



T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AHMET KILIÇ

HAZİRAN 2017

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

AHMET KILIÇ

TARAFINDAN

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE
SUNULAN TEZ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

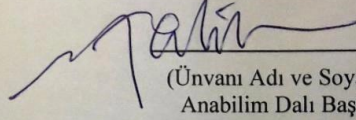
HAZİRAN 2017

Tez Onay Sayfası

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

(Ünvanı Adı ve Soyadı)
Enstitü Müdürü

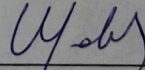
Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm şartları sağladığını tasdik ederim.



(Ünvanı Adı ve Soyadı)
Anabilim Dalı Başkanı
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığını beyan ederiz.

(Ünvanı Adı ve Soyadı)
Ortak Danışman



Doç. Dr. Erdal YERDELEN
Danışman

Jüri Üyeleri (ilk isim jüri başkanına ve ikinci isim ise danışmana aittir)

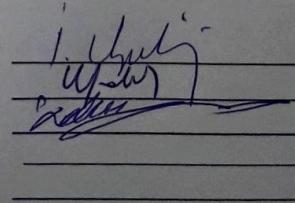
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Gazi Üni. Hukuk Fak.)

Doç. Dr. Erdal YERDELEN (AYBÜ Hukuk Fak.)

Yrd. Doç. Dr. Ömer ÇELEN (AYBÜ Hukuk Fak.)

(Ünvanı Adı ve Soyadı) (Kurumu)

(Ünvanı Adı ve Soyadı) (Kurumu)



İNTİHAL

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her tür kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Adı Soyadı :

İmza :

ÖZET

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Kılıç, Ahmet

Yüksek Lisans, Kamu Hukuku Bölümü

Tez Yöneticisi: Doç. Dr. Erdal YERDELEN

Haziran 2017, 138 sayfa

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ihaleye ilişkin suçlar iki maddede düzenlenmiş ve ilk defa sözleşme sürecine ilişkin bağımsız bir suç tipi ihdas edilmiştir. Türk Ceza Kanunu m. 236’da yer alan edimin ifasına fesat karıştırma suçu seçimlik hareketli olarak düzenlenmekle birlikte kamu harcamaları bakımından oldukça kapsamlıdır. Seçimlik hareketlere yer verilmek suretiyle fiil unsurunu oluşturan fesat karıştırma ifadesi somutlaştırılmıştır. Kooperatifler ve kamu yararına çalışan dernekler de suçun kapsamına dahil edilmiştir. Seçimlik hareketlerin ortak noktası ise hile unsurudur. Suçun oluşması için hile unsurunun zorunlu olması dolandırıcılık suçuyla söz konusu suç arasından önemli oranda benzerliğin meydana gelmesine sebep olmuştur. Bu nedenle suçun konusunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından failin kim olabileceği ise teslim etme ve kabul etme ifadelerinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması sonucu belirlenebilecektir. Seçimlik hareketlerde teslim etme ve kabul etme ifadelerine yeknesak şekilde yer verilmemiş olması failin belirlenmesi ve iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu durum suçun kapsamlı yapısına rağmen edimin ifasına fesat karıştırma niteliğinde bazı fiiller bakımından farklı suç tiplerinin gündeme gelmesine yol açmaktadır. Görevli kişiler bakımından menfaat temini haline ilişkin

gerçek içtima düzenlemesine yer verilen edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile özellikle kamu görevlileri tarafından işlenebilen diğerk suçlar arasındaki içtima ilişkisi de önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme, edim, ihale, hile, fesat karıştırma.



ABSTRACT

OFFENSE OF INVOLVEMENT IN FRAUDULENT ACT DURING FULFILLMENT OF OBLIGATIONS

Kılıç, Ahmet

LL. M., Department of Public Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Erdal YERDELEN

June 2017, 138 pages

In the Turkish Criminal Code numbered 5237, offences related to tender were organized under two headings and an independent offence type for the contracting process was introduced for the first time. The crime of Involvement in Fraudulent Act during Fulfillment of Obligations regulated in Article 236 of the Turkish Criminal Code is very comprehensive in terms of public expenditures, while it is regulated as an offence with alternative acts. The expression of involving in fraudulent, consisting the actus Reus, is embodied with the alternative acts in the article. Cooperatives and public interest associations are also included in the scope of the offense. The common point of alternative acts is fraud. The fact that the fraud element is also required for occurring of this offence has caused to an important similarity between the offense of fraud and this crime. For this reason, it is very important to determine the subject of the crime. In terms of offense of involvement in fraudulent act during fulfillment of obligations, it might be possible to determine who the perpetrator can be after the outcome of what should be understood from the expressions of delivery and acceptance. The fact that the expressions of delivery and acceptance are not included uniformly in the alternative acts have different consequences for the determination of the

perpetrator and the application of the participation provisions. In spite of the comprehensive structure of the crime, this situation leads to the fact that different types of offenses come to the fore in terms of some acts which are involvement in fraudulent acts during fulfillment of obligations. The joinder relation of offenses between the offense of involvement in fraudulent acts during fulfillment of obligations, which also includes the regulation of real joinder of offenses in the case of providing benefit of the persons in charge, and other offenses, which can be committed by public officials, is also very important.

Keywords: Contract, obligation, tender, fraud, involvement in fraudulent.

TEŞEKKÜR

Bu çalıőmanın oluőmasında hiçbir görüş, tavsiye ve değerlendirmesini esirgemeyen; eserin ortaya çıkmasında çok önemli bir paya sahip olan danışman hocam Sayın Doç. Dr. Erdal Yerdelen'e, jüri üyeliğinde bulunarak kıymetli değerlendirme, tavsiye ve eleőtirilerini paylaőan Sayın Prof. Dr. İlhan zlmez ve Yard. Doç. Dr. Ömer elen hocalarıma ve tüm süreç boyunca öneri ve değerlendirmeleriyle çalıőmanın nihai halini almasında önemli katkısı bulunan araştırma görevlisi arkadaőım Beőir Babayiğit'e en içten teőekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL	IV
ÖZET	V
ABSTRACT	VII
TEŞEKKÜR	IX
İÇİNDEKİLER.....	X
KISALTMALAR	XIII
GİRİŞ	1

1. BÖLÜM

İHALE KAVRAMI VE İHALE SUÇLARI

1. TÜRK HUKUKUNDA İHALE KAVRAMI VE İHALE SÜRECİ.....	3
1.1. Kavramsal Çerçeve	3
1.2. İhale Süreci	7
2. SUÇ HAKKINDA GENEL BİLGİ VE SUÇUN TARİHÇESİ.....	9
2.1. Genel Olarak	9
2.2. Suçun Tarihiçesi	11
3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU	16
4. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	19

2. BÖLÜM

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI

1. SUÇ HAKKINDAKİ GENEL BİLGİLER.....	24
2. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI	26
2.1. Fail	26
2.1.1. Genel Olarak	26
2.1.2. Teslim Eden	27
2.1.3. Kabul Eden	30
2.2. Mağdur.....	39
2.3. Suçun Konusu.....	46

2.3.1. Genel Olarak.....	46
2.3.2. Suçun Konusunu Belirleme Bakımından: Sözleşme	47
2.3.3. Sözleşmenin Bir İhaleye Dayalı Olması.....	53
2.3.4. Suçun Konusu Olarak: Edim	56
2.3.5. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Zarar Suçu Mudur?.....	61
2.3.6. Ara Sonuç	63
2.4. Fiil.....	64
2.4.1. Genel Olarak.....	64
2.4.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Yer Alan Yasak Fiil ve Davranışlar ...	68
2.4.3. Hile Kavramı	69
2.4.4. Seçimlik Hareketler	73
2.4.4.1. İhale Kararında veya Sözleşmede Evsafi Belirtilen Maldan Başka Bir Malın Teslim veya Kabul Edilmesi	73
2.4.4.2. İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Miktardan Eksik Malın Teslim veya Kabul Edilmesi.....	77
2.4.4.3. Edimin İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Sürede İfa Edilmemesine Rağmen, Süresinde İfa Edilmiş Gibi Kabul Edilmesi	80
2.4.4.4. Yapım İhalelerinde Eserin veya Kullanılan Malzemenin Şartname veya Sözleşmesinde Belirlenen Şartlara, Miktar veya Niteliklere Uygun Olmamasına Rağmen Kabul Edilmesi.....	83
2.4.4.5. Hizmet Niteliğindeki Edimin, İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Şartlara Göre Verilmemesine veya Eksik Verilmesine Rağmen Verilmiş Gibi Kabul Edilmesi.....	86
2.5. Netice.....	89
3. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU	91
4. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	92

3. BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, YAPTIRIM, KOVUŞTURMA VE DİĞER SUÇLARLA OLAN İLİŞKİ

1. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	95
1.1. Teşebbüs	95
1.2. İştirak	102
1.3. İçtima	106

1.3.1. Genel Olarak.....	106
1.3.2. Zincirleme Suç.....	107
1.3.3. Fikri İçtima	109
2. YAPTIRIM	112
3. KOVUŞTURMA	116
4. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ.....	118
4.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu	118
4.2. Dolandırıcılık Suçu.....	119
4.3. Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu	122
4.4. Görevi Kötüye Kullanma Suçu.....	123
4.5. Zimmet Suçu.....	124
4.6. Rüşvet Suçu	125
SONUÇ	126
KAYNAKÇA.....	131

KISALTMALAR

- ASCK** : 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu
- C.** : Cilt
- CD** : Ceza Dairesi
- CHD** : Ceza Hukuku Dergisi
- DİK** : 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
- E.** : Esas Numarası
- GÜHFD** : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- İN.** : İlam No
- İTÜSBD** : İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
- İÜHFM** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- K.** : Karar Numarası
- KİK** : 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
- KİSK** : 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
- KMYKK** : 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu
- KN.** : Karar No
- m.** : madde
- RG** : Resmi Gazete
- s.** : sayfa
- TAAD** : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

- TBK** : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
- TCK** : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
- TKHK** : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
- TTK** : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- vd.** : ve devamı
- Y.** : Yıl
- YCGK** : Yargıtay Ceza Genel Kurulu



GİRİŞ

İhale suçları, Türk kamuoyunda her zaman için geniş yankı bulan suç niteliği taşımıştır. Çoğu zaman, toplumda, yönetenlerin hukuka uygun hareket edip etmediği ihaleler üzerinden değerlendirilmiştir. İdare bakımından gelirler ve giderlerin büyük çoğunluğu ihale prosedürü dahilinde gerçekleşmesi toplumun ihaleleri bir kriter olarak görmesi sonucunu doğurmuştur. Uzun süre yürürlükte kalan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler ise ihale suçları bakımından etkin mücadeleyi sağlama konusunda yetersiz kalmıştır¹. Gerek dağılık düzenlemeler gerekse muğlak ifadeler bu sonucu kaçınılmaz kılmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da ihale suçları bakımından sıradan ikili ilişkiler için düzenlenmiş suç tipleri yeterli görülmemiş ve ayrı düzenlemeye gidilmiştir. Gerçekten de ülkenin ekonomik düzenini derinden etkileyebilecek nitelikteki bu ilişkilerin sıradan ilişkilerle bir tutulmaması gerekmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ihale suçları iki maddede toplanmıştır: İhaleye fesat karıştırma suçu (m. 235) ve edimini ifasına fesat karıştırma suçu (m. 236). Böylece idarenin kamu gücüne dayalı, tek taraflı işlem yapabilme yetkisinin tam anlamıyla mümkün olmadığı idarenin iki taraflı işlemlerinde², sürecin tamamı boyunca işlenebilecek suçlar yeknesak ve yalın bir yapıya kavuşmuştur. Bu ikili ayırım, 2002 yılında kamu ihale mevzuatında Avrupa Birliği hukukuna uyum kapsamında çıkartılan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan ayırımla paralellik arz etmektedir. İhale süreci için ihaleye fesat karıştırma, sözleşme süreci için ise edimin ifasına fesat karıştırma suçu tanzim edilmiştir. Söz konusu suçların kapsamı kamu kurum ve kuruluşları ile de sınırlanmamış; vakıf, kamuya yararlı dernek ve kooperatiflere ilişkin ihale ve sözleşmeler de kapsama dahil edilerek ihale suçlarının kapsamı kamu yararı doğrultusunda genişletilmiştir.

İhale suçları denildiğinde ilk akla gelen ihaleye fesat karıştırma suçu, esasında iki taraflı idari işlemlerin sadece başlangıç kısmını korumaktadır. Kamu alım ve satımlarına

¹ **EKER KAZANCI, Behiye**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 54.

² **GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel**, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Bursa 2014, s. 449.

ilişkin sürecin sadece bir kısmının korunması anlamsız olacaktır. İhale mevzuatıyla koruma altına alınan ilkelerin amacına ulaşmasına hizmet eder nitelikte olmayacaktır. Bu nedenle ihale sürecinden sonrası için ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçu düzenlenmiştir. Bu suç, genel olarak ihaleye fesat karıştırma suçundan sonra işlenebilmekle birlikte bağımsız bir suç niteliği taşımaktadır. Bir kamu alım veya satım sürecinde iki suçun birlikte işlenebilir olması mümkün olmakla birlikte sadece bir suçun işlenmesi ya da sadece edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebilir olması mümkündür.

Bağımsız bir nitelik taşıyıp karmaşık yapıya sahip muayene ve kabul süreci için düzenlenmiş edimin ifasına fesat karıştırma suçu Türk ceza hukuku öğretisinde ihaleye fesat karıştırma suçu kadar yer bulamamıştır. Her bir edim türü için bile ayrı yönetmeliğin olduğu ve oldukça teknik olan bu alan; ceza hukuku, idare hukuku ve borçlar hukukunun kesiştiği bir noktadadır. Belirtilen yasal düzenlemeler ile TCK m. 236 arasında ne tür ilişkinin olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Çalışmamız, söz konusu ilişkiye dikkat çekmeyi ve bir nebze de olsa aydınlatmayı amaçlamaktadır.

Bu amaçla çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak Türk hukukunda ihale kavramı ve tarihsel süreç içinde ihale suçlarından bahsedilecektir. İkinci bölümde konumuzu oluşturan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun unsurları ayrıntılı şekilde irdelenecektir. Özellikle maddi unsurlardan olan suçun konusunun kapsamı ayrıntılı şekilde değerlendirilecektir. Son olarak üçüncü bölümde ise edimin ifasına fesat karıştırma suçunun özel görünüş biçimleri ile diğer suçlarla ilişkisi ortaya konulacaktır. Bu bölümde, özellikle hileli hareketle işlenebilen diğer suçlarla edimin ifasına fesat karıştırma suçu arasındaki ilişkinin net bir şekilde ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Çalışma boyunca edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin değerlendirmeler genel olarak, idare ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre yapılmakla birlikte suçun kapsamına ilişkin yapılacak değerlendirmelerde de belirtildiği üzere suçun kapsamı bunlardan ibaret değildir. Anlatım kolaylığı bakımından bu yolun izlenmiş olduğunu belirtmekte yarar görmekteyiz.

Çalışmamızda belirtilen amaca ulaşarak Türk ceza hukuku öğretisine ve uygulamaya fayda sağlamayı ummaktayız.

1. BÖLÜM

İHALE KAVRAMI VE İHALE SUÇLARI

1. TÜRK HUKUKUNDA İHALE KAVRAMI VE İHALE SÜRECİ

1.1. Kavramsal Çerçeve

Günümüzde idare, işleyişini sağlamak, kamu hizmetlerini yürütmek veya yürütülmesini sağlamak amacıyla çok sayıda sözleşme imzalamaktadır. Geçmişin aksine günümüzde sadece gerekli mal veya hizmetlerin alımı için değil, aynı zamanda özel kesim tarafından bayındırlık hizmetlerinin görülmesi, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için de sözleşmeler yapılmaktadır. Bu sözleşmeler sonucunda hem yüklü miktarda harcama yapılmakta hem de gelir sağlanmaktadır. İdare, söz konusu gelirleri elde etmek veya harcamaları yapmak için değişik nitelikte hukuki işlemler de yapmaktadır.

İdarenin yapmış olduğu işlemleri temel olarak tek taraflı işlemler ve iki taraflı işlemler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından idarenin iki taraflı işlemleri önem arz etmektedir. İki taraflı işlemlere genel olarak idarenin sözleşmeleri denilmektedir. İdarenin sözleşmeleri ise idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır^{3,4}. Her iki sözleşme türünde de idare, özel hukuk hükümlerinin aksine bazı ayrıcalıklı haklara ve ekstra yükümlülüklerle sahiptir. Bu nedenle sözleşmenin oluşturulma aşaması ve edimin ifası aşaması kanunlarla bazı prosedürlere tabi tutulmuştur. İşte bu noktada karşımıza ihale, kamu ihale sözleşmesi, edim ve ifa gibi kavramlar çıkmaktadır.

İhale, Arapça kökenli bir kelime olup iş, mal veya hizmetin istekliler arasında en uygun şartlarla kabul edene verilmesidir⁵. İhaleyi idarenin yapacağı sözleşmenin karşı tarafını seçmek için izleyeceği usullerin tamamı olarak tanımlamak mümkündür⁶. İhale

³ **ODYAKMAZ, Zehra**, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, GÜHFD, C.:II, 1998/1-2, s. 143.

⁴ Bu ayırım inceleyeceğimiz suç tipi bakımından suçun konusunu belirlemede bizim hareket noktamız olacaktır. Bu nedenle önem arz etmektedir.

⁵ **İNAN, Atilla**, İhale Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 20.

⁶ **GÖZLER/KAPLAN**, İdare Hukuku Dersleri, (15), s. 468.

kavramı Türk hukukunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 4'te “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler*” ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m. 4'te “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu iki tanımdan yola çıkarak ihalelerin sadece kamu alımlarına ilişkin bir süreç olduğu sonucuna varılmamalıdır. İhaleler hem kamu alımlarına hem de kamuya gelir elde etmeye ilişkin olabilir⁷. Kamuya gelir elde etmeye ilişkin ihalelere satış, kiraya verme, sınırlı ayni hak tesisi, trampa, kat karışlığı inşaat, arsa karşılığı inşaat ve arsa karşılığı gelir paylaşımı örnek gösterilebilir⁸.

İhale süreci, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 3/1-a'da belirtildiği üzere ihale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihte başlar, sözleşmenin taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tesciliyle ya da onay ve tescil gerekmiyorsa sözleşmenin taraflarca imzalanması ile sona erer. Kısacası sözleşmenin imzalanmasına kadar olan aşamaya ihale süreci, imzalanmasından sonraki aşamaya ise edimin ifası süreci denilebilir⁹.

Özel hukuk hükümlerine tabi, her iki tarafın da gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olduğu sözleşmelerin aksine idarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşmenin imzalanma aşamasının yanında ayrıca edimin ifası aşaması da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu sadece sözleşmenin kuruluş aşamasını değil, tüm alım ve satım işlerinde sürecin tamamını güvence altına almayı amaçlamıştır. İdarenin ihtiyaçları doğrultusunda yapacağı sözleşmelerin amacına azami şekilde hizmet edebilmesi için de bu düzenlemeler gereklidir. Kısacası idarenin sözleşmelerinde edimin ifa edilme anına kadar her aşama Türk Borçlar Kanunu'na tabi sözleşmelerin aksine sıkı şartlara bağlanmış ve bunların ihlali niteliğindeki bazı fiiller suç olarak ayrıca düzenlenmiştir.

İhale ve sonrasındaki sözleşme sürecini düzenleyen mevzuatların amacı temelde saydamlık, eşitlik ve güvenilirlik ilkeleri doğrultusunda en uygun mal veya hizmetin en

⁷ **DÜLGER, Murat Volkan**, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt 1, s. 212.

⁸ **ÜNAL, Nurdoğan/EROL, Mesut**, Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 45 vd.

⁹ **ÖZGENÇ, İzzet**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 4. Bası, Ankara 2013, s. 10.

uygun fiyata alınmasıdır¹⁰. Bu durum bazen fiyat arttırma bazen de fiyat eksiltme yöntemlerini kullanarak mal veya hizmetin ihale edilmesiyle mümkün olur.

İhale mevzuatına ilişkin hükümlerin sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte hem özel hukuk sözleşmeleri hem de idari sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹¹. Yani idare yapacağı sözleşmenin içeriğini ve karşı tarafını belirlemede sözleşmenin türü fark etmeksizin tam anlamıyla serbestiye sahip değildir. Bu husustaki temel kanunlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu olmakla birlikte kamu ihale mevzuatı bu kanunlardan ibaret değildir¹². Başta idari sözleşmeler olmak üzere kanunlarda ilgili sözleşme türü bakımından değişik düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerin de ilgili sözleşme türü bakımından dikkate alınması gerekir. Bu durum ilgili prosedürün ihale olarak adlandırılmasına engel değildir. Örneğin, imtiyaz sözleşmeleri için hukukumuzda özel bir ihale prosedürü yer almamaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde idare görece serbestiye sahiptir. Ancak ilgili süreç yine ihale olarak adlandırılacaktır¹³. Yine 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması Hakkındaki Kanun m.11’de “*Bu Kanun hükümlerine göre yapılacak iş ve işlemler, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kanuna tabi değildir.*” hükmü yer almaktadır. Ancak ilgili süreçte de ihaleye dayalı bir sözleşme imzalanmakta ve buna müteakip bir edimin ifası aşaması söz konusu olmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe sokulmasındaki amaçlardan birisi de kamu ihale mevzuatında yeknesaklık sağlamaktır. Ancak kamusal alanda belirtilen kanuna tabi olmamaya yönelik eğilim doğrultusunda birçok istisna düzenlemeye gidilmiştir¹⁴. Bu her ne kadar idarenin keyfiliği anlamına gelmese de mevzuat birlikteliğinin oluşmasına engel olmaktadır¹⁵.

¹⁰ İNAN, İhale Hukuku Ders Notları, (2), s. 22.

¹¹ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2016, s. 481.

¹² Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu’nu yürürlükten kaldırmamıştır. Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile kamuya gelir getiren ihaleler Devlet İhale Kanunu’na, kamu harcaması gerektiren ihaleler Kamu İhale Kanunu’na tabi hale gelmiştir.

¹³ SEZGİNER, Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, GÜHFD, C.: XI, 2007/1-2, s. 1092.

¹⁴ SEZGİNER, Murat, “Kamu İhale Hukukunda Sorunlar”, Elazığ Barosu Dergisi, C.:1, 2009/4, s. 83.

¹⁵ Kamu İhale Kanunu’nun istisnası niteliğindeki bazı mal veya hizmet alımı ile yapım ihaleleri şunlardır: tanık koruma mevzuatına göre yapılacak alımlar, Orman Kanunu gereğince orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları, BOTAŞ tarafından ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz alımları, doğrudan üreticiden ürün alımı, savunma ve güvenlik mal ve hizmet

Bu noktadan hareketle ihale suçlarının sadece Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu kapsamındaki ihaleler ve bunlara dayalı sözleşmeler bağlı olarak işlenebileceği görüşünün yanlış olduğunu söylenebilir. Kanuni düzenlemede de bu tür bir sınırlama getirmemiştir¹⁶. Hatta 235. maddenin gerekçesinde “İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir.” ifadesi yer almaktadır. Her ne kadar edimin ifasına fesat karıştırma suçunun madde metninde ve gerekçesinde buna benzer bir ifade yer almasa da ilgili suçun kapsamını belirlemede söz konusu gerekçe yorum aracı olarak kullanılabilir. Bu noktadan hareketle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için de mutlaka 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na tabi bir sözleşme olması gerektiğini söylenebilir. Aksi yönde görüş ise Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yukarıda belirtilen amacına ulaşmış olması halinde söylenebilirdi. İdarenin ne tür sözleşmeleri ile edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebileceğini aşağıda suçun konusu başlığı altında ayrıntılı olarak anlatılacaktır. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun incelenmesinde genel nitelikte olduğu için 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu esas alınacaktır. Sözleşme aşamasına ilişkin diğer kanunlara ise yeri geldiğinde değinilecektir. Ayrıca bu aşamada bahsetmek ki TCK m. 236 edimin konusuna göre ayırım yapmaksızın her türlü edimi kapsamaktadır. Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.1 gereği söz konusu kanunun amacı Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmeleri düzenlemektir. Kamu İhale Kanunu’na göre ise sadece mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmaktadır. Bu durumda gelir getiren ihalelerin sözleşmeleri Devlet İhale Kanunu’na tabi olacaktır. Yani bu aşamada Devlet İhale

alımları, dış finansman ile yapılacak mal ve hizmet alımı, yabancı ülkede mal ve hizmet alımı, uluslararası araştırma geliştirme projeleri için yapılacak alımlar, teşhis ve tedaviye yönelik alımlar, kültür varlıklarına yönelik alımlar, deniz ve çevre kirliliğinin önlenmesine yönelik alımlar, vakıf kültür varlıklarına yönelik alımlar, er ve erbaşların hava yoluyla taşınmasına yönelik alımlar, sportif faaliyetlere yönelik alımlar, kömür yardımı amacıyla yapılacak alımlar, TCDD tarafından yapılacak alımlar, ÖSYM tarafından yapılacak alımlar. Bunlarla birlikte KİK m. 3/b’de yer alan istisnaya ilişkin ilgili bakanlığın çıkarmış olduğu Esaslara Bakanlar Kurulu’nun 31/10/2016 tarihli 2016/9436 sayılı kararı ile bir istisna daha getirilmiştir. TSK’nın sınır ötesinde icra ettiği faaliyetler kapsamındaki ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin ihalelerde söz konusu Esaslar uygulanmayacaktır. İstisnanın istisnası bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere ihalelerin tabi olduğu mevzuat hayli dağınıktır ve birçok istisna hüküm içermektedir. Ayrıca herhangi bir kamu alımının hangi mevzuata tabi olduğu idarenin düzenleyici işlemleri ile belirlenebilmektedir. Bu yetkiye sahip olduğundan bahisle ihale suçlarına ayrıca önem vermek gerekecektir.

¹⁶ SEZGİNER, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, s. 1091.

Kanunu'nun da sözleşmeler bakımından temel kanun olarak kabul edilebileceği ifade edilmelidir¹⁷.

1.2. İhale Süreci

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun nerede ve hangi şartlar altında oluştuğunu açıklamadan önce ihale suçlarının tamamı bakımından temel nitelik taşıyan ihale sürecinin esaslı noktalarının kısaca ifade edilmesinde yarar vardır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale süreci, idare tarafından bir gereksinimin tespit edilmesiyle birlikte başlar. Gereksinimin ortaya çıkmasıyla birlikte yaklaşık maliyetin belirlenmesi gerekir. Herhangi bir mal, hizmet veya yapım işinin satın alınmasına karar verildikten sonra Kamu İhale Kanunu m. 5'te yer alan temel ilkeye göre öncelikle bütçede yeterli ödeneğin bulunup bulunmadığı tespit edilir. Ödenek tespiti yaklaşık maliyet üzerinden yapılır. Ödeneğin varlığı halinde tespit edilen ihtiyacın alım sürecine ilişkin ihale usulü belirlenir. Daha sonrasında belirlenen usule göre idari ve teknik şartname hazırlanır. Satın alınacak edim konusunun teknik özelliklerinin yer verildiği teknik şartnamenin verimliliği sağlar nitelikte olması ve rekabeti engellememesi gerekmektedir¹⁸. Ardından idari ve teknik şartnamenin bir parçası olduğu ihale dokümanının diğer unsurları da tamamlanarak ihale yetkilisinin onayına sunulur. İhale yetkilisinin ihale dokümanını onaylaması halinde Kamu İhale Kanunu m. 6'da yer alan kriterlere göre ihale komisyonunu oluşturur. Böylece ihale sürecinin hazırlık aşaması sona erer¹⁹.

Hazırlık aşamasından sonra ilan aşamasına geçilir. İlanın ne şekilde yapılacağı Kamu İhale Kanunu m. 13'te düzenlenmiştir. İlan, açıklık ve saydamlık ilkeleri bakımından son derece önem arz eder. İlanın yapılmasından sonra ihale dokümanı ve ön yeterlilik dokümanı istekliler tarafından ücretsiz olarak görülebilir iken ihaleye katılmak isteyen istekliler tarafından satın alınması zorunludur.

İlan aşamasını takiben isteklilerden tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi aşamasına geçilir. Kamu İhale Kanunu m. 30'a göre ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar teklifler alınır. Sonrasında getirilen teklifler ise geçerli değildir. Sürenin sona ermesiyle birlikte şeffaflığın sağlanması amacıyla zamanında verilen tekliflere ilişkin zarflar

¹⁷ **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 217. Ancak yazarın TCK m. 236'nın sadece mal ve hizmet alım ve satımları ve ihalelerini kapsadığı yönündeki görüşe katılmıyoruz. Türk Ceza Kanunu'nun metninde ve gerekçesinde böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

¹⁸ **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, Türk İdare Hukuku, (7), s. 513.

¹⁹ **GÖZLER/KAPLAN**, İdare Hukuku Dersleri, (15), s. 482.

hazır olan istekliler önünde açılır ve esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın belgelerin tam olup olmadığı incelemesi yapılır²⁰. Sonrasında ise ihale komisyonu, usulüne uygun verilen teklifleri ayrıntılı olarak inceler ve ihaleyi ekonomik açıdan en uygun teklif veren isteklinin üzerine bırakır²¹. Ayrıca Kamu İhale Kanunu m. 39'a göre idare, herhangi bir yükümlülük altına girmeksizin tüm teklifleri reddetme imkanına da sahiptir. İhale komisyonu tarafından alınan ihale kararı ihale yetkilisinin onayına sunulur. Ayrıca ihale yetkilisi de ihaleyi iptal etme yetkisine sahiptir.

Kamu İhale Kanunu m. 46'ya göre yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanmak zorundadır. İhale komisyonu tarafından alınan ihale kararının ihale yetkilisince de onaylanması halinde sözleşme aşamasına geçilebilir. Ancak sözleşmenin imzalanma aşamasına geçiş kural olarak ihale sonucunun bütün isteklilere bildirilmesinden on gün sonra mümkün olmaktadır²². Belirtilen on günün sonunda idare, ihalenin üzerine bırakıldığı istekliye yine on gün içinde ihale bedelinin %6'sı kadar kesin teminat vermek suretiyle sözleşme imzalaması gerektiği bildirilir. İsteklinin kesin teminatı yatırması halinde istekli ve idare arasında sözleşme imzalanacaktır²³. Ayrıca ihale dokümanında yer alması şartıyla sözleşmenin notere tescili ve onaylatılması gerekmektedir²⁴. Sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte ihale aşaması sona erecek, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebileceği sözleşme aşaması başlayacaktır. Sözleşme aşaması 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre yürütülecek ve edimin yerine getirilmesi, sürenin sona ermesi, tarafların anlaşması, yüklenicinin ölmesi, tüzel kişiliğin sona ermesi, iflas veya mücbir sebeplerle sözleşmenin sona ermesine kadar devam edecektir²⁵. Yine edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından önem arz eden sona erme hali, sözleşmenin edimin yerine getirilmesiyle veya edimin yerine getirildiğinden bahisle sona ermesidir. Sözleşme gereği yerine getirilen edim, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11'e göre muayene edilecek ve uygun bulunması halinde kabul işlemi gerçekleştirilerek hakediş yükleniciye ödenecektir. Böylece ihale

²⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 519.

