

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

**TÜRK CEZA KANUNU'NDA  
İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**DANIŞMAN  
YRD. DOÇ. DR. BERRİN AKBULUT**

**HAZIRLAYAN  
CÜNEYD ALTIPARMAK**

**KONYA 2007**

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR .....	V
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### KAMU İHALELERİNİN TEMEL ESASLARI, İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR VE KORUNAN HUKUKİ YARAR

I- KAMU İHALELERİNİN TEMEL ESASLARI.....	3
1. İHALE KAVRAMI.....	3
2. KAMU İHALELERİNE EGEMEN OLAN İLKELER.....	7
3. KAMU İHALELERİNDE UYGULANACAK YÖNTEMLER.....	9
A- 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'ndaki İhale Yöntemleri .....	9
1) Kapalı Teklif Yöntemi .....	9
2) Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Yöntemi .....	10
3) Açık Teklif Yöntemi .....	11
4) Pazarlık Yöntemi .....	11
B- 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'ndaki İhale Yöntemleri.....	12
1) Açık İhale Yöntemi .....	12
2) Belli İstekliler Arasında İhale Yöntemi .....	12
3) Pazarlık Yöntemi .....	12
4) Doğrudan Temin Yöntemi .....	13
4. KAMU İHALELERİNİN AŞAMALARI VE TEMEL İŞLEMLERİ .....	14
A- İhale İhtiyacının Olması ve İlânı.....	14
B- İhaleye İlişkin Temel Belgeler ve Teklif Verme.....	15
C- Tekliflerin İhale Komisyonunca Teslim Alınması ve Değerlendirilmesi .....	16
D- İhalenin Karara Bağlanması, Sözleşmenin İmzalanması, Yürütülmesi ve Uyuşmazlıkları Çözümü .....	18
II- İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN TARİHİ GELİŞİMİ .....	20
1. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDAN ÖNCEKİ DÜZENLEMELER.....	20

2. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNDAKİ DÜZENLEMELER.....	21
A- Genel Olarak .....	21
B-Devlet Hesabına Yapılan Alımı, Satım veya Yapımına Fesat Karıştırma Suçu .....	23
C- Devlet Alım-Satımında Ticaret Yapma Suçu .....	28
D- Hükümet Hesabına Yapılan Arttırmaya veya Eksiltmeye Fesat Karıştırma Suçu .....	31
E- Kamunun Müzayedelerine veya Özel Arttırmalara Fesat Karıştırma Suçu .....	35
F- Para ve Sair Menfaat Karşılığında İhalede Çekilme Suçu .....	36
3. TASARILARDAKİ DURUM .....	37
III- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR .....	41
IV- İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARDA KORUNAN HUKUKİ YARAR .....	46

İKİNCİ BÖLÜM  
TÜRK CEZA KANUNDA DÜZENLENEN  
İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR

I- İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU .....	48
1. HÜKÜM ve NİTELİĞİ .....	48
2. MADDİ UNSUR .....	51
A- Hareket .....	51
B- Fail .....	62
C- Konu .....	64
D- Mağdur ve Suçtan Zarar Gören .....	74
E- Nitelikli Hal .....	79
3. MANEVİ UNSUR .....	87
4. HUKUKA AYKIRILIK .....	87
5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ .....	88
A- Teşebbüs .....	88
B- İçtima .....	88
C- İştirak .....	91
6. YAPTIRIM .....	91
A- Ceza .....	91
B- Güvenlik Tedbirleri .....	91

II- EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU .....	92
1- HÜKÜM VE NİTELİĞİ.....	92
2. MADDİ UNSUR.....	95
A- Hareket .....	95
B- Fail .....	104
C- Konu .....	104
D- Mağdur ve Suçtan Zarar Gören.....	112
3. MANEVİ UNSUR .....	112
4.HUKUKA AYKIRILIK.....	112
5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ .....	112
A- Teşebbüs.....	112
B- İştirak.....	113
C- İçtima.....	113
6. YAPTIRIM .....	115
A- Ceza.....	115
B- Güvenlik Tedbirleri .....	115
III- İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN KOVUŞTURMA USULÜ, İDARİ YAPTIRIMI ve İHALE SÜRECİNE ETKİSİ .....	115
1. İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN KOVUŞTURMA USULÜ .....	115
A- İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Açısından .....	115
B- Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Açısından .....	116
2. İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN İDARİ YAPTIRIMI .....	117
A- Genel Olarak .....	117
B- Kamu İhale Kanunu Uyarınca Uygulanacak İdari Yaptırımlar.....	118
C- Devlet İhale Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırımlar .....	120
D- Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırımlar .....	122
3. İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN İHALE SÜRECİNE ETKİSİ.....	123
SONUÇ .....	125
KAYNAKÇA .....	131

## KISALTMALAR

<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>c.</b>	: Cilt
<b>CD</b>	: Yargıtay Ceza Dairesi
<b>CJ</b>	: Avrupa Birliği'nin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kurallarına Dair Corpus Juris
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>D.</b>	: Daire
<b>DİK</b>	: Devlet İhale Kanunu
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>DPT</b>	: Devlet Planlama Teşkilatı
<b>E.</b>	: Esas No
<b>E.T.</b>	: Erişim Tarihi
<b>HPD</b>	: Hukuki Perspektifler Dergisi
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İK</b>	: İcra İflas Kanunu
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>İÜSBFD</b>	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<b>K.</b>	: Karar No
<b>KHukA</b>	: Kamu Hukuku Arşivi
<b>KİK</b>	: Kamu İhale Kanunu
<b>KİK-UK</b>	: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı
<b>KİSK</b>	: Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu
<b>Krş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>KT.</b>	: Karar Tarihi
<b>m.</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>ÖHK</b>	: Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun
<b>R.G.</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>SÜHFD</b>	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>vb.</b>	: Ve Benzeri
<b>vd.</b>	: Ve Devamı

## GİRİŞ

Devlet, bir toplumdaki bireylerin bir araya gelerek oluşturdukları örgütlenmiş tüzel kişiliktir. Bu tüzel kişilik, elinde tuttuğu ekonomik kaynaklarla harcamalar yaparak kamuya hizmet etmekte ve bunun yaparken belirli yöntemlere başvurmaktadır.

Kamu kurumları ve kuruluşları mal alımı, hizmet alımları ve yapım işleri gerçekleştirirken hem kamu harcaması yapmakta hem de satım ve özelleştirme gibi işlemler ile para kazanma yoluna gitmektedirler. Türkiye’de kamu kuruluşlarının mal, hizmet, alımları Gayri Safi Milli Hasılanın %11-12’lik kısmını kapsamaktadır. Yürütülen özelleştirme politikası ile satım ve yapım ihalelerinin bütçenin büyük bir kısmına tekabül ettiği bilinmektedir.

Türkiye bütçesinin önemli bir payının ihalelere ayrıldığı bir gerçektir. Kaldı ki artık bir malın veya hizmetin ihale ile alınması veya satılmasından sonra da ihale süreci devam etmektedir. Zira ihaleyi alan kimseye bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Bu taahhütlerini hukuka uygun olarak yerine getirmeleri beklenmektedir. İşte bu açıdan bireylerin ihaleyi hukuki olmayan yollarla etkilemesi, süreçteki rekabet ortamını bozucu faaliyetlerde bulunmaları yahut öngörülen edimleri yerine getirmekten kaçınmaları olasıdır. Çünkü ortada büyük meblağların olduğu, kötüye kullanılarak belirli çıkarlar sağlanabilecek bir süreç mevcuttur. Bu sürecin idari yoldan korunması ile birlikte cezai açıdan da belirli yaptırıma tabi tutulması gerçekten kamu düzeni ve kamunun menfaati için gereklidir.

2005 yılında mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için; ihale usullerine tabi 115 bin 639, istisna kapsamındaki alımlara göre ise 26 bin 338 olmak üzere toplam 141 bin 977 ihale yapılmıştır. Bu dönemde ihale usullerine göre 22.4 milyar YTL, doğrudan temin yöntemine göre 4.3 milyar YTL, istisna kapsamında ise 4 milyar YTL olmak üzere toplam 30.7 milyar YTL kamu harcaması yapıldığını görüyoruz. 2006 yılının ilk altı ayında 20 milyar YTL dolaylarında kamu alımı yapılmıştır. Bu durum kamu kurum kuruluşlarının ülke içerisindeki ekonomik gücünün göstergesidir. Kamu kurumlarının ihtiyaçlarını karşılamak üzere, ihalelere başvurması kaçınılmazdır. Zira sadece bu yolla,

kamu hizmetleri hem daha iyi gerçekleŖecek ve hem de kaynaklar en yararlı biçimde dağıtılabilecektir. Uygulamada hizmet ve mal alımı ihaleleri en fazla başvuru alan ihaleler olmuştur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konuya ilişkin iki tane suç düzenlenmiştir. Bunlar; 235. maddede düzenlenmiş olan “ihaleye fesat karıştırmaya” ve 236. maddede düzenlenen “edimin ifasına fesat karıştırmaya” suçlarıdır. Bu düzenlemeler ihaleye ilişkin şartnamenin düzenlenmesi ile başlayan, ihale edilen edimin yerine getirilmesini de kapsayan süreç içerisinde işlenebilecek suçlardır. Bu yüzden tezimizin ismini “Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar” olarak belirlemeyi uygun bulduk.

Çalışmamız başlıca iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; kamu ihalelerinin temel esasları, karşılaştırmalı hukukta ihaleye ilişkin suçlar, ihaleye ilişkin suçların tarihi gelişimi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelere göre korunan hukuki yarar üzerinde durulacaktır.

İkinci Bölüm ise; “Türk Ceza Kanununda Düzenlenen İhaleye İlişkin Suçlar” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde ilk önce inceleme konumu olan “ihaleye fesat karıştırmaya” ve “edimin ifasına fesat karıştırmaya” suçları incelenecektir. Suçların incelenmesinde suçun maddi unsuru, manevi unsuru, hukuk aykırılık, suçun özel görünüş şekilleri ve yaptırım üzerinde durulacaktır. Bunların yanında ihaleye ilişkin suçların kovuşturma usulü, idari yaptırımları ile ihaleye ilişkin suçların ihale sürecine etkisine değinilecektir.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## KAMU İHALELERİNİN TEMEL ESASLARI, İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR VE KORUNAN HUKUKİ YARAR

### I- KAMU İHALELERİNİN TEMEL ESASLARI

#### 1. İHALE KAVRAMI

Kelime anlamı olarak ihale “havl” kökünden gelen Arapça bir kelime olup, “bir işi birinin üzerine bırakmak, arttırma veya eksiltme işinde istekliye bırakma” anlamındadır<sup>1</sup>. Ayrıca ihale “bir işi veya bir malı birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene bırakma, eksiltme veya arttırma” olarak da tanımlanmıştır<sup>2</sup>. İhalede en çok arttıran ya da eksiltene; icabını, ihaleyi düzenleyene yönelmektedir<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Özön, Mustafa, Nihat, Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İstanbul (İnkılap Kitabevi) 1987, s. 361. “ ‘İhale’ sözcüğü, Arapça “havale” sözcüğünden türemiştir. Bir işi birinin üzerine bırakma anlamındadır”: ODER, Burak “Kamu İhale Hukuku”, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 550. Kelimenin İngilizcesi çeşitlilik göstermektedir. İngilizce’de “bid”, “tender” ve “procurement” kelimeleri ile karşılık bulmaktadır. Bid, açık arttırma anlamındadır: İngilizce/Türkçe Oxford Ansiklopedik Sözlük, İstanbul 1990, c.1, s. 148 (Oxford Ansiklopedik Sözlük). Tender ise teklif vermek, teklif mektubu sunmak anlamındadır: Oxford Ansiklopedik Sözlük, c. 4, s.1723. Procurement ise tedarik etmek, temin etmek anlamındadır. Bu üç kavramda ihale süreci içerisindeki değişik aşamaları içermekle birlikte, ihale anlamını da taşımaktadırlar:

<sup>2</sup> Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 1998, c.1 s.1052 (Türkçe Sözlük).

<sup>3</sup> Türk Hukuk Lügatı, (Başbakanlık Basımevi) Ankara 1998, , s.149 (Hukuk Lügatı). Bunun yanında Hukuk Lügatindeki ihale kavramına ilişkin açıklamalar şunlardır: İhale kanunu uyarınca gerek arttırmalarda ve gerek eksiltmelerde pazarlık suretiyle yapılan akitlerde daire namına hareket eden komisyonunun en münasip teklifi kabul mahiyetinde olmak üzere itihaz ettiği karardır.



Hukukumuzda ihale kavramı çeşitlilik göstermektedir. Borçlar Kanunu'nda<sup>4</sup> müzayede olarak tanımlamaya tabi tutulan bu kavram, arttırma olarak da anılmaktadır<sup>5</sup>. Buna göre; satıcı olarak tek bir kişi bulunmasına karşılık alıcı olmaya aday birden fazla kişi vardır. Satılacak mal bu kişilerden arttırmada en yüksek fiyatı önerene verilir<sup>6</sup>. Burada satıcı malı açık arttırmaya çıkarmakla icaba davette<sup>7</sup> bulunmaktadır. Peyin<sup>8</sup> ileri sürülmesi ise icaptır. Satıcı ise ileri sürülen peylerden en uygununu kabul yetkisine sahiptir. Satıcının pey sürenlerden birinin teklifi kabul etmesi ile sözleşme gerçekleşmiş olur. Bu açıdan Borçlar Hukukunda ihale bir satım sözleşmesidir.

İcra ve İflas Hukuku açısından yapılan ihale alacak için haciz edilen malların veya hakların paraya çevrilmesi yoludur. Bunun için haczedilen mallar açık arttırma ile satılır. Masraflar içinden çıkarıldıktan sonra, alacaklıya bu bedel ödenecektir<sup>9</sup>. Açık arttırma bütün isteklerinin katılabileceği, rakip alıcılar önünde açık olarak teklifin ileri sürülmesi ile yapılan ve en yüksek fiyatı teklif eden alıcıya malın ihale edildiği satış usulüdür<sup>10</sup>.

Burada

icra dairesi kendi adına değil, alacaklı adına hareket etmekte, kamusal bir faaliyet yapmaktadır.

Taşınırın ve taşınmazların satışı belirttiğimiz gibi ihale yoluyla yapılacaktır (İİK m. 112 vd.) Burada icra dairesince en uygun şekilde satımı sağlanacaktır. Malın değeri

---

<sup>4</sup> Zevkililer, Aydın /Aydoğdu, Murat / Petek, Hasan, Özel Borç İlişkileri, Ankara (Seçkin Yayınevi) 1998, s. 83. Borçlar Kanununun 225. maddesi şöyledir: “(1) Cebri müzayedelerde beyi, müzayede memurunun ihalesiyle münakit olur. (2) Herkesin iştirak edebildiği ihtiyari ve aleni müzayedelerde beyi, bayii ihalesiyle münakit olur. Bayi buna muhalif bir arzu beyan etmemiş ise, müzayedeyi idare eden kimsenin, müzayede edilen malı en çok verene ihale etmeğe hakkı vardır. Borçlar Kanununun ihaleye ilişkin bir diğer düzenlemesi de 227. maddededir. Madde metni şöyledir : “Müzayedeye iştirak eden kimse, beyi için muayyen olan şartlar dairesinde, teklifiyle mülzem olur. Hilafına bir şart mevcut değil ise pey sürenin mülzemiyeti kendisinden fazla veren zuhur etmesiyle yahut teklifinin müzayede hitamında mutad olan nidalar akibinde kabul olunmuş olarak ihalenin icra edilmemesiyle zail olur”

<sup>5</sup> Zevkililer/Aydoğdu/Petek, s. 82.

<sup>6</sup> Zevkililer/ Aydoğdu /Petek, s. 82.

<sup>7</sup> İcaba davet; bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan iki irade açıklamasından ilkinde denir. İcap kesin bir sözleşme önerisidir ve bunu yapan kişi için bağlayıcıdır. İcapta bulunan, bağlılığı için kendisine bir süre tayin etmişse ancak bu süre için bağlı olur (BK.3). Böyle bir süre yoksa; icap, hazır bulunan şahsa yapılmışsa, muhatap tarafından derhal kabul edilmelidir (BK.4). İcaba davet durumu da bu hükme tabidir. İcaba davette, bir kimse sözleşmenin kurulması için iradesini açıklanmasını sağlamak ister. Örneğin açık arttırmaya çıkmak icaba davettir. Alıcılardan her birinin önerdiği bedel icap ve nihayet satanın bir icaplar içerisinde birisini seçmesi ise kabuldür.

<sup>8</sup> Pey; arttırma ve eksiltme ile yapılan satışlarda, ileri sürülen para, önerilen miktar demektir.

<sup>9</sup> Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara (Yetkin Yayınları) 1995, s.267-268.

<sup>10</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.266; Korkusuz, Refik, İcra Hukuku Uygulaması, İstanbul 2004, s. 193-205; Ulukapı, Ömer, İcra İflas Hukuku, Konya (Mimoza Yayınları)2001, s.94 vd;

tespit edilecek ve buna göre ihaleye çıkılacaktır. Şartname yine yapılan bu değer tespitine göre belirlenecektir. İhalenin geçerli olması için şartnamenin ve ihalenin hukuka uygun olması gerekir ( İİK m.124 - m.129).

İdare Hukuku açısından ihale; devletin bazı işleri yaptırmak için veya bir işten en fazla kâr ile çıkmasını sağlamak için kullandığı metotlardan en başta gelenidir<sup>11</sup>. İdareler görevlerini yerine getirmek için çeşitli mal ve hizmetlere ihtiyaç duyar<sup>12</sup>. Devletler gördükleri kamusal fonksiyon gereğince toplumu dolaylı ve doğrudan ilgilendiren bazı faaliyetlerde bulunabilirler, ancak bu kamu fonksiyonu gerçekleştirilirken de hakkaniyete uygun davranılmalıdır<sup>13</sup>.

İdare Hukuku çerçevesinde yapılan ihaleler için birçok düzenlemeler mevcuttur. Bunların başında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) ve daha sonra yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) gelmektedir<sup>14</sup>. Bunun yanında “Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”,

---

<sup>11</sup> İhale konusundaki metotlar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Emek, Uğur, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları, Ankara 2002. Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet, “ Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu” KHUKA, S.2, 2005, s.1.

<sup>12</sup> Balcı, Murat, “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma” HPD, S.2 Sonbahar 2004, s.209. “Kamu İhale Kurumu 2006 yılının 1 Ocak – 30 Haziran tarihlerini kapsayan ilk 6 aylık dönemine ilişkin ihale verilerini değerlendirdiği ‘2006 Yılı 6 Aylık İhale İstatistikleri’ni açıkladı. Buna göre ilk 6 ayda 14,2 milyar YTL kamu alımı yapıldı. İhale usullerine göre, sayısal bazda hizmet alım ihaleleri ilk sırada yer alıyor. İhalelerde sözleşme bedeli, yaklaşık maliyetin ortalama %84’ü oranında gerçekleşirken, Milli Eğitim Bakanlığı, en çok ihale yapan bakanlık sıralamasında ilk sırada yer aldı”: Akşam Gazetesi, 8 Ağustos 2006, s.7.

<sup>13</sup> Yazıcıoğlu, Yılmaz, “Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu”, İBD, c. 68, S. 1/2/3, 1994, s.133.

<sup>14</sup> Buradaki yürürlük sorununa açıklık getirmek yerinde olacaktır. Zira Devlet İhale Kanunu’ndaki birçok düzenleme Kamu İhale Kanununun uygulamaya girmesi ile ortadan kalkmıştır. Örneğin kamu kurumlarının her hangi bir malı alması veya kiralaması, hizmet alımı yapması yada yapım ihalesi düzenlemesinde uygulanacak olan kanun Kamu İhale Kanunudur. Ancak bunun yanında bir malın kiraya verilmesi, kurum elinde bulunan taşınır veya taşınmazın satımı, trampa ihalesi ile mülkiyetin gayri ayni hak tesisine ilişkin ihalelerinde ise Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira Kamu İhale Kanunu’nda bu ihale tiplerine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Kamu İhale Kanununun “uygulanmayacak hükümler” başlıklı 68. maddesinde bu ayırım belirtilmiştir. Buna göre Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır (m.68/a). Diğer kanunların ise Devlet İhale Kanunu’ndan muafiyet tanıyan hükümleri ile Kamu İhale Kanuna uymayan hükümleri uygulanmayacaktır (m.68/b). Bunun yanında 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu kapsamındaki toplu konut projelerinde, 5 inci maddenin beşinci ve altıncı fıkraları, 62 nci maddenin (a) ve (b) bentleri ile (c) bendindeki kamulaştırma, mülkiyet, arsa temini, imar işlemleri ve uygulama projesine ilişkin şartlar aranmaksızın ihaleye çıkılabilecektir. Ancak, ÇED raporu zorunluluğu bulunan hallerde sözleşme imzalanmadan önce bu raporun alınması zorunludur (m. 68/c). Bunun için Ancak Devlet İhale Kanunu tamamen uygulama dışıdır diyemeyiz. Çünkü Kamu İhale Kanunu’nda belirtilmeyen düzenlemeler için Devlet İhale Kanunu uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Doğanıyigit, Sadettin, Açıklamalı-Uygulamalı Sorun Çözümlü Kamu İhale

“Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”, “Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”, “Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği” ile Kamu İhale Kurumu Düzenleyici İşlemleri ve Tebliğleri de kamu ihale mevzuatı içinde yer almaktadır<sup>15</sup>.

Kamu İhale Kanunu, kamunun denetimi altında veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektedir<sup>16</sup>. Bu kanuna göre ihale, yetkilisince ihale onayı verildiği günden itibaren başlayan; sözleşmenin ihale yetkilisi ve yüklenici taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tesciliyle, notere onay veya tescil gerekmeyen hallerde taraflarca sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan süreç olarak da ifade edilebilir<sup>17</sup>. Bir başka ifade ile ihale; sonunda yapılacak sözleşmeye giden ilk adım yani, hazırlık evresidir (KİK m. 46)<sup>18</sup>. Doğal olarak bu evrede idare etkin bir konumdadır<sup>19</sup>. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında; “2886 sayılı İhale Yasası bir kamu yasasıdır. Bu Yasaya dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler idari niteliklidir. İhale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı ve iptali gibi tüm hazırlıklar idarenin, yasanın verdiği yetkisine dayanarak tek yanlı ve buyurucu nitelikte bir dizi işlemler olduğu görülmektedir” demektedir<sup>20</sup>.

---

Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2003., s.482-483. Ancak kanaatimizce Ceza Hukuku uygulaması için yapılan atıflarda Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu ile birlikte diğer düzenlemeler maddenin mahiyetinin anlaşılmasını kolaylaştıracağı için göz önünde bulundurulabilir.

<sup>15</sup> Bu yönetmelikler 11.09.2003 tarihinde 25226 sayılı R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>16</sup> KİK m.1: “Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir”

<sup>17</sup> İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik m.3, Ayrıca noter tasdiki ile ilgili olarak bkz.: İnan, Atilla, “İhale Kanunu Açısından Sözleşmelerin Noterce Tasdiki, Belediye Dergisi”, S.6, 1998, s. 34-36

<sup>18</sup> Kamu İhale Kanunu’nun 4. maddesine göre ihale 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 etmektedir

<sup>19</sup> Danıştay 10 D. E.2001/5105, K.358, KT 05.02.2003

<sup>20</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 1996/34 E., 1996/82 K. İhale süreci; İdarenin ihale onayı ile başlar. Bu aşamadan sonra şartname ilanı edilir. Şartnamenin ilanından sonra “ihale komisyonu” kurulur. Bu komisyon teklifleri değerlendirir ve sonunda ihale kararı verir. İhale kararının ardından da, teklif veren ile idare arasında sözleşme imzalanır. İhale süreci dediğimizde; ihale yapma kararını alınması ve sözleşmenin yerine getirilmesi gibi uzun ve birbirine bağlı işlemleri içeren bir süreç kast edilmektedir: Kutlu, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İstanbul 1996, s. 207 vd.

Kamu İhaleleri, devletin kamusal faaliyetlerinin yürütülmesine ve ihalenin yürütülmesi sırasındaki işlemleri gerçekleştiren kamu görevlilerine olan güvenin tesisine yönelik olarak hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde yerine getirilmelidir<sup>21</sup>.

## 2. KAMU İHALELERİNE EGEMEN OLAN İLKELER

Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanun ile ihalelerin temel ilkeleri benimsenmiştir. Yapılan ihalelerde açıklık, yarışma, uygun bedel, gizlilik, eşik değer, eşit muamele ilkelerine uyulması gerekir<sup>22</sup>.

• *Açıklık ilkesi:* Bu ilke<sup>23</sup>, ihalenin yöntemi, türü, bedeli ve benzeri özellikleri gözetilmeden, ihaleye ait işlemlerin öncesinde veya sonrasında saydamlık içerisinde, aleni bir biçimde yürütülmesini ifade etmektedir<sup>24</sup>. Açıklık ilkesi rekabet ve eşitlik ilkelerini tamamlayıcı konumdadır<sup>25</sup>. Örneğin Devlet İhale Kanunu'ndan farklı olarak Kamu İhale Kanunu'nun uygulama alanına ilişkin ihalelerde, ihale üzerinde kamuoyunun denetimi getirilmiştir<sup>26</sup>. Buna göre ihalenin ilanı, işlemlerin duyurulması ile sonucunun; gazete, internet gibi araçlarda yayımlanmasını öngörmüştür<sup>27</sup>.

• *Yarışma ilkesi:* Uygun rekabet ortamının sağlanmasını ifade eden bu ilke ile kamunun yararı ve ihalenin sağlıklı olabilmesi amacı güdülmüştür. Nitekim rekabeti

---

<sup>21</sup> İhale; mal, hizmet, alım, satımı veya kiralanması dolayısıyla yürütülen bir kamusal faaliyete ilişkin süreci ifade eder. Bu süreç, belirttiğimiz üzere bir kamu hukuku faaliyetidir: Acar, Abdurrahman, “Kamu İhale Kanununa Göre İdare Görevlilerinin ve İsteklilerinin Uymaları Gereken Kurallar, Fiil ve Davranışlar ile Bunların Ceza Sorumlulukları”, Belediye Dünyası, c. 4 S. 8, Ağustos 2003, s. 14.

<sup>22</sup> İhaleye girecek kimselerin belirli şartları taşıması gerekmektedir. Bunun içine teknik yeterlilik, ekonomik yeterlilik ve hukuki yeterlilik girmektedir. Örneğin idare ile sözleşme yapmak isteyen bir kimse kanuni ikametgâh sahibi olmak, gerekli nitelik ve yeterliliği haiz bulunmak, istenilen teminat ve belgeleri vermek zorundadır (DİK m. 5). Kamu İhale Kanunu'nda saydığımız şartların yanında “çevresel etki değerlendirme raporu”nun olmasını şart koşmuştur. Nitelik itibari ile bu sayılanlar ihaleye katılmak isteyenlerin taşıması gereken asgari şartlarıdır. İhalenin tipi, metodu, zamanı ve ihtiyacına göre bu şartlara ek olarak bazı “özel yeterlilikler” istenebilecektir. Yıldırım, Ramazan, İdare Hukuk Dersleri-I, Konya (Mimoza Yayınları) 2005, s. 311. Ayrıca Krş.: DİK m.6, KİK m.11. Kamu alımlarının hukuksal rejimi, ihaledeki uyuşmazlıkların çözümü ve Kamu İhale Hukuku ile ilgili detaylı bilgi için Bkz.: Uz, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara (Turhan Kitabevi) 2005.

<sup>23</sup> “Açıklık” kavramı 2886 sayılı yasada kullanılan bir ifade iken, 4734 sayılı yasa aynı içeriği taşıyan bu ilkeyi “saydamlık” ifadesi kullanarak açıklama yoluna gitmiştir.

<sup>24</sup> Yıldırım, s. 310.

<sup>25</sup> Sezer, Yasin, “ ‘İyi İdare İçin’ Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)” İÜSBFD, S. 26, Mart 2002, s. 153.

<sup>26</sup> Konuya İlişkin olarak Bkz.: Sezer, s. 157 vd.

<sup>27</sup> Yıldırım, s. 312.

bozucu davranış, gerek Devlet İhale Kanunu ve gerekse Kamu İhale Kanunu'nda idari yaptırıma tabi tutulmuştur<sup>28</sup>.

• *Uygun bedel ilkesi*: Devlet İhale Kanunu idarenin ihtiyaçlarının karşılanmasında “uygun bedel ilkesini” benimsemiştir<sup>29</sup>. İhale artırma yöntemine göre yapılacak ise uygun bedel, tahmini bedelden az olmamak kaydıyla, ihaleye katılanlarca teklif edilen bedeller arasında en yüksek olanıdır<sup>30</sup>. Eksiltme söz konusu ise, yine tahmini bedeli geçmemek kaydıyla, teklif edilen bedeller içerisinde en uygun bulunanıdır (DİK m.28)<sup>31</sup>.

• *Gizlilik ilkesi*: İhaleye girecek kimselerin tekliflerinin, yaklaşık maliyetin hesaplanmasına göre olması gerekmektedir. Önceden yaklaşık bedelin taraflarca bilinmesi, rekabet ortamını bozacağı gibi, kamu idarelerine ekonomik açıdan zarar verebilecektir. Bu gizliliğin ihale bitimine kadar sürmesi gerekir<sup>32</sup>. Nitekim Kamu İhale Kanununun 9. maddesine göre, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak bir yaklaşık maliyet elde edilecektir. Yaklaşık maliyet ihale ve ihale öncesi süreçte gizli tutulacaktır. Bununla birlikte tarafların tekliflerinin de gizli tutulması gerektiği durumlar da olabilir. Bu halde, tarafların birbirilerinin tekliflerini bilmesi rekabet ortamını bozacaktır. Bu da “yarışma ilkesine” aykırıdır. Örneğin kapalı teklif usulünde olduğu gibi<sup>33</sup>.

• *Eşik değer ilkesi*: Eşik değer, ihalenin ilan süreleri, kuralları, isteklilerin türü ve yeterliliği ile ekonomik karşılığına göre “büyüklük değerlerinin” belirlenmesini ifade eder. Avrupa Birliği müktesebatında yer alan bir ilke olduğu için, mevzuatımıza girmiştir. Böylece eşik değer altında kalan ihaleler ile bu değer üstündeki ihaleler arasında izlenecek yöntem açısından farklılıklar olacaktır<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Yıldırım, s.310.

<sup>29</sup> Karahasan, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul 1997, c.3, s. 143.

<sup>30</sup> Yıldırım, s. 310

<sup>31</sup> Yıldırım, s.311

<sup>32</sup> Gözübüyük, A.Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2004, s. 271; Mat, Hidayet/Başaran, A.Sami, Kamu İhale Mevzuatı, Ankara 2003, s. 35 vd.; Yıldırım, s.311. KİK m.9 şöyledir: “Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz.”

<sup>33</sup> Krş.: Devlet İhale Kanunu m.36

<sup>34</sup> Yıldırım, s. 312; Mat/Başaran, s. 35. Konuya ilişkin olarak hükmün gerekçesi şöyledir: “Avrupa Birliği müktesebatında yer alan eşik değer uygulamasıyla paralellik sağlamak amacıyla; ilan süreleri

•*Eşit muamele ilkesi*: İhaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin oluşmasını ifade eder (KİK m. 5) . Zira Kamu İhale Kanununun 12. maddesi ihale konusu iş için konulacak ölçütlerin idarenin işlevselliğini bozmamasının yanı sıra rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve bütün istekliler için fırsat eşitliğini sağlaması gerektiğini hüküm altına almıştır.

Tüm bu ilkelerin yanında gerek Devlet İhale Kanunu ve gerekse Kamu İhale Kanunu'nda kendi düzenlemelerine özgü ilkeler mevcuttur. Örneğin Kamu İhale Kanununa göre aralarında bağlantı bulunmayan ihalelerin birleştirilemeyeceği ve bağlantı bulunan ihalelerin de birleştirilmesi gerekliliği bir ilke olarak benimsenmiştir (KİK m.5)<sup>35</sup>.

### **3. KAMU İHALELERİNDE UYGULANACAK YÖNTEMLER**

Bu konu Devlet İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanunu açısından farklılık arz etmektedir<sup>36</sup>.

#### **A- 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'ndaki İhale Yöntemleri**

##### **1) Kapalı Teklif Yöntemi**

Devlet İhale Kanununun 36. maddesine göre belirlenen esas ihale yöntemidir. Kapalı teklif yönteminde teklifler yazılı olarak yapılır. Teklif mektubu, bir zarfa konulup kapatıldıktan sonra zarfın üzerine isteklinin bilgileri ve adresi yazılır. Bu zarf geçici teminat belgesi veya banka teminat mektubu ile birlikte istenilen diğer belgelerle ikinci bir zarfa konularak kapatılır. Dış zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı, açık adresi, teklifin ait olduğu iş yazılır (DİK m.37/1). Teklifler ilanda belirtilen saate kadar, sırasıyla

---

ve kuralları ile ihalelerde yerli isteklilerle ilgili düzenlemelerde esas alınmak üzere, kanun kapsamındaki işlerin türüne ve kuruluşların yapısına göre farklı parasal limitler belirlenmiştir

<sup>35</sup> Bu kısımda değindiğimiz ilkeler Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nda belirtilen temel ilkelerdir. Bunların dışında bir takım kanunlarda özel ilkeler yer alabilir. Ancak bunların mahiyeti özel nitelikte olduğundan ayrıca bir incelemenin konusu olabilirler. Bununla birlikte belirlemek gerekir ki KİK ve DİK dışında ihale hükümleri içeren kanunların yukarıda belirtilen ilkelere uygun hareket etmesi idare hukuku açısından gereklidir. Nitekim Kamu İhale Kanunu, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir (m.1). Biz bunun için yukarıdaki ilkelere değinmeyi yeterli bulduk. Ancak incelememiz sırasında yeri geldiğince özel düzenlemelere de değineceğiz.

komisyon başkanlığına verilir. (DİK m.38/1). Tekliflerin açılma saati gelince, kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla belirtildikten sonra dış zarflar hazır bulunan istekliler önünde alınmış sırasına göre açılarak, istenilen belgelerin ve geçici teminatın tam olarak verilmiş olup olmadığı aranır. Dış zarfın üzerindeki alındı sıra numarası iç zarfın üzerine de yazılır. Belgeleri ile teminatı usulüne uygun ve tam olmayan isteklilerin teklif mektubunu taşıyan iş zarfları açılmayarak başkaca işleme konulmadan, diğer belgelerle birlikte kendilerine iade olunur. Bunlar ihaleye katılamazlar. (DİK m. 39). Teklif mektupları açılır ve teklifler listelenir (DİK m.40). Daha sonra ihale DİK 41. maddedeki esaslara göre karara bağlanır<sup>37</sup>. Burada en uygun teklifi veren üzerine ihale yapılacaktır.

## 2) Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Yöntemi

Devlet İhale Kanununun 44. maddesinde düzenlenen bu ihale yönteminde, ihaleyi yapan idare tarafından ihaleye katılacaklar belirlenir<sup>38</sup>. Katılacak olan kimselerin belirlenmesinde esas olan, konusunda uzmanlaşmış olan katılımcılar arasında rekabeti sağlamaktır<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Özelleştirme Uygulamaları Hakkındaki Kanunda da 2886 ve 4734 sayılı yasalardakine benzer olan ihale yöntemleri öngörülmüştür. Buna göre; üç tip yöntem öngörülmüştür. Bunlar, kapalı teklif, pazarlık, açık arttırma, belirli istekliler arasında ihale yöntemleridir. Bu konuda Bkz.:ÖHK m.18.

<sup>37</sup> Devlet İhale Kanununun “İhale Sonucunun Karara Bağlanması” başlıklı 41. maddesi şöyledir: “40 ıncı madde gereğince kabul edilen teklifler incelenerek: a) İhalenin yapıldığı, ancak ita amirinin onayına bağlı kaldığı, b) Tekliflerin daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için süreye ihtiyaç duyulduğu ve şartnamelerde daha uzun bir süre öngörülmemiş ise ihalenin 15 günü geçmemek üzere başka bir güne bırakıldığı, c) İhalenin yapılmadığı, hususlarından birine karar verilir ve bu husus gerekçeli bir karar veya karar özeti halinde yazılarak, komisyon başkan ve üyeleri tarafından imzalanır ve durum hazır bulunanlara bildirilir.”

<sup>38</sup> Yıldırım,s. 313

<sup>39</sup> Devlet İhale Kanununun 02.03.1984 tarih ve 2990 sayılı yasa ile değişik 44. maddesi şöyledir: “(1)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; diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir. (2)Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulundan bu hususta ayrıca karar alınması şarttır. (3) Bu madde hükümlerine göre yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması zorunludur. (4)Bu ihalelerle ilan yapılması zorunlu değildir. Gerekli görülen hallerde ihaleye davet edilecek isteklilerin seçimi için 17, 18 ve 19 uncu maddeleri hükümlerine bağlı kalınmaksızın önseçim ilanı yapılabilir”

### 3) Açık Teklif Yöntemi

Devlet İhale Kanunu kapsamındaki işlerde; 45. maddeye göre tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler açık teklif yöntemiyle yapılabilir. İhaleye katılanlar tekliflerini sözlü olarak; ihale komisyonuna bildirirler (DİK m. 46)<sup>40</sup>. Bunun üzerine komisyon en uygun teklif yapan istekli üzerine ihaleyi bırakır ve ihale sözleşmesi düzenlenir. (DİK m. 48,47 ve 41)

### 4) Pazarlık Yöntemi

Pazarlık yöntemi ile yapılan ihalelerde teklif alınması belli bir şekle bağlı değildir. İhaleler, komisyon tarafından işin nitelik ve gereğine göre, bir veya daha fazla istekliden (yazılı veya sözlü) teklif almak ya da bedel üzerinde anlaşmak suretiyle yapılır. Pazarlığın ne suretle yapıldığı ve ne gibi tekliflerde bulunduğu ve üzerine ihale yapılanların neden dolayı tercih edildiği pazarlık kararında gösterilir. (DİK m. 50). Satım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisine ilişkin ihale işlemlerinde, yer ve nitelikleri gereği Genel Bütçe Kanunu'nda gösterilen miktarı aşmayan ve devamlılık göstermeyen veya kapalı teklif yönteminin uygulanması için yeterli sürenin bulunmadığı, acele işlerin yapılmasında bu ihale yöntemi kullanılabilir<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Yıldırım, s. 313

<sup>41</sup> Yıldırım, s.313. Pazarlık usulünün yapılabileceği konuları gösteren Devlet İhale Kanunu 51. madde şöyledir: “ (1) Aşağıda yazılı işlerin ihalesi, pazarlık usulüyle yapılabilir; a) Yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dahil) ve nitelikleri itibarıyla her yıl Genel Bütçe Kanunu'nda 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 bent: 02/03/1984 - 2990/8 md.) 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; bilgisayar alımı, kiralınması, 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 buldukları 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 kiralınması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralınması ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, h) (Değişik bent: 03/07/2003 - 4916 S.K./20. md.) Hazinesinin 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, 22/03/1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa göre il özel



## **B- 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'ndaki İhale Yöntemleri**

### **1) Açık İhale Yöntemi**

Açık ihale yöntemi, yasada temel yöntem olarak belirtilen iki yöntemden biridir (KİK m.5). Bu yöntemde tüm istekliler, teklif verebilecekleridir (KİK m.19). Bu yöntem ilgilinin uzmanlığı, tecrübesi vs hususlar dikkate alınmadığı için, koşulun aranmadığı yöntem olarak da tanımlanabilir<sup>42</sup>.

### **2) Belli İstekliler Arasında İhale Yöntemi**

Belli istekliler arasında ihale yöntemi yasanın temel olarak belirlediği ikinci ihale yöntemidir. İhaleyi yapan idarece davet edilen belirli istekliler arasında ihale yapılmaktadır.

Belli istekliler arasında ihale yönteminde yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen istekliler teklif verebilecektir. İşin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale yönteminin uygulanamadığı mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi bu yönteme göre yaptırılabilir (KİK m.20)

### **3) Pazarlık Yöntemi**

Pazarlık yöntemi Kanununun 4. maddesinde göre belirtilen hallerde kullanılabilen bir yöntemdir. Bu yöntemde idare ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı, isteklilerle görüşür. Bu yönteme başvurulması için

---

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 kiralınması, 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 bent: 02/03/1984 - 2990/8 md.) Özellikleri nedeniyle yabancı ülkelere sağlanması zorunlu olan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri. (2) (a), (b), (c), (d), (i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işler için şartname düzenlenmesi, tahmini bedel tespiti, teminat alınması ve sözleşme yapılması zorunlu değildir. (3) (i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işlerde Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınır”

açık ihale yöntemi, belli istekliler arasında ihale yöntemi ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması durumunda, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine, savunma ve güvenlikle ilgili özel durumlarının ortaya çıktığı hallerde ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda başvurulabilecek bir yöntemdir. Bunun yanında ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özellik arz eden nitelikte veya karmaşık olması nedeniyle ya da işin teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi durumunda da yapılabilecektir. Yine bunlara ek olarak idarenin her yıl belirlenen oranın atında kalan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları için de bu yöntemle başvurulabilecektir (KİK m. 21).

#### **4) Doğrudan Temin Yöntemi**

Doğrudan temin yöntemi; temin edilmesi gereken ihtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması, mevcut mal, donanım, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun<sup>43</sup> sağlanması için ilk alımı izleyen üç yıl içinde ihtiyaç duyulan yedek parça, ek malzeme veya hizmetin ilk alım yapılanın dışında başka gerçek veya tüzel kişiden temin edilememesi durumunda, idarelerin belirli bir meblağın altında kalan ihtiyaçlarını karşılarken ve nihayet idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz malın alımı veya kiralanması söz konusu olduğu zaman ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği yöntemdir (KİK m. 4, m.22). Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu yukarıda sayılan ihale yöntemlerinin yanında; belirli bir konuda tasarım, peyzaj, mimarlık, planlama ve güzel sanatlara ilişkin yarışma açarak kazanan kimseye de ihalenin bırakılabileceğini düzenleme altına almıştır. (KİK m. 23, DİK m. 52)

---

<sup>42</sup> Yıldırım, s.314; Gözübüyük, s. 272.

<sup>43</sup> İşletme- idari maliyetlerin belirli bir düzeyde tutulması, envantere bulunan sistemler ile uyumun sağlanması amacıyla kalite veya marka, model, üretici firma birliğinin ve uyumunun sağlanmasıdır: Karavelioğlu, Celal, İmar-İhale-İdari Dava Ansiklopedik Sözlük, (Karavelioğlu Hukuk Yayınevi) Ankara 2004, s.327.

## 4. KAMU İHALELERİNİN AŞAMALARI VE TEMEL İŞLEMLERİ

### A- İhale İhtiyacının Olması ve İlânı

Kamu alımları süreci ihtiyacın ortaya çıkmasıyla başlar. Ancak bu ihtiyaç idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu görev veya hizmetlerin gerekleri doğrultusunda önceden planlanmış olmalıdır. Böyle bir yaklaşım satın alma sürecinde Kanunda belirtilen temel ilkeleri hayata geçirmeyi de mümkün kılacaktır. Bilindiği üzere idareler ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını, kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakta yükümlüdürler. Bu nedenle, ilk adım olarak ihtiyacın doğru tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir. İdarece, tespit edilen ihtiyacın giderilebilmesi, dolayısıyla mal veya hizmet satın alınabilmesi, yapım işlerinin yaptırabilmesi için yeterli ödeneye sahip olunması zorunludur. 4734 sayılı Kanunda ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, idarelerin süreklilik arz eden ihtiyaçlarının giderilebilmesi için, ertesi mali yıl bütçesi yürürlüğe girmeden önce ihalenin başlaması ve sonuçlandırılması gerekmektedir.

İhale ilân tarihleri, yaklaşık maliyete ve ihale yöntemine göre farklılık gösterir. Devlet İhale Kanununa göre; ihalenin yapılacağı yerdeki ilanlar; günlük gazete çıkıyor ise; ihalenin yapılacağı yerde en az bir gün aralıkla yayınlanmak suretiyle iki defa duyurulur. Gazete ile yapılacak ilk ilan ile ihale günü arası 10 günden, son ilan ile ihale günü arası 5 günden az olamaz. Günlük gazete çıkmıyor ise, yine yukarıda belirtilen süreler içinde ilgili idare ile hükümet ve belediye binalarının ilan tahtalarına asılarak ve bununla birlikte belediye yayın araçları ile duyuru yapılır. Bu işlemler bir tutanakla belgelenir. Bu yerlerde en çok 7 gün aralıklarla gazete çıkıyorsa ayrıca gazete ile bir defa ilan yapılır. İhalenin yapılacağı yerin dışındaki şehirlerde yapılacak ilanlar ise satış oranı göz önüne alınarak Basın-İlan Kurumunca tespit olunacak günlük gazetelerden birinde, ihale tarihinden en az 10 gün önce bir defa daha ilan edilir (DİK m.9-27).

Kamu İhale Kanununa göre, açık ihale yöntemi ile yapılacak ihalelerin ihale ilânları, ihale tarihinden en az kırk gün önce "Kamu İhale Bülteninde" en az bir defa yayımlanmış olmalıdır. Yaklaşık maliyet, eşik değerinin altında olduğu durumlarda ise, ihale ilân süreleri ihale miktarına bağlıdır. Ayrıca, ilan edilecek ihalelerden hangilerinin, Basın İlân Kurumu aracılığıyla Türkiye çapında dağıtımı olan gazetelerin birinde ilân

edileceğini belirlemeye kurum yetkilidir. Uluslararası ilân yapılması durumunda ise, belirtilen asgari ilân sürelerine on iki gün eklenir. (DİK m. 17,18; KİK m.13; KİK Uy. Yön. m. 22) İlanlarda ihale konusu olan işin niteliği, yeri, miktarı, şartname, varsa şartname eklerinin nereden alınacağı, ihalenin nerede, hangi tarih, saatte, hangi usulle yapılacağı gibi hususlar bulunur.

## **B- İhaleye İlişkin Temel Belgeler ve Teklif Verme**

İstekliler<sup>44</sup>, idari şartname<sup>45</sup> ve teknik şartnamelerde istenilen ihaleye katılımda aranacak zorunlu belgeler ile malî ve ekonomik yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin belgeleri, idari şartnamede belirlenen düzenlemelere uygun olarak idareye sunarlar.

---

<sup>44</sup> Kamu ihalelerine katılma konusunda istekli olan kimseleri ifade etmektedir: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz, İstekliler, Ankara 2006, s. 3 (İstekliler) .

<sup>45</sup> İdareler, açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usulünü uygulayacakları zaman, ilgili tip idari şartnameyi esas alarak idari şartnameyi hazırlar. Belli istekliler arasında ihale usulünü uygulayacakları zaman ayrıca ilgili tip ön yeterlik şartnamesini esas alarak ihale edeceği işe ilişkin ön yeterlik şartnamesini hazırlar. Tip idari şartnamelerde veya tip ön yeterlik şartnamelerinde doldurulmak üzere boş bırakılan ve idarelerin tercihinine göre doldurulmak üzere dipnota alınan hususlar, alınacak mal, hizmet ya da yapım işinin özelliğine göre mevzuatın emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla idarelerce düzenlenir. İdari şartname ihaleye ilişkin genel çerçeveyi belirler. Buna göre yüklenicinin alt yüklenici çalıştırılabilmesine izin verilip verilmeyeceği, idare işin özelliğine göre uygun teklif ve sözleşme türünü, teklif ve ödemelerde geçerli para birimi, isteklilerin kısmi teklif verip veremeyecekleri; verilecekse kısmi teklif konusu mal veya hizmet kalemi/kalemlerinin neler olduğu, mal alımı ihaleleri için ihale konusu işe ilişkin olarak alternatif teklif verilip verilmeyeceği, idareler, ihalenin niteliğini göz önünde bulundurarak tekliflerin geçerlik süresini idari şartnamede belirlenecektir: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz, İdare, Ankara 2006, s.27 vd. (İdare). Ortaya çıkan ihtiyacın giderilmesi için gerek duyulan mal veya hizmet ya da yapım işlerinin satın alınabilmesi için gerekli olan ikinci adım, bunların ihtiyacı giderebilecek niteliklerinin detaylı olarak tespit edilmesidir. Tespit edilen bu özelliklere ve teknik kriterlere teknik şartnamelerde yer verilir. Teknik şartnameler, ihale dokümanının bir parçasıdır. Teknik şartnamelerde idarenin isteğinin açık, net ve tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekir. Teknik şartnamelerin, ihtiyaç konusu mal, hizmet veya yapım işi ile ilgili yürürlükteki mevzuata uygunluğu sağlanmalıdır. Belirlenecek teknik kriterlerin, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlaması gerekir. Teknik şartnamelerde varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmez. Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde "veya dengi" ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir. Yedek parça alımlarında, yedek parçasına ihtiyaç duyulan ana malın marka ve modeli belirtilerek teknik şartname düzenlenebilir. Teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler 4734 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak danışmanlık hizmet sunucularına ihale yoluyla hazırlattırılabilir: Kamu İhale Kurumu, İdare, s.17, 27 vd.

İdareler, bu belgelerin aslını veya aslına uygunluğu noterce onaylanmış örneklerini isterler. Ancak bu belgelerden; ihale konusu alım veya benzer nitelikteki alımlarla ilgili deneyimini gösteren iş deneyim belgelerinin noter onaylı olanların asılları, ihale üzerinde kalan istekli tarafından ihale yetkilisinin onayından önce idareye ibraz edilir. Kalite ve standartlara uygunluk belgesi ve sertifikasının istenilmesi halinde bu belgeler ihale yetkilisine sunulur. İstekliler, teklif mektubu ve geçici teminat da dâhil olmak üzere idari ve teknik şartnamelerde ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeleri bir zarfa veya pakete koyar. Zarfın üzerine istekli adını, soyadını ya da ticaret unvanını, tebligata esas açık adresini, teklifin hangi işe ait olduğunu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresini yazar. Zarf istekli tarafından imzalanır, mühürlenir veya kaşelenir. Teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında idareye verilir. Bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmez ve açılmaksızın iade edilir. Teklifler iadeli taahhütlü olarak da gönderilebilir. Posta ile gönderilecek tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı, bir tutanakla tespit edilir ve değerlendirmeye alınmaz. İstekliler tarafından verilen teklifler, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez<sup>46</sup>. (DİK m .23-30, KİK m. 30 – 35; Uy. Yön. m. 30, 49, 50; İd. Şart. m. 23- 30)

### **C- Tekliflerin İhale Komisyonunca Teslim Alınması ve Değerlendirilmesi**

İhale komisyonunca belirtilen ihale saatine kadar verilmiş olan teklifler, tespit edilir. Ardından ihaleye başlanır. İhale komisyonu, teklif sayısını hazır bulunanlara duyurduktan sonra, teklif zarflarının Kamu İhale Kanunu'nun 30. maddesinde belirtilen şekil şartlarına uygun olup olmadıklarını incelemeye başlar<sup>47</sup>. Bu şartlara uygun olmayan zarflar açılmadan ihale dışı bırakılır. Bu durum bir tutanakla tespit edilir. Teklif zarfları,

---

<sup>46</sup> Burada Kanun, zeyilname düzenlenmesini istisna tutmuştur. Zeyilname ihale ilan yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında değişiklik yapabilme imkânı veren bir durumdur. Yapılan bu değişikliklere ilişkin ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir. Zeyilname ile yapılan değişiklikler nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması halinde, ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün zeyilname ile ertelenebilir. Zeyilname düzenlenmesi halinde, teklifini bu düzenlemeden önce vermiş olan isteklilere tekliflerini geri çekerek, yeniden teklif verme imkânı sağlanır (KİK m.29/2).

