşma veya birleşme şeklinde ortaya çıkmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin ikinci fıkrasının d bendinde karşılaşma şeklinde ortaya çıkmıştır[281]. Çok failli suç olmasının yanında ikinci fıkranın d bendinde düzenlenen bu seçimlik hareket bakımından failin özel bir şarta sahip olması beklenmiştir. Bu da failin, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişi olmasıdır. Bu yüzden burada özgü suç söz konusudur[282]. Anlaşma yapmak fiiline ihaleye katılmak isteyen veya katılanlar dışındaki kişiler de, 5237 sayılı TCK m. 40/2 gereğince, azmettiren ve yardım eden olarak iştirak edebilecektirler[283]. İkinci fıkranın d bendindeki bu düzenleme 765 sayılı Kanunun 368. maddesi ile paralellik arz etmektedir[284]. 765 sayılı Kanun'un bu maddesindeki "çekilen kimse" kavramının içine ve m. 366/1'deki "çekilmeleri sağlanan pey sürenler" kapsamına henüz ihaleye katılmadan önce caydırılan kimseler de girmekteydi[285].

İkinci fıkranın a bendinin 3. ve 4. alt bentleri bakımından da failin, ihalenin tabi olduğu mevzuat gereğince yetkili kişiler olması gerektiğinden, burada da özgü suç söz konusu olacaktır[286]. Burada gene yetkili kişiler kamu görevlisi olabileceği gibi bir şirket, vakıf, kamu yararına çalışan dernek yöneticisi de olabilir[287]. Yani özgü suç niteliği, faillik için aranan özel şartın kamu görevlisi olmasından değil yetkili kişi olmasından kaynaklanmaktadır. Şirket, vakıf, kamu yararına çalışan dernek yöneticisinin de bu bentler bakımından fail olabileceğinin dayanağı ise yukarıda da bahsedildiği gibi 5237 sayılı TCK m. 235/5'tir[288].

4. Mağdur

[281]Arslan (2012), s. 166. Doktrinde buna yakınsama suçu da denildiği hakkında bkz. Özgenç (2013a), s. 89
[282]Özbek vd. (2012), s. 835.
[283]Şen ve Aksüt (2014), s. 60.
[284]Arslan (2012), s. 167.
[285]Kazancı (2011), s. 126.
[286]Arslan (2012), s. 167; Soyaslan vd. (2014), s. 127; Şen ve Aksüt (2014), s. 60; Yaşar vd. (2014), s. 7000.
[287]Arslan (2012), s. 168, dipnot: 561. Bu bentler açısından ve gene 2. alt bentte de failin yalnızca kamu görevlisi olabileceği; ancak 5237 sayılı TCK m. 235/5 gereği kamu görevlisi olmayanların da fail olabileceği hakkındaki görüş için bkz. Şen ve Aksüt (2014), s. 61.
[288]Şen ve Aksüt (2014), s. 61.

Kelime olarak *"haksızlığa uğramış kişi"* anlamına gelen mağdur[289], kural olarak, suçla korunan hukuki değerin sahibidir[290]. İhaleye fesat karıştırma suçunun mağduru toplumdur[291]. Yukarıda korunan hukuki değer konusunda da bahsettiğimiz gibi, suçla ilk önce toplumun iktisadi yararı korunmaktadır. Ancak bu suç zaten özellikle topluma karşı suçlar içinde düzenlenmiştir[292]. Yani mağdur öncelikle toplumu oluşturan herkestir. Bunun suçun geniş anlamda mağduru olduğu savunulmuştur[293]. Başka bir görüşe göre ise, geniş anlamda mağdur devlettir. Bunun yanında idare ilk planda mağdurdur[294]. Buna karşın, doktrinde, tüzel kişilerin mağdur olamayacağı görüşünü savunan yazarlar da mevcuttur[295]. Daha sonra, gene korunan hukuki değer konusunda bahsettiğimiz gibi bireyin de iktisadi yararı korunmaktadır. Gerçekten bazı durumlarda toplumun yanında belirli kişi veya kişiler de, bu suçun işlenmesi ile mağdur edilmiş olabilir. Örneğin ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olduğu halde ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmaları hileli davranışlarla, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla engellenen kişiler bu suçun mağdurudur. Gene teklif ettiği malları, şartnamede belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılan kişiler de böyledir[296]. İhale yetkilileri de mağdur olabilir. Ancak suça iştirak edenler varsa, fail ile mağdur sıfatları aynı suç açısından aynı kişide birleşemeyeceğinden mağdur olmayacaklardır[297]. İhale yetkilileri ve ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan ya da ihaleye katılan kişilerin, suçun dar anlamda mağduru olduğu savunulmuştur[298]. Eğer ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılması engellenen, teklif ettiği malları değerlendirme

[289]Özgenç (2013b), s. 211.
[290]Özbek vd. (2014), s. 222; T. Katoğlu (2012). Ceza Hukukunda suçun mağduru kavramının sınırları. *AÜHFD*, 61 (2), s. 661.
[291]Şen ve Aksüt (2014), s. 64.
[292]Kazancı (2011), s. 129.
[293]Toroslu (2013a), s. 106.
[294]Soyaslan vd. (2014), s. 128.
[295]Özgenç (2013b), s. 213. Bütün mağdurların gerçek kişi olduğu ve tüzel kişilerin suçun işlenmesi nedeniyle zarar görmüş olabilecekleri fakat mağdur olamayacakları, devletin de bir hak süjesi olmadığı ve dolayısıyla mağdur olamayacağı, devleti mağdur kabul etmenin faşizm ve nazizim anlayışlarının hukuka yansıması olduğu; bununla birlikte bazı suçlarının mağdurunun belli olmadığı ve bu suçların işlenmesi ile toplumu oluşturan herkesin mağdur konumunda olduğu (geniş anlamda mağdur), bunun yanında toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu bazı suçlarda belirli bir kişi veya kişilerin de mağdur olabileceği (dar anlamda mağdur) hakkında bkz. Özgenç (2013b), s. 214; Koca ve Üzülmez (2014), s. 107.
[296]Özgenç (2013a), s. 90; Arslan (2012), s. 172.
[297]Koca ve Üzülmez (2014), s. 108; M. Koca ve İ. Üzülmez (2013b). *6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik çerçevesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*. Ankara: Adalet, s. 35.
[298]Arslan (2012), s. 172; Soyaslan vd. (2014), s. 128.

dışı bırakılan tüzel kişi ise, bu tüzel kişi suçtan zarar görendir[299]. Mağdurun kamu olduğunu kabul eden görüşe göre, idare ile kamu kurum ve kuruluşları da suçtan zarar görendir[300]. Aksi görüşe göre ise kamu kurum ve kuruluşları ile 5237 sayılı TCK m. 235/5 kapsamındakiler suçun mağdurudur[301].

5. Maddi Konu

5.1. Genel Olarak

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlendiği kişi veya şeydir[302]. İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından suçun maddi konusu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde belirtilmiş olan ihalelerdir[303].

İhaleye fesat karıştırma suçunun gerçekleşebilmesi için öncelikle bir ihalenin varlığı gerekmektedir[304]. İhalenin, ilgili mevzuata ve buna göre hazırlanması gereken şartnamesine uygun olması gerekmektedir. İhaleye fesat karıştırma suçu, genelde bunlara aykırı davranışlar sonucunda meydana gelmektedir. Yapılan işlemin tabi olduğu mevzuata göre bir ihale mevcut değilse, yapılan alım-satımın ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermesi mümkün olmayacaktır. İhale koşulları oluşmadan 5237 sayılı TCK m. 235 söz konusu olmaz[305].

5.2. Maddi Konu Olabilecek İhaleler

5237 sayılı TCK m. 235 gerekçesinde *"Suçun konusu, mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale ya da kiralama ihalesidir. İhalenin konusunun, suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli*

[299]Özgenç (2013a), s. 90.
[300]Kazancı (2011), s. 130.
[301]Şen ve Aksüt (2014), s. 64. Bu görüşe göre tüzel kişiler de suçun mağduru olabilir.
[302]N. Centel vd. (2014). *Türk Ceza Hukukuna giriş.* İstanbul: Beta, s. 218.
[303]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 678; Çelik (2006), s. 15; A. İ. Erdağ (2005). Ekonomik, sınai ve ticari suçlar. *Hukuk ve Adalet,* Bahar, s. 387; Özbek vd. (2012), s. 832.
[304]İhale kavramı Birinci Bölüm'de "İhale Kavramı" başlığı altında ele alınmıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. s. 1 vd.
[305]Şen ve Aksüt (2014), s. 69.

olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihale olmasıdır." denilmektedir[306]. Buna göre kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan ihalenin suçun konusunu oluşturması için; o ihale, taşınır taşınmaz mal satışına veya kiraya verilmesine, mal alım-satım veya kiralanmasına, hizmet satın alınmasına, yapım, bakım ve onarım işine ilişkin olabilir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu dışında, örneğin 6114 sayılı "Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun" gibi kanunlar uyarıca yapılan bazı ihaleler de ihaleye fesat karıştırma suçunu teşkil edebilir[307]. İhalenin tabi olduğu mevzuat açısından bir sınırlama bulunmadığı gibi, ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılması da şart değildir. Yapım ihaleleri dışında maddenin son fıkrası kapsamında yapılan ihaleler açısından da 5237 sayılı TCK m. 235'in uygulanması mümkündür[308]. Yani kamu kurum veya kuruluşları aracılığıyla veya fıkrada sayılan kuruluşlar adına yapılan ihaleler de madde kapsamına girebilecektir. Örneğin, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 345/b[309] kapsamında haczedilen bir mal satışı için yapılan arttırmanın bu kapsama girmesi mümkündür. Bunun gibi, mesela belediyeler aracığıyla yapılan mezatlar (belediye görevlileri tarafından yaş meyve-sebze halinde ihale usulü ile yapılan bir satış gibi), madde kapsamına girebilecektir[310]. Bu durumda fiilin 5237 sayılı TCK m. 235 kapsamına girebilmesi için fiilin başka bir suçu oluşturmaması gerekir[311]. Bunun

---

[306]Sözüer (2013), s. 333.

[307]Bir görüşe göre 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun" uyarıca yapılan ihaleler de TCK m. 235 kapsamına girebilecektir. Bkz. Özgenç (2013a), s. 35; Kazancı (2011), s. 30. Ancak 4734 sayılı Kanun m. 68/b'de *"Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz."* denilmektedir. Bu yüzden 4046 sayılı Kanun m. 12'deki *"Bu Kanunda yapılması öngörülen işlerde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ... uygulanmaz."* hükmü geçerliliğini yitirmiştir. Bundan dolayı 4734 sayılı Kanun'a göre bir ihaleye fesat karıştırılması hali mevcuttur. Ancak bu kamu harcamaları için geçerlidir. Gelir getiren işlere ilişkin ihaleler açısından ise Özgenç'in görüşü yerindedir. Aynı yönde bkz. Meran (2011), s. 19, 117.

[308]Yapım ihalelerinin de son madde kapsamına girdiği şeklindeki görüş için bkz. Özgenç (2013a), s. 38.

[309]2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

"Madde 345/b – (Ek: 9/11/1988-3494/59 m.; Değişik: 31/5/2005 - 5358/17 m.)

Bu Kanuna göre yapılan ihalelerde kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya katılmayan kimseye bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası verilir.

Aracılara da aynı ceza verilir."

[310]Arslan (2012), s. 180.

[311]2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girme tarihleri aynı olduğu için (1 Haziran 2005), İİK m. 345/b hükmü ile TCK m. 235 hükmü ilga edilmemiştir. Buna göre kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilme veya artırmaya katılmama halinde İİK hükmü, bunun haricinde TCK m. 235'e giren fesat hallerinde ise TCK hükmü uygulanacaktır. Bkz. Özgenç (2013a), s. 37.

yanında Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve bunların iştirakiyle kurulmuş olan şirketlerin (bağlı ortaklık) adına yapılan ihaleler de madde kapsamına girebilecektir[312]. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu gereğince vesayet altındaki kişinin taşınır ve taşınmaz mallarının ihale veya açık arttırma yoluyla satılması durumunda da yapılan ihale kamu kurum veya kuruluşu aracılığı ile yapıldığından ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olabilecektir. Bunun gibi 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gereğince izalei şüyu (ortaklığın giderilmesi) durumunda taşınır ve taşınmazların ihalesi 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre yapıldığından, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olabilecektir[313]. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kamu alacaklarının tahsilini temin etmek amacıyla yaptığı ihaleler de kamu kurum veya kuruluşları adına yapıldığından ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturabilecektir[314].

İhaleye fesat karıştırma suçunun konusunun taşıma ile trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemleri olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır[315]. İhale kavramını anlatırken bahsettiğimiz gibi trampa ve gayri ayni hak tesisi işlemleri 4734 sayılı Kanun kapsamına girmediği hallerde bu işlemler hakkında 2886 sayılı Kanun uygulanmaya devam etmektedir. Kira işlemi konusunda ise iki kanuna göre de ihale olabilecektir. Şöyle ki, kiraya verme işlemi 2886 sayılı Kanun'a göre yürütülmektedir. Buna karşın, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde hizmet tanımı içine giren "taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması hizmetinin alınması (idarenin kiracı olması)"na ilişkin ihaleler 4734 sayılı Kanun'a göre yürütülmektedir. Taşıma ihaleleri ise taşıma hizmeti alınması şeklinde m. 4 kapsamına girdiği hallerde 4734 sayılı Kanun'a göre yürütülmektedir. Bu kapsam dışında kalan taşıma işleri hakkında bir ihale ise (taşıma işi gelir getirici bir iş

---

[312]Özgenç (2013a), s. 39.

[313]Arslan (2012), s. 184; Meran (2011), s. 120. "*Miras ortaklarının anlaşamamaları halinde, Türk Medenî Kanunu (TMK) gereğince sulh mahkemesine müracaat edilerek, miras ortaklığının sona erdirilmesi talep edilebilmektedir. Doktrinde bu şekilde ortaklığın giderilmesi için açılan davaya "izale-şuyu" adı verilmektedir. Bu aşamada mahkeme, TMK'ya göre ya terekeye dahil mal ve hakların "aynen" bölüşülmesine ya da "satılarak" bedellerinin paylaşılmasına karar vermektedir. Genel olarak, uygulamada davanın satışla nihayete erdirildiği görülmektedir. Söz konusu satış işlemi de, Türk Medeni Kanunu'nun 699/3. maddesi gereğince "açık arttırma yoluyla" yapılmaktadır. Yine bu konuda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu m. 571 ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na atıfta bulunmaktadır."* Bkz. G. Yılmaz (2012), İzale-i şuyu davası ile miras ortaklığının sona ermesi halinde karşılaşılan KDV yükü. *TBB Dergisi* (98), s. 107; H. T. Korkmaz (2013). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun görev, yetki ve yargı yeri belirlenmesine ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi. *E-Journal of Yasar Üniversity (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi),* cilt 8, özel sayı, s. 1768, dipnot: 29. http://dergipark.ulakbim.gov.tr/jyasar/article/viewFile/5000066299/5000061805 (Erişim Tarihi: 24.12.2014)

[314]Meran (2011), s. 122.

[315]Çeşitli görüşler için bkz. Meran (2011), s. 119; Arslan (2012), s. 181, 183; Özgenç (2013a), s. 34, dipnot: 19.

ise) 2886 sayılı Kanun'a göre yürütülecektir. 5237 sayılı TCK m. 235'te mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralamaları madde kapsamına alınmıştır. 2886 sayılı Kanun'a göre yürütülmekte olan trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerine ilişkin ihaleler bir görüşe göre madde kapsamında açıkça belirtilmediği için ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olamayacaktır[316]. Diğer bir görüşe göre ise karşılığında bir kira bedeli tahsil edildiği hallerde kira bedeli ihale yöntemi ile belirleniyorsa, bu ihale, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olacaktır[317]. Tabi burada, harcama yapılması gereken bir iş olduğu için 2886 sayılı Kanun'a göre değil, artık 4734 sayılı Kanun'a göre yürütülen bir ihale söz konusudur. Yani burada, bu görüş çerçevesinde, TCK m. 235'e göre hizmet alımı yönünden bir ihalenin ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olacağını söyleyebiliriz. Yoksa 4734 sayılı Kanun kapsamına girmeyen ve 2886 sayılı Kanun kapsamında yürütülen trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işine ilişkin bir ihalenin bu görüşe göre de ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olamayacağı çıkarımını yapabilmekteyiz. Kira işlemi ise 5237 sayılı TCK m. 235'te açıkça belirtildiği için 2886 sayılı Kanun'a göre de yürütülse, 4734 sayılı Kanun'a göre de yürütülse ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturacaktır. Yani idare kiracı olduğunda, kira ile tutma işi hizmet tanımı kapsamında olduğundan ve harcama gerektiren bir durum olduğundan bu iş için bedel eksiltme şeklinde ihaleye çıkıldığında 4734 sayılı Kanun'a göre yürütülen bir ihaleye (TCK m. 235'e göre hizmet alımı yönünden) fesat karıştırılması mümkündür. İdare, kiraya verme işi için ihaleye çıktığında ise yani gelir getirici bir iş için ise 2886 sayılı Kanun'a göre bir ihaleye (TCK m. 235'e göre kiralama yönünden) fesat karıştırılması mümkün olabilecektir. Taşıma ihalesi ise 2886 sayılı Kanun'a göre yürütüldüğü hallerde, 2886 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde hizmet tanımı içinde taşıma işine yer verilmeyip hizmet tanımı ve taşıma tanımı ayrı ayrı açıklandığından, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olamayacaktır. Eş anlatımla, 2886 sayılı Kanun'a göre hizmet tanımı içine girmeyen taşıma işi, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmayacaktır. Buna karşın taşıma işine ilişkin bir ihale, 4734 sayılı Kanun'a göre yürütüldüğü hallerde, 4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde hizmet olarak tanımlandığı için ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olacaktır[318]. Çünkü bu

[316]Meran (2011), s. 119; Arslan (2012), s. 181, 183.
[317]Özgenç (2013a), s. 34, dipnot: 19.
[318]Meran (2011), s. 119.

durumda TCK m. 235'e göre hizmet alımı yönünden taşıma ihalesine fesat karıştırılması mümkündür. Ancak taşıma işi için kamu kurum veya kuruluşlarına adına veya bunlar aracılığıyla ya da son fıkra kapsamında ihaleye çıkılması durumunda herhalde ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturacağı şeklinde bir görüş de mevcuttur[319].

İhalenin Sayıştay tarafından tescili, denetimi ya da hesap yargısından geçip geçmemesi, Kamu İhale Kurumu incelemesinden geçip geçememesi, hukuk mahkemesinde ihalenin fesih davasının reddedilip edilmemesi suçun oluşup oluşmaması açısından bir öneme sahip değildir[320].

Fail kendi zannı ile, mevzuata göre bir ihale olduğundan hareket ile alım-satım yapmış olabilir. Bu alım-satımda failin bulunduğu davranışlar, ilgili ihale mevzuatına göre bir ihale yapılmış olsaydı, TCK m. 235 hükmünün ihlali anlamına gelebilecek davranışlar olacaktıysa bile; eğer bu alım-satım, gerçekte hukuki açıdan ihaleye konu edilmemesi gereken ya da konu ve vasıta olarak ihale edilebilmesi mümkün olmayan bir alım-satımsa, failin cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Burada failin yanılmaya düştüğü kabul edilir[321]. Fail, kanuni tarife uygun bir fiil işlemek istediği halde suçun maddi konusunun aslında mevcut bulunmamasından dolayı, kanuni tarifin esasında bir yanılması olmadığı halde, suçun gerçekleşmesine sebebiyet verememiştir. Böyle durumlarda işlenemez suç söz konusudur[322]. Nitekim ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin yönteminde, fail, ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verdiğini düşünebilecektir. Ancak Yargıtay da *"...ortada gerçek bir ihalenin bulunmadığı, ihale koşulları oluşmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağı*"nı söylemiştir[323]. İhale yapılması gerekmeyen bir durumda hatalı davranan fail hakkında, ihalenin yapılması ve bu ihalede fesat iddiaları dolayısıyla 5237 sayılı TCK m. 235 kapsamında cezai sorumluluğu doğmayacaktır[324]. Ancak ihaleye tabi olmadığı halde ihaleye açılan bir işte ihaleye fesat karıştırılması durumunda, artık ortada bir ihale olduğundan ve idari bir işlemle geri alınmadıkça hukuka uygunluk karinesinden

[319]Arslan (2012), s. 119; Özgenç (2013a), s. 34, dipnot: 19.
[320]Arslan (2012), s. 115, dipnot: 423.
[321]Şen ve Aksüt (2014), s. 71.
[322]Dönmezer ve Erman (1997), s. 365.
[323]Yargıtay 5. CD. 30.04.2007. Bkz. M. Abacıoğlu ve A. Abacıoğlu (2014). *İhalelere yönelik şikayetler – ihale veya edimin ifasına fesat karıştırma*. Ankara: Seçkin, s. 124.
[324]Şen ve Aksüt (2014), s. 70. Şartları oluştuğu takdirde, fail, başka suçlardan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Örneğin görevi kötüye kullanma, zimmet veya rüşvet suçları gündeme gelebilecektir.

yararlanılacağından, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olabileceği şeklinde aksi görüş de mevcuttur[325].

İhale açılması gereken bir durumda ihale açmadan doğrudan bir tarafla sözleşme yapılması durumunda da, şartları oluştuğu takdirde görevi kötüye kullanma suçunun meydana gelmesi, bu suçu düzenleyen normun ceza unsuru TCK m. 235 hükmüne nazaran daha hafif olması bakımından sorun teşkil etmekte gibi gözükmektedir. Ancak suç ve ceza ancak yasalarla konulabilir[326]. "Suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereği aksi düşünülemeyecektir[327]. Fail, istediği sonuca ihaleye fesat karıştırmak yerine ihale açması gereken bir durum mevcutken açmayarak ulaşma düşüncesine kapılabilecektir. Doktrinde bu durumu, yasayı dolanma adına tahrik edici bir unsur ve ihale yolsuzlukları ile mücadelede bir zafiyet olarak gören görüş de mevcuttur[328]. Ancak kanımızca kanun koyucu, gerçekten ihale açılması gereken bir durumda ihale açılıp da buna fesat karıştırılması ile ihlal edilen hukuki değere daha önemli bir değer atfetmektedir. Failin, ulaşmaya çalıştığı sonuca giderken izleyeceği farklı yollar arasında bir bakıma derecelendirme yapmaktadır.

İdare, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde bir mal, hizmet ya da yapım işine ihtiyaç duyduğunda kamu yararına en uygun olanını tercih etmek ister. İhaleler de bu amaçla yapılır. Eğer kamu yararı yoksa ihalenin yapılmasına gerek de yoktur. Böyle bir durumda, yani kamu yararı olmadığı halde bir iş için ihaleye çıkılması durumunda şartları oluştuğu takdirde ihaleye fesat karıştırma suçu değil görevi kötüye kullanma suçu gündeme gelecektir. Gene böyle, bir hizmet işi, kamu kurumunun kendi personeli tarafından gerçekleştirilebilecekken bunun için ihaleye çıkılıyor ve başka kimselere yaptırılıyorsa oluşacak suç ihaleye fesat karıştırma suçu değildir[329].

İhalenin ne tür bir ihale olduğu 2886 ve 4734 sayılı kanunlara göre tespit edilecektir. Karma nitelikli bir ihale söz konusu ise ağır basan niteliğe göre ihalenin türü belirlenecektir. 5237 sayılı TCK m. 235 kapsamındaki bir kurum ya da kuruluş adına bir alım-satım veya kiralama serbestçe de yapılabilecekken, bunun için ihale açıldığı durumda ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamına girilecektir[330]. Fakat madde metninin

[325]Arslan (2012), s. 178.
[326]Centel vd. (2014), s. 45.
[327]Şen ve Aksüt (2014), s. 72.
[328]Arslan (2012), s. 177.
[329]Kazancı (2011), s. 134.
[330]Şen ve Aksüt (2014), s. 77.

lafzından, yapım ihalelerinin son fıkra açısından kapsam dışı bırakıldığı görülmektedir. Gerekçede bunun bilinçli bir istisna olduğuna dair herhangi bir açıklama olmamasına rağmen, yapım ihalelerini de son fıkra kapsamına almak "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi ve kıyas yasağına aykırılık teşkil edeceğinden, son fıkra kapsamındaki yapım ihalelerinde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır[331].

5.3. İhalelerin İlgili Olduğu Tüzel Kişiler

Burada son fıkrada geçen tüzel kişilerin hangileri olduğuna da değinmekte fayda görüyoruz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin ilk fıkrasında "*Kamu kurumu veya kuruluşları*"ndan bahsedilmektedir. Son fıkrasında ise "*kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları*", "*kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler*", "*bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar*", "*kamu yararına çalışan dernekler*" ve "*kooperatifler*"den bahsedilmektedir. Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketlerin "adi ortaklık" olarak kurulmuş olması hali hariç maddede geçen bu saydıklarımızın her biri birer tüzel kişi niteliğindedir[332].

Kamu kuruluşları kişi topluluğu şeklindeki tüzel kişilerken, kamu kurumları ise mal topluluğu şeklindeki kamu tüzel kişileridir. Kamu kuruluşlarına örnek olarak il özel idareleri, belediyeler, köyler verilebilir. Kamu kurumlarına örnek olarak ise Üniversiteler, TRT, KİT'ler gösterilebilir[333].

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ise madde kapsamındaki diğer tüzel kişilerdendir. Anayasa'nın 135. maddesinin ilk fıkrasında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî 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 ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla

[331]Şen ve Aksüt (2014), s. 77. Aksi yönde bkz. Özgenç (2013a), s. 39.
[332]Arslan (2012), s. 185 vd.
[333]Arslan (2012), s. 185 vd.; Soyaslan vd. (2014), s. 131 vd.

seçilen kamu tüzel kişilikleri olduğu belirtilmiştir. Bunlara örnek olarak Odalar, Borsalar ve bunların üst birlikleri, Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği, Barolar ve Türkiye Barolar Birliği, Mühendis ve Mimar Odaları ile Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Tabip Odaları ve Türk Tabipler Birliği, Esnaf ve Sanat Odaları ile Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği, Esnaf ve Sanatkarlar Federasyonu ve Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu, Diş Hekimleri ile Türk Eczacılar Birliği, Noter Odaları ve Türkiye Noterler Birliği, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odalar Birliği verilebilir[334].

Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler madde kapsamındaki diğer tüzel kişiliklerdendir. Şirket, iki veya daha çok kişinin, emekleri ve mallarını ortak bir noktada birleştirmeleridir. Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş bir şirket adına yapılan ihale, madde kapsamına girecektir. Şirketler adi veya ticaret ortaklıkları şeklinde olabileceğinden ortaklık şekli ve payı madde kapsamı açısından bir önem arz etmemektedir.

Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar madde kapsamındaki diğer tüzel kişilerdendir. 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun m. 1/1 ve 2/ı hükümlerinde işaret edilen, ihaleyi yapan kurum ve kuruluşların bünyesinde faaliyet icra eden ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapacakları ihalelere katılamayacak olan bu kurum ve kuruluşların bünyesinde bulunan veya bu kurum ve kuruluşlarla ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıflar dışındaki vakıflar TCK m. 235 kapsamındadır. Kamu hizmetlerini veya personelini desteklemek üzere ve Türk Medenî Kanununa göre kurulan vakıflar da kapsam dahilindedir. Mehmetçik Vakfı, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı gibi 5072 sayılı Kanun m. 1/2 hükmü ile kapsam dışı bırakılmış olsa da kanunla kurulan vakıflar da TCK m. 235 kapsamındadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 2 hükmü ile kapsam dışı bırakılmış meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları ihalelerini 4734

[334]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 678.

sayılı Kanun'a göre yapmak zorunda olmasalar bile, kamu kuruluşu olduklarından ve kamu kaynağı kullandıklarından yaptıkları ihaleler TCK m. 235 kapsamındadır[335].

Kamu yararına çalışan dernekler madde kapsamındaki diğer tüzel kişilerdendir. 5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 2/a hükmüne göre dernek, *kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını* ifade etmektedir. Kamu yararına çalışan derneklerin ise aynı Kanun m. 27/1 hükmünde ilgili bakanlıkların ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edileceği belirtilmiştir. Aynı cümlenin devamında 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 gerektiği belirtilmiştir. Bunlara örnek olarak Türkiye Kızılay Derneği, Türk Hava Kurumu, Türkiye Yeşilay Cemiyeti, Türk Eğitim Derneği, Türkiye Göz Bankası Derneği verilebilir[336].

Son olarak kooperatifler de madde kapsamındaki tüzel kişilerdendir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 1'e 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 denir*". Aynı Kanun m. 7 gereği kooperatifler ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Dolayısıyla tüzel kişilik kazanılmadan önce yapılan ihaleler TCK m. 235 kapsamına girmeyecektir. Bir kooperatif adına yapılan mal veya hizmet alım satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere fesat karıştırılması için kooperatifin mutlaka 1163 sayılı Kanun'a göre kurulmuş olmasına gerek yoktur[337].

6. Maddi Unsur

İhaleye fesat karıştırma suçunun gerçekleşebilmesi için, ilgili mevzuatına ve buna göre hazırlanması gereken şartnamesine uygun bir ihaleye fesat karıştırılmış olması

[335]Arslan (2012), s. 185 vd.
[336]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 678.
[337]Arslan (2012), s. 185 vd.; Soyaslan vd. (2014), s. 134.

aranır[338]. Fesat karıştırma, geniş anlamıyla; failin, ihale süreci boyunca herhangi bir davranışının, ihale sürecinin normal akışının, usulüne uygun yürüyüşünün etkilenmesine, değişmesine, ihalenin amacına ulaşmasının engellenmesine sebep olmasıdır[339]. Ancak suçun oluşması için fesat karıştırılmış olması tek başına yeterli değildir: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerden birisinin de gerçekleştirilmesi gerekir[340]. Maddede sözü edilenler dışındaki hareketler, ihale mevzuatına ve şartnamesine aykırı olsa dahi m. 235 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Örneğin ihale usulü, ilan usulü gibi usul kurallarına aykırı hareket edilmiş olması, ihaleye fesat karıştırma suçunda sayılan hareketlerden değilse, bu suça vücut vermeyecektir. Bu hareketler diğer unsurları da oluştuğu takdirde görevi kötüye kullanma veya daha farklı bir suça vücut verebilir[341]. Bu hareketlerden hangisinin, ne şekilde yapıldığı, net ve ayrıntılı olarak hüküm gerekçesinde belirtilmek zorundadır. Bunun dayanağı Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrası ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34. maddesidir[342]. Failin yalnızca ihalenin tabi olacağı mevzuata aykırı davranmış olması yeterli değildir. Ayrıca failin fiilinin 5237 sayılı TCK m. 235 kapsamında olması gerekmektedir[343].