²¹ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre ise ihale, en uygun bedeli teklif eden istekli üzerine bırakılır.

²² GÜNDAY, *Metin*, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 214.

²³ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 6'ya göre Kamu İhale Kanunu'na tabi olarak yapılan ihaleler sonucunda imzalanacak beş tür sözleşme vardır: Yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşmesi, yapı işlerinde birim fiyat sözleşmesi, mal ve hizmet sözleşmesinde birim fiyat sözleşmesi, mal ve hizmet alımlarında götürü bedel sözleşmesi ve çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşme.

²⁴ GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, (15), s. 486.

²⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 526.

konusu işin tespiti ile başlayan süreç, kanunda belirtilen herhangi bir nedenle daha erken sonlanmaması şartıyla sözleşmenin sona ermesi ile son bulacaktır.

2. SUÇ HAKKINDA GENEL BİLGİ VE SUÇUN TARİHÇESİ

2.1. Genel Olarak

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 236. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu suç TCK'nın topluma karşı suçlar kısmının ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde yer almaktadır. Aynı bölüm altında ayrıca ihaleye fesat karıştırma, fiyatları etkileme, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma, ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması, mal veya hizmet satımından kaçınma ve tefecilik suçları düzenlenmiştir. Bu suçlar düzenlenerek toplumda ekonomik, sınai ve ticari hayatın güven içinde sürdürülmesi amaçlanmakta; serbest rekabet ilkesine aykırılık teşkil eden bazı fiiller yaptırım altına alınmaktadır²⁶.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihaleye fesat karıştırma suçundan hemen sonra düzenlenmiştir. Her ne kadar bu sistematik suçun kapsamı hakkında bazı çağrışımlarda bulunsa da salt bu sistematikten yola çıkarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu hakkında doğru sonuçlara varılamaz. Öncelikle belirtmek gerekir ki söz konusu iki suç birbirinden tamamen bağımsız ve farklı suç tipidir. Bu iki suç arasında ilişki genellikle suçların zaman bakımından birbiri ardına işlenebilir olmasıdır. İleride de bahsedileceği üzere genel olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği sürecin sona ermesiyle beraber başlayan yeni süreç olan sözleşme süreci boyunca işlenebilen bir suçtur²⁷.

Bu tür bir suç tipinin düzenlenme amacını anlayabilmek için öncelikle tamamen özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerle idarenin taraf olduğu sözleşmeler arasındaki temel farkların ortaya konulması gerekir. Özel hukuka tabi sözleşmeler bakımından hakim olan ilke sözleşme serbestisi ilkesidir. Taraflar sözleşmenin ve edimin her aşamasında anlaşarak edim konusunda değişiklik yapabilirler²⁸. Edimin sözleşmeye uygun ifa edilmemesi halinde

²⁶ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", TAAD, 2013/13, s. 2.

²⁷ ARSLAN, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 57.

²⁸ Söz konusu sözleşmeler bakımından istisna olarak ifa ikameleri de mevcuttur. Borçlu borçlanılan edim konusundan başka bir şeyle borcunu ifa edebilir. Bu durumlar ifa yerine geçen edim ve ifa amacıyla edim

ise kural olarak sadece hukuki sorumluluk doğar. Hatta tarafların irade ve beyanlarında isteyerek meydana getirdikleri uygunsuzluk hali olarak tanımlanan muvazaanın bile yaptırımını sadece hukukidir²⁹. Kamu ihale sözleşmelerine bakıldığında ise sözleşmenin imzalanma aşamasına kadar olan kısmın idare hukuku kurallarına, sözleşme aşamasının özel hukuk kurallarına tabi olduğu görülmektedir^{30,31}. Bunun sonucu olarak da sözleşmenin tarafı olan kişinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi kural olarak sadece hukuki sorumluluk doğuracaktır³². Ancak sözleşme aşaması bakımından Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu ile bazı düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un 6. ve 7. maddelerinde sözleşmelerin türleri ve içeriğinde yer alması zorunlu unsurlar düzenlenmiştir. Ayrıca tip sözleşmelerin oluşturulmasında yüklenicinin katkıda bulunması mümkün değildir³³. Yine Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 19, 20, 21 ve 22. maddelerinde sözleşmenin feshi bakımından idareye ayrıcalıklar tanınmaktadır. Yüklenicinin sözleşmenin imzalanmasından sonra fiyat farkına ilişkin hükümlerde değişiklik talep etmesi yasaklanmıştır ve böylece yüklenici vergi, harç vb. mali yükümlülüklerde artış olması halinde fiyat farkı isteyemeyecektir³⁴. Belirtilen örnekler sonucunda her ne kadar Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 4/3'te "*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur*" hükmü³⁵ yer alsaydı da ihale sonucu imzalanan sözleşmelerin tam olarak özel hukuk hükümlerine tabi olduğu söylenemez³⁶. İhaleye dayalı sözleşmeler bakımından kamu yararı ve kamu malı söz konusu olduğu için

olarak adlandırılmaktadır. (EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 918 vd.)

²⁹ EREN, Genel Hükümler, (16), s. 349.

³⁰ SARITAŞ, Hatice, "İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", Sayıştay Dergisi, 2009/73, s. 60; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 480.

³¹ Ayrıca KİSK m.36'da "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm de ilgili sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu göstermektedir.

³² DEMİR, Nazlı Hilal, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", Fasikül Hukuk Dergisi, 2013/41, s. 22.

³³ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan/AKİPEK, Şebnem, "Kamu İhale Sözleşmeleri", Mali Hukuk, 2003/103, s. 50.

³⁴ UZ, Abdullah, Kamu İhale Sözleşmeleri, Ankara 2010, s. 71.

³⁵ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tasarısında tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu yönünde bir düzenleme yoktu. Bu nedenle kanun tasarısında hakim olan düşünce yükleniciye ait yükümlülükler ve sorumlulukların düzenlenmesiydi. Daha sonra eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğuna ilişkin düzenleme getirilse de bu düşünce kanunun geneline yayılamamıştır. (UZ, Kamu İhale Sözleşmeleri, s. 64.)

³⁶ AKBULUT, Berrin, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", CHD, 2009/10, s. 42.

özel hukuktan farklı düzenlemelere gidilmesi doğaldır. Bu farklılığın sonucu olarak ve kamu yararına verilen önemden dolayı bazı hileli hareketlerin ayrı bir suç türü olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir³⁷. Ancak belirtmek gerekir ki kamu ihaleleri ve sözleşmeleri bakımından mevzuata aykırı her davranış suç olarak değerlendirilemez³⁸. Hem ihaleye fesat karıştırma suçu hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağlı hareketlidir. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nda açıkça belirtilen fiillerden birinin işlenmesi gerekir. Bununla birlikte sözleşmeye veya şartnameye aykırı bazı davranışlar ise suç olarak düzenlenen davranışların yanı sıra Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu m. 25 vd. idari yaptırıma tabi yasak fiiller olarak düzenlenmiştir.

2.2. Suçun Tarihçesi

Diğer ekonomik suçlar gibi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun da geçmişi kişilere ve malvarlığına karşı işlenen suçlara kıyasla çok eskilere dayanmadığı söylenebilir. Ekonomik suçlar bakımından daha yeni olan bir olgu ise günümüzde bu suçların artık iktisadi ve sosyal istikrar bakımından gerçek anlamda bir risk oluşturmalarıdır³⁹. Öncelikle ekonomik suç kavramının bir üst kavram olduğunu ve hukuki bir nitelik değil, kriminolojik bir nitelik taşıdığını söylemek mümkündür⁴⁰. Ekonomik suçluluk kavramı 20. yüzyılda oluşmaya başlamasına rağmen kesin bir tanıma sahip değildir. Ancak bu kavramı seçilen ekonomik sistem fark etmeksizin tamamen veya kısmen mevcut ekonomik düzenin kurumlarını tahrip eden, ekonomik düzene zarar veren, ekonomik düzeni tehlikeye sokan, toplumsal ilişkilerdeki güveni sarsan davranışlar olarak tanımlamak mümkündür⁴¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bireyler arasındaki ekonomik görünümlü suçlar ekonomik suçluluk kavramına dahil değildir⁴². Bu kriterleri dikkate alındığında edimin ifasına fesat karıştırmanın bir ekonomik suç olduğunu söylemek mümkündür.

³⁷ Özel hukuk ilişkisinin geniş yorumlanması suretiyle ilgili konunun ayrıca suç olarak düzenlenmesinin yanlış olduğu yönündeki görüş için bkz. **ŞEN, Ersan/AKSÜT, Ertekin**, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 283.

³⁸ **ÖZGENÇ, İzzet**, “Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu”, Ankara 2005, s. 84.

³⁹ **İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener**, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara 2009, s. 252.

⁴⁰ **DÖNMEZER, Sulhi**, “Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu”, İstanbul 1987, s. 20.

⁴¹ **CİN ŞENSOY, Şehnaz**, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 834.

⁴² **CİN ŞENSOY**, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, s. 829.

Edimin ifasına fesat karıştırma beyaz yaka suçu⁴³ olarak değerlendirilebilir⁴⁴. Ancak bu, kamu görevlisi fail bakımından söylenebilecek bir önermedir. Daha sonra bahsedileceği üzere failin kamu görevlisi olmadığı durumlar da mümkündür. İhale mevzuatına bakıldığında her kamu görevlisine muayene ve kabul görevi verilmediği de görülmektedir. Söz konusu görev belli kamu görevlilerine verilerek onlara güven duyulduğu gösterilmektedir. Ancak bu kamu görevlileri sözleşmenin ifasında hileli hareketler yaparak kendilerine duyulan güveni ihlal etmiş olacaktırlar. Her ne kadar beyaz yaka suçluluğu teriminin ortaya konulduğu zamanlarda edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağımsız bir suç olmasa da bu açıklamalara dayanılarak söz konusu kapsamda değerlendirilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki ülkemizde ve dünyada son zamanlarda geçmişe nazaran artmakta olan bir refah seviyesinden bahsedilebilir. Kimi yazarlara göre ekonomik refahın arttığı dönemlerde kolay kazanç elde etme arzusu da artmaktadır. Buna bağlı olarak da ekonomik suçlarda artış meydana gelmektedir⁴⁵. Günümüzde de özellikle hileli hareketlere başvurulmak suretiyle gerçekleştirilen ekonomik suçlarda artış söz konusudur. Bu artış beraberinde söz konusu suç tiplerinin daha ayrıntılı düzenlenmesi ve incelenmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ortaya çıkışı ihale kavramının ortaya çıkmasıyla mümkün olmuştur. İhale kavramı ise burjuva sınıfının kamu sektörü dışında üretim yapması ve sonrasında devlete satmaya başlamasıyla ortaya çıkmıştır. Ancak günümüzdeki şeklini alması bakımından en önemli kilometre taşının serbest piyasa ekonomisine geçiş olduğunu söylemek mümkündür⁴⁶. Serbest piyasa ekonomisine geçişle birlikte devlet ile özel sektör arasında imzalanan sözleşmelerin türü ve sayısı da artmıştır. Söz konusu artış beraberinde yüksek miktarda sözleşme bedelleri getirmiştir. Bununla birlikte ihaleye ve ediminin ifasına fesat karıştıran failer ortaya çıkmıştır.

Türk hukukunda ihaleye ilişkin ilk kanuni düzenleme 1857 tarihli Nizamnamedir⁴⁷. Cumhuriyetin ilanını takiben 22.04.1925 tarihinde 661 sayılı Hükümet Namına Vuku Bulacak Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir. Sonrasında 1934 tarihli

⁴³ Beyaz yaka suçu terimini ilk defa 1939 yılında Amerikalı kriminolog *Edwin H. Sutherland* tanımlamıştır.

⁴⁴ **DEMİRBAŞ, Timur**, *Kriminoloji*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 254.

⁴⁵ **DÖNMEZER, Sulhi**, *Kriminoloji*, 7. Bası, İstanbul 1984, s. 370.

⁴⁶ **DÜLGER**, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 216.

⁴⁷ **İNAN**, *İhale Hukuku Ders Notları*, (2), s. 38.

2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu yürürlüğe girmiş ve uzunca bir süre yürürlükte kalmıştır. Bu kanun; katı yapısı, o günün ihtiyaçlarını karşılamaması, iktisadi ve idari yapıdaki değişikliklerin gereklerine cevap veremediği gerekçelerine⁴⁸ dayalı olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ilga edilmiştir. Son kanuni düzenlemeler ise 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nu yürürlükte kaldırmayan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'dur. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile ilk defa kamu ihale sözleşmelerinin sözleşme aşaması ayrı bir kanunla düzenlenmiştir.

İhale suçlarına ilişkin ilk düzenleme ise 1274 (1857) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'ununda yer almaktadır. 1274 tarihli kanunun birinci babının, dördüncü faslının 83. maddesinde⁴⁹ düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu fasılda genel olarak devlet malını çalmakla ilgili hükümlere yer verilmiştir⁵⁰. Bu konuya ilişkin daha sonraki düzenleme ise 765 sayılı TCK ile yapılmıştır.

765 sayılı TCK'nın hangi maddelerinin mevcut 236. maddenin karşılığı olduğu yönünde bir fikir birliği yoktur. Öncelikle belirtmek gerekir ki 765 sayılı TCK'da edimin ifasına yönelik olarak 5237 sayılı TCK'daki gibi toplu ve bağımsız bir suç tanımlanmamıştır. Çeşitli maddelerde edimin ifası aşamasına yönelik suçlar tanımlanmıştır. Kimi yazarlar 765

⁴⁸ Söz konusu nedenler Devlet İhale Kanunu tasarısı gerekçesinde "*Halen yürürlükte bulunan 2490 sayılı Arttırma Eksiltme ve İhale Kanunu, birçok eklerine rağmen en az değişiklik gören kanunlarımızdan biridir. Bununla beraber, oldukça katı ve esneklikten mahrum hükümleri ile, bugünün ihtiyaçlarına ve özellikle planlı kalkınma döneminin icaplarına cevap vermediği de bir gerçektir. İkinci Dünya Harbi ve harp sonu devresinde, milletlerarası ticarî münasebetlerde ve memleketimizin iktisadî ve idarî bünyesinde husule gelen büyük değişiklikler, Devlet alım ve satımlarında süratli ve pratik usullerin tatbiki lüzumunu hissettirmiş ve planlı kalkınma devresi, bu lüzumu bilhassa açığa çıkarmıştır. 2490 sayılı Kanunun ihtiva ettiği katı hükümler, zaman kaybına sebebiyet veren formaliteler ve kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında ortaya çıkardığı güçlükler, bazı İdareleri bu kanun hükümlerinden kurtulmaya sevk etmiştir. Bir kısım ihtiyaçların ve bu arada yapım işlerinin 2490 sayılı kanuna tabi olmaksızın, pazarlıkla ve emaneten yaptırılması hususunda zaman zaman geçici ve istisnai yetkiler alınmıştır. Bütün bu geçici ve istisnai yetkilerin alınması nedenleri ile planlı kalkınmanın sürat ve güvenlik içinde yürütülmesi zorunluluğu, bu yeni tasarının hazırlanmasına başlıca neden olmuştur.*" şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁹ "Her kim Devlet-i Aliyye hesabına olarak satın alınmasına veyahut satışına veya imaline memur olduğu her nev'i eşyanın şirasında ve beha ve miktarında ve imalinde fesad karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eyler ise sarık olacağından madde-i sabıkada tayin olunan mücazâtı görür." (GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. 132.)

⁵⁰ GÖKCEN, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s. 30.

sayılı TCK'nın 205.⁵¹ ve 362.⁵² maddelerini mevcut 236. maddenin karşılığı olarak görmekte iken⁵³ kimi yazarlar sadece 362. maddeyi söz konusu maddenin karşılığı olarak görmektedir⁵⁴.

765 sayılı TCK'nın 205. maddenin kaleme alınış biçiminden dolayı yeteri kadar açık olmadığı, bu nedenle ceza hukuku ilkeleri ile uyuşmadığı ifade edilmiştir⁵⁵. Söz konusu suç özgü suçtur⁵⁶. Fail sadece Türkiye devleti hesabına bir şeyi almaya, satmaya veya yapmaya yetkili olan kişi olabilir. Suçun konusunun ne olduğu hususu ise kanun metnindeki “*Türkiye Devleti hesabına...*” ifadesinden dolayı tartışmalıydı. Tüm kamu kurumlarını kapsayan bir ifadenin kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca suçun konusu alım, satım ve yapım işleri ile sınırlıdır. Fesat karıştırma ifadesinin sadece hileyi değil, ayrıca cebir ve tehdidi de kapsadığı belirtilmiştir⁵⁷. Maddenin kaleme alınış biçimine bakıldığında hem ihale aşamasını hem de sözleşme aşamasını koruduğu görülmektedir⁵⁸. Yani 5237 sayılı TCK'daki karşılığı tek başına 236. madde değildir⁵⁹. Bu durumda fail aynı kamu alımı kapsamında hem ihale sürecine hem de edimin ifası sürecine fesat karıştırmışsa şu anki düzenlemede olduğu gibi iki ayrı suç oluşmayacaktı⁶⁰. Söz konusu suçun oluşabilmesi için

⁵¹ **Madde 205-** “Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eyleirse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve zarar kendisine ödettirilir.”

⁵² **Madde 362-** “Bir kimse yukardaki maddede yazılı olan erzak ve eşyanın nev'inde ve keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud'a irtikap ederse altı aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla beraber yirmi beş liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi itasına mahkum olur. Resmi daireye veya bir hizmeti ammeye mahsus olarak itası taahhüt olunan sair levazıma hile ve hud'a karıştırdığı takdirde failin göreceği ceza iki seneye kadar hapis ve yüz elli liraya kadar cezayı naktidir.”

⁵³ **ALTIPARMAK, Cüneyd**, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 149; **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 43; **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 841; **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 221.

⁵⁴ **ARSLAN, Çetin/AZİZAĞAOĞLU, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 983; **YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa**, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 7124; **İÇEL, Kayıhan**, “Eski ve Yeni Ceza Yasalarımız Çerçevesinde Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları Bağlamında Zamanaşımı ve Lehe Yasanın Belirlenmesi Sorunları”, İTÜSBD, 2012/22, s.111.

⁵⁵ **ÖZGENÇ, İzzet**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 236.

⁵⁶ **EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2000, s. 163.

⁵⁷ **ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin**, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s. 57.

⁵⁸ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 237.

⁵⁹ Ayrıca söz konusu suça ilişkin mehzat kanunda bir düzenleme olmadığı, suçun kanuna 1274 tarihli Ceza Kanunu'ndan girdiği belirtilmektedir. (**ÖNDER, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1991, s. 103.)

⁶⁰ “...18.8.1979 Cumartesi günü alım noktasında sanık Halil'in kantara, sanık İsmet'in eksper olarak görevlendirildiği, bu kişilerin saat 12.00 ilâ 19.00 arasında fiilen çalışarak tütün toplayıcısı tefecilerden 1439 balya tütün alımını yaptıkları, gerçekte 25.784 kilogram olan miktarın, 45.509 kilogram olarak

menfaat temin etmenin zorunlu olmasından dolayı zarar suçu olduğu kabul edilmiştir⁶¹. Son olarak belirtmek gerekir ki eski kanun döneminde edimin ifası aşamasındaki hukuka aykırı fiiller bakımından 205. madde sevk maddesi olarak kullanılmaktaydı⁶².

765 sayılı TCK'nın 362. maddesinde herkes tarafından işlenebilen bir suç düzenlenmiştir. İlgili madde iki fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkradan düzenlenen suçun oluşabilmesi için 361. maddede belirtilen türden bir erzak veya eşya olması gerekir. İkinci fıkrada ise sair eşya veya hizmetten söz etmekle birlikte ilk fıkraya nazaran daha az ceza öngörülmüştür. Her iki fıkrada da belirtilen *hile ve hud'a* ifadesinden dürüstlük kuralına aykırı davranışların tamamının algılanması gerektiği ve suçun bir tehlike suçu olduğu belirtilmiştir⁶³. Ayrıca suçun oluşması için gerekli taahhüdün ihale sonrasında veya sözleşmeyle oluşması gerekmemekteydi⁶⁴.

Kanaatimizce TCK m. 236'nın 765 sayılı TCK'daki karşılığı 205 ve 362. maddelerdir. Her iki maddedeki suç tipinin ortak özelliği hile unsurunun ön planda olmasıdır. Yalnızca 362. madde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karşılığı gibi görünse de özellikle failin kamu görevlisi olduğu durumlarda 205. maddeye de başvurmak mümkün olabilecektir⁶⁵. Zaten devlet hesabına yapılan ihalede failin kamu görevlisi olması

belirtildiği; bu suretle üreticilere 1.571.529,50 lira yerine 2.728.241,10 lira ödeme yapmayı gerektirecek şekilde belge düzenlendiği ve aynı gün saat 19 sıralarında ihbar üzerine gelen müfettişçe olayın ortaya çıkarıldığı, adı geçen sanıkların ölen sanık Tekel Müdürü Lütfi ile birlikte hareket ederek devlet hesabına alımı yapılan yaprak tütünlerin miktarında dolayısıyla fiyatında satıcı lehine sonuç doğuracak biçimde değişiklik yapmak suretiyle alım işlerine fesat karıştırarak T.C.K.'nun 205 inci maddesinde öngörülen müsnet suçu işlemeye eksik derecede teşebbüs ettikleri...” (Yargıtay 5. CD, 15.12.1987, 8836/7450)

“...Gediz'in Muratdağı ve Çukurören orman bölge vekâlet eylediği sırada, bu bölgelere ait müsadereleli orman emvalinin açık arttırma suretiyle satışını yapacak olan komisyon başkanı olarak, ihaleye iştirak eden 1952 doğumlu ve lise öğrencisi bulunan kendi oğluna orman emvalinin kesin ihalesini yapmış bulunduğu iddiasından ibaret olmadığına göre; eylemin, TCK. nun 336. maddesiyle ilişkisi mevcut olmadığı ve 205. maddeye tevafuk eyleyip, bu suretle de dâvayı görmenin, ağır ceza mahkemesinin görevi cümlesine dahil bulunduğu gözetilmeden, yazılı şekilde karar ittihazında isabet görülmemiş olduğundan...” (Yargıtay 4. CD, 10.12.1971, 9324/9826) (SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu II. Cilt, Ankara 1995, s. 1951)

Görüldüğü üzere hem ihaleye fesat karıştırma suçu hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçu için 765 sayılı TCK m. 205'ten dolayı failerin sorumlu olacağı belirtilmiştir.

⁶¹ **ERMAN/ÖZEK**, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 59; **EREM/TOROSLU**, Özel Hükümler, (8), s. 164.

⁶² **İÇEL**, “Eski ve Yeni Ceza Yasalarımız Çerçevesinde Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları Bağlamında Zamanaşımı ve Lehe Yasanın Belirlenmesi Sorunları”, s.108.

⁶³ **ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin**, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1996, s. 666.

⁶⁴ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 46.

⁶⁵ “...İlçesi Tekel Müdürü olan sanık M. 'nin aynı yerde tekel eksperi M.N. ve özel ekspres S. ile anlaşarak kamu iktisadi teşebbüsü olan Tekel hesabına tütün almaya memur edildikleri sırada sahte belgeler düzenledikleri ve tütünün kalitesini olduğundan yüksek gösterip pahasında fesat karıştırarak menfaat sağlanmasına ve adı geçen işletmenin zarara girmesine yol açtıkları anlaşılmasına göre eylemin TCK.nun

halinde sorumluluğun hangi maddeden doğacağını belirlemek birbirine bu kadar yakın iki maddenin olduğu bir durumda oldukça zordur. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın ihale suçlarını temel olarak ikiye ayırması ve bunları birer maddede düzenlemesi yerinde olmuştur. Özellikle ihaleyi yapan kamu kurumları bakımından Türkiye devleti, hükümet gibi ifadeler yerine yeknesak terimler kullanılması ve kapsayıcı bir sayma yolunun izlenmesi kanun yapma tekniği bakımından yerindedir.

Bununla birlikte 765 sayılı kanundaki 208, 361 gibi sair maddelerle TCK m. 236 arasında ayrıca ilişki kuran yazarlar olmasına rağmen⁶⁶ bu yorumları zorlama olarak kabul etmekteyiz. 765 sayılı TCK'nın 208. maddesinde devlet memurlarının kamu alımları aracılığıyla ticaret yapması düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK'da buna ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte mevzubahis kanun maddesinin yürürlükte olduğu dönemde de uygulaması yoktu⁶⁷. 765 sayılı TCK'nın 361. maddesinin 5237 sayılı TCK'daki karşılığını da 238. madde oluşturmaktadır⁶⁸. Ayrıca 765 sayılı TCK'nın 361. maddesinde hile unsuruna ilişkin bir düzenleme de yoktur.

3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Kamu harcamaları, sadece ülkemiz için değil tüm dünya ekonomileri bakımından önem arz eden bir konumdadır. Bütün ekonomiler bakımından kamu harcamaları, ekonominin önemli kalemlerinden birini oluşturur. Örneğin Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin mal, hizmet ve iş satın almak amacıyla yaptıkları kamu harcamaları ülkelerin GSYİH'nin ortalama %14'ünü oluşturmaktadır⁶⁹. Yine OECD ülkelerinin kamu ihale harcamaları GSYİH'nin yaklaşık olarak %12'sini oluşturmaktadır⁷⁰. Bu nedenle her devlet çeşitli şekillerde kamu harcamalarına ilişkin süreçte yapılan hukuka aykırı davranışlara yaptırım uygulamaktadır. Özellikle Avrupa Birliği kamu ihalelerinde yolsuzluğun önlenmesi,

205. maddesinde yer alan suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde (Yerel Mahkemece TCK.nun 240/2, 64, 66, 352, 80 ve 59. maddeleri ile ceza tertip edilmiştir) hüküm tesisi yasaya aykırıdır." (Yargıtay 5. CD, 06.11.1991, E.4124, K.4738) (DANIŞMAN, Mustafa, İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2011, s. 99.)

⁶⁶ **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 222; **ARSLAN, Çetin/TÖNGÜR, Ali Rıza**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", TAAD, 2013/14, s. 231.

⁶⁷ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, (1), s. 246.

⁶⁸ **AKBULUT, Berrin**, "Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu", CHD 2014/25, s. 11.

⁶⁹ https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en (Erişim Tarihi 01.03.2017).

⁷⁰ <http://www.oecd.org/gov/ethics/public-procurement.htm> (Erişim Tarihi 01.03.2017).

şeffaflığın ve rekabetin sağlanması amacıyla düzenlemeler yapmakta, üye devletlerin de ulusal hukuklarında ilgili değişiklikleri yapmaları gerekmektedir⁷¹.

Avrupa Birliği bazında ihale sürecinde işlenen suçlar genel olarak yolsuzluk (corruption) başlığı altında değerlendirilmektedir⁷². Bu kapsamda ihale sürecindeki suçlarla birlikte sözleşme sürecinde işlenen, sözleşmenin ifası ve sözleşme bedelinin ödenmesine ilişkin yolsuzluklar da incelenmektedir⁷³. Bu kısım, Türk hukukunda yer alan edimin ifasına fesat karıştırma suçuna tekabül etmektedir. Yolsuzluk ise dolandırıcılığın (fraud) bir alt başlığı olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Ceza hukuku boyutundaki düzenlemeler esas olarak üye devletler tarafından ulusal hukuk seviyesinde yapılmakla birlikte Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 83/1 gereği Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in sınır ötesi boyuttaki ciddi suç alanlarından biri olan yolsuzluk konusunda ortak bir temelde mücadele edilebilmesi için yolsuzluk suçlarının ve yaptırımlarının tanımlanmasına ilişkin asgari kuralları belirleyebilme yetkisi vardır. Avrupa Birliği hem kendi fonlarının hem de üye devletlerin kendi harcamalarının etkin kullanılması amacıyla yolsuzlukla mücadeleye önem vermektedir. Bu amaçla Avrupa Birliği'nin bünyesinde OLAF (Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Ofisi) faaliyet göstermektedir.

Amerika Birleşik Devletleri hukukuna bakıldığında hileli hareketlerle gerçekleştirilebilecek birçok suça yer verildiği görülmektedir. Hükümete karşı dolandırıcılık suçlarını ise genel olarak üçe ayırmak mümkündür: program dolandırıcılığı, sözleşme dolandırıcılığı ve kamu çalışanları tarafından elde edilen rüşvet vb. haksız kazanç⁷⁵. Türk hukukunda yer alan edimin ifasına fesat karıştırma suçuna benzer nitelik taşıyan grup, sözleşme dolandırıcılığıdır. Bu hususta birçok kanuni düzenleme bulunmakla birlikte

⁷¹ Avrupa Birliği son olarak üç direktif çıkarmış (2014/23-24-25) ve üye ülkelere ulusal hukuklarında ilgili değişiklikleri yapmaları için 18 Nisan 2016'ya kadar süre vermiştir. Buna bağlı olarak da 2004 direktifleri kaldırılmıştır. Bu düzenlemeler ile ihale prosedüründeki bürokrasinin azaltılması ve verimliliğin artırılması amaçlanmıştır.

⁷² Report From The Commission To The Council And The European Parliament Eu Anti-Corruption Report (COM/2014/038 FINAL).

⁷³ **GABRIEL, Mariya**, "Corruption crimes in relation to public procurement", Special Committee on Organised Crime, Corruption and Money Laundering (CRIM) 2012-2013, s. 3.

⁷⁴ "Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU", http://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf (Erişim Tarihi 04.03.2017).