<sup>47</sup> Devlet İhale Kanunu'nda bu konu Kamu İhale Kanununa göre daha dar düzenlenmiştir. Bkz.: DİK m.27 vd.

isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır. Belgelerin eksikliği ve teklif mektubu ile geçici teminatların uygun olmaması durumu tutanağa bağlanır. İstekliler ile teklif fiyatları açıklanır ve bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır. Tekliflerin açılması aşamasında, hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturum kapatılır (DİK m. 29-34, KİK m.30, 36 İd. Şart. m.31 ). Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı İdari Şartnamenin 31 inci maddesine göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak; geçici teminat ve teklif mektuplarının kanunen taşınması zorunlu hususlar hariç olmak üzere, sunulan belgelerde ihale sonucu açısından teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan bilgi eksikliklerinin bulunması halinde bu tür bilgi eksikliklerinin giderilmesine ilişkin belgeler, İsteklilerce sunulan ve başka kurum, kuruluş ve kişilerce düzenlenen belgelerde, belgenin taşınması zorunlu asli unsurlar dışında, belgenin içeriğine ilişkin tereddüt yaratacak nitelikte olan ve belgeyi düzenleyen kurum, kuruluş veya kişilerden kaynaklanan bilgi eksikliklerinin giderilmesine ilişkin belgeler, idarece belirlenen sürede tamamlanabilir. Belirlenen sürede eksik belge veya bilgileri tamamlamayan istekliler, değerlendirme dışı bırakılır. İhale komisyonları uygun olmayan belgelerin uygun sayılmama gerekçeleri ile tutanağa bağlar. Bu süre içinde ihale komisyonuna sunulan eksik belgelerin, ihale tarihinden sonraki bir tarihte düzenlenmiş olduğu fark edilirse, bu kişilerden ihale tarihi itibarıyla ihale katılım şartlarını sağladığını onaylamaları istenir. Ancak bu şartı yerine getiren istekliler, ihaleye devam edebilecektir. İhale komisyonları, isteklilerin tekliflerini değerlendirme sürecinde, ihale dışı bırakılma ve ihaleye katılamayacaklarla ilgili genel hükümleri göz önünde bulundurmalıdır. İlk değerlendirme sonucunda teklif mektubu ile geçici teminatı uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Daha sonra, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik ölçütüne ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri, değerlendirme dışı bırakılır. En son aşamada, isteklilerin teklif mektubu eki cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Aritmetik hatalar ihale komisyonu tarafından re'sen düzeltilir. Yapılan bu düzeltme sonucu bulunan teklif,

isteklinin esas teklifi olarak kabul edilir ve bu durum hemen istekliye yazı ile bildirilir. İstekli düzeltilmiş teklifi kabul edip etmediğini tebliğ tarihini izleyen beş (5) gün içinde yazılı olarak bildirmek zorundadır. İsteklinin, düzeltilmiş teklifi kabul etmediğini, süresinde bildirmesi veya bu süre içinde herhangi bir cevap vermemesi hâlinde, teklifi değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatı gelir kaydedilir. Tekliflerin değerlendirilmesi sürecinde, ihale komisyonunun talebi üzerine, idare, yazılı olarak isteklilerden verdikleri tekliflere açıklık getirmelerini isteyebilir. Bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hâle getirilmesi amacıyla istenemez. (DİK m. 35 vd., KİK m. 11, m.37, Uy. Yön. m.47, m.48 İd. Şart. m 32, m. 33) Bunu da belirlemek de fayda vardır ki; İhale komisyonu verilen teklifleri İdari Şartnamenin 32. maddesine göre değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden, teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. (KİK m. 38 Uy. Yön. m. 58, İd. Şart. m.32, m.34) İdareler, ihalenin niteliği dikkate alınarak, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin en düşük fiyat esasına göre mi ya da fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınmak suretiyle mi belirleneceğini idari şartnamelerinde belirtmek zorundadırlar. İhale komisyonunun kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İdare, bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. İhalenin iptal edilmesi hâlinde, durum bütün isteklilere derhal bildirilir. Ayrıca, isteklilerden herhangi birinin talepte bulunması hâlinde idare, ihalenin iptal edilme gerekçeleri de bütün isteklilere bildirilir. (KİK m. 39 Uy. Yön. m. 60 İd. Şart m. 35)

#### **D- İhalenin Karara Bağlanması, Sözleşmenin İmzalanması, Yürütülmesi ve Uyuşmazlıkları Çözümü**

Yapılan değerlendirmeler sonucu ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılır. İhale komisyonu, kararı tutanağa bağlar ve ihale yetkilisinin onayına sunar. İhale yetkilisinin onayından önce ihale üzerinde kalan isteklinin, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit ettirilir. Buna ilişkin olarak Kamu İhale Kurumunun bilgisine başvurulacaktır. Zira Kurumda bu konuyla ilgili bir sicil tutulmaktadır. İhalenin, üzerinde bırakıldığı isteklinin kamu ihalelerine katılmaktan

yasaklı olduğunun idarece tespit edilmesi durumunda, ihale kararı iptal edilir ve bu isteklinin geçici teminatı irat kaydedilir. İhalenin iptal edilme nedeni, rekabetin ortadan kalkmasıdır.

İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş (5) gün içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder. İhale, kararın ihale yetkilisince onaylanması hâlinde geçerli; iptal edilmesi hâlinde ise hükümsüz sayılacaktır (DİK m.53 vd, KİK m. 40, Uy. Yön. m. 61, İd. Şart m. 37). İhalenin karara bağlanmasından sonra, ihale üzerine kalan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait teminat mektupları, Saymanlık ya da Muhasebe Müdürlüklerine teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar ise, hemen iade edilir. İhale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı ise, gerekli kesin teminatın verilip sözleşmeyi imzalaması hâlinde iade edilir (İd. Şart. m. 30) .

Devlet İhale Kanununa göre; idarenin onayından sonra; belli bir süre içinde, idare ve ihaleyi alan (müteahhit) sözleşmeyi yapmak zorundadır. Taraflar bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, ihale bozulur. Müteahhidin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ise; teminat geri verilmeyecek ve hazineye gelir olarak kaydedilir. İhalenin idare tarafından bozulması halinde, idare ihaleyi alanın tüm zararlarını karşılamak durumundadır<sup>48</sup>. İdarenin sözleşmenin belirli ilkelerinde değişikliğe gitme hakkı vardır<sup>49</sup>.

Kamu İhale Kanununa göre ise; ihale yetkilisinin ihaleyi onayını izleyen 10 gün içerisinde, üzerine ihale edilen istekliyi sözleşme düzenlemek için davet eder. Taraflar edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmek zorundadır<sup>50</sup>. Yapılacak sözleşme 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre düzenlenecektir. Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kamu İhale Kanunu tarafların uyuşmazlıkları genel yetkili mahkemelere götürme hakları saklı kalmak kaydıyla (KİK m.57), ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına

---

<sup>48</sup> Gözübüyük, s. 269.

<sup>49</sup> Yıldırım, s.316.

<sup>50</sup> Yıldırım, s. 317.



ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmaya yetkilidir (KİK m.53)<sup>51</sup>. İhale sonunda yapılan sözleşmelere ilişkin sorunların çözümü için ise imzalanan sözleşme idari nitelikli ise çözümü idari yargıda, özel hukuka ilişkin ise adli yargıda genel hükümlere göre çözülecektir<sup>52</sup>.

Devlet İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda aynı Kanunun 53. vd. maddeleri çerçevesinde sözleşme düzenlenecektir. Uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır.

## II- İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN TARİHİ GELİŞİMİ

### 1. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDAN ÖNCEKİ DÜZENLEMELER

Devlet faaliyetlerinin artması ile birlikte, idarenin etkinliklerinde de çeşitlenmeler başlamıştır. Geçmişe baktığımızda devletin idaresi veya devletin tasarruflarıyla ilgili süreçte işlenen suçların fazla olmadığı göze çarpmaktadır<sup>53</sup>. Ancak zamanla devletin alım, satım ve yapımın işlerine girmesi yahut bunları ihale etmesi ile birlikte, bazı hukuka aykırılıklar da gündeme gelmiştir. Hukuka aykırı bu davranışların yapılması halinde uygulanacak yaptırımlar ceza kanunlarında düzenlenmeye başlamıştır.

Kamu alımlarına ilişkin düzenlemeye 1274 sayılı Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda rastlamaktayız. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun tercümesi olan 1274 sayılı Ceza Kanunname-i Hümayun'un 83. maddesi “Zarar Âm Olan Cinayet ve Cünha İle Mücazat Müterettibeleri Beyanıdır” başlığını taşıyan birinci babın, dördüncü

---

<sup>51</sup> Bunun dışında Kamu İhale Kurumu, Kamu İhale Kanunda ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek, ihale mevzuatı ile ilgili eğitim vermek, ulusal ve uluslararası koordinasyonu sağlamak, yapılan ihaleler ve sözleşmelerle ilgili Kurum tarafından belirlenen şekilde bilgi toplamak, adet, tutar ve diğer konular itibarıyla istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmak, ihale ilânları ile ilgili esas ve usulleri düzenlemek, basılı veya elektronik ortamda Kamu İhale Bülteni yayımlamak, 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 bulunmak, kurumun yıllık bütçesi ile kesin hesabını ve yıllık çalışma raporlarını hazırlamak, Kurum bütçesinin uygulanmasını, gelirlerin toplanmasını ve giderlerin yapılmasını sağlamak konularında da yetkilidir (KİK m. 53).

<sup>52</sup> Yıldırım, s. 316–318.

<sup>53</sup> Yarsuvat, Duygun, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFİM c.30, S.3-4, s.671.

faslında “Sirkat-ı Emval-i Miriye ve İrtikabat-ı Saire” başlığı altındadır<sup>54</sup>. Madde de bir kimsenin, devlet adına satın alınmasına veya satışına ya da bir şey yapmaya memur olduğu her çeşit eşyanın, yapımına, satın almasına, fiyat ve miktarına fesat karıştırarak, her ne suretle olursa olsun irtikâp eylemesinin hırsızlık olacağı belirtilmektedir<sup>55</sup>. Buna göre faile hırsızlığa ilişkin ceza verilecektir<sup>56</sup>.

Kamu alımları ile ilgili ilk özel düzenleme, 1857 tarihinde çıkarılan Nizamname ile yapılmıştır. Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde yapılan bu düzenleme, 1914 ve 1919 yıllarındaki değişiklikler ile devam etmiştir<sup>57</sup>. Kamu ihalelerin temelini oluşturacak ilk yasa, Cumhuriyetin ilanından sonra çıkarılan 22 Nisan 1925 tarihli ve 661 sayılı “Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu” dur<sup>58</sup>.

## 2. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNDAKİ DÜZENLEMELER

### A- Genel Olarak

765 sayılı ve 01.03.1926 kabul ve 13.03.1926 yayım tarihli Türk Ceza Kanunu’nun özellikle devlet memurları için 205. ve 208. maddelerinde olmak üzere<sup>59</sup>; 362, 366, 367 ve 368. maddelerinde hüküm altına alınmış bulunan devlet alım ve satımına fesat karıştırmak, kamu taahhütlerine hile karıştırmak, arttırma ve eksiltmelere fesat ve hile karıştırmak suçları 5237 sayılı ve 26.09.2004 kabul ve 12.10.2004 yayım tarihli yeni Türk Ceza Kanunu’nun 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırmak ve 236. maddesinde ise edimin ifasına fesat karıştırmak suçları olarak bütünüyle yeniden düzenlenmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki ihaleye ilişkin düzenlemeler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuza nazaran daha çoktur. Bu düzenlemelerin en başta gelenleri “*devlet*

<sup>54</sup> Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.26.

<sup>55</sup> Maddenin metni şöyledir: “Her kim emval Devlet-i Aliye hesabına olarak iştirasına veyahut bey’ine veya imaline fesad karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eyler ise sarik olacağından madde-i sabıkada tayin olunan mücazâtı görür”.

<sup>56</sup> Suçun cezası düzenlemenin 82. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; “beş seneden ekal olamamak üzere kalebent kılınıp müebbed rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezası dahi beraber hükmolunacaktır”: Gökçen, s.132. Osmanlı Hukukunda ki diğer suçlar ve cezalar için Bkz.: Avcı, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.

<sup>57</sup> Turguter, Necip / Tokmaklı, Cafer, Gerekeçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2004, s.1 vd.

<sup>58</sup> Böke, Veli, Kamu İhale Kılavuzu, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2004, s.37; Turguter/Tokmaklı, s.1 vd.

*hesabına yapılan alımı, satım veya yapımına fesat karıştırma suçu” ile “devletin alım-satımında ticaret yapma suçu”dur. Bunun yanında “ihale sürecinde işlenen suçlar hükümet hesabına yapılan arttırmaya veya eksiltmeye fesat karıştırma suçu”, “kamunun müzayedelerine veya özel arttırmalara fesat karıştırma suçu”, “para ve sair menfaat karşılığında ihaleden çekilme suçu” dur<sup>60</sup>.*

Bu süreçte ihale konusunda da bazı düzenlemeler gerçekleşmiştir. İlk olarak yukarda değindiğimiz Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu yerine 1934 yılında 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun ile devletin alım, satım, yapım vb. ihtiyaçlarının karşılanması için yeni bir sistem getirilmiştir<sup>61</sup>. Daha sonra devlet ihtiyaçlarının en iyi şekilde, uygun şartlarla, zamanında karşılanması ve ihale sürecinde “açıklık” ve “rekabet” ilkelerinin esas alınması anlayışı ile 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 01.01.1984 tarihinden itibaren yürürlüğe girdi. Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına, satım, kiraya verme, trampa ve gayri ayni nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada karışıklık ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zira bu ihale tipleri biri birinden farklı yöntemlere tabi tutulması gereken ihalelerdir<sup>62</sup>.

Devlet İhale Kanunu gerek uygulama alanının daralması ve gerekse ihtiyaçlara cevap vermemesi ve en önemlisi de Avrupa Birliğine uyum sürecinin etkisi ile kamu ihalelerini düzenlemek, şeffaflık, rekabet, ihtiyaçların en uygun şekilde karşılanması için birbirine bağlı olmak üzere 04.01.2002 tarihinde Kamu İhale Kanunu ve 05.01.2005 tarihinde ise 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu kabul edilmiştir. Bu

---

<sup>59</sup>765 sayılı Ceza Kanunumuzda aynı konuyu düzenleyen iki hükmün biri mehz İtalyan Ceza Kanunu’ndan, diğeri ise 1274 tarihli kanundan geçmiştir. Gökçen, s.28; Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul (Beta Yayınevi) 1985, s. 201.

<sup>60</sup> 765 sayılı Ceza Kanunu’nu ile 5237 sayılı Ceza Kanununun madde karşılaştırmasında 5237 sayılı Ceza Kanununun 235. maddenin karşılığı olarak 765 sayılı Ceza Kanununun 366., 367., 368. maddelerini, 236. maddenin karşılığı olarak da 208. ve 205. maddeyi gösteren yazarlarda mevcuttur. Bkz.: Ekdemir, İbrahim, 5237 sayılı Türk Ceza Hukuku ve Diğer İlgili Kanunlar, Ankara 2005, s.355–361.

<sup>61</sup> Turguter/Tokmaklı, s.1 -2.

<sup>62</sup> Böke, s.37; Yılmaz, Rıza, “Kamu İhale Kanunu’nda İhale Yetkilisi, İhale Komisyonu ve Yetki Devri”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, c.8, S.4, s.4 vd. Ayrıca genel bilgi için bkz.: Işık, Hikmet, “Gümrük Birliği Öncesinde Devlet İhale Sistemimiz”, Yaklaşım Dergisi, S.31,1995, s. 57-62.

düzenlemeler ile Devlet İhale Kanunu tamamen mülga edilmemiştir<sup>63</sup>. Halen Devlet İhale Kanununun bir kısım hükümleri uygulanmaktadır<sup>64</sup>.

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunları üzerinde de Avrupa Birliğine uyum ve kamu ihalelerinde uygulama birliği sağlamak için birçok değişiklik yapılmıştır.

Bu bölümde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ihaleye ilişkin suçlara değineceğiz. Suçların incelenmesi sırasında Kanunun sistematığına bağlı kalacağız<sup>65</sup>.

### **B-Devlet Hesabına Yapılan Alımı, Satım veya Yapımına Fesat Karıştırma Suçu**

Suç, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 205. maddesinde düzenlenmiştir<sup>66</sup>. Buna göre devlet hesabına yapılacak alım, satım veya yapım işlerine fesat karıştırmak suç olarak düzenlenmiştir<sup>67</sup>. Suçun faili Devlet hesabına alım-satım yapmaya yetkili memur olabilir<sup>68</sup>. Madde düzenleniş şekli bakımından birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir.

---

<sup>63</sup> Bu konuya yukarıda değinmiştik. Bilgi için Bkz.: Yukarıda 14.dn.

<sup>64</sup> Kanunun uygulamasındaki eksiklikler için bkz.: Çelikoğlu, Murat, “İhale Kanunu Yetersiz ve Kötüye Kullanılmaya Açıktır”, 1998, Ekonomik Denge, S.10–11, 1998, s. 32–37

<sup>65</sup> Bu düzenlemeleri bizim asıl inceleme amacımız 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ihaleye ilişkin suçların yorumuna, uygulamasına ışık tutmaktır. Bunun için bu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ihaleye ilişkin suçları sadece 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu açısından ilgilendirdiği kadarıyla açıklayacağız. Bunun yanında için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu nitelikli hal olarak adlandırılan ağırlatıcı ve hafifletici nedenler ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda eksik ve tam teşebbüs ayrımı kalkmış olduğu halde biz bu bölümdeki suçları işlerken bu 765 sayılı Türk Ceza Kanunun sistematığına uygun olarak yer vereceğiz.

<sup>66</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunun kamu alım-satımlarına ilişkin 205. maddesi, kabul edilmesinden itibaren 15 Temmuz 1953 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6123 sayılı kanunla sadece bir kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik ile faile zararın ödettilmesi koşulu getirilmiş ve ceza ağırlatılmıştır. Bununla birlikte 765 sayılı TCK'nın 205 ve 208 maddesinin yer aldığı üçüncü babın birinci faslının ismi “Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlama” olarak değiştirilmiştir

<sup>67</sup> 765 sayılı TCK m 205 şöyledir: “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 eylese on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır ve zarar kendisine ödettilir”

<sup>68</sup> Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s.120 (Özel) ; Yazıcıoğlu,s.139; Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2002 s.237; Görgün, Mehmet, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1993 c.2 s.408; Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara 1993, c.2, s.1313; Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara, 1.Bası, c.2,s.1554, Burada Türkiye Devleti hesabına denilerek kapsamın daraltılmaya çalışılmak istendiği vurgulayan yazarlar da vardır: Yazıcıoğlu,s.138. Bir kısım yazarlarda KİT personelinin bu suçu işlemesinin mümkün olmadığını belirlemektedir: Erman, Sahir /Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, İstanbul (Dünya Yayıncılık)1992, s.56.

Tartışılan konuların başında; maddede geçen “bir kimse” ibaresi gelmektedir. Bazı yazarlar bu kavram sebebi ile suçun herkes tarafından işlenebileceğini ileri sürerken, bazı yazarlar suç failinin ancak TCK anlamında memur olabileceğini belirtmişlerdir. Maddede geçen; “Türkiye Devleti hesabına olarak” kavramı doktrinde eleştirilmiş ve bu kavramın ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın bütün alım, satım ve yapımları kapsamayacağı belirtilmiştir<sup>69</sup>.

Yapılan ihalenin “Türk Hükümeti hesabına” olması gerekmektedir. Bu kavramdan açılan ihalenin hükümet hesabına olması arandığı ileri sürülmüştür<sup>70</sup>. Doktrinde mahalli idareler ve belediye veya diğer kamu kuruluşları hesabına yapılan ihaleler için bu suçun oluşmayacağı görüşü ortaya atılmıştır<sup>71</sup>. Ancak Yargıtay bazı kararlarında kamu iktisadi teşebbüsleri hesabına yapılan alımlara fesat karıştırılmasında bu maddenin uygulanması gerektiğini belirtmiştir<sup>72</sup>. İhalenin konusu olan eşya her türlü olabilir. Bunun için konusu eşya olmayan ihalelerde, alım ve satımlarda bu suçun oluşması düşünülemez. Örneğin hizmet ihalesi gibi konusu eşya olmayan bir ihalede bu suç oluşmayacaktır<sup>73</sup>. Bunun yanında Kanun alım, satım ve yapım ibarelerini kullanmış olsa bile, metinde pahadan söz edildiği için kiralama kavramını da madde kapsamına değerlendirmek mümkündür<sup>74</sup>. Bunun aksini savunanlarda vardır. Bu suçun oluşabilmesi için her çeşit eşyaya ilişkin bir alım-satım ve yapım (kiralama) işinin mevcut olması şarttır. Eşya taşınabilir ise imal, taşınamaz ise çoğu zaman bir inşa söz konusu olabilmektedir<sup>75</sup>.

Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu, esas itibarıyla ülkemizde çok fazla işlenen bir suç olmakla birlikte, 205. madde, düzenlenme şekli sebebiyle çok fazla uygulama imkânı bulamamıştır. Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu, TCK'nın 366. maddesinde düzenlenen suç ile ciddi ölçüde benzerlik arz etmektedir. Bu benzerlik, 205. maddedeki suçun failin sadece memur olabileceği ölçütü ile aşılmak istenmişse de; 366. maddenin ikinci fıkrasında

---

<sup>69</sup> Balcı, s.209.

<sup>70</sup> Erem, s.1313; Malkoç/Güler, s.1554.

<sup>71</sup> Özgenç, s.237.

<sup>72</sup> 5.CD E.4124, K.4738, K.T.:6.11.1999; 5.CD E.8836, K.7450, K.T.:15.12.1987. Karar için Bkz.: <http://www.yargitay.gov.tr>, E.T.:12/08/2005.

<sup>73</sup> Malkoç/Güler, c.s.1554; Yazıcıoğlu, s.139; Özgenç, s.237.

<sup>74</sup> Yazıcıoğlu, s.139; Özgenç, s.237.

<sup>75</sup> Erman/Özek, s. 57.

memur olmanın ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiş olması karşısında bu suç tipleri arasındaki ayırım oldukça güçleşmiştir<sup>76</sup>.

Failin menfaat temin etmesi gerekmektedir. Bu maddedeki “irtikap eylerse” kavramından anlaşılmaktadır. Menfaat direkt fail tarafından elde edilebileceği gibi başkası tarafından da elde edilebilir<sup>77</sup>.

Düzenlemedeki fesat<sup>78</sup> kavramının niteliği açık değildir<sup>79</sup>. Ancak bu kavramın hile olarak algılanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>80</sup>. Fesat kavramı içine tehdit, cebir ve hile gibi kavramlar sokulabilir<sup>81</sup>. Fesat karıştırma fiilinin alım-satım ve yapım konu olan eşyanın veya paranın nitelik ve miktarına yönelik olması gerekmektedir<sup>82</sup>. Bu da failin eşyanın alım-satım, yapım ve kiralanmasında menfaat temin etmek için bu iş ve işlemlere fesat karıştırması demektir. Devlet adına yapılan ihalelerde, alımlarda, satımlarda belirlenen maldan daha kötüsünü alıcıya vermek amacıyla yapılan hareketler, halka açık biçimde yapılması gereken satım veya alımlara bir kimsenin girmesini engellemek, teslim edilmemiş ve teslim alınmamış mala veya bu malların niteliğine ilişkin gerçeği yansıtmayan işlemler bu madde kapsamında değerlendirmeye tabidir<sup>83</sup>. Fesat karıştırma hallerinin neler olduğu maddede sayılmamış ve bu durum suçların kanuniliği ilkesi bakımından sakıncalıdır. Hangi hallerin fesat karıştırma kavramı içinde değerlendirileceği hususu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Suçun oluşması bakımından “irtikâp”, bir başka anlatımla menfaat temini gerekli olduğundan ihaleye veya sözleşme aşamasında borcun ifasına fesat karıştırılması halinde tam teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmektedir<sup>84</sup>.

---

<sup>76</sup> Balcı, s.209.

<sup>77</sup> Erem, Faruk./Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1999, s.164; Erman/Özek, s.59; Özgenç, s. 238; Önder, Özel, s. 121; Görgün, c.2 s.408; Yazıcıoğlu, s.140; Malkoç/Güler, c.2.s.1555; “Menfaat maddi nitelikli olabileceği gibi duygusal nitelikli de olabilir. Örneğin kişinin bir akrabasına menfaat sağlamak saiki ile ihaleye fesat karıştırması da bu suçu oluşturur”: Yazıcıoğlu, s.139.

<sup>78</sup> Fesat, bir şeyin olması gereken durumu ve düzenini bozmak, değiştirmek anlamındadır: Türkçe Sözlük, c.1, s.775. Bu kavrama daha detaylı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun incelenmesi sırasında değinilecektir.

<sup>79</sup> ‘Fesat karıştırmak’ kavramı yargıcın takdirindedir: Malkoç/Güler, c.2 s.1555.

<sup>80</sup> Erman/Özek, s.57; Özgenç, s. 238; Önder, Özel,121; Yazıcıoğlu, s.139.

<sup>81</sup> Erem, s.1313; Özgenç, s.240; “Karma bir suç olan bu suçta sahte belge düzenlemek ve kişileri arttırmaya katılmamak ikna tehdit ederek menfaat sağlamak suçta unsurdur”:Önder, Özel s.120.

<sup>82</sup> Yazıcıoğlu, s.138–139.

<sup>83</sup> Bayramoğlu, Reşat, Devlet İdaresi Aleyhine İlişkin Cürümler, Ankara 1943, s. 53; Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 1999 c.2, s.2318–2319.

<sup>84</sup> Balcı, s.209.

Suç kasten işlenebilir. Taksirle işlenirse bu suç oluşmaz. Failin devlet hesabına yapılan alım satım veya yapım işindeki görevini, bir çıkar sağlamak veya bir yarar elde etmek için kötüye kullanmayı istemesidir<sup>85</sup>. Burada aranan kast genel kاستtır. Genel kاستın yanı sıra failin gayri meşru çıkar sağlamak için hile kullanmak suretiyle bu suçun işlenebileceği, dolayısı ile aranması gereken kاستın özel kاست olması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>86</sup>. Suçun ağırlatıcı nedenleri mevcuttur. Bu da TCK 219. maddede düzenlenmiştir. Buna göre fail hâkim veya savcı ise yâda emir ve idare yetkisine sahip kimse ise ceza arttırılır. Emir ve idare yetkisine sahip kimseden maksat ise ihale işine doğrudan karar verme, ihaleyi yönetmeye yetkili kimselerdir. Elde edilen menfaatin niteliğine göre bir indirim ön görülmüştür (TCK m.219/3)<sup>87</sup>. Teşebbüs açısından kanun irtikâp eylemekten söz ettiği için, bir zararın gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>88</sup>. Yani bu suç bir zarar suçu olduğundan teşebbüsün her şekli mümkündür. Haksız menfaatin temini ile suç oluşur<sup>89</sup>. Fail hareketleri icra ederken yakalanırsa eksik teşebbüsten, icra hareketlerini bitirip menfaati temin edemeden yakalanırsa tam teşebbüsten bahsedilir<sup>90</sup>. İçtima konusuna gelince; bu suç dolandırıcılık ve sahtekârlık gibi başka suç ile birlikte işlenirse hem 205.m. hem de söz konusu suç ile cezalandırılır. Maddede belirtilen eylemler neticesinde bir başka suçta meydana gelmekte ise, o zaman fikri içtima (TCK m.79) uygulanır<sup>91</sup>. Devlet hesabına alınacak veya satılacak şey “bil müzayede” (yani arttırma veya eksiltme yolu ile) ihale edilecek ise, fail böyle bir alım satıma rekabeti yasaklamak, ihlal etmek veya pey sürenleri çekilmeye yönlendirmek yoluyla fesat karıştırılmış ise TCK m.367 uygulanacağı için daha genel nitelikli olan TCK m.205 uygulanmaz<sup>92</sup>. Alım, satım ve yapıma fesat karıştırmadan fail, şahsen veya ortak olduğu bir şirket vasıtasıyla elde ettiği menfaatler ile ticaret yapar ise daha özel olan TCK m.208 uygulamak gerekir. Fail ayrıca fesat karıştırarak menfaat temin edip bunu ticarete kullanırsa hem TCK m.205 hem de TCK m.208 i ihlal ettiği için fikri içtima hükümlerini

<sup>85</sup> Özgenç, s.243; Erman/Özek, s.60.

<sup>86</sup> Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2001, s.228; Yazıcıoğlu, s.141; Erman/Özek, s.60; Erem/Toroslu, s. 164; Erem, s.1314; Malkoç/Güler, c.2 s.1555; Yener, Orhan, Tatbikatta Ağır Ceza Davaları, Ankara 1994, s.58.

<sup>87</sup> Yazıcıoğlu, s.142; Toroslu, s. 228; Malkoç/Güler, c.2 s.1555.

<sup>88</sup> Savaş/Mollamahmutoğlu, c.2 s.2317.

<sup>89</sup> Eğer menfaat fail için başka biri (üçüncü şahıs) tarafından temin ediliyorsa, suç menfaatin bu üçüncü şahsa geçmesi ile oluşur. Teşebbüs konusunda bunu göz önünde bulundurmamak gerekir.

<sup>90</sup> Yazıcıoğlu, s.140.

<sup>91</sup> Yazıcıoğlu, s.141; Ancak, dolandırıcılık ve evrakta sahteciliğin bu suçta unsur olduğu kanaatinde olanlarda vardır: Özgenç, s.241.

<sup>92</sup> Erman/Özek, s.60.

uygulamak gerekir<sup>93</sup>. İştirak konusunda bir tartışma yoktur. Türk Ceza Kanunu'ndaki genel hükümler uygulanır Suç, memur kimselerin işleyebileceği bir suç olduğu için suçta memur olmayan birinin iştiraki mümkündür<sup>94</sup>.

Bu suçun cezası; on yıldan fazla ağır hapis cezasıdır. Ayrıca TCK m.219/4 uyarınca müebbet olarak memuriyetten mahrumiyet cezası da uygulanır<sup>95</sup>. Bundan başka TCK m.205 uyarınca faile zarar ödettirilir<sup>96</sup>. Kovuşturulmasında 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun m.2/1 uyarınca suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usulleri saklı tutulmuştur<sup>97</sup>. 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m.17/1'e göre irtikâp, rüşvet, ihtilas, zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımına fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından yâda bu suçlara iştirak edenler için Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun yerine Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu uygulanacaktır. Buna göre savcı suçu doğrudan kovuşturabilecektir. Davaya bakmaya yetkili mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

---

<sup>93</sup> Erman/Özek, s.61.

<sup>94</sup> Yazıcıoğlu, s.141; Erman/Özek, s.60; Önder, Özel, s.121. "Bu suçu birden fazla memur işlemişler ise hepsi asli maddi faildir. Eğer diğer memurlar sadece güvenerek faile ilişkin denetim görevini yerine getirmemi iseler bunlar için TCK m.230 ceza vermek gerekir. Memur olmayan iştirakçiler için mahsus suça iştirak hükümleri tatbik edilir": Erman/Özek, s.60.

<sup>95</sup> Yazıcıoğlu, s.142.

<sup>96</sup> Bakırcı, Sedat, Açıklamalı Zimmet-İrtikap-Rüşvet Suçları, Ankara 1988, s. 114-116; Erman/Özek, s. 61. "Davaya katılan Köy Koop.... Birliği kişisel haklarının saklı tutulmasını istemiş bulunduğu göre katılanın bu konuda hukuk mahkemesine başvurmakta serbest olduğuna dair karar verilmesi gerektiren .... ya ait olduğu idarece sanık Hasan'dan tahsilinin sağlanması için karar kesinleştiğinde bir suretinin tahsile yetkili idareye gönderilmek üzere Cumhuriyet Savcılığına tevdiine biçiminde sanık aleyhine kişisel hakka hükmolunması' : 5.CD. E.846, K.1332, K.T.: 2/4/1985. Karar için Bkz.: <http://www.yargitay.gov.tr>, E.T.:12/08/2005.

<sup>97</sup> "657 sayılı Devlet Memurları Yasası uyarınca memur olan sanıkların, Atatürk Göğüs Hastalıkları Hastanesinde muayene ve satış komisyonu başkan ve üyeleri oldukları, burada hastane ihtiyacı için satın alınan malzemelere için açılan ihaleye fesat karıştırdıkları iddia edilmektedir. ...3628 sayılı yasanın 17.maddesi ile geçici 3.maddesinde yapılan düzenlemeye göre sorunun çözümlenmek gerekir. Yasanın...17.maddesi 'bu kanunda yazılı suçlarla irtikap, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık , resmi ihaleye ve alım satımlara fesat karıştırma,...suçlarında Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ın uygulanmayacağı.... geçi üçüncü maddesi ise 'bu kanunu yürürlüğe girdiği tarihten önce bu kanunla kapsama yeni alınan suçlardan dolayı Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre kesinleşmiş lüzumu muhakeme veya men'i muhakeme kararları hariç yapılan 'tahkikat evrakı derhal C.B. Savcılıklarına gereği için tevdi olunur' hükümleri yer almaktadır. Bu yasal dayanaklara göre İhaleye fesat karıştırma suçunun faili memur olsa bile Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümleri uyarınca verilip... genel hükümlere göre dava açılmalıdır." CGK. E.150, K.179, KT.:21.06.1993. Karar için bakınız: Savaş/Mollamahmutoğlu, s.2378.



## C- Devlet Alım-Satımında Ticaret Yapma Suçu

Devletin alım-satımında ticaret yapma suçu TCK m. 208’de düzenleme altına alınmıştır. Bir memurunun idaresinde bulunan işlerde doğrudan veya dolaylı şekilde ticaret etmesi ile yine aynı failin bu işlerden komisyon alması suç olarak düzenlenmiştir<sup>98</sup>. Fail, idare ve gözetiminde bulunan bir işten ticaret yaparak menfaati temin eden memurdur<sup>99</sup>. Bu suçun oluşabilmesi için ilkin; devlet hesabına eşya veya malzeme alım veya satımı olmalıdır. Devlet için yapılan bu eşya veya malzeme satımı işinin kişinin idare ve nezaretine memur edilmiş olması gerekir<sup>100</sup>. Kanun, memurun kendi görev alanındaki işlerde devlet ile ticari ilişki kurmasını yasaklamak istemiştir. Bu çerçevede dışında kalan ticaret yapma işi için ancak disiplin cezası uygulanabilir<sup>101</sup>. İkinci olarak da ticaret yapmak veya ortaklık kurmak gerekmektedir. Kanunda cezalandırılan ticaret şekli alım ve satımdır. Bunun dışında kalan iş ve işlemler bu madde kapsamında değildir<sup>102</sup>. Yapılan ticaret gizli veya aşikâr olabilir. Burada önemli olan failin ticaret yapıp menfaat temin etmesidir. Bu alım-satım işinin de yukarıda belirttiğimiz gibi devlete ait olması şarttır<sup>103</sup>. Ayrıca yapılan alım satımda arttırma, eksiltme metotları uygulanmamış olmalıdır. Eğer uygulanmışsa TCK m.208’e göre daha özel madde olan TCK m.366 ve m.367’nin uygulanması gerekir. Bunun yanında failin hile ile alım satıma fesat karıştırmadan sadece ticaret yapmış olması gerekir. Aksi halde TCK m.205 uygulanacaktır<sup>104</sup>. Maddenin cezalandırdığı ortaklık yine failin idare ve nezaretine

---

<sup>98</sup> 765 sayılı TCK m. 208’in madde metni şöyledir: “ (1) Devlet memurlarından her kim, idaresine ve nezaretine memur oldukları işlerde devlet için az veya çok eşya veya malzeme alım ve satımında gizli veya aşikâr, gerek doğrudan doğruya kendisi, gerek başkası vasıtasıyla veya ortaklık suretiyle kendi kazancı için ticaret eder veya imalat yahut inşaatı götürü şekilde deruhte edenlere ortak olursa üç seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Eğer bu gibi alış verişte komisyon alınır yahut nakit veya meskûkât mübadelesinde kazanç sağlanırsa ağır hapis cezası beş seneden az olamaz”

<sup>99</sup>Önder, Özel,s.125; Özgenç, s.246; Erman/Özek, s.62; Savaş/Mollamahmutoğlu, c.2 s.2323; Görgün, s.410; Erem, s.1314.

<sup>100</sup> Yener, s.64; Özgenç, s.246. Doktrinde suçun maddi unsuru fail idare ve nezareti altında olan Devlet işinde doğrudan doğruya veya ortaklık suretiyle veya başkası vasıtası ile ticaret yapmak olarak da belirtilmiştir: Önder, Özel, s. 125.

<sup>101</sup> Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. maddesi de bu yöndedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Erman/Özek, s.62, 1. dn.

<sup>102</sup>Erman/Özek, s.62–63. Örneğin memur kendi dairesinde kullanılacak basılı kâğıtların basım işini kendisine ait matbaada yapar veya satın alınan malzemeyi eşine ait kamyonlarla nakleder ya da kendisine ait bir taşınmazı mensup olduğu bir kamu kuruluşu adına kiralar yahut dairenin tamir işlerini gördürebilir. İşte bütün bu işlemler alım-satım sayılabilir ancak TCK m.208. kapsamında değildir.

<sup>103</sup> Savaş/Mollamahmutoğlu, c.2 s.2324.

<sup>104</sup> Erman/Özek, s. 63.

memur olduğu bir işte imalat veya inşaatı götürü olarak deruhte<sup>105</sup> edenlerle ortak olmak şeklinde gerçekleşmelidir<sup>106-107</sup>. Yani suç bir alım satım ihalesine ticaret, inşaat, imalat işlerine ortak olunması veya komisyon alınması ile oluşur<sup>108</sup>. Bu suç sadece kasten işlenebilir. Failin kendi kazancı için hareket etmesi gerekir. Yani bu suç için özel kast aranmıştır. Bu sebeple fail kendi idare nezaretine giren bir işte ticaret yaptığını veya imal veya inşaata ortak olduğunu bilip isteyecek ve kazanç sağlamak amacıyla hareket edecektir<sup>109</sup>. Ancak manevi unsur olarak genel kastı yeterli görenler de vardır<sup>110</sup>. TCK m.208/2 de bu gibi bir alış verişte komisyon alınır<sup>111</sup>, ya da nakit veya meskubat<sup>112</sup> değişiminde kazanç sağlanması ağırlatıcı neden sayılmıştır<sup>113</sup>. Bunun yanında ağırlatıcı

---

<sup>105</sup> Bir işi götürü olarak deruhte etmek; işin tümünü üstlenmek demektir. Götürü usulünde yapılan işin tümü üzerinden anlaşma yapılır ve buna göre bedel ödenir. Yani işin bitirilmesi esas alınır. Örneğin bir malın taşınması gibi. Burada nasıl veya hangi araçla taşındığının önemi yoktur. Taşıma işlemi için anlaşılması olup, bunun üzerinden ücret ödenir.

<sup>106</sup> Erem, s.1314; Erman/Özek s. 63–64; Özgenç, s.247. Bu konuda doktrinde failin bu imalat yahut inşaat işini götürü şeklinde deruhte edenlere ortak olması gerekir. Bir yapım işinin götürü şeklinde deruhte edilmesi gerekir. Bu sınırlayıcı ifade karşısında, bedelinin hakediş raporlarına dayanılarak peyderpey ödenmesinin kabul edildiği yapım işlerini üstlenenlerle ortak olma durumunda, söz konusu suçun oluşmayacağı fikri ileri sürülmüştür: Erman/Özek s. 63–64. Bu bağlamda ayrıca ifade etmemiz gerekir ki; memurun yönetici olmadığı ve fakat ortağı olduğu anonim veya limitet şirketin ya da sınırlı sorumlu olarak ortak olduğu bir komandit şirketin ilgili kamu kurumu adına yapılan bir imalat ve inşaat işini ihale mevzuatında öngörülen usule göre üstlenmesi durumunda, söz konusu suç oluşmaz. Buna karşılık, kamu görevlisinin ortağı olduğu bir adi ortaklığın veya kolektif şirketin yada sınırsız sorumlu olarak ortak olduğu bir komandit şirketin ilgili kamu kurumu adına yapılan bir imalat ve inşaat işini üstlenmesi halinde söz konusu suç oluşur. Hatta bir yapım işine ilişkin olarak ihale yapıldıktan sonra, bu ihale kararına binaen imzalanmış sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifası sürecinde, kamu görevlisinin sözleşmenin diğer tarafı olan müteahhit konumundaki gerçek ve tüzel kişiye bu suretle ortak olması durumunda da söz konusu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bkz.: Özgenç, s.247.

<sup>107</sup> Ortaklık açısından bakarsak iki ihtimal vardır. İlk failin yönetici olmadığı ancak ortağı olduğu anonim veya limited şirketin ya da sınırlı sorumlu olarak ortak olduğu bir komandit şirketin ilgili kamu kurumuyla bir alım satım münasebetine girmesidir ki bunun suç oluşturması gerekir. İkinci olarak failin ortağı olduğu bir adi ortaklığın veya kolektif şirketin ya da sınırsız sorumlu olduğu bir komandit şirketin ilgili kamu kurumuyla alım-satım ilişkisine girmesi ki bu suç oluşturur.

<sup>108</sup> Erem, s. 1314; Özgenç, s.246. Hatta bu suç alım-satım işinden sonra failin bu tip bir ortaklığa girmesi durumda bile oluşabilir.

<sup>109</sup> Görgün, s. 410; Erman/Özek, s.64.

<sup>110</sup> Erem, s.1314 “Bu suç için hukuka uygunluk nedeni düşünülemez”: Erman/Özek, s.64; Özgenç, s.248.

<sup>111</sup> Görgün, s.410.

<sup>112</sup> Metal para anlamındadır.

<sup>113</sup> Yener, s.64; Erman/Özek, s. 65; Önder, Özel, s.125. Bu fıkrayı başka bir suç olarak yorumlayan aksi yöndeki görüş için Bkz.:Özgenç, s.249. Maddedeki ağırlatıcı nedenin konuluş amacı ve niteliği doktrinde tartışılmıştır. Öğretide kimi yazarlar ağırlatıcı nedenin gerçekte birinci fıkraya oranla müeyyide olarak daha ağır olmadığını ve komisyon almanın rüşvet olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüş ve bu fıkranın gereksizliğine vurgu yapmıştır: Önder, Özel, s,125. Komisyon alınması için bu gibi alışveriş yapılması gerektiği için failin doğrudan ve dolaylı olarak taraf olduğuna göre ayrıca komisyon almasının nasıl gerçekleşeceği belli değildir. Zaten komisyon başkası hesabına yapılan işler için geçerli bir kavram olduğu da ileri sürülmüştür: Erman/Özek, s.65. Bu fıkrayı ayrı bir

neden olarak TCK m 219/1 uygulanır. Hafifletici neden olarak da TCK m219/3 uygulanacaktır<sup>114</sup>.

Alım satım işinin de yukarıda belirttiğimiz gibi devlete ait olması şarttır. Ayrıca yapılan alım satımda arttırma, eksiltme metotları uygulanmamış olmalıdır. Eğer uygulanmışsa TCK m.208'e göre daha özel bir madde olan TCK m.366 ve m.367'nin uygulanması gerekir. Bunun yanında failin hile ile alım satıma fesat karıştırmaksızın sadece ticaret yapmış olması gerekir. Aksi halde TCK m.205 uygulanacaktır<sup>115</sup>. Burada ele alınması gereken diğer bir suç da TCK m.238 dir<sup>116</sup>. Bu madde kamu görevlisinin ticaret yapmasını suç olarak düzenlenmiştir<sup>117</sup>. Alım satımın konusu kamunun ihtiyaç duyduğu hububat, erzak ve sair malzeme ise özel hüküm olan bu maddenin uygulanması gerekir<sup>118</sup>. Ayrıca fail bir alım, satım, inşa ve imal işine doğrudan doğruya ve dolaysı ile taraf olmaksızın bir çıkar sağlarsa duruma göre irtikâp veya rüşvet suçu oluşabilir<sup>119</sup>. Ayrıca fail bu suçu gizlemek için bir takım suçlar işlerse onlardan da sorumludur. Evrakta sahtekârlık vb. gibi<sup>120</sup>.

İştirak konusunda genel hükümler ve özgü suça ilişkin esaslar uygulanır<sup>121</sup>. Bu suç neticesinde failin kazanç elde etmiş olması veya idarenin bundan zarar görmüş olması şart değildir<sup>122</sup>. Bu itibarla ortada bir tehlike suçu bulunup, tam teşebbüs mümkün olmaz. Failin alım satım sözleşmesi yaparken yâda ortak olduğu kişi tarafından engellenmesi ise eksik teşebbüsü oluşturur<sup>123</sup>. Suçun basit şeklinin cezası üç yıldan fazla hapistir. Ağırлатıcı sebep uygulanırsa bu cezanın (TCK m.208/2 uyarınca) aşağı sınırı beş yıl olacaktır. TCK m.35 uyarınca kamu hizmetlerinden yasaklılık ferî cezasına da hüküm

---

suç olarak kabul edenler ise failin ticaret yapmadan sadece alım satıma konu olan bir işten komisyon alması durumunda uygulanacağı ileri sürmüştür: Özgenç, s.249.

<sup>114</sup> Yukarıda da belirttiğimiz gibi TCK m.208/2'yi "Devlet için Yapılan Eşya Alım veya Satımında Komisyon Alma Suçu" olarak bağımsız olarak ele alan yazarlarda vardır. Bkz.: Özgenç, s.249 vd.

<sup>115</sup> Erman/Özek, s. 63.

<sup>116</sup> Görgün, s.410.

<sup>117</sup> Madde 765 sayılı TCK m. 238 şöyledir: "Hâkimlerle memurinden her kim memuriyetinin dairesi dâhilinde ahalinin zaruri havayicinden olan hububat, erzak ve sair malzemeleri alıp satarak ticaret ederse yüz liradan aşağı olmamak üzere ağır cezayı nakdî ve müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezasıyla cezalandırılır."

<sup>118</sup> Özgenç, s. 247, 39.dn.

<sup>119</sup> Erman/Özek, s.64–65. Şunu da belirtmek gerekir ki memur, işinin gereklerini yerine getirdikten ve görevinin etkinliğini kullanmadığı müddetçe başka alanlarda kazanç sağlamak amacıyla çalışması Ceza Hukuku açısından inceleme konusu değildir: Özgenç, s. 247.

<sup>120</sup> Erman/Özek, s.65.

<sup>121</sup> Erman/Özek, s.65.

<sup>122</sup> Özgenç, s.247.

verilebilir<sup>124</sup>. Kovuşturma açısından baktığımızda Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m.17/1 de sayılan suçlar arasında incelediğimiz suç yoktur. Dolayısıyla Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerini uygulamak yerinde olacaktır. Yargılama ağır ceza mahkemesi tarafından yapılır<sup>125</sup>.

#### **D- Hükümet Hesabına Yapılan Arttırmaya veya Eksiltmeye Fesat Karıştırma Suçu**

Hükümet hesabına yapılan müzayede<sup>126</sup> ve münakasada<sup>127</sup> şiddet, tehdit, hediye veya bunun haricinde menfaat teminiyle, gizli ittifak, sair hileli araçlar ile rekabetin engellemesi ya da rekabeti bozması suç olarak düzenlenmiştir<sup>128</sup>. Bu suçun faili herkes olabilir. Suçun oluşabilmesi için ilkin devlet hesabına açılmış bir müzayede ve münakasada bulunmalıdır<sup>129</sup>. Burada irdelenmesi gereken iki kavram vardır<sup>130</sup>. Bunlar müzayede ve münakasada kavramlarıdır. Müzayede yapılmasındaki amaç en yüksek fiyatı temin etmek iken, münakasada amaç bir şeyi en ucuza mal etmektir<sup>131</sup>. Bunun için mal veya hizmetin alım satımında hangi yöntemin izlendiği önemli değildir<sup>132</sup>. İhale

---

<sup>123</sup> Erman/Özek, s.64

<sup>124</sup> Erman/Özek, s. 65

<sup>125</sup> Malkoç/Güler, s.1558

<sup>126</sup> Hukuk Lügati'nde kelime anlamı; bir satış türü olup bir malın en çok arttırana verilmek üzere herkesin iştirak edebileceği surette satmak olarak geçmektedir.

<sup>127</sup> Bu kelime Hukuk Lügati'nde arttırma ve eksilme manasındadır. Arttırma eksilme bir akdin veya ihalenin elverişli olarak meydana gelmesini temin için aralarında rekabet bulunan kişiler tarafından en yüksek veya en az bedel teklifi suretiyle yapılan icap şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>128</sup> 765 sayılı TCK 366. madde şöyledir: “ (1) Her kim hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayede ve münakasada şiddet veya tehdit ile veya hediye vaat ve itasıyla, veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti men veya ihlal yahut müzayede ve münakasada pey sürenleri çekilmemeye sevk ederse, üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur. (2) Eğer fail kanunen veya hükümet tarafından müzayede veya münakasaya memur olan kimse ise bir seneden üç seneye kadar hapis ve elli liradan dört yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi hüküm olunabilir”.

<sup>129</sup> Özgenç, s.251; Görgün, c.3, s.294. TCK m.205 deki “Türkiye Devleti Hesabına” ibaresi ile söz konusu maddedeki “hükümet hesabına” ibaresi arasındaki kavram farkının ne olduğu açık değildir. Buna göre mahalli idareler ve kamu iktisadi teşebbüsleri gibi diğer kamu kuruluşları hesabına yapılan ihaleleri bu kapsamda tutamamak gerektiği ileri sürülmüştür: Özgenç, s.251.

<sup>130</sup> İnceleyeceğimiz 366., 367. ve 368. madde kamunun itimadı aleyhine işlenen suçlar içindedir. Bu suçlarının sahtekârlık suçları içerisinde olması eleştirilmiştir. Konuya ilişkin olarak Bkz.: Jescheck, Hans-Heinrich / İçel, Kayıhan / Bayraktar, Köksal, Almanya Fedaral Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açılmalar, İstanbul 1989, s.182, Çev.: Feridun Yenisey.

<sup>131</sup> Hukuk Lügati, s.21, s.256.