235. maddede tahdidi olarak sayılan seçimlik hareketler şunlardır:

- Hileli davranışlarla;
    - İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,
    - İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,
    - Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,
    - Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak
- Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak,

[338]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 126.
[339]Soyaslan vd. (2014), s. 106.
[340]Altıparmak (2014), s. 72.
[341]Kazancı (2011), s. 133.
[342]Şen ve Aksüt (2014), s. 79.
[343]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 126.

- Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,
- İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları[344].

Madde metninde rüşvet ile ilgili bir düzenlenmeye gidilmemiştir. Oysaki rüşvet vererek ihaleye fesat karıştırılması mümkündür. Maddenin dördüncü fıkrasında, fiil dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişi hakkında fiili başka bir suçu oluşturduğu takdirde, o suç hükmüne göre cezalandırılacağı belirtilmiş olsa da[345]; rüşvet veren açısından ihaleye fesat karıştırma suçu hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Yani rüşvet alan görevli, rüşvet alarak m. 235/2'deki seçimlik hareketlerden birini yaptıysa dördüncü fıkra kapsamına girecekken; rüşvet veren kişi, rüşvet vererek m. 235/2'deki seçimlik hareketlerden birini yaptıysa dördüncü fıkra kapsamına girmeyecektir[346].

765 sayılı TCK bakımından suç unsuru fiil, ihaleden uzaklaştırma ve uzaklaşma şeklinde iki ayrı kategoride tasnif edilebilmekteydi. 366 ve 367. maddeler ihaleden uzaklaştırma, 368. madde ise uzaklaşma fillerini düzenlemekteydi[347]. Halihazırdaki Kanun'da böyle bir ayrıma gidilmemiştir. 367. maddede özel kişiler (beyannas) arasında yapılan ihalelerin de suçun konusu olabileceğini düzenlenmişti. 5327 sayılı Kanun'da eğer özel kişiler arasındaki ihaleler son fıkra kapsamında, kamu kurum veya kuruluşu aracılığı ile yapılan bir ihale değilse suçun konusunu oluşturamayacaktır[348]. Gene 765 sayılı Kanun'da 205. maddede hangi hareketlerin fesat karıştırma olarak nitelendirileceği hakkında açık bir belirleme yoktu[349]. Yürürlükteki Kanun bu konuda, ihaleye fesat karıştırmanın hangi hareketlerle yapıldığında suç sayılacağını tahdidi olarak saymak suretiyle belirsizliğe son vermiştir[350].

---

[344]Yaşar vd. (2014), s. 6986.
[345]Çalışkan (2013), s. 656.
[346]Dolayısıyla kamu görevlisi bakımından gerçek içtima uygulanacaktır. Fikri içtima uygulanamayacaktır.
[347]Kazancı (2011), s. 134 vd.; A. İ. Erdağ. Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc (Erişim tarihi: 09.10.2014)
[348]Arslan (2012), s. 181; Erdağ (2005), s. 388.
[349]K. İçel (2012). Eski ve yeni ceza yasalarımız çerçevesinde "edimin ifasına fesat karıştırma" suçları bağlamında zamanaşımı ve lehe yasanın belirlenmesi sorunları. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2, s. 108.
[350]Arslan (2012), s. 115.

İhaleye fesat karıştırma suçu, neticesiz suç veya sırf hareket suçu ya da şekli suç veyahut neticesi harekete bitişik[351] suçtur. 5237 sayılı TCK m. 235/2 kapsamındaki davranışlardan herhangi birinin meydana geldiği anda suç oluşur. İhalenin sonuçlanması veya sonuçlanmaması, iptal edilip edilmemesi suçun oluşma anına etki etmeyecektir[352]. İhale sürecinden sonra, yani sözleşme imzalandıktan sonra ihaleye fesat karıştırma suçu işlenemez[353].

6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler öncesinde bu suçun, tehlike suçu olduğu söylenebilir. Ayrıca bir zararın meydana gelmiş olması hali maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmişti[354]. Somut bir tehlikenin meydana gelip gelmemesi önemli değildi. Bu yüzden suç, soyut tehlike suçuydu[355]. 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ile ise zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Zararın meydana gelmemesi hafifletici neden olarak düzenlenmiştir[356].

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin ikinci fıkrasında suça vücut verecek fiiller görüldüğü üzere dört başlıkta kategorize edilebilir[357]. Bunlar; a bendinde sayılan hileli hareketler, b bendinde gizliliğin ihlali, a bendinde sayılan ilk kalemin cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışla işlenmesi ve son olarak daha önce de değinildiği üzere çok failli bir nitelik arz eden "anlaşma yapmak"tır. Seçimlik hareketli bir suç olduğundan bu fillerden herhangi birinin yapılması halinde suç oluşacaktır[358]. Birden fazlasının yapılması suçun tekliği açısından önem arz etmeyecektir[359]. Sayılan hareketler dışında başkaca bir hareketle suç işlenemeyeceği için bağlı hareketli bir suçtur[360].

6.1. Hileli Davranışlarla İhaleye Fesat Karıştırma

[351]Zafer (2013), s. 97; T. Y. Sançar ve T. Köprülü (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler uygulamalı çalışmaları*. Ankara: Savaş, s. 151; Toroslu (2013a), s. 133 vd. Neticeli ve neticesiz suç hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. A. Önder (1992). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, s. 49.
[352]Şen ve Aksüt (2014), s. 82.
[353]Şen ve Aksüt (2014), s. 82; Ç. Arslan ve A. R. Töngür (2013). Edimin ifasına fesat karıştırma suçu. *TAAD*, Yıl:4, Sayı:14, s. 230.
[354]Kazancı (2011), s. 140.
[355]Arslan (2012), s. 175; Türkdoğru ve Arıtürk (2014), s. 31.
[356]Koca ve Üzülmez (2013a), s. 29.
[357]Koca (2014), s. 76.
[358]Çelik (2006), s. 16.
[359]Soyaslan vd. (2014), s. 107; Arslan (2012), s. 116.
[360]Koca (2014), s. 77; Arslan (2012), s. 115; Özgenç (2013a), s. 43, dipnot: 31; Türkdoğru ve Arıtürk (2014), s. 30.

Hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırma hallerini incelemeye geçmeden önce hile kavramı üzerinde durmanın yerinde olacağını düşünmekteyiz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde hilenin hangi hareketlerle gerçekleştirilebileceği, nelerin hile sayılacağı belirtilmemiştir. Kanunda hilenin bir tanımı da bulunmamaktadır. Ancak dolandırıcılık suçunda geçerli olan hilenin, kanun koyma politikasında bir tutarsızlık olmaması bakımından, burada da geçerli olması gerekmektedir[361]. İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen maddede, dolandırıcılıktan farklı olarak sadece, hangi amaçlara yönelik hileli hareketlerin suç sayılacağı (tahdidi bir şekilde) belirtilmiştir[362]. Genel çerçevesiyle, objektif olarak hataya düşürücü, karşı tarafın tasarrufu üzerinde etki yaparak onu aldatan davranışlar hile olarak kabul edilmektedir[363]. Ancak kişinin aldanmış olması hilenin varlığı için olmazsa olmaz değildir[364].

Hilenin niteliği konusunda bir özellik aranmadığına göre, muhatabını ikna etmeye, aldatmaya yönelik söz, jest ve mimiklerin biri veya birkaçı ile gerçeği gizlemek, doğruymuş sanılmasına elverişli akıl yürütmeleri barındıran bir yalan şeklinde olabilir[365]. Bu durumda hileli hareketler muhatabın psişik dünyasına doğrudan sirayet etmektedir[366]. Yalanın tek başına hile sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine dolandırıcılık suçunda hilenin gerçekleşebilmesi için niteliğinin kandırabilecek şekilde olması gerekliliğinin olmadığından yola çıkarak ihaleye fesat karıştırma suçunda da kandırabilir niteliğin aranmayacağını, soyut bir yalan söylemenin yeterli olacağını savunan bir görüş mevcuttur[367]. Bir diğer görüş ise hile unsurunun meydana gelip gelmediğinin tespitinde kandırabilecek niteliğin aranmaması gibi bir şey olmayacağı, hilenin zaten kandırabilecek nitelikli hareketlerden meydana geldiğini savunmaktadır[368]. Bir başka görüş ise hilenin hem kandırabilecek nitelikte olmasını hem de bunun

[361]Dolandırıcılık suçunda hile kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. D. Soyaslan (2014b). *Ceza Hukuku Özel Hükümler.* Ankara: Yetkin, s. 432.
[362]Tuğrul (2013), s. 62; Altıparmak (2014), s. 75; Kazancı (2011), s. 150.
[363]Kazancı (2011), s. 140.
[364]Özgenç (2013a), s. 43. Aksi yönde bkz. N. Meran (2008). *Yeni Türk Ceza Kanununda sahtecilik malvarlığı bilişim suçları ile ekonomik ve ticaret alanında suçlar*. Ankara: Seçkin, s. 225.
[365]Artuk vd. (2014), s. 795.
[366]Arslan (2012), s. 123.
[367]Yaşar vd. (2014), 7022; Kazancı (2011), s. 151.
[368]Özgenç (2013a), s. 42.

muhatabını aldatmış olmasını aramaktadır[369]. Yani bu görüşe göre, kandırabilecek nitelikte olmayan bir hileyle muhatap aldanmışsa ya da kandırabilecek nitelikte bile olsa hile muhatabı aldatamamışsa hile unsuru gerçekleşmemiş demektir[370]. Yalan ile mağdurda oluşan yanlış kanının devam etmesi için doğru olmayan, hile içeren hareketler ile desteklenmesinin aranması gerekliliğini savunan görüş de mevcuttur[371]. Yargıtay hilenin suça vücut verebilmesi için sahneye koyma görüşünü savunmaktaydı[372]. Fakat soyut yalanı hilenin bulunmasını yeterli gördüğü kararları da olmuştur[373].

Yalan dışında, hile; olmayanı varmış gibi, olanı yokmuş gibi göstermeye yönelik hareketlerle gerçeğin gizlenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu durumda ise farazi bir durum oluşturularak dış gerçeklik değiştirilmekte ve muhatabın algısını etkilemek suretiyle muhatap yanıltılmaktadır[374]. Muhatabı aldatan, yanıltan, hataya düşüren hareketler bir olgu üzerinde gerçekleşmektedir. Bu olgu geçmişte gerçekleşmiş, halen gerçekleşmekte olan ya da gelecekte gerçekleşmesi sübjektif olarak ihtimal dahilinde görülebilen; ispatlanabilir, somut durumlar ve olaylardan oluşmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçunda bu olgular Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının a bendinin alt bentlerinde sayılan ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek; ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak; teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak; teklif edilen malları,

[369]S. Dönmezer (1977). *Kişilere ve mala karşı cürümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 326. Ayrıca hile ve desise ile mağdurun yanılması arasında nedensellik bağı da bulunması gerektiği hakkında bkz. S. Dönmezer (1998). *Kişilere ve mala karşı cürümler*. İstanbul: Beta, s. 383.

[370]Meran (2011), s. 123.

[371]Soyaslan vd. (2014), s. 108.

[372]"*Suçlunun bedelini alarak davacıya üç sene müddetle kiraya verdiği zeytin ağaçlarını üçüncü bir şahsa tekrar kiraya vermekten ibaret olan hadisenin tatbik edilen Ceza Kanunuun 503. maddesine tevafuku izah ve suç unsurlarının mevcudiyeti irade ve tetkik edilmeyerek dolandırıcılıktan mahkumiyetinin karar verilmesinin yolsuz olduğu...*". Bkz. Dönmezer (1998), s. 386. "*Sanığın yalan söylediğini, dört yıldır hastanede yattığı hususundaki mücerret yalan beyanının yardım istenen kimselerden altısının tahkiki sonucu hile ve sania unsurunu oluşturmadığını, keza gönüllerden kopan yardımın gönderen kimseler bakımından 503. maddedeki zarar unsuru çerçevesinde mütalaa edilemeyeceğini ve dolandırıcılıktan mahkumiyetin yerinde olmadığı...*" (CGK E. 1983/6-222, K 19983/305, 12.5.1983) Bkz. Dönmezer (1998), s. 386.

[373]"*Askere sevk olunan efrattan birini askerlikten kurtarmak maksadiyle para alarak dolandırıcılıksuçunu işleyen kimse hakkında takibat icrasına salahiyet askeri makamlara değil adli makamlara aittir.*" (CGK, 27.1.1963, E. 213, K.2). "*Davacının küçüklüğünden istifade eden suçlunun, sayıp iade edeceğini söyleyerek parayı aldıktan sonra savuşması dolandırıcılıktır.*" (CGK, 30.3.1942 tarih ve E.4-74, K. 78.) Bkz. Dönmezer (1998), s. 388.

[374]Arslan (2012), s. 123.

şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak şeklinde ortaya çıkan hareketlerden oluşmaktadır[375]. Burada belirtmeliyiz ki, bu alt bentlerde sayılan hareketlerin yapılması otomatikman hilenin gerçekleşmesi anlamına gelmemektedir. Bu hareketler ve hile suçun farklı unsurlarıdır. Eğer hile unsuru meydana gelmemişse bu hareketler ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Başka suçları oluşturabilecektir; fakat artık TCK m. 235 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ayrıca hile unsuru ve alt bentteki hareketler meydana gelmişse bile bunlar arasında bir illiyet bağı kurulabilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde suç meydana gelmiş olmayacaktır[376]. Eğer alt bentlerde sayılan hareketlerin icrasına hileli bir davranışla başlanmış, ancak hileli davranış gerçekleşmesine rağmen elde olmayan sebeplerle, ortaya çıkması istenen alt bentler kapsamındaki hareket meydana gelmemişse ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüsten söz edilebilecektir[377].

Muhatabı aldatan, yanıltan, hataya düşüren hareket icrai olduğunda hileli davranış gerçekleşmektedir. İhmali olduğunda ise garantörlük yükümlülüğü yoksa hileli davranış gerçekleşmiş olmaz[378].

İcrai bir davranış, davranışın üzerinde gerçekleştiği bir olgu hakkında, muhatabın, o olgunun gerçekliğine inanması için hileli bir şekilde gerçekleştirilebilir. Fail hileli hareketler yardımıyla kendi istediği yönde muhatabının iradesini etkilemektedir. Bunu yaparken bir açıklama veya beyanda bulunma şeklinde hareket edebileceği gibi, zımni bir takım hareketler yardımıyla da hileli davranışta bulunabilir. Fail eğer gerçek olmayan bir durumu gerçekmiş gibi ortaya koyuyorsa, bu bir açıklama veya beyanda bulunma şeklinde gerçekleşecektir. Bunu ihale sürecinde istekliler yapabileceği gibi görevli kişiler de gerçekleştirebilir. Örneğin istekli, hukuka aykırı bir anlaşmaya dayanan bir fiyat teklifi ile muhatapları aldatmış olabileceği gibi, görevli kişiler (ihale makamları) de hileli hareketleri yardımıyla ihaleye almaları gereken bir kişiyi almayabilir ya da almamaları gereken bir kişiyi alabilirler. Bunun dışında fail, yaptığı zımni bir takım hareketlerle muhatabının yanılmasına sebebiyet veriyor da olabilir. Bu tür hileli hareketlerde, aldatma icrai bir hareketle mi meydana gelmiş yoksa ihmali bir

[375]Kazancı (2011), s. 141.
[376]Şen ve Aksüt (2014), s. 85.
[377]Özgenç (2013a), s. 44.
[378]Altıparmak (2014), s. 75; Arslan (2012), s. 124.

hareketle mi ortaya çıkmış oluyor konusu bir kesinlik taşıyor olmasa da[379]; bir fiyat teklifinde bulunulması, bu teklifin hukuka aykırı bir anlaşmaya dayandığı, usulüne uygun olarak yapıldığı, serbest rekabet kuralları içinde olduğu kendiliğinden ve açıkça bir beyanla belirtilmemiş ise zımni bir irade beyanı ile gerçekleştirilmiş hileli bir hareket olabilir[380].

İhmal suretiyle hileli davranışlarda bulunmak için bir görüşe göre aydınlatma yükümlülüğü ile önceden özel olarak hukuka aykırı bir hareketin gerçekleştirilmiş olması şartları birlikte aranmalıdır[381]. Önceden gerçekleştirilmiş özel olarak hukuka aykırı hareket, korunan hukuki değerin tehlikeye düşmesine yol açmış bir hareket olmalıdır. Örneğin rekabet serbestliği, kartel yasağı olan bir alanda hukuka aykırı olarak bir anlaşma yapmak veya bu anlaşmaya katılmak, önceden gerçekleştirilmiş hukuka aykırı hareket olarak nitelendirilebilir. Çünkü böyle bir anlaşma ihale makamlarının zarar görmesi tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Fiyat konusunda yapılmış bu tür bir anlaşma hakkında ihale makamına bilgi verilmemiş olması hile kapsamında bulunabilecektir ve bu hile ihmal suretiyle ortaya çıkmış kabul edilebilir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ancak bu şartlar altında bir hilenin ihmali olarak bu suç kapsamına girmesi mümkün olacaktır[382].

---

[379]Yapmak biçiminde olan davranışın icrai, yapmamak biçiminde olan davranışın ise ihmali olduğu ve ihmali davranışla gerçekleştirilen suçlara ihmal suçları dendiği hakkında bkz. O. E. Taşkın (2011). *Kışkırtıcı ajan*. Ankara: Seçkin, s. 52.

[380]Kazancı (2011), s. 144.

[381]Kural olarak icrai bir hareketle işlenebilen bir suçun ihmali bir hareketle de işlenebileceği durumlarda görünüşte ihmali suçlar söz konusu olmaktadır. Bu tip ihmali suçları, garantör yükümlülüğü olan kişiler işleyebilecektir. Garantörlük, suç tanımındaki hareketlerle ortaya çıkacak neticenin meydana gelmesini engellemek için hukuken yükümlü olmaktır. Kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli bir hareketten [failin daha önce yaptığı tehlikeli bir hareketi şeklindeki ifade için bkz. Zafer (2013), s. 223.] kaynaklanabilir. Bkz. Hakeri (2014), s. 156 vd. Öngelen tehlikeli hareket metinde "özel olarak hukuka aykırı hareket" olarak ifade edilmiştir.
Alman Ceza Hukuku'nda, ihmalin icrai davranışa eşdeğer olması ve kişinin belirli neticeyi engelleme konusunda bir statüye sahip olmasının, görünüşte ihmali suçların unsurları olduğuna dair bkz. Zafer (2013), s. 223.

[382]Kazancı (2011), s. 144 vd. Yalnızca bir anlaşmaya imza atmanın önceden özel olarak hukuka aykırı bir hareketin gerçekleştirilmiş olması şartını sağlayıp sağlamadığı, teklifte bulunulmadan önce yapılan hareketlerin hangilerinin ön hareketler kapsamına girdiği, kartel anlaşmasının yapılmasının ihaleye fesat karıştırma suçunun ihmali hareketle işlenmesini sağlayıp sağlamadığı hakkında ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz. Kazancı (2011), s. 147, 148, 149.

6.1.1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını hileli davranışlarla engellemek

Daha önce hangi hallerde ihaleye katılmaktan yasaklanma kararı verileceğini incelemiştik[383]. Yasaklama kararı bir idari yaptırım olabileceği gibi[384] verilen mahkumiyet hükmünün bir sonucu olarak, yani güvenlik tedbiri niteliğinde de karşımıza çıkabilmekteydi. Bunun yanında hakkında kamu davası açılmış kişinin yargılamanın sonuna kadar kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesi gerekmekteydi. İhaleye katılamayacak olanlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun da 6. maddesinde sayılmıştır[385]. Bu kişiler dışında ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olanların ihaleye katılmasında bir engel bulunmamaktadır[386]. Bu durum ihale sürecinde eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Tabi ki ihaleye katılmak için aranan bazı yeterlik ve koşulların olması da kaçınılmazdır. İhale sürecine hâkim olan ilkeler arasında da değindiğimiz gibi gerek ekonomik ve mali yeterlik gerekse mesleki ve teknik yeterlik isteklide bulunması gereken niteliklerdir. İhale sürecinde rekabetin sağlanması için bu niteliklerin isteklide bulunması gereklidir. 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde ihaleye katılımda yeterlik kuralları düzenlenmiştir[387]. Bunların aranması yeterlik ilkesinin bir gereğidir[388]. 2886 sayılı Kanun'un 5. maddesinde ise "ihaleye katılabilme şartları" başlığı altında 2886 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihalelere katılabilmek için kanuni ikametgah sahibi olmanın, gerekli nitelik ve yeterliği haiz bulunmanın, istenilen teminat ve belgeleri vermenin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. "İsteklilerde aranacak nitelikler ve istenecek belgeler" başlıklı 16. maddede ise idarece ihalelerin en elverişli koşullarla sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla, isteklilerde belirli mali ve teknik yeterlik ve nitelikler aranabileceği ve bunları tespite yarayan belgelerin neler olduğunun şartnamelerde gösterileceği belirtilmiştir. İsteklilerin şartnamelerde yazılı belgeleri eksiksiz vermek ve Türkiye'de tebligat için adres göstermek zorunda oldukları

[383]Bkz. Birinci Bölüm "2.3.İhale Sürecindeki Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı konu.
[384]A. Taşdelen (2006). Malî sonuçlu bir idarî yaptırım örneği: Kamu harcama ihalesine katılmaktan yasaklanma. *AÜHFD*, 55 (1), s. 294.
[385]Koca (2014), s. 81.
[386]Çalışkan (2013), s. 621.
[387]Tuğrul (2013), s. 66.
[388]Soyaslan vd. (2014), s. 108.

düzenlenmiştir. Yapım işleriyle her türlü etüt, proje, kontrollük ve müşavirlik hizmetlerine ait ihalelerde, isteklilerde aranacak niteliklerin ve istenecek belgelerin neler olacağı, ne yolda ve kimlerce verileceği ve müteahhit sicillerinin ne biçimde tutulacağının ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bayındırlık Bakanlığınca hazırlanacak tüzükte gösterileceği hüküm altına alınmıştır[389]. 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde ise önce iki yönden istekliden neler istenebileceği sayılmıştır. Bunlardan ilki ekonomik ve malî yeterliğin belirlenmesi için istenebilecek bilgi ve belgeler, ikincisi ise mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için istenebilecek bilgi ve belgeler olarak kategorize edilmiştir[390]. Bunlar dışında kalan bilgi ve belgelerin istenmesi mümkün değildir. Hangi

[389]Arslan (2012), s. 132.

[390]*"İhaleye katılımda yeterlik kuralları*
Madde 10 - İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:
a) Ekonomik ve malî yeterliğin belirlenmesi için;
1) Bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgeler,
2) (Değişik: 30/7/2003-4964/7 m.) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,
3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.
b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;
1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,
2) (Değişik: 20/11/2008-5812/3 m.) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;
a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,
b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,
c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,
d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,
e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.
3) İsteklinin üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlamasına yönelik belgeler,
4) İsteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracağına ilişkin bilgi ve/veya belgeler,
5) İhale konusu hizmet veya yapım işlerinde isteklinin yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler,
6) İhale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler,
7) İstekliye doğrudan bağlı olsun veya olmasın, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler,
8) İhale konusu işin ihale dokümanında belirtilen standartlara uygunluğunu gösteren, uluslar arası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar,

ihalelerde hangi bilgi ve belgelerin istenebileceği yönetmeliklerle belirlenmektedir[391]. Yönetmeliklerde "İstenecek belgeler" başlıklı maddeler bulunmaktadır. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 27, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 29, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 29, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 30 hangi ihalelerde ne tür yeterlik belgelerinin istenmesinin zorunlu olduğu ve hangi belgelerin istenilmesine yer olmadığı hususlarını düzenlemektedir. Örneğin Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 27'nin ilk fıkrasının c bendi *"Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihaleler hariç, yaklaşık maliyeti eşik değerin altında olan her türlü mal alımı ihalelerinde, ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin belgeler istenemez."*[392] şeklindedir. Yani bir mal alımı ihalesi belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılmıyorsa ve yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında ise ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin belgeler istenemez. Diğer mal alımı ihalelerinde ise, ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin belgelerin istenip istenmeyeceği idarelerin takdir hakkına bırakılmıştır[393]. Belirlenen sınırların üzerine çıkılarak veya sınırların içinde kalsa bile takdir yetkisinin kötü kullanılması suretiyle yeterlik kurallarını aşan koşul veya kriterler öngörülür ya da bunlar değiştirilerek bir isteklinin ihaleye katılımı engelleniyorsa, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını hileli davranışlarla engellemek fiili (5237 sayılı TCK m. 235/2-a-1) gerçekleşmiş olacaktır[394]. 4734 sayılı

---

9) İdarenin talebi halinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları.
İhale konusu işin niteliğine göre yukarıda belirtilen bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağı, ihale dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilân veya davet belgelerinde belirtilir.
(Ek fıkra: 12/6/2002-4761/13 m.) Birinci fıkranın (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen belgelerden, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde, denetleme veya yönetme görevi nedeniyle alınanlarda gerçek kişinin mühendis veya mimar olma şartı aranır. İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur. (Değişik son cümle: 20/11/2008-5812/3 m.) Denetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler ilk beş yıl en fazla beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda gerçek kişiler ile tüzel kişilerin en az beş yıldır yarısından fazla hissesine sahip olan mühendis ve mimarların iş denetleme nedeniyle alacakları belgeler tam olarak, yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler en fazla beşte bir oranında dikkate alınır."

[391]Kazancı (2011), s. 152.

[392]http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.12917&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Mal%20Al%C4%B1m%C4%B1%20%C4%B0haleleri%20Uygulama%20Y%C3%B6netmeli%C4%9Fi

[393]Şen ve Aksüt (2014), s. 90.

[394]Soyaslan vd. (2014), s. 110.

Kanun'un 10. maddesinin devamında ise[395], isteklilerin hangi durumlarda ihale dışı bırakılacağı sayılmıştır. İhaleye katılma yeterlik veya koşullarına sahip bir isteklinin, failin hileli davranışlarıyla ihaleye katılması engelleniyorsa Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının a bendinin ilk alt bendinin ihlali gerçekleşmiş olacaktır. İhaleye katılma yeterliğini doktrinde, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilen ekonomik ve malî ile mesleki ve teknik açıdan, işin zamanında, sözleşme ve şartname hükümleri çerçevesinde yerine getirildiğinin tespiti sırasında başvurulacak ölçütler olarak tanımlayan görüş mevcuttur[396]. İhaleye katılma koşulları ise ilgili mevzuat ve buna uygun olarak hazırlanması gereken ihale dokümanlarında ve şartnamesinde bulunması ve bulunmaması gereken özellikler olarak tanımlanmıştır[397]. Dolayısıyla, isteklilerin hangi durumlarda ihale dışı bırakılacağını gösteren 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrası ihaleye katılma koşulları içinde yer alan olumsuz koşullardandır. Katılma yeterliği ve koşullarının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir[398].

Mağdurun ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olması bu ihlalin gerçekleşmesi için gerekli unsurlardandır[399]. 4734 sayılı Kanun'un 14. maddesi kapsamında ortak girişimler söz konusu olduğunda, iş ortaklığı veya konsorsiyumu oluşturan birden fazla gerçek veya tüzel kişiden herhangi birinin katılma yeterliği bulunmuyorsa, ihaleye katılma yeterliği veya koşulu bulunmadığından bahisle, ortak girişimin mağdur sıfatını haiz olamayacağını savunan görüş mevcuttur[400]. Mağdurun

---

[395] *"İhaleye katılımda yeterlik kuralları*
Madde 10/4 - Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:
a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
c) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.
d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.
e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.
f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.
g) İhale tarihi itibariyle, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan.
h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.
i) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.
j) 17 nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen."
[396] Arslan (2012), s. 125.
[397] Arslan (2012), s. 130.
[398] Arslan (2012), s. 125, 130.
[399] Şen ve Aksüt (2014), s. 86.
[400] Arslan (2012), s. 127.

katılmasının engellenmesi aday veya istekli olarak ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere kabul edilmemesi şeklinde olabileceği gibi, kabul edildikten sonra ihale sürecinin herhangi bir aşamasında, örneğin ön yeterlik aşamasında, ihale dışında bırakılması şeklinde de olabilir[401]. Ayrıca failin davranışının hileli bir davranış olması gerekmektedir. Hileli davranış hukuka aykırı davranış kategorisinde de ele alınabilir. "Hukuka aykırı diğer bir davranışla" ibaresi ile düzenlenen c bendi, kanımızca, hileli bir davranış dışında kalan ve c bendinde bahsedilen "cebir veya tehdit kullanmak suretiyle" ibaresinin de dışında kalan hukuka aykırı davranışlarla ihaleye fesat karıştırıldığında gündeme gelecek hükümdür. Yani hukuka aykırı bir davranışla fail ihaleye fesat karıştırma suçunu işlediğinde önce işlediği bu fiilin daha özel bir kategoride ele alınıp alınamayacağına bakılmalıdır. Eğer fiil hileli davranış olarak nitelendirilebiliyorsa a bendindeki düzenleme gündeme gelecektir. Eğer fiil cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmişse c bendindeki "cebir veya tehdit kullanmak suretiyle" ibaresinden dolayı c bendi gündeme gelecektir. Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle olmasa bile hukuka aykırı diğer bir davranış mevcutsa, c bendinde aynı cümle içerisinde "ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla" ibaresinden ötürü gene c bendi kapsamında ele alınacaktır[402].