⁷⁵ **CHEMERNISKY, Erwin**, "Controlling Fraud Against The Government: The Need for Decentralized Enforcement", Notre Dame Law Review, 1983/5, s. 995; **CHEMERNISKY, Erwin**, "Fraud and Corruption against the Government: A Proposed Statute to Establish a Taxpayer Remedy", Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 72, s. 1485.

devlete karşı dolandırıcılığa ilişkin temel kanun False Claims Act (31 U.S.C. § 3729–3733)’tır. 1863’te kabul edilen söz konusu kanunun günümüzdeki kapsamı; hükümete karşı herhangi bir sahte, hayali veya hileli talepte bulunulmasını, bir iddianın ödenmesine veya onaylanmasına yardımcı olmak amacıyla sahte bir giriş veya beyan içeren yazılı belge hazırlanmasını ve sahte bir iddiaya dayalı ödeme yapılmasını sağlamak suretiyle devletin dolandırılmasını engellemek oluşturur⁷⁶. Kısaca sözleşmecinin idareye taahhüt ettiği edimi hileli şekilde yerine getirmesi söz konusu kanunla yasaklanmıştır. Yine hileli hareketleri suç olarak düzenleyen çeşitli düzenlemeler olmakla birlikte temel suçlar Ceza Kanunu’nda yer alan (18 U.S.C.) § 287 ve § 1001’dir⁷⁷. 18 U.S.C. § 287 hileli beyanı suç olarak düzenlemekte iken 18 U.S.C. § 1001 ise yalan beyanı suç olarak düzenlemektedir. Her iki düzenleme de kişilerin idareye hileli hareketlerle ödeme talebinde bulunmasına ilişkindir ve en fazla beş yıl hapis cezası öngörmektedir. Buna göre örneğin failin yerine getirmediği bir edim için ödeme talebinde bulunması halinde suç oluşacaktır. İki suç somut olayda genellikle birlikte gerçekleşmekle beraber § 287’de yer alan suç için hükümetin ayrıca sözleşmeci tarafından ödeme talebinde bulunulduğunu ispat etmesi gerekmektedir⁷⁸. Amerikan Temyiz Mahkemesi, sözleşme gereği idareye 62 bilgisayar parçası teslim eden ve tüm parçaların dokuz kanallı olduğundan bahisle \$ 21.000 sözleşme bedeli alan ancak sadece 7 parçanın sözleşmede aranan özelliklere sahip olduğu olayda faili 18 U.S.C. § 1001’den dolayı cezalandırmıştır⁷⁹.

İngiliz hukukunda Enterprise Act 2002 §188’de düzenlenen ve ihale sürecindeki rekabeti engellemeye yönelik kartelleşmeyi yasaklayan suç bir kenara konulacak olursa ihale sürecine ilişkin özel suç düzenlemesi yer almamaktadır. Yapılan hileli hareketler, dolandırıcılığa ilişkin suçlara yer verilen Fraud Act 2006 kapsamında değerlendirilecektir. Belirtilen kanundaki temel suç tipleri ise hileli temsil (m.2), bilgilenme yükümlülüğünü ihlal (m.3) ve bulunduğu pozisyonu kötüye kullanmadır (m.4).

Alman hukukunda da ihale sürecine ilişkin spesifik olarak haksız rekabet suçu düzenlenmiştir (Alman Ceza Kanunu § 298). Bu hüküm dolandırıcılık suçunun

⁷⁶ NASH, Ralph C./Schooner, Steve L./O’BRIEN-DEBAKEY, Karen R./Edwards, Vernon J., The Government Contracts Reference Book, 3rd Edition, Washington 2007, s. 453.

⁷⁷ DUNN, Allyson, “Government Contract Fraud”, American Criminal Law Review, Vol. 24:603, 1987, s. 610.

⁷⁸ DUNN, “Government Contract Fraud”, s. 610.

⁷⁹ United States v. Hoffman, 62 F. 3d 1418 (6th Circuit 1995).

oluşmamasına rağmen ihale sürecinde rekabetin engellendiği durumlar için ihdas edilmiştir. Ancak bu hüküm ihale sürecine uygulanabilecek tek suç tipi değildir. Kamu ihale sürecinde gerçekleştirilen davranışlar için dolandırıcılık suçu da (§ 263) şartlarının oluşması halinde uygulanabilecektir. Özellikle arz eden kısım ise dolandırıcılık suçunun oluşması için bir malvarlığı zararının meydana gelmesi gerektirir⁸⁰.

Fransız Ceza Kanunu 313-6'da ayrıntılı bir ihaleye fesat karıştırma suçuna yer vermiştir. Buna göre hileli hareketlerin yanında cebir ve tehdit ile de suçun işlenmesi mümkündür. Ancak sözleşme sürecine ilişkin ayrı bir suç türü düzenlenmemiştir. Bunun için yine 313-1'de düzenlenen dolandırıcılık suçunun uygulanması mümkündür. Ayrıca 313-8 gereği dolandırıcılık suçunda mahkum olan kişi beş yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanabilecektir.

İspanya Ceza Kanunu m. 436'da ise temel dolandırıcılık suçlarına ilaveten kamu sözleşmelerinde görev alan kişiler ile diğer kişilerin aralarında anlaşmak suretiyle veya farklı şekillerde kamu sözleşmeleri kapsamında kamu kurumlarını dolandırılması hali suç olarak düzenlenmiştir. Örnek niteliği taşıyan tarafların anlaşması haricince seçimlik hareket öngörülemezdir. Yaptırım olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ve altı yıldan on yıla kadar kamu görevinden uzaklaştırma cezası öngörülmüştür. Hapis cezası kamu görevlileri ile birlikte özel kişiler için de uygulanabilmektedir. Yine İspanya Ceza Kanunu m. 262'de kamu ihale ve müzayedelerinde fiyatları değiştirmek amacıyla yapılan ihaleye fesat karıştırma niteliğindeki davranışlar da suç olarak düzenlenmiştir⁸¹.

Görüldüğü üzere kimi ülkelerde kamu ihale sözleşmeleri için Türk Hukukunda yer alan edimin ifasına fesat karıştırma suçuna benzeyen özel suç tiplerine yer verilmiş olmakla birlikte genel eğilim ihaleye fesat karıştırma suçunun ayrıca düzenlenmesine rağmen sözleşmenin ifası bakımından dolandırıcılık ve benzeri suçlara başvurulmasıdır.

4. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer kavramı çeşitli yazarlar tarafından hukuki konu, hukuksal değer gibi değişik şekillerde ifade edilmektedir. İçinde bulunulan döneme göre korunan hukuki değere farklı anlamlar yüklenmiş olmakla beraber günümüze kadar bu kavram için

⁸⁰ Nakleden **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 78 vd.

⁸¹ İlgili kanunların İngilizce metinleri için bkz. <http://www.legislationline.org>.

kapsayıcı bir tanım yapılamamıştır⁸². Korunan hukuki değeri suç tarafından ihlal edilen, sosyal düzenin devamı için zorunlu olan ideal ve manevi değerler olarak tanımlamak mümkündür^{83 84}. Her suçun koruduğu bir hukuki değer vardır. Bu nedenle herhangi bir hukuki değer ile ilişkilendirilmeyen suçtan söz edilemez⁸⁵. Ayrıca bazı suçlar bakımından birden fazla korunan hukuki değerden bahsedilebilir. Korunan hukuki değer ile suçun konusu arasında sıkı bir ilişki olmasına rağmen aynı anlama gelmezler⁸⁶. Suçun konusuna zarar verilmesi veya zarar tehlikesine maruz bırakılması halinde korunan hukuki değer ihlal edilmiş olacaktır⁸⁷. Bu iki kavram aralarındaki temel fark ise suçun konusu daima fiziki bir varlık iken korunan hukuki değer in soyut nitelikte olmasıdır⁸⁸.

TCK m. 236’da ve gerekçesinde ihaleye fesat karıştırma suçunun aksine korunan hukuki değere ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. TCK m. 235’in gerekçesinde ihaleye fesat karıştırma suçunun korunan hukuki değeri “*Bu hükümlerle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Her ne kadar kamu ihale süreci kamu hukuku kurallarına, edimin ifası süreci özel hukuk kurallarına tabi olsa da ihaleye fesat karıştırma suçu ile edimin ifasına fesat karıştırma suçu tarafından korunan hukuki değerler benzerlik göstermektedir⁸⁹. Bu nedenle 235. maddenin gerekçesindeki ifade edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından yol gösterici niteliktedir⁹⁰. Edimin ifasına

⁸² ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 76 vd.

⁸³ İÇEL, Kayıhan/SOKULLU AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih/ÜNVER, Yener, Suç Teorisi 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 87.

⁸⁴ *Toroslu*’ya göre korunan hukuki değer suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaattir. Varlık, insanların ihtiyaçlarını gidermeye elverişli her şeyi; menfaat ise kişi ile varlık arasında olan ve kişinin ihtiyacını gidermesi için varlığı kullanmasına imkan veren ilişkidir. (TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 22. Baskı, Ankara 2016, s. 107.) *Dönmezer/Erman*’a göre korunan hukuki değer ise belirli bir suçun yaratılmasındaki maksattır. Bu maksat genel ve özel olmak üzere iki boyuta sahiptir. Genel olarak sosyal disiplinin korunması amaçlanırken özel maksat her suç türüne göre değişiklik gösterir. Bu maksatlar kimi zaman kamuyu ilgilendirirken kimi zaman kişisel nitelik taşırlar. Ayrıca korunan özel değer suçların tasnifi bakımında da ayırt edici bir özelliktir. (DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:1, 10. Baskı, İstanbul 1987, s. 320 vd.)

⁸⁵ ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 614.

⁸⁶ İki kavram arasındaki farklar için bkz. TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 195 vd.

⁸⁷ İÇEL/SOKULLU AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Suç Teorisi 2. Kitap, (2), s. 89.

⁸⁸ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 112.

⁸⁹ ALTIPARMAK, Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 65.

⁹⁰ Doktrindeki birçok yazarın edimin ifasına fesat karıştırma suçunun korunan hukuki değeri başlığında doğrudan ihaleye fesat karıştırma suçuna atıf yapması da bu görüşü desteklemektedir. (ÖZGENÇ, İhale

fesat karıştırma ve ihaleye fesat karıştırma suçunun birlik arz eden şekilde kanunda yer alması bu suçlarla korunan hukuki değerin ihlalini esaslı bir şekilde engellemeyi amaçlamıştır. Dürüstlük kuralına ve güven ilkesine uygun bir kamu harcamasından veya gelirinden söz edebilmek için ifa edilen edim ile kamunun gereksinim duyduğu malın, hizmetin, gelirin vb. örtüşmesi gerekir. Bunun için de ifa aşamasına yönelik aynı hukuksal değeri koruyan bir başka suç tipine yer verilmesi elzemdir. Aksi halde ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değerin kadük kalma ihtimali söz konusu olacaktır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun gerekçesinde ise kamu taahhütlerinde sorumluluğunu yerine getirmeyen yükleniciler ve idare görevliler hakkındaki cezai yaptırımların amacı “*kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasını ve sözleşmelerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak...*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu gerekçe de söz konusu suç ile korunan hukuki değerin tespitinde yol göstericidir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değere ilişkin doktrinde fikir birliği yoktur. Birinci görüşe göre korunan hukuki değer sözleşme hürriyetine dayanan edimin yerine getirilmesi sağlanarak ticari hayattaki işlerlik ve güven ilkesidir⁹¹. İkinci görüşe göre ihale işlemlerinin yerine getirildiği hususunda toplumsal güvenin korunmasının yanında kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirdiklerine ilişkin güvenin korunmasıdır⁹². Yani kamusal faaliyete ve kamu görevlilerine duyulan toplumsal güven korunmaktadır. Üçüncü görüşe göre edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla serbest rekabet ilkesi başta olmak üzere ekonomik kuralların korunması amaçlanmıştır⁹³. Dördüncü görüşe göre ise korunan hukuki değer karma niteliktedir. Bir yandan ülke ekonomisinin işleyişi, dengesi, kaynakları, verimliliği korunurken diğer yandan kamu görevlilerine ve kamu işlemlerinin doğruluğuna duyulan güven korunmaktadır⁹⁴. Karma nitelikte olmakla birlikte ekonominin işleyişinden ziyade dürüstlüğün temininin amaçlandığı yönünde görüş de mevcuttur⁹⁵. Son

Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 114; **ÇALIŞKAN, Suat**, İhale Kavramları ve İhale Suçları, Ankara 2013, s. 613.)

⁹¹ **MERAN, Necati**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 342; **ŞEN/AKSÜT**, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, (4), s. 287.

⁹² **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 32.

⁹³ **ARSLAN/AZİZGAOĞLU**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, (1), s. 983.

⁹⁴ **DÜLGER**, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 230; **GÖKCEN, Ahmet**, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2005/6-7, s. 163; **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 223.

⁹⁵ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 48.

olarak korunan hukuki değerin karma nitelikte olmasına doktrinde ifade edilen tüm hukuki değerlerin birlikte korunması şeklinde anlam yükleyen görüş bulunmektedir⁹⁶. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda korunan hukuki değeri “...*kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğu...*” şeklinde ifade etmiřtir⁹⁷.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kanunda “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. TCK’nın suç tiplerini sınıflandırırken dikkate aldığı en önemli kriterin korunan hukuki değer olduğu söylenebilir⁹⁸. Suçun kamu idaresine karşı işlenen diğer suçlarla aynı başlıkta düzenlemek yerine mevzubahis başlığın altında düzenlenmesi bir anlam ihtiva etmektedir. Bu nedenle korunan hukuki değerin belirlenmesinde öncelikle bu noktadan hareket edilmelidir. Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere edimin ifasına fesat karıştırma bir ekonomik suçtur. Söz konusu suç ile temel olarak ekonomik düzenin, verimliliğin, serbest rekabetin korunması amaçlanmaktadır. Elde edilen menfaatlerin artmasıyla ekonomik suçlarla korunan hukuki değerin önemi de gün geçtikçe artmaktadır.

Korunan hukuki değerin ihlali kimi durumlarda ekonomik düzenin ötesinde sonuçlar doğurabilecektir. Sadece ekonomik sistemi değil demokrasi ve hukuk devletini de etkileyebilmektedir⁹⁹. Bu nedenle korunmak istenen temel değer ekonominin işleyişidir. Ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kamu görevlisi dışındaki kişilerce işlenebilir olması bu görüşü desteklemektedir¹⁰⁰. Ancak kanaatimizce söz konusu suç ile korunan hukuki değer bundan ibaret değildir. Korunan hukuki değeri karma nitelikte kabul etmek yerinde olacaktır. Ayrıca yürütölen kamusal faaliyetlere ve kamu görevlilerine duyulan toplumsal güvenin korunması amaçlanmaktadır. Kimi durumlarda ekonomik düzenin işleyişi, serbest rekabet ilkesi zarar görmemekle birlikte kamu alım faaliyetlerine veya kamu görevlilerine duyulan güven zedelenebilecektir.

Hile unsurunun ortak olmasından dolayı dolandırıcılık suçu gibi görönen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu dolandırıcılık suçundan ayıran en önemli özellik yine korunan hukuki değerdir. Dolandırıcılık suçunda bireysel menfaatler korunurken bir ekonomik suç

⁹⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7125.

⁹⁷ Yargıtay 5. CD, 03.03.2014, E.2012/13889, K.2014/2198.

⁹⁸ DEMİR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 24.

⁹⁹ İÇEL/ÜNVER, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, s. 249.

¹⁰⁰ GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 164.

olan edimin ifasına fesat karıştırma suçunda toplumun tamamını ilgilendiren ekonomik menfaatler korunmaktadır¹⁰¹. Yine de söz konusu suçun özel bir dolandırıcılık suçu olduğu yönündeki görüşe¹⁰² tipikliğin maddi unsurlarındaki benzerlik bakımından katılmaktayız.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değer, özellik arz eden kimi durumlarda daha da öne çıkmaktadır. Örneğin şartnamede belirtilen nitelikte malın teslim edilmiş gösterilmesine rağmen failin belirtilen mallardan daha kaliteli, özellikli veya üstün bir mal teslim etmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tipiklik unsuru sağlanmış olacaktır. Ancak bu durumda korunan hukuki değer ihlali yoktur. Bu nedenle suç da oluşmayacaktır. Ancak bu gibi örneklerde failin kendi menfaati için hareket edip etmediğinin dikkatli bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Yine örneğin failin şartnamede belirtilen teknolojik ürün yerine söz konusu ürünün sık sık arızalandığı için pek fazla tutulmayan üst modelini, daha iyi olduğu gerekçesiyle kamu kurumuna teslim etmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Çünkü bu durumda korunan hukuki değer ihlal edilmiştir.

¹⁰¹ CİN ŞENSOY, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, s. 834.

¹⁰² KAPLAN, Mahmut, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, İÜHFİM, C. LXXI, 2013/1, s. 712.

2. BÖLÜM

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI

1. SUÇ HAKKINDAKİ GENEL BİLGİLER

İnceleme konumuzu oluşturan edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar"ın düzenlendiği "İkinci Kitap", "Üçüncü Kısım", "Dokuzuncu Bölüm"de yer alan 236. maddede düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesi şu şekildedir:

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

(2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:

a) İhale kararında veya sözleşmede 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.”

Söz konusu maddede kanunun yürürlüğe girmesinden günümüze kadar değişiklik yapılmamıştır. Birinci fıkrada suçun yaptırımını düzenlenmiştir. İkinci fıkrada edimin ifasına

fesat karıştırma niteliğindeki fiiller beş bent halinde sıralanarak seçimlik hareketli suç oluşturulmuştur. Üçüncü fıkrada ise özel içtima düzenlemesine yer verilmiştir.

Suç tipinin incelenmesine geçmeden önce takip edilecek sistematik hakkında genel bilgiler vermekte yarar vardır. Suçun unsurlarının incelenmesinde Türk Ceza Kanunu'nun sistematik yapısı takip edilecektir. Bu doğrultuda suçun unsurları üç başlık altında değerlendirilecektir: tipikliğin maddi unsurları, tipikliğin manevi unsurları ve hukuka aykırılık unsuru. Tipikliğin maddi unsurları başlığı altında fail, mağdur, suçun konusu, fiil, netice ve nedensellik bağı incelenecektir¹⁰³. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan maddi unsurlar ifadesinden de sayılan unsurların anlaşılması gerekmektedir¹⁰⁴. Hemen belirtmek gerekir ki netice, suçun kanuni tanımında yer alan ve dış dünyada meydana gelen değişikliklerdir¹⁰⁵. Netice fiilin alt unsurlarından birisi değildir¹⁰⁶. Bu nedenle her suçta netice yoktur¹⁰⁷. Sadece suçun kanuni tanımında neticeye yer verilmesi halinde unsur olarak değerlendirilecektir¹⁰⁸.

Fiil ile fail arasındaki sübjektif bağı oluşturan manevi unsurlar temel olarak kast ve taksirden oluşmaktadır. Aksi yönde görüşler olmakla birlikte kusurluluk ve manevi unsur birbirinden ayrılmaktadır¹⁰⁹. Kusurluluk, tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği yerde yapılacak kınama yargısıdır¹¹⁰. Bu nedenle kusurluluk suçun bir unsuru değil, faile ceza verilip verilmeyeceği hususunda yapılan değerlendirmedir. Sonuç olarak “kusursuz suç olmaz” ilkesi yerine “kusursuz ceza olmaz” ilkesi kabul edilmektedir¹¹¹. Türk Ceza Kanunu m. 22/1 gereği suçlar kural olarak kasten

¹⁰³ **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2016, s. 212; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 106.

Suçun maddi unsurlarının hareket, netice ve nedensellik bağından ibaret olduğu yönündeki görüş için bkz. **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 190; **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul 2016, s. 232.

¹⁰⁴ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 214.

¹⁰⁵ **ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2016, s. 174.

¹⁰⁶ **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 173. Aksi yönde görüş için bkz. **İÇEL, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 254.

¹⁰⁷ Her suçta neticenin olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (9), s. 259; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Genel Hükümler, (5), s. 201.

¹⁰⁸ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 214; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 122; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 174.

¹⁰⁹ Aksi yöndeki görüşe göre kast ve taksir kusurluluğun görünüm biçimleridir. (**DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 550; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (9), s. 357.)

¹¹⁰ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 479; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 299; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 370.

¹¹¹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 299.

işlenebilir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için manevi unsurlar bahsinde taksir değerlendirmesi yapılmamış, sadece kast değerlendirmesi yapılmıştır. Ayrıca çalışmamızda söz konusu suç tipi bakımından özellik arz etmediği gerekçesiyle kusurluluk incelemesine yer verilmemiştir.

Suçun üçüncü unsurunu oluşturan hukuka aykırılık başlığı altında ise karine olarak hukuka aykırı olan¹¹² tipe uygun fiili, hukuka uygun hale getirecek ve dolayısıyla suç olmaktan çıkaracak bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir.

2. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

2.1. Fail

2.1.1. Genel Olarak

Faillik, TCK m. 37'de suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Her suçun mutlaka bir faili bulunmaktadır. Belli bir iradeye dayalı hareket edebilme yeteneği sadece insanlara özgü olduğundan ancak gerçek kişiler fail olabilecektir¹¹³. Tüzel kişiler suçun faili olamayacağı gibi iştirak hükümlerine göre de sorumluluklarına gidilemeyeceği için haklarında ceza yaptırımını uygulanamaz. Sadece tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanabilir¹¹⁴. Tüzel kişiliğin faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirilen fiillerden dolayı ise tüzel kişiliğin gerçek kişi olan organ, temsilci veya bu kapsamda görev üstlenen kişiler sorumlu olacaktır.

Suçlar, failine göre genel suçlar ve özgü suçlar olmak üzere ikiye ayrılır. Kural olarak kanunda düzenlenen bir suç herkes tarafından işlenebilir. Özgü suçlar ise ancak bazı özel yükümlülükler altında olan ve belli faillik niteliği taşıyan kişiler tarafından işlenebilen suçlardır¹¹⁵. Özgü suçların tipik örneğini memur suçları olarak adlandırılan, sadece kamu

¹¹² **ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 286; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 379; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 256.

¹¹³ **DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2, 10. Baskı, İstanbul 1994, s. 399; **ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2015, s. 151; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 108; **TOROSLU/TOROSLU**, Genel Kısım, (22), s. 105.

¹¹⁴ **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 192.

Tüzel kişiler aleyhine güvenlik tedbirlerinin de uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, Genel Hükümler, (5), s. 233.

¹¹⁵ **İÇEL/SOKULLU AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, Suç Teorisi, (2), s. 90.

görevlileri tarafından işlenebilen zimmet ve irtikap gibi suçlar oluşturur. Özgü suçlar da kendi içinde gerçek özgü suç ve görünüşte özgü suç olarak ikiye ayrılmaktadır¹¹⁶.

TCK m. 236'nın kaleme alınış biçimine bakıldığında hükmün en özensiz kısmının faile ilişkin düzenleme olduğu söylenebilir. Bu suçun kimler tarafından işlenebileceği hususunda iki farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre fesat karıştırma suçunu oluşturan fiillerin seçimlik olarak sayıldığı ikinci fıkrada teslim etme ve kabul etmeden bahsettiği için suçun herkes tarafından işlenmesi mümkündür¹¹⁷. İkinci görüşe göre ise TCK m. 236/2-c-d-e bentlerinde sadece kabul edilme ifadesine yer verilmesi, söz konusu suç için failde teslim veya kabul yetkisi olması gerektiği gibi nedenlerden dolayı edimin ifasına fesat karıştırma bir özgü suç niteliğindedir¹¹⁸.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinin düzenlendiği TCK m. 236/2'ye bakıldığında "a" ve "b" bentlerinde malın teslim ve kabul edilmesinin suç olarak düzenlendiği, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise sadece kabul edilmenin suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre failin kim olabileceğinin doğru şekilde tespit edilebilmesi için öncelikle teslime ve kabule kimlerin yetkili olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

2.1.2. Teslim Eden

Teslime yetkili kişinin kim olduğunu belirlemek için istekli, yüklenici, alt yüklenici, ortak girişim gibi kavramların içeriğinin tespit edilmesi gerekmektedir. İstekli ve yüklenici kavramlarına ilişkin Kamu İhale Kanunu m. 4'de tanımlar yer almaktadır. Söz konusu kanuna göre ihaleye teklif sunanlara genel olarak istekli denilmektedir. Mal alım ihalelerine teklif verenler tedarikçi, hizmet alım ihalesine teklif verenler hizmet sunucusu, yapım işlerine ilişkin ihalelere teklif verenler ise yapım müteahhidi olarak adlandırılmaktadır. Bu adlandırmalar edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından özellik arz etmez. Çünkü söz

¹¹⁶ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 192.

¹¹⁷ SOYASLAN, Doğan/KEMER, Mustafa/GÜLSEVEN, Mustafa, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2014, s. 174; EKER KAZANCI, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 223; ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 133; MERAN, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 342; ALTIPARMAK, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 158; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 849.

¹¹⁸ KOCA, Mehmet Reis, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2014, s. 268; AKBULUT, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 43; ARSLAN/TÖNGÜR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 235; DEMİR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 27; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7127.

konusu sıfatlar ihale sürecine ilişkindir. Ortak girişimler iş ortaklığı ve konsorsiyum olmak üzere ikiye ayrılmaktadır^{119,120}. İş ortaklığı, ortakların tamamının işin tümünü birlikte yapmayı üstlendiği, hak ve sorumlulukların da müşterek olduğu birlikteliktir¹²¹. Konsorsiyum ise üyelerin hak ve sorumluluklarının üstlendikleri uzmanlık alanıyla sınırlı olduğu sorumluluk türüdür. Konsorsiyum anlaşmasında ve sözleşmesinde konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin işin hangi kısmını taahhüt ettikleri belirtilecektir. Ancak ortak girişimlerdeki müştereklik ve ayrılık cezai sorumluluk bakımından geçerli değildir. Kamu İhale Kanunu'nundaki sorumluluklar hukuki ve idari sorumluluktur. Bu durum iştirak kapsamında da değerlendirilecektir. Üzerine mal alım ihalesi, hizmet alım ihalesi veya yapım işi ihalesi fark etmeksizin ihale yapılan ve sözleşme imzalanan kişiye yüklenici denir. İsteklinin yüklenici olarak ifade edilebilmesi için üzerine ihalenin kalması yeterli değildir. Yüklenici sıfatına haiz olunabilmesi için ayrıca idare ile sözleşme imzalanması gerekmektedir¹²². Bu durum edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından istekli kavramının önem arz etmediğini göstermektedir. Ayrıca yüklenici kavramı bakımından istekli kavramında olduğu gibi yerli-yabancı ayırımına gidilmemiştir¹²³. İşin ihale edildiği herkes yüklenici veya müteahhit olarak ifade edilecektir¹²⁴.

Kamu İhale Kanunu sözleşme kavramını 4. maddede “*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşma*” olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere teslimde yetkili kişinin belirlenmesinde esas alınacak kavram yüklenici kavramıdır. Alt yüklenici ise Kamu İhale Kanunu m. 15'te düzenlenmiştir. Alt yüklenici yükleniciye karşı işin bir kısmını üstlenen kişidir. Kamu ihalelerinde işin tamamı hiçbir şekilde alt yükleniciler tarafından yapılamaz¹²⁵. Alt yükleniciye başvurmak isteyen yüklenicinin ihale aşamasında yaptırmayı düşündüğü işleri ve alt yüklenicilerin

¹¹⁹ Ortak girişim kapsamında imzalanan sözleşme Türk Borçlar Kanunu m. 620 kapsamında adi ortaklık sözleşmesidir. Ortaklar arasındaki ilişki de adi ortaklık ilişkisidir. Bu nedenle kurulan ortaklığın ayrı bir tüzel kişiliği yoktur.

¹²⁰ Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde de belirtildiği üzere iş ortaklığında ortaklardan birisi pilot ortak, konsorsiyumda ise ortaklardan birisi koordinatör ortak olarak adlandırılacaktır.

¹²¹ İNAN, İhale Hukuku Ders Notları, (2), s. 55.

¹²² TUNA, Mustafa Oğuz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, İstanbul 2014, s. 26.

¹²³ DOĞANYİĞİT, Sadettin, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 132.

¹²⁴ Müteahhit kavramı Devlet İhale Kanunu m.3'te “*Üzerine ihale yapılan istekli veya istekliler*” şeklinde tanımlanmıştır. İki farklı kanunda iki farklı kavrama yer verilmesine rağmen yüklenici ve müteahhit kavramları kamu ihale mevzuatı bakımından eş anlamlıdır.

¹²⁵ DOĞANYİĞİT, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, (15), s. 476.

listesinin idarenin onayına sunması gerekmektedir. Aynı zamanda 15. maddede alt yüklenicinin yaptığı işlerle ilgili sorumluluğunun yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığına ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Bu açıklamalar ışında teslim yetkili kişilerin kimler olabileceğine gelinecek olursa öncelikle yüklenici teslim yetkili kişidir. Ortak girişimi oluşturan her bir gerçek veya tüzel kişi de teslim yetkilidir. Ancak konsorsiyumda yetkiye ilişkin özellik arz eden bir durum söz konusudur. Konsorsiyumda ortaklardan her biri belli uzmanlık alanında sorumluluk üstlenmektedir. Bu nedenle konsorsiyumda ortaklardan her biri sadece sözleşmede üstlendikleri kısım bakımından teslim yetkilidir. Diğer ortakların ya da koordinatör ortağın genel olarak teslim yetkili olduğundan söz edilemez. Alt yüklenici hususunda ise teslim yetkili asıl kişi yüklenicidir. Ancak idarenin onayından geçen ve alt yüklenicinin yerine getirdiği işler bakımından yükleniciyle birlikte alt yüklenicinin de teslim yetkili olduğu kabul edilmelidir. Yani alt yükleniciye yaptırılan işler bakımından hem yüklenicinin hem de alt yüklenicinin teslim yetkili olduğu söylenebilir.

Teslim hususunda özellik arz eden son husus ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 16'da düzenlenen sözleşmenin devridir. Kamu ihale sözleşmesi zorunlu hallerde, ihale yetkilisinin yazılı izni ile devredilebilecektir. Kanunda zorunlu hallerden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir¹²⁶. Sözleşmenin devredilmesi halinde üzerine ihale kalan kişi ile teslimi gerçekleştirecek kişi farklı olacaktır. Burada edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından kimin fail olabileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır¹²⁷. Yüklenici sözleşmeyle birlikte devir tarihine kadar yapmış olduğu işleri de devralana devredecektir. Ancak devir işlemi eski yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacaktır¹²⁸. Kanunda belirtilen şartlara uygun devirle birlikte yüklenici sıfatı devralana geçecek ve teslim yetkili kişi devralan olacaktır¹²⁹. Her ne kadar devreden artık teslim yetkili olmasa bile sözleşmenin imzalanması ile devir tarihi arasında gerçekleştirmiş olduğu işler bakımından edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında sorumlu olmaya devam edecektir. Devralanın ihale konusu edimi teslim etmesi

¹²⁶ DOĞANYİĞİT, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, (15), s. 1417.