<sup>132</sup> Bilgi için Bkz.: Savaş/Mollamahmutoğlu, c.3, s.3374. Çünkü arttırma eksilme bir yöntem olarak değil bir nitelik olarak ele alınmıştır. Örneğin pazarlık usulüne göre yapılan bir ihalede bu suç işlenebilir. Hatta müzayede ve münakasanın KİK ve DİK uyarınca yapılan bir ihale olması da şart değildir: Özgenç, s.251-252.

konusunun mal, hizmet, kira olmasının suçun oluşması açısından da bir önemi yoktur<sup>133</sup>. Bunun yanında şiddet, tehdit uygulayarak ya da hediye, menfaatler teminiyle gizli ittifak kurarak veya hile ile rekabeti ortadan kaldırarak yada bozarak ihaleye girenleri çekilmeye sevk edilmelidir. Bu bakımdan seçimlik hareketli bir suç olup, fail hükümet hesabına olan müzayede ve münakasada aşağıda sayılan hareketlerden biri yerine getirmelidir<sup>134</sup>: a) şiddet yada tehdit ile rekabeti bozarak veya ortadan kaldırarak ihaleye girenleri çekilmeye sevk etmek<sup>135</sup>, b) hediye, korkutarak yıldırma<sup>136</sup> veya emir vererek<sup>137</sup> rekabeti bozarak veya ortadan kaldırarak ihaleye girenleri çekilmeye sevk etmek<sup>138</sup>, c) sair menfaatler teminiyle ve gizli ittifak<sup>139</sup> rekabeti bozarak veya ortadan kaldırarak ihaleye girenleri çekilmeye sevk etmek<sup>140</sup>, d) sair hileli davranışlar ile rekabeti bozarak veya ortadan kaldırarak ihaleye girenleri çekilmeye sevk etmek. Seçimlik hareketlerde temel unsur hiledir<sup>141</sup>. Rekabeti men ve ihlal yahut müzayedeye ve münakasada pey sürenleri çekilmeye sevk etmek için yapılan her türlü hile bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>142</sup>. Seçimlik hareketler neticesinde rekabet, men veya ihlal edilmelidir.

---

<sup>133</sup> Özgenç, s.252.

<sup>134</sup> Özgenç, s. 252–253.

<sup>135</sup>“Sanığın ihaleye girecek olan müştekiyi çekilmeye zorlamaktan ibaret eylem TCK m. 366/1 oluşturur”: 4.CD. E.7938, K.8752, KT.:22.10.1997. Karar için Bkz.: Yaşar, Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001 , s.824.

<sup>136</sup> Vait kelimesinin açıklamasıdır. Bkz.: Özön, s.886.

<sup>137</sup> İta kelimesinin açıklamasıdır. Bkz.: Özön, s.404.

<sup>138</sup> “Oluşa göre sanıkların mağduru orman işletmesindeki açık artırmada fiyat yükselmemesi için uyararak ve anlaşılarak özgür yarışma ortamının oluşmasını engellemiştir”: 4.CD. E.5930, K.6960, KT.:30/10/1995. Karar için Bkz.: Malkoç/Güler, c.3 s.2798.

<sup>139</sup>Erman/Özek, s. 700. “Görevlinin firma sahibinin imzasını taşıyan antetli kağıda teklif metnini bizzat yazıp emanet heyetine vermesi” 5.CD. E.769, K.338, KT.:29.01.1988. Karar için Bkz.: Malkoç/Güler, c.3 s.2797.

<sup>140</sup> Suç (bb) ve (cc) maddelerindeki seçimlik hareketlerin icrası ile işlenirse suç çok failli bir suç niteliği arz edecektir: Özgenç, s.253.

<sup>141</sup> Özgenç, s.253. “İpotegın Tapu kaydına işlenmesinin hâsıl olmasına ve Tapuda da böyle bir kayıt bulunmamasına göre, suçta konu belgenin hukuki sonuç doğurucu niteliği olmadığı ve bu nedenle de sanığın eyleminin TCK’nun 366. ve 367. maddesine uyan müzayedeye fesat karıştırmak suçunu oluşturacağı gözetilmeden yasal unsurları oluşmayan yazılı madde ile hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir”: 5.CD., E.1769, K.338, KT.:29.1.1988. Karar için Bkz.: Görgün, s.294

<sup>142</sup> Artırmaya konulan malı gözden düşürücü yalanların söylenmesini buna örnek vermiştir. Erman/Özek, Kamu, s.701. Yargıtay “şahadete ve müdafaaya göre hadisede maznunun satılan tomrukların evsafının bozuk olduğunu söylemekten ve alıcıların hevesini kırmaktan ibaret bulunan hareketin mezkûr maddedeki suçu oluşturur”: 4.CD. E.767, K.8803, KT.:5.5.1955. Karar için Bkz.: [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), E.T.:16.10.2005.

Suçun oluşması için rekabetin ortadan kaldırılmış veya müzayedeye ve münakasada pey sürenleri çekilmeye sevk edilmiş olunmalıdır<sup>143</sup>. Yani ihaleye katılanların ihaleden çekilip çekilmediğinin incelenmesi gerekir. Ancak bunu da belirtmek gerekir ki ihaleye teklif vermek isteyen birisini engellenmesi de bu suçu oluşturur. Çünkü rekabetin oluşması engellenmiştir<sup>144</sup>. İhaleye teklif vererek katılan kişinin henüz ihale süreci sona ermeden önce<sup>145</sup>, söz konusu seçimlik hareketlerden birinin yapılması ve bu yüzden ihaleden çekilmenin söz konusu olması gerekir<sup>146</sup>. İhale sürecinden sonra işlenirse genel nitelikli tehdit ve cebir suçlarının düşünülmesi gerekir<sup>147</sup>. Ayrıca suçun oluşması için kamunun veya fertlerinin zarar görmüş olması gerekmez<sup>148</sup>. Bu suç kasten işlenir. Failin hükümet hesabına yapılan ihalelerde en uygun fiyatın belirlenmesine yönelik rekabetin ortamını ortadan kaldırmak amacıyla hareket etmesi yeterlidir. Bu açıdan bakılırsa özel kast da düşünülebilir.765 sayılı TCK m.366/2 suçun nitelikli halini düzenlemiştir. Buna göre eğer fail kanunen veya hükümet tarafından müzayede veya münakasaya memur olan kimse ise verilecek ceza ağırlaştırılacaktır.

İştirak konusunda genel hükümlere tabidir. Suçun nitelikli haline iştirak söz konusu olduğunda mahsus suça ilişkin esaslar uygulanır. Bazı seçimlik hareketler neticesinde işlenirse suç çok failli bir suç niteliği arz edecektir. Söz konusu suçun oluşması için bir zararın meydana gelmiş olması gerekmez. Failin icra hareketlerine başlaması ve bunun yarıda kalması ve engellenmesi eksik teşebbüsü meydana getirebilir. Kişiye ihaleye katılmaması için hediye vaat edilmiş ve hatta kişi korkutulmuş olabilir.

---

<sup>143</sup> Özgenç, s.254.

<sup>144</sup> Özgenç, s.254. “sanığın ihaleye girecek olan müştekiyi çekilme zorlamaktan ibaret eylemin TCK nın 366/1 maddesindeki suçu oluşturup oluşturmayacağıının tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir”. 4.CD E.7938, K.8752, KT.:22.10.1997. Karar için Bkz.: [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), E.T.15.10.2005.

<sup>145</sup> “Şahadete ve müdafaya göre hadisede maznunun satılan tomrukların evsafının bozuk olduğunu söylemekten ve alıcıları hevesini kırmaktan ibaret eylem’ bu maddenin uygulanmasını gerektirir” 4.CD, E.767, K.8803, K.T.:5/51955, “...Firmaların gönderdiği mektupları hileli hareketlerle ele geçirerek münakasaya iştiraklerini... Rekabeti önlemesinden ibaret eylem TCK’nın 366.maddesine göre suç teşkil eder” 5.CD. E.1550, K.3676 KT.: 06/08/1960. Kararlar için Bkz.: Savaş/Mollamahmutoğlu c.3, s.3376, 3378.

<sup>146</sup> “Yakınan Nuh’un Orman İşletmesinin açtığı ihaleye katılmasını engellemek amacıyla suç işleyen sanıkların eylemlerinin yakınanın ihaleye katılıp katılmadığına göre TCY.nın 366. ya da 366 ve 61.maddelerindeki suçu oluşturup oluşturmayacağıının tartışılmaması, Yasaya aykırı ve Üst C.Savcısının temyiz nedenleri ile tebliğ namedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükümlerin bozulmasına...” 4.CD. E.1342, K.1428, K.T.:4.3.1997. Karar için Bkz.: <http://www.yargitay.gov.tr>, E.T.: 12.08.2005.

<sup>147</sup> Malkoç/Güler, c.3,s.2797–2798; Özgenç, s.254.

<sup>148</sup> Özgenç, s.255.

Fail bu durumda bütün icra hareketlerini tamamlamıştır. Ancak kişi ihaleye katılırsa suç tam teşebbüste kalır. İhale yapıldıktan sonra gösterilen cebir ve tehdit için bu suç oluşmaz<sup>149</sup>.

Bu suçun basit hali için üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır para cezası ön görülmüştür (TCK m. 366/1). Suçun nitelikli halinde ise bir seneden üç seneye kadar hapis ve elli liradan dört yüz liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür. Kovuşturma genel esaslara tabidir.

Burada 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulamasındaki bir soruna dikkat çekmek yerinde olacaktır. 765 sayılı TCK 205. maddesi devlete ve idareye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiş iken, 366. madde ise, sanayi, ticarete karşı suçlar arasında yer almaktadır<sup>150</sup>. İhaleye ilişkin suçlar “devlet hesabına” veya “hükümet hesabına” yapılan ihaleler farklı maddelerde düzenlenmiştir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, bu düzenlemelerin birisinde, 10 ila 24 yıl arasında ağır hapis cezası öngörülmekte iken (TCK m.205) , diğerlerinde 3 aydan 7 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir (TCK m.366).

Bir ihalenin Türkiye Devleti hesabına veya hükümet hesabına olup olmadığını tespit etmede her hangi bir kıstas bulunmamaktadır. Bu açıdan 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ile ilgili düzenlemeleri hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkeleri ile bağdaşmamaktadır<sup>151</sup>. “Mesela bir olayda Yargıtay, bir kamu iktisadi teşebbüsünü zarara uğratacak şekilde ihaleye fesat karıştırmayı, Türkiye Devletinin hesabına yapılan bir ihaleye fesat karıştırmaya olarak mütalaa etmiştir. Ancak buna karşılık, mahalli idareler hesabına yapılan bir ihale ise bir görüşe göre 205. madde kapsamında mütalaa edilemeyecektir. 366. madde kapsamında bunu mütalaa etmek gerekir. Ceza yaptırımları arasındaki bu uçurum, kişilerdeki hukuk güvenliğini sarsıcı sonuç ortaya çıkarabilecektir<sup>152</sup>.”

---

<sup>149</sup> Özgenç, s. 254.

<sup>150</sup> Yenisey, Feridun, International Encyclopaedia of Law, (General Editor: Prof. Dr. R.Blainpain) Kluwer Law International 2004, s. 82-84.

<sup>151</sup> Özgenç, İzzet, “İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Adalet Bakanlığı Ortak Yayını ), Ankara 2005, s. 76 (Sempozyum).

<sup>152</sup> Özgenç, İzzet, Yeni Türk Ceza Kanunlarının Uygulanmasına İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi Toplantılarında Sorulan Sorular ve Cevapları –II, [www.edb.adalet.gov.tr/Sorularcevap2.htm](http://www.edb.adalet.gov.tr/Sorularcevap2.htm) (E.T.: 02.08.2006) (Sorular); Özgenç, Sempozyum s.77.

## E- Kamunun Müzayedelerine veya Özel Arttırmalara Fesat Karıştırma Suçu

Resmi veya özel müzayede ile yapılan alım, satım veya kiraya verme işlemlerin sırasında rekabeti ortadan kaldırmak ve ihlal etmek, pey sürenleri çekilmeye mecbur etmek suç olarak tanımlanmıştır<sup>153</sup>. Bu suç herkes tarafından işlenebilir. Suçun oluşabilmesi için alıma, satıma veya kiraya konu olan mal için yapılan bir müzayede söz konusu olmalıdır<sup>154</sup>. Dolaysı ile hizmet veya inşaat işlerine ilişkin müzayedeler bu madde kapsamında değerlendirilmez<sup>155</sup>. İhalenin bir arttırma ihalesi yani müzayede olması gerekir<sup>156</sup>. Dolayısı ile eksiltme ihalesi için bu suç oluşmaz<sup>157</sup>. Madde metninden anlaşılacağı üzere ihalenin iki şarttan birini taşıy nitelikte olması gerekir. Bunlardan ilki kamu marifetiyle yapılması, diğeri ise beynennas yapılan ihale olmasıdır<sup>158</sup>. Beynennas; halka ait, halk arasında yapılan anlamındadır<sup>159</sup>. Burada verilecek en tipik örnek icra dairelerinde yapılan ihalelerdir. Çünkü burada yapılan ihaleler kamu kurumu aracılığı ile yapılmakta, ancak özel kişilerin menfaati gözetilmektedir<sup>160</sup>. Bu suç TCK m.366 da sayılan hareketler ile işlenmelidir. Bu suç kasten işlenebilir. Failin gerek resmi daireler marifetiyle ve gerek halk arasında yapılan alım, satım, kiralama işlemlerine şiddet, tehdit uygulayarak yâda hediye, menfaatler teminiyle gizli ittifak kurarak veya hile ile rekabeti ortadan kaldırarak ya da bozarak ihaleye girenleri çekilmeye sevk etmesi bu suçu oluşturacaktır. Failin yapılan ihalede en uygun fiyatın belirlenmesine yönelik rekabetin ortamını ortadan kaldırmak kastıyla hareket etmesi yeterlidir. Burada özel kast düşünülebilir.

<sup>153</sup> 765 sayılı TCK m. 367 şöyledir: “Gerek resmi daireler marifetiyle ve gerek beynennas bilmüzayedeye alınıp satılacak yahut kiraya verilip alınacak mal ve mülklerin müzayedesinde yukarıdaki maddede gösterilen suretlerden biriyle rekabeti men veya ihlal yahut müzayedeye pey sürenleri çekilmeye mecbur edenler bir aydan üç aya kadar hapse ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur” .

<sup>154</sup> Erman/Özek, Kamu, s.697–699.

<sup>155</sup> Özgenç, s.259.

<sup>156</sup> Görgün, s.295.

<sup>157</sup> Özgenç, s.259.

<sup>158</sup> Görgün, s.295.

<sup>159</sup> Özön, s.89.

<sup>160</sup> “367.maddenin resmi dairelere münhasır olmayıp ve gerek beynennas tabiri ile hakiki ve hükmi şahısların müzayede ve münakasalarına da şamil olduğu gözetilmeden bazı mütalaalarla beraat kararı verilmesi yolsuzdur” 4.CD. E.5702, K.5702, KT.:17.7.1951. Karar için Bkz.: Savaş/Mollamahmutoğlu c.3 s.3379. “Sanığın mağduru taşınmazla ilgili açık arttırmaya girmesini önlemek amacıyla tehdit etmekten ibaret eylemi TCK m.367 ve m.61 uymaktadır” 4.CD. E.5727, K.6408, K.T.:9/101995. Karar için Bkz.: Yaşar, s,825; Malkoç/Güler, c.3,s.2799.



Teşebbüs açısından hem eksik hem de tam teşebbüs mümkündür. Kovuşturma genel esaslara tabidir. Müeyyide ise bir aydan üç aya kadar hapse ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır para cezasıdır<sup>161</sup>.

#### **F- Para ve Sair Menfaat Karşılığında İhaleden Çekilme Suçu**

Resmi bir ihaleden sağlanan menfaat veya vaat edilen para karşılığı çekilmek suç olarak düzenlenmiştir<sup>162</sup>. Suçun faili herkes olabilir. Ancak failin ihaleye katılmış birisi olması şarttır bununla birlikte, kendisinin ihale esnasında çekilmiş olması gerekir<sup>163</sup>. İhalenin resmi bir ihale olması gerekir. Resmi ihaleden anlaşılması gereken ise kamu hesabına veya kamu eliyle yapılmış olmasıdır<sup>164</sup>. Yani özel kimselere ait ihalelerden menfaat talep ederek çekilmek bu suçu oluşturmaz. Bunun yanından ihalenin bir arttırma veya eksiltme ihalesi olması gerekir. Temin edilecek menfaatin faile ve bir başkasına sağlanması ve maddi veya manevi oluşu arasında bir fark yoktur<sup>165</sup>. Menfaatin niteliği de önemsizdir. Kısaca suçun maddi unsuru, girdiği resmi bir ihaleden menfaat karşılığında çekilmektir. Bu açıdan ricayla ihaleden çekilmek durumunda suçun oluşmayacağı ileri sürülmüştür<sup>166</sup>. Suçun manevi unsuru kasttır. Genel kast yeterli olup, özel kast aranmasına gerek yoktur.

Hukuka uygunluk nedeni düşünülemez. Faile menfaat temin eden kişi açısından TCK m.366 ve m.367 düşünülebilir. Doktrinde bu suçun çok failli olduğu ileri sürülmektedir<sup>167</sup>. Menfaatin vaat edilmesi ile suç gerçekleşir. Failin vaat edilen menfaati almaması veya alamaması suçun oluşumuna etki etmez. Ancak Yargıtay failin kendisine vaat edilen çeki almamış olduğunda bahisle suçun tam teşebbüste kalmış olduğunu hükme bağlamıştır.<sup>168</sup>

---

<sup>161</sup> Suçun ön ödemeye tabi olduğu da ileri sürülmüştür: Erem, s.1732.

<sup>162</sup> 765 sayılı TCK m.368 şöyledir: “Bir kimse kendisine veya başkasına vadolunmuş para veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye ve münakasaya devamdan istinkâf suretiyle resmi müzayedeye fesat karıştırırsa altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur”.

<sup>163</sup> Failin pey süren kimse olması gerekmez sürmeye niyetli olup da bir menfaat karşılığında hileli biçimde açık arttırmadan uzaklaşmayı kabul etmesi yeterlidir: Savaş/Mollamahmutoglu, c.3, s.3379.

<sup>164</sup> Özgenç, s.260.

<sup>165</sup> Görgün, s.295.

<sup>166</sup> Erem, s.1733.

<sup>167</sup> Bu konudaki fikirler için Bkz.: Özgenç, s.262.

<sup>168</sup> 4.CD. E.6170, K.6794, K.T.:20/12/1983. Karar için Bkz.: Görgün, s.296.

Kovuşturma genel esaslara tabidir. Yaptırımı ise altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır para cezasıdır<sup>169</sup>.

### 3. TASARILARDAKİ DURUM

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1926 tarihi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2005 yılları arasında pek çok kereler Türk Ceza Kanunu Tasarıları yapılmıştır<sup>170</sup>. Bu yıllar arasında 1940, 1958, 1987, 1989, 1997 ve 2000 tarihli Ceza Kanunu Tasarıları mevcuttur. Bunların hiç biri yasalaşmamıştır.

1997 Türk Ceza Kanunu Öntasarısında, ihalelere ilişkin olarak “ekonomi ve sanayi ve ticarete ilişkin suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde “arttırma ve eksiltmeye fesat karıştırma (m. 343) ” ve “arttırma veya eksiltmeden çekilme (m.344)” suçları ile “memurlar tarafından işlenen suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümde ise “devlet alım ve satımlarında yarar sağlama (m. 476)” suçları düzenlenmiştir.

Arttırma ve eksiltmeye fesat karıştırma suçu Tasarıda “Kamu idaresi hesabına yapılan arttırma veya eksilmelerde, cebir veya tehdit veya hile kullanarak veya menfaat vaadi veya sağlanması suretiyle veya anlaşarak veya benzeri hareketlere başvurarak rekabeti önleyen veya ihlal eden veya arttırma veya eksiltmeye katılanları çekilmeye veya katılmaya sevk eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz milyon liradan az olmamak üzere elde ettiği menfaatin üç katı oranında ağır para cezası verilir.

Fail, kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla veya halk arasında arttırma veya eksiltme suretiyle alınıp satılacak ve kiraya verilecek mallara ilişkin ise faile bir yıldan üç yıla kadar hapis ve kırık milyon TL'den az olmamak üzere elde ettiği menfaatin üç katı oranında ağır para cezası verilir.

Fiil, arttırma veya eksiltmeye kanunen görevli olan veya yetkili kılınan kimseler tarafından işlendiği takdirde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır” şeklinde düzenlenmiştir<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Özgenç, s.262; Erem, s.1733.

<sup>170</sup> Artuk, Mehmet Emin /Gökçen Ahmet /Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara (Turhan Kitapevi) 2002, s. 123–124 (Genel).

<sup>171</sup> Adalet Bakanlığı, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, 1997, Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı (1997 Öntasarısı), s.102–103

Bu düzenlemede “ihale” kavramı kullanılmamıştır. Buna göre suçun kapsamı arttırma ve eksiltme yöntemleri ile sınırlanmıştır. Bunun sonucunda, bir takım ihaleler kapsam dışı kalmıştır. Suçun eksiltme ve arttırma işlerinde görevli kimselerce işlenmesi ise ağırlatıcı neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Tasarının 476. maddesi ile uyum sağlamadığı görünmektedir. Zira 476. madde düzenlemesi 765 sayılı TCK m. 205 düzenlemesi ile aynıdır. Yani Tasarının 476. maddesi ile 343. maddesinin son fıkrası arasında uygulama açısından sorun çıkabilecektir.

Tasarının arttırma veya eksiltmeden çekilme suçunu düzenleyen maddesi ise şöyledir: “Kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında arttırma veya eksiltmeden çekilen veya arttırma veya eksiltmeye katılmayan kimseye bir aydan altı aya kadar hapis ve kırk milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası verilir”<sup>172</sup>. Böylece menfaat karşılığı arttırma ve eksiltmeden çekilme, suç olarak düzenlenmiştir. Burada failin ihaleden bir menfaat karşılığında çekilmesi söz konusudur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanundaki düzenlemede seçimlik hareket olarak düzenlenen bu durum, Tasarıda ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir. Yukarıdaki suç tiplerinin yanında Tasarıda, memurların işleyebileceği “Devlet alım ve satımlarında yarar sağlama” suçu da düzenlenmiştir. Buna göre; “Türkiye devleti hesabına almak veya satmak veya yapmakla yetkili olduğu her nev’i eşyanın alım veya satımlarında veya değerinde veya miktarında veya yapılmasında her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkasına yarar sağlayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş yüz milyon liradan iki milyar liraya kadar ağır para cezası verilir” demek suretiyle<sup>173</sup>; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 205. maddesine benzer bir düzenlemeye gidilmiştir.

İhaleye ilişkin suçlar açısından Tasarıya bakılırsa; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun incelemesine bakıldığında Tasarıdaki düzenlemeler ile benzer olduğu ve aynı sorunları içerdiği açıktır. Nitekim Tasarıda (765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi)“Türkiye Devleti hesabına” , “hükümet hesabına” ve “kamu idaresi hesabına” gibi muğlâk kavramların bulunması bunun göstergesidir. Bunun yanında idareye karşı girilen taahhütlerin ihlaline ilişkin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK m.236) yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemede yoktur. Böylece ihale

---

<sup>172</sup> 1997 Öntasarısı, s.103.

<sup>173</sup> 1997 Öntasarısı, s.129.

sonrası edimlerin yerine getirilmesine fesat karıştırılması halinde Tasarının 476. maddesi uygulanacaktır<sup>174</sup>.

2003 Tasarısında ihaleye fesat karıştırma suçu “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı üçüncü kısımda, Dokuzuncu Bölüm olan “Memurlar Tarafından İşlenen Suçlar” bölümünde 481. maddede düzenlemiştir. Buna göre; “Türkiye Devleti hesabına almak veya satmak veya yapmakla yetkili olduğu her türlü eşyanın alım ve satımlarında veya değerinde veya miktarında veya yapılmasında her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkasına yarar sağlayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis ve yirmi milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezası verilir” şeklindedir<sup>175</sup>.

2003 Tasarısında 765 sayılı TCK 205. maddesinden farklı bir düzenleme yer almamaktadır. Tasarı metni 765 sayılı TCK’nın 205. maddesi esas alınarak hazırlanmıştır. Yapılan tek değişiklik “fesat karıştırma” unsurunun maddeden çıkarılmış olmasıdır. Bunun gerekçesi olarak da maddenin uygulama alanının genişletilmesi isteği gösterilmiştir. Ancak bizce fesat karıştırma unsurunun maddeden çıkarılması suçun ihdası amacıyla bağdaşmayacak kadar uygulama alanını genişletmiştir. Yerinde bir düzenleme olmamıştır. Zira failin böyle bir düzenleme ile suçu taksir ile işlemesi mümkün hale geldiği gibi, hukuka uygun olarak sağlanacak bir menfaatin dahi madde kapsamına girmesi mümkün olabilecektir. Kaldı ki fesat kavramının kalkması ile suçu diğer memur suçlarından ayırmakta güçleşecektir. Rüşvet, irtikâp ve zimmet gibi. Ayrıca maddenin mevcut halinde bulunan aksaklıklardan, suçun sadece memur tarafından işlenebilmesi, devlet kavramının kapsamı bakımından belirgin olmaması konularına bir düzenleme de getirilmemiştir. Buda bu maddenin düzenleme şekli üzerinde dikkatli olunmadığını göstermektedir. Zira eski düzenlemelerden kalan kavram kargaşası devam etmektedir.

---

<sup>174</sup> Krş.: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 205. maddesinin uygulama alanı ile.

<sup>175</sup> Tasarının 481. maddesinin gerekçesinde ise; “Madde Türkiye Devleti hesabına eşya alım, satım veya yapımında kendisine yarar sağlayan kişiyi cezalandırmaktadır. Maddeye göre yararın başkası hesabına elde edilmesi halinde de suç oluşacaktır. 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Kanunun 205 inci maddesinde fiilin suç olabilmesi için yarar sağlamanın ‘fesat karıştırarak’ yani hile cebir ve şiddet kullanarak gerçekleştirilmesi koşulu maddeden çıkarılmış ve böylece ne surette olursa olsun yarar sağlamanın cezalandırılması mümkün kılınarak maddenin uygulanması kolaylaştırılmıştır” şeklindedir. 2003 Tasarısı, 2000 Tasarısını esas alan metindir. Bu metin Bakanlar Kurulu tarafından 14.04.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine göndermiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Alt Komisyonunda ise söz konusu suçun düzenlenmesinde köklü değişikliğe gidilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi Ticarete İlişkin Suçlar” adlı dokuzuncu bölümünde 237.<sup>176</sup> ve 238.<sup>177</sup> maddelerinde düzenlenmektedir. Böylece ilk defa “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” düzenleme altına alınmıştır<sup>178</sup>. Tasarının 238. ve 237. maddeleri birkaç değişiklik ile

<sup>176</sup> Bu tasarının 237. maddesi “(1) Kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere fesat karıştıran kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Aşağıdaki hâllerde 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 hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak, 4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak. b) Tekliflerle ilgili olup da, ihale mevzuatına ya da şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkasının ulaşmasını sağlamak. c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek. d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.(3) 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. (4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar. (5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması hâlinde de uygulanır.” şeklindedir.

<sup>177</sup> “Edimin ifasına fesat karıştırma” suçunu düzenleyen 238. maddede; “(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2)Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması hâlinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır: a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi. b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi. c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi. d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi. e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi. (3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar” denilmektedir.

<sup>178</sup> Doktrinde; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun düzenlemelerine ilişkin öneriler ve düşünceler için Bkz.: Türk Ceza Kanununun Tasarısı, Kurumsal Raporlar – Toplantılara Sunulan Raporlar – Bilimsel Raporlar, Türk Ceza Hukuku Derneği (10 Temmuz 2004), İstanbul Barosu–Türk Ceza Hukuku Derneği Sempozyumu, İstanbul 2004; Dönmezer, Sulhi / Yenisey, Feridun, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları - C, Artvin Konferansı – 2 ve Artvin Konferansı – 3, İstanbul, 2004, (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları) (Konuşmacılar: David Gottlieb, Ayşe Nuhoglu, Bop Oliphant, Feridun Yenisey, Köksal Bayraktar, Ali Rıza Çınar); Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu (20–23 Ekim

inceleme konumuz olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 235. ve 236. maddeleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

### III- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR

Kamu ihalelerine ya da kamunun alım ve satımlarına fesat karıştırılması bizim hukukumuzda olduğu gibi, bazı ülkelerde suç olarak düzenlenmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun düzenlemesine kaynak olan 1889 İtalyan (Zanardelli) Ceza Kanununun 176. maddesinde memurun doğrudan ya da dolaylı olarak anlaşmalı bir şekilde bulunduğu daireye ait işlerden menfaat temin etmesi suç olarak düzenlenmiştir<sup>179</sup>. 1930 İtalyan (Rocco) Ceza Kanununun 324. maddesi ise ceza hariç aynı hükmü içermektedir<sup>180</sup>.

İsviçre Ceza Kanununun “kamu menfaatlerine hile karıştırma” başlıklı 314. maddesi memurun kendisine veya bir başkasına bir kazanç elde ettirmek amacıyla korumakla yükümlü olduğu kamu menfaatini ilgilendiren hukuki işlemde zarara sebebiyet vermesini suç olarak kabul etmiştir<sup>181</sup>.

Eski Fransız Ceza Kanununun 175/1. maddesinde kamu görevlilerinin doğrudan doğruya veya üçüncü bir kimse aracılığı ile hileli hareketlerle, idareyi ilgilendiren işlemlerin, ihalelerin, taahhütlerin, tamamında veya bir kısmında yönetim ve denetim

---

1999), İstanbul, 2001 (Umut Vakfı Yayını); Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Adalet Bakanlığı Ortak Yayını, Ankara 2005.

<sup>179</sup> 1889 İtalyan (Zanardelli) Ceza Kanununun 176. maddesi şöyledir: “Memurlardan her kim doğrudan ve bilvasıta veyahut muvazaakarane fiiller ile mensup olduğu daireye ait bir işte hususi bir menfaat iltizam ederse bir aydan beş seneye kadar ağır hapse ve yüz liretten beş bin lirete kadar para cezasına mahkûm edilir.”

<sup>180</sup> Manzini, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, vol. V, quinta ediz., acur di NUVOLONE pietro, Milano 1985, n.1358, s. 290, aktaran: Yazıcıoğlu, s. 134. Bunun yanında İtalya’da Toscana Ceza Yasasında açık arttırmaya, alım-satım, kiralamaya ve tahsile yetkili memurlardan bahsederken, Sardunya Yasasında ise daha geniş düzenlemeler bulunmakta idi: Majno, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Ankara 1978, c.2, s.183.

<sup>181</sup> İsviçre Ceza Kanununun “kamu menfaatlerine hile karıştırma” başlıklı 314. maddesi şöyledir: “ Bir idarenin mensupları veya görevlileri, kendilerine veya üçüncü bir şahsa gayri kanuni bir kazanç elde ettirmek kastıyla, hareket edip de, korumakla yükümlü oldukları kamu menfaatini ilgilendiren hukuki işlemde bir zarara sebebiyet verirlerse, üç yıldan az olmamak üzere ağır hapis veya hapis cezası ile cezalandırılırlar. Para cezası hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte hükmolunur”: Yazıcıoğlu, s. 134, 6.dn.

görevlerini ihlal etmeleri suç olarak düzenlenmiştir<sup>182</sup>. Maddeye göre; görevlilerin elde ettikleri menfaatin bir önemi yoktur.

Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun<sup>183</sup> 313–6. maddesinde kamuya ilişkin satış veya ihale işlemlerinde ödül, vaat, anlaşma veya herhangi diğer hileli vasıtalar ile fiyat arttırmanın engellenmesine, ihalenin reddedilmesine, arttırmaların ve ihalelerin sınırlandırılmasına neden olunması suç olarak kabul edilmiştir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, kamu satışı esnasında veya bir ihale sürecinde kaba kuvvet ile saldırıyla veya tehditler ile eksiltme ve ihale yapma özgürlüğüne mani olma ya da engellemek de madde kapsamında sayılmıştır<sup>184</sup>. Bu suçlara teşebbüs etmek dahi suç olarak kabul edilmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun “anlaşma yolu ile ihaleye katılmayı kısıtlama” başlıklı 298. maddesinde<sup>185</sup> bir kimsenin ihaleye ilişkin mal ve hizmet teklifini düzenleyene kabul ettirmek için yasal olmayan bir anlaşma yapması suç olarak kabul edilmiştir. Bunun müzayedelere ilişkin sözleşmelere yönelik bir menfaatin ortaya konması şeklinde yapılması da aynı madde kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bir kimsenin ihaleyi düzenleyen kimseyi önerilen teklifi kabul etmekten veya hizmetleri almaktan alıkoyması halinde bu maddeden cezalandırılmayacaktır. Bunun yanında gönüllü olarak vazgeçme ve teklifin kabul edilmesini dürüstçe engellenmesi halinde ise cezasızlık hali

---

<sup>182</sup> Fransız Ceza Kanununun 175/1. maddesi şöyledir: “Bütün kamu görevlileri, bütün kamu hizmetlileri ve bütün Hükümet ajanları, doğrudan doğruya veya üçüncü bir kimse aracılığı ile veya hileli hareketlerle, idareyi ilgilendiren işlemlerde, ihalelerde veya taahhütlerde, işlemin tamamında veya bir kısmında yönetim veya denetim görevlerini ihlal ederlerse, aldıkları veya elde ettikleri menfaat ne olursa olsun, altı aydan aşağı ve iki yıldan yukarı olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar ve tazmini gereken zararın dörtte birini aşamayan ve on ikide birinden de az olmayan bir para cezasına mahkum olurlar”: Yazıcıoğlu, s.135, 7.dn.

<sup>183</sup> 2002 yılında yürürlüğe giren.

<sup>184</sup> Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun 313–6. maddesi şöyledir: “ (1) Kamu satış veya ihale işlemlerinin ödül, vaat, anlaşmalarla veya herhangi diğer hileli vasıtalarla fiyat arttırmanın engellenmesi, ihalenin red olunması yada arttırmaların ve ihalelerin sınırlandırılması altı aylık hapis cezası ve €22,500 para cezası ile cezalandırılır. Bu tür ödül veya sözlerin kabul etmekte aynı cezalara tabidir. (2) Aynı cezalar aşağıdaki davranışlar için de uygulanır: 1) Kamu satışı esnasında veya bir ihale sürecinde kaba kuvvet ile saldırıyla veya tehditler ile eksiltme ve ihale yapma özgürlüğüne mani olma ya da engelleme; 2) Ehliyetli ve sorumlu bir memurun varlığı olmaksızın açık arttırmayı yürütmek veya ihale kararın ardından ihaleyi yapmak, sürdürmek ya da ihaleye katılmak veya belli bir firmaya açık arttırmada taşınabilirleri ihale etmek. (3) Bu tür suçları işlemeye teşebbüs etmek, bu maddenin cezalarına tabidir”. Maddenin İngilizce Metni için Bkz.: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) ve <http://195.83.177.9/code/liste.html?lang=uk&c=33&r=3756#art16461>, E.T.:16.10.2005.

<sup>185</sup> Bu suç Alman Ceza Kanununun “Rekabete Karşı Suçlar” başlıklı yirmi altıncı bölümünde düzenlenmiştir. Maddenin yürürlüğe giriş tarihi 2002 yılıdır.

öngörülmüştür<sup>186</sup>. Alman öğretisinde bu tip suçlar için dolandırıcılık suçu yeterli görünmesine rağmen, konuya ilişkin düzenlemeye gidilmiştir<sup>187</sup>.

Estonya Ceza Yasasının “kamu tedariklerine ilişkin şartları ihlal” başlıklı 300.maddesinde memurun kamuya yâda kişilere zarar vererek usulüne uygun olmayarak bir şekilde, şartları katılımcının lehine çevirerek kamuya ilişkin bir tedariki sağlaması halinde cezalandırılacağı öngörülmüştür<sup>188</sup>.

Kanada Ceza Kanununun “hükümete karşı hileler” başlıklı 121. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde ihaleyle hükümet ile bir sözleşme yapmak için, anlaşarak ihaleye katılan bir başka kimseye veya yakınına hukuka uygun olmayan teklif yapmak, o kişinin menfaati için bir başka kimseye yarar sağlamak, ihaleyi yapan bir başka kimseden menfaat temini ile ihaleden geri çekilmeyi talep ve kabul etmek suç olarak düzenlenmiştir<sup>189</sup>. Suçun cezası maddenin üçüncü fıkrasında beş yılı aşmayan bir mahkûmiyet olarak düzenlenmiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde; konuya ilişkin olarak her eyaletin ceza kanunu olmasına karşın<sup>190</sup>, tüm ülkede geçerli olan “United State Code” ( Birleşik Devletler

---

<sup>186</sup> Alman Ceza Kanunu'nun “anlaşma yolu ile ihaleye katılmayı kısıtlama” başlıklı 298. maddesi şöyledir: “ (1)Her kim, ihaleye ilişkin mal ve hizmet teklifini düzenleyene kabul ettirmek için yasal olmayan bir anlaşma yapar ise beş yıldan fazla hapis ve para cezası ile cezalandırılır. (2) Müzayedelere ilişkin sözleşmelere yönelik bir menfaatinde ortaya konması yukarıdaki fıkraya tabidir. (3)Her kim, (ihaleyi yapan) düzenleyen kimseyi önerilen teklifi kabul etmekten veya hizmetleri almaktan alı koyarsa birinci ve ikinci fıkradan cezalandırılmayacaktır (Burada failin eylemi bu suç dışında tutulmuştur. Başka suçun olduğu ifade edilmek istenmektedir). Eğer teklif failin hiçbir katkısı olmadan kabul edilmez ise ya da gönüllü ve dürüst bir şekilde teklifin kabul edilmesini engeller ise fail cezalandırılmayacaktır: İngilizce metni için Bkz.: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>, E.T.:16.10.2006.

<sup>187</sup> Erdem, Mustafa Ruhan, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkisi, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2004, s. 190, 542.dn.

<sup>188</sup> 2002 yılında yürürlüğe giren Estonya Ceza Yasasının “Kamu Tedariklerine İlişkin Şartları İhlal” başlıklı 300.maddesi şu şekildedir: “ Bir memur, kamuya ilişkin bir tedariki usulüne uygun olmayarak, yada şartları katılımcının lehine çevirerek yada tercih hakkını kötüye kullanarak gerçekleştirir ise, bununla kamuya yada kişilere zarar verirse para ve bir yıldan yukarı olarak hapis cezası ile cezalandırılır”. İngilizce metni Bkz.: [www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/estonia](http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/estonia), E.T.: 23.05.2005.

<sup>189</sup> Kanada Ceza Kanununun “hükümete karşı hileler” başlıklı 121. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi şöyledir: “ ihaleyle hükümet ile bir sözleşme yapmak için, 1) Teklif vermek, anlaşmak, ihaleye katılan bir başka kimseye veya yakınına teklif yapmak, veya o kişinin menfaati için bir başka kimseye yarar, avantaj veya çekilmesi ile ilgili herhangi bir fayda veya 2) İhaleyi yapan bir başka kimseden menfaat avantaj, faydalanmayı ihaleden geri çekilme karşılığında talep ve kabul etmek”. Maddenin İngilizce Metni için Bkz.:<http://laws.justice.gc.ca/en/C-46/280549.html>, ET: 20.11.2005

<sup>190</sup> Diğer eyaletlerin düzenlemeleri için Bkz.: <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/resource.htm>, E.T.: 12.10.2005



Yasası) mevcuttur<sup>191</sup>. Bu Yasanın 18. Bölümü “Ceza ve Ceza Usulü” başlığını taşımaktadır<sup>192</sup>. Biz bu kısımda, 18. bölümün 1. alt bölümündeki suçlar içersinden konumuza ilişkin olan suç tiplerini inceledik. Bu düzenlemede ihale kavramı çok çeşitli olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin banka ihaleleri ve bunlara ilişkin taahhütlerin ihlaline ilişkin düzenlemeler ile sahtecilik suçları içinde bu kavramla karşılaşmaktayız<sup>193</sup>. Tüm bunlar içinde konumuza ilgili olan düzenleme 18. bölümün, 1. alt bölümünü 91. babında “arsa satışlarındaki ihaleler” başlıklı 1860. maddedir<sup>194</sup>. Maddede bir kimsenin kamuya ait arazi satışına fesat karıştırması düzenlenmiştir. Buna göre; ihaleye girmemek için pazarlık etmesi, ya da sözleşme yapmaya, anlaşmaya teşebbüs etmesi ile tehditle, anlaşarak veya hukuki olmayan bir biçimde teklif yapılmasını engellemek yada buna teşebbüs etmek suç olarak düzenlenmiştir.

İspanyol Ceza Kanununun 351., 307. ve 305. maddesinde, Küba Ceza Kanununun 427. maddesinde bu tip düzenlemeler mevcuttur<sup>195</sup>.

Avrupa Topluluğu Bütçesinin giderek artan bir biçimde suç vasfını taşıyan hareketler neticesinde zarar görmesi, ortaya Birliğin ekonomik yapısının korunmasını gündeme gelmiştir<sup>196</sup>. Bu manada ortaya konan ve Avrupa Hukukunun bir parçası olan,

---

<sup>191</sup> <http://www.law.cornell.edu/uscode/>, E.T.: 12.10.2005

<sup>192</sup> Bu kısım başlıca beş alt bölümden oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla şöyledir: Suçlar, Ceza Usulü, Hapishaneler ve Mahkûmlar, Genç Suçluları Islah ve Tanık Koruma.

<sup>193</sup> Örneğin 18. bölümün, 1. alt bölümünü 25. babında “Sözleşmeyi yapanların bonoları, teklifleri ve kamu kayıtları” başlıklı 494. madde şöyledir: “Her kim kasten bir bonoyu, teklifi, sözleşmeyi, garantiyi, güvenliği, resmi bonoyu, kamu arşiv kaydını, yeminle doğrulanmış belgeyi veya birleşik devletleri dolandırmak için, her hangi bir yazıyı değiştirirse veya sahtesini yaparsa veya herhangi bir bonoya benzetirse, bu madde altındaki para cezası yâda, 10 yıldan az olmayacak şekilde hapis cezası ile veya her iki ceza ile de cezalandırılır”. Bu konuya ilişkin örnekleri arttırmak mümkündür. Ayrıca bkz. Aynı babın 491. maddesine, 23. babın 441. maddesine.

<sup>194</sup> 18. bölümün, 1. alt bölümünü 91. babında “arsa satışlarındaki ihaleler” başlıklı 1860. maddesi şöyledir: “Her kim, Birleşik Devletler kamu satışında belirtildiği üzere, diğerlerinin toprak satışına ve ihalesine girmemesi için pazarlık ederse veya pazarlık etmeye, sözleşme yapmaya veya anlaşmaya teşebbüs eder ise, veya, herkim tehditle, ittifak (ticari sözleşmelere aykırı biçimde) veya adil olmayan yönetimle her hangi bir kişinin satış için teklif edilen toprak alımı üzerine teklif yapmasını engellerse veya teşebbüs ederse, \$1,000 dolardan fazla para cezası veya bir yıldan fazla olmamak şartıyla hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Veya her iki cezada verilebilecektir”. Maddenin İngilizce metni için  
Bkz.: [http://www.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=bid&url=/uscode/html/uscode8/usc\\_sec\\_18\\_00001860-000.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=bid&url=/uscode/html/uscode8/usc_sec_18_00001860-000.html), E.T.16.10.05.

<sup>195</sup> Yazıcıoğlu, s. 134.

<sup>196</sup> Keskin, Serap / Zafer, Hamide / Kocasakal, Ümit, Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2001, s.24. Ayrıca bkz.: Demir, Fikret, “Kamu Alımlarına İlişkin Avrupa Topluluğu Düzenlemelerinin Ana Hatları ve İhale Mevzuatımız”, Maliye Dergisi, S.104, 1991, s. 3-15.

tüm üye devletlerce dikkate alınan “Avrupa Birliği’nin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kurallarına Dair Corpus Juris”e (Corpus Juris) değinmekte yarar vardır. Corpus Juris; Avrupa Parlamentosunun görevlendirdiği üye devletlerdeki hukukçulardan oluşan çalışma komitesi tarafından 1997 yılında hazırlanmış ve iki yıl süren tartışmalar neticesinde değişikliğe uğrayarak 1999 yılında Avrupa Parlamentosuna sunulmuştur. Buna göre bu konuda iki metin ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki; Corpus Juris 1997 ve son şeklinin verildiği Corpus Juris 2000 (Corpus Juris Florence) dir<sup>197</sup>.

Corpus Juris 1997’ nin İhale Dolandırıcılığı (ausschreibungsbetrug) başlıklı 2. maddesinde<sup>198</sup> Avrupa Birliğini ilgilendiren ihalelerde yapılan bir hile, ortaklığın mali çıkarlarını tehlikeye sokmaya elverişli olması halinde suç oluşacaktır. Maddede hilenin, rakipler arasındaki tekliflere ilişkin gizli anlaşmalar, diğer rakiplere karşı tehdit, vaat, rakipler aleyhine anlaşarak ihaleye verme yetkisini taşıyan kamu görevlisiyle birlikte hareket etmek şeklinde olabileceği belirtilmiştir<sup>199</sup>. Bu hükmün CJ 2000’deki karşılığında ise; Topluluk Hukuku çerçevesinde yapılan ihalelerde, rekabeti kısıtlayabilecek nitelikte bir anlaşmaya dayalı olarak ve yetkili mercie belirli bir teklifi kabul ettirme amacına yönelik vaatte bulunmak suç olarak tanımlanmıştır<sup>200</sup>. CJ 2000 düzenleme itibariyle CJ 1997’ye göre farklı olarak cezasızlık hali öngörmüştür. Buna göre fail beyanlarını düzeltmek veya eksiklerini gidermek yahut beyan etmeyi ihmal ettiği olayları ile ilgili olarak yetkili mercileri haberdar etmek suretiyle kendiliğinden Topluluğunun mali çıkarlarının zarar görmesini önler ise cezalandırılmayacaktır<sup>201</sup>. Bunun yanında CJ 1997 ve CJ 2000 deki her iki düzenlemede tehlike suçu olarak düzenlemiştir<sup>202</sup>.

---

<sup>197</sup> Erdem, s.168.

<sup>198</sup> CJ 1997 m. 2 şöyledir: “Kamusal siparişlerin ihalesi sürecinde yapılan bir hile, ortaklığın mali çıkarlarını tehlikeye sokmaya elverişli ise bir suç oluşturur. Hileli hareket, rakipler arasındaki tekliflere ilişkin gizli anlaşmalar ya da diğer rakiplere karşı tehdit, vaat veya hile şeklinde ya da rakiplerin aleyhine anlaşarak ihaleye verme yetkisini taşıyan kamu görevlisiyle birlikte hareket etmek şeklinde ortaya çıkar”

<sup>199</sup> Keskin/Zafer/Kocasakal, s.59–61. Konuya ilişkin olarak detaylı bilgi için Bkz.: Delmas-Marry, M / Vervaele, J.A.E, The Implementation of the Corpus Juris in the Member State, Oxford 2000.

<sup>200</sup> CJ 2000 m.2 şöyledir. “(1) Topluluk Hukuku çerçevesinde yapılan ihalelerde, rekabeti kısıtlayabilecek nitelikte bir anlaşmaya dayalı olarak ve yetkili mercie belirli bir teklifi kabul ettirme amacına yönelik vaatte bulunmak suçtur. (2) Gerekli hallerde 1. maddenin 2. paragrafında belirtilen cezasızlık sebebi uygulanabilir”

<sup>201</sup> Keskin/Zafer/Kocasakal, s.94. CJ 2000 m.1/2 şöyledir: “Beyanlarını düzeltmek veya eksiklerini gidermek yahut beyan etmeyi ihmal ettiği olaylar ile ilgili olarak yetkili mercileri haberdar etmek suretiyle kendiliğinden Avrupa Topluluğunun mali çıkarlarının zarar görmesini önleyenler”.

<sup>202</sup> Erdem, s. 190.

Birçok Ülkede, gerek rekabetin, gerek ticari hayatın ve kamu menfaatinin korunması için inceleme konumuz olan suçların benzeri suçlar da düzenleme yoluna gitmişlerdir. Bir kısmı yukarıda saydığımız gibi “ihale” kavramını özellikle düzenlerken, bir kısmı da Kuzey Kore, Çin, İsviçre ve Estonya gibi bunu kamusal bir faaliyet olarak nitelendirmiş ve bu şekilde cezalandırma yoluna gitmiştir.

#### IV- İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARDA KORUNAN HUKUKİ YARAR

İhale, bir kamusal süreci ifade etmektedir. Bu süreç yukarıda da değindiğimiz üzere bir kamu hukuku faaliyetidir. Bu sürecin, devletin kamusal faaliyetlerinin yürütülmesine ve bunların yürütülmesi sırasındaki kamu görevlilerine olan güvenin sağlanmasına yönelik olarak, hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir. Bu sürecin işleyişinde toplumun, kamu görevini yürüten kişilere karşı duyduğu güveni sarsıcı tutum ve davranışlar içerisine girilmesi Ceza Hukuku bakımından yaptırımı gerektirmektedir<sup>203</sup>. 5237 sayılı TCK’ da ihaleye ilişkin suçlar “topluma karşı suçlar” başlıklı üçüncü kısmın “ekonomi sanayi ve ticarete ilişkin suçlar” adlı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Ancak her iki düzenlemede de geçen “kamu kurum ve kuruluşları” ibaresi suçun aynı zamanda kamu düzenine ve devlet tüzel kişiliğine karşı işlendiğini de göstermektedir.

TCK m. 235 ile korunmak istenen hukuki yarar özellikle kamu hizmetlerinin “dürüstlük” ilkesine uygun olarak yürütülmesi gerekliliğinden doğmaktadır. Buna göre yapılan alım, satım, yapım işlerine fesat karıştırma ile kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair inanç ve özellikle kamu görevlilerine duyulan itimat duygusu zedelenmekle birlikte, devletin mali ve maddi yararına engel olunmakta ve zarar verilmektedir<sup>204</sup>. Zira bu duruma TCK 235. maddenin gerekçesinde korunmak istenen hukuki yararın özellikle kamu adına yapılan mal veya hizmet alım, satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair kamu görevlilerine duyulan güven olduğundan bahsedilmektedir.

<sup>203</sup> Özgenç, Sempozyum, s. 76.

<sup>204</sup> Erdağ, Ali İhsan, “Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım Toplum Karşı Suçlar Dokuzuncu Bölüm Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ( m. 235 – 242 ) ve Onuncu Bölüm Bilişim Alanında Suçlar (m. 243 – 246)”, [www.adalet.c-bb](http://www.adalet.c-bb), E.T.:05.05.2006, s.2; Artuk/Gökçen, s. 2; Dönmezer, Sulhi, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul (Fakülteler Matbaası) 1984, s.91; Özgenç, s.236; Yazıcıoğlu, s. 135; Malkoç/Güler, s. 1554.

TCK 235. madde ile korunan hukuki yarar “karma” niteliklidir. Zira ihaleye ilişkin suçlarda korunan hukuki yararın kanaatimizce üç yönü vardır. Bunlardan ilki “kamu idaresine ve kamu hizmetlerinin yürütülmesine duyulan güven” ikincisi; “devletin ekonomik açıdan güvencesini sağlamaktır” ve nihayet üçüncüsü ise “ekonomik hayatın düzeninin korunmasıdır”<sup>205</sup>.