Failin hileli hareketi sahte belge düzenlemek şeklinde olabileceği gibi ilgili belgeleri hileli yollarla ele geçirmek suretiyle saklamak, değerlendirmeye alınmasını engellemek şeklinde de olabilecektir[403]. Eğer belgede sahtecilik şeklinde hileli hareket gerçekleştiyse 5237 sayılı TCK m. 212 gereği hem sahtecilik hem ihaleye fesat karıştırma suçlarından ayrı ayrı cezaya hükmedilecek yani gerçek içtima uygulanacaktır[404]. İhale görevlisinin, ihalenin üzerinde kalmasını istemediği bir istekliyi ihale dışında bırakmak için, hileli davranışlarla ihaleyi iptal etmesi de ihaleye katılma yeterliğine veya koşuluna sahip bir isteklinin ihaleye katılmasını hileli davranışla engellemek olarak kabul edilebilir. İsteklilerden birinin, diğerinin ihaleye katılmasını engellemek için, ihale hakkındaki bilgiler konusunda onu hileli davranışlarla aldatması

[401]Soyaslan vd. (2014), s. 110; Arslan (2012), s. 133.
[402]Doktrinde bu konuda ilk alt bendin gereksiz olduğu görüşü de mevcuttr. Bkz. Şen ve Aksüt (2014), s. 86.
[403]Kazancı (2011), s. 154.
[404]Özgenç (2013a), s. 44; Koca ve Üzülmez (2013a), s. 32; Meran (2008), s. 497.

da bu bent kapsamında yapılabilecek fiillerdendir[405]. Yargıtay açık ihale usulü ile ihaleye gidilebilecek bir satım almada doğrudan temin usulünün kullanılmasını ihaleye katılma yeterliğine sahip olanları ihaleye almamak olarak değerlendirmektedir[406]. Aynı şekilde, ihale görevlisinin, tekliflerin sıhhatini etkilemeyen önemsiz bilgi ve belge eksikliklerini gerekçe göstererek ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasını hileli davranışlarla engellemesi de bu alt bent kapsamında ele alınacaktır[407]. Nitekim 04.03.2010 tarih ve 27511 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği uyarınca başvurudaki bilgi eksikliği başvuru ve teklifin esasını değiştirecek nitelikte değilse, bu eksikliklerin istekliye tamamlattırılması gerekmektedir[408]. İhale görevlisi rüşvet karşılığında ihaleye katılma yeterliğine veya koşuluna sahip bir isteklinin ihaleye katılmasını engellemiş de olabilir. Rüşvet alma veya verme fiili otomatikman ihaleye fesat karıştırma suçunun oluştuğu anlamına gelmemektedir. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşması için rüşvet alma ve verme fiillerinin ihaleye fesat karıştırma kastı ile işlenmiş olması gerekmektedir. Aksi halde şartları da oluşmuşsa, yalnızca rüşvet hükümleri uygulama alanı bulacaktır[409].

5237 sayılı TCK m. 235/4'te ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişilerin, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır[410]. Dolayısıyla bu fıkra uyarınca böyle durumlarda gerçek içtima uygulanacaktır[411]. Görevli kişi bir kamu görevlisi olabileceği gibi, şirket, vakıf veya

---

[405]Arslan (2012), s. 136; Soyaslan vd. (2014), s. 110. Ancak doktrinde bazı isteklileri ihale dışında bırakmak için veya ihale ile ilgili fiyatın belirlenmesinde görevinin gereklerine aykırı işlem yapan ihale görevlileri hakkında *"ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını hileli davranışlarla engellemek"* ile ilgili hükümden dolayı sorumluluğa gidilemeyeceğini savunan bir görüş de mevcuttur. Bkz. Şen ve Aksüt (2014), s. 92.

[406]"*İlçe Tarım Müdürlüğü tarafından hazırlanıp GAP idaresi tarafından kabul edilen Bağcılık ve Nar Projesi için 48.000 TL yaklaşık maliyetle hicaz narı, aşılı bağ ve aşısız bağ alımı için, ilan yapılmadan piyasa araştırılması ile yetinilerek doğrudan temin yöntemi ile ihaleye çıkıldığı, ..., /249 TL'yi aşan miktarlar için doğrudan temin yöntemi ile ihale yapılmasının mümkün olmadığı, ... açık yöntemle yapılmayan ihaleye katılma yeterliği ve koşulları bulunan kişilerin katılımının engellendiği, ... en uygun fiyat veren ...'den temin edilmeyip, bir kısmının da ...'den alındığı, kanıtlanması halinde eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 235/2-a-1-3 bendinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği..."* (Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 27.02.2012 tarih ve 2012/6166 Esas ve 2012/3772 sayılı kararı)

[407]Arslan (2012), s. 134.

[408]Meran (2011), s. 128.

[409]Şen ve Aksüt (2014), s. 86.

[410]Meran (2011), s. 248.

[411]Birden fazla ceza normunun ihlal edildiği durumlarda cezaların içtimaına gidilir. Gerçek içtima da denilen bu durumda cezalar ayrı ayrı toplanarak iki ayrı suçtan da cezalandırılma yoluna gidilir. Bkz. B. Öztürk ve M. R. Erdem (2012). *Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku.* Ankara: Seçkin, s. 340.

kamu yararına çalışan dernek yöneticisi de olabilecektir. Bu kişiler, menfaat temin ettiklerinde, örneğin, şartları oluştuğu takdirde irtikap, rüşvet suçlarından da cezalandırılacaktır[412]. Menfaat temin eden görevli kişi için artık fikri içtima hükümleri uygulanmayacak, oluşturduğu farklı bir suç varsa, buna göre de ayrıca cezalandırılacaktır[413]. İdarenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi tespit ederken takdir yetkisini kötüye kullanarak ihaleyi başkası üzerine bırakması ve bu kötü kullanımın bir menfaat karşılığında olması böyledir[414]. Ancak bu düzenleme yalnızca menfaat temin eden görevli kişileri kapsamaktadır[415]. Dolayısıyla rüşvet veren istekli bu düzenleme uyarınca cezalandırılamayacaktır. Bu da doktrinde eleştirilmiştir[416].

İhaleye katılmaktan yasaklı bir kişinin bu yasaklığından haberi olmayan başka bir kişi onu ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip biri sanıp hileli davranışlarla ihaleye katılmasını engelliyorsa fiili yanılmaya dayalı bir mefruz suç olacağından ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmaz[417].

6.1.2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin hileli davranışlarla ihaleye katılmasını sağlamak

İhaleye katılacak kişinin ihale yeterlik ve koşullarını taşıyor olması gerekmektedir. Bu yeterlik ve koşulları taşımayan kişiler ihaleye kabul edilmez. İhaleye bir şekilde katılmış olsalar bile, bu fark edildiğinde ihale dışı bırakılmaları gerekir[418]. Ancak hileli davranışlarla bu nitelikteki kişiler ihaleye katılma yeterlik ve şartlarına sahipmiş gibi gösteriliyorsa, ihaleye katılması sağlanıyorsa, Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının a bendinin 2. alt bendi hükmünün ihlalinden söz edilir. Bir önceki alt bentte "ihale sürecindeki işlemler" ibaresinin bu alt bentte yer almaması suç tanımı açısından herhangi bir farklılık arz etmemektedir. İhale kavramı yapılacak bir sözleşme öncesi izlenecek usulleri kapsayan bir süreci de kapsadığından,

[412]Arslan (2012), s. 226.
[413]Kazancı (2011), s. 201.
[414]Arslan (2012), s. 140.
[415]Koca (2014), s. 165.
[416]Kazancı (2011), s. 134.
[417]Kazancı (2011), s. 131.
[418]Arslan (2012), s. 137.

"ihaleye katılması sağlanan kişi" denildikten sonra bir de "ihale sürecindeki işlemlere" değinmek gerekmemektedir[419].

Bir önceki bentte olduğu gibi burada da eğer belgede sahtecilik şeklinde hileli hareket gerçekleştiyse TCK m. 212 gereği hem sahtecilik ve hem ihaleye fesat karıştırma suçlarından ayrı ayrı cezaya hükmedilecek yani gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır[420]. Ancak, ihaleye katılma yeterlik veya koşullarına sahip olmayan kişilerin, sanki sahiplermiş gibi sahtecilik yapmak suretiyle belge sunarak ihaleye girmelerinin bu suç kapsamında olmayacağının kabulü gerekir. Çünkü suçun gerçekleşmesi için ihaleye giren ile hileli davranışları yapan kişinin farklı kişi olması gerekmektedir. Bu durumda şartları oluşmuşsa yalnızca belgede sahtecilik suçundan sorumluluk doğabilecektir. Yargıtay'ın da bu yönde kararı mevcuttur[421].

Bu kapsamda fiil ihale görevlisi tarafından işlenebileceği gibi ihale görevlisinin yanıltılması suretiyle de işlenebilir. İhale görevlisinin isteklinin sunduğu bilgi ve belgelerin ihaleye katılma yeterliğinde veya koşullarında olmadığını bildiği halde sanki öyleymiş gibi işlem yapması bu suç kapsamındadır[422]. Bu bilgi ve belgenin içeriğinin değiştirilmesi ya da belgede sahtecilik yapılması da ihale görevlisi tarafından yapılabilecek bu suç kapsamındaki fillerdendir[423]. Bunun gibi ihaleye girmek için geçici teminat vermek zorunda olan kimsenin, teminatı vermemiş olmasına rağmen kamu görevlilerini yanıltarak teminat verilmiş gibi ihaleye alınmasının sağlanması ya da ihaleye katılması istenilen kişiler için ihale usul ve yöntemlerinin değiştirilmesi de bu suç kapsamındadır[424]. Teklif mektubu ile geçici teminatların usulüne uygun olmaması

---

[419]Arslan (2012), s. 137, dipnot: 472.

[420]Artuk (2013), s. 638.

[421]Şen ve Aksüt (2014), s. 87; Arslan (2012), s. 139.
"İhaleye konu polis lojmanlarına ilişkin yeterlik belgesi komisyonu başkan ve üyeleri olan sanıkların ihale mevzuatına ve Bakanlık tebliğine aykırı olarak ihaleye katılan müteahhitlere yönteme uymayan puanlar verdiklerini ve değerlendirmenin ayrı ayrı ve gizli yapılması kuralına uymadıklarının, puanlarda sonradan değişiklik ve ayarlama yaparak ihaleleri öngördükleri müteahhitlerin üzerinde bıraktıklarının kabul edilmesi karşısında, bu hareketlerin değerlendirilerek eylemin "hükümet hesabına" yapılan ihalede hileli araçlar kullanmak suretiyle rekabeti ihlal ve TCK.nun 366. maddesine uyar nitelikte olup olmadığının tartışılması, eylemin bu maddeye girmediği takdirde yasanın yardımcı hüküm konumunda bulunan 240. maddesine gireceğinin gözetilmesi gerekir." (Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 7.2.1991 tarih ve 1990/7518 Esas ve 1991/723 Karar sayılı kararı.) http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4cd-1990-7518.htm&query=%221990/7518%22#fm (Erişim tarihi: 1.1.2015)

[422]Meran (2011), s. 133.

[423]Arslan (2012), s. 137.

[424]Şen ve Aksüt (2014), s. 87. İhale usulüne fesat karıştırılması hakkında eşik değerinin altında kalması için ihtiyaçların kısımlara ayrılması suretiyle temin yoluna gidilmesi örnek olarak verilebilir. Bkz. Arslan (2012), s. 140.

halinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 36. ve 37. maddelerinin 2. fıkraları gereğince isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir. İlgili hükümler şöyledir:

"İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. İstekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır. Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturum kapatılır." (m. 36/2)

"(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 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." (m. 37/2)

Dolayısıyla değerlendirme dışı bırakılması gereken teklifler eğer hileli davranışlarla değerlendirmeye alınıyorsa TCK m. 235/2-a'nın 2. alt bendi kapsamında bir fiil gerçekleşmiş olacaktır[425].

Müdahalesi kasıtlı olmayan bir kişi varsa ve bu kişiyi olayda başka biri kullanıyorsa, kullanan kişi dolaylı faildir. 5237 sayılı TCK m. 37/2'de suçun

[425]Arslan (2012), s. 134, dipnot: 467

işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Bir başka kişiyi araç olarak kullanan dolaylı fail işlenen suçtan sorumlu tutulur[426]. İhale görevlisinin bazı kişilerin ihaleye girmesini sağlamak için yanıltılması böyle durumlardandır. Kesinleşmiş sosyal güvenlik prim veya vergi borcu olduğu halde yokmuş gibi belge veren memur tarafından, gerçeğe aykırı veya yanıltıcı bilanço düzenleyen muhasebeci, mali müşavir vb. tarafından ya da teyit yasaklı bir isteklinin ihaleye girmesi için teyit işlemini yapan Kamu İhale Kurumu yetkilisi tarafından bu tür bir yanıltma gerçekleştirilebilir[427]. Bu durumlarda yanıltan kimseler dolaylı fail olarak sorumlu olacaklardır[428].

İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin hileli davranışlarla ihaleye katılmasını sağlamak fiili, kişinin ihaleye katılımını temin etmek için ihale dokümanına hukuka aykırı olarak ve hileli davranışlarla özel hükümler konulması şeklinde de olabilecektir. İhaleyi ekonomik açıdan en avantajlı teklifi verenin üzerine bırakmak yerine, yetkisini kötüye kullanarak başkası üzerine ihalenin kalması için hileli davranışlar gerçekleştirmek de bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Yukarıda da değindiğimiz "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun da 6. maddesinde sayılan kişilerin, ihalelere hileli davranışlarla katılmasını sağlamak bu alt bent kapsamında suç oluşturur. Ancak ihaleye katılma yeterlik veya koşullarına sahip olmayan kişinin ihaleye girmesi durumunda suç gerçekleşmeyecektir. Şöyle ki suçun düzenleniş biçimi birinin ihaleye katılmasını sağlamak şeklindedir. İhaleye girmek değildir. Bu sebeple 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 28'deki *"Belediye başkanı görevi süresince ve görevinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, meclis üyeleri ise görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren bir yıl süreyle, belediye ve bağlı kuruluşlarına karşı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremez, komisyonculuk ve temsilcilik yapamaz."* hükmü gereğince belediye başkanlığınca yapılan ihalelere girmesi yasak olan belediye eski başkanı veya meclis eski üyesinin ortağı olduğu şirket aracılığıyla ihaleye katılması durumunda artık bu alt bent hükmünce asli fail olması mümkün gözükmemektedir. Azmettiren ya da yardım eden olarak ceza sorumluluğuna gidilmesi ise mümkündür. İhale görevlisi ise ihaleye katılma yeterlik ve

[426]T. Demirbaş (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 484.
[427]Soyaslan vd. (2014), s. 114; Arslan (2012), s. 138.
[428]Artuk (2013), s. 798.

koşullarına sahip olmadığını bildiği isteklinin, kasten ihmali bir davranışla ihaleye girmesini sağlayarak asli fail olur. Eğer ihaleye girmesi yasak olan belediye eski başkanı veya meclis eski üyesi, başkası veya başkaları vasıtasıyla şirketi idare ediyorsa, artık 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 28'den bahsedilemeyeceğinden ihaleye katılma yeterlik veya koşullarına sahip olmayan kişinin ihaleye girmesi durumu da oluşmamış olacaktır[429].

Hileli davranışların gerçekleşmiş olmasıyla birlikte istenilen kişi üzerine ihale kalmamış ya da istenilen isteklinin ihaleye katılması sağlanamayıp başka bir istekli ihaleye katılmış olsa bile suç gerçekleşmiş olacaktır[430].

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

İdare sözleşme yapacağı zaman tek yanlı olarak iradesini ortaya koymaktadır. Bu sözleşme ile ilgili kuralları idare koymaktadır ve istekliler ihaleye katılmak istiyorlarsa bunlara uygun hareket edeceklerdir[431].

İhalelerde en uygun kalite ve nitelikte ihale konusu teminine ulaşılmaya çalışıldığına göre, mal alım ihalelerinde de en uygun kaliteli ve nitelikli mal edinilmelidir. Bu yüzden, bu konuda hile yapılmaması ihalenin amacı açısından da önem arz etmektedir[432].

Şartnamenin Türkçe sözlükteki karşılığı *"Satın alma, satma, yaptırma, kiralama vb. işleri gerçekleştirmek isteyen tarafın düzenlediği, her iki tarafın da uymayı üstlendikleri şartların tespit edildiği resmî belge"* şeklindedir[433]. İhale süreci çerçevesinde şartnameler ihale konusu mal veya hizmetin alım, satım işleri veya yapım işleri ile ilgili olarak düzenlenen, ihale sürecinde yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belgelerdir. Bu belgeler işin adını, niteliğini, türü ve miktarını belirtirler. Hizmet ihalelerinde ise şartnamede işin tanımı bulunur. Bunların

[429]Şen ve Aksüt (2014), s. 91 vd.
[430]Arslan (2012), s. 142.
[431]Altıparmak (2014), s. 76.
[432]Arslan (2012), s. 142.
[433]http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.545fa9c9e8c5d4.29607571 (Erişim tarihi: 22.09.2014)

yanında ihaleyi düzenleyen idarenin adı, açık adresi, ihale usulü, ihale tarihi, saati, tekliflerin nereye verileceği, tekliflerin geçerlik süresi, geçici teminatın miktarı, ihale konusu işin başlama ve bitirme tarihi, ihalenin yapılma yeri, teslim şartları ve gecikme halinde alınacak cezalar gibi bilgiler de şartnamede bulunan bilgilerdendir[434].

İhalenin konusu bu alt bent açısından mal alımı olduğundan, düzenleme 4734 sayılı Kamu İhale Kanun ile ilgilidir. Kanun'un 3. maddesinde istisnalar haricinde mal alımları bu Kanun'a göre yapılacaktır. Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde mal, *"Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları"* olarak tanımlanmıştır[435].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrasına göre *"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."*[436]

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinin ilk fıkrasına göre *"İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığının ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlattırılabilir."*

4734 sayılı Kanun'un 12. maddesinin 2. fıkrasında *"İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir."* denilmektedir[437]. İhale dokümanı, Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde *"İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler"* olarak

[434]Kazancı (2011), s. 155.
[435]Arslan (2012), s. 143.
[436]Meran (2011), s. 163.
[437]Çalışkan (2013), s. 624.

tanımlanmıştır[438]. 46. maddenin 2. fıkrasında ise İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemeyeceği belirtilmiştir[439].

Teknik şartnamelerde de ihale konusu iş, her türlü özelliği ile gösterilmektedir. Şartnameler açısından dikkate alınması gereken ilkeler rekabet ve eşitlik ilkeleridir. İstekliler arasından yalnızca birinin haiz olduğu özellikler belirtilmek kaydıyla ihalenin o istekliden başkasının üzerine kalmayacağı şekilde bir şartname düzenlenemez. Daha kapsayıcı, daha genel özelliklerin düzenlenmesi gerekmektedir[440]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasının devamında ve 3. fıkrasında *"...Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır.*

Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir." denilmek suretiyle ihalenin o istekliden başkasının üzerine kalmayacağı şekilde bir şartname düzenlenemeyeceği hususu hükme alınmıştır[441]. Teknik şartnamede, alınacak malın özelliklerinin ayrıntılı ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi gerekmektedir[442]. 4734 sayılı Kanun m. 27'de asgari hususlar belirtilmiştir[443].

---

[438]2886 sayılı Kanun'un 4. maddesinde ise *"yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri ifade eder."* şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Yaşar vd. (2014), s. 7033.
[439]Şen ve Aksüt (2014), s. 93.
[440]Kazancı (2011), s. 156.
[441]Arslan (2012), s. 143.
[442]Tuğrul (2013), s. 73; Yaşar vd. (2014), s. 7033.
[443]*"İhale ve ön yeterlik dokümanının içeriği ve idari şartnamede yer alması zorunlu hususlar*
Madde 27- İhale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur. Ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilir.
İdari şartnamede ihale konusuna göre asgari aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur:
a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
b) İdarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası.
c) İhale usulü, ihale tarih ve saati ile tekliflerin nereye verileceği.
d) İsteklilere talimatlar.
e) İsteklilerde aranılan şartlar, belgeler ve yeterlik kriterleri.
f) İhale dokümanında açıklama isteme ve yapılma yöntemleri.
g) Tekliflerin geçerlilik süresi.

Ancak, istekliler arasından yalnızca birinin haiz olduğu özellikler belirtilmek kaydıyla ihalenin o istekliden başkasının üzerine kalmayacağı şekilde bir şartname düzenlendiği durumlarda, şartnamedeki nitelikler ile teklif edilen mallar arasında nitelik farkı ortadan kalkmış olacağından "teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle hileli davranışlarla değerlendirme dışı bırakmak" şeklinde bir fiilden artık bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, ihaleye katılacak bazı kişiler aleyhine düzenlenen şartnameler suretiyle değerlendirme dışı bırakılan mallar açısından, şartnameye bir aykırılık oluşmayacağı için, ihaleye fesat karıştırma suçu bu alt bent kapsamında gerçekleşmeyecektir. Eğer şartnamenin bu şekilde düzenlenmesi için gizli bir anlaşma mevcutsa, ihaleye fesat karıştırma suçunun 2. fıkrası kapsamında d bendinde düzenlenen hükmünün ihlali gerçekleşmiş olabilecektir. Ayrıca kamu görevlisi açısından c bendi de gündeme gelebilecektir[444].

4734 sayılı Kanun m. 39'a göre "*ihale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir"*. Ancak idare, Kanun'un 37 ve 38. maddelerine göre, ihaleyi, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi

---

h) (Değişik: 30/7/2003-4964/18 m.) İhaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği, ihale konusu işin tamamına veya bir kısmına teklif verilmesinin mümkün olup olmadığı, mal alımı ihalelerinde alternatif teklif verilip verilemeyeceği, verilebilecekse alternatif tekliflerin nasıl değerlendirileceği.
i) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin teklif fiyatına dahil olacağı.
j) Tekliflerin alınması, açılması ve değerlendirilmesinde uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar.
k) İhale kararının alınmasından sözleşmenin imzalanmasına kadar uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar.
l) İhalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı.
m) Teklif ve sözleşme türü.
n) Geçici ve kesin teminat oranları ile teminatlara ait şartlar.
o) (Değişik: 30/7/2003-4964/18 m.) İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu.
p) Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu.
r) İhale konusu işin başlama ve bitirme tarihi, yapılma yeri, teslim şartları ve gecikme halinde alınacak cezalar.
s) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı ile sözleşme konusu işler için eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.
t) (Değişik: 30/7/2003-4964/18 m.) Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları ile sözleşme kapsamında yaptırılabilecek iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler.
u) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşme ile ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
v) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
y) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.
z) Anlaşmazlıkların çözümü."
[444]Şen ve Aksüt (2014), s. 93.

veren isteklinin üzerine bırakmalıdır. Aksi takdirde ihaleye fesat karıştırma suçu meydana gelebilecektir[445].

İhaleye fesat karıştırma suçunun bu alt bent kapsamında gerçekleşmesi için teklif edilen malların şartnameye uygun olması ve buna rağmen şartnameye uygun olmadığı gerekçesiyle malların hileli hareketlerle değerlendirme dışı bırakılmış olması gerekmektedir. Alt bent kapsamında yalnızca maldan bahsedildiği için mal alım ihaleleri dışındaki ihalelerde bu alt bent uygulama alanı bulamayacaktır[446]. Hizmet alım-satım, kiralama ve yapım ihaleleri suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu alt bent kapsamında değerlendirilemeyecektir. Doktrinde "teklif edilen mallar" ibaresi yerine "teklif edilen edim" ibaresinin kullanılmasının daha yerinde olacağını savunulmuştur[447].

Teklifin değerlendirme dışı bırakılması, ihalenin karara bağlanmasında dikkate alınmaması manasına gelmektedir[448]. Dolayısıyla ihale, teklifi değerlendirme dışı bırakılan teklif sahibinin üzerinde kalmayacaktır[449].

Tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması ancak komisyonda görevli başkan veya üyeler tarafından gerçekleştirilebilecektir[450]. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 43 gereği[451] ihale komisyonları son derece objektif davranmalı ve

---

[445]Meran (2011), s. 164.
[446]Tuğrul (2013), s. 73.
[447]Koca (2014), s. 94; Arslan (2012), s. 142; Kazancı (2011), s. 156. "teklif edilen mallar" ifadesinin yeterli olduğu şeklindeki aksi görüş için bkz. R. Arıtürk (2011). *İhaleye fesat karıştırma suçu*. Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 298.
[448]Artuk vd. (2014), s. 800.
[449]Soyaslan vd. (2014), s. 115.
[450]4734 sayılı Kanun m. 36 ve 37.
[451]"*Tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları, fotoğrafları ile teknik şartnameye cevapları ve açıklamaları içeren doküman*
MADDE 43 – (1) Teklif edilen malın teknik şartnamede yer alan teknik kriterlere uygunluğunu belirlemek amacıyla numune, teknik bilgilerin yer aldığı katalog, teknik şartnameye cevapları ve açıklamaları içeren doküman ile fotoğraf ayrı ayrı veya birlikte istenebilir.
(2) Numunenin sunulma yöntemi ile ihale komisyonunca numunenin değerlendirilmesine yönelik düzenleme, ayrıntılı bir şekilde ön yeterlik şartnamesinde veya idari şartnamede yapılır. İdare tarafından numune bir tutanak ile teslim alınır. Bu tutanağın bir sureti de aday veya istekliye verilir.
(3) İş ortaklığında teklif edilen mal esas alınarak ortaklardan biri, birkaçı veya tümü tarafından teklif edilen mala ilişkin olarak ön yeterlik şartnamesinde veya idari şartnamede yapılan düzenleme çerçevesinde; numune, teknik bilgilerin yer aldığı katalog, teknik şartnameye cevapları ve açıklamaları içeren doküman ile fotoğraf sunulur. Konsorsiyumların katılabileceği ihalede, işin uzmanlık gerektiren kısımları göz önünde bulundurularak numune, teknik bilgilerin yer aldığı katalog, teknik şartnameye cevapları ve açıklamaları içeren doküman ile fotoğrafa yönelik düzenleme her bir kısım için ayrı ayrı yapılır. Konsorsiyum ortaklarından her biri, başvuruda bulunduğu veya teklif verdiği kısım için istenilen yeterlik kriterini sağlamak zorundadır."

malların teknik şartnameye uygunluğu konusunda yüksek dikkat göstermelidir[452]. Ancak karara muhalif kalan üye veya üyelerin ceza sorumluluğunun şahsiliği gereği fail olmamaları kabul edilmelidir. Muhalif oyu teklif edilen malı, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak yönünde olan üye veya üyeler ise icra hareketlerine başlamış kabul edileceğinden suç tamamlanmamış olsa bile teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir[453].

Eğer teklif edilen malın, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığını komisyonun görevlendirdiği uzman kişi belirtmişse, malın değerlendirme dışı kalmasından TCK m. 235/2-a-3 gereğince, uzman kişi sorumlu tutulacaktır[454].

Tekliflerin değerlendirilmesi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 36. ve 37. maddelerine göre yapılmaktadır. Bu safhada, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle hileli davranışlarla değerlendirme dışı bırakmak fiili gerçekleştirilebilecektir[455].

Teknik şartnamede gösterilen özelliklerden farklı olmasına rağmen aslında onlardan daha iyi ve üstün özellikleri haiz malların değerlendirme dışı bırakılması da bu alt bent kapsamında ele alınmalıdır. Zira kanun koyucu kamu ve toplum menfaatlerini korumak amacıyla ihaleye fesat karıştırma fiilini suç olarak düzenlemiştir[456].

Uygulamada ihaleye fesat karıştırmanın bu hareketle işlendiğinin ispatının zor olduğundan bahsedilmektedir[457].

6.1.4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle hileli davranışlarla değerlendirmeye almak

Yukarıda da değinildiği gibi ihalelerde en uygun kalite ve nitelikte ihale konusu teminine ulaşılma amacı bulunduğundan, ihale konusu niteliğinde yapılacak hile bu amaca ulaşma sürecini sekteye uğratacaktır. Mal alım ihalelerinde de teklif edilen malın

[452]Çalışkan (2013), s. 625; Tuğrul (2013), s. 74; Meran (2011), s. 163; Şen ve Aksüt (2014), s. 93.
[453]Arslan (2012), s. 144.
[454]Meran (2011), s. 164.
[455]Arslan (2012), s. 144.
[456]Şen ve Aksüt (2014), s. 93.
[457]Soyaslan vd. (2014), s. 115.

şartnamesinde belirtilen niteliklere uygun olması bu amaca ulaşma noktasında dikkat edilecek hususlardandır[458]. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle hileli davranışlarla değerlendirmeye almak Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının a bendinin 4. alt bendinde düzenlenmiştir[459].

İdare, 4734 sayılı Kanun'un 37 ve 38. maddelerine göre ihaleyi, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerine bırakmalıdır[460].

İhaleye fesat karıştırma suçunun bu alt bent kapsamında gerçekleşmesi için teklif edilen malların şartnameye uygun olmaması ve buna rağmen şartnameye uygun olduğu gerekçesiyle malların değerlendirmeye alınmış olması gerekmektedir. Alt bent kapsamında da bir önceki alt bentte olduğu gibi yalnızca maldan bahsedildiği için mal alım ihaleleri dışındaki ihalelerde bu alt bent uygulama alanı bulamayacaktır. Mal satım, hizmet alım-satım, kiralama ve yapım ihaleleri suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu alt bent kapsamında değerlendirilemeyecektir. Doktrinde bu ihaleleri de kapsayacak şekilde bir düzenlenme yapılmasının daha uygun olacağını savunulmuştur[461].

Şartnamedeki nitelikler ile teklif edilen mallar arasındaki nitelik farkı ortadan kaldırılarak, istenilen bir istekli üzerine ihalenin kalması için önceden bir anlaşma yapmak yoluyla şartname düzenlendiği durumlar olabilir. İhaleye katılacak bazı kişiler aleyhine düzenlenen şartnameler dikkate alınarak değerlendirmeye alınan mallar açısından, şartnameye bir aykırılık oluşmayacağı için, ihaleye fesat karıştırma suçu bu alt bent kapsamında gerçekleşmeyecektir. Eğer şartnamenin bu şekilde düzenlenmesi için gizli bir anlaşma mevcutsa, ihaleye fesat karıştırma suçunun gene 2. fıkrası kapsamında d bendinde düzenlenen hükmünün ihlali gerçekleşmiş olabilecektir. Ayrıca kamu görevlisi açısından c bendi de gündeme gelebilecektir[462].