¹²⁷ Sözleşmeyi devralan yeni yüklenicinin teslim eden sıfatıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabileceği hususunu izahtan vareste tutuyoruz.

¹²⁸ TUNA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, s. 106.

¹²⁹ Bu duruma ilişkin düzenleme Hizmet İşleri Genel Şartnamesi m. 52/3'te "Sözleşmenin devrinin ihale yetkilisi tarafından onaylanması, devredeni, devir tarihine kadar yapmış olduğu işlere ilişkin sorumluluktan kurtarmaz." şeklinde yer almaktadır. Bu düzenleme cezai sorumluluğa ilişkin olmamakla birlikte cezai sorumluluk bakımından yorum aracı olabilecektir.

şartıyla eğer eski yüklenici yerine getirdiği işe fesat karıştırmışsa söz konusu suçun failin olacaktır. Devralanın edimi teslim etmesinden önce devredenin yerine getirdiği kısmi işe fesat karıştırdığı anlaşılırsa suçun teşebbüs aşamasında kalmasından söz edilecektir. Bu durumda fail işlemeyi kastettiği suça elverişli hareketlerle başlamıştır ancak suçu tamamlayamamıştır.

Özetle teslim yetkili olduklarından bahisle fail sıfatını alabilecek olanlar yüklenici, ortak girişimi oluşturan gerçek kişiler veya tüzel kişiler adına hareket eden ve temsile yetkili gerçek kişiler ile alt yüklenicilerdir. Bununla birlikte işi veya malı fiilen götürüp veren kişi yükümlülük altında olmadığı için fail olarak değerlendirilemeyecektir¹³⁰. Ancak şerik olarak sorumluluğu mümkündür¹³¹.

2.1.3. Kabul Eden

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabilecek diğer kategori kabul edendir. Kabulde kimin yetkili olduğuna dair düzenleme Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.11’de yer almaktadır. Buna göre muayene ve kabul işlemleri idare tarafından oluşturulan en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonu tarafından yerine getirilir. Ayrıca mal veya iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz. Muayene ve kabul işlemlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere mal alımları, yapım işleri, hizmet alımları ve danışmanlık hizmetleri bakımından ayrı yönetmeliklerde yer verilmiştir. Bu yönetmelikler Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik,

¹³⁰ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 54.

¹³¹ “...Saniğin yüklenici şirketin İstanbul'daki merkez birimi tarafından gönderilen tıbbi malzemeleri herhangi bir müdahalede bulunmadan GATA Komutanlığına teslim ettiğini, kendisinin görevinin malzemeyi taşımaktan ibaret olduğunu, öte yandan teslim edilen ve etiketlerinde değişiklik yapılmış olduğu anlaşılan malzemelerin ücretsiz olarak iş sahibi kuruma verildiğini beyan etmiş olması karşısında; suçun lehine işlendiği iddia olunan X Şirketi yöneticisi olan H. Ç. hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunularak soruşturma yapılmasının temini, ... yüklenici şirket ve adına idare ile sözleşme imzaladığı anlaşılan M. A. dinlenerek söz konusu teslimata ilişkin malzemelerin kim tarafından teslim hazırlanmış hale getirildiğinin ve bu konudaki inisiyatifin kimde olduğunun saptanmaya çalışılması ... teknik ve idari açıdan bir usulsüzlük içerip içermediği hususlarında rapor tanzim ettirilmesi ve sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeksizin eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay 5. CD, 25.02.2014, E.2012/15070, K.2014/2058) (**ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 850.)

Somut olayda da görüleceği üzere eğer malzemeyi teslim edenin görevi malzemeyi taşımaktan ibaretse, yani bir ara elemansa, kişi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olamaz. Kişinin fail olarak nitelendirilebilmesi için yüklenici veya yükleniciyi temsile yetkili olması gerekir. Ancak kişi fail olmamakla birlikte yükleniciye veya temsilcisine edime fesat karıştırma noktasında karar aldırılmış veya alınmış bir kararın icrası kapsamında yardım etmiş olabilir. Bu durumda şeriklik gündeme gelecektir. Söz konusu değerlendirmeyi yapabilmek için de öncelikle failin tespit edilmesi gerekir. Bu nedenle Yargıtay’ın kararı yerindedir.

Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği ile Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği'dir. Kabul eden olarak fesat karıştırma suçunu kimlerin işleyebileceği noktasında karşımıza iki soru çıkmaktadır: hangi işlemin kabul işlemi olacağı ve kimlerin kabul eden olabileceği. Mevzuata bakıldığında geçici kabul, kısmi kabul, ara denetim, hakem laboratuvar, kontrol teşkilatı gibi kavramlarla karşılaşılmaktadır. Kabul eden kavramını somutlaştırabilmek için mevzubahis kavramlara açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Muayene ve kabul komisyonu ihale sürecinin en önemli unsurlarının başında gelmektedir. Sözleşmenin gerektiği gibi ve sağlıklı şekilde sonuçlanmasını sağlayan mekanizmadır. İhale sürecine hakim olan ilkelerin yerine getirilmesi ve serbest rekabet ortamının sağlanması muayene ve kabul işlemlerine bağlıdır¹³². İsteklinin ihaleyi kazanması halinde edimini şartnameye uygun olarak yerine getirmesine gerek olmadığını bilmesi durumunda ihale mevzuatıyla korunan ilkelerin hiçbir anlamı kalmayacaktır. İstekli yerine getiremeyeceği edimleri bile rahatlıkla idareye bildirebilecektir.

Muayene ve kabul komisyonu hem Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hem de ilgili yönetmelikler gereği en az üç ve tek sayıda kişiden oluşur. Ancak edimin türüne göre yönetmeliklerde muayene ve kabul komisyonunda görev alabilecek kişilere ilişkin bazı sınırlamalar yapılmıştır. Örneğin Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği m. 5/2'e göre görevlendirilecek olanların tamamının işin uzmanı olması gerekmektedir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11/2'de ara denetime yer verilmiştir. Ayrıntılı düzenleme ise Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik m. 8'de yer almaktadır¹³³. Ara denetim, teslim edilen malın nihai halinin denetiminde

¹³² İNAN, İhale Hukuku Ders Notları, (2), s. 90.

¹³³ **Madde 8-** “(Değişik: RG-22/06/2005-25853) İhale 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 imkanı 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. Ancak son muayenede kontrol imkanı bulunan hususlar için imalat veya üretim sürecinde ara denetim yapılmayabilir.

...

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 artırılmaması 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.

...

anlaşılacak bazı eksikliklerin henüz üretim aşamasında tespiti için getirilmiştir. Yönetmelik m. 8/5'te de belirtildiği üzere ara denetim muayene ve kabul komisyonunun yetki ve sorumluluğunu kaldırmaz. Ara denetimi gerçekleştiren görevliler her ne kadar kabul işlemi yapmasalar da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabileceklerini kabul etmek gerekir. Çünkü ara denetim nihai denetimin sakıncalarını gidermek amacıyla getirilmiştir. Nihai denetimi yapan kişilerin ara denetim esnasında tespit edilmeyen bir ayıbı nihai denetimde tespit etmeleri mümkün olmayacaktır. Ara denetim raporuna dayalı olarak işlem yapacaklardır. Raporu düzenleyen kişinin sorumlu olmadığı sadece rapora dayalı işlem yapanların sorumlu olduğunu söylemek suçla korunan hukuki değere ve yorum ilkelerine aykırı olacaktır. Eğer yorum kavramını kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarmaya yönelik bir düşünce faaliyeti olarak açıklarsak¹³⁴, bu durum kanun metninde yer alan “ *kabul edilmesi*” ifadesine dayalı kıyas yapmak değil yorum yoluyla suç tipinin düzenlenme amacına hizmet etmesini sağlamak olacaktır. Ayrıca aksi düşünceye göre kabul komisyonunun kastla hareket etmediği durumlarda edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenmediğinden söz edilecektir.

Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik ile Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nde geçici kabul düzenlenmiştir¹³⁵. Kimi mal ve yapım işlerinin şartnameye uygun olarak yerine getirildiğinin anlaşılabilmesi için teslim anında yapılan muayene yeterli olmamakta, edimin belli bir süre kullanılması gerekmektedir. Aynı gerekçelere dayanılarak benzer düzenlemeler satış sözleşmesi ve eser sözleşmesi bakımından Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda da yer almaktadır¹³⁶. Geçici kabul özünde kesin kabulün sakıncalarını gidermek amacıyla

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

¹³⁴ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 117.

¹³⁵ **Madde 22-** (Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik)

“Mal ve/veya iş teslim edildikten sonra işletmeye alınarak ihale dokümanında belirtilen kapasite ve yeterlilik kriterlerinin sağlanması ile etkinliğinin ve verimliliğinin anlaşılması için belirli bir zamana ihtiyaç duyulan durumlarda, ihale dokümanında belirtmek kaydıyla komisyonca geçici kabul yapılır.”

¹³⁶ Örneğin TBK m. 223'te satış sözleşmelerinde malın ayıplı olması durumu için; satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılmayacak bir ayıp bulunması hâlinde genel kural olan işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve bir ayıp görülürse, bunu uygun bir süre içinde karşı tarafa bildirme zorunluluğuna ilişkin hükmün uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, satıcıya hemen bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. TBK m. 477'de yüklenici tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğun teslimden sonra da devam edeceği kabul edilmiştir. TTK m. 23'te malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. TKHK m. 12'de de ayıplı maldan sorumluluğun, ayıp daha sonra

oluşturulmuş bir kurum olmakla birlikte edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmaya da elverişli niteliktedir. Geçici kabul işlemi, genel anlamda kabul etme faaliyetinin bir parçasını oluşturmaktadır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 45'te kesin kabulün esasında geçici kabul kararı temel alınarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu durum kesin kabulde, geçici kabul yapılırken şartnameye uygun olduğu belirtilen kısımların tekrar incelenemeyeceği anlamına gelmez. Kesin kabulde geçici kabul esnasında yapılan muayene faaliyeti geçici kabulden bağımsız olarak tekrar yapılacaktır. Ancak kanunda yer alan “*kabul edilme*” ifadesi geçici kabulü de kapsayıcı niteliktedir¹³⁷. Geçici kabul, muayene ve kabul sürecinin bir parçasıdır. Bu nedenle geçici kabul kararı veren komisyonu oluşturan kişiler de suçun faili olabilir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir¹³⁸.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11/3'te kısmi kabule yer verilmiştir. Kısmi kabul yapılabilmesi için bunun ihale dokümanında belirtilmiş olması gerekir. Ayrıca kısmi kabul hallerinde de muayene ve kabul işlemleri her bir kısmi kabulde ayrı ayrı uygulanacaktır. Bu durum Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik m. 24'te “*Kısmi kabul yapılan bölümler için bu Yönetmelik hükümleri aynen uygulanır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere kısmi kabul ile kesin kabul arasında bir farklılık yoktur. Kısmi kabul halinde de muayene işlemi yapılacak, uygun görülmesi halinde kabul gerçekleşecektir. Bu nedenle kısmi kabule karar veren muayene ve kabul komisyonu üyeleri edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabilecektir. Bir ihale konusu edime ilişkin birden fazla kısmi kabule fesat karıştırılması hali içtima başlığı altında değerlendirilecektir.

Laboratuvar muayenesi, hakem laboratuvar muayenesi, kontrol teşkilatı, yapı denetim görevlisi, bağımsız denetim kuruluşları¹³⁹ gibi sözleşme konusu edimin

ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabi olduğu, ayrıca ağır kusur ve hile halinde zamanaşımının olmadığı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere her üç kanunda da teslim anında yapılan muayenenin yeterli olmayacağı gerekçesiyle ayıptan dolayı sorumluluk hususunda genişletici düzenlemeler yapılmıştır.

¹³⁷ ARSLAN/TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 240.

¹³⁸ “...İhaleyi kazanan firma yetkilisi ve sahibi olan sanıklar A.. A.. ile M.. A..'ın suça konuAtık Su Arıtma Tesisi yapımına dair işi, şartname ve sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygun yapmamalarına rağmen uygun şekilde yapılmış gibi geçici kabul tutanağı düzenleyen komisyon üyeleri M.. A., N.. A., M.. Ç.. ile geçici kabul tutanağını onaylayan Belediye Başkanı A.. C..'in eylemlerinin TCK'nın 236/2-d maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarını taşıdığı nazara alınmadan, yine yanlış hukuki değerlendirme ile eylemlerin görevi kötüye kullanma olarak kabulü...” (Yargıtay 5. CD, 27.01.2014, E.2012/13946, K.2014/880)

¹³⁹ Laboratuvar muayenesi Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Buna göre teslim edilen mal ilişkin ilk olarak fiziki muayene yapılır. Fiziki muayenenin olumlu olması halinde laboratuvar muayenesine geçilir. Yönetmeliğin 17. Maddesinde laboratuvar

denetiminden sorumlu görevlilerinin de ara denetim elemanları gibi kabul işlemi yapma yetkileri yoktur¹⁴⁰. Kabul yetkileri olmamakla birlikte çoğu zaman kabul komisyonundan daha özellik arz eden bir konumda olacaklardır. Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik m. 18’de “*Hakem laboratuvarın vereceği rapor kesindir.*” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere muayene görevlilerinin verdiği kararlara bazı hallerde itiraz dahi edilememektedir. Kabul işleminin şartnameye uygun olarak yerine getirilmesinde bu derece önemli kişilerin fail olamayacağı söylenemez¹⁴¹. Muayene ve kabul işlemleri danışmanlık hizmeti alımı yoluyla yerine getirilemeyeceği için danışmanlık hizmeti yüklenicilerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmemektedir¹⁴². Ayrıca

muayenesine ilişkin “*Laboratuvar muayeneleri, varsa idarenin kendi laboratuvarlarında, yoksa diğer kamu kuruluşlarına ait laboratuvarlarda, bu da mümkün olmaz ise özel laboratuvarlarda yapılır.*” hükmüne yer verilmiştir. Hakem laboratuvar muayenesi, laboratuvar muayenesi sonucunda reddedilen mal veya yapılan işe yüklenicinin itirazı halinde başvuru muayenedir. Kontrol teşkilatı Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 8’e göre sözleşme konusu iş tamamlandıktan sonra kabul işlemine geçilebilmesi için kontrol teşkilatının ön incelemede işi kabule uygun bulması gerekir. Ayrıca m. 9’daki düzenleme gereği temizlik, yemek, taşıma gibi aynı hizmetin belli aralıklarla tekrarlanması şeklinde ifa edilen sürekli nitelikli işlerde kabul işlemi kontrol teşkilatının işin yürütülmesi sırasında tuttuğu kayıtlar esas alınarak yapılacaktır. Yapı denetim görevlisi ise Yapım İşleri Genel Şartnamesinde düzenlenmiştir. Yapım işlerinde, idare tarafından işlerin denetimi için görevlendirilecek idari personel veya idare dışından bu işleri yapmak üzere görevlendirilen gerçek veya tüzel kişidir. Yapım işinin geçici kabulü için yapı denetim görevlisinin inceleme sonucu karar vermesi gerekir.

¹⁴⁰ Bunlar ve benzeri kurumların dayanağının KİSK m. 11/2’de belirtilen ara denetime ilişkin düzenleme olduğu, kanunda ara denetimin zorunlu tutulmamasına rağmen ikincil mevzuatla bunların zorunlu hale getirildiği yönündeki görüş için bkz. **ORMANOĞLU, Burhan/BÜYÜKBAŞ, Ercan**, “Muayene ve Kabul İşlemleri: Hizmet Alımı İhaleleri Kapsamında Değerlendirmeler”, Mali Hukuk, Y.:27, 2012/159, s. 13.

¹⁴¹ “...*Suçta konu olan dosyanın içerisinde tamamının örneği bulunan sivil şahıslar hakkında da dava açılmaya esas olan bahsi geçen dosyadaki müfettiş raporlarına konu olan İzmir Karayolları 2. Bölge Müdürlüğüne gerçekleştirilen ihalelerde şüphelilerin gerek bir kaçında gerekse birer tanesinde Yapı Denetim Görevlisi olarak görev aldıkları; bu ihalelerde yeni oto korkuluk malzemelerin müteahhit firma tarafından arazide saklanarak tekrar idareye verildiği şeklindeki iddiaların tek tek yerinde incelenmesi sonucu ve düzenlenen ataşmanlara geçirilen yeni oto korkuluk malzeme miktarı ile hak edişlerle parası ödenen yeni malzeme miktarları arasında idare aleyhine inceleme raporunda tek tek her ihale için farklılıklar olduğunun tespit edildiği bu farklılığa ilgili mevzuat uyarınca gerekli işlemlerin ihmal suretiyle yapılmaması nedeniyle şüphelilerin neden olduğu iddialarıyla kamu davası açılmış olması ve iddianamenin dayanağını oluşturan ön inceleme raporu içeriği nazara alındığında iddia olunan eylemlerin sübutu halinde edimin ifasına fesat karıştırmak, zimmet ve resmi evrakta sahtecilik suçlarını oluşturabileceği gözetilerek delillerin takdir ve tartışmasının...*” (Yargıtay 5. CD, 12.03.2014, E.2012/15204, K.2014/2683.)

Yargıtay vermiş olduğu bu kararda yapı denetim görevlilerinin de edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunun faili olabileceğini kabul etmektedir.

¹⁴² “...*Üniversitesi tarafından, konferans salonları ve rektörlük hizmet binası kontrol ve kabul işlemlerinin ... Üniversitesi personeli ve/veya diğer kamu kurumlarından temin edilecek personel tarafından yapılması gerekirken hizmet alımı yoluyla yaptırıldığı anlaşılmaktadır... Gerek 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda yapılan hizmet tanımı gerekse Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin danışmanlık hizmetleri çerçevesi muayene ve kabul işlemlerini kapsamaktadır. Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, yapı denetim görevlisi “İdare tarafından, işlerin denetimi için görevlendirilecek bir memur veya bir heyeti ve/veya idare dışından bu işleri yapmak üzere görevlendirilen gerçek veya tüzel kişi veya kişiler” şeklinde tanımlanmış ve sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işleri, idare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin denetimi altında, yüklenici tarafından yönetileceği ve gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.*”

belirtmek gerekir ki kural olarak muayene işlemlerini idarenin personeli yapar. Ancak idare için özelliğinin gerektirdiği durumlarda hizmet satın alabilecektir¹⁴³. Sonuç olarak kabul eden olarak fail olacak kişinin mutlaka kamu görevlisi olması gerekmez.

Kabul eden olarak fail olabilecek son kişi ihale yetkilisidir. İhale yetkilisi Kamu İhale Kanunu'nda tanımlanmıştır. Bu kişiler, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi ve kurullardır. İhale yetkilisinin esas sorumluluğu ihale aşamasındadır. Ancak edimin ifası aşamasında da ihale yetkilisinin görev alanına giren işlemler mevcuttur. Kısacası ihale yetkilisi kamu ihale sürecinin tamamında görev almaktadır. İhale yetkilisi aynı zamanda Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'ndaki harcama yetkilisi ile aynı kişidir¹⁴⁴. İhale yetkilisi sözleşme aşamasının iki noktasında karşımıza çıkmaktadır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11'de komisyonun idare tarafından oluşturulacağı belirtilmektedir. Burada etkin olan kişi ihale yetkilisi olacaktır. Ayrıca muayene ve kabul komisyonunu sözleşme konusu edimin şartnameye uygun olduğuna karar verirse kabul tutanağı düzenler. Kabul tutanağı ihale yetkilisi tarafından onaylandıktan sonra yükleniciye ödeme yapılır. Sözleşme aşamasındaki kabul etme faaliyetinde esas olarak yer almayan ihale yetkilisinin belirtilen yetkilerinden dolayı kabul eden olarak değerlendirilmesi ve faillik sıfatı taşıması mümkündür¹⁴⁵. Ayrıca kabul etmek gerekir ki çoğu zaman ihale yetkilisinin sözleşme sürecine katılımı evrak üzerinde onay işleminden ibarettir. Bu nedenle ihale yetkilisinin muayene ve kabul sürecinde görev alan idari personel ile arasında ast-üst ilişkisi olduğu gerekçesiyle edimin ifasına fesat karıştırılan her olayda fail olarak değerlendirilmesi cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır¹⁴⁶.

Şartnamede yer alan hüküm gereği yapı denetim görevlisinin hizmet alımı yöntemi ile temin edilmesi mümkün değildir...” (Sayıştay 1. Dairesi, 15.12.2015, KN.10515, İN.55)

Sayıştay da söz konusu kararında idare tarafından görevlendirilecek olan yapı denetim görevlisinin yapacağı işlerin hizmet alımı yoluyla yerine getirilemeyeceğini belirtmiştir.

¹⁴³ Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik m. 8/7.

¹⁴⁴ KMYKK m. 31'e göre bütçeyle ödenek tahsis edilen harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir. Örneğin belediye başkanı, vali, genel müdür, daire başkanı, rektör, dekan, başhekim harcama yetkilisidir.

¹⁴⁵ **ÜNAL, Nurdoğan/EROL, Ramazan/EROL, Mesut**, İhale ve Sözleşme Yönetiminde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları, Ankara 2015, s. 149.

¹⁴⁶ “...Sorguda, Muayene ve Kabul Komisyonu tarafından işin sözleşme ve şartnamesine uygun ve eksiksiz olarak tamamlandığının tespit edilmesi üzerine, düzenlenen ödeme emri belgesinde imzası bulunan ve ödeme emrine ekli evraklar üzerinden sorgu konusu edilen yanlış imalatları tespit etmesi mümkün olmayan gerçekleştirme görevlisi ve harcama yetkilisinin de sorumlu olarak tayin edildiği görülmüştür. Fakat yukarıda açıklanan nedenlerle; bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata aykırı harcama talimatı olmayan, hatalı işleme yönelik bir evrak düzenlemeyen, ödeme emri belgesi üzerinde kontrol işlemi yapma görevi bulunmayan, böyle bir görevi bulunsa dahi, hatalı imalatı ödeme

Özetle, kabul eden olarak muayene ve kabul komisyonunda görev alanlarla birlikte muayene faaliyetine katılan kişiler de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan fail olarak sorumlu olabileceklerdir¹⁴⁷. Ancak ihale veya sözleşme sürecinde herhangi bir şekilde görev almasına rağmen muayene faaliyetinde yer almayan kişiler fail olamayacaktır. Örneğin Yargıtay kararında da belirtildiği üzere piyasa fiyat araştırmasını yapmış olan kamu görevlisi muayene ve kabul işleminde görev almamışsa fail olarak değerlendirilemeyecektir¹⁴⁸. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11’de muayene ve kabul komisyonu ifadesi kullanılmış olmasına rağmen ikincil mevzuatta kabul komisyonu ifadesine yer verilmiştir. Bu farklılık komisyonun kimi durumlarda muayene yetkisinin olmadığı anlamını çağrıştırmaktadır. Ancak bu kavramlar birbiri yerine kullanılmış ve yetki bakımından aynı kapsamı ifade eden kavramlardır¹⁴⁹. Ayrıca muayene ve kabul komisyonunda yer almak tek başına fail olarak sorumluluk için yeterli değildir. Muayene ve kabul komisyonunun karar alma usulü yukarıda bahsedilen yönetmeliklerin her birinde benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre komisyon eksiksiz toplanmakta ve kararlarını çoğunlukla almaktadır. Ayrıca çekimser kalinamamaktadır. Komisyon üyesinin fail olarak sorumlu olabilmesi için kararda kabul oyu vermesi gerekmektedir. Aksi halde kanunda yer alan fiili gerçekleştirmediği için fail olmayacaktır. Şerik olarak sorumluluğu ise mümkün olabilecektir.

Muayene ve kabul komisyonunun nasıl kurulacağı yine ilgili yönetmeliklerle ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Muayene ve kabul komisyonunda görevli olanların kabul eden olarak sorumlu olabilmesi için komisyonun söz konusu yönetmeliklere uygun olarak teşekkül etmesi gerekir. Ancak bazı durumlarda edim konusu mal, yapı veya hizmet idare tarafından teslim alınmasına rağmen kabul işlemini yapan kişiler söz konusu yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş bir komisyon kapsamında hareket etmezler. Böyle bir durumda da

emri belgesi ve eki belgelerden tespit etme imkanı bulunmayan harcama yetkilisi ve gerçekleştirme görevlisinin sorumlu tutulması mümkün değildir...” (Sayıştay 4. Dairesi, 18.12.2014, KN.91, İN.136)

Sayıştay söz konusu kararında şartnameye uymayan imalatın kabulü sonucu meydana gelen kamu zararından harcama yetkilisini sorumlu tutmayarak benzer açıklamalarda bulunuştur.

¹⁴⁷ **ÜNAL/EROL/EROL**, İhale ve Sözleşme Yönetiminde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları, s. 149.

¹⁴⁸ “...*Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından ... Yatılı İlköğretim Okulu pansiyonu için 4734 sayılı Yasanın 22/d maddesi gereğince doğrudan temin yöntemiyle satın alınan kalorifer yakıtının istenilen kalite ve evsafa olmadığına dair somut bir tespit bulunmadığı gibi 13/02/2007 tarihli ihale onay ve personel görevlendirme belgesine göre sanıkların piyasa fiyat araştırması yapmakla görevlendirildikleri, yakıtın teslim alınması esnasında bir görevlerinin bulunmadığı, 12/02/2007 ve 15/02/2007 tarihli tutanaklara göre yakıtın adı geçen okul pansiyonu görevlilerince teslim alındığı anlaşıldığından...*”(Yargıtay 5. CD, 13.02.2014, E.2012/13009, K.2014/1371)

¹⁴⁹ **ORMANOĞLU/BÜYÜKBAŞ**, “Muayene ve Kabul İşlemleri: Hizmet Alımı İhaleleri Kapsamında Değerlendirmeler”, s. 13.

kişilerde ayıplı edimin kabul edilmesi yönünde kast mevcut ise edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır ve kişiler fail olarak sorumlu olacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda¹⁵⁰ “...Suça konu olayda, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 11., Kamu İhale Kurumunca yayımlanan Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik'in 6. maddeleri ve 20/08/2008 tarihinde imzalanan sözleşme gereğince kurulması gereken muayene ve kabul komisyonu oluşturulmamışsa da, mal teslimlerinin 31/12/2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü Ambar Yönetmeliği'nin 10. maddesi uyarınca "Malzeme Kalite Kontrol Tesellüm Tutanağı" (form 3) düzenlenerek yapıldığının ve anılan maddede tesellüm işlemlerinin gerektiğinde konu ile ilgili en az üç kişinin katılımıyla oluşan komisyon tarafından gerçekleştirileceğinin anlaşılması karşısında, mal teslimine ilişkin tüm evrakın dosya arasına getirilmesi sonrasında, kurum laboratuvarında görevli olan sanıkların teslimatta fiilen görevli olup olmadıklarının belirlenmesi, görevli olmaları halinde eylemlerinin edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde hükümler kurulması...” şeklinde hüküm kurarak sanıkların Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik'e uygun bir komisyonda görev almamasına rağmen teslimatta fiilen görevli olmalarını fail olmaları için yeterli görmüştür. Ancak söz konusu durumu geniş yorumlayarak kabul işlemi yapan her kamu görevlisini edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu hususta genel bir kural koymak gerekmektedir ve karşımıza genel olarak iki farklı durum çıkmaktadır.

Bunlardan birincisi, kabul işlemini gerçekleştirenler en az üç kişiden oluşan bir komisyon ise ve esas olarak muayene ve kabul mevzuatına uygun hareket edilmesine rağmen şekil unsurları yönünden mevzuata aykırılık varsa bu komisyonun Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11'e dayalı çıkarılan yönetmeliklere aykırı teşekkül etmesinden bahisle fail olamayacakları söylenemez. Bu durumda görevliler fail olarak sorumlu olacaktır. Yukarıda belirtilen görüş ve Yargıtay kararı da bu yöndedir.

İkinci durum ise kabul işlemini gerçekleştiren görevli veya görevliler herhangi bir komisyonun yetkisi kapsamında hareket etmiyorsa, daha çok bireysel olarak kabul kararı almışsa ve en az üç kişi olma şartını sağlamıyorsa edimin ifasına fesat karıştırma suçunun

¹⁵⁰ Yargıtay 5. CD, 16.04.2015, E.2013/5024, K.2015/10476.

faili olmayacaklardır¹⁵¹. Buradan hareketle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebilmesi için kamu görevlisi olmanın yeterli olmadığı sonucuna varılır. Özellikle görevi kötüye kullanma ve resmi belgede sahtecilik suçunun somut olayda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mağdur başlığı altında da görüleceği üzere hangi kurum veya kuruluşlara karşı taahhüt altına girilmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşacağı 236. maddenin birinci fıkrasında sayılmıştır. Burada sayılan bazı tüzel kişiler kamu tüzel kişiliğine haiz olmadıkları için yukarıda yaptığımız açıklamalar söz konusu tüzel kişilerin yapısıyla uyuşmayacaktır. Bu nedenle somut olaydaki zarar gören tüzel kişinin kabule yetkili kişi veya kişilerinin ilgili kanuni düzenlemelere bakarak ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Örneğin kooperatifler bakımından kabule yetkili kişiler¹⁵² yönetim kurulu üyeleridir¹⁵³.