Türk Ceza Kanunu’nda bahsedilen ihale kavramı ile bir kamu idaresi faaliyetinden yani kamu ihalelerinden bahsedilmektedir. İhale sonunda imzalanan sözleşme de aynı niteliktedir. Bu açıdan bakıldığında kamu idaresine karşı işlenmiş bir suç olarak nitelenebilir. Zira bu suç ile kamu idaresinin itibarı hukuka aykırı biçimde tecavüze uğramaktadır<sup>206</sup>. Ceza hukuku bu tip suçlara müeyyide uygulamakla kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini sağlamak istemektedir<sup>207</sup>. Bunun yanında kamusal fonksiyon aracılığı ile hukuka aykırı bir yarar sağlayan yâda buna aracı olan kişi, idarenin işlerliğine ve idareye olan güven duygusuna zarar vermiş olacaktır<sup>208</sup>. Güven ilkesinin ihlal edilmesi ile birlikte, maddi olarak da kamu idaresi zarara uğrayabilir. Örneğin, ucuza alınabilecek bir mal daha pahalıya alınabilir. Bu durumda devletin mali zararı söz konusu olacaktır<sup>209</sup>.

TCK 236. madde ile korunmak istenen hukuki yarar ise; kanaatimizce yine TCK 235. madde ile paralellik göstermektedir. Zira edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihale sonrasında ihaleyi alan ile kamu idaresi arasında sözleşmenin imzalanması veya ihale yoluna başvurulmadan yapılan sözleşme ile ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada yani sözleşmenin yerine getirilmesine fesat karıştırılması durumunda; kamu kurumu zarara uğratılmakla birlikte; idareye olan güvenin de sarsılması söz konusu olacaktır<sup>210</sup>.

---

<sup>205</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.456; Erman/Özek, s.55; Yazıcıoğlu, s.135; Artuk/Gökçen, s. 2. Ekonomi ve ticaretle ilgili suçlar ile korunan hukuki değer konusundaki düşünceler hakkında detaylı bilgi için Bkz.: Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2003, s. 1037-1038.

<sup>206</sup> Yarsuvat, s.670.

<sup>207</sup> Yarsuvat, s.671.

<sup>208</sup> Yazıcıoğlu, s. 135; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.456.

<sup>209</sup> Erman/Özek, s. 55; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.456.

<sup>210</sup> Bu maddenin gerekçesinde konuya ilişkin olarak herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

# İKİNCİ BÖLÜM

## TÜRK CEZA KANUNDA DÜZENLENEN

### İHALEYE İLİŞKİN SUÇLAR

#### I- İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

##### 1. HÜKÜM ve NİTELİĞİ

Türk Ceza Kanununun 235. maddesi “1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hâllerde 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 hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

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

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

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

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

(3) İhaleye fesat karıştırma 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.

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

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

Madde, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal ve hizmet alım-satım ihalelerine, kiralama ihalelerine, yapım ihalelerine ve kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmelere, 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 karıştırılmasını suç olarak tanımlamıştır. Fesat karıştırma metninde belirtilen seçimlik hareketler neticesinde işlenmesi gerekmektedir.

Düzenleme, 765 sayılı TCK m.205, m.366, m.367 ve m.368 kapsayan bir niteliktedir. Ancak bu düzenleme ile suçun unsurları yeniden ve esaslı biçimde düzenlenmiştir. Eski düzenlemelerdeki ve bizimde yukarıda ayrıntılı biçimde değindiğimiz tartışmalı konulara açıklık getirilmiştir.

Eski düzenlemelerin (özellikle 765 sayılı TCK m.205) niteliği hakkında doktrinde birçok fikir ortaya atılmıştır. Bir kısım yazar emniyeti suiistimal suçunun özel biçimi

olduğunu ileri sürmüştür<sup>211</sup>. Buna karşın bu suçun rüşvet alma suçunun özel bir biçimi olduğu kanaatini taşıyanlar da vardır<sup>212</sup>. Bir başka grup ise suçu zimmet suçunun özel bir şekli olarak nitelemiştir<sup>213</sup>. Bunun dışında memurun görevini kötüye kullanması halinin özel bir şekli olduğu fikrini taşıyanlarda vardır<sup>214</sup>. Ancak yeni düzenleme tüm fikirlerin dışında kalacak biçimde hazırlanmıştır. Niteliği itibari ile mevcut düzenlemedeki hiçbir suçun özel şekli değildir.

Suçun düzenlemesine bakıldığında, devletin ekonomik çıkarlarının korunmak istendiğinden söz edilebilir<sup>215</sup>. Bu açıdan bakılırsa, ihaleye fesat karıştırma ekonomik suç kavramı içerisinde<sup>216</sup>. Ekonomik suç; ekonomik düzeni tesis eden hükümlerin ihlal edilmesinden doğmaktadır. Fail, ekonomik getiri elde etmekte ve bununla birlikte mali düzene zarar vermiş olmaktadır<sup>217</sup>. Bir diğer deyişle ekonomik suç, ekonomik faaliyetlerin düzenli bir biçimde işleyişini, genel ekonomik yararı ve ekonomik hukuksal

---

<sup>211</sup> Dönmezer, s.90.

<sup>212</sup> Nino Levi'den aktararak Yazıcıoğlu, s.136.

<sup>213</sup> Erem/Toroslu, s.163

<sup>214</sup> Önder, Özel, s. 132. Konuya ilişkin olarak Bkz.: Çelik, Kadir, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Yerel Yönetim ve Denetim, Mayıs, 2006, c.11 S.5, s.16.

<sup>215</sup> 765 sayılı ceza kanununun 205. maddesi devlete ve idareye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiş iken, 366. madde ise, sanayi, ticarete karşı suçlar arasında yer almaktadır: Yenisey, s.82-84. İnceleme konumuz olan suçlar ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda “ekonomi sanayi ve ticarete ilişkin suçlar” kısmında düzenlenmiştir.

<sup>216</sup>“Sözgelimi mali suçlar denildiğinde, ilk planda devletin mali nitelikteki düzenlemelerine aykırılıklar akla gelmektedir. Örneğin, devletin para rejimi gelir ve giderleri ya da devlet destekli kredi ilişkileri bu kapsamda olup; bunlar arasında vergi suçları, kaçakçılık suçları, para ve kıymetli evrak damga ve mühürler üzerinde işlenen suçlar sayılabilir. Öte yandan özel sektöre ilişkin mali düzenlemeler de bu kapsamda yer alabilir. Bunlar daha ziyade bankacılık ve ödünç para verme yasalarında öngörülen hükümlerdir. Bu çerçevede içinde kredi limitlerine, asgari sermaye miktarına, faiz rejimine aykırılıklar sayılabilir. Ticari suçlar ise; ticari işletmelerle, ticaret hayatıyla ve ticari serbesti ile ilgili kurallara aykırılıkları içermekte olup, esasen mali suçları da kapsamına alacak biçimde daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Örneğin ticaret ve sanayi ve müzayedeye hile ve fesat karıştırmak, evrakta sahtekarlık suçları, bankacılık suçları, döviz suçları, ithalat ve ihracat rejimine aykırılıktan doğan suçlar bunlarda bazılarıdır. Ekonomik suçlar ise; ulusal ekonomideki üretim, tüketim, değişim, bölüşüm ilişkilerini düzenleyen, başka bir ifade ile, genel ekonomik düzeni koruyan hükümleri ihlal eden eylemlerdir. Kanımızca bu gruptaki suçlar, gerek mali suçları gerekse ticari suçları bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle diğer iki grup açısından verilen örnekler ekonomik suçlar içinde geçerlidir. Görülüyor ki tüm bu ifadelerin; birbirileri ile hem ilintisi, hem de ayırt edici bazı özellikleri bulunmaktadır. Fakat farklılıkları ön plana çıkartarak, kavramları yerli yerine oturtmak bizce mümkün olmamaktadır. Bu nedenle ekonomik suç kavramının diğer grupları da ihtiva edecek şekilde genel bir üst başlık olarak kullanılmasını doğru bulmaktayız.”: Mahmutoğlu, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara (Seçkin Yaymevi) 2002, s. 36-37.

<sup>217</sup> Ekonomik suç kavramının hakkındaki görüşler için bkz : Mahmutoğlu, s. 28 vd.

menfaatleri koruma altına alan hukuk kurallarının ihlal eden eylemleridir<sup>218</sup>. İhaleye fesat karıştırma suçu ile gerçekten hem kamu zarar görmekte hem de ekonomik düzenin tesis ettiği güven ve rekabet ortamı bozulmaktadır. Böylece haksız kazançlar elde edilmektedir.

## 2. MADDİ UNSUR

### A- Hareket

#### 1) Genel Olarak

İhaleye fesat karıştırılması suçun hareket kısmını oluşturmaktadır<sup>219</sup>. Fesat, bir şeyin olması gereken durumu ve düzenini bozmak, değiştirmek anlamındadır<sup>220</sup>. Diğer bir ifade ile hukuki sonuç bakımından bir iş veya işlemde sakatlık oluşturmaktır<sup>221</sup>. Fesat kavramının niteliği açık değildir<sup>222</sup>. Ancak bu kavramın hile, gizli anlaşma ve tehdit, cebir kavramları ile ifade edilmesi mümkündür<sup>223</sup>.

Madde düzenlemesinde hangi hallerde fesat karıştırılmış olunacağı dört bent halinde açıkça sayılarak belirtilmiştir<sup>224</sup>. Buna göre; ikinci fıkranın (a) bendinde sayılan dört hareketin hile ile işlenmesi gerekirken, (b), (c) ve (d) “hile” unsuru aranmamaktadır<sup>225</sup>. Bu açıdan bakıldığında, hareketin önemi bakımından bağlı, sayısı

---

<sup>218</sup> Dursun, Selman, Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2006, s. 38.

Ayrıca detaylı bilgi ve konuya ilişkin tartışmalar için Bkz.: Erman, Sahir, Ticari Ceza Hukuku, İstanbul (İstanbul Üniversitesi Basımevi) 1992, s. 2-7.

<sup>219</sup> Komisyon görüşmelerine bakıldığında; yeni getirilen ihaleye fesat karıştırma suçu için 765 sayılı TCK’ nın 205. maddesi esas alınmıştır (Bkz. ve Krş.: Komisyon Tutanakları ve Gerekçe, Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Türk Ceza Kanunu Komisyon Raporları). Ancak mevcut düzenleme 765 sayılı TCK m.366, 367 ve 368’in düzenleniş biçimlerine de benzemektedir: Donay / Kaşıkçı, s.306.

<sup>220</sup> Türkçe Sözlük, c.1, s.775.

<sup>221</sup> Hukuk Lügati, s.95, Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s. 138.

<sup>222</sup> ‘Fesat karıştırmak’ kavramı yargıcın takdirindedir: Malkoç/Güler, c.2 s.1555.

<sup>223</sup> Erem, s.1313; Özgenç, s.240,238; Erman/Özek, s.57; Önder,s.121; Yazıcıoğlu, s.139.

<sup>224</sup> 765 sayılı TCK daki düzenlemede devlet adına yapılan ihalelerde, alımlarda, satımlarda belirlenen maldan daha iyisini veya kötüsünü alıcıya vermek amacıyla yapılan hareketler ve halka açık biçimde yapılması gereken ihale veya alımlara birilerinin girmesini engellemek, teslim edilmemiş ve teslim alınmamış mala veya bu malların niteliğine ilişkin gerçeği yansıtmayan işlemler bu madde kapsamında değerlendirmeye tabidir. Bayramoğlu, s. 53; Savaş/Mollamahmutoğlu, c.2 s.2318–2319.

<sup>225</sup> Çelik, s. 14.



bakımından seçimlik hareketli bir suçtur<sup>226</sup>. Suçun konusu değişmediği müddetçe hareketin birkaçının yapılması, suçun birden fazla işlendiği anlamına gelmez.

İhalenin sonuçlanmaması, iptal edilmesi gibi nedenlerle tamamlanmamış olması ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmasını engellemez. İhalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engellemeye dönük, madde metninde sayılan eylemlerin gerçekleşmesi ile suç oluşur<sup>227</sup>. Yani bir ihalenin fesat karıştırıldığı yâda bunun dışındaki bir neden ile iptal edilmesi, sonuçlanmaması suçun oluşmasına etki etmez. Zira ihalenin iptali, yeterli veya uygun teklifin gelmemesi nedeniyle sonuçlanmaması idari bir konudur. Bunu da belirtmek gerekir ki; örneğin Kamu İhale Kanununun un 5. maddesinde ihalelere ilişkin temel bazı ilkeleri belirtmiştir. Bu ilkelere aykırı olarak yapılan bir ihale bozulabilir. Ancak bozulan her ihale için ihaleye fesat karıştırma suçu işlenmiş olmaz. Nitekim Kamu İhale Kurulu bazı kararlarında ihalenin bozulmasını açıkça “ihaleye fesat karıştırma” olarak değerlendirmiş iken, bazı kararlarında ise “usulsüzlük” ibaresini kullanmıştır. Yine mevcut şartları idare hukuku açısından oluşmuş ise yapılan bir ihaleyi feshetmek başlı başına bu suçun oluşmasına sebep vermez. Kamu İhale Kanununun 3. maddesinde istisna olarak tutulan kurumlar kendi mevzuatlarına göre ihale yapacaklardır. İstisna tutulan kurumların Kamu İhale Kanununa veya kendi mevzuatlarına aykırı biçimde bir ihale prosedürünü uygulamaları da bu suçu oluşturmaz

## **2) Seçimlik Hareketler**

### **a) Hileli Davranışlar ile İhaleye Fesat Karıştırma (TCK m.235/2-a).**

Hile; bir kimsenin kendi hareket tarzı ile, diğer bir şahsı bir irade beyanında bulunmaya veya bulunmamaya sevk eden aldatici davranışların tümüne denir<sup>228</sup>. Hile, ikna etmeye yönelik sözlerle gerçeği gizlemekten, doğru sanılmasına elverişli olan akıl yürütmeleri içeren bir yalandan ibarettir.

---

<sup>226</sup> Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 193. Bunun yanında Kamu İhale Kanununun “yasak fiil veya davranışlar” başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası da “fesat karıştırma” kavramı için açıklayıcı olabilir: Özgenç, s.240. Kamu İhale Kurumu ihalelere girmekten yasaklı bir kamu görevlisinin ihale komisyonu üyesi olmasını esaslı bir hukuka aykırılık olarak nitelerken, ihaleye giren bir kimsenin sabıka kaydının alınmamasını ise sonradan ikmal edilebilir nitelikte değerlendirmiştir. Karar için Bkz.:KİK-UK, K.2004/769 KT.:24.06.2004

<sup>227</sup> Meran, s.313

<sup>228</sup> Hukuk Lügati, s. 128

Ceza Hukukunda hilenin varlığını kabul etmek için basit bir yalan yetmez, bir takım hileli hareketler, yalan, mizansen de gerekir. Bunlarla sahte, yalan hareketlerin teyit edilmesi de gerekir<sup>229</sup>.

Hile, niteliği itibari ile icrai bir davranışla yapılabileceği gibi, bir tarafın içine düştüğü hatadan yada sahip olduğu yanlış bilgiden yararlanarak ihmali davranışlarla da işlenebilir. Ancak bu durumda ihmali davranışla hareket eden kimsenin, hataya düşen kimseyi bilgilendirme konusunda yükümlü olması gerekir<sup>230</sup>. İhale tekliflerini kabul eden kimsenin kendisine yöneltilen sorulara yönlendirici veya aldatıcı cevaplar vermesinde icrai davranışla hile, ihaleye giren kimsenin hatalı olarak yaptığı işlemleri düzeltmesi gerekirken düzeltilmemesi durumunda ihmali davranışla hileden söz edebiliriz<sup>231</sup>.

Madde metnine göre aşağıdaki davranışların hile ile yapılmış olması suçu oluşturacaktır

***ı- Hileli davranışlar ile ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek:***

Kamu kurumlarınca yapılan ihalelere kimlerin, hangi şartlar altında katılacağı ihale komisyonu tarafından belirtilen şartnamede bildirilir. Bu şartnameye göre katılma yeterliliğine sahip bir kimsenin ihaleye alınmaması hileli bir davranış olup, bu suçu oluşturur.

“Hileli davranış” ile ihaleye fesat karıştırma fiilleri, sair kişilerden ziyade, ihale sürecinde yer alan kamu görevlilerince -ki bunlar başta ihale komisyonu üyeleri, ihale yetkilileri, ihale işlemlerinde görev alan kimselerdir- gerçekleştirilebilecek fiiller olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>232</sup>. Mesela, ihaleye katılması yasak olmayan bir şirketin ihaleye alınmaması, hakkında aciz vesikası olmayan bir kişinin şartnamede ki şartları

---

<sup>229</sup> “Doktrinde ve mukayeseli hukukta hile ve desise bakımından iki ayrı eğilim vardır”: Selçuk Sami; Dolandırıcılık - Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986, s.93 vd. İsveç Ceza Kanunu 9. faslın 1. maddesinde dolandırıcılığın basit şeklini tarif ederken “bir kimseyi aldatarak kendisi için kazanç ve aldatılan veya temsil ettiği kişi için zarar getirecek biçimde bir şeyi yapmaya veya yapmamaya sevk eden kişi dolandırıcılıktan, dolayı en çok iki yıl hapis cezasına mahkûm edilir” demektedir: Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul (Beta Yayınevi) 1998, s.381 (Kişiler).

<sup>230</sup> Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2005, s.892–893 (Şerh).

<sup>231</sup> Hile konusu ile ilgili daha detaylı bilgi için Bkz.: Özgenç, s. 15.vd. Ayrıca icra-ihmal ayırımı ve ihmali suçlar hakkında bilgi için Bkz.: Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2003.

taşımadığından bahisle ihaleye alınmaması, kendisi üretici olan ve ihaleye piyasada en iyi teklifi verecek bir firmanın girmesinin engellemek için hakkında ödenmemiş prim borcunun olduğuna dair sahte belge verilmesi gibi durumlar konumuza örnektir.

***u- Hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmalarını sağlamak:***

Bir kimsenin yeterliliği olmadan ihaleye kabul edilmesi bu suçu oluşturur. Buna göre Kamu İhale Kanunu m.10 ve m.11 ile Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m.47 ve Devlet İhale Kanunu göz önünde bulundurulursa ihaleye, iflas eden, iflası ilan edilen, tasfiye halinde olan, tasfiye kararı verilen, işleri mahkeme kararına bağlı olarak devam ettiren, konkordato (iflas anlaşması) ilan eden, işlerini askıya alan, (katılan tüzel kişinin yabancı olması durumunda bu sayılan durumlara kendi ülkesi hukukuna göre maruz kalan), Türkiye veya kendi ülkesinin hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi, sosyal güvenlik prim borcu olan, ihale tarihinden önceki beş sene için, mesleki faaliyetlerinden dolayı hüküm giyen veya ihaleyi yapan idarece iş, mesleki etik kurallarına aykırı davrandığı ispat edilen, kamu kurum ve kuruluşlarınca belirlenen bilgi ve belgeleri vermeyen yada bu konuda yanıltıcı bilgi, sahte belge verdiği tespit edilen, 11. maddeye<sup>233</sup> ve 17. maddeye<sup>234</sup> göre yasaklı kimselerin giremeyeceği yani ihale dışı bırakılması

---

<sup>232</sup> Çelik, s.16

<sup>233</sup> Buna göre; KİK ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar, ilgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler, ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler ve bu şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri ile belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç), ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar, ihale 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. 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.

<sup>234</sup> Buna göre hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak, buna teşebbüs etmek, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak, buna teşvik etmek, rekabeti bozacak, ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak ya da bunlara teşebbüs etmek, alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek yasaklanmıştır. Bu kimseler de ihalelere giremezler. Bu kimselerin ihalelere kabul edilmesi hileli bir davranıştır.

gerektiği açıktır. Bu yasaklılık hallerinin Kamu İhale Kanunu kapsamında olsun veya olmasın kamu tarafından yapılan tüm ihalelerde gözetilmesi gerekir (KİK m. 2/son).

Konuya ilişkin olarak şöyle bir örnek verilebilir: Ş Belediyesinin açtığı bir ihaleye bu Belediyenin bünyesindeki şirketler katılamayacaktır. Yine bunun gibi böyle bir ihaleye daha önce ihaleye fesat karıştırdığından ya da ihalede cebir ve nüfuz kullandığından dolayı yasaklı olan kimse ya da bu kimse adına bulunan şirket katılamayacaktır<sup>235</sup>.

Bu aşamada ihale mevzuatının bir gerekliliğine de dikkat çekmekte fayda vardır. İhale işleminin sonuçlanması ile ihale yetkilisi Kamu İhale Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca ihale kararını vermeden önce ihale üzerine kalan isteklinin yine aynı Kanunun 58. maddesine göre yasaklı olup olmadığını kontrol ettirmek zorundadır. Bu suretle yani yasaklı olduğunu bilerek bir kimsenin ihaleye katılmasını sağlamak ya da başka bir deyişle ihale kararını onaylayarak ihale sürecini sonuçlandırmak da kanaatimizce fesat fiillerinden birini oluşturmaktadır.

---

<sup>235</sup> Bkz.: Doğanıyigit, Sadettin, Mal Alımı İhalelerine Teklif Hazırlama ve Değerlendirme Rehberi, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2004 (Rehber). s.97-98. Konuya ilişkin olarak şu tespit önem taşımaktadır. Kanun maddesi şöyle bir örnekle açıklayalım: 'A' Belediyesi'nin açtığı herhangi bir ihalede; 1)'A' Belediyesi'nin bünyesinde bulunan şirketler, bu ihaleye katılamazlar. 2)'A' Belediyesi'nin bünyesinde bulunan veya 'A' Belediyesi ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlar bu ihaleye katılamaz. 3) 'A' Belediyesi'nin bünyesinde bulunan veya 'A' Belediyesi ile ilgili ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşların ortak olduğu şirketler bu ihaleye katılamazlar. 4) Kanun; idare bünyesinde bulunan şirketler hakkında 'sermaye yapılarına göre' farklı bir hüküm getirmemiştir. Bu sebeple belediye bünyesinde bulunan şirketlerde; belediye, şirket sermayesinin tamamına, yarısından fazlasına veya bir kısmına bile sahip olsa, şirket kendi belediyesinin ('A' belediyesinin) ihalelerine katılamaz. 5) Kanun; vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşların ortak olduğu şirketlerde sermaye yapılarına göre farklı bir hüküm getirmemiştir. Bu sebeple vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşların ortak oldukları şirketler; vakıf,dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşları ortak oldukları şirketlerin sermayesinin tamamına yarısından fazla veya bir kısmına bile sahip olsa, vakıf, dernek, birlik, sandık gib kuruluşların şirketleri kendi belediyelerinin ('A' Belediyesi ) ihalelerine katılamazlar. 6)'A' belediyesinin bünyesinde bulunan veya belediye ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun şirketler diğer belediyelerin ihalelerine katılabilir. 7) A' belediyesinin bünyesinde bulunan veya belediye ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun şirketler diğer kanuni kamu kurum ve kuruluşların açacağı ihalelere katılabilir. 8) İhaleyi açan 'A' belediyesi dışındaki belediyenin şirketleri 'A' belediyesinin ihalelerine katılabilir. 9) İhaleyi açan 'A' belediyesi dışındaki belediyelerin vakıf dernek birlik ve sandık gibi kuruluşları 'A' belediyesinin ihalesine katılabilir. 10) İhaleyi açan 'A' belediyesi dışındaki belediyenin vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşları diğer kamu kurum ve kuruluşlarının açacağı ihalelere katılabilirler. 11) İhaleyi açan 'A' belediyesi dışındaki belediyenin vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlarının ortak olduğu şirketler 'A' belediyesinin ihalesine katılabilirler. Bu örnek ve daha detaylı bilgi için Bkz.: Uzun, Mükremin, "4964 Sayılı Kanun ile Değişik 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre Belediye Şirketleri ve Belediye Vakıfları'nın 'Bünyesinde Olduğu' 'İlgili Olduğu' veya 'Ortak Olduğu' Belediyenin ve Diğer Kamu İdarelerinin İhalelerine Girip Giremeyecekleri Hakkında Bir Değerlendirme", Belediye Dünyası, Ağustos 2003 c. 4, S.8, s. 23-25.

Kamu İhale Kurumu bir kararında konuya ilişkin olarak şöyle demektedir<sup>236</sup>: “4734 sayılı Kanunun 40. maddesi ihale kararının ihale yetkilisince onaylanmadan önce ihale üzerinde kalan isteklinin Kanunun 58. maddesine göre yasaklı olup olmadığının teyit ettirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu amir hükme rağmen ihale yetkilisince onaylanmış ve ihaleye ilişkin sözleşme de imzalanmıştır. Kamu İhale Kanununa aykırı olarak gerçekleştirilen bu işlemler sonucunda onaylanan ihale kararı ile imzalanan sözleşmenin hükümsüz sayılması gerektiği ve ihale sürecinde yapılan işlemlerin 4734 sayılı Kanunun 56. maddesinin (b) bendi ile İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 30. maddesinin (g) bedi uyarınca düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu saptandığından ihale işlemlerinin iptal edilmesine<sup>237</sup>... karar verildi.”

***ıı- Hileli davranışlarla teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak:***

Kural olarak tarafların iradelerini özgürce belirtme hakları vardır. Bunun neticesinde sözleşme tanzim edebilirler. Ancak söz konusu idare olunca durum tek taraflı gerçekleşir. Zira idare, hem özel hukuk sözleşmelerinde hem de bir idari sözleşmenin şartlarını tek yanlı iradesi ile ortaya koyar. Dolayısı ile karşı taraf bu şartları ya kabul edecektir ya da etmeyecektir. İdarenin belirlediği sözleşmeye ilişkin kurallar şartname denen belgede yer alır<sup>238</sup>. Nitekim gerek Kamu İhale Kanunu’nda gerekse Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda bu konulara değinilmiştir. Şartnameye aykırı bir teklif değerlendirilmez. Buna istinaden sözleşme de imzalanamaz. Buna göre şartnameye uygun bir teklif değerlendirmeye alınabilir. Bunun aksine bir davranış ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur<sup>239</sup>. Örneğin Zirai Alet alımına ilişkin bir ihale şartnamesinde ilaçlama tanklarının plastik ya da fiber olması istenmiştir. İhaleye giren A firmasının tankları bu

<sup>236</sup> KİK-UK, K.103, KT. 27.05.2003.

<sup>237</sup> Aynı yönde diğer kararlar için Bkz.: KİK-UK, K. 2003/431, KT.17.09.2003; K.2003/382, KT.02.09.2003; KİK-UK, K.2003/50818, KT.10.2003.

<sup>238</sup> Her teklifin değerlendirmeye alınmaması suçu oluşturmaz. Nitekim Kamu İhale Kurulu bir kararında şikayetçi firmanın, ihalelere katılmaktan yasaklı olması gerekçesiyle değil, teklifinin teklif edilebilecek asgari işçilik maliyeti ve sözleşme giderleri toplamına eşit olmasına karşın idarenin yaklaşık maliyette öngördüğü temizlik malzeme gideri, makine-ekipman gideri ile amortisman ve mevzuattan kaynaklanan diğer maliyet giderlerini karşılamaması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılması gerektiğini belirtmektedir. Karar için Bkz.:KİK-UK, K. 2005/251, KT.08.02.2005.

<sup>239</sup> Donay / Kaşıkçı, s.307, Ayrıca Bkz.: KİK m. 46 ve KİSK m. 4.

şartları taşımasına rağmen hileli olarak ihale dışı bırakılmış ise burada suçun oluştuğundan bahsedebiliriz.

***iv- Hileli davranışlarla teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak:***

Bu halde şartnameye uygun olmayan bir kimsenin teklifinin değerlendirmeye alınması söz konusudur<sup>240</sup>. Örneğin; teknik şartnamede düzenlemesine rağmen GE medikal Systems Türkiye A.Ş. nin sunmuş olduğu cihazın “raw data<sup>241</sup>” değerinin 2881 olması ve şartnamedeki değeri taşınamaması ancak değerlendirmeye tabi tutulması, teknik şartnamede sistemin komponentlerinin<sup>242</sup> imaj sayısının en az 64.000 imaj olması gerekliliğinden bahsedilmiş iken, 60.000 imaj sayılı cihazı içeren teklifin değerlendirmeye alınması bu suçun oluşmasına neden olacaktır<sup>243</sup>. Nitekim eski tarihli bir kararında Yargıtay “şartnamede istenilen yeterli düzeyde makine parkına sahip olmadıkları halde, olduğundan bahisle demirbaş defteri düzenleyip ihale komisyonuna vermek ve bu hale göre komisyon tarafından kabul edilip ihaleye sokulmaları şeklinde gelişen sanıkların eyleminin, TCY.nın 343 ve 2886 sayılı Devlet İhale Yasasının 83/c ve 85/1. maddelerinde gösterilen suçu oluşturduğu gözetilmeden yetersiz ve yerinde olmayan bilirkişi raporu ve gerekçe ile beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir<sup>244</sup>”.

**b) Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak (TCK m. 235/ 2-b)**

İdareler, yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur (KİK m. 5/1). Gizli kalması gereken bilgilerin başkalarına bildirilmesi ihalenin serbest rekabet ortamında yapılmasını engellemektedir<sup>245</sup>.

---

<sup>240</sup> Donay / Kaşıkçı, s.307.

<sup>241</sup> Gereksenen bilgiyi çıkarmak üzere üzerinde işlem yapılacak veriler kümesi. Bkz.: <http://tdkterim.gov.tr/terim.php?kelime=raw+data&hng=tm>. E.T.:13.12.2006. Belirtmek gerekir ki, bu kelime İngilizcedir. Kelimenin tam karşılığı ham bilgidir. Bilişim alanında işlenmemiş veri ve bilgi anlamına da gelmektedir.

<sup>242</sup> Bir bilgisayar donanımını oluşturan en küçük herhangi bir öge. Bileşen sözcüğü de kullanılmaktadır. Bkz.: <http://tdkterim.gov.tr/terim.php?kelime=komponent&hng=tm>, E.T.13.12.2006.

<sup>243</sup> Doğanyigit, Rehber, s.235- 236.

<sup>244</sup> 6. CD, E.1995/3466 K.1995/3449 KT: 30.03.1995.

<sup>245</sup> Erdağ, s.3.

İhale uygulamasında görevliler danışmanlık hizmeti sunarlar. İhale süreci ile ilgili olarak isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle, işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler. Kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar (KİK m.61). Zira tekliflerin bir başka teklif verence bilinmesi, ihalenin objektifliğini yitirmesine neden olacağı gibi, rekabet ortamını da bozacaktır. Burada hileli bir davranışın olması aranmaz. Yani bilgi ve belgelerin hileli bir biçimde ulaştırılması, ya da hileli şekilde ele geçirilmiş olması gerekmez<sup>246</sup>. Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamakla suç tamamlanır. Bu bilgilerin kullanılması nedeniyle bir kısım isteklinin ihaleden çekilmesi ya da bu bilgiler dolayısıyla ihale ortamında kalması önemli değildir<sup>247</sup>. Mesela 100 ton kuru gıdanın alınacağı ihale öncesinde yapılan piyasa araştırmaları neticesinde öngörülen yaklaşık bedelin ihaleye girenlere bildirilmesi, ya da kaldırım çalışmaları için çıkılan yapım ihalesinde teknik açıdan gizli tutulması gereken bilgilerin ve kullanılması istenen malzemenin önceden ihaleye girecek kimselere bildirilmesi, kapalı teklif yöntemi ile yapılan bir ihalede bir isteklinin teklifinin diğer başka bir istekliye bildirilmesi bu duruma örnek teşkil edecektir.

**c) Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle yada Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişileri İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek (TCK m. 235/2-c )**

Cebir kelime anlamı olarak; bir kimseyi razı olmadığı, yapmak istemediği bir iş konusunda zorlamak anlamına gelmektedir<sup>248</sup>. Cebir “bir kimsenin maddeten zorlanarak,

---

<sup>246</sup>Çelik, s. 14, “ Meclis Adalet Komisyonu üyesi Bekir Bozdağ, Başsavcı Ok’un yeni TCK’nın 235. maddesi ile ilgili yorumunun hatalı olduğunu belirtti. ‘İhaleye fesat karıştırma’ ile ilgili eski ve yeni TCK’da yer alan hükümler arasında farklılık bulunmadığını belirten Bozdağ, yeni TCK’nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu daha detaylı olarak düzenlemiştir. 235. maddede ihaleye fesat karıştırma sayılacak unsurlar dört bent halinde sayılmıştır. Başsavcı suçun unsurlarının oluşması için ‘hile’ unsurunu getirildiğini belirtiyor. Bu sadece ‘a’ bendi için getirilmiş bir unsurdur. ‘b,c ve d’ bentleri için hile unsurunun aranmasına gerek görülmemiştir. İhaleye fesat karıştırma sayılan bütün hususlar bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilebilir. 235. maddenin doğru okunması gerektiğini belirten Bozdağ, bu nedenle eylemin görevi kötüye kullanma olduğu değerlendirilerek zaman aşımına girdiğinin yorumlanması eksik bir değerlendirmedir. Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla doğru değerlendirme yapacağını ümit ediyorum diye konuştu”. Ayrıca Bkz.: [www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda-yargi/2006/03/05.htm](http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda-yargi/2006/03/05.htm), E.T.: 10.03.2006.

<sup>247</sup>Meran, s. 313.

<sup>248</sup> Özon, Mustafa Nihat, Osmanlıca Türkçe Sözlük, İstanbul, 1985, s. 116.

bir suç işlemek zorunda bırakılmasını” ifade eder<sup>249</sup>. Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı zorlayıcı etki yapmaktır. Cebir ile kişinin davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki yapılmaktadır<sup>250</sup>. Cebirin bizzat rekabeti engellenmek istenen kişiye yönelmiş olması gerekir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişileri ihaleye cebir ile girmelerinin engellenmesi gerekir<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Gülşen, Recep, “TCK Tasarısı’nda Ceza Sorumluluğunu Kaldırana Nedenlerden Cebir, Şiddet, Korkutma, Tehdit” HPD S.2 Sonbahar 2004, s. 174 (Tasarı). Ayrıca Bkz. Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Hukuku, Ankara 2005, s.78–79 (Sorular).

<sup>250</sup> TCK m. 108 de tarif edilen cebir kullanma suçunun cezası tayin edilirken kasten adam öldürme suçunun cezası göz önünde bulundurulacaktır. Zira cebir ile aynı zamanda kasten yaralama suçunda oluşmaktadır. Ve bunun yanında kişi üzerinde bir durumunu değiştirmesi için baskı oluşturulmaktadır: Artuk/Gökçen/ Yenidünya, s. 88

<sup>251</sup> Kamu İhale Kurumunun bir kararında şöyle denmektedir: “...Esas İnceleme Raporu ve ekleri incelendi: İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle; başvuru konusu ihalenin 11.10.2004 tarihinde saat 14:00 te yapıldığı, ihale tarihinde şirketlerini temsile yetkili İbrahim Dörttaş adlı elemanlarının teklif zarfını vermek üzere ihalenin yapıldığı yere gittiği ancak, cebir kullanılmak suretiyle ihaleye katılmasının engellendiği, fesat karıştırılan ihalede müteahhitlerin birbiriyle anlaştığı ve sonuç olarak kamunun zarara uğratıldığı, ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir. A- Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir: Başvuru sahibinin ihaleye katılımının tanımadığı kişilerce engellenmesi ve ihaleye fesat karıştırıldığı iddiasına ilişkin olarak yapılan incelemede; Başvuru konusu ihaleye teklif vermek üzere şikâyetçi Yaşar İnş. Turz. Taah. Tic. Ltd.Şti.nin temsilcisi olan İbrahim Dörttaş tarafından anlaşma teklif edilerek teklif verilmesinin engellendiğinin iddia edildiği, Kamu İhale Kurumu’na yapılan başvuru dışında Tekirdağ Valiliği’ne de müracaatta bulunulduğu, Valilik ile Emniyet Müdürlüğü arasında iddia konusu olay ile ilgili birtakım yazışmaların yapıldığı görülmüştür. Başvuru konusu ihalenin yapıldığı yerde ihale saatinden önce Emniyet Müdürlüğü ekibince tutulan aynı tarihli tutanakta ihalenin yapıldığı salonda, iddia edilenin aksine, herhangi bir olumsuzluğun yaşanmadığının ifade edildiği, yukarıda adı geçen şahsın ihale saatinden sonra emniyet mensuplarının yanına gelerek müşteki olması üzerine, Emniyet Müdürlüğünce tahkikat başlatıldığı, anılan şahsın teklif vermesini engelleyenlerin eşgalini belirlediği, Emniyet Müdürlüğünce Valilik Makamına yazılan 27.10.2004 tarihli yazı ile belirlenen eşgal üzerine teşhis edilen 2 şahıstan birinin tanık olarak dinlendiği ve binada bulunmadığını, bilgi sahibi olmadığını ifade ettiği, sanık sıfatıyla dinlenen şahsın ise olay yerine gitmediği, söz konusu ihaleye katılmadığı savunmasında bulunduğu, ihaleye katılan isteklilere ait listenin yapılan savunmayı desteklediği zira, listede bu isme rastlanılmadığı, hazırlık soruşturmasını yürüten Cumhuriyet Savcısının talimatıyla anılan şahısların serbest bırakıldığı, yine Emniyet Müdürlüğünce Valilik Makamına yazılan 14.10.2004 tarihli yazı ile aynı ihaleye ilişkin yine ihaleye fesat karıştırıldığı iddiası ile ilgili olarak yapılan bir başka tahkikat sonucu ifadeleri alınan şahısların da Savcılık talimatı ile serbest bırakıldıklarının belirtildiği görülmüştür. İddia konusu hususun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Alım-Satım ve Yapıma Fesat Karıştırmak” başlıklı 205 inci maddesinde yer alan, “Bir kimse Türkiye Devleti Hesabına olarak almaya veya satmaya veya yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eyleyse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve zarar kendisine ödetirilir.(Ağır Ceza)” hükmü ile kamu işlevinin itibarının korunması ve kamu idaresinde dürüstlük ilkesinin sağlanması amaçlanmış olup, yukarıda izah olunduğu üzere, konu adli mercie intikal etmiş ve yetkili mercilerce ağır cezalı suç hakkında yapılan hazırlık soruşturmasının ilk aşamasında ilgililer dinlenilerek, serbest bırakılmalarına karar verilmiştir. Sonuç olarak; başvuru sahibi tarafından öne sürülen “ihaleye fesat karıştırma ve teklif verilmesinin engellenmesi” iddiasına ilişkin olarak şikâyet dilekçesi, ekleri ve ihale dosyası kapsamından atılı iddiayı ve birbirini destekleyici nitelikte, ciddi ve somut, üçüncü kişilere atfı kabil herhangi bir bilgi, bulgu ve belgeye



Tehdit kelime anlamı olarak, bir kimsenin kendisine gelecek fenalığın bildirilmesi ile korkutmak anlamındadır<sup>252</sup>. Tehdit, ceza hukuku açısından “bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceği yönünde uyarılmasıdır<sup>253</sup>. Diğer bir ifade ile tehdit bir kimseyi ağır ve haksız zarara uğratacağından bahisle söz ederek korkutmaktır<sup>254</sup>. Böylece tehdit edilen kimse üzerinde bir korku oluşturulmakta ve suç rahatlıkla işlenmektedir<sup>255</sup>.

İhaleye fesat karıştırma suçu için tehdidin ihaleye katılma konusunda yeterli tüzel kişilerin temsilcileri ile gerçek kişiler ya da bunların yasal temsilcilerine veya vekillerine karşı işlenmiş olması gerekir<sup>256</sup>. Örneğin B şirketinin ihaleye şirketi temsilen giren avukatına ya da A şahsının vekil tayin ettiği bir kimseye karşı olması gibi. Yani yeterliliğe sahip kimsenin ihaleye katılması tehdit edilerek engellenmiş olmalıdır. Tehdidin ileride gerçekleşecek olan ve ihaleye katılmak isteyenlerin veya katılanların kendilerine, yakınlarına veya mallarına yönelik bir kötülüğün yapılacağına ilişkin olması yeterlidir<sup>257</sup>. Haliyle ihaleye katılma konusunda yeterliliği olmayan bir kimsenin ihaleye girmemesi yönünde tehdit edilmesi bu suçu oluşturmaz. Bunun yanında tehdidin ise ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilere doğrudan yönelik olması aranmamaktadır. İleride gerçekleşmesi muhtemel olan ve ihaleye katılmak isteyenlerin veya katılanların yakınlarına veya mallarına yönelik bir tehdit ile ihaleye katılma

---

rastlanılmamış, “soyut” olarak ortada kalan iddia yerinde bulunmamıştır. ...Şikayete konu ihalede iddia konularıyla bağlantılı olarak yapılan inceleme sonucunda esasa etkili herhangi bir aykırılık tespit edilmemiştir. Açıklanan nedenlerle; 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına, oybirliği ile karar verildi”. KİK-UK, K. 2004/1768, KT.14.12.2004.

<sup>252</sup> Özön, s. 834.

<sup>253</sup> Bkz. TCK m.106.

<sup>254</sup> Gülşen, Recep, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara 2002, s. 98.

<sup>255</sup> Önder, Ayhan, Özel, s. 35; Artuk, M. Emin, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”; Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, s. 48 vd..

<sup>256</sup> Yargıtay bu konuda detaylı incelemenin yapılması gerektiğini düşünmektedir. Nitekim bir kararında “ Tanık S.B’nin mahkemedeki anlatımında; olay günü ihalenin yapıldığı binanın önünde aralarında sanık H.T’nin de bulunduğu tanımadığı 10 kişinin katılana sataşım yaşatmayacaklarını ve ihaleye konu araziden çıkartacaklarını söylediklerini belirtmiş olması karşısında,... eksik inceleme ile beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” 4.CD, E.13979, K. 11789, K.T.: 05.06.2006. Karar için Bkz.:Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, s. 1678. Yargıtay’ın birkaç kararında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu açısından yapılan incelemenin eksikliğine dikkat çekmesi ilginçtir. Çünkü tehdit, cebir gibi suçların ihale sürecinde ya da ihaleye ilişkin olarak işlenmesi böylesine bir incelemenin yapılmasını gerektirmektedir. Kararlar İçin Bkz.: Parlar/Hatipoğlu, s.1677-1678; Artunç, Mustafa / Akaya, Çetin, 2006 İçtihatlar ile TCK, CMK, CGİK, Ankara (Kartal Yayınevi) 2007, s.665-667.

<sup>257</sup> Erdağ, s.3.

yeterliliğine ve koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemeye yönelik fiillerin varlığı yeterlidir<sup>258</sup>.

Cebrin doğrudan ihalede rekabeti sağlayacak, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye ve ihale sürecindeki bir dizi işlemlere katılmalarını engellemek şeklinde gerçekleşmesi gerekir<sup>259</sup>. İhale sonrasında, ancak ihale için uygulanacak cebir veya yapılacak tehdit halinde bu suç oluşmaz<sup>260</sup>.

Hukuka aykırı davranışlar; kişinin cebir veya tehdidin dışında kalan hukuka uygun olmayan fiiller ile ihaleye girme yeterliliğine sahip kimsenin ihaleye girmesinin engellenmesini içerir. Bunun içerisine ihaleye girme yeterliliğine sahip kişinin yanıltılması, kişiye eksik veya yanlış bilgi verilmesi gibi hususlar dâhildir. Nitekim isteklilerin ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıltılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi hukuka uygun olmayan fiildir<sup>261</sup>. Hukuka aykırı davranış kavramının içine cebir ve tehdidin dışındaki suçların dâhil edilmesi mümkündür. Yine bunun gibi bilgilendirme yükümlülüğü olmayan bir kimsenin ihale saati hakkında yanlış bilgi vermesi buna örnek olabilir. Para karşılığında ihaleden çekilmek de kanaatimizce hukuka aykırı bir tutumdur. Bir kimsenin verilen para karşılığında ihaleden çekilmesi madde metninde açıkça belirlenmemiştir. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz bentte kişilerin rekabeti bozucu şekilde anlaşmaları yasaklanmıştır. Kanaatimizce para karşılığında ihaleden çekilme (d) bendi kapsamında değerlendirilmelidir. Bunun yanında bir kimsenin rica neticesinde ihaleden çekilmesi ya da katılmamasının bu suçu oluşturmayacağını düşünmekteyiz. Ancak belirtmek gerekir ki; metindeki hukuka aykırı davranışlar kavramının niteliği cebir, tehdit ve hile kavramları kadar açık değildir. Çoğu zaman hukuka aykırı davranışın ne olduğu anlaşılamayabilecektir. Bu tip bir tanımlama kanaatimizce suçta kanunilik ilkesi açısından sorun oluşturabilecektir.

---

<sup>258</sup> Çelik, s.16

<sup>259</sup> Nitekim bir kararında Yargıtay “saniğin hazırlık aşamasındaki savunmasında, yakının ile çarpıştıklarını ve tartıştıklarını ‘git işine’ diyerek onu ittiğinde yere düştüğünü açıklamış olası karşısında bu savunma tanık H.Ö’nün anlatımı ve doktor raporu yöntemince irdelenip, ihaleye fesat karıştırma ya da yaralama suçlarının oluşup oluşmadığı tartışılmadan yeterli kanıt bulunmadığı biçimindeki, yetersiz gerekçe ile beraatine karar verilmesi, Yasaya aykırıdır”. 4. CD, E. 2005/11992, K.17439, K.T.11.12.2006. Karar için Bkz.: Artunç/ Akkaya, s.665.

<sup>260</sup> Bu halde ve hatta edimin ifası sırasında bu fiillerin işlenmesi sırasında dahi 5237 sayılı TCK m. 106 ya da m.108’in oluşacağını kabul etmek gerekir: Meran, s. 314.

<sup>261</sup> Maddenin gerekçesinden alınmıştır. Ayrıca Bkz.: Özgenç, Şerh, s. 992.

**d) İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları (TCK m. 235/2-d)**

İhaleden önce veya ihale sırasında yapılan açık veya gizli anlaşmalar ihale şartlarını özellikle fiyatı etkilemeye yönelik ise serbest rekabeti engellemektedir<sup>262</sup>. Bu durumda suç oluşur. Fiyatı etkileyip etkilememenin bir önemi yoktur<sup>263</sup>. Bunun dışındaki fiiller bu bent kapsamında değerlendirilmez.

Örneğin yapılan ihaleye katılacak A ve B şirketlerinin, ihalenin serbest rekabet ortamında yapılmasını -özellikle de uygun fiyatın belirlenmesini- engellemek kaydıyla, kendi aralarında kurdukları bir şirket adına katılmalarının bu suçu oluşturmayacağı açıktır. Zira burada bu şirketler ekonomik bir yaklaşımla hareket ederek, rekabet kabiliyetlerini arttırıcı bir faaliyet içerisine girmişlerdir.

Yukarıda da zikrettiğimiz üzere ihaleye girecek kimselerin, bir diğer teklif vereni para karşılığı anlaşarak ihaleden çekilmesini sağlamaları ya da teklif verenin temin ettiği para karşılığında ihale fiyatını etkileyecek şekilde ihaleden çekilmeleri ile de bu suçun oluşacağını düşünmekteyiz. Zira fail burada ihaleye katılan veya katılmak isteyen kimsenin ihaleye girmemesi ile daha rahat hareket alanı elde etmekte, dolayısı ile ihale fiyatını beklenenden yukarı çekerek fayda sağlamış olmaktadır.

**B- Fail**

Bu suçun faili herkes olabilir. Özgü suç niteliği taşımadığı için kamu görevlisi veya bunun dışındakiler gibi bir ayırım yapılamaz<sup>264</sup>. Hatta ihaleye fesat karıştırılması

---

<sup>262</sup> Çelik,s.16. Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararında şöyle demektedir: “Ancak; teklif mektuplarından bir kesiminin aynı el, bir kesiminin de aynı daktiloyla yazıldıklarının birlikişi raporlarıyla belirlenmesi karşısında, bunların önceden yapılmış ‘gizli birleşme/anlaşma’ olabileceği gözetilerek, bu birleşmeyle ya da hileyle rekabetin ihlal edilip edilmeyeceğinin, gerektiğinde birlikişiyeye de başvurularak, belirlenmesi ve sonucuna göre hükümler kurulması gerekirken, eksik incelemeyle kararlar verilmesi ile hükümlerin bozulmasına karar verilmiştir.4.C.D E.8381 K.1256, K.T.:26/2/1997. Karar için Bkz.: [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), E.T.14.10.2005

<sup>263</sup> Meran, s.313.

<sup>264</sup> Suçun 765 sayılı TCK m. 205 düzenlemesi içinde fail hakkındaki tartışmalar için Bkz.: Özütürk, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1966, c.1, s. 93; Özgenç, s.242; Bakırcı s. 168; Malkoç/Güler s. 1554; Erem, s.1313; Erem/Toroslu, s.163; Erman/Özek ,s. 62; Kıyak, Fahrettin/Çağlayan, Muhtar/Şenel, Cabbar, Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu, Ankara 1960, s. 31; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.456; Meran, s. 310.

suçu sadece ihale sürecinde yer alan kamu görevlileri ve diğer kimseler ile ilgili değildir. Bu suçun faili ihaleye bizzat katılmayanlar da dâhil olmak üzere herkes olabilecektir <sup>265</sup>.

Örneğin A anonim şirketi adına ihaleye giren şirketin C isimli yetkilisinin bilgisi dışında A şirketinin sahibi S ile ihale komisyonu üyeleri anlaşarak ihalenin A şirketinde kalmasını sağlarsa, bu durumda C'nin değil de komisyon üyeleri ve ihaleye girmeyen S'nin failliğinden söz etmek gerekir.

Buna göre; tedarikçi, hizmet sunucusu, danışman, yapım müteahhidi, aday, ortak girişim için oluşturulan şirketler veya konsorsiyumların (şirketler birliği) yetkilileri veya çalışanları, yerli istekli, yüklenici, ihaleyi yapan idaredeki görevliler, ihale yetkilisi bu suçun faili olabileceği gibi bunun dışındaki kimselerde fail olabilirler.

İhaleye fesat karıştırma suçunun kamu görevlilerince işlenmesi uygulamada daha yaygındır. Kamu görevlisi kavramı ceza hukukuna yeni girmiş bir kavramdır. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak ölçüt gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır<sup>266</sup>.

Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan ihalelerde ihale yapılmadan önce; “ihale komisyonu” oluşturulmaktadır. İhale komisyonu ihale yetkilisi tarafından biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinin

---

<sup>265</sup> Çelik, s.16.

<sup>266</sup> Bkz.: Hakeri, Sorular, s. 20. Nitekim 6.maddenin gerekçesinde şöyle denmektedir: “765 sayılı Türk Ceza Kanundaki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecekleri nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan ‘kamu görevlisi’ tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklinin gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye

en az dört kişinin, genel ve katma bütçeli kuruluşlarda maliye memurunun, diğerlerinde ise muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacaktır. Üye sayısı en az beş ve tek sayıda kişiden oluşur (KİK m.6). İhale komisyonunun üyeleri ihale yetkilisince belirlenmektedir. İhale yetkilisi ise idarenin, ihale ve harcama yapma yetkisine ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurullardan yetki devri almış kamu görevlileridir (KİK m.4).