Tekliflerin değerlendirilmesi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 36. ve 37. maddelerine göre yapılmaktadır[463]. Bu safhada, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle hileli davranışlarla

[458]Kazancı (2011), s. 156.
[459]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 127; Koca (2014), s. 96.
[460]Meran (2011), s. 164.
[461]Kazancı (2011), s. 157; Arslan (2012), s. 144.
[462]Şen ve Aksüt (2014), s. 93.
[463]Artuk vd. (2014), s. 800.

değerlendirmeye almak, ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsurunu teşkil edecektir[464].

37. maddenin ilk fıkrasında *"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."* denilmektedir[465].

Teklifin değerlendirmeye alınması, ihalenin karara bağlanmasında, değerlendirmeye alınan teklife, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olan diğer tekliflerle aynı hukuki değerin atfedilmesi manasına gelmektedir[466]. Dolayısıyla ihale, aslında teklif edilen malları şartnamesine bile uygun olmayan istekli üzerine kalabilecektir. İhale, o istekli üzerine kalmamış olsa da, ihaleye fesat karıştırma suçu neticesiz bir suç olduğu için, suç gerçekleşmiş olacaktır. İhalenin, teklifi değerlendirmeye alınan kişinin üzerine kalıp kalmaması suçun bu alt bent kapsamında meydana gelmesini etkilemeyecektir[467].

Hileli hareketi gerçekleştiren komisyon üyeleri, ihaleyi önceden belirlenmiş kişi ya da kişilerin üzerinde bırakmak için teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alarak; aynı anda bir diğer isteklinin teklif ettiği malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakabilir. Bu durumda fiil TCK m. 235/2-a'nın alt bentlerinden 3 ve 4'üncünün aynı anda ihlali gerçekleşmiş olacaktır. Tek bir fiil olarak değerlendirmeye alınacaktır[468].

Tekliflerin değerlendirmeye alınması ancak komisyonda görevli başkan veya üyeler tarafından gerçekleştirilebilecektir[469]. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 43 gereği ihale komisyonları son derece objektif davranmalı ve malların teknik şartnameye uygunluğu konusunda yüksek dikkat göstermelidir[470]. Ancak karara muhalif kalan üye ve üyelerin ceza sorumluluğunun şahsiliği gereği fail olmamaları

[464]Arslan (2012), s. 144.
[465]Şen ve Aksüt (2014), s. 93.
[466]Koca (2014), s. 98.
[467]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 678; Arslan (2012), s. 144.
[468]Meran (2011), s. 164.
[469]4734 sayılı Kanun m. 36 ve 37.
[470]Meran (2011), s. 163; Şen ve Aksüt (2014), s. 93.

kabul edilmelidir. Muhalif oyu teklif edilen malı, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak yönünde olan üye veya üyeler ise icra hareketlerine başlamış kabul edileceğinden suç tamamlanmamış olsa bile teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir[471].

Eğer teklif edilen malın, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğunu komisyonun görevlendirdiği uzman kişi belirtmişse, artık malın değerlendirmeye alınmasından TCK m. 235/2-a-4 gereğince uzman kişi sorumlu tutulacaktır[472].

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

6.2.1. Genel olarak

Bir iş için ihaleye çıkılacaksa sözleşme konusu iş duyurulmalı, mümkün olduğunca çok kişinin haberdar olup sözleşme yapmak için başvurması sağlanmalıdır. Temel ilkeler arasında yer alan saydamlığın gereği bu olmakla beraber 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesine göre idareler, ihalelerde gizliliği sağlamakla da sorumludur[473]. Gizlilik ilkesi de ihaleye ilişkin temel ilkeler arasındadır[474]. Bu iki ilke birbiriyle çelişki içinde değildir. Serbest rekabet ortamının bozulmasını sağlayacak bir duruma sebebiyet verecek bir gizlilik değildir. Gizlilik ilkesinin ihlali, ihale sürecinde rekabet ve eşitlik ilkesini engelleyecek nitelikteki bilgilerin, ilgililer dışındaki kişi ve görevlilere duyurulması ile gerçekleşir[475]. İhalelerde temel ilke saydamlık ilkesi olmakla birlikte bazı bilgi ve belgelerin gizli tutulması sağlıklı bir ihale sürecinin yürütülmesi için gereklidir[476].

6.2.2. Çeşitli mevzuatlardaki düzenlemeler

[471]Arslan (2012), s. 144.
[472]Meran (2011), s. 164.
[473]Çalışkan (2013), s. 626.
[474]Yaşar vd. (2014), s. 7035; Soyaslan vd. (2014), s. 115; Arslan (2012), s. 145.
[475]Şen ve Aksüt (2014), s. 98.
[476]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 128.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 36. maddesine göre bu Kanun'un 1. maddesinde yazılı işlere ilişkin ihalelerde, tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulü esastır[477]. Bu hüküm de gizlilik ilkesinin sağlıklı bir ihale süreci açısından gerekliliğini göstermektedir. Fakat burada kast edilen ihaleye gizli bir şekilde çıkılması, tekliflerin gizli bir şekilde açılması gibi fiiller değildir[478].

4734 sayılı Kanun m. 9'da, yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmeyeceği, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmayacağı belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 53. maddesinin e bendinde, Kurul üyeleri ile Kurum personelinin görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait edindikleri, gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamayacakları belirtilmiştir. Aynı Kanun m. 61'de ise, bu Kanun'un uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanların; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemeyecekleri belirtilmiştir. m. 61'de sözü geçen tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerden ne anlaşılması gerektiğinin belirsiz olduğunu savunan görüş mevcuttur[479]. m. 10'da düzenlenen *ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak belirtilen bilgi ve belgeler*in bunlar arasında sayılabileceğini savunan görüşe göre bunun yanında sunulan teklif belgesi de bu belgeler arasında sayılabilir. Fakat kanunda nelerin bu tür bilgi ve belgeler arasında sayılacağının kesin olarak belirtilmediği savunulmuştur[480].

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 29. maddesinde ise, 4735 sayılı Kanun'un uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanların; yüklenicilerin iş ve işlemlerine, teknik ve mali yapılarına ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri ifşa edemeyecekleri, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamayacakları belirtilmiştir[481].

Gizlilik ilkesi bu hükümler çerçevesinde ele alınmalıdır. İşte ihale mevzuatına ya da şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak,

[477]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 128.
[478]Artuk vd. (2014), s. 800.
[479]A. Taşdelen (2004). *Kamu harcama hukukunda ihale süreci*. Ankara: Turhan, s. 175.
[480]Taşdelen (2004), s. 175.
[481]Şen ve Aksüt (2014), s. 98.

bu bilgiler tekliflerle ilgili olması şartıyla Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde suç olarak tanımlanmıştır[482].

6.2.3. Kapsamına girebilecek kişiler ve davranışlar

Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak fiili, ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden birini teşkil etmektedir. 4734 sayılı Kanun m. 36'da *"Teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye verilir. İhale komisyonunca ihale dokümanında belirtilen saatte kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla tespit edilerek, hazır bulunanlara duyurulur ve hemen ihaleye başlanır. İhale komisyonu teklif zarflarını alınış sırasına göre inceler. 30 uncu maddenin birinci fıkrasına uygun olmayan zarflar bir tutanak ile belirlenerek değerlendirmeye alınmaz. Zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır..."* denildiğinden ihale dokümanında belirtilen saatten önce tekliflerin açılması ya da başkalarına duyurulması ihaleye fesat karıştırma suçunun bu seçimlik hareketine uyan fillerdendir[483]. Suçun meydana gelmesi için başkalarına ulaşması sağlanan bilgiler öncelikle tekliflerle ilgili olmalıdır. Daha sonra ise ihale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgiler olmalıdır[484].

Bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak; açıklanmaması, saklı kalması gereken bilgilerin başka kişiler tarafından öğrenilmesine neden olacak şekilde onlara iletilmesi, açığa vurulması, yayınlanması veya herhangi bir şekilde ifşa edilmesidir. Bu bilgi, tekliflerle ilgili bir belgede olabileceği gibi başka bir dokümanda da bulunabilir. Bilginin teklifle olan ilgisi doğrudan veya dolaylı olabilir[485]. Örneğin yaklaşık maliyetin önceden öğrenilmesi rekabeti bozacak bir durum olacağından, bununla ilgili bilgi ve

[482]Koca (2014), s. 98. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu tür bir düzenleme bulunmamaktadır. İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, m. 364'de öngörülen genel olarak fenni ve sınai sırları açıklama, m. 365'de öngörülen bu sırların bir yabancıya açıklanması veya m. 198'de öngörülen meslek sırrının açıklanması suçlarını oluşturabilecektir. Bunlardan birinin kapsamına girmeyen bilgi açıklaması görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecektir. Bkz. Kazancı (2011), s. 161.
Ancak, ihaleye fesat karıştırma suçunun bu seçimlik hareketinin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 366 kapsamında "gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalarla rekabeti men" ibaresine sokulabileceğini savunan görüş de mevcuttur. Bkz. Arslan (2012), s. 145.
[483]Arslan (2012), s. 146.
[484]Soyaslan vd. (2014), s. 116.
[485]Artuk vd. (2014), s. 801.

belgelerin önceden ulaşılabilir olması Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının b bendi düzenlemesi ile cezalandırılmıştır[486]. Yaklaşık maliyetin gizli tutulması gerekliliği 4734 sayılı Kanun ile öngörüldüğünden dolayı; 2886 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerde, tahmin edilen (muhammen) bedel de denen bu bedelin ilan edilmesi suç tanımı dışında kalmaktadır[487]. Yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlalinin; gelişen teknoloji vasıtasıyla artan tahmin edilebilirlik, birçok görevli arasından sorumluluğun belirlenmesinin zorluğu gibi nedenler dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermeyeceği, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebileceği görüşü de doktrinde savunulmuştur[488]. Yargıtay ise yaklaşık maliyeti bildirmenin ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vereceğine hükmetmiştir[489].

Bu bent kapsamında işlenen fiiller bakımından hile aranmamıştır. Madde gerekçesinde bu durum *"Fıkranın (b) bendine göre, ihale sürecinde, tekliflerle ilgili olup da, ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur. Aslında bu durumda hile yoktur. Ancak, gizli kalması gereken bilgilerin başkalarının bilgisine sunulması, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller."* denilmek suretiyle açıklanmıştır[490].

Bu bent kapsamında işlenen suçun faili herkes olabilir. Fail, ihale görevlisi veya ihaleye katılmak isteyen birisi olabileceği gibi saklanması, gizli kalması gereken ve tekliflerle ilgili olan bilgiye sahip herhangi üçüncü bir kişi de olabilir[491]. Örneğin; teklif zarflarının içeriğinde yer alan gizli tutulması gereken bilgilerin, ihale günü teklif

---

[486]Arslan (2012), s. 146. Aksi görüş için bkz. Artuk vd. (2014), s. 803.
[487]Özgenç (2013a), s. 46.
[488]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 129.
[489]"*Örgüt kurma ve ihaleye fesat karıştırma suçlarına ilişkin olarak ... Sulh Ceza Mahkemesince verilen 10.01.2004, 2008/13 D.İş sayılı iletişimin tespiti, kayda alınması ve dinlenmesi kararına bağlı olarak yapılan inceleme sonucunda suç unsuruna rastlanılmaması nedeniyle Bi...ç C.Savcılığınca tespit işlemine son verilmesinden sonra ihaleye fesat karıştırma suçuna dair delil elde edilebilmesi bakımından savcılığın talebi üzerine B... Sulh Ceza Mahkemesince sanık İsmail Ze...'e ait telefonunu ilk kez dinlenilmesine dair 08.04.2004, 2008/104 D.İş sayılı kararı gereğince yapılan ve yasal delil niteliğinde bulunan tespitlere göre, ... Bor İşletme Müdürlüğü Laboratuvar Başmühendisi ve ihale komisyon üyesi olan sanık Mustafa Z...'in, 6 noktadan data transfer ihalesiyle ilgili olarak F... Ltd. Şti yetkilisi sanık Türker Y...'a gizli tutulması gereken yaklaşık maliyet bilgilerini verip teklif mektubunda yazacağı miktarı söylediği 18.04.2008 ile 21.04.2008 tarihlerinde yapılan telefon görüşmelerine dair tape içerikleri ile sabit olduğundan TCK'nın 235/2-b maddesi gözetilerek Mustafa ... ile Türker Yı...'ın ihaleye fesat karıştırmak suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden oluşan ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararları verilmesi"* Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 29.04.2013 tarih ve 4566 Esas ve 3995 Karar sayılı kararı bkz. Yaşar vd. (2014), s. 7036.
[490]Şen ve Aksüt (2014), s. 99.
[491]Arslan (2012), s. 148.

zarflarının usulüne uygun biçimde açılmasından evvel, kurum görevlileri tarafından öğrenilmesi suretiyle başkalarına ulaşmasının sağlanması durumunda kurum görevlisi suçu işlemiş olmaktadır[492]. Bilgilerin ulaştığı kişiler, ihaleyle ilgili kişiler olmak zorunda değildir[493].

Bu tür bir bilginin başkasına ulaşması ile suç meydana gelmiş olacaktır. İhalenin iptal edilmiş olması veya zarar aranmaz[494]. Zarar meydana gelmemişse, hafifletici neden olduğundan dolayı, suçun nitelikli haline sebebiyet verir[495]. Bu tür bilgilerin başkalarına ulaşmasının nasıl sağlanacağı belirtilmediğinden herhangi bir şekilde herhangi bir kişiye bilginin ulaşması ile suç meydana gelir[496]. Gizli tutulması gereken bilgilerin açıklanmasıyla, ifşa edilmesiyle suç tamamlanmış olur[497]. İfşanın alenen yapılması gerekmemektedir[498]. Yazılı, sözlü, açık veya örtülü olmasının bir önemi bulunmamaktadır[499]. Bilgilerin başkalarına ulaşmasının bazı isteklilerin ihaleden çekilmesine sebebiyet verip vermemesi önemli değildir[500].

Ancak her bilgi de bilinmesi ve başkalarına iletilmesi sakınca doğuran nitelikte olmayabilir. İhaleye katılacak ve iş birliği yapacak firmaların, ihaleye teklif verenlerin kimler olduğunun bilinmesi böyle bilgilerdendir[501]. İsteklilerle ilgisi olan üçüncü kişilere avantaj sağlamak maksadıyla, bunlara ulaştırılmak için edinilen ihale konusu mal ve hizmetin yaklaşık maliyet bedeli veya teklif verenlerin teklif bedeli bilgisi, gizli kalması gereken bilgiler arasında değildir[502]. İhaleye katılacaklar arasında bir anlaşma yapıldığını ya da bu bilgilerin kesin öğrenildiğini gösterenler dışında; ihaleyle ilgili bilgiler hakkında hesaplama yapmak, tahminde bulunmak suç unsuru sayılmamalıdır. Bu bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak için harekete geçen kişi elinde olmayan sebeplerle bunu başaramazsa suçun teşebbüs aşamasında kalması muhtemeldir. Buna karşın, suçun tamamlanmış olması için hareketten ayrı maddi bir netice meydana

[492]Özgenç (2013a), s. 47; dipnot: 36.
[493]Soyaslan vd. (2014), s. 116.
[494]Çalışkan (2013), s. 627.
[495]Arslan (2012), s. 148.
[496]Kazancı (2011), s. 159.
[497]Altıparmak (2014), s. 83.
[498]Özgenç (2013a), s. 48.
[499]Kazancı (2011), s. 160.
[500]Meran (2011), s. 166.
[501]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 129.
[502]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 693.

gelmesi aranmadığından, kural olarak, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunan görüş de mevcuttur[503].

Açıklanan bilginin belli bir olay hakkında bilgi edinmeyi sağlayacak nitelikte olması yeterlidir. Söz konusu bilginin bütüne ilişkin olmayıp kısmi olması suçun meydana gelmesini engellemez[504]. Örneğin, isteklilerden birinin mali yeterlik belgesinin içeriği hakkındaki bilginin açıklanması böyledir. Gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, icrai bir hareketle de ihmali bir hareketle de gerçekleştirilebilir. Bilgilerin açıklanması yazılı veya sözlü olarak gerçekleştirilebileceği gibi, bilgilerin bulunduğu yazılı belgeleri başkalarının ulaşabileceği yerlerde bırakmak şeklinde de işlenebilir[505].

Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken ama başkalarının ulaşmasının sağlandığı bilgiler işletmelerin ticari sırları da olabilir. Bu durumda fiil 5237 sayılı TCK m. 239'a[506] da uygun olmaktadır[507]. Fakat m. 235 daha özel bir düzenleme olduğundan bu madde uygulanmalıdır. Bunun yanında aynı hareketle kanunun birden fazla faklı hükmü ihlal ediliyorsa fikri içtima hükümleri gereğince daha ağır yaptırımı öngören kanun maddesi uygulanmalıdır [508]. Ancak sadece ticari sır mahiyetindeki bir bilginin öğrenilmesi her zaman ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermez. İhaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelebilmesi için öğrenilen ve başkalarına ulaştırılan bilgilerin tekliflerle ilgili de olması gerekir[509]. Eğer tekliflerle ilgili değil de teklif verenlerle ilgili bir bilgi başkalarına ulaştırıldıysa, bu noktada m.235/2-b kapsamında bir suç oluşmayacak, şartları mevcutsa yalnızca m. 239 uygulanacaktır[510].

---

[503]Kazancı (2011), s. 160.
[504]Tuğrul (2013), s. 76.
[505]Kazancı (2011), s. 160.
[506]*"Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*
Madde 239- (1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.
..."
[507]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 693. Meran (2013), s. 214.
[508]Kazancı (2011), s. 164.
[509]Tuğrul (2013), s. 76.
[510]Özgenç (2013a), s. 47; dipnot: 37.

TCK m. 235 kapsamına giren suçlar, uygulamada genellikle isteklilerin tekliflerinin ihale işleri ile ilgili görevliler tarafından rakip firmalara bildirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır[511].

6.3. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle Ya Da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek

TCK m. 235/2-a hükmünün ilk alt bendinde olduğu gibi m. 235/2-c bendinde de ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek suç olarak düzenlenmiştir[512]. Bu iki hüküm arasında tek bir fark vardır. İlkinde suç hileli davranışlarla işlenirken ikincisinde cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenmektedir[513].

İhaleye katılmaktan yasaklama kararı olanlar ya da hakkında kovuşturma açılmış olanlar veya 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun da 6. maddesinde sayılan ihaleye katılamayacak olanlar dışında ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olanların ihaleye katılmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu durum ihale sürecinde eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Tabi ki ihaleye katılmak için aranan bazı yeterlik ve koşulların olması da kaçınılmazdır. İhale sürecine hâkim olan ilkeler arasında da değindiğimiz gibi gerek ekonomik ve mali yeterlik gerekse mesleki ve teknik yeterlik isteklide bulunması gereken niteliklerdir. İhale sürecinde rekabetin sağlanması için bu niteliklerin isteklide bulunması gereklidir[514].

Cebir ve tehdit kullanarak ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 366. maddesinde menfaat temini, gizli ittifak, hileli vasıtalar ile birlikte ele alınmaktaydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde ise bunlardan ayrı olarak sayılmıştır[515].

İhaleye fesat karıştırma suçunun bu bent kapsamında gerçekleşmesi için ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki

[511]Soyaslan vd. (2014), s. 116.
[512]Yaşar vd. (2014), s. 7038.
[513]Arslan (2012), s. 149.
[514]Arslan (2012), s. 148.
[515]Şen ve Aksüt (2014), s. 100.

işlemlere katılmalarını engellemenin cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer bir davranışla meydana getirilmiş olması gerekir[516]. Fail, meydana getirdiği davranış ile, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek yönünde iradi hareket etmeli, bunu istemelidir. Cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışları mağdurun ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek için yapmalıdır[517]. Aksi takdirde şartları oluşmuşsa, yalnızca cebir veya tehdit suçundan cezaya hükmolunacaktır. Ancak cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek kastı olduğu halde elinde olmayan sebeplerle engelleyemeyen fail artık cebir veya tehdit suçundan sorumlu tutulamayacaktır[518]. Bu durumda ihaleye fesat karıştırmanın teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilir[519].

Mağdurun katılmasının engellenmesi aday veya istekli olarak ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere kabul edilmemesi şeklinde olabileceği gibi, kabul edildikten sonra ihale sürecinin herhangi bir aşamasında, örneğin ön yeterlik aşamasında, ihale dışında bırakılması şeklinde de olabilir. Engelleme kapsamına mağdurun ihaleye açıkça katılmaması, katılmışsa çekilmesi girdiği gibi, görünüşte katılması da girer. Yani katılımını sürdürmekle birlikte, uygun teklif vermemek gibi ihalenin olağan akışına veya amacına aykırı işlemler yapması böyledir[520].

Suçun bu bent kapsamındaki faili herhangi bir kişi olabilir. İhaleye katılan veya katılmak isteyen biri olabileceği gibi, mağdurun ihaleye girmesini istemeyen herhangi bir üçüncü kişi de fail olabilir[521].

TCK m. 235 gerekçesinde bu bent kapsamında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemenin ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edildiği belirtilmiştir. İsteklilerin ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıltılması ve bu suretle teklif

[516]Çalışkan (2013), s. 627.
[517]Arslan (2012), s. 156.
[518]Şen ve Aksüt (2014), s. 85.
[519]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 130.
[520]Soyaslan vd. (2014), s. 116; Arslan (2012), s. 149.
[521]Şen ve Aksüt (2014), s. 101.

veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesinin, bu fiillere ilişkin örnek oluşturduğu söylenmiştir[522].

Cebir, bir kimsenin icrai ve ihmali bir harekette bulunması için maddi olarak zorlanmasıdır[523]. Türk Hukuk Lügatinde, gerek olağan hadiseler sebebi ile gerekse birinin fiili dolayısıyla bir kimsenin, arzu ve rızası hilafına olarak bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlanması şeklinde tanımlanmıştır[524]. Cebir suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 108. maddesinin gerekçesinde ise cebir *"kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesi"* şeklinde tanımlanmıştır. Hilede de cebirde de iradeyi etkilemek amacı bulunmaktadır. Bu ikisi arasındaki fark ilkinde zor kullanma bulunmadan bu amaca ulaşılmaya çalışılırken ikincisinde fiziksel bir güç kullanılmasıdır[525].

Bu bent kapsamında bahsedilen cebir, zorlama vasıtası olarak kullanılan ve yaralama veya mala zarar verme gibi suçlardakinden farklı olarak iradeyi etkilemek amacı bulunan bir davranıştır[526]. Buradaki cebir ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılım yönündeki mevcut veya beklenen iradesini veya direncini kırabilmek için, kişinin fiziksel olarak zorlanması şeklinde olacaktır[527]. Bu zorlama, doğrudan engellenmek istenen kişi üzerinde olabileceği gibi bir eşya üzerinde de gerçekleşebilir[528]. Ancak eşya üzerinde gerçekleşmesi halinde kişiyi bedensel olarak etkilemesi de aranmalıdır. Yakalanarak bir yerde zorla tutulan, zorla alkol veya uyuşturucu madde verilen kişiye cebir uygulanmış sayılacaktır[529]. Eşyaya yönelik zorlama, kişiye karşı güç kullanma niteliğinde değilse cebir oluşmayacaktır.

---

[522]Özgenç (2013a), s. 49.
[523]S. Dönmezer (2003). *Genel Ceza Hukuku dersleri*. Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 227; K. İçel ve H. Evik (2007). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, s. 216; Soyaslan (2014b), s. 287; Artuk vd. (2014), s. 340. Maddi ve manevi cebrin farklı şeyler olduğunu ve fakat kanun koyucunun aynı şey saydığı hakkında bkz. Hafızoğulları ve Özen (2010), s. 324. Kanun koyucunun maddi cebire "cebir", manevi cebire ise "tehdit" dediği hakkında bkz. Toroslu (2013b), s. 70. Cebir konusu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. E. Cihan (1978). *Cebir kullanma cürmü*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 63 vd.
[524]Türk Hukuk Kurumu (1991), s. 47.
[525]Kazancı (2011), s. 164; Meran (2011), s. 168; E. Yurtcan (2012). *Yargıtay kararları ışığında hürriyete karşı suçlar*. Ankara: Adalet, s. 91. Cebrin belli bir amaç ile uygulandığı ve fiziki kuvvet kullanıldığı hakkında bkz. İ. Üzülmez (2007). *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun hürriyete karşı işlenen suçlar sistemi çerçevesinde tehdit, şantaj ve cebir kullanma suçları*. Ankara: Turhan, s. 67.
[526]Şen ve Aksüt (2014), s. 101.
[527]Artuk vd. (2014), s. 804.
[528]N. Toroslu (2013b). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş, s. 70. Soyaslan (2014b), s. 288. Aksi görüş için bkz. Meran (2011), s. 169.
[529]Arslan (2012), s. 150.

Koşullarının varlığı halinde tehdit veya mala zarar verme gibi başka suçlar kapsamında değerlendirilebilir[530]. Uygulanan cebrin neticeyi ortaya çıkarmaya objektif olarak elverişli olması da gerekir[531]. Bu görüşün savunduğunun aksine doktrinde, cebrin mağdurun istenilen amaç yönünde yapma, yapmama veya yapılmasına müsaade etme şeklinde bir hareketi gerçekleştirmesi açısından elverişli olmasının aranmayacağını savunan görüş de mevcuttur[532].

Fiziki kuvvet kullanılmaksızın eter, gaz, uyku ilacı ve uyuşturucu maddeler gibi kimyasal araçlar kullanılması cebir kapsamında değildir[533]. Bunun gibi hipnoz ya da üzerine kapı kilitlenmesi durumları da bu kapsamda değildir[534]. Bunlar suçun cebir kullanmak suretiyle değil de "hukuka aykırı diğer davranışlar" ile işlenmesi olabilir[535]. Doktrinde kişinin ilaç verilerek uyutulması, hipnotize edilmesini cebir kavramı çerçevesinde değerlendiren görüş de mevcuttur[536].

Cebrin objektif olarak istenilen neticeyi ortaya çıkarmakta elverişli nitelikte olması durumunda mağdurun bu cebirden etkilenip etkilenmediğine bakılmaz. Bir diğer anlatımla cebrin uygulanması ile suç oluşur. Mağdur istenilen amaca uygun hareket etmemiş olabilir. Bunun önemi yoktur[537]. Ancak eğer cebir bu nitelikte değilse mağdurun cebirden etkilenip etkilenmediğine de bakılacaktır. Bunun yanında fiziksel zorlamanın belli bir dereceye ulaşmış olması da suçun meydana gelmiş olması için gereklidir[538].

Tehdit ise, failin isteğinin yerine getirilmediğinde gerçekleşeceği kaydı mağdura bildirilen tecavüz, kötülüktür. Kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye düşeceğinin, suç teşkil eden bir fiil veya herhangi bir kötülük gerçekleştirileceğinin beyanıdır[539]. Mağdurun hukuksal değere sahip bir yararına ileride zarar verileceği beyan edilerek korkutulmasıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tehdit suçunu düzenleyen 106. maddesinin gerekçesinde tehdit hâlinde, gerçekleşmesi failin isteğinin yerine

[530]Meran (2011), s. 169.
[531]Tuğrul (2013), s. 77.
[532]Meran (2011), s. 169.
[533]Soyaslan (2014b), s. 288. Aksi görüş için bkz. D. Tezcan vd. (2014). *Teorik ve pratik ceza özel hukuku*. Ankara: Seçkin, s. 426.
[534]Hipnotizmanın cebir kapsamına girdiği yönündeki aksi görüş için bkz. Tezcan vd. (2014), s. 426.
[535]Arslan (2012), s. 151.
[536]Kazancı (2011), s. 165; Meran (2011), s. 169.
[537]Meran (2011), s. 168.
[538]Kazancı (2011), s. 166.
[539]A. Sözüer (1994a). Tehdit suçu. *İÜHFM*, LIV (1-4), s. 129; Toroslu (2013b), s. 70; Özbek vd. (2014), s. 434; V. Ö. Özbek vd. (2014). *Ceza Hukuku bilgisi (genel hükümler)*. Ankara: Seçkin, s. 248.

getirilmemesi kaydına bağlı bir tecavüzün, kötülüğün mağdura bildirildiği söylenmektedir[540]. Tehdidin konusunu, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağının, suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, genel olarak kuvvet kullanılacağının veya herhangi bir kötülüğün, haksızlığın gerçekleştirileceğinin bildirilmesinin oluşturduğu belirtilmektedir[541]. Maddede suçun meydana gelmesi için tehdidin kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinden bahisle yapılması gerektiğinin belirtilmesinin aksine ihaleye fesat karıştırma suçunun ilgili bendinde bu tür bir sayıma gidilmemiştir. Dolayısıyla mağdurun sahip olduğu herhangi bir hukuksal değere yönelik yapılan tehdit ihaleye fesat karıştırma suçunun bu bendine uygun filli oluşturacaktır. Elbette, bent kapsamında belirtildiği üzere, tehdidin, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemeye yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir[542]. Herhangi bir kötülüğün gerçekleşecek olması tehdidinden ötürü ihaleye katılmak isteyen ya da katılmış kimseler ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmaktan vazgeçiyorsa bu bent kapsamında suç meydana gelmiş olacaktır[543]. 5237 sayılı TCK m. 106 gerekçesinde tehdidin çoğu zaman başka bir suçun unsurunu oluşturduğu belirtilmektedir. Cebir veya tehdidin suçun bir unsuru olduğu durumlarda, özel bir düzenleme yoksa ayrıca cebir veya tehditten cezalandırılmaya gidilmez[544].