Yukarıdaki değerlendirmelerden sonra edimin ifasına fesat karıştırma suçunun genel suç-özgü suç ayrımındaki yerini tespit etmek gerekmektedir. Öncelikle Türk Ceza Kanunu

¹⁵¹ “...Katılan kuruma yapılan ihale sonucunda sözleşme gereği teslim edilmesi gereken yakıtların tamamı teslim edilmediği halde teslim edilmiş gibi katılan kurum antetli resmi belge niteliğinde 5 adet akaryakıt teslim tutanaklarının sanıklardan kurum görevlisi olan (A) ve yakıtı teslim eden firma sahibi (M) tarafından imzalanarak tanzim edildiği, ayrıca yakıtları tanker ile sanık (M) adına kuruma teslim eden sanık (K) ’nin da başka bir araca ait özel belge niteliğinde 5 adet sahte tartım tutanaklarını petrol istasyonu görevlisi sanık (D) ’ye düzenlettirdiği, bu şekilde oluşturulmuş sahte evraklara istinaden sözleşmede belirtilen yakıttan daha az yakıt kuruma teslim edildiği halde tam teslim edilmiş gibi firmaya ödeme yapıldığı anlaşılan olayda; dosyadaki bilgi ve belgelerden katılan kurumda söz konusu akaryakıt alımı ile ilgili nasıl bir prosedür izlendiği, suça konu alımla ilgili 20.12.2011 tarihli sözleşmenin 30. maddesinin atıf yaptığı Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca en az üç kişiden oluşan bir muayene ve kabul komisyonunun oluşturulup oluşturulmadığı, sanık (A) ’nın kurumdaki görevinin ne olduğu, akaryakıt alınmasıyla ilgili görevlendirilip görevlendirilmediği, bir kabul komisyonu oluşmuş ise bu komisyonda görev alıp almadığı, olaya konu akaryakıt teslim tutanaklarını hakkında yapılan bir görevlendirme kapsamında imzalayıp imzalamadığı ya da bu tutanakların muayene kabul komisyonunun kararına esas teşkil eden bir belge olup olmadığı tespit edilemediğinden; anılan eksik hususların araştırılmasından sonra sonucuna göre sanık (A) ’nın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde edimin ifasına fesat karıştırma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması...”(Yargıtay 5. CD, 22.12.2015, E.2015/3487, K.2015/17653)

Somut olayda A tek başına tesellüm işlemini gerçekleştirmiştir. Yargıtay da vermiş olduğu kararda A ’nın edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabilmesi için ilgili idarede görevli kamu görevlisi olmasını yeterli görmemiş, kişinin muayene ve kabul komisyonu faaliyetleri çerçevesinde işlemi gerçekleştirmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹⁵² “...Olay tarihinde sanıkların S.S. Antalya M. Toplu İşyeri Konut Yapı Kooperatifi yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptıkları, kooperatife ait arsaların temizlenmesi ve dolgu işinin yapılması için ihale düzenledikleri, ihaleyi alan firma tarafından dolgu malzemesi özelliği taşımayan, kalitesiz malzeme ile işin gerçekleştirildiği, dolgu yapılacak alanda gerekli ölçümün yapılmaması nedeniyle de kooperatifçe anılan firmaya 4.304 TL fazla ödeme yapıldığı şeklinde gerçekleşen eylemlerin edimin ifasına fesat karıştırma ve zimmet suçlarını oluşturabileceği...”(Yargıtay 5. CD, 29.06.2015, E.2013/10620, K.2015/13145)

Yargıtay vermiş olduğu bu kararda kooperatif yönetim kurulu üyelerinin edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabileceğini kabul etmiştir.

¹⁵³ Ayrıca 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 56 gereği kooperatiflerde yönetim kurulu üyesi olabilmek için ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından mahkum olmama şartı vardır.

m. 236/2’de belirtilen seçimlik hareketlerin tamamı suçun temel haline ilişkindir. Bu nedenle seçimlik hareketlerden bazılarının özgü suç diğerlerinin genel suç oluşturacağı görüşü yanlıştır¹⁵⁴. Suçun temel şekli hakkında tek bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Kanaatimizce edimin ifasına fesat karıştırma suçu özgü suçtur. Ancak teslim eden ve kabul eden olarak nitelendirilebilecek kişiler bu suçun faili olabilir. İkinci fıkranın “a” ve “b” bentleri teslim eden ve kabul eden tarafından işlenebilir iken “c”, “d” ve “e” bentleri sadece kabul eden tarafından işlenebilmektedir. Yargıtay’ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir¹⁵⁵.

“c”, “d” ve “e” bentlerinde yer alan fiiller bakımından da teslim eden söz konusu olacaktır. Hatta “c” bendinde “...belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen...” ifadesine yer verilmiştir. Buradan hareketle teslim edenin de ilgili bentler gereği fail olabileceği söylenebilir. Ancak teslim etme fiili bu bentlerin kapsamına dahil değildir. Kabul etme işleminin ne şekilde suç oluşturduğunun belirtilebilmesi için söz konusu ifadeler kullanılmıştır. Ayrıca ilk iki bentte açıkça teslim etme ifadesine yer verilmiş iken diğer üç bentte yer verilmemiş olması bir anlam ihtiva etmektedir. Bu nedenle TCK m. 2/1’de yer alan kanunilik ilkesi gereği teslim edenin “c”, “d” ve “e” bentleri bakımından fail olamayacağı kanaatindeyiz.

2.2. Mağdur

Mağdur, suç konusunun sahibi olan kişi¹⁵⁶ ya da ceza ile korunan hukuki menfaatin sahibi olan kimse olarak tanımlanabilir¹⁵⁷. Her suçun bir mağduru olması gerektiği noktasında fikir birliği olmasına rağmen kimlerin mağdur olabileceği hususunda doktrinde farklı görüşler vardır. Kişilere karşı işlenen suçlarda mağdurun kim olduğu yönünde farklı görüş olmamakla birlikte topluma karşı işlenen suçlarda kimin mağdur olarak

¹⁵⁴ Aksi yönde görüş için bkz. **KOCA, Mehmet Reis**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar”, Uyuşmazlık Dergisi, C.:2, 2014/2, s. 216.

¹⁵⁵ “...5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa’nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bu-lunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği...” (Yargıtay 5. CD, 26.09.2012, E.2012/3921, K.2012/9472; Yargıtay 5. CD, 27.05.2016, E.2014/2917, K.2016/5517; Yargıtay 5. CD, 10.06.2015, E.2013/8687, K.2015/12335)

¹⁵⁶ **AKBULUT, Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 337; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 288.

¹⁵⁷ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Genel Hükümler, (5), s. 233.

nitelendirileceği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre her suçun genel ve özel olmak üzere iki ayrı mağduru vardır. Genel mağdur her zaman için devlet iken birey, aile, toplum, tüzel kişiler ve yine devlet suçun özel mağduru olabilecektir¹⁵⁸. Diğer görüşe göre bir suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Suçun konusunun belli kişilere ait olmadığı suçlarda ise mağdur toplumu oluşturan herkestir¹⁵⁹. Ayrıca topluma karşı işlenen suçlarda belli kişiler fiilin doğrudan kendilerine yönelmesinden dolayı ayrıca mağdur olabilirler. Bu kişiler dar anlamda mağdur olarak değerlendirilir¹⁶⁰.

Suçtan zarar gören ile mağdur kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Suçtan zarar gören, suçun işlenmesiyle korunan hukuki menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kişi olarak tanımlanmakta ve mağdur kavramından daha geniş bir anlam ifade etmektedir¹⁶¹. Genellikle mağdur aynı zamanda suçtan zarar gören olmaktadır. Gerçek kişiler ve tüzel kişilerin suçtan zarar gören olabilecekleri yönünde fikir birliği vardır¹⁶². Mağdur ve suçtan zarar gören ayrımının yapılıp mağdurun doğru şekilde belirlenmesi özellikle zincirleme suç ve fikri içtima hükümleri bakımından önem arz etmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu topluma karşı işlenen suçların düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının üçüncü kısmının dokuzuncu bölüm başlığı altında düzenlenmiştir. Yukarıda görüşlere paralel olarak söz konusu suçun mağduru hususunda iki farklı görüş vardır. Ancak kanaatimizce de bir suçun mağduru ancak gerçek kişi olabilir. Bu nedenle söz konusu suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır¹⁶³. Yargıtay ise

¹⁵⁸ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, (11), s. 550; TOROSLU/TOROSLU, Genel Kısım, (22), s. 112.

Sadece gerçek ve tüzel kişilerin mağdur olabileceği yönündeki görüş için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2, (10), s. 427.

¹⁵⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 284; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 110; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 203.

¹⁶⁰ AKBULUT, Genel Hükümler, (3), s. 337; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 205.

¹⁶¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 288.

¹⁶² HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016, s. 489; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016, s. 173; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 204; ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 141.

¹⁶³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 850; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7129; AKBULUT, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 55; ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s.133.

Mağdurun sözleşmede taraf olan kurum ve kuruluş olduğu yönündeki görüş için bkz. ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, (1), s. 983; DÜLGER, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi", s. 231; PARLAR, Ali, Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara 2011, s. 117.

farklı yönde kararları olmakla birlikte ilgili kamu kurum ve kuruluşlarını suçun mağduru olarak kabul etmektedir¹⁶⁴.

Suçtan zarar gören ise somut olayın özelliklerine göre kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler olabilmektedir¹⁶⁵.

Türk Ceza Kanunu m. 236/1’de suçun oluşabilmesi için edimin kime karşı taahhüt edilmesi gerektiği tahdidi olarak sayılmıştır. Ancak söz konusu tahdidi sayımın bir sınırlama getirmekten ziyade suçun kapsamını genişletmek amacıyla yapıldığı görülmektedir. Ayrıca m. 236’da belirtilen kurum ve kuruluşlarla ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği m. 235’teki kurum ve kuruluşların yeknesak olması da yerinde olmuştur. Sayımın geniş kapsamlı tutulmasıyla ihale suçlarının ihale ve sözleşme sürecine ayrılarak iki maddede düzenlenmesi 765 sayılı TCK’da kamuya yönelik kapsayıcı olmayan ifadeleri kullanması ve çok sayıda maddede düzenlemeye yer verilmesi gerekçesiyle yöneltilen eleştirileri de bertaraf edici niteliktedir¹⁶⁶. Böylece doktrinin ve uygulamanın çeşitli kamu ihale sözleşmelerindeki hileli hareketleri de edimin ifasına fesat karıştırma suçuna dahil etmek amacıyla yaptığı kanunilik ilkesine aykırı olan yorumların önüne geçilmiştir.

Kanunda sayılan ve suçtan zarar gören olabilecek kurumları burada incelemekte yarar görmekteyiz. Kamu kurum ve kuruluşları ifadesinin idari teşkilattaki karşılığının ne olduğu tartışmalıdır¹⁶⁷. Ancak bu tartışmalara girmeden açıklamak gerekirse kamu kuruluşları kavramı ile merkezi idare, il özel idaresi, belediye ve köyleri kapsayan genel bir kapsam ifade edilmektedir¹⁶⁸. Merkezi idare, başkent teşkilatı ve taşra teşkilatı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Merkezi idare bir bütün olarak devlet tüzel kişiliğini oluşturur¹⁶⁹. Başkent teşkilatı cumhurbaşkanı, bakanlar kurulu, bakanlıklar, Türk Silahlı Kuvvetleri ile

¹⁶⁴ Yargıtay 6. CD, 27.10.2014, E.2014/6689, K.2014/18617.

¹⁶⁵ Her halde Hazine’nin de zarar gören olarak kabul edildiği görüş vardır. (KOCA, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 269.)

¹⁶⁶ Eleştiriler için bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 57; **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 237.

¹⁶⁷ Kamu kuruluşu kavramının uydurma bir kavram olmasına rağmen mevcut kullanımı ile devlet, mahalli idareler ve kamu kurumlarıyla birlikte tüm kamu idaresini kapsadığı yönündeki görüş için bkz. **GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Bursa 2009, s. 189.

¹⁶⁸ **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 26.

¹⁶⁹ **GÖZLER/KAPLAN**, İdare Hukuku Dersleri, (15), s. 128.

Milli Güvenlik Kurulu, Danıştay, Sayıştay gibi yardımcı kuruluşlardan oluşmaktadır¹⁷⁰. Taşra teşkilatı ise il, ilçe, bucak ve bölge teşkilatından oluşmaktadır. Bu teşkilatlarda vali, kaymakam, il müdürlükleri gibi organlar vardır.

Kamu kurumu kavramı hizmet yönünden yerinden yönetimleri ifade etmektedir¹⁷¹. Kamu kurumları özel bilgi ve uzmanlık gerektiren bazı kamu hizmetlerini merkez teşkilattan ayrı olarak yurt genelinde icra eden kamu tüzel kişiliğine haiz kurumlardır¹⁷². Kamu kurumlarını idari kamu kurumları (Vakıflar Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, Spor Genel Müdürlüğü gb.), sosyal kamu kurumları (Sosyal Güvenlik Kurumu, Türkiye İş Kurumu gb.), düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları (Kamu İhale Kurumu, Sermaye Piyasası Kurumu gb.), bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları (TÜBİTAK, TODAİE gb.) ve kamu iktisadi teşebbüsleri (iktisadi kamu kurumları) (BOTAŞ, MKEK, ÇAY-KUR gb.) olmak üzere beşe ayırmak mümkündür¹⁷³. Kamu kurumlarının kurulmasında Anayasa m. 123/3 gereği yasama ve yürütme organlarının geniş bir takdir yetkisi olmakla birlikte kamu kurumları sınırlı sayıda değildir¹⁷⁴. Kamu kurumları arasında üzerinde durulması gereken nokta kamu iktisadi teşebbüsleridir. Kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT) 233 sayılı KHK ile düzenlenmiştir. Kamu iktisadi teşebbüsleri, iktisadi devlet teşekkülleri (İDK) ve kamu iktisadi kuruluşlarından (KİK) oluşmaktadır. Hem iktisadi devlet teşekkülünün hem kamu iktisadi kuruluşunun sermayesinin tamamı devlete aittir. Ancak kamu iktisadi kuruluşu tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üretmek ve pazarlamak üzere kurulmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüsleri kapsamında değerlendirilebilecek diğer kurumlar ise müessese, bağlı ortaklık ve iştiraktır. Sermayesinin tamamı KİT'e ait olan ve ona bağlı işletmeler müessesedir. Sermayesinin en az yarısı KİT'e ait olan ve anonim şirket şeklinde kurulmuş topluluk bağlı ortaklıktır. İştirak ise sermayesinin yüzde on beşi ile yüzde ellisi KİT veya bağlı ortaklığa ait olan anonim şirkettir. Özet olarak belirtmek gerekirse kamu kurum ve kuruluşları ifadesi 5018 sayılı KMYKK'daki toplamda dört cetvel ile gösterilen kurumları, il özel idarelerini, belediyeleri, köyleri ve kamu iktisadi teşebbüslerini kapsamaktadır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları Anayasa m. 135'te tanımlanmaktadır. Belli bir mesleğe mensup olanların ortak ihtiyaçlarını karşılama, mesleki faaliyetleri

¹⁷⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 242 vd.

¹⁷¹ GÜNDAY, İdare Hukuku, (10), s. 532.

¹⁷² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 352.

¹⁷³ GÖZLER, İdare Hukuku C. I, (2), s. 566 vd.

¹⁷⁴ GÜNDAY, İdare Hukuku, (10), s. 533.

kolaylaştırma, mesleki disiplin ve ahlaki koruma amacıyla kurulurlar. Kamu tüzel kişiliğine sahip olan, kamu gücünü kullanma yetkisine sahip meslek kuruluşları kanunla kurulup organları kendi üyeleri arasından seçimle iş başına gelir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında zorunlu üyelik esası vardır. Sayıştay denetimine tabi olmamakla birlikte mali özerklikleri söz konusudur¹⁷⁵. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına örnek olarak barolar, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Türk Eczacılar Birliği, Türkiye Mühendisler ve Mimarlar Odası Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği gösterilebilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının taraf olduğu bir sözleşmenin ifasına fesat karıştırılması halinde söz konusu meslek mensupları dar anlamda mağdur olarak kabul edilebilir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler devlet, il özel idaresi ve belediyelerin özel hukuk hükümlerine göre kurduğu sermaye şirketleridir¹⁷⁶. İstanbul Halk Ekmek A.Ş., Hamidiye A.Ş. gb. şirketlerin kamu tüzel kişisi sayılabilmesi için hisselerinin en az yüzde ellisinin bir kamu tüzel kişisine ait olması gerekir¹⁷⁷. Ancak ister 233 sayılı KHK’da belirtilen iştirakler olsun ister belediyelerin ortak olduğu şirketler olsun edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kamu kurum ve kuruluşlarının bu şirketlere iştirak oranı önemli değildir. Önemli olan söz konusu şirket ile herhangi bir kamu kurumunun birlikte anılmasıyla şirkete duyulan güvenin artmasıdır¹⁷⁸. Bu nedenle idare hukuku açısından dikkate alınan kamu kurumu kriterleri suçun oluşması bakımından özellik arz etmez.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflarla ilgili genel nitelikte kabul edilebilecek kanun 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun’dur. Ancak bu kanuna kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesindeki vakıflar ile kanunla kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı gibi vakıflar dahil değildir. 5072 sayılı kanunun kapsamı söz konusu suç

¹⁷⁵ **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, Türk İdare Hukuku, (7), s. 360 vd.

¹⁷⁶ Örneğin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m. 52’de il özel idarelerine, 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 70’te belediyelere, 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu m. 26’da büyükşehir belediyelerine kendileri ile ilgili görev ve hizmet alanlarında şirket kurma yetkisi verilmiştir.

¹⁷⁷ **GÖZLER/KAPLAN**, İdare Hukuku Dersleri, (15), s. 251.

¹⁷⁸ **ÖZGENÇ**, “Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu”, s. 84.

bakımından önem arz etmez. Bu vakıfların amacı kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu hizmetlerini ve personelini desteklemektir.

Kamu yararına çalışan dernekler ile ilgili düzenleme 5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 27’de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre bir derneğin kamu yararına çalışan dernek olarak kabul edilebilmesi için en az bir yıldan beri faaliyette bulunması ve derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu şartlar sağlanmışsa ilgili bakanlıkların ve Maliye Bakanlığı’nın görüşü üzerine, İçişleri Bakanlığı’nın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı sonucu kamu yararına çalışan dernek sıfatı kazanılmaktadır. Ancak denetimler sonunda bu niteliklerini kayb ettikleri tespit edilirse karar kaldırılır. Bu durumda diğer derneklerle aynı statüye dahil olunur. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu için önemli olan ifanın yapıldığı anda derneğin statüsüdür. Türk Kızılay Derneği, Omurilik Felçlileri Derneği kamu yararına çalışan derneklere örnektir¹⁷⁹.

Kooperatifler, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 1’de “*Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir.*” şeklinde tanımlanmıştır. TCK m. 236’nın kaleme alınış biçiminden kaynaklı olarak kooperatiflerin de kamu yararına çalışması gerektiği şeklinde algı oluşmasına rağmen böyle bir durum söz konusu değildir¹⁸⁰. Herhangi bir kooperatif suçtan zarar gören olabilecektir¹⁸¹. Suçtan zarar gören tüzel kişiliğin kooperatif olduğu hallerde kooperatif ortakları dar anlamda mağdur olarak kabul edilebilir.

Kimi durumlarda edime kabule yetkili olan kişinin aynı zamanda yüklenici sıfatıyla teslim yetkili kişi olması mümkündür. Örneğin bir kooperatifin yönetim kurulu üyesi olan A aynı zamanda sözleşme imzalanan Z şirketinin ortağı olabilir. Z şirketi edim konusu malı

¹⁷⁹ **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 28.

¹⁸⁰ **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s.39; **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 29.

¹⁸¹ “...TCK'nın 236/1. maddesine göre edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ancak kamu yararına çalışan kooperatifler aleyhine işlenebileceği, katılan ... Konut Yapı Kooperatifinin bu niteliği taşımadığı gözetilmeden ve eylemin sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan hukuki ihtilaf veya dolandırıcılık mahiyetinde olup olmadığı denetime imkan verecek şekilde karar yerinde tartışılmadan oluşa uygun düşmeyen yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması...” (Yargıtay 5. CD, 10.09.2014, E.2013/2298, K.2014/8142.)

Bu nedenle Yargıtay’ın vermiş olduğu karara katılmıyoruz.

hileli olarak teslim ederse edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Bu durumda A'nın cezai sorumluluğuna kabul eden veya teslim eden olarak gitmek yeterli olacaktır. Ancak böyle bir durumda fail ve mağdur sıfatlarının birleşmesinden bahsedilemez. A, fail olarak değerlendirilecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu suçlarda, fiilin icrasıyla doğrudan belli kişi ya da kişilerin mağdur olması mümkündür. Bu kişilere doğrudan mağdur (dar anlamda mağdur) denilmektedir¹⁸². Edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından bakılacak olursa; örneğin, henüz ihale aşamasında isteklilerden birisinin ifa edeceği edimin kabulünde usulsüzlük yapılacağını bilmesi halinde ihale aşamasında yerine getiremeyeceği tekliflerde bulunması mümkün olacaktır. Nihayetinde söz konusu istekli ihaleyi kazanıp edimini şartnameye uygun olmayan şekilde ifa ederse bu durumda ihale aşamasındaki diğer istekliler doğrudan mağdur olarak kabul edilebilir. Doğrudan mağdur kavramı özellikle zincirleme suç bakımından özellik arz etmektedir¹⁸³.

3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m. 17 ve 18'deki düzenlemeden dolayı edimin ifasına fesat karıştırma suçunda zarar gören olarak kimlerin davaya katılabileceği tartışmalıdır. 3628 sayılı Kanunda resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilmesi, Hazine avukatının başvuruda bulunmasıyla Maliye Bakanlığı'nın, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanacağı öngörülmüştür. 765 sayılı TCK döneminde yapılan bu düzenlemede edimin ifasına fesat karıştırma suçuna açıkça yer verilmemiştir. Zaten 765 sayılı TCK'da böyle bir suç tipi de yoktur. Mevcut düzenlemeye bağlı olarak hazinenin edimin ifasına fesat karıştırma suçunda zarar gören olarak kabulünün mümkün olmadığı yönündeki görüşle¹⁸⁴ birlikte “*resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma*” ifadesinin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu da kapsayacağı, 765 sayılı TCK döneminde ihaleye fesat ile edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının soruşturma usulleri yönünden bir farklılık olmadığı gerekçeleriyle

¹⁸² KOCA/ÜZÜLMEZ, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, s. 10.

¹⁸³ Mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu suçlarda gerçekleştirilen fiillerden biri belli kişi ya da kişilerin doğrudan mağdur olmasına neden olmuşsa, aynı suç işleme kararıyla hareket edilmiş olsa dahi bu fiilin zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. (KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 508.)

¹⁸⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7129.

hazinenin ve ilgili kamu kurum ve kuruluşunun zarar gören olacağı ve bu nedenle soruşturmanın söz konusu kurumlara ihbar edilmesi gerektiği yönünde görüş vardır¹⁸⁵. Yargıtay, hazinenin suçtan zarar gören olması nedeniyle davanın ihbar edilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁸⁶. Kanaatimizce de Yargıtay'ın görüşü doğrudur. 3628 sayılı kanun m.17'deki “*resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma*” ifadesi edimin ifasına fesat karıştırma suçunu da kapsamaktadır.

2.3. Suçun Konusu

2.3.1. Genel Olarak

Suçun konusu, üzerinde suçun işlendiği kişi veya şeyin maddi yapısıdır¹⁸⁷. Aksi yönde görüşler olmakla birlikte genel olarak kabul edilen görüş, her suçun bir konusunun olması gerektiği yönündedir¹⁸⁸. Her ne kadar maddi konunun nesnel olması gerektiği belirtile de kimi suçlarda insanların manevi varlığı da suçun konusunu oluşturabilmektedir¹⁸⁹. Yukarıda korunan hukuki değer ile suçun konusunun farklı kavramlar olduğunu belirtilmiştir. Ayrıca suç konusunun insan olması hallerinde suçun konusu ile mağdur kavramları iç içe geçebilmektedir¹⁹⁰.

Konusuna göre suçlar zarar suçları ve tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Haksızlık niteliği taşıyan fiilin işlenmesiyle suçun konusu üzerinde bir zarar meydana gelmiş olmasının arandığı suçlar zarar suçları; suçun konusunun zarara uğramasının gerekmediği, zarar tehlikesi ile karşılaşmasının yeterli olduğu suçlar tehlike suçları olarak

¹⁸⁵ **KOCA**, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 269.

¹⁸⁶ “...Sanıklar hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 17 ve 18. maddelerine göre Hazinenin bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği...” (Yargıtay 5. CD, 18.04.2016, E.2014/1994, K.2016/3998)

“...CMK'nın 260/1. maddesi uyarınca kamu davasından haberdar edilmemiş olup da katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanların kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu gözetilerek hükmün bildirilmesinin gerektiği, ancak dosyada Hazine'nin duruşmadan haberdar edildiğine ve temyiz hakkını kullanabilmesi için hükmün tebliğ edildiğine ilişkin bilgi ve belgeye rastlanmadığı anlaşıldığından...” (Yargıtay 5. CD, 26.02.2016, E.2013/17032, K.2016/2150)

¹⁸⁷ **ÖZGENÇ**, **İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. Bası, Ankara 2005, s. 222; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 112; **ÖZBEK/KANBUR/ DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Genel Hükümler, (5), s. 222; **ÖZTÜRK/ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku, (16), s. 174.

¹⁸⁸ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 284. Aksi yöndeki görüş için bkz. **TOROSLU/TOROSLU**, Genel Kısım, (22), s. 108.

¹⁸⁹ **AKBULUT**, Genel Hükümler, (3), s. 339.

¹⁹⁰ **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, (2), s. 223; **ZAFER**, Genel Hükümler, (5), s. 155.

tanımlanmaktadır¹⁹¹. Toplum açısından önem taşıyan bazı hukuksal değerlerin daha etkin şekilde korunabilmesi için kimi suçlar bakımından zararın oluşması beklenmeksizin tehlikenin varlığı yeterli görülmüştür¹⁹². Tehlike suçları ise kendi içinde somut tehlike suçları ve soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçlarında hareketin gerçek anlamda konu üzerinde tehlike yaratması gerekirken soyut tehlike suçunda kanunda belirtilen tipik hareketin yapılması suçun oluşması için yeterli olacaktır¹⁹³.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 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 edimdir¹⁹⁴. Belirtilen kuruluşlar tahdidi olarak sayıldığı için diğer kuruluşlara karşı taahhüt edilen edim söz konusu suçun konusunu oluşturmayacaktır. Bu kuruluşlardan ne anlaşılması gerektiği yukarıda belirtilmiştir. İhaleye fesat karıştırma suçunun aksine edimin ifasına fesat karıştırma suçunda kamu kurum ve kuruluşu aracılığıyla yapılan ihaleler sonucu taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılması halinde bu suç oluşmayacaktır¹⁹⁵.

Suçun konusunun ne olduğu yönünde doktrinde fikir birliği olmakla birlikte kapsamı konusunda farklı fikirler ileri sürülmüştür. Suç konusunun kapsamını belirleyebilmek için 236. maddede belirtilen edim ve sözleşme kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ayrıntılı şekilde ortaya konulmalıdır. Çünkü idare değişik başlıklar altında birçok tek taraflı ve iki taraflı işlem yapmaktadır. Bu işlemler arasından edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmaya elverişli olanları belirlemek gerekmektedir.

2.3.2. Suçun Konusunu Belirleme Bakımından: Sözleşme

Suçun konusunu oluşturan edim kavramına geçmeden önce sözleşme kavramına açıklık getirmek gerekmektedir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturan edim bir sözleşmeden veya ihale kararından kaynaklanmak zorundadır. İhale kararından ne

¹⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 200; **DEMİRBAŞ**, Genel Hükümler, (11), s. 244.

¹⁹² **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 286.

¹⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 114; **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, (2), s. 223 vd.

¹⁹⁴ **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 114; **ALTIPARMAK**, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 158; **DEMİR**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 25.

¹⁹⁵ **KAPLAN**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 714.

anlaşılması gerektiği daha sonra ifade edilecektir. Ayrıca özel hukukta yer alan sözleşme dışındaki borç kaynakları edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından özellik arz etmemektedir.

Sözleşme iki tarafın belli bir hukuksal sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamasıyla meydana gelen hukuksal işlemdir¹⁹⁶. İdarenin tek taraflı işlemlerinin aksine sözleşmelerde karşı tarafın da irade beyanında bulunması gerekmektedir¹⁹⁷. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması bakımından sözleşmenin en az bir tarafında 236. maddenin birinci fıkrasında sayılan kuruluşların yer alması gerekmektedir. Kanaatimizce sözleşmenin her iki tarafını da belirtilen kuruluşlar oluşturabilir. Bu durumda da edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşabilecektir.

İdarenin taraf olduğu sözleşmelere genel olarak idarenin sözleşmeleri denilmektedir. İdarenin sözleşmeleri kendi içinde idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrımın yapılma sebebi sözleşmenin tabi olacağı hukuk kurallarıyla taraflar arasında çıkacak uyuşmazlık halinde başvurulacak merciin belirlenmesidir¹⁹⁸. Ayrıca bu ayrım edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından da önem taşır. Öncelikle ayrımın ne şekilde yapılacağına ortaya konması gerekmektedir. Belirtilen iki sözleşme türünü birbirinden ayırmak için birçok kriter ortaya konulmuştur. Ancak kriterlerin temelinde genel olarak kamu hizmeti gibi muğlak bir kavram olmasından dolayı net bir ayırmadan söz edilememektedir¹⁹⁹.

İdari sözleşmeler, kamu kurum ve kuruluşlarının diğer kişiler ile kamu hizmetinin yürütülmesi için yaptığı sözleşmelerdir²⁰⁰. Danıştay kararlarında ise “...idarelerin tek yanlı kamusal yetkiye dayanarak kamu hizmetinin gereklerinin yerine getirilmesi için kamu yararı amacı ile bağitlanan idareye üstün hak ve yetkiler veren, gerektiğinde tek yanlı değişiklik ve fesih yetkisini de idareye tanıyan sözleşmeler...” şeklinde tanımlanmaktadır²⁰¹. İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme olması kimi hallerde kanunla belirtilir. Bu nitelikle doğrudan yapılabileceği gibi sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi suretiyle ya da uyuşmazlıkların tabi olduğu yargı kolunun belirtilmesi suretiyle de

¹⁹⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, s. 53.

¹⁹⁷ GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, (15), s. 448.

¹⁹⁸ ODYAKMAZ, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, s. 145.

¹⁹⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 487.

²⁰⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 481.

²⁰¹ Danıştay 13. Daire Başkanlığı, E.2016/674, K.2016/2040.

yapılabilir²⁰². Kanunla belirlemenin yapılmadığı hallerde ise ölçütler devreye girecektir. Bu ölçütler taraflardan en az birinin kamu idaresi olması, sözleşmenin konusunu devamlı bir kamu hizmetinin yürütülmesi oluşturması, sözleşmede idareye üstünlük ve ayrıcalıklar tanınmış olmasıdır²⁰³. İdareye tanınan üstün hak ve yetkilere örnek olarak şartnameyi tek taraflı olarak hazırlaması ve sözleşmecinin şartnamede değişiklik yapamaması, kusuru tespit edilen sözleşmeciye yaptırım uygulama, karşı tarafı sürekli denetleme, sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapma ve gerektiğinde sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye yetkisi gösterilebilir²⁰⁴. Bu ölçütlerin birlikte sağlanması halinde idari sözleşmeden söz edilecektir.