### C- Konu

Suçun konusu gerekçesinde de belirtildiği gibi ihaledir. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için yapılan ihalenin Kamu İhale Kanunu veya Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir<sup>267</sup>. Örneğin, madde uygulamasına giren kamu kurum kuruluşlarının, şirketin, derneğin ya da kooperatifin Kamu İhale Kanunu veya Devlet İhale Kanunu uyarınca ihale yapması söz konusu değildir.

İhalenin 4734 ve 2886 sayılı Kanunlara tabi olması koşul olarak öngörülmemiş ise de, hukukumuzda (yukarıda da değindiğimiz üzere) kamu ihalelerini başlıca iki kaynağı bu yasadır. Zira kamu kurum veya kuruluşları genellikle, bu ihale kanunlarına uygun ihale yaptıkları açıktır. Türk Ceza Kanunu'na göre istisna olarak belirtilen mevzuattaki ihaleler, eğer 235. maddede sayılan ihale çeşitlerinden ise, madde kapsamında değerlendirilecektir. Yani, Türk Ceza Kanunu istisna durumları göz önünde tutmuştur<sup>268</sup>. Örneğin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun<sup>269</sup>, 4070 sayılı

---

dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda bu kişilerin kamu görevlisi sayılamayacağı açıktır.”

<sup>267</sup> Özgenç, s.238. Meran, s. 311. Bu ibare hükmün gerekçesinde de bulunmaktadır.

<sup>268</sup> Donay, Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004, s. 306.

<sup>269</sup> “Davacıların hissedarı buldukları limited şirketin vergi borcundan dolayı haczedilen şirkete ait menkul malların satışı işlemine karşı açılan davayı; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 54.maddesinde; ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağının tahsil dairesince tahsil edileceğinin, cebren tahsil şeklinde ise sırasıyla amme borçlusu tahsil dairesince teminat göstermiş ise teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi, amme borçlusunun borcuna yetecek miktardaki malların haciz edilerek paraya çevrilmesi ve gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflasının istenmesi şekillerinden her hangi birisiyle yapılacağına öngörüldüğü, 62.maddesinde ise haczin ne şekilde yapılacağına, 85.maddesinde de, menkul malların satışının mutad olan belli bir yerde tahsil dairesince açık artırma ve peşin para ile yapılacağına, mutad satış mahalline naklin külfeti veya mahallinde satışın daha muvafık olduğu ahvalde borçlunun da rızasıyla, satışının mahallinde yapılacağı, satılığa çıkarılan malın artırma sonunda üç defa bağırıldıktan sonra en çok artırana ihale edileceği, gerekli hallerde artırmanın yapılacağı yerin, gün ve saatinin, satılacak malların nev'i ve emsalinin önceden ilan olunacağı, ilanın şeklinin, artırmanın tarzının, yeri ve gününün alacaklı amme idaresi nin ve borçlunun menfaatine en uygun gelecek şekilde göz önünde tutularak alacaklı amme idaresince tesbit olunacağına, satılan mal bedelinin alınmadan teslim edilmeyeceğinin, tahsil dairesinin mal bedelinin ihale gününü takip eden günden itibaren üç gün içinde

Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun, 1164 Sayılı Arsa Ofisi Kanunu'nun uygulamasına yönelik çıkarılan Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü İhale Yönetmeliği<sup>270</sup>, 2385 sayılı Bayındırlık Bakanlığınca Yaptırılacak Sivil Akaryakıt ve Doğal Gazların Boru Hatları İle Taşınması, Depolanması ve Dağıtılmasına Ait Tesislerin İhale Esaslarına Dair Kanun, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun<sup>271</sup>,

ödenmesi için mühlet verilebileceğinin hükme bağlandığı haciz işleminin yetkili tarafların imzalarıyla yapıldığı, davalı idarenin yazısıyla satış ilanının Manisa Belediye Başkanlığına gönderilerek ilanın yapılacağı gün, yer ve satılacak menkul malların ilk satışta satılmaması halinde ikinci satış ve pazarlıkla satılacağı hususunu bildiren duyuru yapıldığı gibi satış günü belediye tellalının da hazır bulundurulmasının istendiği, yazının 16.7.1991 tarihinde muhatabına ulaştığı, satış duyurusunun da 15.7.1992 gün ve 6988 sayılı yazı ile borçlu şirkete gönderilerek 17.7.1991 tarihinde ortaklardan Arif Uncu'ya tebliğ edildiği, alacaklı tahsil dairesinden üç yetkili memurun 31.7.1991 günü satış mahallinde satış işlemine geçilerek ihaleye iştirak eden Abidin Yumuk ve Cevdet Çokbilen'in her üç menkule ayrı ayrı 4 er defa pey sürdükleri ve 5. pey süren Abidin Yumuk üzerine ihale edildiğinin tarafların imzalarıyla tespit edildiği, satış yeri ve günü hakkında satış öncesi herhangi bir istemde bulunulmadığı, aynı günlük satış tutanağı ile de K.D.V.dahil 23.760.000,-lira bedelle satış işleminin gerçekleştirildiğinin görüldüğü, bütün bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda da yapılan satış işleminde kanuna aykırılık görülmediği, davacıların satışa fesat karıştırıldığı iddiasının ise soyut ifadeye dayanması nedeniyle itibar edilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle reddederek satış işlemi tasdik eden Manisa Vergi Mahkemesinin 24.9.1992 gün ve 1992/673 sayılı kararının; 6183 sayılı Kanunun 85.maddesine göre alınması gereken borçlu rızasının alınmadığı, satışla ilgili tebligatında Akif Uncu'ya değil, şirketki temsile yetkili olmayan Arif Uncu'ya yapıldığı ileri sürülerek bozulması istemidir. Temyiz istemini ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına karar verildi": Danıştay 3.D., E 1992/2930, K.2275, K.T.: 16.09.1993.

<sup>270</sup> Bu Yönetmelik, 29.04.1969 tarih ve 1164 Sayılı Arsa Ofisi Kanunu'nun 19.06.1994 tarih ve 542 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 16 ncı maddesi hükmü gereğince hazırlanmıştır. RG Tarihi: 23/06/1996, RG Sayısı: 22675.

<sup>271</sup> Özelleştirmenin kapsamı hakkında bilgi vermekte fayda vardır. Buna göre; Özelleştirmenin kapsamına Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun (ÖHK) 17. maddesi uyarınca iktisadi devlet teşekküllerinin, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu payları, kamu iktisadi teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası, devlete ve/veya diğer kamu tüzelkişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, iştiraklerindeki kamu paylarının, devletin diğer iştiraklerindeki kamu paylarının ve hazineye ait payların, genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve kamu iktisadi kuruluşlarının gördükleri kamu hizmeti ile doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıklarının ve iştiraklerindeki payları biririnde bağımsız olarak veya birlikte özelleştirme kapsamındadır. Burada devredilen yani ihaleye konu olan yukarıda belirtilen kurumlara ait paylardır. Bu açıdan bakıldığında bu hak, menkul mal niteliğindedir. Dolayısı ile bu ihaleler de 235. madde kapsamında olacaktır. ÖHK m.18 de Özelleştirme yöntemleri satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve gelir ortaklığı olarak belirtilmiştir buna göre satış; Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi ya da bu kuruluşların hisselerinin tamamının veya bir kısmının kuruluşların içinde buldukları şartlar da dikkate alınarak yurt içi ve yurt dışında, halka arz, gerçek ve/veya tüzelkişilere blok satış, gecikmeli halka arzı içeren blok satış, çalışanlara satış, borsada normal ve/veya özel emir ile satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklarına satış veya bunların birlikte uygulanması yoluyla bedel karşılığı devredilmesidir (ÖHK m.18/a). Kiralama; kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesidir (ÖHK m.18/b). İşletme hakkının verilmesi; Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin - mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir (ÖHK m.18/c). Mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi; Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim

4283 sayılı Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 3465 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 6831 sayılı Orman Kanunu, çerçevesinde yapılan ihalelerde kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal, hizmet, alım veya satımlarına, kiralamalara ve yapım işlerine ilişkin olması kaydıyla TCK m. 235 kapsamındadır<sup>272</sup>. Bu örneklerin çoğaltılması mümkündür<sup>273</sup>. Kamu İhale Kanununun dışında kalan ihaleler içinde aynısı söylenebilir. Önemli olan yapılan ihalenin TCK kapsamına giren bir ihale olmasıdır.

Madde kapsamına giren ihale tiplerinin teker teker değinmek yerinde olacaktır.

Hizmet ihaleleri devlet tarafından özel sektöre bir hizmetin devredilmesi ve devlet tarafından finanse edilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>274</sup>. İhale yoluyla hizmet sağlanan kurumun, hizmetin sunulması sırasında, planlama ve ekonomik işlevlerini devam ettirmesi söz konusudur<sup>275</sup>.

Hizmet ihalesi başlıca; bakım, onarım, taşıma, haberleşme, sigortalama, araştırma, geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması, anket, danışmanlık, mimarlık, mühendislik, etüt, proje, harita, kadastro, imar uygulaması, her ölçekte imar planı hazırlanması, tanıtım, basım, yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetleri kapsamaktadır<sup>276</sup>.

---

birimleri ile varlıklarının, mülkiyeti ilgili kuruluşa ait olmak kaydıyla, Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen şekil ve şartlar dâhilinde, malike ait kullanma hakkına ilişkin bazı tasarruflara rıza gösterilmesine veya malikin mülkiyete bağlı haklarını kullanmasından vazgeçmesi sonucunu doğurmasına ilişkin hakların tesisidir (ÖHK m.18/d) Yapılacak ihaleler, kapalı teklif, pazarlık, açık artırma, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılır.

<sup>272</sup> Bu alım-satım yapım ve kiralama işleri ihalenin başlangıcından sonuna hatta ihaleden sonra edimlerin ifası sürecinde olabilir. Ayrıca TCK'nın bu hükmünün uygulanması için KİK ve DİK hükümlerine uygun yapılıp yapılmamasının bir önemi yoktur. Alım satım, yapım ve kiralama işinin devlet hesabına yapılması yeterlidir. Ancak KİK, bazı konuların esaslarını çizdiği için tereddüt halinde başvurulmalıdır. Çünkü bu KİK, ihalelerin genel taşıması gereken özellikleri belirtmektedir.

<sup>273</sup> Bkz.:KİK m.2, Krş.: KİK m.3.

<sup>274</sup> Gülpenbe, Ergin, Hastanelerde Hizmet İhaleleri: T.C. Sağlık Bakanlığı Hastaneleri Yöneticilerinin Değerlendirmeleri, Ankara, 2003, s.5.

<sup>275</sup> Ascher, K., Politics of Privatisation Contracting Out Public Services, London 1987, s. 7, aktaran: Gülpenbe, s.6.

<sup>276</sup> KİK m.4, Devlet İhale Kanununun 4. maddesinde hizmet kavramı "kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre çalıştırılan aylıklı, ücretli, yevmiyeli ve sözleşmeli personel istihdamı hariç olmak üzere gerçek veya tüzelkişilere ücret karşılığında yaptırılan araştırma, sondaj, imalat, prototip imalat, istikşaf, etüt,

Yapı; karada veya suda sürekli ya da geçici olarak tesis edilen tesislere denir. Yapım işi ise bu tesisleri meydana getirmek yâda bu yapılara yapılacak eklemeleri ifade eden mühendislik işlerinin tümüne denir<sup>277</sup>. Yapım ihaleleri ise başlıca; bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme, enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj<sup>278</sup> gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme, montaj işleri ile benzeri yapım işlerini içine almaktadır<sup>279</sup>.

Maddenin beşinci fıkrasında sayılan, 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 yapım ihalelerine ilişkin olarak da bu madde uygulanamayacaktır. Çünkü madde metnin birinci fıkrasında açıkça belirtilen “yapım ihalesi” tabiri, beşinci fıkrada düzenlenmemiştir. Açıkça sayılmadığı için bu kurumlarca yapılan yapım ihaleleri için bu maddenin uygulanması mümkün değildir. Maddenin değişikliğe uğramayan ilk halinde yapım ihaleleri yer alamamakta idi. Yapım ihaleleri TCK m.235’e, 31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanununun 9. maddesiyle metne işlenmiştir. Yapım ihaleleri nitelik itibariyle hizmet ihaleleri olarak düşünülebilir. Hizmet ihalesinde, idarece işte kullanılacak gereçler (inşaat malzemesi vb) sağlanmakta ve yapım için hizmet alınmakta ya da hem mal hem de hizmet temin yoluna gidilmektedir. Belirttiğimiz niteliği açısından karma ihale türü olan yapım ihalelerini bağımsız bir ihale olarak Türk Ceza Kanunumuz kabul etmiştir. Bu halde ihale mevzuatı açısından bakılırsa bu ihale türü bağımsız bir ihale olarak nitelenmektedir. Bu yüzden beşinci fıkrada düzenlenmediğinden bahisle yine aynı fıkrada belirtilen kurumlarca, yapılan yapım ihalelerinde bu madde uygulanamayacaktır. Zaten

---

harita plan, proje, kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetleri” şekilde tanımlamaya tabi tutulmuştur.Genel bilgi için bkz.: Çolak, H. Bayram, Kamu Personeli Tarafından Yerine Getirilen Hizmetlerin İhale Edilmesinde ve Fiyat Farkı Ödemelerinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar, Mahalli İdareler Dergisi, S.62, 1999, s. 7–10.

<sup>277</sup> Karavelioğlu, Celal, İmar-İhale-İdari Dava Ansiklopedik Sözlük, Ankara 2004, s.387–389,391.

<sup>278</sup> Kazısı yapılacak maden ve taş kitlesi veya tabakasının üzerini kaplayan örtü tabakasının kaldırılması işi: Karavelioğlu, s. 89.



yapılan değişiklik yapım işlerinin ihale mevzuatında ayrıca tanımlanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun yanında Yüce Divan yargılamasının gündem olduğu sıralarda böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu durum ortadaki tereddüttün kaldırılması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafında da ortaya atılmıştır. Bu bakımdan 5328 sayılı Kanunla 235 nci maddeye ‘hizmet ihaleleri ile yapım ihalelerine’ ibaresi eklenmiştir. Bu suretle hizmet ihalesinin yanında yapım ihalesinin de ayrıca kanun metninde ifade edilmiştir<sup>280</sup>. Kaldı ki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 236. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde “yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi” demek suretiyle yapım ihaleleri tabiri kullanılmıştır. Bu ibare maddeye daha sonradan eklenmiş de değildir. İlk halinde mevcuttur. O halde yapım ihalesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun uygulaması açısından bağımsız bir ihale tipi olarak düzenlenmiştir.

Alım bir malın bir bedel karşılığında alınması, satım ise yine bir bedel karşılığında satılması işidir<sup>281</sup>. Mal alımı ve satımı ihaleleri her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları içeren ihaleler olarak karşımıza çıkacaktır.

Kiralama ihaleleri ise taşınır ve taşınmaz malların ve hakların kiralınmasını veya kiraya verilmesini ifade eder. Doktrinde kiralama ihalelerinin madde kapsamında olup olmadığı yönündeki tartışmalara, maddeye ‘kiralamalara ilişkin ihalelere fesat karıştırma’ ibaresine yer verilerek son verilmiştir. Ancak madde gerekçesinde, değinilmesine karşın, sadece kiralama ihalelerinden bahsedilmesi, kiraya verme ihalelerinden bahsedilmemesi de tartışma doğurabilecektir. Düzenlemenin kiralama ihalelerinin düzenleyen cümlenin eksikliğini vurgulamıştır<sup>282</sup>. Ancak kiralama kavramı kanaatimizce bir şeyin kiraya verilmesini ya da kiralınmasını içeren bir kavramdır. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi; Devlet İhale Kanununun 4. maddesinde kiralama işleri; taşınır ve taşınmaz malların ve hakların kiralınmasını veya kiraya verilmesini

---

<sup>279</sup> KİK m.4, Devlet İhale Kanununun 4. maddesinde yapım kavramı “Her türlü inşaat, ihzarat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj işlerini... ifade eder” şekilde tanımlamaya tabi tutulmuştur.

<sup>280</sup> Bu konuda geniş bilgi için Bkz.: Özgenç, Sempozyum, s. 83.

<sup>281</sup> Karavelioğlu, s.21, 313.

<sup>282</sup> Balcı, s. 210.

ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır. Bu kadar net olan bu kavram üzerinde tartışılması kanaatimizce uygun olmayacaktır.

Türk Ceza Kanununun sayma yoluna gittiği ihaleler dışında başka ihale tipleri de ihale mevzuatında bulunmaktadır. Devlet İhale Kanunu'nda belirtilmiş olan; taşıma, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisine ilişkin ihaleler ile üzerinde durmak gerekmektedir<sup>283</sup>.

Taşıma ihalesi; Devlet İhale Kanununun 4. maddesinde; yükleme, taşıma, boşaltma, depolama ve bunlara ilişkin ambalaj işlerinin ihale edilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bir şeyin taşınması, depolanması ya da boşaltılması nitelik itibari ile bir hizmetin sunulması ile gerçekleştirilebilecek iş ve işlemlerin bütünüdür<sup>284</sup>. Bu halde taşıma ihaleleri niteliği açısından hizmet ihalesidir. TCK 235. maddede sayılmadığından bahisle TCK uygulaması dışında bırakılması düşünülemez. Nitekim taşıma işleri Kamu İhale Kanununun 4. maddesine “hizmet” olarak nitelendirilmiştir. Bu da göstermektedir ki; taşıma ihalelerini de hizmet ihalesi olarak kabul etmek gerekmektedir.

Trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi kavramları Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile ilgili maddelerinde gösterilmiş işlemler olarak düzenlenmiştir<sup>285</sup>.

Trampa; satımdan ve alımdan farklıdır. Trampa, bir hak veya malın başka bir hak veya mal ile değiştirilmesini içerir. Trampanın bu satıştan farkı, satışta karşılık para olduğu halde, trampada mal veya hak karşılık olarak değer alınır<sup>286</sup>. Trampa; para alacağı olmaksızın, bir nesnenin dolaysız olarak bir başka nesne ile değiştirilmesi, değiş-tokuş, takas edilmesi demektir<sup>287</sup>. Değiştirilecek mallar taşınır veya taşınmaz olabilir.

---

<sup>283</sup>“Genel Bütçeye dâhil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni tesisi, taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür” (DİK m.1)

<sup>284</sup>Özelleştirme İdaresi Başkanlığı İhale Yönetmeliğinin 3. maddesinde “taşıma ihalesi” kavramı ile karşılaşmaktayız. Buna göre taşıma ihalesi Yönetmeliğe göre; yükleme, taşıma, boşaltma, depolama ve bunlara ilişkin ambalaj işlerini, kapsamaktadır.

<sup>285</sup> Devlet İhale Kanunu'nda bu konuda Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanununa gönderme yapmaktadır. Mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi için yapılan ihale Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Krş.: ÖHK m. 18/d

<sup>286</sup> Hukuk Lügati, s. 340

<sup>287</sup> <http://tdk.org.tr/tdkszluk/sozbul.asp?Kelime=trampa> .İtalyanca, tra-ambo kelimesinden dilimize geçmiştir. Trampa kelimesinin Türk Hukuk Sözlüğünde “Tırapma” olarak yazıldığı görülmektedir. Ancak Türk Dil Kurumu kelimenin “Trampa” şeklindeki yazımını kabul etmektedir. Trampa, bir malın başka bir malla değiştirilmesidir: Bkz. Borçlar Kanunu m. 232.

Trampada değiştirilecek malların değerlerinin birbirine eşit olması şart değildir<sup>288</sup>. Trampa ihalesinin uygulaması mevcuttur<sup>289</sup>. Bu durumda idare kendisine yarayacak bir mal ile elinde bulunan bir başka mal ile değiştirmektedir. Örneğin, belirli sayıdaki ilacın ilaç ile trampa edilmesi<sup>290</sup>, ya da belirli şarttaki taşınmazın başka bir taşınmaz ile takas edilmesinde olduğu gibi<sup>291</sup>. Bu nitelikteki bir ihale Türk Ceza Kanunu kapsamında sayılmamıştır. Bu sebeple böyle bir ihaleye fesat karıştırılmaz. Bu durumda başka suçlar oluşacaktır<sup>292</sup>.

Mülkiyetin gayri ayni hak tesisi kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının, mülkiyeti ilgili kuruluşa ait olmak kaydıyla, Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen şekil ve şartlar içerisinde, malike ait kullanma hakkına ilişkin bazı tasarruflara rıza gösterilmesine veya malikin mülkiyete bağlı haklarını kullanmasından vazgeçmesi sonucunu doğurmasına ilişkin hakların tesisini ifade eder (ÖHK m.18/d).

Ayni hakkın mal üzerinde sağladığı yetki sınırlı ise buna “mülkiyetin gayri ayni hak” yani “sınırlı ayni hak” denir. Mülkiyetin karşısında yer alan bu tür haklar sahibine mülkiyette bulunan yetkilerden birini veya ikisini sağlar. Bunlar başlıca irtifak hakları (intifa, sükna, inşaat, üst hakkı), rehin hakları, gayrimenkul mükellefiyetidir<sup>293</sup>. Devlet

---

<sup>288</sup> Zevkliler/ Aydoğdu/ Petek, s. 127; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1990, c.1, s.336; Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.119.

<sup>289</sup> Taşınmaz mal trampa ihalesi bedel ve miktarı ne olursa olsun 2886 sayılı Kanunun 51'inci maddesine istinaden pazarlık usulüyle yapılır. (DTGY m. 61). Trampa ihalelerinde, bu Yönetmeliğin satışla ilgili 58, 59, 60'uncü maddeleri aynen uygulanır ve Bakanlığa yazılacak izin talep yazısına ayrıca Hazine taşınmaz malı ile trampa edilecek taşınmaz mallara ait 62'ncü maddede sözü geçen belgeler eklenir”(DTGY m.64).

<sup>290</sup> “İhale komisyon başkanlığını Dr.Uğur Gönülalan'ın yapmış olduğu, Üyelerinin Md. Yrd. Gülsün Taşkiran. Md.Yrd.Bülent Erdem, Ecz.Birsen Dener,Ecz Berna Yılmaz, Memur Meral Er den oluşan ilaç trampa ihalesi başarıyla sonuçlanmıştır. Ankara da ilk kez yapılan bu ihalede yaklaşık 900.000 YTL ilaç başarı ile trampa edilmiştir”. Belirtilen haber için Bkz.: [http://www.ankaraulusdh.gov.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=58&Itemid=84](http://www.ankaraulusdh.gov.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=58&Itemid=84), E.T.: 11/08/2006.

<sup>291</sup> Örnek için Bkz.: İstanbul Vakıflar Genel Müdürlüğünün “Gayrimenkul Karşılığı Trampa İhalesi” ilanına, [www.vgm.gov.tr/doc/ihale/16062005\\_istanbul.doc+%22trampa+ihalesi%22&hl=tr&gl=tr&ct=clnk&cd=3](http://www.vgm.gov.tr/doc/ihale/16062005_istanbul.doc+%22trampa+ihalesi%22&hl=tr&gl=tr&ct=clnk&cd=3), E.T.: 15/06/2005

<sup>292</sup> Failin kamu görevlisi olması halinde, 235. madde kapsamı dışında kalan bir ihalede içtima bölümünde de değineceğimiz üzere görevi kötüye kullanma suçu başta olmak üzere, rüşvet, evrakta sahtecilik, göreve ilişkin sırrın açıklanması suçlarının oluşabileceğini düşünmek gerekir.

<sup>293</sup> Sınırlı ayni haklarla ilgili bilgi vermek gerekirse; sınırlı ayni haklar başlıca üç tanedir. Bunlar irtifak,rehin hakları ve taşınmaz yüküdür. a- İrtifak Hakları: Malın malikine mülkiyete ait bazı yetkileri kullanmama veya bu yetkiyi sınırlı ayni hak sahibinin kullanmasına müsaade etme zorunluluğu yükleyen ve böylece malın sahibine usus ve fructus yetkisini sağlayan ayni haklardır. Hak sahibinin maldan yararlanması aktif şekilde olursa olumlu (geçit hakkı) malikin yetkilerini

İhale Kanununun 74. maddesi uyarınca Hazinesinin özel mülkiyetindeki yerlerin satışı, kiraya verilmesi, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi esasları “Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği” (DTGY) uyarınca belirlenecektir<sup>294</sup>. Buna göre sınırlı ayni hak konu edinen ihaleler; sadece irtifak ve sükna hakkı tesis edebilir<sup>295</sup> (DTGY m. 72). Zira diğer mülkiyetin gayri ayni hakların tesis edilmesinin, örneğin devletin bir malı üzerinde rehin hakkı tesis edilmesinin, pratik açıdan faydası olmağı gibi hukuken doğuracağı sakıncalarda vardır. Devletçe irtifak hakkı tesisinin yatırımları teşvik, sosyal amaçlı, turizm amaçlı, sağlık, eğitim vb. konularda olması ve kamuya yararlı olması gerekir<sup>296</sup>.

---

kullanmasını engelleme şeklinde olursa olumsuz (manzara kapatmama irtifakı) irtifak haklarından söz etmek mümkündür. (MK m. 779–793). b- Rehin Hakları: Bunlar hak sahibinin alacak hakkını teminat altına alan ve alacak tahsil edilmediği zaman alacağın rehin konusu malın satılarak elde edilecek parayla karşılama yetkisi tanıyan haklardır.”Fer’i ayin haklar”da denir. Gayrimenkul rehini “ipotek”, “ipotekli borç senedi” “irat senedi” olmak üzere üç tipten birine uygun olarak tesis edilebilir (MK m.850 vd). c- Taşınmaz Yükü: Bir taşınmaz malikinin mülkü dolayısıyla o taşınmaz karşılık olmak üzere diğer bir kimse lehine bir şey yapmaya ya da vermeye mecbur tutulmasıdır (MK 839–849).

<sup>294</sup> Bu Yönetmelik DİK m. 74 dayanılarak 16/12/1984 tarihinde, 18607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>295</sup> İrtifak hakkı tesisi ihalesi hak lehdarının, 28.04.1983 ve 18031 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenmesinde olduğu gibi özel mevzuatına veya bu Yönetmelik uyarınca Bakanlıkça çıkarılacak tebliğlerle belirtilen esaslara uyulmak kaydıyla 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 51’inci maddesinin (g) bendine istinaden pazarlık usulüyle yapılır. İrtifak Hakkı Tesisi Taahhütnamesinde; taşınmaz malın tapu kaydı, irtifak hakkının süresi, hak lehdarı, irtifak hakkının konusu, inşaat yapılacak ise süre ve şartları, irtifak hakkının bedeli, teminat, irtifak hakkının sona ermesi ve iptal şartları ile tesis edilecek irtifak hakkına ilişkin diğer özel şartlar gösterilir. Bakanlıkça irtifak hakkı tesisinin uygun görüldüğüne dair Defterdarlığa talimat verilmesini müteakip ilgiliye tebligat yapılır. Yapılan tebligatı izleyen 30 gün içinde ilk yıl bedeli ve alınması öngörülmüş ise kesin teminat yatırılarak İrtifak Hakkı Tesisi Taahhütnamesi hak lehdarı ve idarenin katılımı ile tapuda resmi senede bağlanır. (DTGY m.74). Eğitim, sağlık, sosyal, yatırımları teşvik, fuarcılık ve sergileme amaçlı irtifak hakkı tesis edilen Hazine taşınmazı üzerinde yapılacak tesisin bizzat hak lehdarınca işletilmesi halinde, bu tesisin işletilmesinden elde edilen toplam yıllık hasılatın % 1 (yüzdebir)’i oranında pay alınır. Eğitim, sağlık, sosyal, yatırımları teşvik, fuarcılık ve sergileme amaçlı irtifak hakkı tesis edilen Hazine taşınmazı üzerinde bulunan tesisin tamamının veya bir kısmının Bakanlıktan izin alınması şartıyla, hak lehdarınca üçüncü kişilere kiraya verilmesi halinde; hak lehdarından brüt kiranın % 25 (yirmibeş)’i oranında, kiracı/kiracılardan ise tesisin işletilmesinden elde edilecek toplam yıllık brüt hasılatın % 1 (yüzdebir)’i oranında ayrıca pay alınır. Hak lehdarı ile kiracı arasında yapılan kira sözleşmesinin bir örneği İdareye verilir. Kira payları, hak lehdarı ile kiracı arasında yapılan sözleşmeye göre kira bedellerinin hak lehdarına ödenmesi gereken ayı takip eden ayın 20 nci günü mesai saati bitimine kadar ilgili saymanlığa yatırılır. Kiracılardan alınmayan hâsılat payları hak lehdarından alınır (DTGY m.75).

<sup>296</sup> Amaçları açısından Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz mallar üzerinde tesis edilecek irtifak hakları şunlardır: (DTGY m.72). a- Kamu Yararı Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi: Kamu kurum ve kuruluşları lehine 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre, Hazine taşınmaz malları üzerinde kamu yararı amacıyla irtifak hakkı tesis

Mülkiyetin gayri ayni hak tesisine ilişkin ihaleler için her hangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu tip bir ihale nitelik itibari ile satış ihalesi olarak da nitelendirilemez. Çünkü satışa konu olan taşınır veya taşınmazlar üzerinden devredilen hak mülkiyet hakkıdır. Sınırlı ayni hakkın devrinde ise, mülkiyet hakkının içinde bulunan birkaç hakkın devri söz konusudur. Ancak mülkiyet devir edilmemektedir. Nitelik itibariyle mal satımı veya alımı ihalesinden farklıdır. Örneğin kamuya ait taşınmaz üzerinde 49 yıllığına sükna (oturma) hakkı tesisi için yapılan ihalelerde fesat karıştırılmış sayılmaz<sup>297</sup>.

Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 18. maddesinin (g) fıkrasında “danışman seçimine ilişkin ihaleler” kavramı kullanılmaktadır. Danışman seçimine

---

edilebilir. b- Turizm Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi: 12/03/1982 gün ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 28/04/1983 tarih ve 18031 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, turizm bölgelerinde, turizm alan ve merkezleri içinde veya dışında kalan ve imar planları ile turizme ayrılan yerlerdeki Hazine taşınmaz malları üzerinde Turizm Bakanlığı'nca yapılan tahsislere istinaden turizm yatırımcıları lehine irtifak hakkı tesis edilebilir. Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında turizm yatırımlarına tahsis edilecek irtifak haklarında 05.04.1995 gün ve 22249 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Orman Arazilerinin Tahsisi Hakkında Yönetmelik" hükümleri uygulanır. Turizm Bakanlığı ile Orman Bakanlığı'nca Turizm Teşvik Kanunu ve Orman Kanunu'na göre turizm tesisleri için tahsis edilen araziler üzerindeki tesislere bitişik olup tesisin faaliyeti için lüzumlu olan ve anılan mevzuata tabi olmayan Hazineye ait araziler üzerinde turizm yatırımcıları lehine irtifak hakkı tesis edilebilir. Buna ilişkin esaslar Bakanlıkça belirlenir. c- Eğitim Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi: 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamındaki her derece ve türde okul yapmak isteyen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek ve tüzel kişiler lehine Hazine taşınmaz malları üzerinde eğitim amaçlı irtifak hakkı tesis edilebilir. Eğitim amaçlı irtifak hakkı tesisine ilişkin esas ve usuller Bakanlıkça çıkarılacak tebliğde gösterilir. Kanunla kurulan özel üniversitelere de talepte bulunmaları halinde hazine taşınmaz malları üzerinde eğitim amaçlı irtifak hakkı tesis edilebilir. d- Sağlık Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi: 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile 10/01/1983 tarih ve 17924 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Özel Hastaneler Tüzüğüne uygun olarak yapılacak sağlık yatırımları için Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek ve tüzel kişiler lehine Hazine taşınmaz malları üzerinde sağlık amaçlı irtifak hakkı tesis edilebilir. Sağlık amaçlı irtifak hakkı tesisine ilişkin esas ve usuller Bakanlıkça çıkarılacak tebliğde gösterilir. e- Sosyal Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi: Kanunla kurulan oda, borsa, birlik ve çeşitli kurumlar ile dernekler, spor kulüpleri, vakıflar ve benzeri kurumlar lehine Hazine taşınmaz malları üzerinde bu kurumların görevleri veya amaçları gereği ihtiyaç duydukları tesisleri gerçekleştirebilmeleri amacıyla irtifak hakkı tesis edilebilir. f- Yatırımları Teşvik Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi: Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler lehine, özel kanunlarındaki hükümler gereği, Hazine taşınmaz malları üzerinde yatırımları teşvik amacıyla irtifak hakkı tesis edilebilir. 04.12.1984 gün ve 3096; 08.06.1994 gün ve 3996 sayılı Kanunlar gereği görev verilmiş şirketler lehine tesis edilen irtifak hakları yatırımları teşvik amaçlı irtifak hakları kapsamında kabul edilir. g- Fuarçılık Ve Sergileme Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi: Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında 3143 sayılı Kanununun 12'nci maddesine dayanılarak yapılacak düzenlemeler çerçevesinde organize edilecek fuar ve sergileri, uluslararası standartlara uygun bir şekilde gerçekleştirecek ve bu amaçla hizmet verecek yatırımlar için irtifak hakkı tesis edilebilir. Bu amaçla irtifak hakkı tesisine ilişkin esas ve usuller Bakanlıkça çıkarılacak tebliğde gösterilir. h- Kalkınmada Öncelikli Yörelere Yapılacak Yatırımları Teşvik Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi: Kalkınmada öncelikli yörelere yapılacak sanayi yatırımları için Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmaz mallar üzerinde gerçek ve tüzel kişiler lehine irtifak hakkı tesis edilebilir.

<sup>297</sup> Balcı, s.210.

ilişkin ihalelerde belirli konuda yeterli kimselerin idarece istihdam edilmek üzere alınması söz konusudur. Bu danışmanlar genellikle hizmet sektöründeki kimseler olacaktır. Bu açıdan bakıldığında, bir işin idare adına gördürülmesi söz konusudur. Yani yapılan danışman seçimi ihalesi nitelik itibariyle bir hizmet alımı ihalesidir. Zira idare belirli bir konuda uzman olan kimselerin birikimlerinden yararlanmak istemektedir. Örneğin muhasebe konusunda uzman müşavirin, icra veya ihale hukuku konusunda uzman hukukçu gibi kimselerden danışmanlık hizmeti alınmaktadır<sup>298</sup>. Bu ihaleyi bir hizmet ihalesi olarak değerlendireceğimiz için, kanaatimizce bu ihaleye fesat karıştırılması halinde, 235. madde oluşacaktır.

TCK m. 235 düzenlenen ihale kavramı kamu faaliyeti olarak ihale yapılıyorsa, artık bunların arasında bir ayrıma gidilmesi düşünülemez. Bu, kamu adına yapılan bir ihale mal alımı, hizmet alımı, kiralanması, satılması veya yapımı şeklinde ortaya çıkabilir. Bu konuda bir tereddüt yoktur. İhale, kamu hesabına yapılmamakla birlikte, kamusal bir faaliyet olarak icra edilmiş olabilir. İcra dairelerinde yapılan arttırma ile satışlar bu hususta bir örnek oluşturmaktadır. Müzayede konusu mal, icra dairesi hesabına satılmamaktadır. Burada alacaklı kimse hesabına iş ve işlemler yürütülmektedir. Yani, icra dairesi bu mal satışına ilişkin ihaleyi, alacaklı ve borçlu adına üstlenir ve gerçekleştirir. TCK m. 235 in bu ihaleleri de kapsadığı kabul edilmektedir<sup>299</sup>. İcra ve İflas Hukukuna tabi bir ihale söz konusu olduğunda, bu ihalenin, kanuni tanımdan yola çıkarak “kamu kurum ve kuruluşları adına” olduğunu tam anlamıyla kabul etmek mümkün değildir. Çünkü buradaki ilişki özel hukuka tabi bir borç ilişkisidir. Bir tarafta borçlu diğer tarafta ise alacaklı mevcuttur. İcra dairesi ise bu kimseler adına hareket ederek, gerekli iş ve işlemleri yürütmektedir. Söz konusu olan arttırma ile satış bir ihale türü olarak kabul edilmek ile birlikte, kamu adına değil, bir başkası adına kamu kurumu tarafından yapılmaktadır. Nitekim 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda, bu kanuna göre yapılan ihalelerde vaat edilen bir menfaat karşılığında çekilme veya katılmak, Kanunun 345/b maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. Bu düzenleme TCK 235. maddenin 2. fıkrasının d bendindeki düzenlemeyi içermektedir<sup>300</sup>.

<sup>298</sup> Bu konuda avukat alımında ihale yöntemini kullanma yoluna da başvurma yoluna gidilmiştir. Bu konuda Maliye Bakanlığının talebi dahi olmuştur: Erdoğan, İlhan, “Bir İhalemiz Eksikti”, Yeni Hukuk, Ekim 2005, S.1. s.46-47.

<sup>299</sup> Özgenç, Sempozyum, s.77

<sup>300</sup> 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa 31.05.2005 tarihinde 5358 sayılı yasanın 17. maddesi ile eklenen “Arttırmadan Çekilme Başlıklı” 345/b maddesi şöyledir: “(1) Bu kanuna göre yapılan ihalelerde

Ancak İcra ve İflas Kanununa tabi bir ihalenin, kamusal bir faaliyet olarak ihale olduğunu kabul etmemekte mümkün değildir. Bunu da belirtmek yerinde olacaktır ki maddenin beşinci fıkrasına göre; "kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler" demek suretiyle kamusal faaliyet olarak yapılan artırma ve eksiltmeler ifade edilmektedir<sup>301</sup>. Bunun en tipik örneği ise İcra İflas Hukuku anlamındaki ihaledir.

Özelleştirmenin hisselerin yurt içi ve yurt dışında halka arz, borsada satış, menkul kıymetler yatırım fonları veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satış suretiyle yapılması halinde ve doğrudan temin yoluna gidilen durumlarda ise bir ihale söz konusu olmadığı bu suçun kapsamında değerlendirilemez.

#### **D- Mağdur ve Suçtan Zarar Gören**

Suçun mağduru<sup>302</sup>, ihaleye fesat karıştırma suçunun sonucunda ihaleye giremeyen ya da girdiği halde uygun bedel mukabilinde ihaleyi alamayarak haksızlığa uğrayan kimsedir<sup>303</sup>. Mağdur dışında suçtan zarar görenin de olması mümkündür. Suçtan zarar gören<sup>304</sup> maddede sayılan kurum ve kuruluşlar ile hileli davranışlar, cebir, tehdit ve hukuka aykırı davranışlar neticesinde ihaleye katılmayarak ya da ihaleyi alamayarak zarar gören tüzel ve gerçek kişilerdir. Bunların başında maddenin düzenlediği yer göz önüne alınırsa devlet tüzel kişiliği gelmektedir. Bu suç aleyhine işlenen bir kamu

---

kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya katılmayan kimseye bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir. (2) Aracılara da aynı ceza verilir."

<sup>301</sup> Kamu adına yapılan satım ve kiraya verme işlemlerinde bedel artırımı esas; buna karşılık mal veya hizmet alımları ve kiralama gibi işlemlerde ise, bedel eksiltme esas kabul edilmiştir. Buna göre, artırmalarda tahmin olunan bedelden aşağı olmamak üzere, teklif olunan bedellerin en yükseği; eksiltmelerde ise, tahmin olunan bedelden fazla olmamak üzere, teklif olunan bedellerden tercihe layık görüleni bulunup; iş, o teklifi verenin üzerine bırakılmaktadır. En çok artıranın veya eksiltenin icabını kabul mahiyetindeki irade bildirim ve bu iradenin oluşumunu sağlayan şartlar esas alınmak suretiyle sözleşme imzalanmasına kadar ki idari işlemlerin tümü, ihale sürecini oluşturmaktadır. Sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale süreci de sona ermektedir

<sup>302</sup> Mağdur; haksızlığa uğrayan kimsedir. Bu konuda Bkz.: Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001, s. 112

<sup>303</sup> Meran, s.310

<sup>304</sup> Suçtan zarar gören mağdur kavramından farklıdır. Kurumun parası taşıyan kimsenin darp edilip elinden paranın alınması halinde suçun mağduru gaspa uğrayan kimse, suçtan zarar gören ise malvarlığında azalma olan kurumdur. Bu mantıktan hareketle şunu söyleyebiliriz. Bir suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler ise ancak suçtan zarar gören konumunda olacaktır: Özgenç/Şahin, s. 113. Ancak bu fikrin aksini savunanlarda vardır. Aksi görüş için Bkz.: Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/ Artuk Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.242; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1998, s. 209 (Genel).

kurumu olabileceği gibi ihaleyi fesat karıştırıldığı için alamayan tüzel kişiliği olan şirkette (anonim, limitet vb.) olabilir. Bu durumu bir örnek ile açıklarsak A Belediyesinin yaptığı bir ihalede ihaleye katılan B anonim şirketinin yetkilisi ihaleye girmemesi için darp edilmiştir. Bu durumda darp edilen kimse suçun mağduru, ihaleye giremeyen B şirketi ile ihaleye fesat karıştırıldığı için zarar gören A Belediyesi suçtan zarar gören konumundadır.

TCK m. 235. maddenini ilk fıkrasında ve beşinci fıkrasında maddenin uygulama alanına giren kamu kurum ve kuruluşları sayılmıştır. Burada kamu kurum ve kuruluşları kavramının açıklığa kavuşturulması yerinde olmuştur. Konuya ilişkin olarak eski düzenlemenin doktrinde yorumlaması yapılmıştır<sup>305</sup>. Bu yorumlara bakıldığında kanaatimizce ulaşılmaması gereken sonuç Türk Ceza Kanununun 235. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında belirtilen kurum ve kuruluşlardır. Böylelikle 756 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 205. maddesinin uygulamasındaki hangi kurum ve kuruluşlarca yapılan ihalelerinin madde kapsamına gireceği yönündeki kavram kargaşası ortadan kaldırılmıştır. Hatta düzenlemenin uygulamasına kamuya yararlı dernekleri, kooperatifleri ve meslek kuruluşlarını kattığı ve böylece eski düzenlemeden daha geniş uygulama alanına sahip olduğu da ortadadır. Bu kısımda çoğunlukla suçtan zarar gören konumunda olacak bu kurum ve kuruluşlara değinmeyi faydalı buluyoruz.

---

<sup>305</sup> 765 uygulamasına ilişkin olarak Türkiye Devleti denilmekle, Devleti oluşturan kamu kuruluşlarını anlamak gerekir. Yani Türkiye Devleti ibaresi, devleti temsil eden devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının yerine getiren anayasal kuruluşlarını ifade eder. Bu bakımdan TBMM, Bakanlıklar, Mahalli İdareler, Yüksek Öğretim Kurumları, TRT, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, Diyanet İşleri Başkanlığı ve Anayasada ifadesini bulan bir alım, satım veya yapım işiyle görevlendirilmiş olmalıdır düşüncesi ileri sürülmüştür: Yazıcıoğlu, s.137. Bu fikre paralel olarak maddede failin Türkiye Devleti hesabına bir alım, satım veya yapım işiyle görevlendirilmiş olmasından bahsedilmektedir. Türkiye devleti - Anayasaya göre-Hükümet tarafından temsil edildiği cihetle, bu ibare hükümeti teşkil eden bakanlıklarda biri hesabına böyle bir işle görevlendirilmiş olmayı ifade eder. Bu itibarla mahalli idareler ve belediyelerle diğer kamu kuruluşları hesabına aynı işin yapmakla görevli kılınmış olan memurun madde de suç sayılan hareketlerden birini işlemesi halinde cezalandırılmaması gerektiği de ifade edilmiştir. (Devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını yerine getiren ve Anayasada ifadesini bulan bütün organları kapsayacak biçimde anlamak doğru olur. Bu itibarla TBMM, Bakanlık, Mahalli İdareler, YÖK, TRT, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, Diyanet İşeri Başkanlığı hesabına bir alım, satım veya yapım işiyle görevlendirilme halinde de 'Türkiye Devleti hesabına' görevlendirilmiş olma şartı yerine gelmiş sayılır. Ancak özel kanunlarına göre, malları 'devlet malı' sayılmış olan kuruluşlar – mesela KİT'ler – hesabına bir alım, satım veya yapım işiyle görevlendirilmiş bulunan kimse, bu suçun faili olamaz. Doğrusu " Türkiye Devleti" deyimi yerine, çok daha kapsamlı olan ve Anayasa düzenine uygun düşen 'Kamu Kuruluşu' ibaresinin kullanılmalıdır: Erman/Özek, s.56 vd. Bunun yanında; 765 sayılı TCK m. 205 uygulamasındaki "Devlet" ibaresinin en geniş yorumunun bile her türlü alım, satım ve yapımı kapsamayacağı belirtilmektedir: Erem c.3 s.1313.



Maddenin ilk fıkrasındaki kamu kurum veya kuruluşları ve beşinci fıkrasında sayılan 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 kooperatiflerin incelemesi yerinde olacaktır. Zira yapılacak olan ihalenin bu kurum ve kuruluşlarca yapılması halinde TCK 235 uygulanacaktır.

— *Kamu Kurum ve Kuruluşları, Bağlı Şirketler ile Bünyesindeki Vakıflar:*

Kamu tüzel kişileri; kamu idareleri ve kamu kurumları olarak iki gruba ayrılır<sup>306</sup>. Kamu idareleri başlıca il özel idaresi, belediye ve köy iken, kamu kurumları ise; belirli bir veya birkaç konuda faaliyette bulunmak üzere kurulan kurumlardır<sup>307</sup>. Ancak madde sadece bu kamu tüzel kişiliklerini kapsamaz. Bu tüzel kişiliklere bağlı şirket ve vakıfları da içermektedir.

Kamu kurum ve kuruluşu devlet kamu tüzel kişiliğinin “merkez“ başta olma üzere tüm yapılanmasıdır<sup>308</sup>. Bunun içine merkezde Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Bakanlık ve teşkilatları gibi asli, Danıştay, Sayıştay, Devlet Planlama Teşkilatı gibi yardımcı kurumlar girmektedir. Bunun yanında bu kurumların taşrada il ve ilçe idaresi ile bölgesel kuruluşlarda merkeze bağlı asli unsurlar içerisinde ele alınmalıdır. Yerel yönetimler açısından da durum aynıdır. İl özel idaresi, belediye, köy gibi kurumlar da madde uygulamasındadır. Ayrıca; hizmet yerinden yönetimi dediğimiz kurumlarda bu madde kapsamındadır<sup>309</sup>. Bunlar; idari kamu kurumları, iktisadi kamu kurumları, sosyal kamu kurumları, bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları olmak üzere dört tanedir. İdari kamu kurumları, aslında merkezi idarenin yürüttüğü hizmet ve faaliyetlerin merkezi idare teşkilatı dışında ayrı bir tüzel kişilik biçiminde örgütlenmesi sonucu ortaya çıkmıştır<sup>310</sup>. Buna göre Posta Teşkilatı, Devlet Demiryolları, Türkiye Cumhuriyeti Denizcilik Bankası, Tekel Genel Müdürlüğü, Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Tarım ve Toprak Reformu Genel Müdürlüğü, Çocuk

<sup>306</sup> Özay, İlhan, *Günüşünde Yönetim*, İstanbul 1996, s.137.

<sup>307</sup> Özay, s.137; Günday, Metin, *İdare Hukuk*, Ankara (İmaj Yayıncılık) 1999, s. 262.

<sup>308</sup> Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuk*, İstanbul (Beta Yayınevi)1998, s.111.

<sup>309</sup> Duran, Lütfi, *İdare Hukuku*, İstanbul 1982, s.196 vd.; Onar, S. Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1966, s.893.

<sup>310</sup> Günday, s.358.

Esirgeme Kurumu, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü birer idari kamu kurumudur<sup>311</sup>. İktisadi kamu kurumları ise, ticaret, sanayi, madencilik ve tarım gibi ekonomik faaliyetlerde bulunmak üzere, kamu sermayesi veya kamu sermayesinin katkısı ile kurulmuşlardır. 3346 sayılı kanun kamu iktisadi teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesini öngörmüştür. Yerinden yönetim ilkesine göre kurulan bu kurumlar üzerinde vesayet denetim sistemi kurulmuştur. Başlıca iktisadi kamu kurumlarına örnek olarak Et Balık Kurumu, Sümerbank , Etibank Ziraat Bankası,Türkiye Petrolleri A.O., Türkiye Elektrik Kurumu, TCDD, ÇAY-KUR vb kamu kurumları gösterilebilir<sup>312</sup>. Sosyal kamu kurumları bireylerin sosyal güvenlik, çalışma, sağlık, emeklilik gibi sosyal ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulmuş bulunan kuruluşlardır<sup>313</sup>. Bunların başında Ordu Yardımlaşma Kurumu, 506 sayılı kanun ile kurulmuş Sosyal Sigortalar Kurumu, Memur Yardımlaşma Kurumu, İşçi Sigortaları ve İş ve İşçi Bulma Kurumu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, İşçi Yardımlaşma Kurumu, BAĞ-KUR gelmektedir<sup>314</sup>. Bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları ise, devletin bilimsel ve kültürel alana girmesi ile birlikte ortaya çıkmıştır<sup>315</sup>. Bu tip kamu kurumlarının önemli bir çoğunluğu “özerk” yapıdadır. Bu, görevsel özerklikten daha ziyade, yönetsel, ekonomik özerklik biçimlerini de içerir. Bunların başında Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1963 tarih 278 sayılı kanun ile kurulan Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu, 1965 tarih 580 sayılı kanun ile kurulan Milli Prodüktivite Merkezi, Üniversiteler, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu, gibi kurumlar gelmektedir<sup>316</sup>. Bu kurumlara bağlı şirketler ile bünyesinde kurulmuş vakıflarda bu madde kapsamındadır.

— *Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, İştirakleriyle Kurulmuş Şirketler ile Bünyesindeki Vakıflar:*

Kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri belirli bir meslek grubunun ortak ve özel yararı için kamu hukuku kurallarına tabi olarak, kanunla kurulan, zorunlu üyelik

<sup>311</sup> Günday, s.359.

<sup>312</sup> Ancak bunların çoğu BKK ile özelleştirme kapsamına alınmış ve bölünerek İktisadi Devlet Teşekkülü durumuna getirilmiştir. Örneğin TEK; Türkiye Elektrik Üretim ve İletim A.Ş (TEİAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş (TEDAŞ) şeklinde ikiye bölünmüştür. PTT ise T.C Posta İşletmeleri ve Türk Telekom olmak üzere iki kısma ayrılmıştır.

<sup>313</sup> Günday, s.367.

<sup>314</sup> Günday, s.368.