Tehditle gerçekleştirileceği beyan edilen zararın, bizzat gerçekleştirileceğinin veya üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirileceğinin beyan edilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır[545]. Ayrıca tehdidin mağdurun yüzüne karşı veya daha sonra iletilmek kaydıyla gıyabında yapılmasının da arasında bir fark bulunmamaktadır[546]. Ancak tehdidin ciddi olması suçun oluşması açısından fark oluşturacaktır[547]. *Objektif olarak elverişli* nitelikte olan tehdit, ciddidir. Yani normal, makul, orta zekalı bir insan açısından, onu tehditle amaçlanan davranışı yapmaya sevk edecek nitelikteki tehdit ciddidir. Tehdit ciddi ise suç meydana gelecektir[548]. Tehdit ile mağdur inandırılmış

[540]Soyaslan (2014b), s. 279; Artuk vd. (2014), s. 336.
[541]Özgenç (2013a), s. 52; Sözüer (1994a), s. 129.
[542]Arslan (2012), s. 151.
[543]Kazancı (2011), s. 167.
[544]Erem ve Toroslu (1978), s. 111.
[545]Sözüer (1994a), s. 129; A. R. Çınar (2002). *Tehdit suçu*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 68.
[546]Çınar (2002), s. 64.
[547]Dönmezer (2003), s. 228.
[548]Arslan (2012), s. 153.

olması suçun meydana gelmesi için yeterlidir, tehdit konusunun sonradan gerçekleşmemiş olması suçun oluşumunu etkilemez. Örneğin, ileride mağduru açılacak hiçbir ihaleye almayacak ve onun ticari hayatını felce uğratacak bir konuma geleceğinden bahisle onu korkutan faili, mağdurun ciddiye alması yeterlidir. Failin ileride böyle bir konuma gelip gelmemesi önem arz etmez. Bunun gibi, tehdit ciddi nitelikte olduktan sonra mağdurun bunu ciddiye alıp almaması önemli değildir[549]. Tehdidin bizzat mağdura yapılması da zorunlu değildir. Bu noktada asıl önem arz eden mağdurun iradesinin etkilenecek olmasıdır[550].

Tehdidin sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleştirilmesi artık ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermeyip tehdit, şantaj, yağma suçları oluşabilir. Çünkü bentte ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılımın engellenmesi kapsam dahiline alınmıştır[551].

5237 sayılı TCK m. 108 hükmünün gerekçesinde cebir ve tehdit arasındaki fark "*Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık, tehdit hâlinde, kişi bir tecavüzün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır."* denilmek suretiyle belirtilmiştir[552]. Cebirde fiziksel güç, zorlama o anda ortaya çıkmaktayken tehditte ortaya çıkmış bir kötülük henüz yoktur. Fakat ortaya çıkacağı yönünde mağdur korkutulmaktadır[553].

Tehdit basit ve yalın bir şekilde ortaya çıkabileceği gibi çok daha etkili ve ustaca bir şekilde de gerçekleşmiş olabilir. Ölümle, dövmekle, zarar vermekle tehdit etmek ilkine örnek olarak verilebilir. İkincisine örnek olarak ise kamu görevlisinin görev ve yetkilerinin sağladığı güç ve etkiden faydalanmak suretiyle ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemesi, katılsa bile ihaleyi alsa dahi edimin ifası sürecinde takdir hakkını aleyhe yönde kullanacağını veya mağdurun idare ile olan veya olması muhtemel diğer iş ve

[549]Kazancı (2011), s. 168.
[550]Tuğrul (2013), s. 78.
[551]Özgenç (2013a), s. 51.
[552]Şen ve Aksüt (2014), s. 102.
[553]Kazancı (2011), s. 165.

ilişkileri açısından ileride zarar getirecek bazı davranışlarda bulunacağını doğrudan veya dolaylı olarak beyan etmesi verilebilir[554].

Cebir için doğrudan engellenmek istenen kişi üzerinde olması veya kişiyi bedensel olarak etkilemesi arandığı halde tehdit için doğrudan engellenmek istenen kişiye yönelik olması aranmaz. Kişinin bir yakınına yönelik tehdit de suça vücut verebilecektir. Bu yöndeki görüşe karşın mağdurun yakınlık duyduğu bir üçüncü kişi üzerinde cebrin uygulanabileceği görüşe de mevcuttur. Fakat bunun suça vücut vermesi için mağdur ile üzerinde cebrin uygulandığı üçüncü kişinin arasında gerçek bir yakınlık olması gerekmektedir[555].

Hukuka aykırı davranış[556], hukuk düzeninin belirlemiş olduğu, emir veya yasak biçimindeki her türlü hukuk kuralına aykırılıktır[557]. TCK m. 235/2-a hükmünün ilk alt bendinde düzenlenen hileli davranış ile m. 235/2-c bendinde düzenlenen cebir ve tehdit dışında kalan ve hukuk düzeninin belirlemiş olduğu emir ve yasak biçimindeki her türlü hukuk kuralı dikkate alındığında bunlara aykırılığı bulunan davranışlar 235/2-c bendindeki "hukuka aykırı diğer davranışlar" ibaresine dahil olacaktır[558].

Yukarıda bahsettiğimiz hile, cebir veya tehdit kapsamı dışında kalmış hukuka aykırı davranışlar bu kapsamdadır[559]. Hatta 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yasak davranışları düzenleyen 17. maddesi ile birlikte düşünülebilecek bir düzenleme olduğu doktrinde savunulmuştur[560]. Bunun yanında örneğin kamu görevlisi ihale şartnamesini ihaleye katılmak isteyen kişilerden bazıları aleyhine ya da bazıları lehine düzenlemişse, şartname gerçek amaca hizmet etmiyorsa, kamu görevlisinin bu bent kapsamında sorumluluğu doğacaktır[561]. Şöyle ki, bazı istekliler ihaleye katılamasın diye fazladan şart veya sınırlama getirilmesi durumunda, ihale dürüstçe hazırlanmadığından hukuka aykırı bir davranış vardır. İhale hakkında gerçeğe aykırı bilgiler vermek, ihale

[554]Arslan (2012), s. 154.
[555]Altıparmak (2014), s. 86; Kazancı (2011), s. 166; Arslan (2012), s. 154; Tezcan vd. (2014), s. 426. Tehdidin yanında cebir ve hatta hukuka aykırı diğer davranışın da ihaleye katılmış/katılacak istekliye karşı yapılmasının zorunlu olmadığı, onun temsilcisi veya etkilenebileceği bir başka kişiye karşı da yapılabileceği hakkında bkz. Tuğrul (2013), s. 78; Koca (2014), s. 103; Yaşar vd. (2014), s. 7040. Tehdidin mağdurun yakınına yönelik olduğunun kabulü için mağdurla yakını arasındaki ilişkinin dikkate alınacağı hakkında bkz. E. Yurtcan (2012), s. 91.
[556]"Hukuka aykırı diğer davranışlar" ifadesinin kavramsal içeriğinin belirsiz olduğu ve bunun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği hakkında bkz. Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 130.
[557]Meran (2011), s. 169.
[558]Arslan (2012), s. 155.
[559]Çalışkan (2013), s. 630.
[560]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 695.
[561]Şen ve Aksüt (2014), s. 93.

komisyonunun konuyu görüşmesine engel olmak da bu bent kapsamında değerlendirilecektir. İdarenin ihalenin üzerinde kalmasını istemediği isteklilerin önüne engeller koyması, isteklilere telkin, ikaz ve uyarılarda bulunması, olumsuz tutum sergileyerek bir kısım isteklinin hakkından vazgeçmesini sağlaması da bu kapsama girecektir. İhale yetkilisinin, ihaleyi kazanması halinde hak ediş (istihkak) karşılıklarının ödenmeyeceği, geç ödeneceği gibi ihaleye katılana olumsuz uyarıları kapsam dahilindedir. İhalenin sonuçlanıp sonuçlanmaması, ikaza uğrayanın ihaleye katılıp katılmaması ya da ihaleyi kazanıp kazanmaması suçun oluşmasında önemli olmayan hususlardır. Failin elinde olmayan sebeplerle suçun yarım kalması, tamamlanamaması durumunda teşebbüs gündeme gelebilecektir[562]. Tehdit suçunda, suçun tamamlanması için salt tehdit yeterli iken, ihaleye fesat karıştırma suçunun bu bent kapsamında işlendiği durumda suçun tamamlanması için ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenmesi gerekmektedir[563].

TCK m. 235/2-c bendindeki "hukuka aykırı diğer davranışlar" ibaresi doktrinde kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile eleştirilmiştir. Hakimin takdir yetkisini fazla genişleten bir düzenleme olduğu belirtilmiştir[564].

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

İhale yoluyla en uygun mal veya hizmetin en elverişli fiyata alınması amaçlandığından, ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için anlaşma yapılması suç olarak belirlenmiştir[565]. İhale şartlarının istekli lehine değişmesini veya oluşmasını sağlamak bu kapsama girecektir. İdarenin aleyhine, isteklinin lehine olarak fiyat oluşmasını sağlamak da bu kapsamdadır. Kullanılacak malzemenin kalitesinin düşürülmesinin, iş teslim süresinin uzatılmasının, birim fiyatın istekli lehine değişmesinin sağlanmasına yönelik anlaşmalar suça vücut verecektir. Anlaşma bir veya

[562]Şen ve Aksüt (2014), s. 102; Özgenç (2013a), s. 50.
[563]Özgenç (2013a), s. 51.
[564]Kazancı (2011), s. 170; Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 130.
[565]Yaşar vd. (2014), s. 7040.

birkaç isteklinin hiç teklif vermemesi şeklinde yapılmış olabileceği gibi, verilecek tekliflerin önceden belirlenmesine yönelik de olabilir. İhale şartlarını ve fiyatı etkilemek, bazı isteklilerin ihaleye katılmasını engellemek için olabileceği gibi bir isteklinin üzerine ihalenin bırakılmak istenmesi amacıyla da yapılabilir[566]. En tipik olarak, aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin yaptıkları fiyata ve pazarı paylaşmaya yönelik anlaşmalar örnek verilebilir[567].

İhalede aslında birbirlerine rakip olması gereken kişilerin çeşitli konularda rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler yapması kartel olarak isimlendirilmektedir. Bu anlaşma ve eylemler fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularına yönelik olabilir[568]. İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için açık veya gizli anlaşma yapılması, rekabet ortamını ortadan kaldıran bir fiildir[569]. Bu yüzden suç olarak tanımlanmıştır[570]. Anayasamızın da 167. maddesinde "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler." denilmek suretiyle bu tür anlaşmaların önüne geçilmesinde görev ve sorumluluk devlete verilmiştir[571]. Bunun yanında 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun İkinci Kısmının "Yasaklanan Faaliyetler" başlıklı ilk bölümünde yer alan 4. maddesinde belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak olarak düzenlenmiştir. Bu tür anlaşmalar karşılığında idari nitelikte para cezası öngörülmüştür[572]. 5237 sayılı TCK m. 235'in 2. fıkrasının d bendinde yer alan anlaşmaların konusunu mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi; mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü; mal veya hizmetin

[566]Arslan (2012), s. 156.
[567]Meran (2011), s. 170.
[568]Arslan (2012), s. 171; Meran (2011), s. 170, dipnot: 67.
[569]Çalışkan (2013), s. 631.
[570]Özgenç (2013a), s. 61.
[571]Meran (2011), s. 171.
[572]Kazancı (2011), s. 170.

arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi; rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi gibi haller oluşturabilir[573].

İhale sürecindeki kartel, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin aralarındaki rekabeti ortadan kaldıracak şekilde ihale makamlarına karşı anlaşma yapmalarıdır[574]. Madde metninde yapılan anlaşma için kullanılan "açık veya gizli" ibaresi doktrinde, zaten anlaşmanın başka bir şekilde gerçekleşmeyeceğinden bahisle eleştirilmiş olsa da[575] kanımızca kanun koyucu tarafından anlaşmanın açık veya gizli olmasının suça vücut vermekte fark oluşturmayacağını vurgulamak için belirtilmiştir.

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler, ihale makamları karşısında sanki rekabet içerisinde hareket ediyorlarmış gibi davranıp gerçekte yaptıkları anlaşma çerçevesinde hareket etmektedirler. Böyle olduğunda aslında serbestçe oluşması gereken fiyat, yapılan açık veya gizli anlaşmaya göre belirlenmiş bir miktarda oluşmaktadır. Bu da idareye zarar vermektedir. Orta vadede başka ihalelere katılacak kişiler için de karlı gözüken bu durum uzun vadede -rekabet ortadan kalktığından ötürü- kar edememeleri ve üretimi durdurmalarına sebebiyet vermektedir. Ayrıca yapılan gizli veya açık anlaşma gereği, üzerinde bir ihale kalacağı kesin olan kişiler de, artık kendilerini geliştirme ve yenileme istekleri kalmadığı için tüm ekonomik sürece zarar vermektedir. Anlaşma dışındaki veya anlaşmaya dahil kişilerden kendini geliştirip yenileyenler ise bir bakıma cezalandırılmaktadır. Serbestçe oluşmayan fiyat, bir şekilde vergilerin de boşa gitmesine sebep olmaktadır. Tüm bu olumsuzluklar manevi zararlara da yol açabilmektedir[576]. Madde gerekçesinde ise ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmalarının, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engellediği belirtilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 368. maddesinin karşılığı olarak düzenlenen bu bent[577], aynı zamanda 765 sayılı Kanun'un 366. ve 367. maddelerini de kapsayıcı bir özelliği haizdir[578].

[573]Meran (2011), s. 173.
[574]Kazancı (2011), s. 172.
[575]Şen ve Aksüt (2014), s. 105.
[576]Kazancı (2011), s. 180 vd.
[577]Artuk vd. (2014), s. 806.

İhaleye fesat karıştırma suçunun bu bent kapsamında işlenebilmesi için faillerin ihaleye katılmak isteyen ya da katılan kişiler olması gerekmektedir[579]. Bunun gibi ihaleye katılmak isteyen kişiler ihaleden sorumlu kamu görevlileri ile de anlaşma yapabilirler. Bir görüşe göre, bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçu bu bent kapsamında meydana gelebilecektir[580]. Ancak ihaleye katılmak isteyen kişi ile kamu görevlisi arasında yapılacak anlaşmanın bu bent kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunan görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, "ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler" ibaresi gereği bunlar dışındakiler fail olamayacak ve dolayısıyla ihaleye katılmak isteyen kişi ile kamu görevlisi arasındaki bir anlaşma bu suça vücut vermeyecektir[581]. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler dışındakiler fail veya müşterek fail olamayacak, azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla sorumlulukları söz konusu olabilecektir[582].

Yapılan anlaşmanın mevcut bir ihaleye yönelik olması durumu pek tabi suça vücut verecektir[583]. Buna ek olarak söylenebilir ki, gelecekte yapılacak ihaleler bakımından yer ve iş bölümü, mal paylaşımı gibi konularda yapılan anlaşmalar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir[584].

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin anlaşmaya yönelik olarak yaptıkları görüşmeler icra hareketi niteliğinde olacaktır. Anlaşmanın yapılması ile suç oluşmuş olacaktır. Görüşmeden önceki hareketler hazırlık hareketi kapsamındadır[585].

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişiler olması suçun bu bent kapsamında meydana gelmesini engelleyecektir. Suça konu olan anlaşmayı yapan kişiler, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişiler olmalıdır[586]. Bunun nedeni, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihalede ve ihale sürecinde herhangi bir hakkının bulunmamasıdır[587].

---

[578]Arslan (2012), s. 161.
[579]Özgenç (2013a), s. 60.
[580]Abacıoğlu ve Abacıoğlu (2014), s. 132.
[581]Arslan (2012), s. 159.
[582]Şen ve Aksüt (2014), s. 106.
[583]Koca (2014), s. 108.
[584]Kazancı (2011), s. 187.
[585]Şen ve Aksüt (2014), s. 109.
[586]Soyaslan vd. (2014), s. 120.
[587]Arslan (2012), s. 159.

Suçun meydana gelebilmesi için ihale sürecindeki istekli ve katılanların çoğunluğu veya tümü, aralarında rekabeti bozacak nitelikte anlaşma yapmış olmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre, suça konu anlaşmayı yapan istekli veya katılanlar en azından ihaleye katılacakların çoğunluğunu oluşturmuyorsa, suçu meydana getirmek için elverişli hareketlerin bulunmaması nedeniyle suç, teşebbüs aşamasına dahi ulaşamayacaktır[588].

İhaleye katılacak potansiyel istekli adayları veya katılan istekliler arasında bir araya gelme isteğinin olması, istekli veya adayların hukuka aykırı hareket etme bilinci ve isteğinin bulunması ve hukuka aykırı hareket etmeleri gerekmektedir[589].

Birden çok katılımcının kendi aralarında tek bir şirket kurup da ihaleye katılmaya karar vermelerinin her zaman bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir[590]. Söz konusu kişilerin ihalenin serbest rekabet ortamında yapılmasını ya da uygun fiyatın belirlenmesini engelleme amaçlarının bulunup bulunmadığını veya ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verecek fiilleri gerçekleştirip gerçekleştiremediklerine bakılmalıdır[591]. Ayrıca ihaleye giren şirketlerin bazılarının ortaklarının, yetkililerinin aynı olduğu durumlar da her zaman bu kapsamda değerlendirilmeyebilir. "İhale Kardeşliği" adı da verilen bu durumda serbest rekabet ortamının etkilenip etkilenmeyeceğinin araştırılması gerekmektedir. Bunun yanında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde belirtilen bir yasak fiil olan *"Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek."* ihale kardeşliği doğrudan yasaklayan bir düzenleme olarak da görülmemelidir[592].

Yargıtay, suçun oluşması için yapılan anlaşmanın yeterli olmadığı, bunun sonucu olarak ihale şartlarının veya fiyatın da etkilenmesi gerektiği görüşündedir[593]. Ancak

---

[588]Şen ve Aksüt (2014), s. 106.
[589]Kazancı (2011), s. 186.
[590]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 698.
[591]Arslan (2012), s. 159.
[592]Koca ve Üzülmez (2013c), s. 698; Şen ve Aksüt (2014), s. 113.
[593]"*İletişim tespit tutanakları içeriğinden sanıkların ihale öncesi aralarında anlaşarak ihaleye ve kazanacak kişi ya da firmayı belirlediklerinin anlaşıldığı, ancak zarar oluşturacak şekilde ihale fiyatlarını etkileyip etkilemediklerinin kesin olarak saptanamadığı, ihale belgelerine göre bütün ihalelerde isteklilerin teklif ettikleri bedellerin çoğunluğunun ve özellikle avantajlı tekliflerin idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyet tutarından daha düşük olduğu, ihaleleri yapan idarelerden Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü'nün 14.02.2007, İl Özel İdare Genel Sekreterliğinin 09.02.2007, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 22. Bölge Müdürlüğü'nün 26.02.2007 ve Karayolları Genel Müdürlüğü 10. Bölge*

doktrinde, yapılan anlaşmanın (teklifin ihale makamına ulaşması ile[594]) yeterli olduğu, sonucunda ortaya zarar çıkmaması halinin ise suçun nitelikli haline vücut vereceği görüşü mevcuttur[595]. Anlaşma sonucunda faile somut menfaat temini teklif edilmiş olup olmaması, bu menfaatin nakdi, gayrinakdi olup olmaması ya da geleceğe dönük olup olmaması önemli değildir. Hatta ihaleden sonra menfaat teklif edilen kişinin bu menfaati elde edip edememesi, menfaati teklif edenin daha sonra bu menfaati verip vermemesi, anlaşmaya uyup uymaması da önem arz etmez. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarını engellemeye muktedir olmaları ve bu yönde bir anlaşma yapılmış olması yeterlidir. Objektif ve serbest rekabet şartlarını engellemeye muktedir olmalarına rağmen anlaşma sağlanamamış veya sağlansa da sonuca ulaşmamışsa ihaleye fesat karıştırma suçunun veya bu suça teşebbüsün gündeme gelmesine engel olmayacaktır[596]. Suç olarak belirlenen hareket, ihale sürecini ve fiyatı etkilemek değil, bunu amaçlayan bir anlaşma yapmaktır[597]. Yargıtay da son kararlarında ihale şartları ve fiyatın etkilenmesi gerektiği görüşünden vazgeçmiştir[598].

Müdürlüğü'nün 05.02.2007 tarihli yazılarında kurumlarının zarara uğramadığı bildirildiği, bu durumda sanıkların eylemlerinin sonucu olarak ilgili kamu kurumu açısından açık bir zarar meydana geldiğinden söz edilemeyeceği ve kuşkulu kaldığı gözetilmeden sanıkların cezalarının 235/3. madde gereğince artırılması..." Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 22.09.2008 ve 2008/8361 Esas ve 2008/7873 Karar sayılı kararı. Bkz. Soyaslan vd. (2014), s. 121.

[594]Kazancı (2011), s. 183.

[595]Soyaslan vd. (2014), s. 120; Arslan (2012), s. 160; Kazancı (2011), s. 172. Ayrıca bu konuda bkz. Tuğrul (2013), s. 84 vd. Suçun ne zaman tamamlandığı hakkındaki görüşler için bkz. Kazancı (2011), s. 198.

[596]Şen ve Aksüt (2014), s. 108 vd.

[597]Meran (2011), s. 173.

[598]*"TCK'nın 235/2-d maddesindeki sadece ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerce işlenebilecek olan ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için öğretide de çoğunlukla benimsendiği üzere, ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşmanın yapılması suçun tamamlanması için yeterli olup, fiyatların etkilenip etkilenmemesi ve ihalenin tamamlanıp tamamlanmamasının önemli olmadığı,*

Dava konusu olayda ise; ihaleye girmek için teminat yatırdıkları anlaşılan sanıkların açık artırma suretiyle satışı gerçekleştirilecek orman emvallerinin fiyatını etkilemek amacıyla aralarında yaptıkları paylaşımı kağıda aktardıkları sırada olay yerinde bulunan görevli polis memurlarınca olaya müdahale edilmesi ve ihaleye fesat karıştırıldığının bildirilmesi üzerine ihalenin ertelendiği, bu itibarla, ihaleye katılmak isteyen sanıkların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaya teşebbüs ettikleri, sanıkların Adil Ba... tarafından düzenlenen ve sanıkların hangi tip emvale pey süreceklerini gösterir adli emanetin 2007/157 sırasında kayıtlı bulunan iki sayfadan ibaret belge içeriği, tanıklar Birol ... ve Halim Yı...r'in beyanları ile tüm dosya kapsamından anlaşıldığı ve sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması" (Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 18.04.2013 tarih ve 2012/4500 Esas ve 2013/3662 Karar sayılı kararı) bkz. Yaşar vd. (2014), s. 7044, dipnot: 1466.

"*Oluşa, kabule ve mevcut delillere göre sanığın ... Şeker Fabrikası`nda yapılacak açık eksiltmeye girmemeyi kabul ederek bunun karşılığında hamiline yazılı 250.000 liralık çeki aldığı anlaşıldığı cihetle suçun tamamlandığı gözetilmeden tam kalkışma derecesinde kaldığının kabulü ile hakkında TCK.nun 62. maddesinin uygulanması...*

Suçun anlaşmanın yapılmasıyla ortaya çıkması, menfaat temini noktasında yardım edenlerin fail niteliğini haiz olamayacağını gösterir. Aracı kişi olarak hareket eden ve anlaşmaya göre örneğin ihaleye girmeyecek olan kişilere bunun için elde edecekleri parayı dağıtan böyle kişiler için TCK m. 39'daki "fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek", "suçun icrası sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma" hükümleri gündeme gelebilecektir. Büyük bedelli ihalelerde bu kişiler eğer anlaşmanın olmazsa olmaz unsuru iseler, bu kişilere duyulan güven dolayısıyla anlaşma yapılabiliyor aksi halde anlaşmaya varılamıyorsa, menfaat temini noktasında yardım edenler asıl fail olabilecektirler. Çünkü bu kişiler genelde ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler olmaktadır. Aynı durumda düşük bedelli ihalelerde ise ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler olmadıklarından, yardım eden ya da azmettiren olarak sorumlulukları doğabilecektir[599]. Öğretide, menfaat temini suç tanımı içerisine alınacak olursa bu konudaki kafa karışıklığının da ortadan kalkacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş suçun tamamlanması için menfaat temininin aranması gerektiğini söyler. Anlaşma ile menfaat temin edilmesi gerekliliğinin yanında suçun tamamlanmış sayılması için ihaleyi etkilemesi veya en azından etkilemeye elverişli olmasını da gerekli görür. İhalenin etkilenmesinin ise ihaleye katılmak isteyenler veya katılanlar ya da kamunun maddi menfaatleri açısından kazançta zarar, iş kaybı veyahut ihalenin kamu kurum veya kuruluşunu zarara uğratması gerekmektedir[600]. Bir başka görüşe göre ise suçun tamamlanmış sayılabilmesi için anlaşmanın yapılması ve teklifin ihale makamına ulaşması yeterli değildir. Bunun yanında teklifin değerlendirilmeye başlanmış olması da gerekir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 37/2'ye göre değerlendirme dışı bırakılan teklifler[601] henüz ihale komisyonuna suça konu anlaşma ile ulaşmadıklarından dolayı rekabet koşullarını da etkileyememiş olacaklardır[602].

Bozmayı gerektirmiş üst ve o yer C. Savcılarının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi BOZULMASINA, 20.12.1983 gününde oybirliğiyle karar verildi." (Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 10.12.1983 tarih ve 1983/6170 Esas ve 1983/6794 Karar sayılı kararı) http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4cd-1983-6170.htm&query=%221983/6170%22#fm (Erişim Tarihi: 1.1.2015)

[599]Şen ve Aksüt (2014), s. 107.

[600]Şen ve Aksüt (2014), s. 107 vd.

[601]4734 sayılı Kanun m. 37/2'ye göre:

1. Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36. maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilebilir.

2. Teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılabilir.

Madde gerekçesinde *"Fıkranın (d) bendine göre, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır. Çünkü bu fiiller, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller."* denilmektedir. Fakat maddede, anlaşmanın objektif ve serbest rekabet şartlarını engelleyen bir anlaşma olacağından bahsedilmemektedir. Bu ifadenin maddeye de taşınması gerektiği görüşü doktrinde savunulmuştur[603].

Serbestçe oluşması gereken fiyat, yapılan açık veya gizli anlaşmaya göre belirlenmiş bir miktarda oluşturulmaya çalışılmıyorsa, yapılan anlaşma yalnızca anlaşmayı yapan istekli ve adayların ihaledeki yerini sağlamlaştırma amacı taşıyorsa suçun meydana gelmesinde zarar araştırılması yapılabileceğini savunan bir görüş vardır. Buna göre, ihaledeki yerin sağlamlaştırılmasına yönelik böyle bir anlaşmada diğer isteklilere zarar verme isteği ya da imkanı bulunmuyorsa, bu anlaşma hukuka aykırı bile olsa ihaleye fesat karıştırma suçu -gizli veya açık anlaşma yapılması suretiyle- meydana gelmeyecektir[604]. İhale şartlarının ve özellikle fiyatın etkilenmesi amacı madde metninde açıkça belirtildiği için salt ihaleye girme yönünde anlaşma yapılması da ihaleye fesat karıştırma suçunun 2. fıkranın d bendi uyarınca meydana gelmesine vücut vermeyecektir[605].

Doktrinde ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yaptıkları ancak birinin veya bazılarının anlaşmaya uymaması durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre ihaleye girmemesi yönünde anlaşmaya varılan ama anlaşmaya uymayıp ihaleye giren kişi için ceza verilmemesi veya cezadan indirime gidilmesi gerekir. Bu kişi eğer anlaşmaya uyma iradesi taşıyorsa ve buna rağmen ihale iptal edildiğinden anlaşmaya giremediyse; ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs ettiği, suçun tamamlanmış halinden sorumlu tutulmaması gerektiği

---

3. 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 bırakılabilir.

[602]Meran (2011), s. 172.

[603]Şen ve Aksüt (2014), s. 111.

[604]Kazancı (2011), s. 140.

[605]Şen ve Aksüt (2014), s. 112.

savunulmuştur[606]. Öte yandan ihaleye girmemesi yönünde anlaşmaya varılan ama anlaşmaya uymayıp da ihaleye giren veya aralarında kararlaştırılana uymayıp da anlaşmaya uygun olmayan bir teklif veren kişi açısından icra hareketlerine başlamadığı için ne teşebbüs ne gönüllü vazgeçme hükümlerinin geçerli olacağı görüşü de savunulmaktadır[607].

7. Manevi Unsur

Failin psikolojik alanında yer alan ve öngörülerine dahil olan unsurlar suçun manevi unsurlarındandır[608]. Manevi unsur fiil ile fail arasındaki psikolojik bağdır. Suçun bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi kasttır[609]. Kast, manevi unsurun tipik türüdür[610]. Kastın bilme ve isteme olarak tanımlanması, tasavvur ve irade teorilerinin her ikisini birden karma bir şekilde ele alınması ile olmaktadır[611].

İhaleye fesat karıştırma suçunun taksirli hali düzenlenmemiştir[612]. Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur[613]. İlgili maddenin 2. fıkrasının d bendi kapsamında özel kast söz konusudur. Çünkü anlaşmanın fiyatın belirlenmesi ve ihalenin belirli bir kişide kalmasına yönelik olması suça vücut verecektir[614]. Bu bakımdan bu bent kapsamında

---

[606]Şen ve Aksüt (2014), s. 111.
"...Sanık İbrahim D.'nun, ihalelere doğrudan girmese bile diğer sanık Nevin Karakütük S.'ın girdiği ihalelerde birlikte hareket ettiği, Ankara Gayrimenkul Satış 22. İcra Müdürlüğünce 2004/68, 75, 76. talimat sayılı dosyalarında, 19.09.2000 tarihinde yapılan ihaleler öncesinde Keçiören'de bulunan bir dairenin İbrahim D. tarafından alınmak istendiğinden bahisle, Hakan H.'den ihaleden çekilmesi ve aynı ihalede ihaleye iştirak eden Nevin Karakütük S.'ın ihaleye girmemesi, girse de artırma yapmaması için Hakan H.'den 10.000 YTL para istediği, Hakan H.'nin paranın fazla olduğundan bahisle bunu kabul etmeyip, sanığı yakalatmak amacıyla paranın yarısını şimdi, yarısını da ihaleden sonra vereyim teklifi üzerine, İbrahim D.'nun bunu kabul etmeyerek, ihaleye katılan Nevin Karakütük S.'a ihale bedelini artırması için talimat verdiği, bu şekilde ihaleye fesat karıştırma suçunun oluştuğu, ancak anlaşma gerçekleşmediğinden, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCY'nın 235/5 ve 235/2-d maddeleri yollamasıyla, 235/1, 35 ve 53. maddeleri gereği cezalandırılmaları..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.06.2009 tarih ve 5.MD/16-139 sayılı kararı) bkz. İ. Akçin vd. (2012). *Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararları (2005-2012)*. Ankara: Adalet, s. 789.
[607]Meran (2011), s. 173.
[608]B. Heinrich (2014). *Ceza Hukuku Genel Kısım - I*. (Ed: Y. Ünver), Ankara: Adalet, s. 80; Özgenç (2013b), s. 229; Zafer (2013), s. 229.
[609]Hakeri ve Özkan (2014), s. 32.
[610]N. Özenbaş (2012). *Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ceza sorumluluğunun esası*. Ankara: Adalet, s. 70.
[611]H. Karakehya (2010). *İradilik unsuru bağlamında ceza hukukunda kast*. Ankara: Savaş, s. 31.
[612]Yaşar vd. (2014), s. 7047.
[613]Altıparmak (2014), s. 142; Özbek vd. (2012), s. 845.
[614]Özgenç (2013a), s. 90.

suç doğrudan kast ile işlenmelidir[615]. Diğer seçimlik hareketler açısından olası kast ile de işlenebilir. Bu bent dışında failin özel amacının bir önemi bulunmaz. Failin istekli ve amacının daha fazla kazanmak olması ile failin kamu görevlisi olması ve kurumu lehine oluşacak bir bedelle sözleşme yapılmasını sağlaması arasında bir fark bulunmamaktadır[616]. Doktrinde suç tanımında yer alan seçimlik hareketlerden hiç birinin olası kastla işlenemeyeceğini belirten görüş de bulunmaktadır[617]. Suçun unsuru olan kast 2. fıkranın d bendi hariç genel kasttır[618]. Suçun gerçekleşebilmesi için kastın suçun tüm aşamalarındaki unsurlarını kapsaması gerekmektedir. Fail başlangıçtan itibaren bu suçu işleme kastı ile hareket etmelidir[619]. Failin kastı, teklif yapmaya yönelik değil, ihale makamlarına belirli bir teklifi kabul ettirmek amacıyla maddedeki fiilleri gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır[620]. Failin özel kastı TCK m. 61'e göre ceza somutlaştırılırken göz önüne alınabilecektir[621].

Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğunu düşünerek değerlendirmeye alan fail kasten hareket etmiş olmayacağından ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmaz. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığını düşünerek değerlendirme dışı bırakan fail de böyledir. Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına göre veya şartnamesine göre gizli tutulması gereken bilgileri, bu niteliğinden habersiz olarak başkalarına ulaşmasını sağlayan fail için de bu durum geçerlidir[622]. İhaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip olan kişilerin bu niteliği konusunda yanılarak ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engelleyen fail hatasından yararlanacaktır. Bunun gibi ihaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip olmayan kişilerin, bu niteliği konusunda yanılarak, ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını sağlayan fail de bu hatasından yararlanacaktır. Dolayısıyla böyle durumlarda suç oluşmayacaktır. Daha ağır veya daha hafif cezanın gerçekleştiği durumlarda hataya düşen kişi de hatasından yararlanıp suçun basit şeklinden

[615]Karakehya (2010), s. 78.
[616]Arslan (2012), s. 197.
[617]Soyaslan vd. (2014), s. 134.
[618]Altıparmak (2014), s. 142.
[619]Kazancı (2011), s. 190.
[620]Kazancı (2011), s. 190.
[621]Şen ve Aksüt (2014), s. 119.
[622]Soyaslan vd. (2014), s. 134.

cezalandırılacaktır[623]. Bunun gibi, hata sonucu hafifletici nedenin bulunduğuna inanarak hareket eden faile, hafifletici neden sanki varmış gibi uygulanacaktır[624]. Toparlayacak olursak; failin bilgisizliği, tedbirsizliği, dikkatsizliği nedeniyle, yani kastı olmadan meydana gelen fiiller, manevi unsur yokluğundan dolayı suça vücut vermeyecektir[625]. TCK m. 30 gereği fail esaslı hatasından yararlanacaktır. Zaten kanun koyucu da suç ile ilgili maddenin 2. fıkrasının a bendinde hareketlerin gerçekleştirilmesinde "hile" arayarak, ihaleye katılanla herhangi bir suç anlaşmasının yapılmadığı, sadece dikkatli incelememe ve gözden kaçırma nedeniyle belge eksikliği veya yetersizliğin fark edilemediği halleri suç tanımı kapsamına almamıştır[626].

Maddenin 2. fıkrasının a bendinde ilk iki alt bentte, hileli hareket bakımından failin kastı ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan bir kişinin, ihaleye katılmasını engellemeye; sahip olmayan kişinin, katılmasını sağlamaya yönelik olması gerekmektedir[627]. Ayrıca kişinin ihaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip olup olmadığını bilmelidir[628]. Bunun gibi sonraki iki bentte ise hileli hareketler bakımından failin kastı teklif edilen malların, ihale şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmasına rağmen, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılmasına; sahip olmamasına rağmen, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alınmasına yönelik olmalıdır. Fail malın niteliğini bilmeli ve bunun yanında değerlendirmeye alma ya da değerlendirme dışı bırakma konusunda istekli olmalıdır. Hileli hareketlerini bu amaçla gerçekleştirmelidir[629]. Fail hareketleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmezse suçun unsurları vücut bulmamış olacağından suç ortaya çıkmayacaktır[630].

b bendinde fail, bilgilerin gizli kalması gereken bilgiler olduğunu bilmelidir. Bunu bilmeyip de öngörüyorsa olası kast gündeme gelebilecektir. Bunların bilerek ve isteyerek başkalarına ulaşmasını sağlamalıdır.

c bendinde cebir, şiddet veya diğer hukuka aykırı davranışı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. İhaleye katılma yeterlik ve koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye

[623]Arslan (2012), s. 198.
[624]Soyaslan vd. (2014), s. 135.
[625]Tuğrul (2013), s. 90.
[626]Şen ve Aksüt (2014), s. 119.
[627]Kazancı (2011), s. 192.
[628]Şen ve Aksüt (2014), s. 117.
[629]Kazancı (2011), s. 192.
[630]Özenbaş (2012), s. 72.

ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek amacı ile hareketin gerçekleştirilmiş olması gerekir.

d bendinde failin anlaşmayı ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin, ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek amacıyla yapmak istemesi gerekir. Üçüncü bir kişi anlaşmanın varlığını bilmiyorsa, anlaşma yararına teklifte bulunma kastı yoksa, anlaşmaya katılmış olsa da suç gerçekleşmiş olmayacaktır. Fail kastı ihaleye katılmayı da içermelidir. Doktrinde failin baştan beri icra hareketlerini tamamlama kastı bulunuyorsa anlaşma yapmayı tasarladığını üçüncü bir kişiye iletmesi ve teklifini belirtmesini teşebbüs aşamasına gelmiş bir fiil sayan görüş vardır. Kastın nedensellik bağını da kapsaması gerekir[631].

d bendi kapsamında ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin aralarında ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek amacıyla bir anlaşma yapmaları, bu anlaşmanın bir amacı olması dolayısıyla yukarıda bahsettiğimiz gibi özel kast aranan bir seçimlik harekettir[632].

Ortada bir ihale olması, bu ihalenin şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için bir anlaşma yapılmış olması ve bu anlaşmanın hukuka aykırı olması gerekir. Kastın en az iki kişi arasında yer alan rekabet ortamını, bunun belirli bir esas altında yapıldığını, bu sürecin en uygun fiyata ulaşmayı hedeflediğini bilmeyi kapsaması gerekmektedir.

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için yaptıkları anlaşmaya görünüşte katılıp aslında rekabetin durumunu öğrenmek isteyen kişi, diğer katılımcıların ciddiyetini ve diğer katılımcıların anlaşmayı ihaleyi etkilemek amacıyla yaptığını biliyorsa, teklif vermese de kastı var sayılır[633].

8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

8.1. Teşebbüs

[631]Kazancı (2011), s. 192.
[632]Arslan (2012), s. 197. Buna karşın "ihale şartlarının ve özellikle fiyatın etkilenmesi"nin suçun bu seçimlik hareketinin bir unsuru olarak da düşünülebileceği; bu durumda "ihale şartlarının ve özellikle fiyatın etkilenmesi" zorunluluğunun ya özel kast olarak ya da hareketin bir unsuru olarak nitelendirilebileceği; hareketin bir unsuru olarak nitelendirilirse, tek amacın ihaleye fesat karıştırmaya yönelik olduğu ve genel kastın yeterli bulunduğu hakkında bkz. Şen ve Aksüt (2014), s. 118.
[633]Kazancı (2011), s. 192.

Bir suçu işleme kastıyla elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıktan sonra, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamayan veya hareketleri tamamlamasına rağmen hedeflediği sonucu gerçekleştiremeyen kişilerin cezalandırılmasında başvurulan ceza hukuku kurumuna teşebbüs denir[634].

İhalenin iptal edilmesi, fiyatların etkilenmesi, ihale koşullarının değişmesi, rekabetin bozulması gibi neticeler aranmadığından, ihaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçu veya neticesi harekete bitişik bir suçtur ve ihaleye fesat karıştırılmasıyla suç tamamlanır[635]. Bu yüzden genelde, ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs mümkün olmamaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmediğinde hafifletici neden uygulansa da suç meydana gelmiş olmaktadır[636].

Hareketin bölünebildiği durumlarda ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs mümkündür[637]. Hileli davranışlarla failin icra hareketlerine başlamış olduğu ihaleye fesat karıştırma suçlarında istemiş olduğu sonuca elinde olmayan sebeplerle ulaşamaması teşebbüsün mümkün olduğu durumlardandır[638]. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek veya ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak için elverişli hileli davranışlar gerçekleştirildiği halde ilk durumun engellenememesi ya da ikinci durumun sağlanamaması böyledir. Bunun gibi tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak adına bunları mektup, elektronik posta, sosyal paylaşım siteleri vb. ile gönderdiği halde elinde olmayan nedenlerle gönderdiği kişilere ulaştıramamış failin durumu da böyledir. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı

[634]D. Aydın (2006). Suça teşebbüs. *AÜHFD*. 55 (1), s. 85; A. Sözüer (1994b). *Suça teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 235 vd.; P. A. İpekçioğlu (2007). Teşebbüs kurumu ve Kıbrıs Ceza Hukuku açısından değerlendirilmesi. *İÜHFM*, LXV (2), s. 80; M. Arabacı (2014). *Gönüllü vazgeçme*. Yüksek Lisans Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4 dipnot: 8; Birtek (2014), s. 256.

[635]Soyaslan vd. (2014), s. 139; Şen ve Aksüt (2014), s. 118; Kazancı (2011), s. 194.

[636]Gülel (2012), 250; Arslan (2012), s. 212.

[637]A. Parlar (2011). *Türk Ceza Hukukunda tefecilik ve ihale sürecinde işlenen suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi, s. 56. Doktrinde, genel olarak ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı, fakat bölünebilir hareketlerde teşebbüsün gündeme gelebileceğinin savunulmasına karşın, suça teşebbüsün mümkün olduğunu savunan görüş için bkz. Meran (2011), s. 248; Şen ve Aksüt (2014), s. 123.

[638]Kazancı (2011), s. 194.

etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, ancak biri veya birkaçının koşulları kabul etmemesi nedeniyle anlaşmanın tamamlanamaması durumu da böyle durumlara örnek olarak verilebilir[639]. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmalarının hangi aşamada tamamlanmış bir suça vücut vereceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, üzerinde anlaşmaya varılan teklifin idare hukuku kuralları çerçevesinde ihalenin düzenlendiği yere ulaşmasının suçun tamamlanması için yeterli olacağı ifade edilirken diğer bir görüşe göre ise tamamlanma için teklifte bulunma süresinin sona ermesi gerektiğini savunulur. Tekliflerin açılması tarihinde suçun tamamlanacağını belirten bir görüş de bulunmaktadır[640].

Suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlendiği durumlarında ise cebir veya tehdit kullanmakla suç tamamlanmakta ve cebir veya tehdit kullanılmadığında bu suçun bu hali gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla cebir veya tehdit kullanılarak işlenecek ihaleye fesat karıştırma suçlarında teşebbüs mümkün değil gibi durmaktadır[641]. Bununla birlikte örneğin, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip bir kişinin tehditle ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek için icra hareketlerine başlanmış olsa ve buna rağmen mağdur ihaleye girmiş olsa, bu durumun suçun teşebbüs aşamasında kalmış halini oluşturacağını savunan görüş de mevcuttur[642]. Bu görüşe göre suçun tamamlanabilmesi için failin, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip bir kişinin tehditle ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemesi aranmaktadır. Bunun dışında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere

---

[639]Soyaslan vd. (2014), s. 139; C. Altıparmak (2005). Devlet ihalesine fesat karıştırma suçu (YTCK m. 235). *İstanbul Barosu Dergisi*, 79 (4), s. 1170.
[640]Görüşler için bkz. Kazancı (2011), s. 198.
[641]Kazancı (2011), s. 196.
[642]"*Sanıkları suç tarihinde Diyarbakır Çocuk Hastalıkları Hastanesinde yapılacak olan 24 aylık 34 kişiyle koruma ve güvenlik hizmetleri işi ihalesine katılmak için D... isimli özel güvenlik şirketi adına ihale evraklarıyla birlikte hastaneye geldikleri, aynı ihaleye girmek maksadıyla çalıştıkları Z... Güvenlik Koruma Hizmetleri şirketini temsile yetkili mağdurların da geldikleri hastanede ihale dosyasını satın alma komisyonuna ibraz edecekleri sırada, sanıkların mağdurların kollarından çekiştirerek odaya girmelerine engel oldukları, sanık M.'nin mağdurlara hitaben "Bu ihaleye teklif vermeyin, gelin sizinle tatlı tatlı anlaşalım, bize problem çıkartmayın, yoksa sizin canınızı yakarız, eğer bu ihaleye girecek olursanız sizin kafanız sıkarız." dediği, Z... Güvenlik Koruma Hizmetleri şirketinin Kamu İhale Kanununun 10. maddesi ve ihale şartnamesine göre bilanço ve eşdeğer nitelikteki belgeyi ihale evrakına eklemediği ve böylece ihaleye katılma yeterliğini taşımadığından dolayı teklifinin geçersiz sayıldığı eylemde, sanıkların cebir ve tehdit kullanarak ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu işledikleri..."* Yargıtay 5. CD. 21.02.2013 tarih 2012/3486E., 2013/1316K. Bkz. Şen ve Aksüt (2014), s. 122.

katılmalarını engellemek, tehdidin mektupla yapılması örneğinde olduğu gibi bölünebilir hareketlerle işlenebildiği durumda, teşebbüs gündeme gelebilecektir[643].

Fail, hareketlerin icrasına başladıktan sonra, suç tamamlanma aşamasına gelene kadarki süre zarfında gönüllü vazgeçerse ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Fail, bu durumda teşebbüsten sorumlu tutulmayacaktır. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan bir kişiyi ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek için kapalı bir yere kilitleyen failin, ihale sürecindeki işlemler bitmeden önce vicdan azabıyla kişiyi serbest bırakmasında veya tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak adına icra hareketlerine başladığı halde gönüllü olarak ulaşmasını engellemesinde durum böyledir[644]. Etkin pişmanlık hali ise ihaleye fesat karıştırma suçu için öngörülmemiştir[645].

8.2. İştirak

Suçun işlenebilmesi için gerekli olan kişi sayısından bir veya daha fazla kişinin suçu işlemesiyle, o suç açısından, cezai sorumluluğunun esasını belirleyen ceza hukuku kurumuna iştirak denmektedir[646]. Suçun işlenmesine maddi ve manevi şekilde katkıda bulunanlar suça iştirak edenlerdir[647].

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenişi iştirak halinde gerçekleştirilebilir. Her türlü iştirak hali ihaleye fesat karıştırmada geçerli olabilecektir[648]. Suçun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasındaki hallerden d bendine giren ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, kural olarak çok failli işlenebilecek bir suçtur. Bunun dışındaki haller, tek fail tarafından işlenebilir. Tek faille işlenebilecek olan bu hallerin, iştirak hükümleri uyarınca birden fazla fail tarafından

[643]Şen ve Aksüt (2014), s. 123.
[644]Soyaslan vd. (2014), s. 139.
[645]Arslan (2012), s. 115.
[646]M. Özen (2007). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun iştirak kurumuna bakışı. *TBB Dergisi*, (70), s. 239; D. Aydın (2009). *Türk Ceza Hukukunda suça iştirak*. Ankara: Yetkin, s. 25; C. Otacı (2007). Türk Ceza Hukukunda iştirak. *İstanbul Barosu Dergisi*, Ceza Hukuku Özel Sayı, s. 78; G. Koçyıldırım (2005). Eski ve Yeni Ceza Kanunlarında iştirak hükümleri. *Hukuk Gündemi Dergisi*, (1), s. 22; Zafer (2013), s. 427.
[647]Taşkın (2011), s. 85.
[648]Parlar (2011), s. 56; Koca ve Üzülmez (2013a), s. 31; Meran (2008), s. 509.

işlenmesi de mümkündür. Faillerin tek olabileceği fiillerin yanında, faillerin çok olması gereken fiillere de iştirak hükümleri uyarınca katılma mümkündür. İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesine iştirak açısından örnek vermek gerekirse, hileli davranışlarla veyahut cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engelleyen kişi doğrudan (müstakil) fail olacakken, ihaleyi hileli davranışlarla ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan kişiden başka bir kişiye veren ihale komisyonu başkan ve üyeleri müşterek (birlikte) fail olacaklardır[649]. Bunlar dışında ihaleye fesat karıştırma suçu bir başkası vasıtasıyla yani dolaylı fail olarak işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından birbirinden bağımsız ve ortak suç işleme kararı bulunmaksızın yani yan yana fail olarak da işlenebilecektir[650].

Yukarıda da söylediğimiz gibi, iştirak türlerinin her bir hali ihaleye fesat karıştırma suçunda geçerli olabilecektir. Kişi ihaleye fesat karıştırma suçuna azmettiren olarak da yardım eden olarak da katılabilir[651]. Önceden ihaleye fesat karıştırma düşüncesi ve kararı bulunmayan bir kimsenin iradesi üzerinde etki ederek bu suçu işlemesi sağlandığında, iradesi üzerinde etki eden kişi azmettiren sıfatı ile sorumlu olacaktır. İhaleye fesat karıştırma suçunu işlemeye teşvik eden veya suç işleme kararını kuvvetlendiren veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden ya da suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan veyahut suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştıran kimse işlenen ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin ilk fıkrası gereği suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterli olacaktır. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. 3. fıkrasına göre ise suça iştirakten dolayı

[649]Soyaslan vd. (2014), s. 136 vd. Müşterek faillik kurumunun aynı fiilin işlenmesinde birden fazla kişinin bilerek ve isteyerek bir araya gelmesi ve bunlar arasında bir işbirliği olduğu hakkında ve detayları için bkz. M. R. Erdem (2005). Yeni TCK'da faillik ve suç ortaklığı. *Hukuki Perspektifler Dergisi,* (5), s. 206.
[650]Arslan (2012), s. 216; Zafer (2013), s. 444.
[651]B. Akbulut (2009). İhaleye fesat karıştırma suçu (TCK m. 235). *Ceza Hukuku Dergisi*, 4 (9), s. 107.

sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir[652].

İhaleye fesat karıştırma suçu, birden fazla kişi tarafından birbirinden bağımsız ve ortak suç işleme kararı bulunmaksızın yani yan yana fail olarak işlendiğinde iştirak iradesi bulunmayan kişiler şerik olarak kabul edilmeyeceklerdir[653].

İhaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin hileli davranışlarla ihaleye katılmasını sağlamak suretiyle işlenmesi halinde (TCK m. 235/2-a-2), ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayıp da ihaleye katılan kişilerin suç tanımına uygun bir fiili olmadığı için cezai sorumluluğu doğmayacağı düşünülebilir. Ancak doktrinde ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmadığı halde hileli davranışlarla ihaleye katılan kişilerin fiil üzerinde hakimiyetleri olduğu ve ihaleye katılmasını sağlayan fail ile birlikte karar aldıkları gerekçesiyle müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği de savunulmuştur. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmadığı halde hileli davranışlarla ihaleye katılan kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulması da mümkündür. Ayrıca bu görüşe göre, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle hileli davranışlarla değerlendirmeye alınan kişiler (TCK m. 235/2-a-4); değerlendirmeye alan kişilerle müşterek fail olarak sorumlu olacaklardır. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle hileli davranışlarla değerlendirmeye alınan kişiler, azmettiren veya yardım eden olarak da sorumlu olabileceklerdir[654].

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hile niteliğindeki hareketleri gerçekleştiren failler için fiili irtikap edenler denilmekteydi. 5237 sayılı Kanun'da ise hileli hareketleri gerçekleştirenlerin hepsine fail denmektedir. Faillerin kanuni tanımdaki hareketi birebir gerçekleştirmesine gerek yoktur. Kanuni tanımdaki hareketle aynı zamanda, bu hareketin işlenmesine yardım eden ve suçun işlenmesinde önem arz eden bir hareket ile suçu birlikte işleyenler fail olmaktadır[655].

[652]Soyaslan vd. (2014), s. 136 vd.; Aydın (2009), s. 107.
[653]Kazancı (2011), s. 199.
[654]Arslan (2012), s. 218. Bütün bu hallerde diğer failin de iştirak iradesi aranmalıdır.
[655]Kazancı (2011), s. 199.

Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasının sağlanması (TCK m. 235/2-b), bu bilgilerin başkalarına ulaşması adına üçüncü bir kişiye verilmesi şeklinde iştirak halinde işlenebilecektir. Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenmesi (TCK m. 235/2-c) genel hükümler çerçevesinde iştirakle işlenebilir. Yani TCK m. 235/2-c hükmünün asıl faili birden fazla kişi olabilir. 5237 sayılı TCK m. 28 uyarınca 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. İhaleye fesat karıştırma suçunu cebir veya tehditle işleyen kişi dolaylı fail olacaktır. Cebir ve tehdit altında hareket eden kişi cezalandırılmayacaktır. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları (TCK m. 235/2-d) durumunda da iştirak mümkündür. Suçun bu hali daha önce de bahsettiğimiz gibi anlaşmanın yapılmasında bulunmak şeklinde olabileceği gibi var olan bir anlaşmaya dayanarak muvazaalı bir teklifte bulunmak şeklinde de olabilir. Ancak bu ikinci şekildeki kişiler yalnızca şerik olabilecektir[656]. Bunun yanında doktrinde anlaşmaya katılanların teklif vermese dahi şerik olacağı ve somut olayın özelliklerine göre ihale makamı, bunun yardımcısının ve ihaleyi düzenleyenin de şerik olabileceği de söylenmiştir. Kişinin şerik olarak kabul edilebilmesi için onun hareketi olmaksızın suçun meydana gelememesi gerekmektedir[657]. "İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler" dışındakiler, ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için yapılan açık veya gizli anlaşmaya, bu bentteki hareket özgü suç niteliğinde olduğundan, ancak şerik olabileceklerdir. Şerik olabilmeleri için de hem bu bilinç ve irade olmalı hem de özgü suç failinin sıfat ve niteliğini bilmelidir[658].

8.3. İçtima

[656]Çok failli suçlarda iştirakin söz konusu olabilmesi için çok failli suç tanımında zorunlu görülen sayıdan daha fazla kişinin, iştirak hükümlerinde tanımlanan hareketlerden bir veya birkaçıyla suça katılmış olması gerektiği hakkında bkz. Zafer (2013), s. 430.
[657]Kazancı (2011), s. 200.
[658]Şen ve Aksüt (2014), s. 125.

İhaleye fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zincirleme suçu düzenleyen 43. maddesinin son fıkrasında sayılan suçlar arasında olmadığından dolayı bu suç bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, bir kişiye karşı işlenen birden fazla ihaleye fesat karıştırma suçu nedeniyle zincirleme suç hükümleri uyarınca tek ve daha ağır bir cezaya hükmedilecektir. Örneğin aynı mağdurun ihaleye katılma koşul ve yeterliğine sahip olmasına rağmen değişik zamanlarda aynı suç işleme kararı kapsamında ihalelere katılması hileli davranışlarla, cebir veya tehditle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla engellenmişse ceza bu şekilde belirlenecektir[659].

Birden fazla ihaleye fesat karıştırıldığı durumlarda eğer bu suçlar bakımından kararda birlik söz konusu ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesindeki zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Bunun için öncelikle birden fazla ihaleye fesat karıştırma suçu olması gerekmektedir. Yani ihaleler birden fazla olmalıdır. İhale tek ise TCK m. 43/1'den söz edilemez.

İhaleye fesat karıştırma suçunun mağdurunun, öncelikle toplumu oluşturan her birey olduğundan bahsetmiştik. Ortada birden fazla ihaleye fesat karıştırma varsa, mağduru belli olmayan kişilere karşı suçun birden fazla işlenmesi durumunda TCK m. 43/1-son cümle gereği zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır[660].

Toplumdaki her bir bireyin yanında ayrıca belli kişilerin de mağdur olduğu durumlarda, birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu için de zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Örneğin, birden fazla kişinin teklifleri ile ilgili olup, ihale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilerin başkalarına ulaşması sağlanmışsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir[661]. Bunun gibi ihaleye katılmak isteyen birden fazla kişiyi tek bir sözü ile tehdit edip katılmalarını engelleyen fail için de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla böyle durumlarda ihale sayısı da birden fazlaysa ve ihalelerde mağdur belli ve o da birden fazlaysa, her bir ihale için ayrı olarak zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu durum doktrinde eleştirilmiştir[662]. 6459 sayılı Kanun ile TCK m. 43/1-son cümlenin ihaleye fesat karıştırma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin

[659]Arslan (2012), s. 220.
[660]Özgenç (2013a), s. 91 vd.
[661]Arslan (2012), s. 223.
[662]Şen ve Aksüt (2014), s. 132.

uygulanması için yeterli olduğundan bahisle bu konuda yeni bir düzenleme yapılmaması, mağduru belli ve birden fazla olan ihalelere fesat karıştırıldığında, her bir ihale için ayrı olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına sebep olacak ve birden fazla ihale için tek bir cezaya hükmedilmesini engelleyecektir[663].

İhaleye fesat karıştırma suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille aynı ihalede gerçekleştirilmesi TCK m. 43/2'ye göre zincirleme suç kapsamına girmektedir[664]. Mağdurların belli olmadığı durumlarda da ise m.43/1-son cümle gereği zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Ortada somut zarar yoksa mağdur toplumdaki her bir bireydir. Bu durumda suç, mağduru belli olmayan suç kapsamına girecektir. Yani zincirleme suç hükümleri bu cümle gereğince uygulanacaktır (TCK m.43/1-son cümle). Suçun basit ve nitelikli şekilleri aynı suç sayılır (TCK m. 43/1-üçüncü cümle). Bu nedenle, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda işlenen, ihaleye fesat karıştırma suçunun basit şekli ve kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemesi (TCK m. 235/3-b) ya da cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi (TCK m. 235/3-a) şeklindeki nitelikli halleri bakımından da zincirleme suç hükümleri uygulanabilir[665]. Değişik zamanlarda, ihaleye fesat karıştırma suçunun nitelikli halleri işlendiğinde, cezanın arttırılması nitelikli hal dikkate alınarak yapılacaktır[666].

Ancak ihaleye fesat karıştırma suçu farklı mağdurlara karşı farklı hareketle işlenmişse, bir suç işleme icrası kararı kapsamında ve aynı ihalede de olsa zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Buna karşın doktrinde ortada bir suç işleme kararı bulunduğundan ve topluma karşı işlendiğinden zincirleme suç hükümlerinin esasında uygulanması gerektiğini savunan görüş de mevcuttur[667]. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre mağdurlar farklıysa her fiil için ayrı ceza tatbik olunacaktır[668].

Seçimlik hareketli suçlarda maddede sayılan hareketlerden birden fazlası gerçekleştirilse dahi tek suç işlenmiş sayılacağından, fail, ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili maddede sayılan seçimlik hareketlerden birkaçını gerçekleştirdiyse, Ceza Hukuku kapsamında tek bir suç meydana gelmiştir. Temel cezanın belirlenmesini

[663]Şen ve Aksüt (2014), s. 132.
[664]Hakeri (2013), s. 396.
[665]Şen ve Aksüt (2014), s. 133.
[666]Özgenç (2013b), s. 554.
[667]Şen ve Aksüt (2014), s. 131.
[668]Soyaslan vd. (2014), s. 139.

etkileyebilecek bu durum, suçların içtimaı hükümlerine göre cezanın belirlenmesine sebebiyet vermeyecektir[669].

Tek bir fille ihaleye fesat karıştırma suçunun yanında farklı bir suça daha sebebiyet verilmişse fikri içtima hükümleri uygulanabilecektir. Örneğin, icra müdürlüğü tarafından borçlunun haczedilen malının satışı için yapılan ihalede, ihaleye katılan bir kişinin diğer katılan tarafından kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında arttırmadan çekilmesi veya düşük fiyat vermesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçunun yanında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 345/b hükmüne göre de[670] suç oluşacaktır[671]. Bu durumda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 44 gereği fikri içtima hükmü uygulanacak ve fail en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır. Buna benzer bir durum da 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında meydana gelebilecektir. Yetkili kamu görevlisinin, 6183 sayılı Kanun gereğince paraya çevrilecek bir malın ihalesine; eşi, kardeşi, babası gibi kendisiyle olan sıhri hısımlığı nedeniyle katılamayacak olan kişinin hileli davranışlarla ihaleye katılmasını sağlaması halinde, oluşan ihaleye fesat karıştırma suçu yanında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 108. maddesindeki[672] suç da meydana gelmiş olacaktır ve fail, fikri içtima hükmü gereği daha ağır cezayı gerektiren suç dolayısıyla cezalandırılacaktır[673].