İdari sözleşme türleri ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, iltizam sözleşmesi, müşterek emanet sözleşmesi, kamu istikraz sözleşmesi ve idari hizmet sözleşmesidir²⁰⁵. Anayasa m. 169/2 gereği önceki düzenlemelerin aksine artık orman işletme sözleşmesi yapılamamaktadır. Yeraltı ve yerüstü servetlerin işletilmesi hakkı ise 3213 sayılı Maden Kanunu gereği tek yanlı işlem olan ruhsat usulüne tabi tutulmuştur²⁰⁶. Tek yanlı bir işlem olan ruhsat usulü edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmaya elverişli değildir. Bu nedenle ruhsat usulünde diğer suç tiplerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin 5393 sayılı Belediyeler Kanunu m. 15'e göre içme, kullanma ve endüstri suyu sağlama, kaynak sularını işletme veya işletirme, toplu taşıma yapma, katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması hizmetleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile devredilebilir.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ise kural olarak idarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerdir. İdare, özel hukuk kurallarının aksine bu türden bir sözleşmede tam anlamıyla serbestiye sahip değildir. Esas olarak sözleşmenin imzalanma aşamasına kadar idari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri arasında bir fark yoktur. Her ne kadar ihale mevzuatının sadece özel hukuk sözleşmelerine ilişkin olduğu yönünde bir intiba olsa da ihale mevzuatı idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi fark etmeksizin idarenin taraf

²⁰² İdari sözleşmelerdeki sözleşme aşamasına ilişkin uyuşmazlıklar idari yargıda çözülürken özel hukuk sözleşmelerindeki uyuşmazlıklar adli yargıda çözülecektir. Ancak her iki sözleşme türünde de ihale aşamasına ilişkin uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir. (GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, (15), s. 450 vd.)

²⁰³ GÜNDAY, İdare Hukuku, (10), s. 184 vd.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 484 vd.

²⁰⁴ SEZGİNER, Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013, s. 824.

²⁰⁵ İdari sözleşmelerin kapsamı giderek küçülmektedir. En önemli kısmını ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri oluşturmaktadır.

²⁰⁶ GÜNDAY, İdare Hukuku, (10), s. 192-193.

olduğu tüm sözleşmelere genel nitelikte hüküm olarak ve kural olarak uygulanacaktır^{207, 208}. Aralarındaki fark ise sözleşme aşamasında söz konusu olacaktır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 4'te de *“Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.”* şeklinde belirtildiği üzere özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşittir. Ancak bu eşitlik kamu yararı gerekçesiyle çeşitli düzenlemelerle idare lehine bozulmuştur. Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu idarenin özel hukuk sözleşmelerindeki ihale ve/veya sözleşme aşamasını düzenleyen temel kanunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ihale mevzuatı bu kanunlardan ibaret değildir. Bu kanunlara tabi olmayan kamu alımlarına ilişkin ayrı düzenlemelere gidilmiştir.

Bu geleneksel ayırmadan sonra TCK m. 236'da yer alan *“taahhüt altına girilen edim”* ile *“ihale kararı veya sözleşme”* kavramlarından idarenin hangi tür sözleşmelerinin anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Birinci fıkrada *“taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma”* ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bu ifade tek başına idarenin taraf olduğu tüm sözleşmeleri kapsayıcı niteliktedir. Ancak söz konusu suçun oluşabilmesi için ikinci fıkradaki seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi gerekir. İkinci fıkradaki seçimlik hareketlerde teslim etme ve kabul etmeden bahsedildiği görülmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleriyle söz konusu suçun işlenebileceği hususu kabul edilmektedir. Doktrinde de edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin yapılan değerlendirmelerin tamamı idarenin özel hukuk sözleşmeleri baz alınarak yapılmıştır. İdari sözleşmelerde ise durum farklıdır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere idari sözleşmeler genel olarak kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi amacıyla yapılmaktadır. İdari sözleşmelerde özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi bir teslim, muayene ve kabul işlemi yoktur. Kamu hizmeti, sözleşmeci tarafından belirtilen süre boyunca yerine getirilmektedir. Bu süre boyunca idare

²⁰⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, (7), s. 481.

²⁰⁸ Kamu ihale sözleşmeleri kavramı, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ifade edecek şekilde kullanılması, bir sözleşmenin ihale sürecine uygun olarak yapılması tek başına o sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak isimlendirmek için yeterli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ancak biz de kamu ihale sözleşmesi kavramını idarenin özel hukuk sözleşmelerini kapsayacak şekilde kullanacağız. (GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, (15), s. 469.)

karşı tarafı denetlemektedir. Ancak özel hukuk sözleşmelerine benzer bir kabul işlemi yoktur. Ayrıca özel hukuk sözleşmelerindeki gibi mal veya hizmet alımından da bahsedilememektedir. Esasında idarenin yerine getirmesi gerektiği bir hizmetin özel hukuk kişisine gördürülmesi söz konusudur. Hatta idarenin üstün konumundan dolayı idari sözleşmelerin sadece ismen bir sözleşme olduğu ancak sözleşme nitelikleri taşımadığı ifade edilmiştir²⁰⁹. Bu nedenle idari sözleşmelerin edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmaya elverişli olmadığı kanaatindeyiz. İdari sözleşmelerde diğer suç tiplerinin değerlendirilmesi gerekecektir. Örneğin denetimin mevzuata aykırı yapılmasına rağmen mevzuata uygun yapıldığı yönünde tutanak düzenlenmesi halinde belgede sahtecilik suçlarından bahsedilebilir. Bu açıklamalardan sonra genel bir örnek vermek gerekirse; A, kamu iktisadi teşebbüsünde idari hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışan bir personeldir. Kamu iktisadi teşebbüsü ihtiyaç duyduğu özel bilginin temini için A ile söz konusu idari sözleşmeyi imzalamıştır. A, uzmanlık alanına ilişkin görevleri layıkıyla yerine getirmediği için kamu iktisadi teşebbüsü zarara uğrar. Ancak A'ya maaşı tam olarak ödenir. Daha sonra ise sözleşme sona erdiği için A işinden ayrılır. Bu durumda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. A ile kamu iktisadi teşebbüsü arasında bir idari sözleşme vardır. Hizmet niteliğinde edim olduğu için TCK m. 236/2-e'nin tartışılması gerekmektedir. Ancak somut olay herhangi bir muayene ve kabul işlemi yoktur. Bu nedenle görevi kötüye kullanma ve benzeri suç türlerinin tartışılması gerekmektedir.

İdarenin taraf olduğu sözleşmeleri bunlara ilaveten değişik kriterlerle birlikte değerlendirip birçok ayrıma tabi tutmak mümkündür. Bu ayrımlarla ilgili daha fazla ayrıntıya girmeden özellik arz eden bazı sözleşme türlerine kısaca değinilecektir. Yap-İşlet-devret sözleşmeleri günümüzde idarenin çokça başvurduğu bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmeler 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun 5. maddesinde yer alan “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.” hüküm gereği yap-İşlet-devret sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmelerinden birisini oluşturur²¹⁰. Yine yap-

²⁰⁹ Özey'a göre idari sözleşmeler sırf iki taraf arasında imzalandığı için sözleşme olarak ifade edilmektedir, aslında katılma-işlem niteliğini taşımaktadır. (ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 511.)

²¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği kararda yap-İşlet-devret sözleşmesini imtiyaz sözleşmesi olarak kabul etmesinden dolayı Anayasa'nın 47. maddesinde değişiklik yapılarak bu ve benzeri sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmasının önü açılmıştır ve günümüzde yap-İşlet-devret sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. (SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, s. 909.)

işlet-devret sözleşmeleri ile ne tür işlerin yapılabileceği kanunun 2. maddesinde düzenlenmektedir²¹¹. Ayrıca 9. maddede devrin her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak yapılacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce yap-işlet-devret sözleşmelerinde 9. maddeye uygun olmayan bir edimin teslim alınması halinde TCK m. 236/2-d-e kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı sorumluluk doğacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra genel bir değerlendirme yapılacak olursa idarenin taraf olduğu sözleşmeleri birçok ayrıma tabi tutmak mümkündür. Son yıllarda idare tarafından kamu-özel ortaklığı, birleşme sözleşmeleri gibi farklı isimlerde sözleşmeler de imzalanmaktadır. Bu nedenle somut olaya her zaman için bir idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu şeklinde yaklaşmak doğru sonuca ulaştırmayabilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere her bir sözleşme türünün edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusu oluşturabileceğini söylemek mümkün değildir. Ayrıca sözleşme türlerinin her birini ayrı ayrı irdelemek de mümkün olmayacaktır. Bu nedenle suçun konusunu oluşturmaya elverişli sözleşme türüne ilişkin genel bir çerçeve çizilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde edimin teslim edilmesi, muayene ve kabul işlemi var ise söz konusu sözleşme suçun konusunu oluşturabilir. Özellikle idari sözleşmelerde belirtilen işlemlerin tam anlamıyla olmaması ve idareye tanınan üstün yetkilerle sözleşme kavramından oldukça uzaklaşılması nedeniyle bu tür sözleşmeler kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenemeyeceği kanaatindeyiz. Ayrıca kamu hizmetinin idari sözleşme ile özel kişiye verilmesi halinde idarenin sorumluluğu devam edeceğinden üçüncü kişilere karşı idare sorumlu olacaktır²¹². Bu sorumluluk kapsamında kamu hizmetinin aksayıp aksamadığı üçüncü kişiler tarafından sürekli denetlenebilecektir. Söz konusu denetim ile beraber edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla temel olarak korunan hukuki

²¹¹ **Madde 2-** “(Değişik birinci fıkra: 24/11/1994-4047/1 m.) Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri (Ek ibare: 20/12/1999 - 4493/1 m.) elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyer tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.”

²¹² **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, Türk İdare Hukuku, (7), s. 495.

değer olan ekonominin işleyişinin ihlal edilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü kamu hizmetinin işleyişi kamu hizmetinden yararlanan üçüncü kişiler tarafından sürekli denetlenecektir. Bu nedenlerle idari sözleşmelerde özel hukuk sözleşmelerine benzer bir korunması gereken hukuki değerden bahsedilemez.

2.3.3. Sözleşmenin Bir İhaleye Dayalı Olması

Bu başlık altında idarenin taraf olduğu sözleşmenin suçun konusunu oluşturması bakımından kuruluş aşamasında bir ihale sürecinin takip edilmiş olmasının zorunlu olup olmadığı ile ihale süreci takip edilmiş olmasına rağmen sonrasında sözleşme imzalanmaması hali üzerinde durulacaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunu teşkil eden sözleşmenin kuruluş aşamasında bir ihale usulünün takip edilmesinin zorunlu olup olmadığı hususu TCK m. 236/2'deki "*ihale kararında veya sözleşmede*" ifadesinin ne anlama geldiğinin belirlenmesi suretiyle çözülebilecektir. Doktrindeki tartışmaların yoğunlaştığı nokta da burasıdır. Bu durum özellikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 22'de düzenlenen ve bir ihale usulü olmayan doğrudan temin yoluyla yapılan kamu harcamaları bakımından önem arz etmektedir²¹³. Hemen belirtmek gerekir ki her ne kadar doğrudan temin yoluyla yapılan harcamalarda ihale komisyonu kurulmuyor olsa da muayene ve kabul komisyonu oluşturulmaktadır.

Söz konusu duruma ilişkin ağırlıklı görüşe göre 236. maddedeki sözleşme ifadesinden ihale süreci sonrası imzalanan sözleşmenin anlaşılması gerekmektedir²¹⁴. İhale

²¹³ Doğrudan temin Kamu İhale Kanunu m. 18'de bir ihale usulü olarak düzenlenmekteydi. Ancak 4964 sayılı kanun ile ihale usulü olmaktan çıkartılmıştır. Mevcut hali ile bir alım usulü olarak kabul edilmesi mümkündür. Birtakım harcamalarda ihale prosedürünün neden olduğu zorlukların giderilmesi amacıyla getirilmiş bir usuldür. Ancak bu hesap verilebilirliğin bir istisnası olarak görülmemelidir. Bu kapsamda sağlanan kolaylıklardan bazılarını Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusu yapılamaz, ihale komisyonu kurulmaz, ilan yapılmaz, 10. maddedeki yeterlilik kuralları aranmaz ve teminata gerek yoktur şeklinde sıralamak mümkündür. Doğrudan temin yolunda piyasa fiyat araştırması yapılacaktır. Böylece piyasa fiyatının üstünde alım yapılması engellenmek amaçlanmaktadır. (İNAN, İhale Hukuku Ders Notları, (2), s. 137)

Doğrudan temin yoluna hangi hallerde başvurulabileceği KİK m. 22'de on bent halinde sayılmıştır. Söz konusu düzenlemelerde "d" bendinde yer alan belli parasal sınırın altındaki harcamaların doğrudan temin yoluyla yapılabilir olması diğer bentlere girmeyen durumlar için getirilmiş bir sınırlamadır.

²¹⁴ **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 216; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 843; **YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ**, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7131; **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 342; **ŞEN/AKSÜT**, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, (4), s. 289; **AKBULUT**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 50; **DEMİR**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 25.

mevzuatı bakımında Kamu İhale Kanunu m. 46 ve Devlet İhale Kanunu m. 53'te bütün ihalelerin sözleşmeye bağlanacağı belirtilmektedir. Belirtilen görüşün temel dayanağı bu düzenlemelerdir. Sözleşmenin bir ihaleye dayalı olmasının gerekli olduğu görüşü seçimlik hareketlerin kaleme alınış biçimiyle de desteklenmektedir. Seçimlik hareketlerdeki “*ihale kararında veya sözleşmede*” ifadesinin yerine “*ihale kararında veya sözleşmesinde*” ifadesi kullanılsaydı tüm sözleşmeleri kapsayacağı, ancak bu hali ile sadece ihaleye dayalı sözleşmeleri kapsadığı belirtilmiştir. Bu kullanımın kanun koyucu tarafından bilinçli olarak tercih edildiği ifade edilmiştir²¹⁵. Ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ihaleye fesat karıştırma suçundan hemen sonra düzenlenmesi bu suçların birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu ve ortak özelliklerinin ihale yolsuzluklarını engellemek olduğu anlaşıldığından ihalenin olmadığı yerde edimin ifasına fesat karıştırmanın mümkün olmayacağı ifade edilmiştir²¹⁶. Bu görüşten hareketle ihaleye fesat karıştırma suçu işlenmesi bile bu suçun işlenemeyeceği yerde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun da işlenemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Bu görüşün somut olaydaki yansımaları doğrudan temin usulünde görülecektir. Doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle doğrudan temin usulüyle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenemeyeceği açıktır²¹⁷. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz görüşe göre doğrudan temin usulü bir ihale yöntemi olmadığı için doğrudan temine dayalı sözleşmeler edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturamaz²¹⁸.

Bu konuda ileriye sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre herhangi bir ihale usulü takip edilmeksizin piyasadan sağlanan mal veya hizmet edimleri de suçun konusunu oluşturabilmektedir²¹⁹. Bu durumda doğrudan temin usulüyle yerine getirilen

Dülger'e göre taahhüt altına girilmenin bir ihaleye dayalı olması suçun ön şartı niteliğindedir. (DÜLGER, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 231.)

²¹⁵ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 50; **DEMİR**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 25.

²¹⁶ **YAŞİN, Mehmet**, “İhale İstisnası Kamu Satın Alımlarında Edimin İfasına Fesat Karıştırılması Mümkün Müdür?”, Mali Kılavuz, 2007/97, s. 99; **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 50

²¹⁷ **ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 887.

²¹⁸ **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 345; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7131.

²¹⁹ **ALTIPARMAK**, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 160; **ARSLAN/TÖNGÜR**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 234; **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 115; **ÜNAL/EROL/EROL**, İhale ve Sözleşme Yönetiminde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları, s. 148.

edim suçun konusunu oluşturabilecektir²²⁰. Doğrudan teminde bir ihale prosedürü olmasa da taraflar arasında bir sözleşme vardır. Kamu görevlileri tarafından yapılan piyasa fiyat araştırması icap, idarenin en uygun tekliften alım yapmaya karar vermesi de kabul olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle doğrudan temin usulünü “... veya sözleşmede ...” ifadesinin kapsamında değerlendirmek mümkün olacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda doğrudan temin usulüyle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebileceğini kabul etmektedir²²¹.

Ayrıca birinci fıkrada dernek, vakıf ve kooperatiflere karşı taahhüt edilen edimlerin suçun kapsamına dahil edilmesi kanun koyucunun iradesinin suçun kapsamını sadece ihaleye dayalı sözleşmelerle sınırlı tutmamak olduğunu göstermektedir. Özellikle dernek, vakıf ve kooperatiflerin özel hukuk hükümlerine göre taraf oldukları sözleşmeler hayli fazladır.

Birinci görüşte yer alan, ihaleye dayalı olmayan sözleşmelerin de suçun konusunu oluşturabilmesi için “ihale kararında veya sözleşmesinde...” ifadesinin kullanılması gerektiği yönündeki görüşe de katılmak mümkün değildir. Eğer madde belirtildiği gibi kaleme alınmış olsaydı tek başına sözleşmeden değil ihale sözleşmesinden söz edebilecekti. Ancak kanunun mevcut haline göre birbirinden ayrı nitelikteki ihale karardan ve buna ek olarak sözleşmeden bahsedilebiliyor. Ayrıca seçimlik hareketlerden “d” bendinin diğer bentlerden farklı olarak kaleme alındığı görülmektedir. “d” bendinde “...şartname veya sözleşmesinde...” ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu görüşümüze paralel olarak belirtilen farklı kullanımdan dolayı yapım işleri bakımından sözleşmenin yeterli olmadığı, mutlaka bir

²²⁰ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 794.

²²¹ “...Somut olaya bakıldığında doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirilen İskenderun Kısım Hekimliği binasının tadilat işinin miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapılmamasına rağmen tamamlanmış gibi teslim alındığı anlaşılmalı yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu ve kabul komisyonu üyeleri olan sanıklar H. Y., U. E. ve İ. K.’un TCK’nın 236/2-d maddesi uyarınca, müteahhit sanık F. A.’in ise aynı Kanunun 40/2. maddesi yollamasıyla 236/2-d maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşturma uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararları verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 10.06.2015, E.2013/8687, K.2015/12335).

“...Kamu görevlisi olan ... sanık Ziya’nın Adana Gar sahasında bulunan Servis Depo Müdürlüğü Yemekhanesi ve Mutfağının bakım ve onarım işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin dosyada mevcut ve yetkililerince düzenlenen raporlarda belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden olduğunun iddia edilmesi, ... doğrudan temin usulüyle yapılan işin teslim alınmasında sözleşmeye ve idarece ihale öncesi hazırlanan keşif ve metraja aykırı hususların bulunup bulunmadığının ... sonra sanık Ziya’nın edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, yüklenici sanık Ersin’in de TCK’nın 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkumiyetleri yerine eksik soruşturma ile yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 29.01.2014, E.2012/13008, K.2014/985)

ihalenin olması gerektiğinin kabul edilmesi gerekmektedir²²². Ancak mevcut düzenleme yeknesaklık bakımından sakıncalıdır. Yapım ihalelerine konu olan edimin diğer edimlerden ayrı tutulması için bir gerekçe yoktur.

İhale sonrası sözleşme yapılması gerektiği ihale mevzuatında kural olarak kabul edilmiştir. Bu durum Kamu İhale Kanunu m. 46'da ve Devlet İhale Kanunu m. 53'te "Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır." şeklinde düzenlenmiştir. Ancak belirtilen zorunluluğun bazı istisnaları vardır. Pazarlık usulü bu duruma örnektir. Kamu İhale Kanunu m. 21/7 ve Devlet İhale Kanunu m. 51/3'te bazı haller için sözleşme yapılma zorunluluğu kaldırılmıştır²²³. TCK m. 236/2'deki "ihale kararında veya ..." ifadesi ise bir ihale usulü takip edilip sonrasında sözleşme imzalanmaması haline örnek olan pazarlık usulünü de kapsamaktadır²²⁴. Bu nedenle suçun konusu bakımından temel olarak kabul ettiğimiz, ilgili kurum ve kuruluşların en az bir tarafı oluşturduğu sözleşmenin söz konusu durumda bulunması zorunlu değildir. Seçimlik hareketlerde yer alan ihale kararı ifadesi ihale sonrası sözleşmenin imzalanmadığı istisnai halleri de suç konusunun kapsamına almaktadır.

2.3.4. Suçun Konusu Olarak: Edim

Edim, alacaklının ifasını talep yetkisine sahip olduğu, borçlunun da ifa yükümlülüğü altına girdiği borç konusudur²²⁵. İfa kavramı ise borçlanılmış olan edimin yerine getirilmesi anlamına gelmektedir. Edimden başka bir şey borçludan istenemeyeceği gibi edimden başka bir şeyin kabulü alacaklıya zorlanamaz²²⁶. Ancak özel hukukta ifa yerine edim ve ifa amacıyla edim müesseseleri yer almaktadır. Her ne kadar Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 36'da Borçlar Kanunu'na atıf yapılsa da söz konusu kurumların idarenin taraf olduğu sözleşmelerde uygulanmaları mümkün olmayacaktır. Edim kavramı kendi içinde birçok alt başlığa ayrılmaktadır. En temel ayırım verme, yapma ve yapmama edimleri şeklinde yapılan ayırımdır. İdarenin taraf olduğu iki taraflı ilişkilerde yapmama ediminden söz edilemeyecektir. Bir diğer ayırım maddi edim ve hukuksal edim ayrımı ile bölünebilir edim

²²² ARSLAN/TÖNGÜR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 234.

²²³ Kamu İhale Kanunu'na göre doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, idarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları halinde sözleşme imzalanması gerekmemektedir.

²²⁴ MERAN, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 345; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7131.

²²⁵ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, (16), s. 3.

²²⁶ REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014, s. 292.

ve bölünemez edim ayrımıdır²²⁷. Söz konusu ayrımlar da edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından özellik arz etmemektedir. TCK m. 236 ve sair maddelerde bu ayrımlara atıf yapılmamaktadır. Son olarak belirtilecek ayırım ani, sürekli ve dönemsel edim ayrımıdır²²⁸. Bu ayırım ifanın hangi aralıklarla veya ne kadar süre boyunca yerine getirileceği esasına dayanmaktadır. Somut durumdaki edimin bu ayırımdaki yerinin tespit edilmesi önemlidir. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerdeki edimler son olarak belirtilen ayırımdaki her üç tür edime de tabi olabilir. Örneğin “e” bendinde yer alan hizmet niteliğindeki edimler sürekli edimdir. Yine “c” bendinde yer alan, edimin belirtilen sürede ifa edilmemesi hali dönemsel edimlerde birden fazla kez meydana gelebilecektir.

Yukarıda yapılan ayrımlar özel hukukta önem arz eden değişik kriterler esas alınarak yapılmıştır. Edimin konusunun ne olduğu ise özel hukuk bakımından önemli değildir. Sadece belli konulara ilişkin sınırlama getirilmiştir²²⁹. Ancak TCK m. 236’ya bakıldığında edimin konusunun belirlenmesinin oldukça önemli olduğu görülmektedir. Kanun maddesinde mal, yapım ihalesi ve hizmet niteliğinde edim kavramlarına yer verilmiştir. Bu kavramların kapsamı dışında kalan edimler suçun konusunu oluşturmayacaktır.

Bir edimin suç konusu olabilmesi için öncelikle taahhüt edilmiş olması gerekir. Taahhüt, bir şeyi yapmayı üstüne alma anlamına gelmektedir²³⁰. Taahhüt işlemi ise doğrudan malvarlığını etkilemeyen, malvarlığının pasifini arttıran işlemlerdir²³¹. Taahhüt, sözleşmeli veya sözleşmesiz olabilir. TCK m. 236/1’de *taahhüt altına girilen edim* ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade her türlü edimi kapsamına rağmen ikinci fıkradaki seçimlik hareketlerle edim kavramına sınırlama getirilmiştir. İkinci fıkranın “a”, “b”, “c” ve “e” bentlerinde *ihale kararında veya sözleşmede* ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle edimin ifasına fesat karıştırma suçundan bahsedilebilmesi için taahhüt altına girilen edimin ihale kararından veya sözleşmeden kaynaklanması gerekmektedir²³². “d” bendinde ise yapım ihalelerinin şartnamesi ve sözleşmesinden bahsedildiği için taahhüdün mutlaka sözleşmeden kaynaklanması gerekir. Örneğin ihaleyi kazanan firmanın yetkilisi tarafından sözleşmede

²²⁷ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, (16), s. 5.

²²⁸ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, (16), s. 6.

²²⁹ Sözleşmenin konusu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına, ahlaka aykırı veya imkansız olamaz.

²³⁰ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 711.

²³¹ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, (16), s. 48.

²³² AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 49.

veya ihale kararında yer almayan, sözlü olarak taahhüt edilen edim suçun konusunu oluşturmayacaktır²³³.

TCK m. 236/2'nin "a", "b", "d" ve "e" bentlerinde edimin türüne ilişkin sınırlandırmaya gidilmiştir²³⁴. "a" ve "b" bentlerinde mal kavramına, "d" bendinde yapım kavramına, "e" bendinde ise hizmet kavramına yer verilmiştir. Kamu İhale Kanunu m. 4'te mal kavramı "*Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar*", yapım kavramı "*Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri*", hizmet kavramı ise "*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetler*" şeklinde tanımlanmıştır.

Danışmanlık hizmetinin kendi içinde özellik arz etmesinden dolayı ayrı tanımı ve düzenlemeleri olması danışmanlık hizmetinin farklı bir edim türü olduğu anlamına gelmez. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından hizmet kavramı başlığı altında değerlendirilecektir. Görüldüğü üzere belirtilen kavramların kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Söz konusu kavramlar Kamu İhale Kanunu'nda tanımlanmış olduklarından sadece bu kanuna tabi kurum ve kuruluşlar bakımından önem arz etmektedir. Kamu İhale Kanunu'na tabi olmayan tüzel kişiler bakımından ise bir yorum aracı olarak kullanılabilir. Ancak kavramların kapsamının oldukça geniş tutulması sebebiyle her halde aynı sonuca varılacaktır.

Danışmanlık hizmetinin de hizmet niteliğinde edim olarak kabul edileceğinin belirtilmesinden sonra özellik arz eden bazı durumlardan bahsetmekte yarar vardır. Danışmanlık, başlı başına bir edim olmakla birlikte genel olarak başka bir ihale konusu

²³³ KOCA, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 270.

²³⁴ Sadece "d" ve "e" bentlerinde sınırlamaya gidildiği yönündeki görüş için bkz. DEMİR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 25.

edimin ihale sürecine veya ifa sürecine ilişkin olmaktadır. Örneğin teknik şartname danışmanlık hizmeti alınarak hazırlanabilir, herhangi bir ihale konusu edimin imalatı sırasında gereken ileri derece teknik bilgi danışmanlık hizmeti alınarak sağlanabilir. Bu durumlarda danışmanlık hizmetlerindeki edim yine sağlanması gereken teknik bilgi olacaktır. Söz konusu bilginin hileli şekilde yanlış sağlanması halinde esasında iki farklı edimin de ifasına fesat karıştırılmış olacaktır. Ancak kanaatimizce danışmanlık hizmeti yüklenicisinin faili olduğu fesat karıştırma suçunun konusu olan edim, danışmanlık hizmeti kapsamında alınan hizmettir. Bu durum içtima başlığı altında ayrıca değerlendirilecektir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusu bakımından genel bir değerlendirme yapabilmek için ayrıca “c” bendinin incelenmesi gerekmektedir. Belirtilen bentte edimin süresinde ifa edilmemesi hali düzenlenmekle birlikte diğer bentlerin aksine edimin türüne ilişkin herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu nedenle “c” bendi bakımından her türlü edim suçun konusunu oluşturabilecektir²³⁵.

Yapılan açıklamaların ışığında edimin türüne göre suçun konusu değerlendirilecek olursa, kural olarak herhangi bir sınırlamanın olmadığı söylenebilir. Bu nedenle her türlü edim suçun konusunu oluşturabilir. Örneğin mal alım veya satımı, hizmet alım veya satımı, kiralama, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisine ilişkin edimler suçun konusunu oluşturabilir²³⁶. Ancak her bir seçimlik harekette bazı sınırlamalara yer verilmiştir. Bu nedenle somut olaydaki edimin hangi seçimlik harekette düzenlenen edim türüne denk geldiğinin tespit edilmesi gerekir. Bu tespit sonucunda suçun oluşup oluşmadığı, failin kim olduğu gibi sorulara verilecek cevap değişecektir²³⁷. İhaleye fesat karıştırma suçuna

²³⁵ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 49.

²³⁶ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7134.

²³⁷ “...Şanlıurfa ili Merkez ilçe 2005-2006 eğitim öğretim yılının 2. dönem öğle yemeği hizmet alımına ilişkin ihalenin sanıklardan M. Ö.’in yetkilisi olduğu A. Pizza Yemek Ltd. Şirketi ile sanık Hidayet’in yetkilisi olduğu Öz. Hazır Yemek İnşaat A.Ş. ortak girişimi lehine sonuçlanması sonrasında, sanıkların 06/02/2006 tarihinde imzalanan sözleşme kapsamında edimin yerine getirilmesi sırasında teknik şartnamede belirtilen gramajdan eksik, bozuk ve standart dışı gıda vermek suretiyle edimin ifasına fesat karıştırdıkları iddiasıyla cezalandırılmaları talebiyle açılan kamu davasında; davaya konu edimin hizmet niteliğine ilişkin olması nedeniyle sanıkların eylemlerinin TCK’nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak; 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinden bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak

bakıldığında ise suçun konusunun genel olarak “...mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihaleleri...” ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu noktada söz konusu iki suç birbirinden ayrılmaktadır.

Edim kavramının ne anlama geldiğini ortaya koyduktan sonra edimin neye göre ifa edilmesi gerektiğini açıklamak gerekmektedir. Edimin neye göre ifa edileceğini ortaya koymadan fesat karıştırmadan bahsedilemez. Kamu ihale mevzuatına göre edim, ihale dokümanına ve tip sözleşmeye göre ifa edilecektir. İhale dokümanı idari şartname, teknik şartname, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgilerden oluşmaktadır²³⁸. Uygulama birliği sağlamak amacıyla Kamu İhale Kurumu tarafından beş adet tip sözleşme hazırlanmıştır²³⁹. Bu sözleşmeler yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, mal veya hizmet alımlarında toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme, yapım işlerinde toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme, yapım işlerinde niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme ve çerçeve anlaşmaya dayalı idare ve yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşmedir²⁴⁰. Ancak mal veya hizmet alımlarında bazı şartların sağlanması halinde söz konusu sözleşmelerin dışına çıkılmasına kanun izin vermektedir.