<sup>315</sup> Duran, 217 vd.; Günday, s.370.

esasına dayanan, organlarını kendi üyeleri içerisinde seçen, özerk ekonomik yapıya sahip kamu tüzel kişilikleridir<sup>317</sup>. Bunların başına Barolar, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ziraat Odaları, Esnaf Odaları gibi kamu tüzel kişileri gelmektedir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş olan şirket ve bünyesindeki vakıfları da bu kapsamda mütalaa etmek gerekir. Burada söz konusu olan bir şirket ise, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu tarafından kurulmuş olması maddenin kapsamına girmesi açısından yeterlidir. Hiç şüphesiz bu durum kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı şirket ve vakıflar içinde aynıdır. Şirketin ve vakfın kuruluşunda kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerinin bulunması yeterlidir. Şirketler için hisse miktarının hiçbir önemi yoktur. Zira bu şirketlere duyulan güven duygusunun temelinde kamu kurumları ve meslek teşekküllerinin ilgili olması yatmaktadır<sup>318</sup>.

— *Kamuya Yararlı Dernekler:*

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 eder (5253 sayılı Dernekler Kanunu m.2/a). Ancak her derneğin yaptığı ihalede bu suç işlenemez. Buna göre derneğin kamu yararına çalışan dernek olması gerekir.

Bir derneğin kamuya yararlı dernek<sup>319</sup> sayılmasına ilişkin şartlar 2908 sayılı mülga Dernekler Kanunu'nun 58'inci maddesinde düzenlenmiş bulunmaktaydı. 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu'nda ise konu 27'nci maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası uyarınca, bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden

---

<sup>316</sup> Günday, s. 371–382.

<sup>317</sup> Günday, s. 383–385.

<sup>318</sup> Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş olan şirketler, burada önemli olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirak oranı değildir. Zira böyle bir kurumun bir şirket kurması yahut bir şirketten pay alması gibi durumlarda şirketin itibarını arttırmaktadır. Her ne kadar özel hukuk süjesi olarak görünse bile bu şirket veya vakıflara kamu dâhil olmuştur. Bu durumdan yararlanana bilir şirketin yöneticilerinin dürüst olması gerekir: Özgenç, Sempozyum, s.84.

<sup>319</sup> Devlet İhale Kanununun “Kamu Yararına Çalışan Derneklere Taşınmaz Malların Satımı” başlıklı 72. maddesi aşağıdaki gibidir: “ (1) Kamu yararına çalışan derneklere, kuruluş gayelerine uygun olarak kullanılmak üzere, Hazinesin özel mülkiyetinde kayıtlı bulunan ve kamu hizmetlerine tahsisli olmayan taşınmaz malları, satış tarihindeki alım satım rayici nazara alınarak kıymet takdiri suretiyle satılabilir. (2) Bu yolla edinilen taşınmaz mallar verilmiş maksadı dışında kullanılamaz ve satılamaz. (3) Beş yıl içinde kuruluş gayesine uygun olarak kullanılmadığı takdirde, taşınmaz mal, satış bedeli üzerinden Hazinece geri alınır.”

sayılabilmesi için; a) En az bir yıldan beri faaliyette bulunması, b) Amacının ve bu amacı gerçekleştirmek için giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olması, gerekmektedir, c) sahip olduğu mal varlığının ve yıllık gelirinin tüzüğünde belirtilen amacı gerçekleştirecek düzeyde olması ve yıl içinde elde ettiği gelirin en az yarısının bu amaçla harcanması (Dernekler Yönetmeliği m. 49). Kamuya yararlı dernek statüsü, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile verilmektedir (5253 sayılı Dernekler Kanunu; m.27). Yukarıda belirtilen şartlara uyarak “kamu yararına çalışan dernek” statüsüne dâhil olan derneklerin yapacakları ihaleler konumuz olan suç kapsamına girecektir.

#### — Kooperatifler

Kooperatif; 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 denir<sup>320</sup>. (Kooperatifler Kanunu m.1).

#### **E- Nitelikli Hal**

Bu suçun nitelikli hali 235. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılabilecektir. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması cezanın arttırılmasına engel değildir.<sup>321</sup> Bu açıdan suç bir tehlike suçudur. Zararın meydana gelmesi suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Bu düzenleme ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 765 sayılı Türk Ceza Kanundaki düzenlemelerden tamamen ayrıldığını ve daha etkin bir yaptırım sistemi tesis ettiğini kabul etmek gerekir.

---

<sup>320</sup> Yargıtay eski kararında kooperatifin yaptığı alımlarda hileli davranmasını görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmiştir. 4.CD, E.494, K.5887, K.T.:25.06.1996. Karar için Bkz.: Malkoç/Güler, c.2, s.1737–1738. Böyle bir eylemin kanaatimizce 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı 235. maddedir.

<sup>321</sup> Eski düzenlemede ihaleye fesat karıştırmak suretiyle temin edilmiş olan menfaatin belirli olması ve hatta belirlenebilir olması arasında bir ayırım yapılmadığını hâlbuki ihale sürecindeki işlemlerin oluşturulmasında tehdit, cebir veya hile karıştırmak suretiyle elde edilen menfaatin miktarını belirlemenin çoğunlukla mümkün olamayacaktır: Özgenç, s. 240.

**Suçun maddi unsuruna ilişkin açıklamalarımıza son vermeden önce bir kaç konunun üzerinde durmamızda fayda görüyoruz.**

Suçun failinin incelenmesinde de daha geniş belirttiğimiz üzere, ihaleye fesat karıştırma suçunun kamu görevlilerince işlenmesi uygulamada daha yaygındır. Yapılan ihaleye karar veren ihale yetkilisi, teklifleri değerlendiren komisyon üyeleri çoğu zaman kamu görevlisidir. Ancak bu kimselerin ihale sürecindeki tüm hukuka aykırı davranışlarının ihaleye fesat karıştırma kapsamında ele alınması mümkün değildir. Bu kimseler çoğu zaman, ihale sürecinde fesat karıştırmaksızın bazı davranışlarda bulunabilecektir. Bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçundan bahsedilemez<sup>322</sup>.

İhaleye çıkılması gereken bir işle ilgili ihaleye çıkılmadan doğrudan temin yoluna gidilmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçundan bahsedilemez. Örneğin 4734 sayılı Kanuna göre Belediye şirketleri; kamu ihalelerine katılabilir, ancak ihalesiz mal ve hizmet satın alamazlar, inşaat işi yaptırılmazlar. Bir belediye şirketinin sermayesinin yarısından fazlasının belediyeye ait olması şirketi Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi kılacaktır (4761 s.k. m. 10 ile değişik 4734 s.k m. 2/d ). Buna göre bu şirketlerin doğrudan temin yoluna gitmesi mümkün değildir. Yargıtay, Belediye Başkanı olan sanığın, Belediye'ye ait suça konu "park gazino ve otel" tesisini ihale yoluyla kiraya vermesi gerektiği halde, ihale mevzuatının koyduğu yöntem ve biçimlere uymayarak, ilk kiralayandan devralan kişiye sözleşmeyle 10 yıllığına kiralamasını görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde değerlendirmiştir<sup>323</sup>.

İhale mevzuatında belirtilen eşik değerinin altında kalan işlerde, uygulanacak ihale yöntemleri, eşik değer üstünde kalan ihalelere göre farklı izlek içermektedir. Eşik

---

<sup>322</sup> Yargıtay 765 sayılı Ceza Kanununun uygulamasına ilişkin kararda hastanenin idari müdür yardımcısı ve satın alma komisyonu üyesi olan kimsenin, bir başkasına şirket kurdurup, sonradan hastane için yapılan ihalelere katılmalarını sağlayarak ve bununla birlikte kurdukları şirket ile birlikte iki hayali şirketine teklif mektubu düzenleyerek ihaleye sokan kamu görevlisinin eylemini görevi kötüye kullanma kapsamında değerlendirmiştir. CGK, E.5-301, K.336, K.T.: 03.10.1988. Burada 765 sayılı TCK m.205'i ihlal etmiştir. Bu mahkeme ve Yargıtay'ca dikkate alınmamıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun düzenlenmesinde bu fiilin karşılığı 235. maddedir Kanaatimizce; 5237 sayılı TCK m. 235/2-b ile d bentleri ihlal edilmiştir. Konuya ilişkin olarak doktrinde suçun niteliğinin yanlış olduğu, zira failin göstermelik ihale ile, haksız kazanç elde etmelerinin yanında bunu da ihaleye fesat karıştırarak yaptıklarından dolayı hükmün görevi kötüye kullanma değil de; 765 sayılı TCK m. 205'in uygulanması gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür. Bkz.: Özgenç, İzzet, "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)", SÜHFD, c.4, S.1-2, 1994. s. 348, 48. dn. (Kamu).

<sup>323</sup> 4.CD. E.1994/7727, K.1994/10193, KT.:24.11.1994. Karar için Bkz.: [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), E.T.: 16.10.2005.

değerin altında kalmak için ihaleye çıkılacak işleri bölmek ya da birleştirmek başlı başına ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Zira fail burada, ihaleye ilişkin iş ve işlemlere etki etmekte, ancak kendisinden beklenen görevinin gereklerini yerine getirmemektedir. Örneğin belirli bir miktar malın alınması ve depolanması ile bunların istendiği zaman idarenin hizmetine sunulmasını içeren bir ihale olabilir. Bu durumda işleri eşik değer altında kalmak için bölüp, ayrı ayrı ihaleye çıkılması mümkündür. Bu halde ihaleye fesat karıştırılmış olmaz. Ancak bunu kasten yapan kamu görevlisinin eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak bu tutum bir kimsenin ihaleye girmesini engellemek için oluyorsa bu sefer konuya ihaleye fesat karıştırma suçu açısından da bakmak gerekecektir.

İhale konusu işle ilgili olarak kanunlarda belirtilen ve uyulması gereken usullerden başkasının benimsenmesi de kanaatimizce TCK m.235 kapsamına girmez. Ancak bu durum bir kimsenin veya şirketin girmesini engellemek için yapılıyor ise kanaatimizce bu hukuka aykırı bir davranış ile ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engellemektir. Örneğin; 4734 sayılı Kanununa göre; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanmasını ve kaynakların verimli olarak kullanılmasını gözetmesi gerekir. Bunu yanında ödeneği temin etmeden hiçbir mal veya hizmet alımı ile yapım işinin ihale edilmesi mümkün değildir. Bu şartlara uyulmadan ihale yapılması halinde, *-235. madde sayılan haller dışındaki davranışlar hariç-* kamu görevlisinin, görevini kötüye kullandığını ifade etmek mümkündür. Mesela ihale ilanını şartlara uygun şekilde yapmamak, uygulama projesi yaparak ihaleye çıkılması gerektiği halde yapmadan çıkmak, kanunun öngördüğü süre içerisinde işi ihale etmemek gibi eylemler de kanaatimizce kamu görevlileri açısından görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>324</sup>.

---

<sup>324</sup> Kamu İhale Kanununun 5. maddesinin dördüncü fıkrasında “temel ihale usulleri” belirtilmiştir. Buna göre başlıca iki temel ihale usulü belirlenmiştir. Bunlar açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulüdür. (Bu yöntemlere yukarıda değinilmişti) Bunlar haricindeki ihale usulleri ise (Örneğin pazarlık usulü KİK m. 18) kanunun açıkça belirtilmesi halinde uygulanmalıdır. İhale konusu işle ilgili olarak kanunlarda belirtilen ve uyulması gereken usullerden başkasının benimsenmesi halinde (mesela açık arttırma usulü yerine teklif usulünün benimsenmesi gibi. Nitekim Kamu İhale Kurumu bir 16.08.2004 tarih ve 2004/1026 sayılı kararında şunlardan bahsetmektedir: “...Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından yapılan, 27 Kalem trafik sinyalizasyon malzemesi alımında, söz konusu alımın daha önce benzer konuda alımın gerçekleştirildiği firmadan yapılmasında mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması açısından teknik olarak bir zorunluluk bulunmadığı yönündeki teknik görüş ve İdareden alınan bilgi ve belgelerin konu ile ilgili mevzuat çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda, anılan alımın 4734 sayılı Kanununun 22 nci

İhale idarenin ihtiyacı olmadığı halde ihale açılmış ise bu durum TCK m. 235'i oluşturmaz. Bu halde görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilebilir. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarınca ihtiyacı olmadığı halde açılan ihalede 235. ve 236. maddedeki suçların işlenebilmesi mümkündür. Aynı durum kamu personeline yürütülmesi ve meydana getirilmesi mümkün olan durum için ihale yapılması<sup>325</sup> ve ihaleye çıkmadan önce uyulması gereken kuralların yerine getirilmemesi halinde düşünülebilir<sup>326</sup>. Çünkü

---

maddesinin (c) bendi gereğince Doğrudan Temin ile yapılabilmesi için gereken şartların oluşmadığı anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle, ihale sürecine ilişkin olarak yukarıda tespit edilen aykırılık ihalenin iptalini gerektirecek nitelikte ise de; iddiaların incelenmesi sonucunda herhangi bir iptal kararı verilmesi mümkün bulunmadığından; İdarenin yapmış olduğu mevzuata aykırı işlemin ve dosya muhteviyatından tespiti mümkün olmayan diğer hususların değerlendirilmek, gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak üzere konunun İçişleri Bakanlığına bildirilmesine, oybirliğiyle karar verildi" denmektedir. Bu eylem de görevi kötüye kullanma suçu oluşur . Bkz.: Malkoç/Güler, c.2 s.1754–1755. Zira ortada bir ihale yoktur ve dolayısı ile ihaleye fesat karıştırılmamıştır: Özgenç, s.255, Yaşar, s.824. Bir başka ifade ile bir ihale usulünün yerine başka bir ihale usulünün benimsenmesi fesat olarak düşünülemez. Burada dikkat edilmesi gereken konu, hile, cebir, şiddet gibi unsurların var olması gerekliliğidir. Başka bir usul ile ihaleye çıkılması fesat olarak düşünülemez. Bu durumda görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir: Özgenç, Sempozyum, s. 84.

<sup>325</sup> Özgenç, s.255.

<sup>326</sup> İdarelerce mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ihaleye çıkmadan önce, uymaları gereken diğer kurallar belirtilmiştir. Bunlar: 1) Yatırım projelerinin planlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için işin süresine uygun olarak yıllar itibarıyla ödeneğin bütçelerinde bulunmasını saptamak üzere programlamanın yapılacağı, ilk yıl için öngörülen ödeneğin projen maliyetinin %10'undan az olmayacağı ve başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimlerinin sonraki yıllarda azaltılamayacağı, 2) Öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkân verecek süre dikkate alınarak ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeni ile yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılacağı, 3) Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamayacağı, uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi, götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihalenin yapılacağı, ancak, doğal afetler nedeni ile uygulama projesi yapılamaması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje ile, işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerektirmesi nedeni ile ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje ile ihaleye çıkılabileceği, bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımları için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir iş kalemi iş için birim fiyat teklif alınmak suretiyle, ihalesinin yapılabileceği, 4)İdarelerce, bütçenin programlanmasında, ihalede isteklilerce verilen tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere tespit edilen yaklaşık maliyetin isteklilere duyurulmayacağı, bu maliyete ilişkin, her hangi bir bilgiye onay belgesi ve eki hesap cetveli dışında hiçbir belgede yer verilmeyeceği, 5) İdareler istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, en üst ihale yetkilisinden onay alınmak kaydıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerine çıkabilecekleri, 6) İhale dokümanı hazırlanmadan ilan yapılamaz. İlan sürelerinin hesaplanmasında ilanın yayımlandığı gün dikkate alınır, ihale günü veya son başvuru günü dikkate alınmaz. KİK 13. maddede belirtilen ilan sürelerine uyulmak üzere, ilan yapılmasına kadar geçecek süre de göz önüne alınarak ilan yapılacak yerlere yeterli süre öncesinde ilan metinlerinin gönderilmesi gerekeceği, 7) İhale için tespit olunan tarih tatil gününe rastlamışsa ihale, tekrar ilana gerek kalmaksızın tatili takip eden ilk iş gününde aynı yer ve saatte yapılacağı ve bu saate kadar verilen teklifler kabul edilir. İhale saati çalışma saati dikkate alınarak tespit edilir. İlandan sonra çalışma saati değişse dahi ilanın ilan edilen saatte yapılacağı, 8) Yapım işlerinde denetim ve yönetim görevlerinde bulunmayan mühendis veya mimarların, yapım ihalelerine girebilmeleri için mezuniyetinin olup olmadığı, mesleki ve teknik yeterlilik şartının olması gerektiği, hususlarına dikkat edilmelidir.

ihaleye fesat karıştırma eylemi gerçekleşmemiş ve sadece takdir hakkının yerinde kullanılmamıştır<sup>327-328</sup>.

Belirtelim ki bu ilke ve kurallar çok önemli olup, bunlara uymamak ihalenin iptalinin yanında aynı zamanda cezai, mali ve idari sorumlulukları da birlikte taşımaktadır. Bu ilke ve kurallardan idarelerin vazgeçmeleri mümkün değildir. Çünkü bu ilke ve kurallar İhalelerin olmazsa olmaz şartıdır. Bu kuralların olmadığı işlemlere ihale demeye imkân yoktur. O nedenle idareler, yapacakları ihalelerde bu ilke ve kurallara harfiyen uymaları ve gerçekleşip, gerçekleşmediğini aramaları gerekmektedir. Kaldı ki ihalelerde bu ilke ve kurallara uyulup, uyulmadığı itirazları inceleyen kurum ve kuruluşlarında göz önüne alınmalıdır: Acar, s. 12-13.

<sup>327</sup> 4.CD. E.7518, K.723, K.T.:07.02.1991,. Karar için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, c.3 s.3376. Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararında, "...Dava konusu eylemlerin gerçekleştirildiği 1990 tarihinde Arsa Ofisi Genel Müdürü olan sanık Ö.B. ile Satış Şubesi Sorumlusu diğer sanık E.A.nın mülkiyeti Arsa Ofisine ait Gebze İlçesindeki arsaların Devlet İhale Kanunu ile Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliğinde belirlenen usul ve şekillere aykırı olarak Ankara yerine Gebze'deki mahalli bir gazetede satış ilanı vermek, resmî gazetede ilan yaptırmamak ve ilan ile ihale arasında en az on günlük süre bulunması hususuna riayet etmemek suretiyle rekabet ve arttırma ortamı yaratmadan üç küçük sanayi kooperatifinde ayrı ayrı satışını yapmak suretiyle kurum zararına sebebiyet verip görevlerini kötüye kullanmışlardır" demektedir. 5.CD. E.2174, K. 3201, K.T.:03.10.1996. Bir başka kararda "Belediye Başkanı olan sanığın, Belediye'ye ait suça konu "park gazino ve otel" tesisini ihale yoluyla kiraya vermesi gerektiği halde, İhale Yasasının koyduğu yöntem ve biçimlere uymayarak, ilk kiralayandan devralan kişiye sözleşmeyle 10 yıllığına kiralamaktan ibaret olan ve mahkemece böyle kabul edilen eyleminin, görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, genel kasıtlı işlenen bu suçla özel kasta ağırlık vererek beraat hükmü kurulması, nedeniyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. 4.CD, E. 7727, K.10193, K.T.:24.11.1994. Yine bir başka kararında ihaleye konu polis lojmanlarına ilişkin yerlilik belgesi komisyonu başkan ve üyeleri olan sanıkların ihale mevzuatında ve bakanlık tebliğine aykırı olarak ihaleye katılan müteahhitlere yöntem uymayan puanlar verdikleri... 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 gerektiği düzenlenmiştir. 4.CD. E.7518, K.723, K.T.:07.02.1991. (Kanaatimizce zikredilen durum bu günkü uygulama söz konusu olsa idi, TCK m. 235 kapsamında mütalaa edilmelidir. Çünkü fail; 235. maddenin ikinci fıkrasının dördüncü ve üçüncü bentlerini ihlal etmiştir ).

<sup>328</sup> Ceza Genel Kurulu kararında ise '...Öte yandan Devlet İhale Yasasına uyulmayarak, ortaklar arasında İl özel İdaresinin de bulunduğu Muğla Kireç Sanayi A.Ş. nin gereksinimi olan kırma ve eleme gereçlerinin, ihale açılmaksızın Toktaş A.Ş. aracılığıyla piyasadan alınıp; Muğla Kireç Sanayiine kiraya verildiği, bu işlemden Toktaş A.Ş. nin paravan olarak kullanıldığı ve... Özel İdarenin zarara uğratıldığı" için görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu belirtilmiştir: CGK. E.1994/240, K.11, K.T.:06.02.1995. Uygulamada; a)"Malın ihale mevzuatına uygun olamadan piyasadan alınmasını": Yaşar, s.521, b) "Belediye başkanının 2886 sk. nın 2,17 ve 25.maddelerine aykırı biçimde ihale yapmasını": 4.CD, E.3309, K.5188, K.T.:14/05/1998. karar için Bkz.: Savaş/Mollamahmutoğlu, c.2 s.2466. c) "DMO ve Açık Arttırma Yasasına aykırı olarak belediyeye otobüs alınmasını" 4.CD, E.1932, K.3017, K.T.: 03/04/1996. Karar için Bkz.: Malkoç/Güler, c.2, s.1741. d)"Devlet İhale Yasasına aykırı olarak ve eski sözleşmeyi devam ettirerek, fabrikaya mal alınmasını": 4.CD. E.197, K.1038, K.T.: 05/02/1996. Karar için Bkz.:Malkoç/Güler, c.2, s.1742, e) "İhale komisyonunu üyelerinin zarf usulü yapması gerekirken, bedeli bölüp pazarlık yoluna gitmesini". 4.CD. E.197, K.1038, K.T.:05/02/1996. Karar için Bkz.:Malkoç/Güler, c.2, s.1742. Yargıtay, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmiştir. Bununla birlikte; 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulandığı bir ihalede; 'keşif artışı' konusunu düzenleyen 63. maddede 'yapım işlerine ait sözleşme' kapsamında iş artışına sınırlama getirmiştir. Bu hükümle sözleşmenin kamu idaresinin özel hukuk hükümlerine göre esasen sahip olduğu yetki sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama hükmüne uyulmayıp, süre hariç, sözleşmenin diğer hükümlerine bağlı kalmak kaydıyla, sözleşme konusu yapım işinin miktarında artış yapılması durumunda kamu görevlisi açısından genel nitelikli görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu düşünmek gerekir: Özgenç, s.242. Burada konuya ilişkin bir başka hususa değinmek gerekmektedir. Bununla birlikte KİK m. 16 uyarına ihalenin iptal edilmesi mümkündür. Her



**Bu kısımda ihaleye fesat karıştırma suçunda bazı değişiklikler yapılmasına neden olan ve üzerinde tartışmalar yapılan Eski Bakan Yaşar Topçu hakkındaki Yüce Divan Kararına değinmekte yarar vardır<sup>329</sup>.**

Topçu hakkındaki kararda özetle şu hususlara değinilmiştir<sup>330</sup>: *Soruşturma komisyonu raporunda yedi (alt ayırımları ile on iki) madde halinde sayılan nedenler, ihaleye fesat karıştırma suçunun gerekçeleri olarak gösterilmiştir. Söz konusu gerekçelerin bir kısmının ihaleye fesat karıştırma suçunun “hile” unsurunu, bir kısmının ise ihaleye fesat karıştırma suçunun “haksız menfaat” unsurunu oluşturduğu iddia edilmiştir. Meclis soruşturma komisyonu, dava konusu ihalelerde izlenen yöntem, projelerin durumları ve keşiflerin tespit şekli, dış krediler, ihalelerin yapımı ve sonuçlandırılması konuları üzerinde incelemelerde bulunmuştur. İhalenin rekabet ortamını oluşturmadan, kamu yararı gözetmeden belirlenmesi gerektiği yöntemden başka bir şekilde yöntem belirleyerek ihaleye çıkılmasının ve Devlet İhale Kanunu m 89<sup>331</sup> uygulamasının mümkün olmadığı halde, Bakanlar Kurulu Kararı ile bu Kanunu’nun uygulamasından kaçınılmasında hukuka aykırılık bulmuştur. Bunun neticesinde, a) ihale*

---

iptal edilen ihaleye fesat karıştırılmış değildir. İdare belirli durumlarda ihaleyi iptal edebilir. KİK m. 16 ya göre; “(1) İdarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir. (2) Bu durumda, iptal nedeni belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edildiği isteklilere hemen ilân edilerek duyurulur. Bu aşamaya kadar teklif vermiş olanlara ihalenin iptal edildiği ayrıca tebliğ edilir. İhalenin iptal edilmesi halinde, verilmiş olan bütün teklifler reddedilmiş sayılır ve bu teklifler açılmaksızın isteklilere iade edilir. İhalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz. (3) İhalenin iptal edilmesi durumunda, iptal nedenleri gözden geçirilerek yeniden ihaleye çıkılabilir” Yukarıdaki maddenin ikinci fıkrasında; “...bu teklifler açılmaksızın isteklilere iade edilir” denmektedir. Bu maddenin düzenlemesindeki amaç ihalenin tekrar yapılması durumunda ihaleye katılanların biri birilerinin tekliflerini bilmesini önlemektir. Zarfların bu amaçla açılması ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Ancak bu durumda görevi kötüye kullanma suçu düşünülebilir. Bunun gibi ihalenin iptal edilme nedeni, kanun öngördüğü hal ve şartlarda mümkündür. Bunun dışında bir iptal kararı söz konusu olamaz. Verilen iptal kararının hiçbir hukuki izahı olmadan, iptal kararı verilmesi halinde görevi kötüye kullanma suçunu düşünmek gerekecektir.

<sup>329</sup> Konuya ilişkin olarak ayrıca Eski Başbakan Ahmet Mesut Yılmaz hakkındaki karara Bkz.: Yüce Divan, Esas E. 2004/2, K.3, K.T:23.6.2006.

<sup>330</sup> Yüce Divan E. 2004/5, K. 2, KT. 26.5.2006. (Karar metni 135 sayfadan oluştuğu için özetleme yoluna gidilmiştir. Konumuza ilişkin olan konular ön plana çıkarılmak suretiyle yukarıda ki özet hazırlanmıştır),

<sup>331</sup>“Özelliği Bulunan İşler” başlıklı 89. madde şöyledir: “Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı haller ile, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve Emniyet Genel Müdürlüğünün yeniden teşkilatlanması, silah, araç ve gereçlerinin modern teknik gelişmelere uygun şekilde yenileştirilmesi ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin Stratejik Hedef Planının gerçekleşmesi için temin edilecek mal ve hizmetlerin ihalesinde; ilgili bakanlığın teklif edeceği ihaleler için bu Kanun hükümleri dışında kalınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar idarelerince hazırlanarak ilgili bakanın onayı ile belirlenir.”

usul ve esaslarının yedi aşamada yedi ayrı düzenlemeyle belirlenmesi ile ihale usul ve esaslarında belirtilen kıstaslara uygun çok sayıda (otuzu aşkın) firma var iken on beş firmanın belirlenerek davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabetin engellendiği, b) üç proje halindeki işleri altı parçaya bölerek ve birbirleri ile ilişkilendirerek, ihaleye katılımın sınırlandırıldığını, c) ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesinin engellediğini, d) davet edilen firmaların gizli tutulması gerekirken gizli tutulmayarak, birbirleriyle ortak girişimler oluşturulmasının sağlanmasını, e) şartnameler gereği ihalelerde kabul edilmemesi gereken teklif mektuplarının ihale komisyonu tarafından geçerli sayılmasının engellenmemesini, f) ihale şartnamesinin, müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanmasını, g) zeyilname ile fiyatlarda değişiklikler yapılmasını, h) projelerin tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılmasını ve sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına sebep olunmasını, ı) yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zamları uygulanmak vs nedenler ile 147,1 Milyon \$ tutarında fazla ödeme yapılması ve soruşturma konusu ihalelerin %30 üzeri keşif artışı ihale indirim oranlarının %32 olarak belirlendiği göz önüne alındığında soruşturma konusu ihalelerde gerçekleştirilen %16,80 ile %20,30 arasında değişen ihale indirim oranları ile yukarıda belirtilen indirim oranları arasındaki fark kadar fazla ödemelere sebep olunmasını, haksız menfaat unsurunu teşkil ettiği gerekçesi ile karara bağlamıştır. Bu sebeple 765 sayılı TCK m. 205 ten hüküm verilmesini ve Yüce Divana sevkini uygun bulmuştur.

*Bakan Yaşar Topçu ise Yüce Divanda verdiği savunmasında;* söz konusu olayların bütçe imkânlarının yetersizliği nedeniyle dış kredi kullanılarak yapılmasının zorunlu olduğunu, bu amaçla 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 89. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu Kararı alınarak ihalenin, Devlet İhale Kanunu hükümleri dışında yapılmasına karar verildiğini, yapılan ihalenin Türkiye'deki kendi şartları itibarıyla ilk ihale olduğunu, daha önce yapılmış olan dış kredili ihalelerin tamamının teklif alınarak, bu ihalenin ise Bayındırlık ve İskân Bakanlığı birim fiyatlarından indirim almak suretiyle yapıldığını, sonraki bütün ihalelerde de aynı metodun uygulandığını ve devletin bundan kaybı yerine kazancı olduğunu, daha önceki Bakanlık döneminde edindiği tecrübeler ve ihale ile ilgili olarak kulağına gelen bir takım duyumlardan ötürü, rekabeti artırmak amacıyla sonradan dört firmayı daha davet ettirdiğini, ihalelere çok sayıda firma çağrılmamasının nedenlerinden birinin de Hazine Müsteşarı ile telefonla

yaptığı konuşmadan, bunun Hazineye ek yük getireceği kanaatine vardığı şeklinde gerekçeler ileri sürmüştür.

*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının esas hakkındaki görüşünde* ise; belirtilen ve iddia edilen eylemlerin, niteliği itibari 765 sayılı TCK m. 205, m.240 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde tartışılması gerektiğini belirtmiştir. Devletin zarara uğratıldığı kesin bir biçimde saptanamadığından ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmadığını ileri sürmüştür. Sanığın eylemlerinin 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 240. ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde tanımlanan genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçu açısından değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir. Davanın suç tarihinin 19.9.1997 olduğu, ancak sanığın Yüce Divana 10.11.2004 tarihinde sevk edildiği geçen süre içinde kesici herhangi bir işlem yapılmadan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen beş yıllık asli dava zamanaşımının gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu yüzden davanın düşürülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

*Yüce Divan ise verdiği karar da* sabit kabul edilen eylemlerinde 205. maddede düzenlenen suçun unsuru olan fesat (hile) ögesi gerçekleşmediğinden ve kendisi veya üçüncü kişiler lehine haksız menfaat temin ederek Devletin zarara uğrattığının saptanamadığından dolayı eylemin 765 sayılı TCK m. 205 dışında kaldığını, *öte yandan da 765 sayılı TCK m. 366'nın ise yasal unsurlarının da oluşmadığını, 5237 sayılı TCK m. 7/2 "suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümleri farklı ise fail lehine olan kanun uygulanır" hükmüne göre, eylemlerin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Kanununun 205. maddesinde aranan suçun unsurlarının oluşmaması karşısında 5237 sayılı Kanununun 235. maddesi ile karşılaştırma yapılmasına gerek kalmadığını belirtmiş ve "sanığın sabit kabul edilen eylemlerinin, görevde yetki sınırlarının aşılması ve takdir yetkisinin amacı dışında kullanılması suretiyle gerçekleştirildiğinden görevi kötüye kullanma suçuna uyduğu sonucuna varılmıştır".* Yüce Divan suçun 4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesine 4758 sayılı Yasa ile eklenen dördüncü bendi uyarınca, davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine oyçokluğu ile karar vermiştir.

Yukarıda özetle belirtmeye çalıştığımız kararda, kanaatimizce 5237 sayılı TCK m.235 kapsamına giren eylemlerdir. Zira rekabet ortamı ortadan kaldırılmakta,

şartnameye uygun olmayan kimseler ve teklifler değerlendirmeye alınmakta, mevzuata göre gizli tutulması gereken bilgiler açıklanarak başkalarına menfaat temin edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında isnat edilen eylemler “hile” unsurunun aranmadığı m.235/2-b,d bentlerini ihlal etmektedir. Ayrıca suçun oluşmasında haksız menfaatin temini edilip edilmediğinin veya bu haksız menfaatin belirlenebilir olup olmadığının da bir önemi olmayacaktır.

### **3. MANEVİ UNSUR**

Suçun manevi unsuru kasttır. Suç, fail tarafından bilerek ve isteyerek işlenmiş olmalıdır.

Doktrinde bir fikre göre failde almaya, satmaya, yapmaya yetkili olduğu bir çeşit malın veya eşyanın alımına, satımına veya yapımına fesat karıştırmaya yönelik bilme ve istemenin olması aranmalıdır<sup>332</sup>. Ancak bizimde katıldığımız düşünceye göre failin ayrıca almaya, satmaya, yapmaya yetkili olduğu bir çeşit malın veya eşyanın alımına, satımına veya yapımına fesat karıştırmaya yönelik bir kastının olması gerekmez. Yani failin hangi saik ile hareket ettiğinin önemi yoktur. Hareketinin sonucunu bilmesi ve istemesi yeterlidir<sup>333</sup>.

Failin bilgisizliği, tedbirsizliği, dikkatsizliği yani kastı olmadan meydana gelen fiiller bu suçu oluşturmaz. Şunu da belirtmek gerekir ki; “hile” unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda yorum farklılıkları doğabilecektir. Ancak, mevzuatın yorumlanması nedeniyle doğan, belge içeriğinde düşülen hataların dışında, basit bir inceleme ile geçerli olan bir belgenin veya aksine geçerli olmayan bir belgenin değerlendirmeye alınması ya da değerlendirme dışı tutulması durumunda fiilin kasten işlenip, işlenmediği yönünde kanaatin oluşması da mümkündür<sup>334</sup>.

### **4. HUKUKA AYKIRILIK**

Genel hükümler geçerlidir. Fiili hukuka uygun kılacak özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak zaruret halinde bu durumda düşünülebileceği ileri sürülmüştür. Örneğin

---

<sup>332</sup> Bakırcı, s.171.

<sup>333</sup> Genel kastı yeterli gören yazarlar için Bkz.: Artuk./Gökçen/Yenidünya, s.466; Artuk./Gökçen, s.4; Meran, s.315.

<sup>334</sup> Çelik, s. 17.

fail kamu kuruluşlarından alması gereken maaş ve ücretleri alamaması ve başka türlü bertaraf edilmesi mümkün olmayan durumda bu suçu işlerse suçun oluşmayacağı göz önünde tutulmalıdır<sup>335</sup>

## 5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A- Teşebbüs

İhaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçudur. İcra hareketleri kısımlara bölünebiliyor ise bu suça teşebbüs mümkündür. Faillerin ihaleye seçimlik hareketler neticesinde fesat karıştırması ile suç oluşacaktır. Failler bu konuda anlaşmış, harekete geçmiş ancak ihaleye fesat karıştıramamışlar ise suçun teşebbüs aşamasında kalmış olduğu düşünülmelidir<sup>336</sup>.

İhaleye katılacağını bildiği rakibini, ihaleyi düzenleyen görevliler ile anlaşarak ihaleye girmemesi için tehdit eden ancak yine de rakibinin ihaleye girmesini engelleyemeyen failer için ihaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüsten hüküm kurulabilir. Zira failer, ihaleye katılacak birini engellemeye çalışmışlardır. Suçun oluşması için kasten doğrudan icraya başlamışlardır. Ancak tehdit edilen kişi ihaleye girdiği için suç oluşmamış, teşebbüste kalmıştır. Zira sonuçları elde etmeye yönelik hareketler gerçekleştirilmişse de sonuç alınamamıştır<sup>337</sup>.

### B- İçtima

TCK 235. maddenin dördüncü fıkrasına göre, ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacaktır. Görevli kimseler ihaleye fesat karıştırma neticesinde herhangi bir menfaat temin etmiş ise meydana gelecek bir diğer suçtan (rüşvet, zimmet, irtikap vb.) ayrıca ceza alacaktır. Bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Madde düzenlenmesinde “görevli kişiler” ibaresi kullanılmıştır. Buna göre, bu durumda rüşvet, zimmet, irtikap suçları gibi kamu görevlileri tarafından işlenecek suçlar dışındaki suçlar

---

<sup>335</sup> Erman/Özek, s.60.

<sup>336</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.467; Artuk/Gökçen, s. 5; Meran, s. 313

<sup>337</sup> “...yine maddenin 2. fıkrası (c) bendinde, 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 ile suç tamamlanır. Eylemin yöneldiği kişilerin,

da gerçek içtima kurallarına (örneğin dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi) göre cezalandırılacaktır<sup>338</sup>.

İhaleye girme yeterliliği olmayan birisini ihaleye kabul etmek için rüşvet alan kimse, hem ihaleye fesat karıştırma hem de rüşvet suçlarından (TCK m. 252) ayrı ayrı ceza alacaktır.

Failin karar birliği ile birbiriyle ilgili olan bir kuruma ait birden fazla ihaleye fesat karıştırması neticesinde ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür (TCK m.43). Ancak burada kanaatimizce failin fikir birliğini destekleyecek nitelikte, yapılan ihaleler arasında ilişkinin de mevcut olması gerekir. Örneğin, kamu kurumunca döşenecek boru hattına ilişkin olarak ardı ardına yapılacak, boru alımı, kaynak malzemesi alımı ve yapım ihalelerine bir suç işleme kastı ile hareket ederek, fesat karıştırılması halinde kanaatimizce zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçu belgede sahtecilik yapılarak da işlenebilir. Bu durumda Türk Ceza Kanununun 212. maddesi uyarınca sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı ceza alacaktır. Örneğin makine parkında sahip olmadığı halde sahip olduğundan bahisle belge düzenleyerek ihaleye giren kimse hem ihaleye fesat karıştırma hem de sahtecilik suçundan ayrı ayrı ceza alacaktır<sup>339</sup>.

TCK m. 235 ikinci fıkrasının (b) bendinde tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suçun işlenme biçimi olarak tanımlanmıştır. Bu durumda fail, gizli tutulması mevzuattan kaynaklan bir bilgi veya belgeyi başkalarına ulaştırmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaktadır<sup>340</sup>. Failin kamu görevlisi olması durumunda TCK m. 258.

---

engellenmelerine rağmen ihalelerden çekilmemeleri, suçun teşebbüs aşamasında kaldığını gösterir” :Meran, s.313.

<sup>338</sup> Bu durum hükmün gerekçesinde de yer almıştır.

<sup>339</sup> 6. CD E.3466, K.3449 KT: 30.03.1995.

<sup>340</sup> Kamu İhale Kanununun 61. maddesi konuya ilişkin şu düzenlemeleri içerir: “Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; 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 edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır”. Önceki ceza yasamızda sahte belge düzenlemek suçun unsuru durumunda idi. Nitekim Yargıtay bir kararında şöyle demekte idi : “Tekel müdürü olan sanık Mehmet’in aynı yerde tekel eksper M.Nuri ve özel eksper Seyfi ile anlaşarak Kamu İktisadi Teşebbüsü olan Tekel hesabına

maddede belirtilen “göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçunu da ihlal etmiş olmaktadır. Kanaatimizce bu durumda fikri içtima kurallarınca çözüme gidilmelidir.

İhaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde bileşik suç söz konusu olacaktır. Bu halde ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru olan cebir ve tehdit suçlarında ceza verilmeyecektir (TCK m. 42).

İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemekten söz edilmektedir (TCK m.235/2-c ). Örneğin ihaleye katılma yeterliliğine sahip bir kimsenin ihaleye teklif sunmasını engellemek amacıyla alıkonulması, yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma durumunda (TCK m. 109) ise fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.

2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nda 31.05.2005 tarih 5358 sayılı yasanın 17. maddesi ile yapılan değişiklik ile “artırmadan çekilme” başlıklı 345/b maddesi özel bir düzenleme getirmiştir<sup>341</sup>. Buna göre icra ve iflas dairelerince yapılan ihalelerde kendisine veya başkasına vaat edilen ya da temin edilen bir menfaat karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya girmeyen kimseler ile bunlara aracı olan kimselere ceza öngörülmüştür. İcra İflas Kanununa göre yapılan ihalenin TCK m. 235. kapsamında bir ihale olarak kabul edilmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik. Faillerin böyle bir ihalede başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında ihaleden çekilmeleri veya katılmamaları halinde özel norm – genel norm ilişkisi gereğince özel normun önceliği söz konusudur. Bu nedenle İcra İflas Kanunu hükümlerine göre ceza verilmelidir.

İhaleye katılan kimse ile edimi ifa eden kimsenin aynı olması mümkündür. İhaleye fesat karıştırarak ihaleyi kazanan kimse, aynı zamanda edimin yerine getirilmesi aşamasında da edime fesat karıştırabilecektir. Bu halde iki ayrı suç oluşacağı konusunda tereddüt yoktur<sup>342</sup>.

---

tütün almaya memur edildikleri sırada sahte belgeler düzenledikleri ve tütün kalitesini olduğundan yüksek gösterip pahasında fesat karıştırarak menfaat sağlanmasına ve adı geçen işletmenin zarara girmesine yol açtıkları anlaşılmasına göre eylemin TCK’nın 205 maddesinde düzenlenen suç oluşturduğuna karar verilmiştir” :5.CD, E.4124, K.4738, K.T.: 6/11/1991. Karar için Bkz.: [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), E.T.: 13.10.2005.

<sup>341</sup> Madde metni şöyledir: “(1) 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 adli para cezası verilir (2) Aracılara da aynı ceza verilir”.

<sup>342</sup> Donay / Kaşıkçı, s. 309. Doktrinde şöyle bir fikir ortaya atılmıştır. Buna göre; 2886 sayılı Kanunun 83. maddesi ihaleye fesat karıştıranlardan söz etmekte ve fakat yaptırımı gösterilmediği ancak bunun

Failin, ihaleye fesat karıştırma eylemi olarak öngörülen birden fazla hareketi gerçekleştirerek suçu işlemiş olması durumunda fail yine bir tek suç işlemiş gibi cezalandırılır. Ancak, failin hakkında temel cezanın belirlenmesi sırasında bu durum gözetilerek hâkimin alt sınırdan ayrılarak cezayı belirlemesi hak ve adalet ilkesine uygun olacaktır<sup>343</sup>.

### **C- İştirak**

İştirak bakımında genel hükümler uygulanacaktır<sup>344</sup>. Suç özgü suç niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle kamu görevlisinin işlediği ihaleye fesat karıştırma suç için bir kimsenin iştiraki yine genel hükümler çerçevesinde çözülecektir<sup>345</sup>.

## **6. YAPTIRIM**

### **A- Ceza**

Suçun cezası TCK 235. maddenin ilk fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre; “beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası”dır. Kamu kurum veya kuruluşlarının bir zararı oluşması halinde verilecek ceza yarı oranda arttırılacaktır (TCK m. 235/3).

### **B- Güvenlik Tedbirleri**

Suçun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan bir tüzel kişi ise TCK 242. maddesi uyarınca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hüküm olunur. Tüzel kişilere yönelik tedbirler TCK m.60 da düzenlemeye alınmıştır. Buna tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirleri iznin iptali ve müsaderedir<sup>346</sup>. İzin iptali için kasten işlenen bir suç olmakla birlikte (incelediğimiz ihaleye fesat karıştırma suçu gibi) bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişiliğinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenmesi gerekmektedir<sup>347</sup>. Özel hukuk tüzel kişileri bakımından

---

yanında 4734 sayılı yasanın 17. maddesi ihaleye fesat karıştırmaktan söz edildiği ve 58. maddesinde 1 ila 2 yıl hapis cezası verileceğini öngördüğü bu durum karşısında 235. madde 4734 sayılı yasanın 58. maddesini tadil ettiği iddia edilmektedir: Donay / Kaşıkçı, s.306. Ancak bu fikre katılmak mümkün değildir. Zira 4734 ve 2886 sayılı kanunlarda her hangi bir hapis cezası bulunmamaktadır.

<sup>343</sup> Meran, s. 315–316.

<sup>344</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.470

<sup>345</sup> Özgü suçlarda müşterek faillikler ilgili olarak Bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2006, s. 438-439 (Genel).

<sup>346</sup> Bkz.: Kangal, Zeynel T. “Yeni Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler”, HPD, S.7, Temmuz, 2006, s.85–90.

<sup>347</sup> Hakeri, Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005, s.346.



öngörülen ikinci güvenlik tedbiri de müsadere'dir. Buna göre; tüzel kişi yararına işlenen suç ile müsadereyi gerektiren bir sonuç oluşmuşsa suça ilişkin eşya ve maddi çıkarların müsadere'sine hükmedilecektir. Bu halde müsadere şartlarının oluşması aranmaktadır<sup>348</sup>.

Tüzel kişiler aleyhine kendilerine özgü güvenlik tedbirine hüküm edilebilmesi gerçekten çok önem arz etmektedir. Zira hukukumuzda genellikle çoğu zaman ihaleye fesat karıştırma ile birlikte bir tüzel kişi (şirket) lehine menfaat temin edilmekte ve tüzel kişinin tüm üyeleri (ortakları) bu durumdan yararlanmaktadır.

## II- EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

### 1. HÜKÜM VE NİTELİĞİ

TCK m. 236 şöyledir: *“(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması hâlinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır: a) İhale kararında veya sözleşmede evsafi belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi, b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi, c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi, d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen, kabul edilmesi, e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen, verilmiş gibi kabul edilmesi. (3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.”*

---

<sup>348</sup> Nitekim TCK 60. maddenin gerekçesinde şunlardan söz edilmektedir. “Özel hukuk tüzel kişileri bakımında öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere'dir. Buna göre, tüzel kişi yararına işlediği belirtilen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsadere'sine hükmedilecektir. Bu halde iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacaktır”.

Madde, kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılmasını suç olarak düzenlemiştir. Edimin ifasına fesat karıştırma, ancak maddede belirtilen hareketlerin işlenmesi ile gerçekleşebilir. Bu açıdan hareketin önemi bakımında bağlı, sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suçtur<sup>349</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye ilişkin suçlar temelde iki kısma bölünmüştür. Bunlardan ilki "*ihale*" ikincisi ise yine yapılan sözleşme çerçevesinde yerine getirilmesi gereken "*edim*" aşamalarıdır. Bu manada bakılırsa edime fesat karıştırma suçu bağımsız olarak ilk kez düzenlenmiştir. Kanaatimizce ihale sürecinden bağımsız olarak edime fesat karıştırmanın bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi yerindedir. Zira ihale işlemini gerçekleştiren kimseler ile edimi kabul edecek olan kimseler farklı olabilecektir. Suçun eski düzenlemede, ihaleye fesat karıştırma suçu gibi açık ve net karşılıkları bulunmamaktadır. Bu bakımdan düzenlemenin Ceza Hukukumuzda yeni bir suç ihdas ettiğini söylememiz mümkündür. 765 sayılı TCK m.205 ihale sonucu taahhüt edilen edime fesat karıştırma fiillerini de içermekte idi. Kuşkusuz bunun nedeni, 205. maddenin düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu düzenleme "*ihale*" kavramından daha geniş bir dizi işlemi (edim safhası dâhil olmak üzere) kapsamak da idi. İhalede belirtilen maldan başka malın idareye teslimi ve bu malın uygunluğuna ilişkin belge verilmesi, sözleşmeye konu olan malın teslimi aşamasında teslim edilen malın fazla olduğuna ilişkin tutanak tutulması, bir yapım ihalesi sonucunda imzalanan sözleşmeye istinaden müteahhidin yaptığı eserin, bunun inşasında kullandığı malzemenin sözleşme şartlarına uygun olmamasına rağmen, sözleşmenin şartlarına uygunluğundan bahisle tutanak düzenlenmesi durumunda da bu 765 sayılı TCK 205. maddesindeki suçun oluştuğu kabul edilmiştir<sup>350</sup>.

<sup>349</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.474.

<sup>350</sup> Özgenç, s.241. Ancak Yargıtay'ın TCK m.205 uygulamasına ilişkin bir kararı da şöyledir: "Anadoluhisari Kız Yurdu Müdürü olan sanık G nin teslim alamadığı halde 8190kg akaryakıtı almış gibi dosyada bulunan teslim alma tutanağını sahte olarak düzenlediği ve akaryakıt satıcısı firmanın temsilcisi olan diğer sanık H nin de suça iştirak ettiği anlaşıldığı halde Kurumdan akaryakıt karşılığı olan .....TL paranın ödenmesinin sağlamak amacıyla düzenlenen bu teslim alma tutanağı resmi evrak niteliğindedir ve bu nedenle sanıkların TCK nın 339 maddesi uyarınca cezalandırılması gerekir" şeklinde kararı vardır.5.CD, E.443, K.5106. K.T.:24/12/1998. Karar için Bkz.: <http://www.yargitay.gov.tr>, ET: 12.10.2005. Fakat bu konuda Yargıtay'ın verdiği karar kanaatimizce

Doktrinde kimi yazarlar 236. maddenin 765 sayılı TCK 362. maddesine<sup>351</sup> benzediğini ileri sürmüşlerdir<sup>352</sup>. Bu düzenlemeye göre bir kimsenin resmi bir kuruma veya kamu hizmetine sunmayı taahhüt ettiği gereçlere hile karıştırmayı suçtur. Bu suç tipi “*fesat karıştırmaya suçu*” değildir<sup>353</sup>. TCK 236. maddenin düzenlenme şekline bakıldığında, ihaleye ilişkin olarak ortaya konulan bir taahhütten bahsetmesi ve öngörülen taahhütlerin çeşitleri açısından 765 sayılı TCK m. 362’den belirli konularda ayrıldığı rahatça anlaşılacaktır. 765 sayılı TCK uygulamasında (yukarıda değindiğimiz gibi) edimin ifasına fesat karıştırmaya fiilleri de 205. madde kapsamında mütalaa edilmiş ve Yargıtay’ın uygulaması da bu kapsamda olmuştur<sup>354</sup>. Kanaatimizce 765 sayılı TCK m.205 içerik olarak 5237 sayılı TCK m.235 ve 236’daki düzenlemeleri kapsamaktadır. Buna karşın 236. madde ise 765 sayılı TCK m. 205 ve m.362’ye yakınlık göstermektedir.

İhaleye ve edime fesat karıştırmaya suçlarının ortak özelliği her ikisinde de maddi unsur açısından fesat karıştırmaya fiilinin aranmasıdır.

---

uygun değildir. Fail devlet adına yapılan alım satım işine fesat karıştırmıştır. Öngörülen miktardan az şekilde yakıt temin etmiş ancak bedel olarak kendisinden istenen miktar karşılığı kadar almıştır. Bunu da sahte evrak düzenlenmesi ile işlenmiştir. Burada evrakta sahtecilik suçun unsuru konumundadır. Fail evrakta sahtecilik suçunun işlemek suretiyle hile ile alım satımına fesat karıştırmıştır. Yani başlı başına evrakta sahtecilik suçu değildir. Alım satım işine fesat karıştırmak için yapılmıştır. Bunun için olayda TCK m.205’in uygulanması gerekmekte iken, TCK m.339’dan hüküm kurulması uygun olmamıştır. 5237 sayılı TCK açısından aynı olaya baktığımızda işlenen suç taahhüt edilen miktardan eksik bir şekilde malın teslimi ya da alınması söz konusudur. Bu halde TCK 236. madde oluşacaktır. Bunun yanında evrakta sahtecilik yapılmıştır. Bu halde fail hakkında hem edimin ifasına fesat karıştırmaya hem de evrakta sahtecilik suçundan cezalandırılma yoluna gidilecektir.