İhaleye fesat karıştırma suçu bazı suçlara göre ise özel norm niteliğinde olduğundan dolayı aslında aynı hukuki değeri ihlal eden farklı bir suç meydana gelmiş gibi gözükse de tek başına ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana geldiği kabul edilir. Bir başka ifadeyle, özel normun önceliği ilkesi gereği ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili hüküm uygulanmaktadır. Örneğin, daha önce de ifade ettiğimiz gibi tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken

---

[669]Meran (2011), s. 248.
[670]Bkz. s. 60, dipnot: 298.
[671]Bulur (2007), s. 54.
[672]*Artırmalara katılamıyacak ve artırmalardan mal satınalamıyacak olanlar:*
Madde 108 – Bu kanunun tatbikında vazifeli bulunan kimseler, bu kanun gereğince paraya çevrilecek malların artırmasına ne kendi adlarına, ne de diğer kimseler ad ve hesabına iştirak edemiyecekleri ve bu artırmalardan mal satınalamıyacakları gibi, bu malları üçüncü şahıslar vasıtasiyle veya üçüncü şahıslara satınaldırıp onlardan beş sene müddetle teferruğ suretiyle dahi satınalamazlar. Bu memnuiyet, bunların eşlerine ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımlarına da şamildir. Bu memnuiyet hilafına yapılan ihalelerin 99 uncu maddeye göre feshi istenebilir.
(Değişik ikinci fıkra: 23/1/2008-5728/161 m.) Bu madde hükmüne aykırı hareket edenler üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.
[673]Arslan (2012), s. 223.

ama başkalarının ulaşmasının sağlandığı bilgiler işletmelerin ticari sırları ise ihaleye fesat karıştırma suçunun yanında fiil 5237 sayılı TCK m. 239'a[674] da uygun olmaktadır[675]. Fakat m. 235 daha özel bir düzenleme olduğundan gene bu madde uygulanacaktır. Ancak farklı hukuki değerleri koruyan bir norm ile ihaleye fesat karıştırma suçu tek bir hareketle ihlal edilmişse bu durumda fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Örneğin tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşması sağlandığında TCK m. 258 de gündeme gelebilecektir. Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçuna, tek bir fiille, ihaleye fesat karıştırma suçunun yanında sebebiyet verildiyse fikri içtima hükmü uygulanacak ve fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır[676]. Bunun gibi dolandırıcılık suçu ile ihaleye fesat karıştırma suçu da birbirine çok benzemektedir. Aynı hukuki değeri korumadıklarından dolayı bunlar arasında da genel norm-özel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Burada da görünüşte içtima bulunmamaktadır[677]. Görünüşte içtimaın uygulanamadığı bu durumda fikri içtima hükümleri gündeme gelecektir. Fikri içtima hükmünün uygulanması, fiilin tekliğinden hareketin tekliğini anlayan görüşe göre dolandırıcılık suçunun meydana gelmesi için ortaya çıkması gereken zarara bakılmayacağından, tek bir fiille bu iki farklı suçu düzenleyen maddelerin ihlali durumunda mümkün olacaktır[678].

İhaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlendiğinde bileşik suç ortaya çıkacaktır[679]. Cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecine katılmaları engellendiğinde, ayrıca cebir ve tehdit suçlarından dolayı cezalandırılmaya gidilmeyecek olması bu yüzdendir. Bu suçlar ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru haline gelmiştir[680].

Tehdidin sahte resmi belge veya özel belge kullanılmak suretiyle gerçekleştirilerek ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecine katılmaları engellendiğinde, doktrinde, TCK m. 212 gereğince ayrı ayrı

[674]Bkz. s. 82, dipnot: 295.
[675]Meran (2013), s. 214.
[676]Arslan (2012), s. 223.
[677]Arslan (2012), s. 223; K. İçel (2008). Görünüşte birleşme (içtima) ilkeleri ve yeni Türk Ceza Kanunu. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008, s. 36.
[678]Erman ve Özek (1992), s. 61.
[679]Akbulut (2009), s. 108; Şen ve Aksüt (2014), s. 128; Kazancı (2011), s. 203.
[680]Arslan (2012), s. 224.

cezalandırılmaya gidilmesini, bu cümleden olarak gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüş vardır. Buna göre, bu durum, bileşik suç kurumunun istisnasıdır[681].

Cebir ve tehdidin ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru haline gelmesine karşın, 5237 sayılı TCK m. 235/3-a hükmünün son cümlesi uyarınca, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur. Böylece daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda gerçek içtimaa gidileceği hüküm altına alınmıştır[682]. Burada iki ayrı hukuki menfaatin ihlali söz konusu olduğundan kanun koyucu böyle durumlarda iki ayrı ceza verilmesini uygun bulmuştur[683].

5237 sayılı TCK m. 235/4'te ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişilerin, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır[684]. Dolayısıyla bu fıkra uyarınca böyle durumlarda fikri içtima hükümleri uygulanmayacak, gerçek içtima uygulanacaktır[685]. Görevli kişi bir kamu görevlisi olabileceği gibi, şirket, vakıf veya kamu yararına çalışan dernek yöneticisi de olabilecektir. Bu kişiler, menfaat temin ettiklerinde, örneğin, şartları oluştuğu takdirde irtikap, rüşvet suçlarından da cezalandırılacaktır[686]. İdarenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi tespit ederken takdir yetkisini kötüye kullanarak ihaleyi başkası üzerine bırakması ve bu kötü kullanımın bir menfaat karşılığında olması böyledir[687]. Ancak bu düzenleme yalnızca menfaat temin eden görevli kişileri kapsamaktadır. Dolayısıyla rüşvet veren istekli bu düzenleme uyarınca cezalandırılamayacaktır. Bu da doktrinde eleştirilmiştir[688].

Bunun yanında m. 212[689], 220/4[690] hükümleri gereğince ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı da ayrı cezaya hükmolunacak yani gerçek içtima uygulanacaktır[691].

---

[681]Şen ve Aksüt (2014), s. 127.
[682]Şen ve Aksüt (2014), s. 101.
[683]Soyaslan vd. (2014), s. 117.
[684]Meran (2011), s. 248.
[685]Kazancı (2011), s. 201.
[686]Arslan (2012), s. 226.
[687]Arslan (2012), s. 140.
[688]Kazancı (2011), s. 134.
[689]"İçtima" başlıklı madde şu şekildedir:
"Madde 212- (1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur."

Doktrinde TCK m. 235/2-a hükmünün alt bentlerinde sayılan hareketlerle ihaleye fesat karıştırma suçunun yanında özel ve resmi belgede sahtecilik suçlarını da işleyen kişiye ayrı ayrı ceza verilmesinin "ne bis in idem" ilkesine aykırı olduğu görüşü de vardır. Buna göre ihaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlendiğinde ayrıca cezalandırılmaması ile sahtecilik yapmak suretiyle m. 235/2-a'ya sebebiyet verilmesinin cezalandırılması çelişki taşımaktadır[692].

5237 sayılı TCK m. 235/2-c hükmünde "Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek" şeklinde kaleme alınan fiil aynı zamanda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 58'e göre idari yaptırıma bağlanmıştır. Bu durumda karşılaşıldığı gibi fiil, aynı zamanda bir kabahat olarak da tanımlanmışsa 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrası gereğince sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Bu hükme göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı bir yaptırım uygulanamadıysa, koşulları oluştuğu takdirde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesindeki idari yaptırım uygulanabilecektir[693].

9. Yaptırım

11.4.2013 tarihli 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra 5237 sayılı TCK m. 235/1'de öngörülen ihaleye fesat karıştırma suçunun temel şeklinin cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir[694]. Bu değişiklikten önce suçun basit şeklinin cezası beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişti. TCK m. 235/3-a hükmünde suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir.

---

[690]5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin dördüncü fıkrasında örgütlü suç işlenmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre hem işlenen suç için hem de ilk iki fıkradaki örgüt kurma veya yönetme ile örgüte üye olma nedeniyle ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır. Bkz. S. N. Özcan (2013). Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı),* 8 (2).
"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlıklı maddenin 4. fıkrası şu şekildedir:
"Madde 220- (4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur."
[691]Kazancı (2011), s. 205; Gülel (2012), 251.
[692]Şen ve Aksüt (2014), s. 126.
[693]Arslan (2012), s. 228.
[694]Soyaslan vd. (2014), s. 149.

Buna göre cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz[695]. Bu hüküm 6459 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. TCK m. 235/3-b hükmünde ise suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir. Buna göre işlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlendiği hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur[696]. 6459 sayılı Kanun öncesinde kamu kurumu ve kuruluşu açısından bir zararın meydana gelmesi suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali şeklindeydi. Kamu zararının ortaya çıkması ile cezanın yarı oranında arttırılacağı hükmolunmuştu[697].

İhaleye fesat karıştırma suçunun ekonomik bir suç olmasından dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırıma bağlanması doktrinde olumsuz yönde eleştirilmiştir[698].

Hapis cezasının yanında ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı mahkumiyet ile birlikte güvenlik tedbirleri de uygulanacaktır. Öncelikle mahkumiyet hükmünün bir sonucu olarak fail, 5237 sayılı TCK m. 53/1 uyarınca belli haklardan yoksun bırakılacaktır[699]. Eğer ihaleye fesat karıştırma suçu belli hakların kötüye kullanılması suretiyle işlenmişse, TCK m. 53/5 uyarınca ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına mahkemece karar verilir.

Başka bir güvenlik tedbirine de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer verilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin 1. fıkrasına göre ihaleye konu olan taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen[700] ve

---

[695]Şen ve Aksüt (2014), s. 139.
[696]Soyaslan vd. (2014), s. 149.
[697]Şen ve Aksüt (2014), s. 139.
[698]Soyaslan vd. (2014), s. 149. Bu olumsuz eleştiriye kısmen katılmayan görüş için bkz. Arslan (2012), s. 230.
[699]Özgenç (2013a), s. 98.
[700]*Yasak fiil veya davranışlar*
"Madde 17- İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:
a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.
e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.
..."

Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan fail hakkında, bu suçlardan dolayı hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının[701] bitiş tarihini izleyen günden 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 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanlarla[702] birlikte yasaklanırlar. Fail, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan birini yaptığı takdirde bunun ihaleye fesat karıştırma suçu dışında bir suça vücut vermesi durumunda da bu güvenlik tedbirine hükmolunacaktır[703].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesine göre verilen yasaklama kararının bir idari yaptırım niteliğinde olduğuna daha önce değinmiştik. Buna göre 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Ceza mahkumiyeti varsa, idarece verilen bu bir yıl ile iki yıl arasındaki yasaklama kararından sonra mahkemece verilen bir yıl ile üç yıl arasında bir yasaklama daha olacaktır. Dolayısıyla fail, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan birini yaptığı takdirde ve bunun ihaleye fesat karıştırma suçu ya da herhangi başka bir suça vücut vermesi durumunda iki yıl ile beş yıl arasındaki bir süre boyunca ihalelere katılmaktan yasaklanacaktır[704]. Ancak, 4734 sayılı Kanun m. 58 uyarınca verilen idari tedbir

---

[701]İhalelere katılmaktan yasaklama
"Madde 58- (Değişik birinci fıkra: 30/7/2003-4964/ 35 m.) 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, 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 verilir. ..."
[702]*"Madde 58- (2) 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."*
[703]Soyaslan vd. (2014), s. 150.
[704]İhaleye fesat karıştırma suçundan dolayı kurulan mahkumiyet hükmünde ayrıca güvenlik tedbiri olarak verilen ihaleden yasaklama kararının infazının idari yaptırım karanın yerine getirilmesinden sonraya ertelenmesinin olumsuz yönde eleştirisi için bkz. Özgenç (2013a), s. 104.

niteliğindeki yasaklama 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerini kapsamaktayken[705], 4734 sayılı Kanun m. 59 uyarınca verilen güvenlik tedbiri niteliğindeki yasaklama 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenleri[706] kapsamadığı düşünülebilir. Eş söyleyişle, yasaklamanın idari tedbir

---

5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmü gereğince bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığı durumlarda, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği gerekçesiyle idarece yasaklama kararı verilemeyeceği yönünde görüş için bkz. Arslan (2012), s. 233, dipnot: 807.

[705]Kazancı (2011), s. 134.

[706]Kapsam

"Madde 2- Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) (Değişik: 1/6/2007-5680/1 m.) 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.

b) (Değişik: 30/7/2003-4964/1 m.) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) (Değişik: 30/7/2003-4964/1 m.) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (Değişik: 12/6/2002-4761/10 m.) (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.

e) (Değişik:13/2/2011-6111/176 m.) 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.

(Değişik ikinci fıkra: 13/2/2011-6111/176 m.) Ancak, 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 Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır".."

İstisnalar

"*Madde 3-(Değişik: 30/7/2003-4964/2 m.)*

a) Kanun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları ile 6831 sayılı Orman Kanunu gereğince orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları,

b) (Değişik: 20/11/2008-5812/1 m.) Savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri,

c) Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları,(Ek İbareler:27/4/2004 – 5148/ 2 m.) özelleştirme uygulamaları için 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak her türlü danışmanlık hizmet alımları; hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,

d) İdarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; yurt dışında bulunan nakil vasıtalarının o yerden sağlanması zorunlu mal veya hizmet alımları,

e) Bu Kanun kapsamına giren kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretme istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve hizmetler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğünden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar, (1)

f) (Değişik: 20/11/2008-5812/1 m.) Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları ile finansmanının tamamı Kanun kapsamındaki bir idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idare tarafından sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalanıldığı haller hariç, her türlü araştırma ve geliştirme hizmeti alımları,

g) 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüzmilyar Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları, (1)

h) Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları, sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımları, (2)

i) (Ek: 14/7/2004-5226/21 m.) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon ve konservasyon projeleri, sokak sağlıklaştırma, çevre düzenleme projeleri ve bunların uygulamaları ile değerlendirme, muhafaza, nakil işleri ve kazı çalışmalarına ilişkin mal ve hizmet alımları, (3)

j) (Ek: 3/3/2005-5312/25 m.) Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun hükümleri kapsamında, acil müdahale plânlarının hazırlanması ve bir olay meydana geldikten sonra kirliliğe müdahale ve acil müdahale plânlarının icrası için acil olarak ihtiyaç duyulabilecek hizmet alımı ile araç, gereç ve malzeme alımı,

k) (Ek: 20/2/2008-5737/79 m.) Vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal veya hizmet alımları,

l) (Ek: 27/12/2007-5726/24 m.) Tanıkların korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine göre alınacak koruma tedbirlerinin uygulanması için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

m) (Ek: 9/7/2008-5784/28 m.) Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) tarafından ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,

n) (Ek: 20/11/2008-5812/1 m.; Değişik: 13/7/2013-6496/38 m.) Erbaş ve erler ile askerî malzemelerin hava yoluyla taşıtılması için Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığından yapılacak hizmet alımları ile uluslararası mükellefiyetlerden doğan veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil ihtiyaçların, süratli ve etkin bir biçimde temini amacıyla, önceden güvenceler alınmasına olanak sağlayan anlaşmalar veya sözleşmeler yapmak suretiyle mal ve hizmet alımları,

o) (Ek: 25/6/2009-5917/31 m.) Elektrik üretimi, iletimi, ticareti ve dağıtımı alanında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin, bu faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yapacakları enerji ve yakıt alımları,

p) (Ek: 22/2/2007-5583/9 m.;Değişik: 3/6/2011-KHK-638/31 m.) Gençlik ve Spor Bakanlığının uluslararası gençlik faaliyetleri ile Spor Genel Müdürlüğü ve bağımsız spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları, (1)

dönemindeki kısmında fail, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilen ihalelere katılamayacakken, güvenlik tedbiri dönemindeki kısmında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilen ihalelere katılabileceği düşünülebilir. Ancak failin 3. madde ile istisna edilen ihalelere güvenlik tedbiri niteliğindeki yasaklama döneminde de katılamayacağını maddenin sonundaki *"Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir."* hükmünden anlamaktayız. Dolayısıyla 4734 sayılı Kanun m. 59 uyarınca verilen güvenlik tedbiri niteliğindeki yasaklama 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yalnızca 2. maddesi ile istisna edilenleri kapsamayacaktır[707].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 59/2'de bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanların yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacağı belirtilmiştir. Bu bir nevi koruma tedbiri niteliğindedir. Yalnızca kamu davası açılmasına karar verilenlerle ilgili olarak uygulanabilecektir. Dolayısıyla bu tedbirin uygulanabilmesi için kamu davasının açılmış olması gerekmektedir. Bu tedbir yargılamanın sonuna kadar devam edecektir. Bu tedbirin uygulanması hakim veya mahkemece karar verilmesini gerektirmemektedir. İhaleye fesat karıştırma suçu iddiasıyla kamu davası açılan kişi hakkında ayrıca bir karara gerek olmaksızın uygulanacak bir yasaklamadır. 4734 sayılı Kanun m. 58/2'de sayılanlar şunlardır: Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı, sermaye şirketi olması halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklardır. Buna ek olarak, haklarında yasaklama

---

r) (Ek: 13/2/2011-6111/177 m.) Fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnameleri kapsamında; işleticisi kim olursa olsun, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğünün kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları,
s) (Ek: 31/3/2012-6288/5 m.; Değişik: 24/4/2013-6461/10 m.) Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ile Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık Anonim Şirketinin, Türkiye Demiryolu Makinaları Sanayii Anonim Şirketi, Türkiye Lokomotif ve Motor Sanayii Anonim Şirketi ve Türkiye Vagon Sanayii Anonim Şirketinden yapacağı mal veya hizmet alımları,
t) (Ek: 4/7/2012-6353/27 m.) Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının kurduğu veya iştirak ettiği şirketten (ÖSYM'nin yapacağı mal ve hizmet alımlarında Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü alınmak kaydıyla) sınav faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak yapılacak mal ve hizmet alımları,
u) (Ek: 6/2/2014-6518/45 m.) Yenilik, yerlileşme ve teknoloji transferini sağlamaya yönelik sanayi katılımı/off-set uygulamaları içeren mal ve hizmet alımları,
Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir."
[707]Gök (2009), s. 1231.

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 şirketidir. Bu sayılanların da kamu davası açıldıktan sonra yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacaktır. Doktrinde, yasaklamanın uygulama alanının bu denli geniş tutulmasının ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi açısından sorunlu bir durum olduğu savunulmuştur[708]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 59/2'de kullanılan "yargılamanın sonuna kadar" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Ancak kanımızca hükmün kesinleşmesine kadar olan süreyi kapsayan bir süreçtir. Burada 5271 sayılı CMK m. 2'deki kovuşturma tanımı dikkate alınmalıdır.

4734 sayılı Kanun m. 59/3'te 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 şirketlerinin, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanacağı belirtilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 85. maddesine göre, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanan veya kullanmaya teşebbüs eden, bu durum iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi, failler hakkında ceza kovuşturması yapılır; hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanırlar[709]. Bu yasaklama kararı ihaleye fesat karıştırma suçu dışındaki bir suçtan cezalandırılan fail hakkında da uygulanacaktır[710].

4734 veya 2886 sayılı Kanunlardan kaynaklanan yasaklama kararları yalnızca bu Kanunlar kapsamına giren ihalelerle ilgili olarak işlenen ihaleye fesat karıştırma suçlarında uygulama alanı bulacaktır[711].

4734 sayılı Kanun'un 60. maddesinde ise görevlilerin ceza sorumluluğu ele alınmıştır. Buna göre, ihale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan

[708]Özgenç (2013a), s. 100-107.
[709]Soyaslan vd. (2014), s. 150.
[710]Arslan (2012), s. 235.
[711]Özgenç (2013a), s. 108.

diğer ilgililer; 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunduklarında, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarında, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacaktır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılacaktır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilecektir[712]. Bunun yanında 4734 sayılı Kanun'a aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlilerinin, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyecekleri hükme alınmıştır[713]. Maddenin devamında 4734 sayılı Kanun'un kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarınca herhangi bir ceza verilmiş olanların, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca bu Kanun'un ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamayacakları ve görev alamayacakları belirtilmiştir[714]. Maddenin son fıkrasında ise bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde uyulması gereken temel ilkelere ve "İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar" başlıklı 62. maddeye aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da maddenin ilk iki fıkrasında belirtilen müeyyidelerin uygulanacağı belirtilmiştir[715].

4734 ve 2886 sayılı İhale Kanunlarının 5237 sayılı TCK m. 5 ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda bu Kanunların uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkabilecektir. TCK m. 5'te TCK'nın genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Doktrinde 4734 ve 2886 sayılı İhale Kanunlarında ceza hükmü belirtilmeyip yasaklama kararı verilmesinden bahsedildiği gerekçesiyle, 4734 ve 2886 sayılı İhale Kanunlarının "özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar" kategorisi dışında kaldığından bahisle TCK m. 5 kapsamına girmeyeceği savunulmuştur[716].

Bunların dışında da farklı kanunlardan kaynaklanan hak yoksunlukları meydana gelecektir. Bunlardan bazıları milletvekili seçilme yeterliliği ile ilgili olarak Anayasa m. 76/2, Milletvekili Seçimi Kanunu m. 11-f-1, mahalli idareler seçimlerinde seçilme

[712]Değişik son cümle: 30/7/2003-4964/36 m.
[713]Dursun (2008), s. 194.
[714]Özgenç (2013a), s. 18.
[715]Sarıtaş (2014), s. 54.
[716]Kazancı (2011), s. 210.

yeterliliği ile ilgili Mahalli İdareler ile Mahalli Muhtarlıklar ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun m. 9'dur[717].

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine 5237 sayılı TCK m. 54 gereğince ve suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerle bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine ise 5237 sayılı TCK m. 55 gereğince karar verilecektir[718].

İhaleye fesat karıştırma suçu neticesinde yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler varsa, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 242. maddesine göre tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. İhaleye katılmak isteyen veya katılan tüzel kişi genel müdürünün ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için diğer isteklilerden bir veya birkaçı ile açık veya gizli anlaşma yaparak tüzel kişi yararına menfaat temin etmesi halinde, temin edilen menfaatin 5237 sayılı TCK m. 55 hükmü gereğince müsaderesi böyle durumlardandır[719]. Çıkma parası olarak bilinen bir miktar paranın, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihalenin belirledikleri kişi üzerine kalması için aralarında yaptıkları anlaşma gereği ihaleye katılmayan veya katılsa da anlaşmaya uygun bir şekilde teklif veren kişiye verilmesi halinde, bu paranın müsaderesi de böyle durumlara verilebilecek örneklerdendir[720]. Bunun yanında tüzel kişiler için de 4734 ve 2886 sayılı Kanunlarda belirtilen yasaklamalar hakkında yaptığımız açıklamalar geçerlidir[721]. Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 43/A hükmünün ilk fıkrası gereğince; daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından ihaleye fesat karıştırma suçunun tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye on bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilecektir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 43/A hükmünün ikinci fıkrasında ise ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı yargılama

[717]Bunlar ve diğer başka kanunlardan kaynaklanan hak yoksunlukları ile ilgili bkz. Özgenç (2013a), s. 98, dipnot: 78. Bu yoksunlukların kaldırılabileceği ile ilgili bkz. Özgenç (2013a), s. 100; Arslan (2012), s. 235.
[718]Arslan (2012), s. 240.
[719]Soyaslan vd. (2014), s. 150.
[720]Özgenç (2013a), s. 98.
[721]Soyaslan vd. (2014), s. 151.

yapmakla görevli mahkemenin idari para cezasına karar vermeye yetkili olduğu belirtilmiştir[722].

10. Suçu Etkileyen Nedenler

İhaleye fesat karıştırma suçunun hem hafifletici sebebi hem ağırlaştırıcı sebebi 5237 sayılı TCK m. 235'te öngörülmüştür. 6459 sayılı Kanun öncesinde m. 235/3 düzenlemesi *"İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez."* şeklindeydi. Kanun koyucu 6459 sayılı Kanun ile zarar meydana gelmesinin ağırlaştırıcı sebep olmasından vazgeçmiştir. Kamu zararı meydana geldiğinde 6459 sayılı Kanun öncesinde 5 yıldan 12 yıla kadar olan temel ceza bu nitelikli hal bakımından 7,5 yıldan 18 yıla kadar hapis cezasına çıkmaktaydı. Yapılan değişiklikle maddenin 3. fıkrası iki bent halinde düzenlenmiştir. Kamu zararı ile ilgili olan bent şu şekildedir: *"İhaleye fesat karıştırma suçunun, işlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."*

Dolayısıyla kamu zararının meydana gelmesi ağırlaştırıcı bir sebepken değişiklikle kamu zararının meydana gelmemesi hafifletici bir sebep olarak düzenlenmiştir. Kamu zararının meydana gelmesi ise suçun temel şekli olarak düzenlenmiştir. Kamu zararı meydana geldiğinde ihaleye fesat karıştırma suçuna verilecek olan hapis cezasının miktarı 7,5-18 yıl aralığından 3-7 yıl hapis aralığına ve kamu zararı meydana gelmediğinde 5-12 yıl aralığından 1-3 yıl aralığına azaltılmıştır[723].

Zararın meydana gelmesi suçun basit haline sebebiyet verir. Kamu zararı meydana gelmediğinde de 5237 sayılı TCK m. 235'teki suç ortaya çıkacaktır ancak zararın meydana gelmemesi cezanın daha az verileceği suçun hafifletici nedenlerindendir[724].

[722]Özgenç (2013a), s.111.
[723]Soyaslan vd. (2014), s. 146; R. B. Tarhan (2014). İhaleye fesat karıştırma. *Güncel Hukuk*, s. 49; Türkdoğru ve Arıtürk (2014), s. 33.
[724]Kazancı (2011), s. 134.

Nitekim 5237 sayılı TCK m. 235/3 hükmünün gerekçesinde de, 6459 sayılı Kanun öncesinde de olsa, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, ilgili kurum veya kuruluşun herhangi bir zarar görmesinin gerekmediği belirtilmiştir[725].

Zarardan kastedilenin maddi zarar olduğunu söyleyebiliriz. 6459 sayılı Kanun öncesinde zararın miktarının belirlenememiş olmasından bahsedilmesinden zararın, miktarı olan bir zarar olması gerektiği ve bunun da maddi zararda olacağı çıkarımı yapılabilir. Maddenin halihazırdaki halinde "miktar" ifadesi bulunmasa da bahsedilenin her ikisinde de *kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar* olması hasebiyle hafifletici sebep bağlamında arananın hala maddi zarar olduğu söylenebilir[726]. Bunun tespiti bilirkişilere yaptırılacaktır[727]. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesinde kamu zararı *"kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması"* şeklinde açıklanmıştır. İdari düzene aykırılık hafif ihlal olup kabahatleri oluştururken kamu düzenine aykırılık ağır ihlal olup TCK m. 235'te yer verilmiştir[728].

Yargıtay da 5237 sayılı TCK m. 157'deki zarar kavramını 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesine göre açıklamıştır[729].

Zarar meydana geldiğinde daha ağır cezadan hüküm kurulabilmesi için zararın *ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından* meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bunun yanında 5237 sayılı TCK m. 235/5'te sayılanlar açısından da meydana gelen

---

[725]Şen ve Aksüt (2014), s. 81.
[726]Arslan (2012), s. 192.
[727]Şen ve Aksüt (2014), s. 82.
[728]Soyaslan vd. (2014), s. 146.
[729]Arslan (2012), s. 192; Soyaslan (2013), s. 405.
"*Kamunun zarara uğraması hususuna gelince; madde gerekçesinde "ekonomik bir zarar olduğu" vurgulanan anılan kavramla ilgili olarak yasal düzenleme içeren, 5018 sayılı "Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın 71. maddesinde ise; mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanan kamu zararı, her somut olayda hakim tarafından, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirleme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanmasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu belirleme yapılırken, norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayımla da hareket edilmemelidir."* (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.10.2005 tarih ve 2005/4-96 Esas ve 2005/118 Karar sayılı kararı) http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-96.htm&query=%222005/4-96%22#fm (Erişim Tarihi: 1.1.2015)

zarar daha ağır cezayı gerektirecektir. Bunun dışındaki herhangi bir kişinin uğradığı zarar bu hükmün uygulanmasına sebebiyet vermeyecektir[730].

6459 sayılı Kanun ile birlikte değişiklik öncesi mevcut olmayan bir ağırlaştırıcı sebep getirilmiştir. Bu değişiklik Kanun'un 12. maddesi ile gelmiştir. Buna göre ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi daha ağır cezayı gerektirecek bir durum oluşturmaktadır. 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle TCK m.235/3-a hükmünün ilk cümlesi şu şekilde düzenlenmiştir: *"İhaleye fesat karıştırma suçunun, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz."*

Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde, suçun temel şeklinin cezası olan 3-7 yıl aralığındaki hapis cezası, 5-7 yıl aralığına çıkmıştır[731].

Cebir veya tehdit suçları genelde bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçu açısından kanun koyucu bu suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesini ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlemiştir.

TCK m. 235/3-a hükmünün ikinci cümlesinde kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kişiye yönelik cebir ve şiddet yaralamanın ağır derecelerini gerçekleştirirse (TCK m. 87) ya da tehdit ağırlaşmış halleri itibariyle gerçekleşirse (TCK 106/2, 3) bunlar artık ayrı olarak cezalandırılacaktır[732]. Örneğin ihaleye katılma yeterliğine sahip kişileri, ihaleye katılmasını engellemek amacıyla silahla tehdit eden kişi, ihaleye fesat karıştırma suçu yanında TCK m. 106/2-a hükmüne göre de ayrıca cezalandırılacaktır. İhaleye katılmasını engellemek için bir kişiyi yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sokacak şekilde yaralayan fail ihaleye fesat karıştırma suçu yanında TCK m. 87/1-d hükmü gereğince ayrıca cezalandırılacaktır[733].

Cezanın artırılmasına sebebiyet verecek başka bir neden ise 5237 sayılı TCK m. 266 uyarınca kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanmadır. Buna göre *"Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında*

[730]Kazancı (2011), s. 214.
[731]Soyaslan vd. (2014), s. 146.
[732]Soyaslan vd. (2014), s. 117; Soyaslan (2013), s. 405.
[733]Şen ve Aksüt (2014), s. 101.

kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır."

Dolayısıyla TCK m. 235/4'e göre ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişilerin kamu görevlisi olduğu haller dışında TCK m. 266 uygulama alanı bulacak ve görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi sırasında kullanan (böyle olmakla birlikte menfaat temin etmeyen) kamu görevlisi hakkında verilecek ceza üçte biri oranında artırılacaktır[734].

[734]Arslan (2012), s. 195.

Sonuç

İhaleye fesat karıştırma suçu 5237 sayılı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, Kanun'un "Özel Hükümler" adlı ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı Dokuzuncu Bölümünde yer almaktadır. Madde şu şekildedir:

> Madde 235- (1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
>
> (2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:
>
> a) Hileli davranışlarla;
>
> 1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,
>
> 2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,
>
> 3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,
>
> 4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.
>
> b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.
>
> c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.
>
> d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.
>
> (3) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) İhaleye fesat karıştırma suçunun;
>
> a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun

daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.