Dokümanlar ve sözleşmeler idarenin tek taraflı iradesi ile oluşturulmaktadır. Görüldüğü üzere edimin ifasında dikkate alınması gereken birçok kriter vardır. Bu nedenle kriterlerin birbirine uygun olması da oldukça önemlidir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 4’te yer alan “*Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.*” hükmü gereği sözleşmelerin ihale dokümanına bağlı olarak hazırlanması gerekmektedir. Aksi halde sözleşme batıl olacaktır²⁴¹. İhale dokümanları arasında oluşabilecek çelişkiler halinde hangi dokümana öncelik verilmesi gerektiğine dair her bir tip sözleşme bakımından ayrı düzenleme yapılmıştır. Örneğin Yapım

eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlileri hakkında açılmış bir dava bulunmadığı, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı mahkemenin kabul ve gerekçesinde sonucu itibarıyla bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmalı, tebliğ namedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir...” Görüleceği üzere somut olayda bir mal alım ihalesi olsaydı teslim eden fail olarak değerlendirilebilecek iken hizmet alım ihalesi olduğu için teslim eden fail olarak sorumlu tutulamamaktadır. (Yargıtay 5. CD, 02.07.2015, E.2013/10045, K.2015/13371)

²³⁸ Kamu İhale Kanunu m. 4.

²³⁹ DOĞANYİĞİT, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, (15), s. 1243.

²⁴⁰ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 6.

²⁴¹ İNAN, İhale Hukuku Ders Notları, (2), s. 236.

İşleri Tip Sözleşmesi m. 8'e göre ihale dokümanlarının öncelik sırası Yapım İşleri Genel Şartnamesi, idari şartname, sözleşme tasarısı, birim fiyat tarifleri, mahal listesi, özel teknik şartname, genel teknik şartname, açıklamalar ve diğer eklerdir. Mal Alım İhalelerine Ait Tip Sözleşmelere m. 9'a göre sıralama ise idari şartname, teknik şartname, yazılı açıklamalar, sözleşme tasarısı ve diğer eklerdir.

Yüklenici tarafından ifa edilecek edim bakımından en önemli doküman teknik şartname olacaktır. Teknik şartname yönetmelikle somutlaştırılmıştır. Teknik şartnamede malın veya işin teknik ayrıntıları ve şartlarına yer verilir. Kural olarak idare tarafından hazırlanan teknik şartname işin özelliği gereği danışmanlık hizmeti alınarak da hazırlanabilir²⁴². Teknik şartnamenin muayene ve kabul komisyonunda yapılacak inceleme ve değerlendirmede çelişki oluşturmayacak şekilde açık olması gerekmektedir²⁴³. Bununla birlikte edimin ifasında Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 15'te kısıtlı bir şekilde tanınan sözleşme değişikliği hallerinin de ayrıca dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay da verdiği çoğu kararda teknik ve idari şartnameyi esas almakla birlikte²⁴⁴ bazı kararlarında “*ihale şartnamesi*” ifadesini kullanmıştır. Kanaatimizce bu ifade de idari ve teknik şartnameye tekabül etmektedir.

2.3.5. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Zarar Suçu Mudur?

Suçun konusuna göre yapılan bir ayırım olan zarar suçu-tehlike suçu ayırımında edimin ifasına fesat karıştırmanın nerede olduğu tartışmalıdır. TCK m. 236'da bir açıklık olmamakla birlikte doktrinde de fikir birliği yoktur. Bu ayırım suçun netice bakımından ayırımını doğrudan etkileyeceği için önemlidir. Bir görüşe göre suçun oluşması için zararın meydana gelmesi veya menfaat temin edilmesi zorunlu değildir²⁴⁵. Bu nedenle edimin

²⁴² Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 16/3.

²⁴³ Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 14/8.

²⁴⁴ “...dava konusu somut olayda yüklenici sanığın 04/11/2011 günlü ihale sözleşmesine konu olan 5 kalem malzemeyi ve bu malzemelerin lojistik bilgi sistemi envanter tanımlama bilgilerinde kayıtlı üreticilere ait orjinal uygunluk belgesini idareye teslim ettiği, söz konusu ihaleye ilişkin idari şartnamenin 52.17. maddesindeki “Yüklenici tarafından getirilen 1. grup malzemeler Menşesi Onaylı Parça (ana malzemeyi üreten üreticinin ürettiği veya ana malzemeyi üreten üreticinin başka bir üreticiye ürettirdiği ve onayladığı ürün) olacaktır...” düzenlemeye aykırı biçimde ihale konusu malzemelere ait orjinal uygunluk belgelerinin sahte olduğunun anlaşılması üzerine ihale konusu malzemelerin sanığa iade edildiği ve ihale sözleşmesinin idarece fesholunduğu, buna karşılık muayene ve kabul komisyonunca idari şartnamenin 52. maddesi uyarınca yapılan malzemelerin fiziki ve fonksiyon muayenesi neticesinde sanık tarafından teslim edilen malzemelerin ihale idari ve teknik şartnamesi ile sözleşmeye aykırı evsafa bulunduğu dair bir tespitin ya da muayene ve kontrol raporunun dosya arasında bulunmadığı anlaşıldığından...” (Yargıtay 5. CD, 11.02.2016, E.2013/14627, K.2016/1565)

²⁴⁵ **CELİK, Kadir**, “Yeni Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, 2006/5, s. 18; **ERDAĞ, Ali İhsan**, “Ekonomik, Sınai ve

ifasına fesat karıştırma suçu somut tehlike suçudur²⁴⁶. Diğer görüşe göre ise suçun kanuni tanımında açıkça zarara yer verilme de seçimlik hareketlerin doğal sonucu olarak zarar oluşacaktır. Bu nedenle söz konusu suçun zarar suçu olduğu kabul edilmesi gerekir²⁴⁷. Böylece zararın oluşmadığı hallerde suç da oluşmayacaktır.

Bu hususta her ne kadar 236. maddede bir açıklık olmasa da ihaleye fesat karıştırma suçunda değişiklik yapılan 6459 sayılı Kanuna ilişkin önerenin gerekçesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçuna dair değerlendirmede bulunulmuştur. Bu değişiklikte birlikte ihaleye fesat karıştırma suçunun temel şekli zarar suçu haline getirilmiş, zararın meydana gelmemesi hali ise daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir²⁴⁸. Söz konusu değişikliğe gerekçe olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ihaleye fesat karıştırma suçlarının cezaları arasındaki orantısızlığın giderilmesini sağlamak ve ihaleye fesat karıştırma suçunun da edimin ifasına fesat karıştırma suçu gibi temel halini zarar suçuna dönüştürülmesinin istendiği gösterilmiştir. Görüldüğü üzere kanun değişikliğinin gerekçesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun zarar suçu olduğu ifade edilmiştir. Her ne kadar gerekçe bağlayıcı olmasa da kanun koyucunun iradesini ortaya koyar niteliktedir. Kanaatimizce hem belirtilen kanun değişikliğinin gerekçesi hem de seçimlik hareketlerin yerine getirilmesi halinde bir zararın meydana gelecek olmasından dolayı edimin ifasına fesat karıştırma bir zarar suçu niteliğindedir. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir²⁴⁹.

Ticari Suçlar”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2005/5, s. 391; **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; **DÜLGER**, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 232; **GÖKCEN**, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 176; **KAPLAN**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 715.

²⁴⁶ **DÜLGER**, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 232.

²⁴⁷ **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012, s. 419; **ARSLAN/TÖNGÜR**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 243; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 849; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 798; **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 123.

²⁴⁸ İhaleye fesat karıştırma suçunun değişiklikten önceki halinde ise suçun temel şekli tehlike suçu iken zararın meydana gelmesi hali daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmekteydi.

²⁴⁹ “...*Zarar suçu olarak TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma eylemlerinin maddenin 2. fıkrasının açık düzenlemesi karşısında hileli olarak yapılması gerektiği, hileli davranışlar kavramının ne anlama geldiği konusunda 5237 sayılı TCK'da herhangi bir açıklık bulunmadığı, ancak Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre fail tarafından yapılan davranışın hileli olarak kabul edilebilmesi için belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağım ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketlerin bulunması gerektiğinin kabul edildiği, esasen, hangi davranışların hileli olup olmadığı ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, olaysal olarak değerlendirme yapılması, olayın özelliği, mağdurun durumu, fille olan ilişkisi, kullanılmış gizlenen veya değiştirilen eşyanın nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle sonuca ulaşılması gerektiği nazara alındığında; dosya kapsamına göre, sözleşme, idari şartname, Yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak muayene ve kabul komisyonu*

Zarar suçu olduğu ifade edilen edimin ifasına fesat karıştırma ile meydana gelebilecek zararın ne olacağının da tespiti gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki zarar suçları bakımından ifade edilen zarar kavramının parayla ölçülebilir mahiyette olması gerekmez²⁵⁰. Ancak bu suçun konusunu oluşturan edim ve edimin içeriği (mal, yapım işi, hizmet gb.) her zaman parasal değere sahip olduğundan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesinin suç niteliği taşıyabilmesi için suçun konusu olan edim üzerinde parasal nitelikte bir zarara neden olması gerekmektedir. Zararın meydana gelmediği hallerde fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır²⁵¹. Söz konusu zararın meydana gelmesi için mutlaka sözleşme bedelinin yükleniciye ödenmiş olması da gerekmez. Örneğin ayıplı ifaya yönelik kabul işleminin tamamlanmış olmasına rağmen hakedişin yükleniciye ödenmediği bir durumda suçun konusu olan edim üzerinde zarar meydana gelmiş olabilir. Ayrıca sözleşme bedelinin ödenmesine rağmen zararın meydana gelmediği hallerde de edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Örneğin mal niteliğindeki 100 birim X ürününü her birinde 10 birim ürün olacak şekilde 10 kutu halinde idareye teslim etmeyi taahhüt eden yüklenici, her birinde 20 birim X ürünü olan 5 kutu malı sözleşmede evsafı belirtilen mal olarak teslim etmesi halinde sırf birim ve kutu sayısı sözleşmede kararlaştırılan şekilde olmadığı için bu suçun oluştuğu söylenemez. Çünkü bu durumda zarar meydana gelmemiştir. Ancak yüklenici somut olaydaki teslimatı paketleme işlemindeki masrafı düşürmek için belirtilen şekilde yapmış ve teslimatın bu şekilde yapılması idarenin edim üzerinden elde edeceği menfaatte azalmaya neden olmuşsa (örneğin ilgili idare X ürününü 10 birim olacak şekilde paketlemek için harcama yapmış olabilir) bu halde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

2.3.6. Ara Sonuç

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusu TCK m. 236/1'de belirtilen kurum ve kuruluşlara karşı taahhüt edilen edimdir. Taahhüt sözleşmeden veya ihale kararından

oluşturulmadan, malın teslimi sırasında muayene yapıp numune alınmadan, kalorifer görevlisi ve depo-ambar memurunun hazır bulunduğu şekilde yapılan teslim işlemi nedeniyle, sanığın idarenin denetim olanağını ortadan kaldırmadan, ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka malı teslim etmesi şeklindeki, belirtilen usullere uyulmaması sonucunda gerçekleştirdiği eylemlerinde hileli davranıştan bahsedilemeyeceği cihetle atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi..."(Yargıtay 5. CD, E.2012/4728, K.2013/5173) (KOCA, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 272.)

²⁵⁰ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, (2), s. 223;

²⁵¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 849; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 798.

kaynaklanabilir. Taahhüdün sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda sözleşmenin bir ihaleye dayanması gerekip gerekmediği hususu tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce sözleşmenin ihaleye dayalı olması gerekmemektedir. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu sözleşmenin idarenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme olması gerekmektedir. Ancak belirtilen özel hukuk sözleşmeleri Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'na tabi sözleşmelerle sınırlı değildir. Sözleşmenin konusu olan edim bakımından kural olarak bir sınırlama olmamakla birlikte seçimlik hareketlerin düzenlendiği beş bentten dördünde edimin konusuna ilişkin bir sınırlamaya gidilmiştir. Ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçunu 6459 sayılı Kanuna ilişkin önerenin gerekçesinde yapılan açıklamanın da ışığında zarar suçu olarak kabul etmek gerekmektedir.

2.4. Fiil

2.4.1. Genel Olarak

Suçun varlığı hususunda en önemli unsur fiildir. Cezai sorumluluğun temelini dış dünyada etki doğuran insan davranışı oluşturur²⁵². Fiile ilişkin birçok teori olmasına rağmen bu ayrımlara girmeden tanımlamak gerekirse fiil, kişinin iradesi ile hakim olduğu ya da hakim olunabilir, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik dış dünyada meydana gelen davranıştır²⁵³. Söz konusu davranışlar icrai olabileceği gibi ihmali de olabilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hareket, davranış ve fiil kavramlarını yazarlar çeşitli anlamlara gelecek şekilde kullanmaktadır²⁵⁴. Ancak çalışma boyunca bu kavramların tamamı eş anlamlı olarak ve yukarıda verilen tanım doğrultusunda kullanılacaktır.

Suçlar, hareketin sayısına ve şekline göre birçok ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrımlar içerisinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu için önem arz ettiğinden serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar ayrımına değinilecektir. Kanunda suçun hangi hareketle işlenebileceğinin belirtilmediği suçlara serbest hareketli suçlar denir²⁵⁵. Suçun kanuni tanımında hangi hareketlerle suçun işlenebileceğinin belirtildiği suçlara bağlı hareketli suçlar denilmektedir²⁵⁶. Suçun kanuni tanımında birbirine alternatif

²⁵² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 215.

²⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 96; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 162.

²⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 84.

²⁵⁵ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, (11), s. 227.

²⁵⁶ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016, s. 246; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 168.

olarak düzenlenen birden fazla hareketten birinin gerçekleştirilmesiyle işlenebilen suçlar seçimlik hareketli suçlardır²⁵⁷. Seçimlik hareketli suçlarda birden fazla hareketin gerçekleştirilmesi halinde de tek suç oluşacaktır²⁵⁸. Ancak bunun için suçun konusunun nesnel olarak aynı olması gerekmektedir²⁵⁹. Bağlı hareketli suç ile seçimlik hareketli suç arasındaki ilişki üzerine doktrinde kesin bir görüş yoktur. Bazı yazarlar bağlı hareketli suçun hareketin şekli bakımından yapılan ayırım başlığı altında incelerken seçimlik hareketli suçun hareketin sayısı bakımından suçlar başlığı altında incelemektedir²⁶⁰. Bazı yazarlar ise bağlı hareketli suçun hareketin önemine göre suçlar başlığı altında incelemektedir²⁶¹. Ancak genel olarak serbest hareketli suçlar ile bağlı hareketli suçların birbirine alternatif olarak görüldüğünü seçimlik hareketli suçların ise ayrı incelendiği söylenebilir²⁶². Ayrıca seçimlik hareketli suçların aynı zamanda bağlı hareketli suç olduğu ifade edilmektedir²⁶³.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun fiil unsuru fesat karıştırmaktır. Fesat karıştırmak, hile yapmak, karışıklık doğurucu davranışlarda bulunmak anlamına gelmektedir²⁶⁴. Suç, hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli ve hareketin önemi bakımından bağlı hareketlidir²⁶⁵. Suçun beş bent halinde belirtilen hareketler haricindeki fiillerle işlenmesi mümkün değildir. Yani sözleşmenin herhangi bir aşamasında sürecin olağan akışını etkileyerek amaca ulaşmayı engelleyen her davranış fesat karıştırma olarak değerlendirilebilecekken²⁶⁶, sadece seçimlik hareketler suç niteliği taşıyan fesat karıştırma olarak kabul edilebilecektir²⁶⁷. Yine kamu ihale mevzuatına aykırı her davranış suç niteliği taşımaz. Özellikle de kamu zararının meydana geldiği her halde suçun oluşmayacağına belirtilmesi gerekir. Bu gibi durumlarda cezai sorumluluk ile idari ve mali sorumluluğu

²⁵⁷ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (9), s. 257; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 117.

²⁵⁸ **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (19), s. 163; **ZAFER**, Genel Hükümler, (5), s. 190.

²⁵⁹ **AKBULUT**, Genel Hükümler, (3), s. 239; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 169.

²⁶⁰ **ÖZTÜRK/ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku, (16), s. 183.

²⁶¹ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 247.

²⁶² **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (9), s. 257; **DEMİRBAŞ**, Genel Hükümler, (11), s. 227; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, Genel Hükümler, (5), s. 236; **ÖZTÜRK/ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku, (16), s. 192.

²⁶³ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 117.

²⁶⁴ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi 20.03.2017)

²⁶⁵ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 843; **SOYASLAN/KEMER/GÜLSEVEN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 176.

²⁶⁶ **ARSLAN**, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, (3) s. 36.

²⁶⁷ **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 5. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 6822.

ayırarak gerekmektedir²⁶⁸. Suçun oluşması için seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi şarttır. Somut olayda seçimlik hareketlerden birden fazlası da gerçekleştirilse suçun konusunun nesnel olarak aynı olması şartıyla yine tek suç oluşacaktır. Seçimlik hareketlerin ortak noktası hileli şekilde icra edilmelerinin gerekliliğidir. Bu nedenle kanunda belirtilen fiillerin icrası tek başına yeterli olmayacaktır²⁶⁹. Her somut olayda ayrıca hilenin varlığının araştırılması gerekmektedir²⁷⁰.

Fesat karıştırma fiili teslim veya kabul etme suretiyle gerçekleştirilebilir. Teslim, sözleşme konusu malın zilyetliğinin sözleşmenin karşı tarafını oluşturan kuruma

²⁶⁸ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu kamu zararı başlıklı m. 71:

“(1) Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

(4) Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.”

Görüldüğü üzere failin cezai sorumluluğundan ayrı olarak neden olduğu kamu zararından sorumlu olacaktır. Kamu zararından sorumluluk için mutlaka kastın varlığı gerekli değildir. Buna ilişkin kararı Sayıştay verecektir.

“...İş başlamadan önce Ocak-Mart döneminde doğrudan temin yöntemi ile aynı Firmadan kiralanan yer için ... TL ödenirken, yapılan sözleşme sonrası ödenen miktarın ...TL olduğu görülmüştür...Dolayısıyla, İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması kriterine esas alındığında, daha önce ...TL'ye yaptırılan işin, ...TL'ye yaptırılmaya başlanması sebebiyle toplam ...TL tutarında kamu zararına yol açılmıştır. Sorumlular savunmalarında, her ne kadar, söz konusu İş ile ilgili olarak, ... mahallesinde ikamet eden vatandaşların Belediye Başkanlığına intikal eden yoğun talepleri doğrultusunda, mahalle sakinlerinin sayılarında artış olduğunun anlaşılması sebebiyle, spor aletlerinin sayılarının arttırıldığını ve bu durumun da yapılan hizmetin maliyetlerinin artmasına neden olduğunu, bu husus dikkate alındığında herhangi bir kamu zararının söz konusu olmadığını anlatacağını ileri sürmüş iseler de, bu iddialarını kanıtlayıcı belge göndermemeleri sebebiyle, yapılan savunmanın kabulü mümkün görülememektedir. Bu itibarla, söz konusu iş için rayiç bedelinden daha fazla ödeme yapılması sonucu neden oluşan ...TL tutarındaki kamu zararının Gerçekleştirme Görevlileri ... ve ... ile Harcama Yetkilisi ...'a müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereğince işleyecek faizleri ile birlikte ödettirilmesine...” (Sayıştay 5. Dairesi, 21.4.2016, KN.174)

Söz konusu kararda olduğu gibi TCK m. 236'da yer alan seçimlik hareketlerden biri gerçekleştirilmesinde bile kamu zararının meydana geldiği durumlarda kamu görevlilerinin mali sorumluluğu doğacaktır.

²⁶⁹ “...U. K. Köylere Hizmet Götürme Birliği tarafından okullara dağıtılmak üzere sanıkların ortağı olduğu şirketten doğrudan temin yöntemiyle fotokopi makineleri satın alındığı ve edimin ifası sırasında Yunus Emre İlköğretim Okuluna taahhüt edilenden farklı marka makine teslim etmek suretiyle atılı suçu işledikleri iddia ve kabul edilmiş ise de; piyasa araştırma tutanağı, teklif mektubu ve teklif açma tutanağında marka gösterilmeden alınan malın cinsi olarak sadece "dijital fotokopi makinesi 1650" ibaresine yer verildiği dikkate alınarak, ihale mevzuatı ve suça konu fotokopi makinelerinden anlayanlardan oluşturulacak bilirkişi heyetinden sanıkların hile kullanarak idareye sözleşmede evsafi belirtilen maldan başka malı teslim edip etmedikleri hususlarında açıklayıcı rapor alınmasından sonra hasıl olacak sonuca göre hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi yerine, eksik araştırmayla yazılı şekilde hükümler kurulması...” (Yargıtay 5. CD, 09.11.2015, E.2013/13347, K.2015/16028)

²⁷⁰ Bu gerekçeden dolayı edimin ifasına fesat karıştırma suçunun çok hareketli suç olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 795.

devredilmesidir. Kabul ise edimin ihale kararına ve/veya sözleşmeye uygun olduğuna dair yetkili kişilerce yapılan işlemlerin tamamıdır. Bu nedenle teslimi bir olgu, kabulü ise bir işlem olarak kabul etmek gerekmektedir²⁷¹. Özellikle teslimin ne anlama geldiği suçun ne zaman tamamlanıp ne zaman teşebbüs aşamasında kaldığının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Kanaatimizce teslimin kabul kararı ile gerçekleştiğinin kabulü yerinde olacaktır²⁷². Zaten söz konusu suçun zarar suçu olarak addedilmesi de teslim etme ifadesinden bu anlamın çıkarılması gerektiği sonucunu doğuracaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ihmali hareketlerle de işlenebileceği dile getirilmiştir²⁷³. Ancak suçun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği hususunda hile ile seçimlik hareketler noktasında bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Seçimlik hareketlerin ihmali hareketle işlenemeyeceği açıktır²⁷⁴. Çünkü seçimlik hareketlerde teslim etme ve kabul etme hareketleri aranmaktadır²⁷⁵. Ancak hilenin her zaman icrai hareketle gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Çok hareketli bir suç olarak kabul edilebilecek olan edimin ifasına fesat karıştırma suçunda bu şekilde bir ayrıma gidilmek suretiyle fiilin bir kısmının icrai bir kısmının ihmali hareketle gerçekleştirilebileceğini söylemek mümkündür.

Mevzubahis suç tipinin fiil unsurunun temelini oluşturan fesat karıştırma kavramı hileli hareketlerin yanında cebir ve tehdidi de kapsamaktadır²⁷⁶. Ancak seçimlik hareketler düzenlenirken sadece hileye yer verilmesi fesat karıştırma ifadesinin kapsamını sınırlamıştır. Sadece cebir veya tehdidin var olduğu hallerde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacak, TCK m. 106 ve 108'in değerlendirilmesi gerekecektir²⁷⁷. Bu nedenle tüm seçimlik hareketler bakımından ortak nokta olan hilenin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ancak hile kavramına geçmeden önce Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan yasak fiillerden bahsedilmesinde yarar vardır.

²⁷¹ **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 120.

²⁷² **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, s. 419.

²⁷³ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 55; **DEMİR**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 27.

²⁷⁴ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, s. 419.

²⁷⁵ Aksi yönde görüş için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 845.

²⁷⁶ **ERMAN/ÖZEK**, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 58; **EREM/TOROSLU**, Özel Hükümler, (8), s. 164.

²⁷⁷ **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 117.

2.4.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Yer Alan Yasak Fiil ve Davranışlar

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 25'te sözleşmenin uygulanması esnasında yasak olan fiil ve davranışlara yer verilmiştir. Buna göre:

“a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.” yasaktır. Görüldüğü üzere belirtilen davranışlardan bazıları edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluştururken bazıları da sair suçları oluşturmaktadır. Fesat karıştırma kavramının kapsamı burada daha geniş tutulmuştur. Sözleşmenin kanuna aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması gibi bazı hareketler ise suç niteliği taşımamaktadır. Bununla birlikte edimin ifasına fesat karıştırma suçunun olduğu her halde yasak davranışların da ihlal edildiği söylenebilir. Ayrıca söz konusu yasak hareketler edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından yorum aracı olarak kullanılabilir²⁷⁸.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan yasak hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde 26. madde gereği kişiler hakkında kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilecektir. Söz konusu yaptırım bir idari yaptırım niteliğinde olduğu için belirtilen fiillerin kabahat olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır²⁷⁹. Hileyle edimin ifasına fesat karıştırılması halinde hem suçun oluşması hem de kabahatin oluşması hali içtima kuralları dahilinde değerlendirilecektir.

²⁷⁸ ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 128.

²⁷⁹ İNAN, İhale Hukuku Ders Notları, (2), s. 281; SOYASLAN/KEMER/GÜLSEVEN, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 174.

2.4.3. Hile Kavramı

Hile, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketleri bakımından ortak noktadır. İkinci fıkrada yer alan seçimlik hareketlerin tek başına yerine getirilmesi suçun oluşması bakımından yeterli değildir. Ayrıca hilenin de mevcut olması gerekir²⁸⁰. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan dolandırıcılık başta olmak üzere çeşitli suç tiplerinde hileye yer verilmiştir. Ancak hileye ilişkin kanunda herhangi bir tanım yapılmamıştır. Yapılacak olan tanım sadece edimin ifasına fesat karıştırma için değil tüm suç tipleri bakımından geçerli bir tanım olmalıdır. Aksi durum kanun yapma tekniği bakımından sakıncalı olacaktır²⁸¹. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun doğası gereği hilenin kapsamında sınırlamalara gitmek gerekecektir.

Ne 765 sayılı TCK'da ne de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hilenin tanımı yapılmıştır. Ayrıca 765 sayılı TCK'da yer alan *desise* kavramına 5237 sayılı kanunda yer verilmemiştir. Hile kavramının kapsamına dahil edilmiştir. Hile, başkasının iradesi üzerinde etkili olan ve onu hataya düşürücü nitelikteki her türlü davranıştır²⁸². Hilede bir kişinin belli bir hususta tasarrufta bulunma özgürlüğüne doğrudan müdahale yoktur. Kişinin tasarrufunun dayanağını oluşturan vakıalar konusunda yanıtılması söz konusudur²⁸³. Bunun sonucunda da kişi, esasında istemeyeceği şekilde tasarrufta bulunmaktadır. Hilenin bir vakıa üzerinde gerçekleşmesi gerekir. Vakıayı ise insanın iç ve dış dünyasında, gerçekleşmiş veya gerçekleşebilecek somut durum veya olay olarak tanımlamak mümkündür²⁸⁴. Kural olarak geleceğe yönelik hususlar vakıa olarak kabul edilmese de gelecekte gerçekleşecek olaylara ilişkin sağlam dayanaklar oluşturulmuşsa vakıa söz konusu olacaktır²⁸⁵. Ayrıca hilenin

²⁸⁰ "...U.. K.. Köylere Hizmet Götürme Birliği tarafından okullara dağıtılmak üzere sanıkların ortağı olduğu şirketten doğrudan temin yöntemiyle fotokopi makineleri satın alındığı ve edimin ifası sırasında Yunus Emre İlköğretim Okuluna taahhüt edilenden farklı marka makine teslim etmek suretiyle atılı suçu işledikleri iddia ve kabul edilmiş ise de; piyasa araştırma tutanağı, teklif mektubu ve teklif açma tutanağında marka gösterilmeden alınan malın cinsi olarak sadece "dijital fotokopi makinesi 1650" ibaresine yer verildiği dikkate alınarak, ihale mevzuatı ve suça konu fotokopi makinelerinden anlayanlardan oluşturulacak bilirkişi heyetinden sanıkların hile kullanarak idareye sözleşmede evsafi belirtilen maldan başka malı teslim edip etmedikleri hususlarında açıklayıcı rapor alınmasından sonra hasil olacak sonuca göre hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi yerine, eksik araştırmayla yazılı şekilde hükümler kurulması..." Yargıtay da bu kararında seçimlik hareketlerin yerine getirilmesinin yeterli olmadığı ayrıca hilenin tespit edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. (Yargıtay 5. CD, 09.11.2015, E.2013/13347, K.2015/16028)

²⁸¹ **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 150.

²⁸² **TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 735.

²⁸³ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 18.

²⁸⁴ **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 227.

²⁸⁵ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 646.

oluşabilmesi için vakıaların tek başına değiştirilmesi yeterli olmamaktadır. Bunun bir açıklama veya açıklama anlamına gelecek başka şekilde ortaya konulması gerekmektedir²⁸⁶.

Hilenin gerçekte olmayan bir hususu olmuş gibi göstermek, gerçekleşmiş bir vakıanın biçimini değiştirmek veya gerçekleşmiş bir vakıayı gerçekleşmemiş gibi göstermek şeklinde üç görünüm biçimi vardır²⁸⁷. Hileyi bu üç görünüm biçimiyle özetlemek mümkün olmakla birlikte kimi durumlarda birden fazla görünüm biçiminin birlikte gerçekleşmesi de mümkündür²⁸⁸.

Yalanın ne şekilde hileyi oluşturabileceği tartışmalıdır. 765 sayılı TCK'nın aksine mevcut kanunda hilenin kandırabilecek nitelikte olması gerektiği belirtilmemiştir. Bir davranışın hile olarak kabul edilebilmesi için zaten aldatıcı nitelikte olması gerektiği ifade edilmektedir²⁸⁹. Bir başkasının sahip olduğu hukuki değeri ihlal etmeyen soyut yalanın hile niteliği taşımadığı belirtilmekle birlikte²⁹⁰ hilenin kapsamı hakkında farklı görüşler vardır. Bu noktadan hareketle hile bakımından özel hukuk hilesi-ceza hukuku hilesi ayırımına gidilmiştir. Özel hukukta irade sakatlığı hallerinden birisi olarak kabul edilen hilenin her durumda ceza hukukundaki hileyi de oluşturması halinin gereksiz ve sakıncalı bulunmasından dolayı söz konusu ayırım yapılmıştır²⁹¹. Fakat esas olarak aynı şeyi ifade eden ve kanunda tanımlanmamış bir kavramı bu şekilde ikiye ayırmak mümkün değildir. Bu nedenle ceza hukukunda hile-özel hukukta hile ayırımı doğru değildir²⁹². Herhangi bir davranışın hile olarak kabul edilebilmesi için aldatmaya elverişli olması gerekir²⁹³. Bu

²⁸⁶ **AKBULUT**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 56; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (13), s. 735.