<sup>351</sup> Anılan madde şöyledir: “(1) Bir kimse yukardaki maddede yazılı olan erzak ve eşyanın nev’inde ve keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud’a irtikap ederse altı aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla beraber yirmi beş liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi itasına mahkum olur. (2) Resmi daireye veya bir hizmeti ammeye mahsus olarak itası taahhüt olunan sair levazıma hile ve hud’a karıştırdığı takdirde failin göreceği ceza iki seneye kadar hapis ve yüz elli liraya kadar cezayı naktidir”

<sup>352</sup> Donay / Kaşıkçı, s. 308, Arslan, Çetin / Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004. s.983.

<sup>353</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 472. 765 sayılı TCK’da 361. maddede taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda suçun oluşacağı ifade edilmiştir. Madde metni şöyledir: “(1) Her kim iltizam ettiği taahhüdü icra etmiyerek resmi bir daireye veya bir hizmeti amme ifasına yahut bir musibeti ammenin önünü almağa elzem olan erzak ve eşyanın fıkdanına sebebiyet verirse bir seneden üç seneye kadar hapse ve yirmi beş liradan aşağı olmamak üzere iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur. (2) Taahhüdün icra olunmaması failin yalnız ihmal ve teseyyübünden ileri gelmiş ise bir seneye kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.” Ancak burada taahhüde fesat karıştırmadan bahsedilemez. Taahhüdün icrai veya ihmali olarak yerine getirilmemesi düzenlenmiştir. Oysa edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunda, taahhüdün fesat karıştırmaya suretiyle yerine getirilmesi söz konusudur. Bu açıdan inceleme konumuzla yakından ilgisi bulunmamaktadır.

<sup>354</sup> Özgenç, Sempozyum, s. 77.

## 2. MADDİ UNSUR

### A- Hareket

#### 1) Genel Olarak

Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimlerin ifasına fesat karıştırmak suçun hareket kısmını oluşturur.

Fesat karıştırmaya kavramına yukarı da TCK 235. maddenin incelenmesinde değinilmişti. Gereksiz tekrara yer vermemek için bu kısımda belirtilmeyecektir.

Kanun hangi hallerde edimin ifasına fesat karıştırıldığını açıkça düzenlemiştir. Buna göre; ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi, edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi, yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi, hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi fiillerinin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır<sup>355</sup>.

Hile kavramına da yukarıda 235. maddenin incelenmesi sırasında değinilmişti. Ancak burada hilenin yanında edimin sözleşmeye aykırılık göstermesi de gerekmektedir<sup>356</sup>. Dolayısı ile sözleşmede öngörülen edimin ifasını etkilemeyen hileli bir davranış suçu oluşturmaz.

---

<sup>355</sup> İlk iki bentte sayılan fesat karıştırmaya hallerinde hem yükleniciye hem de idareye yükümlülükler yüklenmiş iken, son üç bentteki hallerde sadece “ kabul edilmesi” ibaresi kullanılmak suretiyle idareye bir yükümlülük getirilmektedir.

<sup>356</sup> Çelik, s. 18. Nitekim maddenin gerekçesinde de “maddenin ikinci fıkrasında, edimin ifasına fesat karıştırmaya niteliğindeki hareketler sayılmıştır. Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır” denmektedir

## 2) Seçimlik Hareketler

### a) İhale Kararında veya Sözleşmede Evsafi Belirtilen Maldan Başka Bir Malın Teslim veya Kabul Edilmesi

İhale kararında veya sözleşmede evsafi<sup>357</sup> belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilip edilmediği, ihale kararına veya yapılan ihale sözleşmesine göre değerlendirilecektir. Sözleşmede veya ihale kararında belirtilmiş olan malın yerine aynı özellikteki veya daha kaliteli bir başka malın teslimi veya kabulü bu suçu oluşturmaz. Örneğin yolun granit taşlarla kaplanması yönündeki bir ihalede, ihaleyi alan kimsenin hangi tür granit, çimento ve benzeri malzemeleri kullanacağı sözleşmede belirtilmiştir. Buna göre mesela Türk graniti kullanılması gerektiği halde Çin graniti kullanılması durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçu düşünülebilir<sup>358</sup>. Zira bu durumda hileli davranmaktan bahsedilmiştir. Yani hileli davranarak ihale sözleşmesinde evsafi belirtilen maldan başka bir malın teslim edilmesi veya kabul edilmesi söz konusu olmalıdır<sup>359</sup>.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 11. maddesinde denetimi yapacak komisyon belirtilmiştir. Yine Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik (MAY) ile mal alımı yönündeki ihalelere ilişkin ifa edilen edimlerin hangi şartlar ile denetleneceği ve kabul edilebileceği belirtilmiştir<sup>360</sup>. Buna göre yetkili makam tarafından biri başkan, biri işin uzmanı olmak üzere en az üç veya daha fazla tek sayıda kişi ile yedek üyelerden oluşan muayene ve kabul komisyonları kurulur (MAY m.6)<sup>361</sup>. Komisyon üyeleri yüklenici tarafından idareye teslim edilen malın veya yapılan işin

<sup>357</sup> Türkçe Sözlük, c.1 s. 748. Evsafi; “nitelikler” demektir. Kelime olarak Arapça “vasf” kelimesinin çoğuludur: Ozön, 216. Vase kelimesi ise sözlükte; “ bir kimse veya nesnenin hali, sıfatı, bir şahıs veya nesnenin halini anlatarak tarif etme, sıfat” olarak karşılık bulmaktadır: Ozön, s.889. Nitelik anlamına da gelmektedir: Doğan, D.Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul 2005, s.40.

<sup>358</sup> Verdiğimiz bu örnek, İstanbul Büyükşehir Belediyesinin Beyoğlu’nda yürüttüğü çalışmalarda, yürüyüş yolunun daha önceki kaplamasının kaldırılıp yerine kullanıldıkça parlayan granit taşı döşemesi yapılması için ihaleye çıktıktan sonra, kullanılan granitin Çin graniti olmasından ve kışın buzlanmada insanların kaymalarına neden olduğu gerekçesi ile yeniden ihaleye çıkılmasını içeren bir dizi olaydan alınmıştır. Hatta Beyoğlu’nda şuanda yürütülen döşemelerde “Graniturk” firmasının ürünlerinin kullanıldığını yeni yüklenici firma, çeşitli yerlere asarak ilan etmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: [http://www.yapi.com.tr/turkce/Haber\\_Detay.asp?NewsID=47157,E.T.:11/08/2006](http://www.yapi.com.tr/turkce/Haber_Detay.asp?NewsID=47157,E.T.:11/08/2006)  
<http://www.sabah.com.tr/2005/04/25/gun100.html>, E.T.: 30/04/2005.

<sup>359</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.475

<sup>360</sup> Kamu İhale Kurumunun 19.12.2002 tarih ve 24968 sayılı R.G’ de yayımladığı yönetmelik.

ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığını inceler (MAY 7/a). Bununla beraber; ihale dokümanı ve sözleşmesinde hüküm bulunması halinde, imalat veya üretim süreci gerektiren alımlar için geri dönüşü olmayan hataların ortaya çıkmasını önlemek, teslim süresinde gecikmelere yol açmamak ve hataların zamanında giderilmesini sağlamak amacıyla imalat veya üretim tamamlandıktan sonra kontrol imkânı olmayan hususlarda malın ihale dokümanında belirtilen kalite ve özelliklere uygun olarak üretilip üretilmediğinin tespiti için ilgili idare tarafından imalat veya üretim sürecinde belirli aşamalarda ve aralıklarla denetleme yapılabilir (MAY m.8)<sup>362-363</sup>. Muayenenin yapılması sırasında en uygun yöntem seçilmelidir. Buna göre, sözleşmeye konu olan malın, ihale kararına uygunluğu başlıca üç muayene usulü ile teşhis edilebilir. Bunun için laboratuvar muayenesi<sup>364</sup>, hakem muayenesi<sup>365</sup> ve nihayet fiziksel muayene<sup>366</sup> yapılacaktır. Böylece edim konusu mal hakkında kabul işlemi gerçekleşecektir. Bu aşamada muayene

---

<sup>361</sup> Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte uzman personel bulunmaması durumunda, 4734 sayılı Kanuna tabi idarelerden uzman personel görevlendirilecektir. (MAY m.6/1-ikinci cümle)

<sup>362</sup> Maddenin devamı şöyledir: “Ancak son muayenede kontrol imkânı bulunan hususlar için imalat veya üretim sürecinde ara denetim yapılmayabilir.

Malın niteliğinin imalat veya üretim aşamasında denetim veya muayene gerektirmesi halinde bu mallar idarenin görevlendirdiği ve bütün masrafları idarece karşılanacak işin uzmanı kişi yada kişiler vasıtası ile üretimin yapıldığı yerde incelenebilir. İhale dokümanında yer alması koşulu ile denetim için görevlendirilenler üretici firmalara önceden haber vermeksizin üretim sırasında kontrol yapılabilir.

Üretim sırasında tespit edilen olumlu veya olumsuz hususlar rapor halinde düzenlenir ve denetim görevlisi ile ilgili firma yetkilisi tarafından imzalanır. Firma yetkilisinin imzadan imtina etmesi halinde bu husus raporda belirtilir.

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

Bu şekilde yapılan ara denetimler muayene ve kabul komisyonlarının yetki ve sorumluluğunu kaldırmaz. Bu denetimler sonucu oluşturulan raporlar muayene ve kabul aşamasında değerlendirilmek üzere idareye sunulur.

Yüklenici, idare tarafından yapılan ara denetimler ve denetim sonucunda hazırlanan raporları öne sürerek ihale dokümanlarında belirtilen teknik ve idari sorumluluklardan kurtulamaz.

Denetimin idarenin personeli tarafından yapılması esastır. Ancak işin özelliğinin gerektirdiği durumlarda idareler bu konuda hizmet satın alabilir.”

<sup>363</sup> Konuya ilişkin diğer maddeler için ilgili yönetmeliğin 9., 10., 11. maddelerine Bkz.

<sup>364</sup> Malın fiziksel muayenesinde yüklenici ile komisyon arasında uyuşmazlığın çıkması halinde, alınan numunenin laboratuvar ortamında incelenmesi olarak ifade edilebilir. (Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: MAY m.13 vd maddeleri)

<sup>365</sup> “Laboratuvar muayenesi sonucunda reddedilen mal veya yapılan iş yüklenicinin itirazı halinde veya muayenenin idarenin kendi laboratuvarı dışında her hangi bir laboratuvarda yapılması durumunda ise şartnameye uygunluk raporu düzenlenen mallar için idarenin gerekli görmesi halinde yeniden muayenesi yapılmak üzere, varsa o maldan daha önce alınıp idarede saklanmakta olan numuneler üzerinden ihale dokümanında belirtilen hakem laboratuvarında incelettilir. Hakem laboratuvarın vereceği rapor kesindir.” (MAY m.18)

<sup>366</sup> Malın fiziksel özelliklerinin görsel ve duyuşal olarak kontrolünü ifade eder. (MAY m.4)

komisyonu üyelerinin gerekli niteliği taşımayan malı kabul etmeleriyle ya da hileyle, yüklenicinin numunede gösterilen ve uygun bulunan maldan farklı ve daha kalitesiz ifayı gerçekleştirmesi halinde suç gerçekleşecektir. Yani ihale kararında niteliği belirtilen maldan bir başkasını teslim etme ya da bunun kabul etme ile suç oluşur. Mesela 1 GB boyutunda taşınabilir belleğin teslimini içeren bir ihale kararına karşın 512 MB boyutundaki taşınabilir belleğin teslim edilmesi ya da bunun kabul edilmesi halinde olabileceği gibi.

### **b) İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Miktardan Eksik Malın Teslim veya Kabul Edilmesi**

İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi durumunda edime fesat karıştırılmış sayılacaktır. Kısmi kabulün olabileceği durumlarda “kısmi kabulün” yapılması ve kabul edilmesi bu suçu oluşturmaz<sup>367</sup>. Malın veya yapılan işin yüklenici tarafından idareye teslim edilmesiyle, kontrole başlanacaktır. Taahhüt edilen malın tamamlanan kısımları eğer elverişli ise kısmi kabul edilebilir<sup>368</sup>.

İhale ilanında, ihale kararında veya sözleşmede işin adı, niteliği, türü ve miktarı belirtilmiştir. Buna göre edimin eksik yapılması veya bunun kabulü bu suçu oluşturur. Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararda “Siirt Tekel B. Müdürlüğüne bağlı Kurtalan Müdürlüğü 1978 mahsulü alım noktasında 18/8/1979 günü gerçekleştirilen alımda yaprak tütünlerin kilolarını şişirmek suretiyle alım işleminin yürütüldüğünün aynı gün saat 18.00 sıralarında telefonla ihbar edilmesi üzerine olaya el konularak sanık Halil’in kantara, sanık İsmet’ in eksper olarak görevlendirildiği, bu kişilerin saat 12.00 ila 19.00 arasında fiilen çalışarak tütün toplayıcısı tefecilerden 1439 balya tütün alımını yaptıkları, gerçekte 25,781 kg olan miktarın, 45,509 kg olarak belirtildiği, bu suretle üreticilere 1,571,529,50 lira yerine 2,728,241,10 lira yapayı gerektirecek şekilde belge düzenlerken, bunun gelen ihbar üzerine belirlenmesinden ibaret eylem TCK m.205’e eksik teşebbüs olarak değerlendirilmelidir<sup>369</sup>” düşüncesindedir. fiilin Türk Ceza Kanunu’ndaki karşılığı inceleme konumuz olan, bu benttir.

<sup>367</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.476

<sup>368</sup> İhale dokümanında belirtilmiş olması şartıyla, taahhüt konusu işin tamamlanmış ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmi kabul yapılabilir. Kısmi kabul yapılan bölümler için bu Yönetmelik hükümleri aynen uygulanır. (MAY m.24)

<sup>369</sup> 5.CD E.8836, K.7450, K.T.:15/12/1987. Karar için Bkz.:Savaş/ Mollamahmutoğlu, c.2, s.2322.

**c) Edimin İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Sürede İfa Edilmemesine Rağmen, Süresinde İfa Edilmiş gibi Kabul Edilmesi.**

Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırılmış olacaktır. Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idareyle yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları hususunda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir. Bu durumda edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılamaz.

Doktrinde, bazen işin yapılma veya teslim yerinin değiştirilmesi ile beraber ek süre verilmesi gerekebileceği, böyle bir durumda ek süre verilmesinin bu suçu oluşturmayacağı öne sürülmüştür<sup>370</sup>. Kanaatimizce doğru bir yaklaşımdır. Zira böyle bir sürenin verilmesi kanunda düzenlenmiş bir durumdur. Gerektiği hallerde bunun uygulanmasının suç oluşturmayacağı açıktır<sup>371</sup>.

Edimin sözleşmede belirtilen süre öncesinde ifa edilmesi de mümkündür. Bu halde de ifanın kabulü mümkün olabileceği durumlarda (edimin evsafının uygun ve miktarının tam olması halinde) kabul edilmesi gerekir. Kanaatimizce bir edimin sözleşme süresinden önce ifa edilmesi halinde bu suç oluşmaz.

**d) Yapım İhalelerinde Eserin veya Kullanılan Malzemenin Şartname veya Sözleşmesinde Belirlenen Şartlara, Miktar veya Niteliklere Uygun Olmamasına Rağmen Kabul Edilmesi**

Yapım işleri yüklenicileri (veya alt yükleniciler) ihale kararı ve sözleşmedeki şartları yerine getirmenin yanında, yapıyı fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak ve hileli malzeme kullanmamak zorundadırlar (KİSK m. 30). Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği<sup>372</sup>(YİY) yapım ihalelerinin denetlenmesine ve kabul edilmesine yönelik işlerin nasıl yapılacağı hakkında bilgi vermesi açısından önem arz etmektedir<sup>373</sup>.

<sup>370</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.476

<sup>371</sup> Bkz.: KİSK m. 15.

<sup>372</sup> Kamu İhale Kurumunca düzenlenip, 19.12.2002 tarih ve 24968 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>373</sup> Bu bölümde şu konuya değinmekte fayda vardır. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı Adana, Ankara, Antalya, Aydın, Balıkesir, Bolu, Bursa, Çanakkale,



Buna göre işin denetimi niteliği itibari ile oluşturulacak en az üç kişilik komisyonca gerçekleştirilecektir. Bu kimselerin yanın da yapı denetim görevlilerinin sorumluluğu da mevcuttur<sup>374</sup>. Zira bu kimseler, denetlenecek yapı hakkında teknik bilgiye sahip olan kimselerdir. Yapım ihalelerinde sözleşmenin imzalanması ile yüklenicinin sözleşmede, yazılı süre içerisinde işe başlayabilmesi için kazıkları<sup>375</sup>, someler<sup>376</sup>, röperler<sup>377</sup> ve bunun gibi zemin hazırlıklarının sağlanarak yapı denetim görevlisi tarafından yükleniciye teslimi yapılır<sup>378</sup>. Bu teslim edilenler yüklenici tarafından işin sonuna kadar saklanmalıdır. Yapı denetim görevlisi ihale edilen işin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunu veya malzemenin şartnamesine uygun olmadığını gösteren delil ve emareler gördüğü takdirde, gerek işin yapımı sırasında ve gerekse kesin kabule kadar olan sürede bu gibi eksilerin, hataların ve kusurların incelenmesi ve tespiti için gerekli düzeltmelerin yapılmasını ihtar eder<sup>379</sup>. Yapıda kullanılan malzemenin ihale şartnamesine veya sözleşmesinde belirtilen miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi halinde bu suç işlenmiş olacaktır<sup>380</sup>.

---

Denizli, Düzce, Eskişehir, Gaziantep, Hatay, İstanbul, İzmir, Kocaeli, Sakarya, Tekirdağ ve Yalova illerinde, yapıların denetlenmesi bu kanun hükümlerine göre yapılmaktadır (m.11). Bu kanun hükümlerine göre yapı denetim kuruluşu ya da yapı denetçileri Türk Ceza Kanunu uygulamasında kamu görevlisi olarak nitelendirilecektir. (m.9/1) Yapı denetçileri veya şirketleri hizmet sektöründe olduğundan hizmet ihalelerine girip, belirli yapıların denetimini üstlenebileceği gibi, kamu kurumları kendilerine karşı girilecek taahhütler neticesinde ifa edilecek yapının bu kurumlarca denetlenmesini zorunlu olarak görebilirler. Bu halde, Yapı Denetimi Hakkında Kanunu bünyesinde faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin suça ilişkin iştirak iradeleri mevcut ise TCK m.236 açısından fail, eğer yok ise görevi kötüye kullanma suçundan fail olarak nitelemek mümkündür.

<sup>374</sup> “Muayene ve kabul komisyonu başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ile diğer ilgililerin görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır” (YİY m.17)

<sup>375</sup> İnşaat işlerinde arazinin sınırlarını belirleyen işaretler. Konuya ilişkin olarak bkz: Baytop, Firuzan, İnşaat Uygulamaları – Okullarda Öğretilmeyenler-, İstanbul 2004.

<sup>376</sup> İnşaat işlerinde yapının temelini oturduğu, kısım, temelini yatağı. Konuya ilişkin olarak bkz: Yücesoy, Lemi, Temeller, Duvarlar, Döşemeler, İstanbul 2004.

<sup>377</sup> Bir yeri, bir noktayı, bir hizayı arazide belirtmeye yada kaybolduğunda bulmaya yarayan işaret, bir doğrultuyu bir düzeyi bir yüksekliği belirlemek veya yeniden bulmak üzere bir duvar, bir kazık yada arazi üzerine konulan işaret veya nişan anlamındadır. Karavelioğlu, s.309; Hasol, Doğan, Ansiklopedik Mimarlık Sözlüğü, İstanbul 1998, s. 389

<sup>378</sup> Böke, s.860

<sup>379</sup> Böke, s. 857

<sup>380</sup> KİSK m. 31 uyarınca; “Yapı denetimini yerine getiren idare görevlileri, denetim eksikliği nedeniyle işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan on beş yıl süre ile yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumludur. Ayrıca haklarında 28 inci madde hükümleri uygulanır”

**e) Hizmet Niteliğindeki Edimin, İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Şartlara Göre Verilmemesine veya Eksik Verilmesine Rağmen Verilmiş gibi Kabul Edilmesi.**

Hizmet sözleşmesi ile yüklenici işleri yaparken gereken özen ve ihtimamı göstermeli planlayarak sürdürmelidir<sup>381</sup>. Bu yükümlülük verilen hizmet ile başlar, bitene kadar devam eder. Bu süreçte yüklenici sözleşmeye ve konuya ilişkin mevzuata aykırı davranamaz<sup>382</sup>. Bu aykırılıklar ihale kararında veya sözleşmede belirtilen hizmetlerde iş tanımına, işin niteliğine ve süresine aykırılık oluşturuyor ise suç oluşmuştur. Bunun gibi bu durumdaki ifayı kabul eden kimse de bu suçu işlemiştir. Hizmet sunucuları taahhütleri çerçevesinde standartlara uygun olmayan malzeme seçmesi, kullanılması durumunda sorumludur. Yine bunun gibi tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği gibi nedenler ile taahhüdü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmedikleri için sorumlu olacaklardır (KİSK m.34).

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacaktır<sup>383</sup>. Ancak hizmet niteliğindeki edimlerin niteliğine dikkat etmek gerekmektedir<sup>384</sup>. Buna göre bu tip bir edim bir defada gerçekleştirilebilecek nitelikte olabileceği gibi (bir şeyin taşınması, saklanması veya onarılması gibi) , çoğunlukla süreklilik arz eden bir konumda olacaktır. Örneğin, bir hastanenin temizlik işlerinin ihale edilmesi, bir il belediyesinin temizlik ve çöp toplama

---

<sup>381</sup> Kamu kurumları genellikle başlıca mal ve hizmet satın alıcıları durumdadır. Kamu kurumları bunun için ise genellikle ihale yöntemini kullanırlar. Hizmet ihaleleri ise özellikle sağlık sektöründe karşımıza çıkmaktadır. (Gülpebe, s.5). “ Yılın ilk yarısında yapılan toplam 14,2 milyar YTL’lik kamu alımına bakanlıklar açısından bakıldığında, Sağlık Bakanlığı 2 milyar YTL ile birinci, Milli Eğitim Bakanlığı 835 Milyon YTL ile ikinci, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı 734 milyon YTL ile üçüncü sırada yer aldı. Bu dönemde, belediyeler 4.5 milyar YTL, KİT’ler 2.1 milyar YTL, Yüksek Öğretim Kurumları ise 772 milyon YTL alım gerçekleştirildi” , “ Kamu kuruluşları bu dönemde en çok ilaç, tıbbi malzeme ve laboratuvar aygıtları (3 bin 430 ihale ilanı) için ihaleye çıktı. Bina inşaat işleri için bin 375 ihale ilanı, petrol ürünleri, akaryakıt ve madeni yağ alımları için bin 99 ihale ilanı, gıda ve içecek alımları için 849 ihale ilanı, otoyol, karayolu, havalimanları ve demiryolları ile ilgili hizmet alımları için 597 ihale ilanı yapıldı”: Akşam Gazetesi, 8 Ağustos 2006, s. 17.

<sup>382</sup> Böke, s.840

<sup>383</sup> Konuya ilişkin kararlar için Bkz.: Doğanığit, s.544.

<sup>384</sup> İhale yapıldıktan sonra ortaya çıkabilecek ve maliyeti etkileyebilecek fiyat değişikliklerinde sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesi ilke olarak kabul edilmiştir. Yani böylece maliyetin artması halinde taahhüt eden kimseye kolaylık sağlanabilecek ve idareye ödenecek fiyatta indirim yada idarece ödenmesi gereken bedelde artım yapılabilecektir. : Doğanığit, s.527; Turguter/Tokmaklı, s.459; Abacıoğlu, Muhittin, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2004, s.264.

işlerinin ihale edilmesi, danışmanlık hizmetinin sunulması gibi. Bu hallerde edim belirli bir dönem içerisindeki nitelik ve şartlarında süreklilik göstermesi gerekmektedir. Bu halde aksayan, eksik veya belirtilen niteliği taşımayan hizmetin kabulünde dahi suç oluşacaktır. Bir örnek ile açıklarsak, A Belediyesi bir yıl boyunca çöp toplama ve temizlik işlerini ihale edecektir. Bunun için şartnamede 20 adet işçinin, 20 adet aracın, günlük olarak 20 kg temizlik maddesi kullanılarak temizlik yapılacağına ilişkin detayları belirtmiştir. Bu durumda ihaleyi alan B firmasının bir yıllık dönem içerisinde şartnamede belirtilen ilkelere uyması gerekecektir. Bu şartnameye uymayan bir edim eksiktir. Mesela 20 işçi çalıştırması gerektiği halde altıncı ayda 10 işçi çıkardığı bilinen, ifanın kabul edilmesi halinde suç gerçekleşecektir.

Bu bentte belirtilen durumun aksinde ise, yani idarenin sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmesine rağmen daha sonra ifa edilmediğinden bahisle kabul etmemesi durumunda ise bu suçunun oluşmayacağını ifade etmek gerekir<sup>385</sup>. Zira edime ilişkin bir fesat karıştırma hali yoktur, ancak failce edim ret edilmektedir.

Kabul Yönetmelikleri'ndeki usullere aykırı bir metodun izlenmesi başlı başına 236. maddedeki fesat kavramı içerisinde düşünülemez. Zira takip edilmesi gereken yöntem ve usullere aykırı davranılmıştır. Bu durumda idari cezalar uygulanabilir. Önemli olan nitelik, nicelik açısından farklı, diğer ifade ile sözleşmede ve ihale kararında belirtilen hususlar dışında bir malın, hizmetin, yapım işinin kabul edilmesidir.

Maddenin ikinci fıkrasının ilk iki bendinde sayılan fesat karıştırma hallerinde hem yükleniciye hem de idareye yükümlülükler yüklenmiş iken, son üç bentteki hallerde sadece “kabul edilmesi” ibaresi kullanılmak suretiyle idareye bir yükümlülük getirmektedir<sup>386</sup>.

**Bu kısımda sözleşmede değişikliğin yapılmasını gerektirebilecek veya edimi yerine getirmek için öngörülen süreyi uzatma sonucunu doğuracak durum olan mücbir sebebe değinmekte fayda vardır.**

---

<sup>385</sup> Eğer fail kamu görevlisi ise kanaatimizce görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi mümkündür.

<sup>386</sup> Kanaatimizce bu belirtilenlerden yüklenicilerin sorumlu olmayacağı sonucu çıkmaz. Örneğin yapım ve hizmet ihalesine ilişkin edimin eksik ifa edilmesini kabul eden kişiler edimi fesat karıştırmaktadır, edimi yerine getiren kimsenin yükümlülüğü olmadığı için suç yüklenici açısından

Mücbir sebep; dış kuvvetler neticesinde olan ve borçlunun tutumu ile bağlı bulunmayan, önceden öngörülemeyen, kaçınılamayan ve mutlak bir biçimde borcun ifa edilebilmesini engelleyen ve dolaysı ile borca aykırılığa sebep olan olaydır<sup>387</sup>. Sözleşmede tarafların mücbir sebeplerin ve olağan üstü halin ne olduğunu belirtme serbestisi mevcuttur<sup>388</sup>. Mücbir sebep kavramı; daha önce yürürlükte olan; Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak idarelerce bu konuda şartname ve sözleşmelere hükümler konularak mücbir sebeplerin neler olacağı saptanmaktaydı. Bu da beraberinde farklı uygulamaları gündeme getirmişti<sup>389</sup>.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10. maddesi mücbir sebep sayılabilecek halleri ve bağlanacak sonuçları açıkça belirtmiştir. Buna göre: doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı, gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerdir. Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması gerekir.

Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunulmalıdır. Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur. Bu halde ifa edilemeyen edimden dolayı taahhüt altına giren kimsenin sorumlu olması imkânsızdır<sup>390</sup>. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki suçun oluşması için failin hileli davranması gerekmektedir. Hileli bir davranış neticesinde mücbir sebep gerçekleşmiş ise fail yine sorumlu olacaktır. Aksi takdirde hile mevcut olmadığı için failin sorumluluğu düşünülemez.

---

oluşmaz, denemez. Zira yüklenici de malın evsafında değişiklik yapmak suretiyle edime fesat karıştırmış olabilir.

<sup>387</sup> Reisoğlu, 284, Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1977, c.2, s.266; Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.464.

<sup>388</sup> Reisoğlu, s.284

<sup>389</sup> Turguter/Tokmaklı, s. 489

<sup>390</sup> Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Mücbir Sebeplerden Dolayı Sözleşmenin Feshi” başlıklı 23. maddesi şöyledir: “Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir”.

## **B- Fail**

Bu suçun faili herkes olabilir<sup>391</sup>. Madde metininden anlaşılacağı gibi, edimin ifasına fesat karıştırma halleri sayılırken, “malın teslim edilmesi” veya “kabul edilmesinden” söz edilmektedir. Buna göre failin “kabule” veya “teslime” yetkili olması gerekmektedir. Malı inceleyen veya malı teslim eden kişiler de suçun faili olabilirler<sup>392</sup>. Örneğin mal kabul komisyonu üyesi, yapıyı muayene eden komisyon üyesi gibi. İhale sözleşmesinde, kendisine ihale bırakılmış kişi de suçun faili olabilir. Yani edimi yerine getirmeyle yükümlü bir kimse fail olabilir. Örneğin yapım müteahhidi, taşeron ya da alt taşeron gibi. Yüklenici, ihaleyi yapan idarede çalışan kamu görevlileri, ihale yetkilisi veya bunların dışındakiler fail olabilirler. Örneğin, edimi ifa edecek şirketin elemanları gibi.

İhaleye katılan kimse ile edimi ifa eden kimsenin aynı olması hali mümkündür. İhaleye fesat karıştırarak ihaleyi kazanan kimse, aynı zamanda edimin yerine getirilmesi aşamasında da edime fesat karıştırabilecektir. Yine bunun yanında taahhüt edilen malı eksik veren ile bunun bilerek kabul eden kimselerin failliği de söz konusu olabilir. Bu durumda her biri ayrı ayrı fail olarak değerlendirilir. Suçun örgütlü biçimde işlenmesi de mümkündür.

## **C- Konu**

Suçun konusu kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimdir.

Edim; sözlükte borçlanılan şey, borcun konusu, alacaklının borçludan yerine getirmesini talep etme hakkı bulunduğu ve borçlunun da verme veya vermeme ya da yapma veya yapmama şeklinde yerine getirmekle yükümlü olduğu şey anlamında karşılık bulmaktadır. Edim, borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu davranış, borcu konusu olarak da tanımlanmıştır<sup>393</sup>. Edim, borçluya düşen yükümlülüğün içeriği kadar,

---

<sup>391</sup> Çelik, s. 18; Meran, s. 321.

<sup>392</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.474

<sup>393</sup> Bkz.: Oğuzman, M. Kemal/Öz, M.Turgut, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul1998, s.5.

bu yükümlülüğün yerine getirilmesi zorunluluğunu da içerir<sup>394</sup>. Edim bir ekonomik değer taşır. İfası ise bir defa yerine getirilecek bir mahiyet arz edecek nitelikte olabileceği gibi, süreklilikte gösterebilir<sup>395</sup>. Bu ihale kararında veya sözleşmede belirtilen yükümlülüğe göre değişecektir. Edim, davranış biçimi açısından; “müspet - menfi edim” , edimin belirlenmesi açısından, “neviyle belirlenen – seçimle belirlenen edim”, ifa süresi bakımından “ani, sürekli ve dönemli edim” şeklinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır<sup>396</sup>.

Taahhüt bir şeyi yapmayı üstüne almak demektir<sup>397</sup>. Taahhüt etmek ise, üstlenmek anlamına gelmektedir<sup>398</sup>. Kendi adına ve hesabına gerçek veya tüzel kişilere karşı sözleşme ile yâda sözleşme yapılmaksızın bir işin yapılmasını, bir şeyin teslim edilmesini yüklenmektir<sup>399</sup>.

Taahhüdün, TCK m.235 düzenlemesinde olduğu gibi mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin olması gibi bir şart koşulmamıştır. Burada söz konusu olan taahhüttür. Onun için (yukarıda TCK m. 235 incelemesinde yaptığımız) taşıma, trampa, mülkiyetin gayri ayni hakkını, danışmanlık ve sair ihalelerin hepsi sonucunda girilen taahhütler ile ihale yoluna gidilmeden girilen taahhütler madde kapsamındadır.

---

<sup>394</sup> Tekinay, S.Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.8.

<sup>395</sup> Reisoglu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1999, s.30; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2003, s.3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.9; Oğuzman /Öz, s.5.

<sup>396</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.474; Oğuzman /Öz, s.5 vd. “ Borcun konusu olan edim; satıcının borcunda olduğu gibi bir şey vermeye; bir elbisenin dikilmesini, bir evin inşası borcunda olduğu gibi bir şey yapmağa; rekabet etmeme borcundaki (Bkz.: BK m. 348) gibi, bir şeyden kaçınmaya ilişkin bulunabilir. Edim, bir hizmetin ifasında, ressamın bir tablo yapmasında olduğu gibi borçlunun bedeni veya fikri gücüyle yerine getirilecekse ‘şahsi edimden’ söz edilir. Şahsi nitelikli edimler yerine getirilmediği (örneğin, ressam sözleşme uyarınca resmi yapmayı reddettiği) takdirde, alacaklı (prensip olarak) zarar ziyan istemek hakkına sahip olur. Bu surette şahsi edimin yerini maddi edim alır”: Reisoglu, s.30.

<sup>397</sup> Borçlar Hukuku açısından taahhüt tarafı borçlandırıcı konuma getiren işlemdir. Böylece borçlu bir şeyi, örneğin satımda malın mülkiyetini geçirme gibi, yapmak zorunda kalacaktır. Zevkililer/Aydoğdu/Petek, s. 25.

<sup>398</sup> Türkçe Sözlük, c.2, s.2105.

<sup>399</sup> Hukuk Lügati, s. 314. “Bütçe ile kabul edilen tahsisat dâhilinde, bir hizmetin yapılmasına başlanması veya o hizmetin yapılması hakkında ihzari muamelenin ikmalî ile üçüncü şahıslara karşı mukavele veya kararlarla devletin bağlanarak, üçüncü şahıslar lehine hak tesisini mutazammın ve masraf tediyatının Muhasebe-i Umumiye Kanunu ile müesses usullere göre ilk merhalesini teşkil eden tahsisatı o nispette bağlayan, ita amirleri tarafından yürütülen mali muameledir. Her bakanlık nezdinde Maliye Bakanlığı tarafından mansup muhasebe müdürleri aynı zamanda taahhüt mürakibi vazifesini de görmektedirler”: Hukuk Lügati, s. 314.

Kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girilen taahhüt temelde iki tür işlemde doğmaktadır. Buna göre ilkin bir ihale neticesinde yapılan bir sözleşme ile taahhüt gerçekleşebileceği gibi, ihale söz konusu olmadan yani kamu kurum veya kurumunun doğrudan temin yoluna başvurması ile söz konusu olacaktır.

Maddenin kapsamına giren dernek, kooperatif ve vakıflara karşı girilecek taahhütlerin kaynağı ise özel hukuk hükümlerine göre tanzim edilecek sözleşmeler olabilir<sup>400</sup>. Örneğin kamuya yararlı sıfatını taşıyan C Hastanesinin Kalkındırma ve Güzelleştirme Derneğinin tomografi (bilgisayarlı kesityazar) cihazı alımını Y şirketinden karşılamıştır. Ancak sözleşmede 1999 yılına ait olması gerektiği belirtildiği halde, cihazın aslında 1989 yılına ait olduğu ortaya çıkmıştır. Bu durumda temin eden Y şirketinin bu yolla edime fesat karıştırdığı açıktır. Zira taahhüt edilen evsafa olmayan bir mal derneğe teslim edilmiştir. H Kooperatifine ait bir yapının yapılması için

---

<sup>400</sup> Burada sözleşmenin yapılmasına gerek olmadan taahhüdün mümkün olabileceğinin düzenleme altına alındığını belirtmekte fayda vardır. Devlet İhale Kanununun 51. maddesine göre; pazarlık usulüyle yapılacak işlerden, yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dahil) ve nitelikleri itibarıyla her yıl Genel Bütçe Kanunu'nda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, bu Kanunun 1 inci maddesinde gösterilen işler, 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, 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; bilgisayar alımı, kiralama, bakım ve onarımı; her çeşit araç ve gerecin yetkili servislerine yaptırılacak periyodik bakım ve onarımları; yedek parça ve lastik alımları, 29 uncu maddeye göre ihalenin yapılmaması veya sözleşmenin bozulması nedeniyle, yeniden yapılacak ihalelerin sonuçlandırılmasına kadar geçecek süre içindeki ihtiyaç maddelerinin alımı, Özellikleri nedeniyle belli isteklere 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, Tek kişi veya firma elinde bulunan taşınır mal, hak ve hizmetlerle, belirli taşınmaz malların alımı veya kiralama, Özellikleri nedeniyle yabancı ülkelerden sağlanması zorunlu olan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri için sözleşme yapılmasını idarenin takdirine bırakmıştır. Bunun gibi; 61. maddenin atfı ile; 57. maddede yazılı süre içinde taahhüdün şartname hükümlerine göre yerine getirilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir. 57. maddeye göre; sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31. maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır bu süre içerisinde edim yerine getirilmiş ise sözleşmenin zorunlu olmadığını ön görmüştür. Bu konuda kanaatimizi belirtmemizde fayda vardır. Sözleşme ve ihale kararı ile edimin niteliğine ilişkin bilgiler mevcut olduğu için suçun oluşup oluşmadığı hususunda bilgiyi elde etmemiz açısından önemlidir. Bu açıdan bakıldığında Türk İhale Hukuku gerek Avrupa Birliğine giriş sürecindeki uyumlaştırma sürecinde ve zamanla değişmiştir. Artık ihale kararının, ihale sonrasındaki muhatapla sözleşme imzalanması suretiyle pekiştirileceği açıktır. Zaten bu konuda temel kanun olan kamu ihale kanunu bu sistemin izlemektedir. Zaten sözleşmenin olmaması, daha doğrusu düzenlenmemesi durumu hem ihtiyari hem de istisnai bir konudur.

müteahhitle anlaşılmış, ancak müteahhit yapıyı düzenlen sözleşmeye uygun yapmamıştır. Bu örneklerde dikkat çekmek istediğimiz konu, edimi doğuran taahhüdün bağlandığı metnin bir özel hukuk sözleşmesi olmasıdır. Yani sözleşmenin kaynağı, ne Kamu İhale Kanunu ne Devlet İhale Kanunu nede başka bir kamu kuruluşunun iş ve işlemlerini düzenleyen kanundur. Bu durumda önemli olan geçerli sözleşmenin ihlal edilmiş olmasıdır.

Biz aşağıda taahhütlerin kaynağını incelerken kamu kurumları açısından bir tasnife tabi tutacağız. Zira bunu belirtmek gerekir ki bunları dışındaki taahhütlerin kaynağı Borçlar Kanunu başta olmak üzere ilgili yasalardır. Bunların incelenmesinin tezimiz açısından pratik bir faydası olmayacaktır.

### **1) Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Karşı Yapılan İhale Sonucunda Taahhüt Altına Girilmesi**

#### **a) Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Hükümlerine Göre Düzenlenen Sözleşmeler**

Kamu kurum ve kuruluşlarına karşı taahhüt altına girilen edimler genellikle yapılan bir “kamu ihalesi” ile olmaktadır. Nitekim kamuya karşı girilen bu taahhütler için ihale sonunda bir sözleşme ile düzenlenir. Taahhüt edilen edimler bu sözleşmeye aykırı olamaz. Bu konuda 5.1.2002 tarih 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu temel düzenleyici konumundadır. Kanunun, “denetim, muayene ve kabul işlemleri” başlıklı 11. maddesine göre; mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz. Ancak idarenin sözleşmede aksi belirtilmediği hallerde ilgili edimi belirli dönemlerde incelemesi mümkündür. Hatta eğer edim elverişli ise kısmi kabul dahi olanaklıdır. Teslim edilen mal, hizmet, yapım işinin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından gerçekleştirilecektir<sup>401</sup>.

Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre yapılan bir ihale neticesinde iş ve işlemler, 4735 sayılı Kanuna göre sözleşmeye bağlanacaktır. (KİSK m. 1,2). Buna göre sözleşme ile taahhüt altına girilmiş olunacaktır. Bu anlamda sözleşme; mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade eder (KİK



m.4). Buna göre yapılacak sözleşmeler “*tip sözleşmeye*”<sup>402</sup> uygunluk arz etmek durumundadır<sup>403</sup>. Sözleşmelerde; işin adı, niteliği, türü, miktarı, tanımı, idarenin adı ve adresi, yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligat için esas alınacak adresi, varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları, sözleşmenin bedeli, türü ve süresi, ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı, sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ödeme biçimi, ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dâhil olacağı, vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin hangi tarafça ödeneceği, montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım, onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar, kesin teminat miktarı ve iadesine ait şartlar, garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar, işin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları, gecikme halinde alınacak cezalar, mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler, denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar, yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar, sözleşmede değişiklik yapılma şartları, sözleşmenin feshine ilişkin şartlar, yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracığı personele ilişkin sorumlulukları, ihale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu, anlaşmazlıkların çözümü konularının bulunması gerekmektedir<sup>404</sup> (KİSK m. 7).

---

<sup>401</sup> Artuk, / Gökçen/Yenidünya, s.473.

<sup>402</sup> Tip Sözleşme Kamu İhale Kurumunca yayımlanmıştır. Buna göre idareler bu tip sözleşmeyi örnek olarak sözleşme tanzim edeceklerdir. Tip sözleşmeler; Mal Alım İhalelerine Ait Tip Sözleşme, Hizmet Alımları Tip Sözleşmesi, Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme (Anahtar Teslimi Götürü Bedel İşler İçin), Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme (Teklif Birim Fiyatlı İşler İçin), Danışmanlık Hizmet Alımları Tip Sözleşmeleridir.

<sup>403</sup> 4735 sayılı Yasanın “Tip Sözleşmeler” başlıklı 5. maddesi aşağıdaki gibidir: “Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. (Ek cümle: 30.7.2003. 4964/42 md.) Mal ve hizmet alımlarında, Tip Sözleşme esaslarına aykırı olmamak ve Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutad olan sözleşmeler kullanılabilir.”

<sup>404</sup> Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda; yapım işlerinde, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, mal veya hizmet alımı işlerinde ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşmesi tanzim edilecektir. Bununla birlikte yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşmesi düzenlenir. (KİSK m.6)

Kamu İhale Kanununa göre yapılan bir ihale neticesinde yapılan bir sözleşmenin yukarıda belirtilen şartları taşıması halinde, bir diğer deyişle geçerli olması durumunda tam anlamıyla bir “taahhüt” kavramından söz etmemiz mümkün olacaktır. Zira ihale mevzuatı açısından taahhüt olarak kabul edilmeyen bir edimin, ceza hukuku açısından taahhüt olarak kabul görmesi düşünülemez. Sözleşmede belirtilmeyen veya düzenlenmeyen bir taahhüde fesat karıştırmak mümkün değildir.

### **b) Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Dışında Düzenlenen Sözleşmeler**

Kamu İhale Kanun kapsamı dışında kalan ihale işleri de mevcuttur. Dolayısıyla Kamu İhale Kanunu kapsamında olmayan bir ihale için, 4735 sayılı Kanunun çerçevesinde bir sözleşme söz konusu olmayacaktır. Bu halde de ikili bir ayrıma gitmek mümkündür. Buna göre yapılan ihale ya Devlet İhale Kanunu kapsamında ya da Kamu İhale Kanununun 3. maddesine göre istisna tutulmuş bir ihale olacaktır.

Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesine göre; sözleşme idare ile müşteri arasında yapılan yazılı anlaşma olarak kabul edilmektedir. Böylece yapılacak ihaleler bir sözleşmeye bağlanır ve sözleşme, idare adına ita amiri tarafından imzalanır (DİK m.53/1<sup>405</sup>). Satışlara ilişkin ihalelerde müşterinin aynı süre içinde ihale bedelini ve müşteriye ait bulunan vergi, resim ve harçları yatırması, diğer giderleri ödemesi gerekir. Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir (DİK m.57)<sup>406</sup>. Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesi ile Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kuruluşlar ve işlere ilişkin olarak düzenlenecek sözleşmeler kurumların kendi mevzuatları çerçevesinde tanzim edecektirler<sup>407</sup>.

## **2) Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Karşı İhale Yoluna Gidilmeden Taahhüt Altına Girilmesi**

İdarenin kamusal hizmetleri görmesi için gerek duyduğu ihtiyaçları karşılamak üzere ihale yöntemine her zaman başvurması gerekmez. Zira ihale yöntemi idare ile sözleşmeyi imzalayacak kişinin belirlenmesi yöntemidir.

<sup>405</sup> “Bu Kanunda belirtilen özel hallerde sözleşme yapılması zorunlu değildir” (DİK m.53/2)

<sup>406</sup> Konuya ilişkin olarak Devlet İhale Kanununun düzenlemeleri için Bkz.: DİK m.54-70.

<sup>407</sup> Bkz.: KİK m.3

Kamu İhale Kanunu'nu 22. maddesi<sup>408</sup> uyarınca ihtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi, sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması, mevcut mal, ekipman<sup>409</sup>, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun<sup>410</sup> 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, Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin belirli bedeli aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilgili alımlar<sup>411</sup>, idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması, özelliği nedeniyle stoklama imkânı bulunmayan ve acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, tıbbi sarf malzemeleri alımları, milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları<sup>412</sup> hallerinde ihtiyaçların ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilecektir<sup>413</sup>. Sayılan işlerde ihale yapılmadan, yapılan piyasa araştırması neticesinde uygun bulunan bedel üzerinde sözleşme yapılacaktır. Bu durumda idare gerek ihale mevzuatının kendisine tanıdığı yetki

<sup>408</sup> Bu konuda Bkz.:DİK m.71 vd.

<sup>409</sup> Donatım, takım, bir kuruluş veya işletmeye gerekli olan eşyaların tümü demektir: Hasol, s. 155.

<sup>410</sup> İşletme- idari maliyetlerin belirli bir düzeyde tutulması, envantere bulunan sistemler ile uyumun sağlanması amacıyla kalite veya marka, model, üretici firma birliğinin ve uyumunun sağlanmasıdır: Karavelioğlu, s.327.

<sup>411</sup> Bu limitler, Kamu İhale Tebliğinin (2006/1) 2. maddesinin 5. bendi uyarınca şu şekilde belirtilmiştir: "Doğrudan Temin" başlıklı 22 nci maddenin; (d) bendinde belirtilen 24.759,- YTL., (Yirmidörtbin yediyüzellidokuz Yeni Türk Lirası), 25.883,- YTL. (Yirmibeşbin sekizyüzseksenüç Yeni Türk Lirası), 8.252,- YTL (Sekizbin ikiyüzelliiki Yeni Türk Lirası), 8.626,- YTL. (Sekizbin altıyüzyirmialtı Yeni Türk Lirası), ... şeklinde güncellenmiştir".

<sup>412</sup> Bu duruma ek olarak 4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez Ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun hükümleri çerçevesinde idari davaların açılması, idareler aleyhine açılan bu nevi davaların takip ve müdafaası daire amirlerine veya bu dairelerin bağlı buldukları Bakanlıklar hukuk müşavirlerine ait olup Danıştay'daki duruşmalarda bu daireler kendi amirleri veya hukuk müşavirleri ve hukuk müşaviri teşkilatı olmayan dairelerde ilgili şube amiri tarafından temsil olunur. Hazineyi ilgilendiren işlerde bu vazife Hazine Müşavir avukatı veya avukatları tarafından yapılır. Lüzumu halinde Maliye Bakanlığının alakalı servisine mensup ve Maliye Bakanlığı tarafından tensip edilecek bir memur Hazine Avukatı ile birlikte duruşmaya iştirak ettirilebilir. Bunun yanında milletlerarası yargı organlarında Devletin taraf olduğu davalar ile milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülen ve Hazine avukatlarınca takibine imkân bulunamayan uyuşmazlıklarla ilgili davalarda da; Devleti ve genel bütçeli daireleri temsil etmek ve savunmak üzere, Türk ve yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından ilgili idarelerce Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları da sayılmıştır.

çerçevesinde gerekse özel bir yasanın hükümlerine göre işlem yapmaktadır. İdare bu işlemler ile alım, satım, kiralama ve benzeri işlerini görmektedir. Bu halde idarenin muhatabı gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişide olabilir.

Doğrudan temin yöntemi bazı hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek temin edilebildiği usulü ifade eder (KİK m.4). Bu yöntemin kaynağı başta Kamu İhale Kanunu olmak üzere birçok yasal düzenlemelerdir. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu bu konuya örnek olabilir. *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun* uyarınca ihale yoluna başvurulmadan bazı işlemler yapılabilecektir. Hisselerin yurt içi ve yurt dışında halka arz, borsada satış, menkul kıymetler yatırım fonları veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satış suretiyle özelleştirilmesi halinde ihale yöntemine başvurulmayacaktır (m.18).

*4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun* çerçevesindeki satışlarında bir kısmı için ihale değil, doğrudan satış yöntemi uygulanabilecektir (m.8).

*2985 sayılı Toplu Konut Kanunu* hükümleri çerçevesinde yapılan iş ve işlemler herhangi bir ihale kanunu çerçevesinde olmadığı için bu iş ve işlemler Toplu Konut İdaresince yürütülecektir. Bu kanun çerçevesindeki iş ve işlemler de ihale yöntemine başvurulmadan görülebilecektir (m.6).

Bunların yanında Devlet Malzeme Ofisinin yapacağı bazı alımlarda da doğrudan temin yöntemine başvurulacaktır. Bunlar başlıca; Devlet Malzeme Ofisinin Ana Statüsünde belirtildiği üzere kâğıt, karton, mukavva ve mamulleri, kırtasiye, büro malzemeleri (büro makineleri, aletleri, mefruşatı), sabit tesisler hariç olmak üzere aydınlatma ve ısıtma araçları, temizlik malzemeleri, daire hizmetinde kullanılan taşıtlar, sair döşeme, demirbaş, makine ve teçhizatları, motorlu araçların iç ve dış lastikleri, başta

---

<sup>413</sup> Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterli kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir. (KİK m.22/son)

matbaadaki basım işleri olmak üzere diğer basım işleri için (m. 4) ihale açılmadan idarelerce satın alınabileceklerdir<sup>414</sup>.

#### **D- Mağdur ve Suçtan Zarar Gören**

Suçun mağduru edimin usulüne uygun ifa edilmemesinden zarar gören gerçek kişilerdir. Suçtan zarar gören ise kendisine karşı edimin ifası için taahhüde girilen kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler ile suçtan zarar gören gerçek kişiler olabilecektir. Bu kurum ve kuruluşların kapsamına TCK m. 235 incelemesi esnasında değindiğimiz için, tekrar yer vermeyeceğiz.