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

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

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

İhaleye fesat karıştırma suçunun daha rahat anlaşılabilmesi için öncelikle ihale kavramı ve ihale süreci hakkında bilgi edinilmesi faydalı olacaktır. Türk Hukuk Lügatine göre ihale, artırma ve eksiltme suretiyle yapılan sözleşmelerde en çok artıranın veya eksiltenin icabını kabul niteliğinde olmak üzere artırma veya eksiltmeye çıkaranın meydana gelmiş irade beyanıdır. Yapılan ihalelerin sonunda idare bir sözleşme imzalamaktadır. Bu sözleşmeye kadar geçen süreç ihale sürecini, izlenen usuller de ihaleyi oluşturmaktadır. Bu sözleşmenin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olsa da ağırlıklı görüş bunun bir özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir.

İhaleler genelde Kamu İhale Hukuku'nun konusunu oluşturmakla birlikte zaman zaman Borçlar Hukuku ile İcra ve İflas Hukuku'na da konu olabilmektedir. Kamu ihaleleri genel olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmaktadır. İhaleler, idarenin harcama yapması gereken durumlarda 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre, idareye gelir getirici durumlarda 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmaktadır. Ancak ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olan ihale, 5237 sayılı TCK m. 235'in gerekçesinde de belirtildiği gibi, 2886 ve 4734 sayılı Kanunlara tabi bir ihale olmak zorunda değildir.

Doğrudan temin yönteminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 18. maddesinin d bendinde uygulanacak ihale usulleri arasından 30.7.2003 tarihli 4964 sayılı Kanun ile çıkartılması dolayısıyla, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu oluşturamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçu edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile aralarındaki farkı belli edecek şekilde düzenlenmemişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile, 765 sayılı Kanun'da dağınık olarak düzenlenmiş olan suç, tek bir madde altında düzenlenmiştir. "Türkiye Devleti hesabına", "Hükümet hesabına" gibi farklı ifadeler yerine yeni Kanunda "Kamu kurumu veya kuruluşları adına" denilerek ihalenin adına yapılacağı kurum ve kuruluşlar konusundaki ayrım ortadan kaldırılmıştır. Böylece önceki Kanun ile gelen dağınık ve karışık düzenleme yürürlükteki Kanun ile ortadan kaldırılmıştır.

İhaleye fesat karıştırma suçu ile korunan birden fazla hukuki değer vardır. Bu suç ile ilk önce toplumun ve daha sonra bireyin iktisadi yararı korunmaktadır. Bunun yanında, bu suçla korunan hukuki menfaat; serbest rekabet mekanizması, ekonomik faaliyetlerin belli bir düzen içinde, olağan şekilde işlemesi, kamu kurum veya kuruluşları adına veya bunlar tarafından yapılan ihalelerde kamu görevlilerine duyulması gereken güvendir. Kanun koyucu bunlardan en önemli gördüğünü dikkate alarak, suçu "Topluma Karşı Suçlar" altında "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" arasında düzenlemiştir.

765 sayılı Kanun m. 205 ve 208'e göre fail yalnızca devlet memuru olabiliyordu. 5237 sayılı TCK m. 325'e göre bu suçun faili herkes olabilecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun mağduru toplumdur. Suçun Kanunda düzenlendiği yer itibarıyla da bu çıkarım yapılabilecektir. Bu suçla korunan hukuki değer öncelikle toplumun iktisadi yararıdır. Bunun yanında bazen belirli kişiler de ihaleye fesat karıştırma suçunun mağduru olabilir.

Suçun maddi konusu ihaledir. Taşıma ile trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerine ilişkin ihalelerin, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce bu ihaleler kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler kapsamına girdiği takdirde bu suçun konusu olabilecektir.

Taşıma işi 4734 sayılı Kanun m. 4'te hizmet tanımı içindedir. TCK m. 235'te hizmet alımı da suçun konusu kapsamındadır. Dolayısıyla idare bakımından, harcama yapılması gereken bir hizmet işi söz konusu olduğunda yapılacak ihaleye fesat karıştırılması durumunda, ihaleye fesat karıştırma suçu meydana gelecektir. İdareye gelir getirici bir taşıma işi söz konusu olduğunda ise, 2886 sayılı Kanun uygulanmaktadır ve bu Kanun'da "taşıma" ayrıca tanımlanmıştır. 2886 sayılı Kanunda tanımlanan bu gelir getirici taşıma işi TCK m. 235'te sayılan ihalelerden birine dahil edilemez. Bu nedenle bu taşıma işinin ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu olamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır.

Trampa ve gayri ayni hak tesisi 2886 sayılı Kanun kapsamındadır. Bunların ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturabilmesi için karşılığında bir kira bedeli alınması gerekmektedir. Karşılığında bir kira bedeli alındığında TCK m. 235'te sayılan "kiralamalara ilişkin ihaleler" kapsamına gireceğinden, trampa ve gayri ayni hak tesisi işlerinin suçun konusu olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

5237 sayılı TCK m. 235/son fıkra kapsamındaki ihaleler kapsamında yapım ihaleleri dahil edilmemiştir. Dolayısıyla yapım ihaleleri bakımından TCK m. 235/son fıkra uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunun meydana gelmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçu seçimlik hareketli bir suçtur. TCK m. 235/2-a bendindeki seçimlik hareketlerin hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hile kavramı Kanun'da açıklanan bir kavram değildir. TCK m. 235/2-a hükmünün bir unsuru olan hile, dolandırıcılık suçunun da unsurlarındandır. Kanunda çelişki oluşturmaması için ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru olan hilenin dolandırıcılık suçunun unsuru olan hile ile bir farkı bulunmadığı kabul edilmelidir. Hilenin meydana gelmiş sayılması için basit yalanın yeterli olup olmadığı Yargıtay kararlarında bir istikrar kazanmamıştır. Ağırlıklı görüş hilenin kandıracak nitelikte olması durumunda suçun unsuru olacağıdır. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından da aynı şekilde düşünmek gerekir.

Doktrinde, 5237 sayılı TCK m. 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 hükümlerinde "hileli davranışlarla; teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak" ve "hileli davranışlarla; teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı

halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak" şeklindeki düzenlemelerde "teklif edilen malları" ifadesinin, yetersiz olduğu eleştirisi getirilmiştir. Bu ifadenin yerine "teklif edilen edimleri" ifadesinin daha yerinde olacağı belirtilmiştir.

5237 sayılı TCK m. 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 hükmü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda "tekliflerin alınması ve açılması" ile "tekliflerin değerlendirilmesi"ni ele alan m. 36 ve 37 ile birlikte değerlendirildiğinde, TCK m. 235/2-a-3 ve 235/2-a-4 hükümlerinin ihlalinin ancak komisyonda görevli başkan veya üyeler tarafından gerçekleştirilebileceği sonucuna varılmaktadır.

5237 sayılı TCK m. 235/b'de yer alan "Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak" hükmü kapsamındaki tartışmalı konulardan biri yaklaşık maliyettir. Doktrinde, yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlalinin TCK m. 235/b kapsamına girmediği şeklinde görüş olsa da, ağırlıklı görüş bu kapsamda olduğu yönündedir ve Yargıtay bu hüküm kapsamında değerlendirmiştir.

TCK m. 235/2-c bendinde yer alan "Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek" şeklindeki düzenleme ile m. 235/2-a-1 alt bendinde yer alan "İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek" düzenlemesi arasındaki fark; birinde "ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek" fiilinin hileli davranışlarla, diğerinde ise cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla işlenmesidir. TCK m. 235/2-c bendindeki "hukuka aykırı diğer davranışlar" ibaresi; hile, tehdit, cebir dışında kalan hukuka aykırı davranışlarda başvurulacak geniş kapsamlı bir ifadedir.

5237 sayılı TCK m. 235/2-d hükmündeki "İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları" şeklinde kaleme alınan seçimlik hareket yalnızca ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler tarafından işlenebileceğinden özgü suç niteliğindedir. Bu bent kapsamında yapılacak anlaşmalar ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için olmaları gerektiğinden, suçun bu bent kapsamında işlenmesi için özel kast aranır. Bu bent haricinde ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi için genel kast yeterlidir.

İhaleye fesat karıştırma suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Mağduru belli ve birden fazla olan ihalelere fesat karıştırıldığında, her bir ihale için ayrı olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.

İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişilerin cezası, TCK m. 235/4 hükmünde yer alan "İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar." şeklideki düzenleme gereğince gerçek içtima hükümlerine göre belirlenecektir. Görevli kişi bir kamu görevlisi olabileceği gibi, şirket, vakıf veya kamu yararına çalışan dernek yöneticisi de olabilecektir. Bu kişiler, menfaat temin ettiklerinde, örneğin, şartları oluştuğu takdirde irtikap, rüşvet suçlarından da cezalandırılacaktır.

6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde bir takım değişiklikler yapılmıştır. 5237 sayılı TCK m. 235/3-a hükmünün son cümlesi uyarınca, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur. Böylece bileşik suç kurumunun bu suç bakımından özel bir düzenleme ile istisnası getirilmiş, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda gerçek içtimaa gidileceği hüküm altına alınmıştır.

6459 sayılı Kanun ile gelen değişiklikler kapsamında suçun basit hali değiştirilmiş ve suçun basit hali tehlike suçu iken zarar suçuna dönüştürülmüştür. Zarar meydana gelmemesi ise özel bir hafifletici neden olarak öngörülmüştür. Suçun cezasında da değişiklik yapılmıştır. Suçun basit hali için öngörülen ceza "5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası" iken bu ceza "3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası" olarak değiştirilmiştir. Ancak 6459 sayılı Kanun öncesi 5 yıldan 12 yıla kadar öngörülen hapis cezası zarar meydana gelmediğinde verilmekteyken, 6459 sayılı Kanun sonrası zarar meydana geldiği durumda 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Dolayısıyla suçun cezası ciddi miktarda azaltılmıştır.

Suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür.

Kaynakça

Abacıoğlu, M. (2000). *Açıklamalı-içtihatlı ihale kanunu mevzuatı ve uygulaması*. Ankara: Seçkin.

Abacıoğlu, M. ve Abacıoğlu, A. (2014). *İhalelere yönelik şikayetler – ihale veya edimin ifasına fesat karıştırma*. Ankara: Seçkin.

Açımuz, H. B. (2013). *İdarenin sözleşmeleri: İdare hukuku I.* (Ed: M. Akıncı, M. Avcı), İstanbul: Lisans Yayıncılık.

Akbulut, B. (2009). İhaleye fesat karıştırma suçu (TCK m. 235). *Ceza Hukuku Dergisi*, 4 (9).

Akçin vd., İ. (2012). *Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararları (2005-2012)*. Ankara: Adalet.

Akyılmaz, B. vd. (2012). *Türk idare hukuku*. Ankara: Seçkin.

Altıparmak, C. (2005). Devlet ihalesine fesat karıştırma suçu (YTCK m. 235). *İstanbul Barosu Dergisi*, 79 (4).

Altıparmak, C. (2014). *Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye ilişkin suçlar*. Ankara: Seçkin.

Arabacı, M. (2014). *Gönüllü vazgeçme*. Yüksek Lisans Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Arıtürk, R. (2011). *İhaleye fesat karıştırma suçu*. Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Arslan, Ç. (2012). *İhaleye fesat karıştırma suçu*. Ankara: Adalet.

Arslan, Ç. ve Töngür, A. R. (2013). Edimin ifasına fesat karıştırma suçu. *TAAD*, Yıl:4, Sayı:14, 229-251.

Artuk, M. E. vd. (2009). *Türk Ceza Kanunu şerhi - özel hükümler.* Ankara: Turhan, C. V.

Artuk, M. E. vd. (2014). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet.

Artuk, M. E. ve Gökcen ,A. (2005). Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu (TCK m. 205). *Kamu Hukuku Arşivi*, Mart 2005 S. 1-98 Yıl: 8.

Aslan, Y. (2010). Türk hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu. *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68 Sayı: 2010/2, 233-246.

Aydın, D. (2006). Suça teşebbüs. *AÜHFD*. 55 (1), 85-113.

Aydın, D. (2009). *Türk Ceza Hukukunda suça iştirak*. Ankara: Yetkin.

Balcı, M. (2004a). İhaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma. *Hukuki Perspektifler Dergisi*, (2).

Balcı, M. (2004b). *Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu (TCK. m. 205).* Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Balta, T. B. (1970). *İdare hukukuna giriş*. Ankara: Sevinç Matbaası.

Başaran, M. Ş. vd. (2009). *Kamu ihalelerinde karşılaşılan güncel sorunlar*. İzmir: İzden.

Başaran, Ş. vd. (2010). *Kamu ihale kanunu örnek uygulamaları*. Ankara: Ekin.

Birtek, F. (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler temel bilgiler*. Ankara: Adalet.

Bulur, A. (2007). İcra ve İflas Hukukunda "fesat karıştırma" ve "malın esaslı niteliklerinde hata"ya dayanan ihalenin feshi nedenleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* XI (1-2).

Buz, V. (2007). *Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu ve geçerlik şartları*. Ankara: Yetkin.

Canatan, B. (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Detay Yayıncılık.

Centel, N. vd. (2014). *Türk Ceza Hukukuna giriş.* İstanbul: Beta.

Cihan, E. (1978). *Cebir kullanma cürmü*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Çağlayan, R. (2006). *İdari yaptırımlar hukuku*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım.

Çalışkan, S. (2013). *Kamu İhale Kurulu ve Danıştay kararları ışığında ihale kavramları ve ihale suçları.* Ankara: Adalet

Çelik, K. (2006). Yeni Türk Ceza Kanununda ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları. *Yerel Yönetim ve Denetim*, 11 (5), 4-18.

Çeliktaş, İ. (2003). 4964 sayılı kanunla 4734 sayılı kamu ihale kanununda yapılan değişikliklerin, ihale usulleri ve bunların sözleşmeye bağlanmaları açısından değerlendirilmesi. *Sayıştay Dergisi*, (50-51), 103-120.

Çınar, A. R. (2002). *Tehdit suçu*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Danışman, M. (2011). *İhale ve ihaleye fesat karıştırma suçları*. Ankara, Bilge.

Demirbaş, T. (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin.

Derdiman, R. C. (2010). *İdare hukuku*. Bursa: Alfa Aktüel.

Dönmezer, S. (1977). *Kişilere ve mala karşı cürümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Dönmezer, S. (1998). *Kişilere ve mala karşı cürümler*. İstanbul: Beta.

Dönmezer, S. (2003). *Genel Ceza Hukuku dersleri*. Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.

Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). *Nazari ve tatbiki Ceza Hukuku*. İstanbul: Beta, C. I.

Duran, L. (1982). *İdare hukuku ders notları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları Fakülte Matbaası.

Dursun, H. (2008). Kamu ihalelerinde cezai yaptırımlar. *Kamu-İş*, 10 (1), 183-226.

Erdağ, A. İ. (2005). Ekonomik, sınai ve ticari suçlar. *Hukuk ve Adalet,* Bahar, 387-398.

Erdem, M. R. (2005). Yeni TCK'da faillik ve suç ortaklığı. *Hukuki Perspektifler Dergisi,* (5).

Erem, F. ve Toroslu, N. (1978). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Sevinç Matbaası.

Erman, S. ve Özek, Ç. (1992). *Ceza Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Işık Matbaacılık.

Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (2013). *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*. (Güncellenmiş 10. Baskı). Ankara: Seçkin, Cilt 1 (Kanunlar)

Giritli, İ. vd. (2012). *İdare hukuku*. İstanbul: Der.

Gök, Y. (2009). *Sorularla cevaplarla açıklamalı kamu ihale kanunu*. Ankara: İlksan Matbaası.

Gökçen, A. (2005). Yeni Ceza Kanunu'nda ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları. *Hukuk ve Adalet*, Yaz-Sonbahar, 160-175.

Gözler, K. (2009). *İdare hukuku*. Bursa: Ekin, C. II.

Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2011). *İdare hukuku genel esaslar.* Ankara: Turhan.

Gülel, İ. (2012). 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ihaleye fesat karıştırma suçu. *TAAD,* Yıl: 3 S. 11, s. 228.

Günday, M. (2011). *İdare hukuku.* Ankara: İmaj.

Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2010). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A.

Hakeri, H. (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler temel bilgiler*. Ankara: Seçkin.

Hakeri, H. (2014). *Ceza Hukuku*. Ankara: Adalet.

Hakeri, H. ve Özkan, H. (2014). *Sorularla Ceza Hukuku*. Ankara: Adalet.

Heinrich, B. (2014). *Ceza Hukuku Genel Kısım - I*. (Ed: Y. Ünver), Ankara: Adalet.

İçel, K. (2008). Görünüşte birleşme (içtima) ilkeleri ve yeni Türk Ceza Kanunu. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008, 35-49.

İçel, K. (2012). Eski ve yeni ceza yasalarımız çerçevesinde "edimin ifasına fesat karıştırma" suçları bağlamında zamanaşımı ve lehe yasanın belirlenmesi sorunları. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2, 107-116.

İçel, K. ve Evik, H. (2007). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta.

İpekçioğlu, P. A. (2007). Teşebbüs kurumu ve Kıbrıs Ceza Hukuku açısından değerlendirilmesi. *İÜHFM*, LXV (2), 77-120.

Kalabalık, H. (2014). *İdare hukukunun temel kavram ve kurumları*. Konya: Sayram Karatepe, Ş. (1993). *İdare hukuku*. İzmir: Üniversite Kitabevi.

Kangal, Z. T. (2011). *Kabahatler hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kaplan, M. (2013). Edimin ifasına fesat karıştırma suçu. *İÜHFM,* LXXI (1), 709-729.

Karabulut, M. (2008). *İdari yaptırımların hukuki rejimi*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Karakehya, H. (2010). *İradilik unsuru bağlamında ceza hukukunda kast*. Ankara: Savaş.

Katoğlu, T. (2012). Ceza hukukunda suçun mağduru kavramının sınırları. *AÜHFD*, 61 (2), 657-693.

Kaydul, İ. (2011). *4734 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun ışığında anahatlarıyla kamu ihalelerinde usul: Karşılaştırmalı idare hukukunda kamu ihale uygulamaları*. (Ed. Y. Oğurlu vd.), İstanbul: İstanbul TİcaretOdası Yayınları.

Kazancı, B. E. (2011). *İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları*. Ankara: Seçkin.

Keçelioğlu, E. (2006). Alman Ceza Hukukunda faillik. *TBB Dergisi*, (65), 73-88.

Koca, M. R. (2014). *İhaleye fesat ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları*. Ankara: Adalet.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2013a). İhaleye fesat karıştırma suçu. *TAAD*, Yıl: 4, Sayı: 13, 1-41.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2013b). *6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik çerçevesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*. Ankara: Adalet.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2013c). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2014). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin.

Koçyıldırım, G. (2005). Eski ve Yeni Ceza Kanunlarında iştirak hükümleri. *Hukuk Gündemi Dergisi*, (1).

Korkmaz, H. T. (2013). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun görev, yetki ve yargı yeri belirlenmesine ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi. *E-Journal of Yasar Üniversity (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi),* cilt 8, özel sayı, 1753-1818.

Kutlu Gürsel, M. (2003). Kamu ihale sürecinde rekabetin bozulmasının cezai yaptırımları. *Ünal Tekinalp'e Armağan*. C: III.

Kutlu, M. (1997). İdare sözleşmelerinde ihale süreci. İzmir: DEÜHF Yayınları.

Meran, N. (2008). *Yeni Türk Ceza Kanununda sahtecilik malvarlığı bilişim suçları ile ekonomik ve ticaret alanında suçlar*. Ankara: Seçkin.

Meran, N. (2011). *İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları.* Ankara: Seçkin.

Meran, N. (2013). Tefecilik ekonomi sanayi ve ticarete ilişkin suçlar. Ankara: Seçkin.

Okuyucu, G. (2003). *Türk hukukunda konut dokunulmazlığını ihlal suçları*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Onar, S. S. (1966). *İdare hukukunun umumi esasları*. İstanbul: Hak Kitabevi, C. III.

Otacı, C. (2007). Türk Ceza Hukukunda iştirak. *İstanbul Barosu Dergisi*, Ceza Hukuku Özel Sayı, s. 78.

Otacı, C. ve Keskin, İ. (2010). *Türk kabahatler hukuku*. Ankara: Adalet.

Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta.

Özay, İ. H. (1985). *İdari yaptırımlar.* İstanbul: İstanbul Fakültesi Yayınları.

Özay, İ. H. (2002). *Günışığında yönetim*. İstanbul: Alfa.

Özbek, V. Ö. vd. (2012). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin.

Özbek, V. Ö. vd. (2014). *Ceza Hukuku bilgisi (genel hükümler).* Ankara: Seçkin

Özbek, V. Ö. vd. (2014). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin.

Özcan, S. N. (2013). Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı),* 8 (2).

Özdemir, H. E. (2005). *Kamu iİhale Kanunu'nda düzenlenen ihale işlemleri*. Doktora tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özek, A. ve Kaya, O. (2003). *Açıklamalı kamu ihale rehberi*. Ankara: Seçkin.

Özen, M. (2003). Türk ceza kanunu tasarısının tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerine bir bakış. *AÜHFD*, 52 (1), 63-88.

Özen, M. (2007). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun iştirak kurumuna bakışı. *TBB Dergisi*, (70), s 239-253.

Özenbaş, N. (2010). Ceza hukukunda suç olmaktan çıkarma eğilimi ve idari ceza hukuku. *Hüquq Elminin Müasir Problemləri II Beynəlxalq Konfrans*. Bakü: Bakı Dövlət Universiteti.

Özenbaş, N. (2012). *Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ceza sorumluluğunun esası*. Ankara: Adalet.

Özgenç, İ. (2005a). Türk Ceza Kanunu gazi şerhi (genel hükümler). Ankara: Seçkin.

Özgenç, İ. (2005b). Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar. *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu.* Ankara: TOBB.

Özgenç, İ. (2013a). *İhale sürecinde işlenen suçlar*. Ankara: Seçkin.

Özgenç, İ. (2013b). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin.

Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2012). *Uygulamalı Ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku.* Ankara: Seçkin.

Parlar, A. (2011). *Türk Ceza Hukukunda tefecilik ve ihale sürecinde işlenen suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi.

Saltabaş, M. S. (2011). *Kamu ihalelerinde idari sözleşmelerin oluşum süreci: Karşılaştırmalı idare hukukunda kamu ihale uygulamaları*. (Ed. Y. Oğurlu vd.), İstanbul: İstanbul Tİcaret Odası Yayınları.

Sancakdar, O. (2012). *İdare hukuku teorik çalışma kitabı*. Ankara: Seçkin.

Sancar, T. Y. (1998). *Çok failli suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Sancar, T. Y. ve Köprülü, T. (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler uygulamalı çalışmaları*. Ankara: Savaş.

Sarıtaş, H. (2014). İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları. *Sayıştay Dergisi*, S. 73.

Sezer, C. ve Büber, B. (2012). *Yerel yönetimler için hizmet alımı ihaleleri kılavuzu*. Ankara: TODAİE.

Sezginer, M. (2007). İmtiyaz sözleşmelerinde ihale süreci. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI, (1-2), 1079-1093.

Soyaslan, D. (2010). İhaleye fesat karıştırma suçu. *Alman-Türk karşılaştırmalı ceza hukuku.* İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

Soyaslan, D. (2013). İhaleye fesat karıştırma suçunda yapılan değişiklikler. *Marmara üniversitesi hukuk fakültesi hukuk araştırmaları dergisi* (*Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı*), 19 (2), 403-406.

Soyaslan, D. (2014a). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin.

Soyaslan, D. (2014b). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin.

Soyaslan, D. vd. (2014). *İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları*. Ankara: Yetkin.

Sözüer, A. (1994a). Tehdit suçu. *İÜHFM*, LIV (1-4).

Sözüer, A. (1994b). *Suça teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

Sözüer, A. (2013), *Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı*, İstanbul: Alfa.

Şen, E. ve Aksüt, E. (2014). *Uygulamada ihaleye fesat karıştırma suçları*. Ankara: Seçkin.

Tan, T. (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan.

Tarhan, R. B. (2014). İhaleye fesat karıştırma. *Güncel Hukuk,* 49.

Taşdelen, A. (2004). Kamu harcama hukukunda ihale süreci. Ankara: Turhan.

Taşdelen, A. (2006). Malî sonuçlu bir idarî yaptırım örneği: Kamu harcama ihalesine katılmaktan yasaklanma. *AÜHFD*, 55 (1), 293-320.

Taşkın, O. E. (2011). *Kışkırtıcı ajan*. Ankara: Seçkin.

Tetik, K. (2012). *Kamu ihale işlemlerinde idarenin takdir yetkisi*. Yüksek Lisans Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Tezcan, D. vd. (2014). *Teorik ve pratik ceza özel hukuku*. Ankara: Seçkin.

Toroslu, N. (1970). *Suçların tasnifi bakımından suçun hukuki konusu*. Ankara: Sevinç Matbaası.

Toroslu, N. (2013a), *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi.

Toroslu, N. (2013b). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş.

Tuğrul, A. C. (2013). *İhaleye fesat karıştırma ve rüşvet suçları*. Ankara: Adalet.

Türk Hukuk Kurumu (1991). *Türk Hukuk Lûgatı*. (3. baskı). Ankara: Başbakanlık Basımevi.

Türkdoğru, S. ve Arıtürk, R. (2014). İhaleye fesat karıştırma suçunda 6459 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi. *Terazi.*

Uz, A. (2005). *Kamu ihale hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Üzülmez, İ. (2007). *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun hürriyete karşı işlenen suçlar sistemi çerçevesinde tehdit, şantaj ve cebir kullanma suçları*. Ankara: Turhan.

Yarsuvat, D. (1965). Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümlerin genel prensipleri. *İÜHFM*, 30 (3-4), 665-691.

Yaşar, H. N. (2013). *İdare hukuku*. İstanbul: Der Yayınları.

Yaşar, O. vd. (2014). *Yorumlu-uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet, C. 5.

Yayla, Y. (2009). *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta.

Yazıcıoğlu, R. Y. (1994). *Devlet alım-satım ve yapımına fesat karıştırma suçu*. İstanbul Barosu Dergisi, 68 (1-2-3).

Yenisey, F. ve Plagemann, G. (2009). *Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu*. İstanbul: Beta.

Yıldırım, R. (2012). *İdare hukuku dersleri II*. Konya: Mimoza Yayınları.

Yıldırım, T. vd. (2012). *İdare hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Yılmaz, E. (1992). *Hukuk sözlüğü*. Ankara: Yetkin.

Yılmaz, G. (2012), İzale-i şuyu davası ile miras ortaklığının sona ermesi halinde karşılaşılan KDV yükü. *TBB Dergisi* (98), s. 105-122.

Yurtcan, E. (2012). *Yargıtay kararları ışığında hürriyete karşı suçlar*. Ankara: Adalet.

Yücel, M. T. (1978). Ekonomik suçlar. *Yasa Hukuk Dergisi*. I (11).

Zafer, H. (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*. İstanbul: Beta.

İnternet Kaynakları

A. İ. Erdağ. Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc (Erişim tarihi: 09.10.2014)

D. İlhami. Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar, s. 3. http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-3.htm (Erişim Tarihi: 23.12.2014)

http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-96.htm&query=%222005/4-96%22#fm (Erişim Tarihi: 1.1.2015)

http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4cd-1990-7518.htm&query=%221990/7518%22#fm (Erişim tarihi: 1.1.2015)

http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4cd-1983-6170.htm&query=%221983/6170%22#fm (Erişim Tarihi: 1.1.2015)

http://dergipark.ulakbim.gov.tr/jyasar/article/viewFile/5000066299/5000061805 (Erişim Tarihi: 24.12.2014)

http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm (Erişim Tarihi: 26.09.2014)

http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm (Erişim Tarihi: 26.09.2014)

http://www.kazanci.com/

http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.12917&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Mal%20Al%C4%B1m%C4%B1%20%C4%B0haleleri%20Uygulama%20Y%C3%B6netmeli%C4%9Fi (Erişim Tarihi: 26.09.2014)

http://www.sayilikanun.com/6459-sayili-insan-haklari-ve-ifade-ozgurlugu-baglaminda-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanunun-gerekcesi/ (Erişim tarihi: 25.09.2014)

http://www.sayilikanun.com/6459-sayili-insan-haklari-ve-ifade-ozgurlugu-baglaminda-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanunun-gerekcesi/ (Erişim tarihi: 25.09.2014)

http://www.sayistay.gov.tr/yayin/dergi/icerik/der50m6.pdf (Erişim tarihi: 30.12.2014)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.545fa9c9e8c5d4.29607571 (Erişim tarihi: 22.09.2014)

M. V. Dülger. *Ekonomik suçlar bağlamında ihale sürecine ilişkin suçların değerlendirilmesi*, s. 5. http://www.dulger.av.tr/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf (Erişim Tarihi: 14.09.2014)

Zehra Odyakmaz. *Genel olarak idarenin sözleşmeleri.* http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf (Erişim tarihi: 24.10.2014)

Mahkeme Kararları

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.3.1942 tarih ve 4-74 Esas ve 78 Karar sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27.1.1963 tarih ve 213 Esas ve 2 Karar sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.5.1983 tarih ve 1983/6-222 Esas ve 1983/305 Karar sayılı kararı

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 10.12.1983 tarih ve 1983/6170 Esas ve 1983/6794 Karar sayılı kararı

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 7.2.1991 tarih ve 1990/7518 Esas ve 1991/723 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.10.2005 tarih ve 2005/4-96 Esas ve 2005/118 Karar sayılı kararı

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 22.09.2008 tarih ve 2008/8361 Esas ve 2008/7873 Karar sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.06.2009 tarih ve 5.MD/16-139 sayılı kararı

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 27.02.2012 tarih ve 2012/6166 Esas ve 2012/3772 Karar sayılı kararı

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 27.02.2012 tarih ve 2012/6166 Esas ve 2012/3772 Karar sayılı kararı

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 21.02.2013 tarih ve 2012/3486 Esas ve 2013/1316 Karar sayılı kararı

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27/02/2013 tarih ve 2008/470 sayılı Esas, 2009/462 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 18.04.2013 tarih ve 2013/4500 Esas ve 2013/3662 Karar sayılı kararı

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 29.04.2013 tarih ve 2013/4566 Esas ve 2013/3995 Karar sayılı kararı