Bu suç için nitelikli hal öngörülmemiştir.

### **3. MANEVİ UNSUR**

Suçun manevi unsuru kasttır. Fail isteyerek ve bilerek eylemi gerçekleştirmiş olmalıdır. Bu suç taksirle işlenemez. Hata veya bilgisizliğinden dolayı sözleşmede öngörülen niteliği haiz olmayan malların kabul edilmesi ile bu suç işlenmiş olmaz<sup>415</sup>.

### **4.HUKUKA AYKIRILIK**

Bu konuda hareketi hukuka uygun kılacak bir hal öngörülmemiştir. Genel hükümler uygulanacaktır.

### **5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ**

#### **A- Teşebbüs**

Bu suç, sırf hareket suçudur<sup>416</sup>. Bu bakımdan suçun icra hareketleri kısımlara bölünebiliyor ise teşebbüs mümkündür. Aksi takdirde mümkün değildir. Suçun oluşması

---

<sup>414</sup> Doğanıyigit, Rehber, s.619. Bunun gibi Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliğinin 27. maddesinde belirtildiği üzere bir kamu kurumunun da atıla çıkmış hurda malzemelerini Makine Kimya Endüstrisi Kurumuna satması da ihale yöntemine gidilmeyen taahhüde örnek teşkil edecektir.

<sup>415</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.477. Ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m.205 uygulamasındaki yorumlar için Bkz.: Yazıcıoğlu, s.141; Dönmezer, s.91; Erem/Toroslu, s.164; Artuk/Gökçen, s.4.

<sup>416</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.477.

için herhangi bir zararın meydana gelmiş olması aranmaz.<sup>417</sup> Örneğin gizli kalması gereken belgeler hakkındaki bilgilerin ihaleye girecek kimselere ulaştırılması ile suç gerçeklerdir. Ancak bu bilgiler ulaştırılmadan engel olunması halinde suça teşebbüsten bahsedilebilir. Bununla beraber hizmet işine ilişkin bir taahhütte, hizmetin eksik yerine getirildiği an suç oluşur. Bu durumda teşebbüs olmaz.

## **B- İştirak**

İştirak bakımından genel hükümler uygulanır.

## **C- İçtima**

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 236. maddesinin 3. fıkrasına göre bu suç nedeni ile menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacaktır. Buna göre suçun oluşması için bir menfaat temin etmek gerekli değildir<sup>418</sup>. Bu suçtan menfaat temin eden başta kamu görevlileri olmak üzere diğer kimseler, menfaat temin etmek ile işledikleri suç için ayrıca ceza alacaklardır. Örneğin; edime fesat karıştırmak için menfaat sağlayan bir kamu görevlisi için hem edimin ifasına fesat karıştırmaya suçundan hem de duruma göre rüşvet, irtikâp, zimmet gibi suçlardan dolayı ayrı ayrı hüküm kurulacaktır<sup>419</sup>.

Edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunun belgede sahtecilik yapmak suretiyle işlenmesi durumunda ise; TCK'nın 212. maddesi hükmü uyarınca gerçek içtima kuralları uygulanacaktır<sup>420</sup>.

KİSK m. 29 uyarınca Kanunun uygulamasında görevlilerin veya danışmanlık hizmeti sunan kurumların yüklenicilerin iş ve işlemlerindeki gerek teknik gerekse mali durumlarına ilişkin olarak gizli kalması gereken hususları açıklaması ve bu bilgileri kendilerine veya başka kimselerin menfaatleri için kullanmalarının müeyyide altına alındığı düzenlenmiştir. Fail, gizli tutulması mevzuattan kaynaklanan bir bilgi veya

---

<sup>417</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.474.

<sup>418</sup> Çelik, s. 18.

<sup>419</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.477. Nitekim 236. maddenin gerekçesinde şöyle denmektedir: "Maddenin üçüncü fıkrasına göre; edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir. Aksi takdirde, yani edimin ifasına fesat karıştırmaya dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması halinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir".

<sup>420</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.478.

belgeyi başkalarına ulaştırmaktadır<sup>421</sup>. Fail, çoğu zaman kamu görevlisi olacaktır. Bu durumda TCK m. 258. maddede belirtilen “göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçunu da ihlal etmiş olmaktadır<sup>422</sup>. Zira 236. maddede sayılan hareketler arasında bilgi ve belgelerin açıklanması yasağına ilişkin bir durum yoktur. Ancak bu bilgi ve belgeler başka bir ihaleye fesat karıştırma amaçlı kullanılırsa, m.235 hükmü uygulanacaktır.

Hizmet ihaleleri söz konusu olduğunda taahhüt edilen edimde belirli bir süreyi kapsayacak nitelik taşımaktadır. Mesela temizlik işlerinde olduğu gibi, belirli bir süre devam etmektedir. Bu süre zarfında edimin ifasına birkaç kez fesat karıştırılması halinde de tek bir suçun oluşacağını kabul etmek gerekmektedir. Örneğin fail temizlik işlerini bir yıllığına yürütmektedir. Ancak bu edime defalarca fesat karıştırarak niteliğini eksik ifa etmiştir. Söz konusu taahhüt tektir. Ancak failde tek bir suç işleme kastı vardır ki bu da taahhüt ettiği temizlik işleridir. Bu durumun benzeri kısmı kabulün mümkün olduğu durumlar içinde düşünülebilir. Böylece fail yerine getireceği edimlere belirli sürelerde aynı suçu işleme kastıyla hareket etmektedir. Bu durumda zincirleme suç söz konusu olacaktır<sup>423</sup>.

Failin suçun konusu aynı kalmak kaydıyla seçimlik hareketlerden bir kaçını ihlal etmesi halinde de tek suçtan bahsedilecektir. Bu durumda fail aynı edime birden çok seçimlik hareketi ihlal ederek fesat karıştırmaktadır. Zincirleme suç söz konusu olduğunda ise aynı kuruma karşı farklı edimlere, birden fazla kere fesat karıştırılmış olacaktır. Yukarıdaki örneğe dönersek failin taahhüt ettiği temizlik işinde kullanması gereken miktardan daha az temizlik malzemesi kullanması veya teslim etmesi gerekenden az çöp torbası teslim etmesi ile hizmet sürelerini aksatması halinde edime iki seçimlik hareketi ihlal ederek fesat karıştırdığından bahsedebiliriz. Bu halde yine tek suç

---

<sup>421</sup> Önceki ceza yasamızda sahte belge düzenlemek suçun unsuru durumunda idi. Nitekim Yargıtay bir kararında şöyle demektedir : “Tekel müdürü olan sanık Mehmet’in aynı yerde tek el eksper M.Nuri ve özel eksper Seyfi ile anlaşarak Kamu İktisadi Teşebbüsü olan Tekel hesabına tütün almaya memur edildikleri sırada sahte belgeler düzenledikleri ve tütün kalitesini olduğundan yüksek gösterip pahasında fesat karıştırarak menfaat sağlanmasına ve adı geçen işletmenin zarara girmesine yol açtıkları anlaşılmasına göre eylemin TCK’nın 205 maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğuna karar verilmiştir”. 5.CD E.4124, K.4738, K.T..6/11/1991. Karar metni için Bkz.: [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), E.T.: 12.10.2005.

<sup>422</sup> Madde metni şöyledir: “(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.”

<sup>423</sup> Meran, s. 323.

oluşacaktır. Çünkü suçun konusu olan edim tektir. Ancak farklı seçimlik hareketler ile suç işlenmiştir.

İhaleye katılan kimse ile edimi ifa eden kimsenin aynı olması hali mümkündür. İhaleye fesat karıştırarak ihaleyi kazanan kimse, aynı zamanda edimin yerine getirilmesi aşamasında da edime fesat karıştırabilecektir. Bu halde iki ayrı suç oluşacağı konusunda tereddüt yoktur<sup>424</sup>.

## **6. YAPTIRIM**

### **A- Ceza**

Suçun failine “üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası“ öngörülmüştür. (TCK m. 236/1 son).

### **B- Güvenlik Tedbirleri**

Suçun failinin bir tüzel kişi olması halinde; TCK 242. madde gereğince yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır.

## **III- İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN**

### **KOVUŞTURMA USULÜ, İDARİ YAPTIRIMI ve İHALE SÜRECİNE ETKİSİ**

#### **1. İHALEYE İLİŞKİN SUÇLARIN KOVUŞTURMA USULÜ**

##### **A- İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Açısından**

Suçun failinin kamu görevlisi olması durumunda ise; 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uygulanacaktır. Bu kanununa göre; görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur (m.2/2). Bu istisnai durumun



kapsamına 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu girmektedir. Zira bu Kanunun 17. maddesinde resmi ihale ve alım ve satımlarına fesat karıştırma suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten şüpheli veya sanık olanlar hakkında Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Buna göre suç haberi alan savcılık resen soruşturma başlatacak ancak durumu memurun mensup olduğu kuruma haber edecektir. Savcılık yaptığı soruşturma neticesinde yeterli delil varsa dava açacaktır. Aksi halde takipsizlik kararı verecektir.

Fail kamu görevlisi değil ise; kovuşturma genel esaslara tabi olacaktır.

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesi uyarınca yargılamayı yapacak görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

Soruşturma ve kovuşturma esnasında şüpheliye veya sanığa müdafii görevlendirilmesi zorunludur (CMK m.150/3). Bu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe bulunması tutuklama nedeni var sayılabilir (CMK m. 100/3). Bu suçla ilgili olarak elde edilen hak, alacak ve mal varlığı gibi değerlere el konulabilir (CMK m. 128, m.248). Bu suçtan sanık ve şüpheli kimselerin iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebileceği gibi (CMK m.135), şüpheli ve sanık teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir (CMK m. 140).

## **B- Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Açısından**

Suçun failinin kamu görevlisi olması durumunda 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu uygulanacaktır. Çünkü (yukarıda da belirttiğimiz üzere) bu kanun resmi ihale, alım ve satımlarına fesat karıştırma suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten şüpheli veya sanık olanlar hakkında uygulanacaktır (m.17).

Fail kamu görevlisi değil ise; kovuşturma genel esaslara tabi olacaktır.

---

<sup>424</sup> Donay / Kaşıkçı, s. 309.

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 11. maddesi uyarınca görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Bu suçtan elde edilen hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el konulabilir. (CMK m.128). Aynı durum sanığın kaçak olması durumunda da uygulanabilir (m. 248).

## **2. İhaleye İlişkin Suçların İdari Yaptırımı**

### **A- Genel Olarak**

Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşme Kanunu ve Devlet İhale Kanunu yapılan ihalelerde belirli davranışları yasaklamıştır. Bu davranışların başta geleni hiç şüphesiz, ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarıdır. Bunların sonucunda ise idari yaptırım öngörülmüştür. Ancak mevzuattan kaynaklanan idari yaptırımlar “ihaleye ilişkin suçları” içermekle birlikte, bunun dışındaki birçok fiili de yasaklayarak, kapsamı geniş tutmuştur. Örneğin Kamu İhale Kanununa göre bir isteklinin birden fazla teklif vermesi mümkün değildir. Bu eylem yasaklanmıştır. Ancak bu suç değildir.

İhale mevzuatından dolayı ön görülen yaptırım “ihaleye katılmaktan yasaklanma” olacaktır. Bunun yanında; failin kamu görevlisi olması halinde kendi mevzuatına göre disiplin cezası ve ihale işlemlerinde görev almama yönünde cezalar da öngörülmüştür. Örneğin, görevlilerin Devlet Memurları Kanunu’nda öngörülen idari yaptırımlar ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir.<sup>425</sup> Kurumun zarara uğramasına neden olan kimselere karşı genel hükümlere göre tazmin yoluna gidilebilecektir.

Bu kısımda Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu Kanunu’nda düzenlenmiş yaptırımlar ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda düzenlenen idari yaptırımlar üzerinde durulacaktır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki Kamu İhale Kanunu’nu tayin edilecek idari yaptırımlar için temel kanundur. Yani gerek kapsamında olan ihaleler (KİK m. 2) ve gerekse istisna tuttuğu ihaleler için (KİK m.3) idari yaptırım açısından uygulanabilir konumdur<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> Acar, s. 14.

<sup>426</sup> Nitekim Kamu İhale Kanununun “İstisnalar” başlıklı 3. maddesinin son fıkrası şu hükmü taşımaktadır. “Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir”.

## B- Kamu İhale Kanunu Uyarınca Uygulanacak İdari Yaptırımlar

Kamu İhale Kanunu ile gerek görevlilerin ve gerekse ihaleye katılan isteklilerin bazı fiil ve davranışlarda bulunmasını yasaklamıştır<sup>427</sup>. Kamu İhale Kanununun “yasak fiil ve davranışlar” başlıklı 17. maddesine göre Kamu İhale Kanunu’nda istekli ve görevlilerin; ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, rekabet ortamını ya da ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, ihalelerde sahte belge kullanmak veya buna teşebbüs etmek, ihale yönteminin el verdiği durumlar hariç, isteklilerin birden fazla teklif vermesi, kanunen ihaleye katılamayacak olduğunu bildiği halde ihaleye<sup>428</sup>, katılmak fiilleri yasaklanmıştır<sup>429</sup>. Bu fiillerin ihale işlemlerinin hazırlanması, uygulanması ve sonuçlandırılması sırasında işlenmiş olması gerekmektedir<sup>430</sup>. Kamu İhale Kanunu 17. maddedeki yasak fiil ve davranışlardan bağımsız olarak 61. maddesiyle “bilgi ve belgeleri açıklama yasağı” getirmiştir. 17. ve 61. maddedeki düzenlemelerin aksine hareket eden kişiler hakkında ilgisine göre 58. , 59. ve 60. maddelerde öngörülen yaptırımlar uygulanacaktır. Belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, a) bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, b) üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan

<sup>427</sup> Acar, s. 11.

<sup>428</sup> Bkz yukarıda, İhaleye Fesat Karıştırmaya Suçunun maddi unsuru hakkındaki açıklamalara. Ayrıca Bkz.: Kamu İhale Kanununun “İhaleye Katılamayacak Olanlar” başlıklı 11. maddesine.

<sup>429</sup> Özelleştirme Uygulaması Hakkında Kanunda da bazı fiiller yasak davranışlar olarak nitelenmiştir. Buna göre; özelleştirme programında bulunan kuruluşlardan Sermaye Piyasası Kanunu’nun kapsamına giren ve hisseleri borsada işlem gören kuruluşların; yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri diğer personeli, Özelleştirme İdaresi personeli ile Özelleştirme Yüksek Kurulu Başkan ve üyeleri görevleri dolayısıyla bu kuruluşların hesap ve işlemleri ile işletmelerine ilişkin öğrendikleri, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri açıklayamazlar. Bu bilgileri kendilerine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasalarında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamalarına yönelik olarak borsa içinde ve dışında bu kuruluşlarla ilgili menkul kıymet alımı satımı yapamazlar. (Özelleştirme programında bulunan ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kuruluşların yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri, genel müdürleri, İdare personeli ile kurul başkan ve üyeleri, özelleştirme programında bulunan kuruluşların hisselerinin veya varlıklarının satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, gelir ortaklığı modeli ve sair hukuki tasarruflar yöntemleriyle yapılacak özelleştirme işlemlerine dolaylı ya da dolaysız yararlanan sıfatıyla taraf olamazlar. Bu yasak, bu maddede belirtilen kişilerin eş ve çocuklarını da kapsar. Özelleştirme Yüksek Kurulu Başkan ve Üyeleri ile, Özelleştirme İdaresi Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları, Hukuk Müşavirleri ve Değer Tespit Komisyonu Başkan ve Üyeleri, özelleştirilen kuruluşlarda, özelleştirme tarihinden itibaren, iki yıl süreyle görev alamazlar. Bu yasaklara aykırı hareket edenler hakkında fiilin mahiyet ve önemine göre, birlikte veya ayrı ayrı hükmolünmek üzere, altı aydan iki yıla kadar hapis ve edindikleri haksız kazancın üç misli adli para cezası ile cezalandırılırlar. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile Özelleştirme programına alınan kuruluşlarda çalışan personel ile sözleşmeli olarak çalıştırılan personel Türk Ceza Kanunu’nun uygulamasında kamu görevlisi olarak değerlendirilecektir (ÖHK m. 7).

az olmamak üzere bir yıla kadar, ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Bununla birlikte; haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişi olması da mümkündür. Bu durumda şöyle bir ayırım yapılabilir: a) 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 yukarıda saydığımız yasaklama kararları verilir, b) 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. İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler. Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen (en geç) kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

KİK 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu durum taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi yerine getirilmesi gerekmektedir. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Kamu İhale Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hüküm olunanlar 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. Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirimi izleyen on beş gün içinde Resmî Gazetede

---

<sup>430</sup> Acar, s. 14.

yayımlanmak suretiyle duyurulur. Bunun yanında Kanun, görevli kimselerinde sorumlu olacağı durumları öngörmüştür (m.60). Görevli deyiminden; ihale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililer anlaşılmalıdır. Görevlilerin belirtilen yasak fiil veya davranışlarda (KİK m.17) bulduklarının, beşinci maddede belirtilen ilkelere ve altmış ikinci maddede belirtilen kurallara aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılır. Bununla birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir. Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, Kamu İhale Kanunu kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler.

### **C- Devlet İhale Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırımlar**

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun mevcut haliyle belirli ihaleler için yürürlükte olduğuna değinmiştik. Anılan yasa usullerine göre yapılan ihalelere katılmaları yasak olanlar zikredilmiştir (DİK m.6). Buna göre; ihaleyi yapan idarenin ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar ile bu kimselerin eşleri ve ikinci dereceye kadar kan ve sihri hısımları ile anonim şirketin yönetim kurulunda görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç olmak üzere ortakları ihaleye giremezler. Bunun yanında DİK veya diğer kanunlar çerçevesinde geçici ve sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış kimselerin ihaleye katılamayacağı belirtilmiştir (DİK m. 6/2)<sup>431</sup>.

Devlet İhale Kanununun 83. maddesinde hile, desise, vait, tehdit ve nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştıranlar veya buna teşebbüs edenler, açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürerek veya talebi azaltarak, istekliler arasında anlaşmaya sevk edenler, ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşen ve tartışanlar,

ihale işlerinde sahte belge veya teminat kullananlar veya teşebbüs edenler, üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyenler, hakkında yasaklama kararı verilecektir. Yasaklama kararı Devlet İhale Kanununun 84. maddesi uyarınca verilecektir. Buna göre 6. maddede sayılan kimselerin ihaleye girmesine neden olanlar ile 83. maddedeki yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar<sup>432</sup> belirtilen fiil ve davranışlar ihale sırasında olmuş ise ihaleye katılamazlar. Fiil ve davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan Bakanlık ve ilgili Bakanlık tarafından bu kimseler için en fazla bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklanacaktır<sup>433</sup>. Bu yasaklılık hükümleri Devlet İhale Kanununun 6. maddesindeki tüzel kişiler içinde geçerli olacaktır<sup>434</sup>.

İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullananlar, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyenler, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapanlar veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullananlar iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi (DİK m.83) bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten verilecek ceza ile birlikte mahkeme kararı ile yasaklanırlar (DİK m.85). Yani burada DİK m.83/c' de sayılan davranışlarda bulunanlar hakkında idari olarak verilecek bir yıllık yasaklama kararı ile birlikte, yapılacak ceza yargılaması neticesinde bir yıldan üç yıla kadar da ek olarak yasaklama kararı verilebilecektir.

İhale, muayene ve kabul komisyon veya heyetlerinin başkan ve üyeleri ile diğer ilgililer, görevlerini kanuni gereklere göre tarafsızlıkla yapmadıkları ve taraflardan birinin zararına yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde haklarında disiplin cezası uygulanacaktır.

---

<sup>431</sup> Çolak, H. Bayram, “İhale Kanunu ile Diğer Kanunlar Gereğince İhalelere Katılmaları Yasak Olanlar ile İhale Komisyonu Üyelerinin bu Konudaki Sorumlulukları”, Beklenen Mahalli İdareler Dergisi, Nisan 1999, s. 22.

<sup>432</sup> “İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler” (DİK m. 84/4).

<sup>433</sup> “Bir yıla kadar süreyle ihalelere katılmama yönündeki kararı, fiil ve davranışın mahiyetine göre ihaleyi yapan Bakanlık takdir edecektir. Katılma cezası sadece ihaleyi yapan idarenin yapacağı ihaleler ile sınırlı olmayıp, bunun dışında kalan (diğer) kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı ihaleler için de geçerlidir”: Çolak, s. 24.

<sup>434</sup> Çolak, s. 24.

## D- Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırımlar

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da edimin yerine getirilmesi esnasında yasak davranışların yapılması halinde idari yaptırımlar öngörülmüştür. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “yasaklar ve sorumluluklar” başlıklı üçüncü kısmının “yasak fiil ve davranışlar” başlıklı 25. maddesine göre ihaleyi alan ile yapılan sözleşmede hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak, sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek, bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya bilgi ve belgeleri açıklama yasağına (KİSK m. 29) aykırı hareket etmek, mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek, yapılan sözleşmenin, kanunun “sözleşmenin devri” hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması yasaklanmıştır. Bu “yasak fiil ve davranışları” işleyen kimseler hakkında; fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Bu durum Kamu İhale Kanunu ve yine aynı kanununca istisna edilen tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yaptığı ihaleler için geçerlidir (KİSK m.26/1). Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler (KİSK m. 26/3). İdareler, 25. maddede belirtilen yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür<sup>435</sup>. Bu sayıların yanında Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “yüklenicilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 27. maddesine göre 25. maddede belirtilen yasak fiil ve davranışların suç oluşturması halinde 26. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren başlanmak üzere, bir ile üç yıl arasında bütün kamu kurum ve

<sup>435</sup>“Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir” (DİK m.83).

kuruluşlarınca yapılan ihalelerden yasaklanır (KİSK m. 27/1). Bu durum ilgili meslek odalarının ve Kamu İhale Kurumunun sicillerine işlenir (KİSK m.27/3).

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir. (KİSK m. 26/2). Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur. (KİSK m. 26/4)

Belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hüküm olunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır. (KİSK m.27/2).

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca bildirim izleyen on beş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur. (KİSK m. 27/4)

### **3. İhaleye İlişkin Suçların İhale Sürecine Etkisi**

İhaleye ilişkin suçlar neticesinde öngörülen ceza ve idari yaptırımların yanında ihale ve edimin ifası sürecinde işlenen bu suçlar neticesinde, ihale sürecini iptal ettirebilecek veya katılmayı yasaklayabilecek durumlar öngörülmüştür<sup>436</sup>. İhale sırasında veya sonrasında ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen bir kimse, idarelerce o ihaleye

---

<sup>436</sup> Bkz.: Akkaya, Şevki, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Ceza ve İhale Hukuku Açısından Sonuçları”, Beklenen Mahalli İdareler Dergisi, S.63, 1999, s. 8-13 .Gürsel, Meltem Kutlu, “Kamu ihale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, Ünal Tekinalp'e Armağan, c. 3 , s. 597 vd.



iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler<sup>437</sup>. Devlet İhale Kanunu da benzer bir düzenleme içermektedir. Hile, aldatma ve tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs edenler (DİK m.83/a) bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyeceklerdir (DİK m. 84).

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştıranlar veya buna teşebbüs edenler hakkında idare sözleşmeyi fesih edebilecektir. (KİSK m.20/b). Ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gibi gelirler irat olarak kaydedilecektir. Sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilecektir (KİSK m.20).

Failin suçu ihale işlemleri sürecinde işleyip, idare ile sözleşme yapması durumu da mümkündür. Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilebilecektir (KİSK m.21). Bu durumda suçu işleyen kimsenin sözleşmesinin derhal fesih edilebileceğini söylemek mümkün değildir. Çünkü eğer taahhüdün en az % 80 tamlanmış ve taahhüdün tamamlanmasında kamu yararı mevcutsa, ivediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması, yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması hallerinde idare sözleşmeyi feshetmeyebilecektir. Bu durumda yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Fail hakkında ihaleye katılmaktan yasaklanma kararının verilmesine ilişkin işlemler yapılmaya devam eder. Bunun yanında; yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hak edişlerden<sup>438</sup> kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.

---

<sup>437</sup> Zira KİK m. 17/a da “hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek” cümlesi bulunmaktadır. Buna göre bu tip bir davranışta bulunanlar KİK m. 58 hükümlerince yaptırma tabi kalacaktır. Bu da failin ihaleden uzaklaştırılacak ve kuruma ait diğer ihalelere, hakkındaki yasaklama kararı yürürlüğe girene kadar, katılamayacaktır. Krş.: KİK m. 58, m.17 ile TCK m.235.

<sup>438</sup> Bir üretim veya yapım sırasında hak edilmiş durum, para, istihkak anlamındadır.

## SONUÇ

İnceleme konusu yaptığımız ihaleye ilişkin suçlar ihale sürecinde işlenebilecek suçları ifade etmektedir. Kamu ihalelerine ilişkin mevzuatı göz önünde bulunduran Türk Ceza Kanunu'nu sistemine göre bir kamusal faaliyet olarak ihale süreci sözleşmenin imzalanmasıyla sona erecektir. Sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreç ise edimlerin ifa edildiği süreçtir. Bu bakımdan ihaleye fesat karıştırma ile edimin ifasına fesat karıştırma olmak üzere iki ayrı suç tanımına yer verilmiştir. Bunlardan ilki ihalenin yapıldığı bölümdür. Bu kısım da idare ihaleye ilişkin ilan yapmakta, konuya ilişkin şartnamelerini hazırlayarak ihaleye girmek isteyenlerden (isteklilerden) taleplerini belirlemektedir. Bu aşamada idarenin etkin olması doğaldır. Zira kamu faaliyeti görülmektedir. İhalenin kamu adına yapılması mümkün olduğu gibi, kamusal bir faaliyet olarak da yapılabilmesi söz konusudur. Burada idare kendi adına değil de bir başkası adına hareket ederek, kamusal bir görev olarak ihale yapmaktadır. Bunun en tipik örneği icra ve iflas dairlerince yapılan ihalelerdir.

İhale sürecinin bir diğer kısmı ise, ihale işlemlerinin bitirilip, ihaleyi kazanan kimse ile sözleşme yapıldığı, neticesinde bir taahhüt alındığı aşama oluşturmaktadır. Burada yapılan ihale sonucunda belirtilen şartname ve ihale kararı uyarınca ihaleyi alan ile idare arasında bir sözleşme imzalanacaktır. Türk Ceza Kanunu düzenlemesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için aranan şart yalnızca bir ihaleye bağlı yapılan bir sözleşme değildir. İdare ile bir kimse ya da bir şirket arasında bir edimin taahhüt edilmiş olması yeterlidir. Hatta bu sözleşmenin bağlı olacağı Kanunu'nda bir önemi yoktur.

İhaleye ilişkin suçların, ihale mevzuatı göz önünde tutularak bu şekilde bölünmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira eski düzenlemelerde böyle bir maddenin olmaması kamuya karşı girilecek taahhütler içinde yorum neticesinde 765 sayılı TCK m.205 uygulamasını gündeme getirmişti.

İhaleye ilişkin suçların kapsamı net olarak çizilmiştir. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları 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 ihaleler ve bunlara karşı girilen taahhütler maddelerin kapsamındadır. Böylece 765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında yer alan kavram kargaşasından kurtarılmıştır.

Maddelerin uygulama alanına giren ihale ve işlerde detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre alım, satım, hizmet, kiralama ve yapım ihaleleri ve bunlara ilişkin sözleşme ve taahhütler bu suçların uygulama alanı olarak belirtilmiştir. Bunun yanında mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve trampa ihaleleri ise kapsam dışında kalmıştır. Ancak bu iki ihale neticesinde girilen bir taahhüdün veya başkaca taahhütlerin ifasına fesat karıştırılması mümkündür.

İhaleye ilişkin suçlar daha önceki düzenlemesinde birer zarar suçu olarak düzenlenmiş iken, mevcut düzenlemesinde tehlike suçu kapsamına sokulmuştur. Bunun gibi yine eski düzenlemelerinden farklı olarak “fesat karıştırma” kavramının için doldurulmuştur. Fesat karıştırma kavramının açıklanması suçun kanuniliği açısından yerinde olmuştur.

Bir kimsenin hileli olarak ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemesi yada bu koşullara sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlaması, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakması yada belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alınması eylemleri ile tekliflerle ilgili olan ihale mevzuatına, şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, cebir, tehdit kullanmak suretiyle veya hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmak, ihaleye fesat karıştırma olarak nitelendirilecektir.

Edimin ifası fesat karıştırma ise; hileli davranışlar ile ihale kararında veya sözleşmede niteliği belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi, edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen,

süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi, yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi, hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi durumlarında olacaktır.

İhaleye ilişkin suçlar kasten işlenebilecek suçlardır. Taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. İhaleye ilişkin suçlar için hukuka uygunluk nedeni öngörülmemiştir. Ancak TCK m. 236 da bir edimin yerine getirilmesi öngörüldüğü göz önünde tutulmalıdır. Bu edimin, taahhüt edenin dışında bir etki ile ifa edilemez duruma gelmesinde failin kastı olmadığı gibi, mücbir bir sebep meydana geldiğinden bahsedebiliriz. Kanaatimizce bu kişinin hem hile kastı yoktur. İrادی olmayan bir neden ile ifa mümkün olamamıştır. Bu açıdan failin sorumlu olması da düşünülemez.

Suçların kamu görevlilerince işlenmesi durumuna dikkat edilmesi gerekir. Çünkü kamu görevlisinin her eylemi ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmamaktadır. Bu süreçteki kamu görevlileri ihale yetkilisi, ihale komisyonu üyeleri ve kabul komisyonu üyeleri olabilir. İhaleye çıkılması gereken bir işle ilgili doğrudan temin yoluna gidilmesi, eşik değer altında kalmak için ihaleye çıkılacak işlerin bölünmesi ya da birleştirilmesi, ihale konusu işle ilgili olarak kanunlarda belirtilen ve uyulması gereken usullerden başkasının benimsenmesi, idarenin ihtiyacı olmadığı halde ihale açılması, ihaleye çıkmadan önce uyulması gereken kuralların yerine getirilmemesi gibi durumlarda ihaleye fesat karıştırma suçunun, edimin ifasının şartları olduğu halde ifayı kabul etmeme gibi durumlarda ise edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşmadığını düşünmek gerekmektedir. Zira bu durumda kamu görevlisi ihaleye veya edime fesat karıştırmamakta, fakat ihale mevzuatının gereklerine göre hareket etmemektedir.

Suçlar teşebbüse elverişlidir. İştirak bakımından genel hükümler uygulanacaktır.

İçtima hususunda TCK 235. maddenin dördüncü fıkrasına göre ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacaktır. Görevli kimseler ihaleye fesat karıştırma neticesinde herhangi bir menfaat temin etmiş ise meydana gelecek bir diğer suçtan (rüşvet, zimmet,

irtikap vb.) ayrıca ceza alacaktır. İhaleye girme yeterliliği olmayan birisini ihaleye kabul etmek için rüşvet alan kimse, hem ihaleye fesat karıştırma hem de rüşvet suçlarından ceza alacaktır. Failin karar birliği ile birbiriyle ilgili olan birden fazla ihaleye fesat karıştırması neticesinde ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. İhaleye fesat karıştırma suçu belgede sahtecilik yapılarak da işlenebilir. Bu durumda Türk Ceza Kanununun 212. maddesi uyarınca sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı ceza alacaktır. İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suçun işlenme biçimi olarak tanımlanmıştır. Bu durumda fail, gizli tutulması mevzuattan kaynaklan bir bilgi veya belgeyi başkalarına ulaştırmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmaktadır. Failin kamu görevlisi olması durumunda TCK m. 258. maddede belirtilen “göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçunu da ihlal etmiş olmaktadır. Burada fail hakkında özel bir düzenleme olduğu için sadece TCK 235. maddeden hüküm verilmelidir.

İhaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde bileşik suç söz konusu olacaktır. Bu halde ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru olan cebir ve tehdit suçlarında ceza verilmeyecektir. Bununla birlikte “hukuka aykırı diğer davranışlarla” ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemekten söz edilmektedir. Bu durum kanaatimizce bileşik suç hükümlerine göre çözülemez. Bu durumda her iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza tertip edilmelidir. Ancak hukuka aykırı davranışlar deyiminin içeriği net değildir. Bu konun içinin doldurulması ve hile unsurundan ayrılan yönlerinin daha net belirlenmesi kanaatimizce gereklidir.

Türk Ceza Kanunu 236. maddesinin 3. fıkrasına göre bu suç nedeni ile menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacaktır. Buna göre suçun oluşması için bir menfaat temin etmek gerekli değildir. Bu suçtan menfaat temin eden başta kamu görevlileri olmak üzere diğer kimseler, menfaat temin etmek ile işledikleri suç için ayrıca ceza alacaklardır. Örneğin; edime fesat karıştırmak için menfaat sağlayan bir kamu görevlisi için hem edimin ifasına fesat karıştırma suçundan hem de duruma göre rüşvet, irtikap, zimmet gibi suçlardan dolayı ayrı ayrı hüküm kurulacaktır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun belgede sahtecilik yapmak

suretiyle işlenmesi durumunda ise; TCK'nın 212. maddesi hükmü uyarınca gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

Fail, gizli tutulması mevzuattan kaynaklanan bir bilgi veya belgeyi başkalarına ulaştırması durumunda TCK m. 258. maddede belirtilen “göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçunu da ihlal etmiş olmaktadır. Zira 236. maddede sayılan hareketler arasında bilgi ve belgelerin açıklanması yasağına ilişkin bir durum yoktur. Ancak bu bilgi ve belgeler başka bir ihaleye fesat karıştırma amaçlı kullanılırsa, m.235 hükmü uygulanacaktır.

İhaleye katılan kimse ile edimi ifa eden kimsenin aynı olması mümkündür. İhaleye fesat karıştırarak ihaleyi kazanan kimse, aynı zamanda edimin yerine getirilmesi aşamasında da edime fesat karıştırabilecektir. Bu halde iki ayrı suç oluşacağı konusunda tereddüt yoktur.

Suçların yaptırımını idari ve cezai olmak üzere iki türlüdür. Buna fail, ihaleye ilişkin suç işlediği zaman Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerince ihaleye girmekten belirli bir süre için yasaklanabileceği gibi, mahkeme kararı ile bu yasağın süresiz olması da mümkündür. Bu eylemlere karışan kamu görevlileri için Devlet Memurları Kanunu hükümlerince idari yaptırım uygulanması mümkündür.

Ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırımlara gelince; TCK 235. maddenin failine beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası, TCK 236. maddenin failine ise üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bununla beraber suçun failinin bir tüzel kişi olması halinde; TCK 242. madde gereğince yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır.

İhaleye ilişkin suçlar, yapılan ihale sürecine de etki etmektedir. İhaleye ilişkin suçlar neticesinde öngörülen ceza ve idari yaptırımların yanında ihale ve edimin ifası sürecinde işlenen bu suçlar neticesinde, ihale sürecini iptal ettirebilecek veya katılmayı yasaklayabilecek durumlar öngörülmüştür. İhale sırasında veya sonrasında ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen bir kimse, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler. Devlet İhale Kanunu da benzer bir düzenleme içermektedir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştıranlar veya buna teşebbüs edenler hakkında idare sözleşmeyi fesih edebilecektir. Ancak failin suçu ihale işlemleri sürecinde işleyip, idare ile sözleşme yapması durumu da mümkündür. Eğer taahhüdün en az % 80 tamlanmış ve taahhüdün tamamlanmasında kamu yararı mevcutsa, ivediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması, yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması hallerinde idare sözleşmeyi feshetmeyebilecektir. Bu durumda yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Fail hakkında ihaleye katılmaktan yasaklanma kararının verilmesine ilişkin işlemler yapılmaya devam eder.

Suçun kovuşturması genel hükümlere tabidir. Failin kamu görevlisi olması durumunda 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. İhaleye fesat karıştırma suçu ağır ceza mahkemesinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ise asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar:

- Abacıoğlu, Muhittin**, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2004
- Adalet Bakanlığı**, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997) ,Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı. (1997 Öntasarısı).
- Adalet Bakanlığı**, Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Türk Ceza Kanunu Komisyon Raporları. (Komisyon Raporları).
- Arslan, Çetin / Azizağaoğlu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- Artunç, Mustafa / Akaya, Çetin**, 2006 İçtihatlar ile TCK, CMK, CGİK, Ankara (Kartal Yayınevi) 2007.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara (Turhan Kitapevi) 2005,
- Artuk, Mehmet Emin /Gökçen Ahmet /Yenidünya Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara (Turhan Kitapevi) 2002 (Genel Hükümler).
- Ascher, K.**, Politics of Privatisation Contracting Out Public Services, London 1987
- Avcı, Mustafa**, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.
- Bakırcı, Sedat**, Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara 1988.
- Bayramoğlu, Reşat**, Devlet İdaresi Aleyhine İlişkin Cürümler, Ankara 1943.
- Bilge, Necip**, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Baytop, Firuzan**, İnşaat Uygulamaları – Okullarda Öğretilmeyenler-, İstanbul 2004.
- Böke, Veli**, Açıklamalı-Uygulamalı Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Kılavuzu, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2004.
- Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu** (20–23 Ekim 1999), Umut Vakfı Yayını, İstanbul, 2001.
- Delmas-Marry, M / Vervaele, J.A.E**, The Implementation of the Corpus Juris in the Member State, Oxford 2000.
- Demir, Fikret**, Government Procurement in Turkey, Ankara 1995.
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
- Doğan, D.Mehmet**, Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul 2005.
- Doğanyığıt, Sadettin**, Açıklamalı-Uygulamalı Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2003.



**Dođanyđit, Sadettin**, Mal Alımı İhalelerine Teklif Hazırlama ve Değerlendirme Rehberi, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2004 (*Rehber*).

**Donay, Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004.

**Dönmezer, Sulhi / Yenisey, Feridun**, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları - C, Artvin Konferansı – 2 ve Artvin Konferansı – 3 , İstanbul (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları) 2004,.

**Dönmezer, Sulhi**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul (Fakülteler Matbaası) 1984.

**Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul (Beta Yayınevi) 1998. (*Kişiler*)

**Duran, Lütfi**, İdare Hukuku, İstanbul 1982.

**Dursun, Selman**, Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2006

**Ekdemir, İbrahim**, 5237 sayılı Türk Ceza Hukuku ve Diğer İlgili Kanunlar, Ankara 2005.

**Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Adalet Bakanlığı Ortak Yayımı Ankara 2005 .

**Emek, Uğur**, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları, Ankara 2002.

**Erdem, Mustafa Ruhan**, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkisi, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2004.

**Erdemli, Mahmut/Dökünlü, Cengiz/Taş, Mehmet Fatih**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Hakkında Uygulayıcı Görüşleri, Ankara 2006.

**Erem, Faruk**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara 1993.

**Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/ Artuk Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

**Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1999.

**Erman, Sahir/Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, İstanbul (Dünya Yayıncılık) 1992.

**Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1977, c. 2.

**Gökçen, Ahmet**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.

**Görgün, Mehmet**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1993.

**Gözübüyük, A.Şeref**, Yönetim Hukuku, Ankara 2004.

- Gülpembe, Ergin**, Hastanelerde Hizmet İhaleleri: T.C. Sağlık Bakanlığı Hastaneleri Yöneticilerinin Değerlendirmeleri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2003.
- Gülşen, Recep**, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara (Adalet Yayınevi) 2002.
- Günday, Metin**, İdare Hukuku, Ankara (İmaj Yayıncılık) 1999.
- Hakeri, Hakan**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2003
- Hakeri, Hakan**, Sorularla Ceza Hukuku, (TBB Yayınları) Ankara 2005 (*Sorular*).
- Hakeri, Hakan**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005.
- Hasol, Doğan**, Ansiklopedik Mimarlık Sözlüğü, İstanbul 1998.
- İngilizce-Türkçe Oxford Ansiklopedik Sözlük** (Oxford Universty Press) İstanbul 1990. (*Oxford Ansiklopedik Sözlük*)
- Jescheck, Hans-Heinrich / İçel, Kayıhan / Bayraktar, Köksal**, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açılmalar, İstanbul (Beta Yayınevi) 1989. Çeviren: Feridun Yenisey.
- Kamu İhale Kurumu**, Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz, İdare, Ankara 2006 (*İdare*).
- Kamu İhale Kurumu**, Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz, İstekliler, Ankara 2006, (*İstekliler*).
- Karahasan, Mustafa Reşit**, İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul 1997, c.3.
- Karavelioğlu, Celal**, İmar-İhale-İdari Dava Ansiklopedik Sözlük, (Karavelioğlu Hukuk Yayınevi) Ankara 2004.
- Keskin, Serap / Zafer, Hamide / Kocasakal, Ümit**, Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2001.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2003.
- Kıyak, Fahrettin/Çağlayan, Muhtar/Şenel, Cabbar**, Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu, Ankara 1960.
- Korkusuz, Refik**, İcra Hukuku Uygulaması, İstanbul 2004.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, Ankara (Yetkin Yayınları) 1995.
- Kutlu, Meltem**, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İstanbul 1996.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2000.
- Majno**, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Ankara 1978, c.2.

**Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut,** Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara, 1. Bası, c.2.

**Manzini, Vincenzo,** Trattato di diritto penale italiano, vol. V, quinta ediz., acur di Nuvolone pietro, Milano 1985.

**Mat, Hidayet/Başaran, A.Sami,** Kamu İhale Mevzuatı, Ankara 2003.

**Meran, Necati,** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Sahtecilik-Malvarlığını Bilişim Suçları İle Ekonomik ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2005.

**Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut,** Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul (Filiz Kitabevi) 1998

**Onar, S. Sami,** İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966

**Önder, Ayhan,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul (Beta Yayınevi)1985

**Önder, Ayhan,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994 (*Özel*).

**Özay, İlhan,** Günışığında Yönetim, İstanbul (Alfa Yayınevi) 1996.

**Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhuri,** Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2001.

**Özgenç, İzzet,** Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2006.

**Özgenç, İzzet,** Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2002.

**Özgenç, İzzet,** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2005 (Şerh).

**Özön, Mustafa,** Nihat, Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İstanbul (İnkılâp Kitabevi) 1987.

**Öztürk, Nejat,** Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1966, c.1.

**Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer,** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007.

**Reisoğlu, Safa,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul (Beta Yayınevi) 1999.

**Savaş, Vural /Mollamahmutoğlu, Sadık,** Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 1999.

**Soyaslan, Doğan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara (Savaş Yayınevi) 1998.

**Tandoğan, Haluk,** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.

**Tekinay, S.Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop,** Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

**Teziç, Erdoğan,** Anayasa Hukuku, İstanbul (Beta Yayınevi)1998.

**Toroslu, Nevzat,** Ceza Hukuku, Ankara 2001.

**Turguter, Necip / Tokmaklı, Cafer,** Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2004.

**Türk Ceza Kanunu Tasarısı,** Kurumsal Raporlar – Toplantılara Sunulan Raporlar – Bilimsel Raporlar, Türk Ceza Hukuku Derneği (10 Temmuz 2004), İstanbul Barosu – Türk Ceza Hukuku Derneği Sempozyumu, İstanbul 2004.

**Türk Dil Kurumu,** Türkçe Sözlük, Ankara 1998, c.1, c.2 (Türkçe Sözlük).

**Türk Hukuk Lügati,** Ankara 1998, Başbakanlık Basımevi, (Hukuk Lügati).

**Ulukapı, Ömer,** İcra İflas Hukuku, Konya 2001.

**Uz, Abdullah,** Kamu İhale Hukuku, Ankara (Turhan Kitabevi) 2005.

**Ünver, Yener,** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara (Seçkin Yayınevi) 2003,

**Yaşar, Osman,** İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001

**Yener, Orhan,** Tatbikatta Ağır Ceza Davaları, Ankara (Seçkin Yayınevi) 1994.

**Yenisey, Feridun,** International Encyclopaedia of Law, (Genaral Editor: Prof. Dr. R.Blanpain) Kluwer Law International, 2004.

**Yıldırım, Ramazan,** İdare Hukuk Dersleri-I, Konya (Mimoza Yayınları) 2005 (Yıldırım R.).

**Yıldırım, Turan,** Türkiye'nin İdari Teşkilatı, İstanbul 1999.

**Yücesoy, Lemi,** Temeller, Duvarlar, Döşemeler, İstanbul 2004.

**Zevkililer, Aydın /Aydoğdu, Murat / Petek, Hasan,** Özel Borç İlişkileri, Ankara (Seçkin Yayınevi) 1998.

### **Makaleler:**

**Acar, Abdurrahman,** “Kamu İhale Kanununa Göre İdare Görevlilerinin ve İsteklilerinin Uymaları Gereken Kurallar, Fiil ve Davranışlar ile Bunların Ceza Sorumlulukları”, Belediye Dünyası, c. 4 S. 8, Ağustos 2003.

**Akkaya, Şevki,** “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Ceza ve İhale Hukuku Açısından Sonuçları”, Beklenen Mahalli İdareler Dergisi, S.63, 1999, s. 8-13 .

**Artuk, M. Emin,** “Hürriyeti Tahdit Cürmü”; Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996. s. 48 vd.

**Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet,**“Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu”, Khuka, S.2, 2005.

**Balci, Murat,** “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma” Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2 Sonbahar, 2004.

**Çelik, Kadir**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Yerel Yönetim ve Denetim, Mayıs, 2006, c.11 S.5.

**Çelikoğlu, Murat**, “İhale Kanunu Yetersiz ve Kötüye Kullanılmaya Açıktır” Ekonomik Denge, S.10–11, 1998, s. 32–37

**Çolak, H. Bayram**, “İhale Kanunu İle Diğer Kanunlar Gereğince İhalelere Katılmaları Yasak Olanlar İle İhale Komisyonu Üyelerinin Bu Konudaki Sorumlulukları”, Beklenen Mahalli İdareler Dergisi, Nisan 1999.

**Çolak, H. Bayram**, Kamu Personeli Tarafından Yerine Getirilen Hizmetlerin İhale Edilmesinde ve Fiyat Farkı Ödemelerinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar, Mahalli İdareler Dergisi, S.62, 1999, s. 7–10.

**Demir, Fikret**, “Kamu Alımlarına İlişkin Avrupa Topluluğu Düzenlemelerinin Ana Hatları ve İhale Mevzuatımız”, Maliye Dergisi, S.104, 1991, s. 3-15.

**Erdağ, Ali İhsan**, “Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım Toplum Karşı Suçlar Dokuzuncu Bölüm Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ( m. 235 – 242 ) ve Onuncu Bölüm Bilişim Alanında Suçlar ( m. 243 – 246)”, [www.adalet.c-bb](http://www.adalet.c-bb), E.T:05.05.2006.

**Erdoğan, İlhan**, “Bir İhalemiz Eksikti”, Yeni Hukuk, Ekim 2005, S.1.

**Erman, Sahir**, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, c.2, Ankara 1947.

**Gülşen, Recep**, “TCK Tasarısı’nda Ceza Sorumluluğunu Kaldırana Nedenlerden Cebir, Şiddet, Korkutma, Tehdit” Hukuki Perspektifler Dergisi Sayı: 2 Sonbahar 2004, S. 174 vd. (Tasarı).

**Gürsel, Meltem Kutlu**, “Kamu ihale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, Ünal Tekinalp'e Armağan, c. 3 , s. 597 vd.

**Işık, Hikmet**, “Gümrük Birliği Öncesinde Devlet İhale Sistemimiz”, Yaklaşım, S.31 ,1995, s. 57-62.

**İnan, Atilla**, “İhale Kanunu Açısından Sözleşmelerin Noterce Tasdiki, Belediye Dergisi”, S.6, 1998, s. 34-36

**Kangal, Zeynel T.** “Yeni Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı:7, Temmuz 2006.

**Oder, Burak** “Kamu İhale Hukuku”, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

**Özgenç, İzzet**, “İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Adalet Bakanlığı Ortak Yayını Ankara 2005. (Sempozyum).

**Özgenç, İzzet**, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, SÜHFD, c.4, S.1–2, 1994 (Kamu).

**Özgenç, İzzet**, Yeni Türk Ceza Kanunlarının Uygulanmasına İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi Toplantılarında Sorulan Sorular ve Cevapları –II, [www.edb.adalet.gov.tr/Sorularcevap2.htm](http://www.edb.adalet.gov.tr/Sorularcevap2.htm) (E.T: 02.08.2006) (Sorular).

**Sezer, Yasin**, “ ‘İyi İdare İçin’ Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)’ İÜSBFD, S.26, Mart 2002.

**Uzun, Mükremin**, “4964 Sayılı Kanun ile Değişik 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre Belediye Şirketleri ve Belediye Vakıfları’nın ‘Bünyesinde Olduğu’ ‘İlgili Olduğu’ veya ‘Ortak Olduğu’ Belediyenin ve Diğer Kamu İdarelerinin İhalelerine Girip Giremeyecekleri Hakkında Bir Değerlendirme”, Belediye Dünyası, Ağustos 2003, c.4, S.8.

**Yarsuvat, Duygun**, ‘Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri’, İÜHFİM, c.30 S.3–4

**Yazıcıoğlu, Yılmaz**, “Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:68, Sayı:1-2-3, 1994.

**Yılmaz, Rıza** “Kamu İhale Kanunu’nda İhale Yetkilisi, İhale Komisyonu ve Yetki Devri”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, c.8, S.4, s.4-12.

### **İnternet Adresleri:**

<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>, E.T.:16.10.2006.

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) E.T.:16.10.2005

<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33&r=3756#art16461>,E.T.:16.10.2005

[www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/estonia](http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/estonia), E.T.: 23.05.2005.

<http://laws.justice.gc.ca/en/C-46/280549.html>, E.T.: 20.11.2005

<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/resource.htm>, E.T.: 12.10.2005

<http://www.law.cornell.edu/uscode/>, E.T: 12.10.2005

[http://www.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=bid&url=/uscode/html/usc\\_ode18/usc\\_sec\\_18\\_00001860----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=bid&url=/uscode/html/usc_ode18/usc_sec_18_00001860----000-.html), E.T.: 16.10.2005.

<http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda-yargi/2006/03/05.htm>, E.T. 10.03.2006

[http://www.ankaraulusdh.gov.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=58&Itemid=84](http://www.ankaraulusdh.gov.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=58&Itemid=84), E.T.: 11.08.2006.

[www.vgm.gov.tr/doc/ihale/16062005\\_istanbul.doc+%22trampa+ihalesi%22&hl=tr&gl=tr&ct=clnk&cd=3](http://www.vgm.gov.tr/doc/ihale/16062005_istanbul.doc+%22trampa+ihalesi%22&hl=tr&gl=tr&ct=clnk&cd=3),E.T.: 15/06/2005

[http://www.yapi.com.tr/turkce/Haber\\_Detay.asp?NewsID=47157](http://www.yapi.com.tr/turkce/Haber_Detay.asp?NewsID=47157),E.T.:11/08/2006

<http://www.sabah.com.tr/2005/04/25/gun100.html>,E.T: 30/04/2005

<http://www.yargitay.gov.tr>.

<http://www.danistay.gov.tr>.

<http://tdk.org.tr>.