²⁸⁷ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 19.

²⁸⁸ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 645.

²⁸⁹ **GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat**, "Dolandırıcılık Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.:14, 2008/1-2, s. 17.

²⁹⁰ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 25.

Kanun maddesinde hilenin kandırabilir nitelikte olmasının gerektiği belirtilmediği için soyut yalanın da hile kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 151.

²⁹¹ **EREM, Faruk**, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C.: II, 2. Baskı, Ankara 1965, s. 1121.

²⁹² **ARSLAN**, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, (3) s. 123; **EREM**, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C.: II, (2), s. 1122.

Aksi yönde görüş için bkz. **SOYASLAN/KEMER/GÜLSEVEN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 107.

²⁹³ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 26.

Toroslu'ya göre hileli davranışın kandırabilecek nitelikte olmasının aramadığı hallerde çok açık olan hilelerin de cezalandırılmasına neden olunacağı endişesine rağmen aksi yönde bir anlayış asıl koruma ihtiyacı olan, kandırılmaya açık kişilerin korunmadan yoksun bırakılmasına neden olacaktır. Bu nedenle hile davranış mağduru aldatılmışsa failin cezalandırılması gerekir. (**TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku

nedenle hilenin belli bir yoğunluğa ulaşması gerekmektedir²⁹⁴. Bu durumun her somut olayda ayrıca irdelenmesi gerekecektir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda hileyi nitelikli yalan olarak kabul etmiştir²⁹⁵. Ancak bu tanımlama hilenin özel hukuk hilesi-ceza hukuku hilesi olarak ikiye ayrıldığı anlamına gelmez. Hatayı doğuran her davranış hile olarak değerlendirilemez. Kişinin kendisine yöneltilen ifadeyi araştırma imkanı varken araştırmaksızın kolayca inanması halinde hile söz konusu değildir²⁹⁶.

Hilenin aldatmaya elverişli olması gerektiğinin kabulü halinde bazı özellik arz eden durumlar oluşmaktadır. Kişinin aldatmaya elverişli olmayan davranışlar sonucu aldanması halinde hile oluşmayacağından suç da oluşmayacaktır²⁹⁷. Aldatmaya elverişli davranışların gerçekleştirilmesine rağmen kişinin aldanmaması halinde ise suç teşebbüs aşamasında kalacaktır²⁹⁸. Bu nedenle hilenin ve suçun varlığı için kişinin aldatılmış olmasının zorunlu olmadığı sonucuna varılmaktadır²⁹⁹.

İhmali hareketlerle karşı tarafın hataya düşürülmesi veya mevcut bir hatadan yararlanılması durumunda hilenin oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmanın nedeni 5237 sayılı TCK'da Alman Ceza Kanunu'nun aksine ihmali hareketleri cezalandıran genel bir düzenleme olmamasıdır. Bu nedenle ihmali hareketlerle hilenin gerçekleştirilemeyeceği görüşü vardır³⁰⁰. Her ne kadar TCK'da ihmale ilişkin genel bir düzenleme olmasa da TCK

Özel Kısım, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 184.) Ancak kanaatimizce aldatmaya elverişliliğinin belirlenmesinde esas alınan kriterler herkes bakımından aynı olmayacaktır. Aldatılan kişinin içinde bulunduğu özel duruma göre ayrı bir objektif kriter belirlemek yerinde olacaktır.

²⁹⁴ Aldatma kabiliyeti olmayan davranışların varlığı halinde dolandırıcılık bakımından işlenemez suçun oluşacağı yönündeki görüş için bkz. **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:1, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 471.

²⁹⁵ "...Uygulamadaki yerleşmiş kabule göre hile; 'Hile nitelikli yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır... hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez' olarak tanımlanmaktadır... Bununla birlikte, hileli davranışlar kişinin ya da kişilerin öznel durumları itibarıyla değil, nesnel ölçütler esas alınmak suretiyle, her somut olayın özelliğine göre olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmalıdır..." (Yargıtay CGK, 27.09.2016, E.2016/789, K.2016/323)

²⁹⁶ **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 353.

²⁹⁷ Başvurulan hilenin karşı tarafı aldatması halinde elverişlilik de kendiliğinden oluşacağı yönündeki görüş için bkz. **EREM**, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C.: II, (2), s. 1125.

²⁹⁸ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C.:1, (3), s. 472.

²⁹⁹ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 26.

Hilenin varlığı için kişinin aldanmasının şart olduğu yönündeki görüş için bkz. **DEMİR**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 27.

³⁰⁰ **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 145.

m. 157'nin gerekçesinde yer alan açıklama³⁰¹ gereği hilenin ihmali hareketle de gerçekleştirilebileceğini kabul etmek gerekmektedir³⁰². Ancak ihmalin hile olarak kabul edilebilmesi için karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğünün olması gerekir³⁰³. Hemen belirtmek gerekir ki sözleşme ilişkisinin olduğu yerlerde aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır³⁰⁴.

Kişinin batıl inançlarının istismar edilmesi veya batıl inançları üzerinden hataya düşürülmesi durumunda da hileden söz edilebilecektir³⁰⁵. Ancak bu hususta hilenin aldatmaya elverişli olup olmadığına özellikle dikkat edilmelidir. Ticari hayatın özünde olan riskler ise hileyi oluşturmaz³⁰⁶. Ancak gerçekleşmesi imkansız vaatlerde bulunmak hile niteliği taşıyabilir.

Hilenin yer aldığı tüm suçlar bakımından çizilen genel çerçeveden sonra edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir unsuru olan hilenin bahsedilenler dışında özellik arz eden bazı durumları vardır. Özellikle dolandırıcılık suçundaki hileli davranışlarda ikili bir ilişki vardır ve taraflardan birisi diğerini aldatmaktadır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçundaki teslim edenin durumu bahsedilen durumdan farksızdır. Yüklenici hileli davranışlarını kabule yetkili kişilere yöneltmektedir. Ancak kabul edenin de fail olabilmesi için seçimlik hareketleri hileli hareketlerle yerine getirmesi gerekecektir. Kabul eden hileli hareketlerini sözleşmenin karşı tarafını oluşturan teslim edene yöneltmeyecektir. Kabul edenin hileli hareketleri suçtan zarar gören ilgili kurum ve kuruluşa yönelik olacaktır. Ayrıca kabul edenin hileli davranışlarının ne şekilde olabileceği de tartışma konusu olabilir. Ancak kabul edenin, edimi TCK m. 236/2'deki seçimlik hareketleri oluşturacak şekilde kasten kabul etmesi

³⁰¹ “...Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmalî davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir...”

³⁰² **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 647.

Aksi yönde görüş için bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (13), s. 736; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (9), s. 887.

³⁰³ **ARSLAN**, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, (3) s. 124; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C.:1, (3), s. 474; **EREM**, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C.: II, (2), s. 1119.

³⁰⁴ Sözleşme ilişkisinin olduğu yerde TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı gereği tarafların birbirini aydınlatma yükümlülüğü vardır. (**EREN**, Genel Hükümler, (16), s. 398.)

³⁰⁵ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 20; **EREM**, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C.: II, (2), s. 1125.

³⁰⁶ **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 22.

halinde hilenin de oluşacağını kabul etmek gerekir. Kabul eden burada en azından belge üzerinde fikri sahtecilik yapmaktadır. Hilenin varlığı için ayrıca kabul edenin ifa edilen edim üzerinde bazı değişiklikler yapması veya diğer kamu görevlileri ile anlaşarak sair aldatıcı hareketler gerçekleştirmesi aranmamalıdır. Teslim eden ve kabul edenin birlikte fail olabildiği “a” ve “b” bentleri bakımından ise teslim eden ve kabul edenin anlaşması başlı başına hileli davranış olarak kabul edilebilir. Kısaca teslim eden bakımından hilenin varlığı için aldatıcı nitelikte sair bir davranış aranırken kabul eden bakımından hilenin oluşabilmesi için tek başına kabul etmek yeterli olacaktır.

2.4.4. Seçimlik Hareketler

2.4.4.1. İhale Kararında veya Sözleşmede Evsafı Belirtilen Maldan Başka Bir Malın Teslim veya Kabul Edilmesi

Mal, Kamu İhale Kanunu m. 4’te “*Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar*” şeklinde tanımlanmaktadır. Gerçekleştirilen fiilin bu seçimlik hareketin kapsamına girebilmesi için öncelikle taahhüt edilen edimin belirtilen tanıma dahil olması gerekir. İhale öncesi hazırlanan ihale dokümanında alınacak malın teknik özelliklerine yer verilmek suretiyle teklifte bulunanların bu özellikleri dikkate almaları istenmektedir³⁰⁷. İhale süreci, ihalenin en avantajlı teklifi veren kişi üzerine bırakıldığına dair kararın verilmesiyle sona erecektir. Bu kararda nelerin yer alması gerektiği Kamu İhale Kanunu m. 40’da düzenlenmiştir. Buna göre ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat tek başına esas alınmayacaktır. Ayrıca işletme ve bakım maliyeti, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak en avantajlı teklif belirlenecektir. İhale komisyonu tarafından ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir ve ihale kararı alınır³⁰⁸. İhale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylanmasının ardından Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na göre sözleşme imzalanır³⁰⁹. Mal niteliğindeki

³⁰⁷ ÜNAL/EROL/EROL, İhale ve Sözleşme Yönetiminde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları, s. 151.

³⁰⁸ UZ, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005, s. 316.

³⁰⁹ Sözleşmede yer alması zorunlu hususlar KİSK m. 7’de işin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı, idarenin adı ve adresi, yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas 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 ne şekilde ödeneceği, ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı, vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği, montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar, kesin teminat miktarı ile kesin teminatın 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

edimin söz konusu ihale kararı ve sözleşmeye göre ifa edilmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki ihale kararı ve sözleşmenin birlikte mevcut olduğu bir kamu alımında esas olan doküman ihale şartnamesidir. Ancak kimi durumlarda kamu alımlarında şartname hazırlanmadan ihale yapılmaktadır. Bu gibi durumlarda da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşacağı belirtilmişti. Söz konusu halde edimin ifası bakımından ihale kararını esas almak gerekecektir³¹⁰. Yine örneğin Devlet İhale Kanunu m. 51’de belirtilen bazı hallerde ihale sonrası sözleşme imzalama zorunluluğu yoktur. Bu gibi hallerde de edimin ihale kararına göre ifa edilmesi gerekmektedir. Kısacası “a” bendinde düzenlenen seçimlik hareketin oluşabilmesi için bir kamu alımında ihale kararının ve sözleşmenin birlikte olması gerekmez.

Evsaf kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup nitelik, vasıf, sıfat anlamına gelmektedir³¹¹. Mal niteliğindeki edimde ne gibi niteliklerin arandığının şartnamede açıkça yer alması gerekir. Açıklayıcı nitelikte olmayan genel ifadelerle malın niteliklerinin tasnif edilmesi özellikle hilenin tespitinde sakıncalara yol açacaktır. Herhangi bir açıklama yapılmayan hususlarda ise özel hukuk sözleşmelerinden hareketle³¹² orta kalite malın teslim edilmesi gerektiği dikkate alınmalıdır. Başka bir malın teslim veya kabul edilmesi ifadesinden özel hukukta yer alan *aliud* ifadesinin anlaşılması gerekir³¹³. Bu noktada suçun iki farklı oluşum biçiminden söz edilebilir. Birincisi taahhüt edilen maldan tamamen farklı bir malın teslim edilmesi, ikincisi ise taahhüt edilen malın teslim edilmesine rağmen istenilen nitelikleri taşıyıp taşımadığıdır^{314,315}.

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 çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları, ihale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu, anlaşmazlıkların çözümü, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükler şeklinde ifade edilmiştir.

³¹⁰ ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 119.

³¹¹ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 58.

³¹² EREN, Genel Hükümler, (16), s. 916; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, (16), s. 587.

³¹³ *Aliud* borcun konusunu oluşturan şeyden tamamen farklı bir şeyin edim olarak ifa edilmesidir. Hem parça borçlarda hem de cins borçlarda söz konusu olabilir. *Aliud* hali ayıplı ifa olarak değil borcun hiç ifa edilmemesi olarak kabul edilmektedir. (EREN, Genel Hükümler, (16), s. 915)

Aliud haline özel hukukta bağlanan sonuç edimin hiç ifa edilmemesidir. Bu nedenle söz konusu durumu “c” bendi altında incelemek de mümkün olabilir. Ancak kanaatimizce *aliud* halinde de evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim edilmesi söz konusu olacaktır. Böylece hem teslim edenin hem de kabul edenin sorumluluğu mümkün olacaktır.

³¹⁴ EKER KAZANCI, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 229.

³¹⁵ “...Sanıklar ..., hakkında kurulan hükümlerin temyiz incelemesinde ise; İhale idari şartnamesinde dondurulmuş dana eti döner alımı ihalesi yapılmış olmasına rağmen daha düşük bedelli kanatlı eti içeren

İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan daha iyi veya kaliteli bir malın teslim edilmesi halinde, korunan hukuki değer bahsinde de belirtildiği üzere, suç oluşmayacaktır³¹⁶. Bu durumda hileli hareketten söz edilemez³¹⁷. Ancak bu durumun bir kuralmış gibi kabul edilmemesi gerekir. Bazı hallerde bizzat daha kaliteli bir malın verilmesinin kendisi hileli hareket niteliği taşıyabilir. Örneğin 25 koltuklu bir araç alım ihalesini kazanan firma fiyatı daha yüksek olan 30 koltuklu aracı idareye teslim etmesi halinde görünüş olarak belirtilen evsafı taşımayan bir malın teslimi vardır. Ancak 30 koltuklu araç daha üstün niteliklere sahip olduğu için bu durum hile olarak kabul edilemez ve edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz. Bununla birlikte yüklenici 30 koltuklu araçları daha özellikli olarak teslim etmesine rağmen esasında söz konusu araçlar fazla yakıt tükettikleri veya sık sık arızalandıkları gerekçesiyle piyasada tutulmayan bir araç ise bu teslim hileli hareketlerle yerine getirilmiş olacaktır ve sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim edildiği gerekçesiyle suç meydana gelecektir. Burada yüklenici kabule yetkili kişileri daha kaliteli veya özellikli bir mal verdiğinden bahisle kandırmıştır.

Suçun oluşabilmesi için tek başına ihale kararı veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim edilmesi yeterli değildir. Ayrıca her olayda hileli hareketlere de başvurulması gerekmektedir³¹⁸. Söz konusu seçimlik hareket hem teslim eden hem de

dana etini 13/01/2011 tarihinde ve piyasa değeri olmayan at eti içeren dana etini ise 03/03/2011 tarihinde yüklenici firmanın fiili ortağı sanık ... ile onun eylemine iştirak eden tedarikçi firma temsilcisi sanık ...'nın ... Üniversitesi Rektörlüğüne teslim ettiği...” (Yargıtay 5. CD, 17.11.2016, E.2014/2999, K.2016/9072)

“...Sanık C. A. 'ın Gümüşhane Devlet Hastanesinde başhekim, H. Ö., F. Ç., A. S., M. D. ve Ö. K. 'nin ise aynı kurumda muayene kabul komisyonu üyesi olarak görev yaptıkları, O. E. 'in da Gümüşhane Devlet Hastanesince 23/09/2008 tarihinde yapılan özel kalorifer yakıtı ihalesini alan yüklenici firma Bestaş Petrol yetkilisi olduğu, K. M. isimli kişinin ihbarı üzerine başlatılan soruşturma sırasında kolluk görevlilerince kurumun yakıt deposundan alınan numune üzerinde yapılan inceleme sonucu hazırlanan TÜBİTAK Marmara Araştırma Merkezinin 19/10/2009 tarihli raporuna göre standartlara uygun olmayan yakıtın teslim edildiğinin belirlendiği, hastane yetkililerince olayın ortaya çıkmasından sonra teknik şartnamenin 6. maddesinde düzenlenen en az iki adet numune alınarak bir tanesinin analize gönderilmesi bir tanesinin ihtilaf halinde kullanılması için kurumda muhafaza edilmesine ilişkin hüküm çerçevesinde Bestaş Petrol'e ait 34 TU... plakalı araçtan alınan numuneye ilişkin düzenlenen Karadeniz Teknik Üniversitesi Petrol Araştırma Laboratuvarınının 26/10/2009 tarihli raporunda da teslim edilen yakıtın Fuel-Oil No:4 standartlarına uygun olmadığı belirlenmesi ve numune alınmasına yönelik itirazlar da dikkate alınarak kurum tarafından yüklenici firmaya ait teslimatı yapan araçtan alınan ve ihtilaf halinde kullanılmak üzere bulundurulmuş başkaca numune olup olmadığı araştırıldıktan sonra dosyanın ODTÜ Petrol ve Doğalgaz Mühendisliği Fakültesine gönderilerek numune alınmasına ilişkin itirazları tartışarak değerlendiren ve temin edilmesi halinde kurumca alınan numunenin de analizinin yapılacağı yeni bir rapor alınmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararları verilmesi...”” (Yargıtay 5. CD, 18.12.2015, E.2013/14097, K.2015/17538)

³¹⁶ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 846; **ALTIPARMAK**, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 150.

³¹⁷ **GÖKCEN**, “Yeni Ceza Kanunu'nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 177.

³¹⁸ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7140.

kabul eden tarafından yerine getirilebilecektir. Muayene ve kabul işlemine ilişkin düzenleme Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11’de yer almaktadır. Ayrıntılı düzenlemelere ise Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik’te yer verilmiştir. Yönetmeliğe göre biri başkan, biri işin uzmanı olmak üzere en az üç veya daha fazla tek sayıda kişiden oluşan muayene ve kabul komisyonları kurulur. Komisyon, teslim edilen malın ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığını inceler³¹⁹. Muayenelerde öncelikle malın fiziksel nitelikleri kontrol edilir. Fiziksel muayenenin olumlu çıkması halinde laboratuvar muayenesine geçilir³²⁰. Yönetmelik m. 5/2’ye göre imalat veya üretim süreci gerektiren işlerde ara denetim de yapılabilmektedir. Ancak ara denetim nihai komisyonun yetki ve sorumluluğunu kaldırmaz.

Mal niteliğindeki edimlerin kabulü için ihale mevzuatında yer alan prosedürün ihlal edilmesi tek başına seçimlik hareketin hileli şekilde gerçekleştirildiği sonucunu doğurmaz. Bu noktada suçun varlığı için evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmiş olması gerekir. Örneğin laboratuvar muayenesi öngörülen mal için sadece fiziki muayeneye dayalı kabul işlemi yapmasına rağmen kabul edilen mal sözleşmede aranan niteliklere haiz ise suç oluşmayacaktır. Ancak kabul edilen malın aranan özellikleri taşımaması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun değerlendirilmesi gerekir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 8’de fiyat farkına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Fiyat farkı düzenlemesi yoluyla idare lehine sebepsiz zenginleşme ve yüklenicinin mağduriyetine yol açabilecek bir takım hak kayıplarının önüne geçilmek amaçlanmıştır³²¹. Teslim edilen malın istenilen nitelikte ve miktarda olması halinde tek başına fiyat farkı hesabında yapılan hileli hareketler edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmaz. Bu durumda zimmet ve dolandırıcılık suçlarının değerlendirilmesi gerekir. Yine sözleşme konusu malın şartnameye uygun olarak teslim edilmesine rağmen fiyatının farklı şekillerde arttırılarak idareden fazla ödeme tahsil edildiği durumlarda da seçimlik hareket

³¹⁹ Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik m. 7.

³²⁰ “...İzmir Büyükşehir Belediye İzsu Genel Müdürlüğünde çalışan ve 248 güvenlik görevlisinin 2009-2010 yıllarındaki yazlık giyim alımı işinde görevlendirilen sanıkların; alımı yapılan malzemelerin şartnameye uygunluğunun anlaşılması için laboratuvar muayenesi gerektiği halde salt fiziksel muayene ile yetinerek şartnamede belirtilen özellikte mal alınmamasına neden olduklarının iddia edilmesi karşısında, eylemlerin sübutu halinde TCK’nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabileceği ve bu suça bakma görevinin asliye ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeksizin, görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay 5. CD, 01.07.2014, E.2013/1803, K.2014/7251)

³²¹ **DOĞANYİĞİT**, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, (15), s. 1263.

oluşmayacağından edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilemez. Yine zimmet ve dolandırıcılık suçu değerlendirilmelidir³²².

2.4.4.2. İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Miktardan Eksik Malın Teslim veya Kabul Edilmesi

İhale kararı veya sözleşmede malın nitelikleriyle beraber miktarının da yer alması gerekir. Yüklenici ihale kararı veya sözleşmede belirtilen miktarda malı teslim edecektir. Ancak belirtilen miktarda malın teslim edilmemesine rağmen edimin kabul edilmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşur. Aynı “a” bendindeki seçimlik hareket gibi söz konusu seçimlik harekette de hem teslim etme hem de kabul etmeden bahsedilerek faillik sıfatını kabul edenin yanı sıra teslim edenin de taşıyabileceği belirtilmiştir³²³. Örneğin 100 ton kömür teslim etmesi gereken yüklenicinin 90 ton kömür teslim etmesine rağmen kantar fişinde değişiklik yapılarak 100 ton kömür teslim etmiş gibi gösterilmesi halinde bu suç oluşacaktır. Bununla birlikte yüklenicinin 90 ton kömür ile 10 ton taşı karıştırarak 100 ton kömür olduğundan bahisle idareye teslim etmesi de mümkündür. Kanaatimizce burada da belirtilen miktardan eksik malın teslim edilmesi söz konusudur. Taşın kömür diye teslim edilmesi de suçun oluşabilmesi için gerekli hile unsurunu oluşturacaktır. Taşın kömür olarak teslim edilmesi evsafi belirtilen maldan başka bir malın teslim edilmesi olarak değerlendirilemez. Yüklenicinin teslim ettiği malın hem istenilen nitelikleri taşıması hem de eksik olması halinde yüklenici, iki farklı seçimlik hareketi gerçekleştirmiş olmasına rağmen tek bir edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır. Ancak bu durum

³²² “Ancak; sanığın faksla gönderilen faturada suça konu malzemelerin 5 adet 3'lü paketten oluşan 15 adedinin fiyatının bildirildiğini savunması, dosyada mevcut her iki faturada malzemelerin sonuç tutarlarının aynı olması ve faturalardaki malzemelerin sayılarının açıkça belirtilmemesi karşısında asıl faturada 15 adet malzeme karşılığının 22.000 USD olarak, faksla gönderilen faturada ise 5 adet 3'lü pakette bulunan 15 adet malzeme fiyatının karşılığının 22.000 USD olarak yazılıp yazılmadığının dolayısıyla faturalardaki malzemelerin adet ve fiyat olarak aynı olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre faturalarda malzemelerin adet ve fiyat olarak aynı olduğu belirlenirse suçun oluşmayacağı ancak anılan malzemenin bir adedinin fiyatının yüksek gösterildiğinin belirlenmesi ve suça konu faturanın sanığın bilgisi dahilinde gönderildiğinin kabul edilmesi durumunda, sanığın katılan kuruma gönderdiği faturada malzeme fiyatını yüksek gösterme eyleminin kamu kurumunu dolandırma suçunu oluşturabileceği davaya bakma ve kanıtların takdirinin Ağır Ceza Mahkemesinin görevine gireceği gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması” Yargıtay 4. CD, 20.05.2008, 10471/9525). (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 5. Cilt, (2), s. 6846.)

Somut olayda edimin ihale dokümanına aykırı olup olmadığı değil, ihale dokümanına uygun edim için ödenmesi gereken miktardan fazla bedel ödenip ödenmediği tartışılmaktadır. Yargıtay, eğer fazla bedel ödenmişse dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul etmiştir. Belirtilen görüşe iştirak etmekteyiz.

³²³ DEMİR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 30.

TCK m. 61’de yer alan somut cezanın tespiti kapsamında değerlendirilmelidir³²⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki mal niteliğindeki edimler bakımından da diğer edim türlerinde olduğu gibi seçimlik hareketin tek bentte düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 11/3 ve Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik m. 5/3’e göre mal alımlarında kısmi kabul mümkündür. Kısmi kabul halinde de suçun oluşacağı ifade edilmişti. Ancak kısmi kabulün yapıldığı hallerde malın ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik teslim edildiğinden veya kabul edildiğinden bahisle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluştuğundan söz edilemez³²⁵. Ayrıca kısmi kabul halinde yüklenici bakımından tek bir edim söz konusu olduğu için farklı zamanlardaki teslimlere rağmen tek suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Kabul edenlerin de aynı kişiler olması şartıyla yine tek suç oluşacaktır.

Seçimlik hareket düzenlenirken malın eksik teslim veya kabul edilmesine yer verilmiştir. Bu durumda mal hiç teslim edilmemesine rağmen teslim edilmiş gibi kabul edilmesi halinde de suçun oluşup oluşmayacağı sorusu gündeme gelecektir. Her ne kadar edimin teslim edilmemesi halinde muayene ve kabul işlemi yapılmadan sadece sahte evrak düzenlenecek olsa da yorum yoluyla eksik teslimin cezalandırıldığı noktada hiç teslim edilmemesinin cezalandırılması gerektiği sonucuna varılacaktır. Bu nedenle malın hiç teslim edilmemesi halinde de edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır³²⁶. İhale kararı veya sözleşmede belirtilen miktardan fazla malın teslim edilmesi halinde ise suç oluşmayacaktır³²⁷. Ayrıca sözleşmede belirtilen miktardan fazla malın teslim edilmesine rağmen kabul komisyonu tarafından belirtilen miktarda malın teslim edildiğine dair kabul tutanağı düzenlenmesi hali de mümkündür. Bu durumda ise edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilemez. İlgili kurumun ihtiyacı doğrultusunda başlatılan ihale süreci sonucu kabul edilen edim ile olması gereken edim arasında bir uyumsuzluk yoktur. Bu durumda resmi belgede sahtecilik ve zimmet suçlarının değerlendirilmesi gerekir.

Fail başlığı altında da incelendiği üzere ancak yüklenici teslim eden olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabilecektir. Özellikle eksik teslim etme fiili bakımından yüklenicinin iradesi dışında yüklenici adına çalışan nakliye görevlisi tarafından

³²⁴ YERDELEN, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Ankara 2013, s. 175.

³²⁵ GÖKCEN, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 177.

³²⁶ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 58; ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 126; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7144.

³²⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7146.

taşıma esnasında edim konusu malın bir kısmının teslim edilmemek suretiyle eksik ifaya neden olunması mümkündür. Bu durumda nakliyeciyi edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından ancak şerik olabilir. Somut olayda failden söz edilemeyeceğine göre şeriklik de mümkün olmayacaktır. Bu nedenle edimin ifasına fesat karıştırmadan söz edilemez. Sonuç olarak nakliyecinin faili olduğu dolandırıcılık ve/veya güveni kötüye kullanma suçlarının değerlendirilmesi gerekir³²⁸.

Edimin konusunu oluşturan malın eksik teslim edilmesi bahsinde değinilmesi gereken son husus Taşınır Mal Yönetmeliği'nde düzenlenen taşınır kayıt yetkilileridir. Yönetmelik m. 6/4'e göre taşınır kayıt yetkilileri harcama birimince alınan taşınırlardan muayene ve kabulü yapılanları cins ve niteliklerine göre sayarak, tartarak, ölçerek teslim almakla görevlidir. Buna göre muayene ve kabul komisyonunda eksik olmasına rağmen tammiş gibi kabul edilen malın yine aynı şekilde olduğundan bahisle taşınır kayıt yetkililerince de teslim alınması durumu olasılık dahilindedir. Böyle bir durumda taşınır mal yetkilisi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olamaz³²⁹. Çünkü bu kişiler edimin kabulü safhasında görev almamaktadır. Kabulden sonraki bir aşama olan kabul edilen malın kaydını yapmaktadır. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı şerik olmaları mümkündür.

³²⁸ “... ..Komutanlığı'nın ton ısınma amaçlı kömür ihalesini kazanan şirketinin ortağı ve aynı zamanda yetkilisi olan sanıklardandeki şirketin işlerini yürütmesi nedeniyle kömürlerin teslimatını para karşılığında yapması amacıyla 'a noterden yetki verdiği, bunun üzerine 03.08.2010 günü sevkiyat işlemlerinin başladığı, bu kapsamda 26.08.2010 tarihindeki sevkiyatta, kömür yüklü araçların boş ve dolu tartımının yapılmasından sonra en öndeki ile en arkadaki araçlarda görevli asker olacak şekilde jet üssüne hareket ettikleri, 3. ile 4. sırada giden ve şoförleri olan araçların, ... 'ın talimatıyla sapağının devamında bulunan çevreyolu alt geçidinin yan yoluna girdikleri, 'ın temin ettiği işçiler tarafından bir miktar kömürün boşaltılmasından sonra bu iki kamyonun.... üssüne doğru hareket ettikleri, indirilen kömür torbalarını almaya giden 'ın ise, kömür torbalarını plakalı Kia marka kamyonete yükleyip götürdüğü sırada yakalandığı, tanık 'nın beyanlarından, 'un önceki teslimatlarda da araçlarını durdurarak ile birlikte kömürleri eksik teslim ettikleri ... komutanlığınca yaptırılan idari tahkikatta da belirlendiği üzere, teslimatın tamamının bitmemiş olması sebebiyle muayene kabul tutanaklarının düzenlenmemiş olduğu, yaptırılan bilirkişi incelemesine göre, teslimat süresince toplam da 61.960 kg kömürün eksik teslim edildiğinin iddia edildiği olayda;... muayene ve kabul komisyonu tarafından yapılan inceleme sonucunda, eksikliği tespit edilen kömürü tamamlamak zorunda kalacak olan Volkar şirketi yetkilisi sanık 'ın malzemenin yolda indirilmesinden dolayı bir menfaatinin bulunmadığı, aksine şirket zararının oluştuğu da dikkate alındığında, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlediğine dair, cezalandırılmasına yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı anlaşılmakla; sanıklar hakkında verilen beraat hükümlerinde bir isabetsizlik görülmemiştir...” (Yargıtay 5. CD, E.2013/30513, K.2016/2209)

³²⁹ Aksi yönde görüş için bkz. **ÜNAL/EROL/EROL**, İhale ve Sözleşme Yönetiminde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları, s. 152.

2.4.4.3. Edimin İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Sürede İfa Edilmemesine Rağmen, Süresinde İfa Edilmiş Gibi Kabul Edilmesi

İhale veya sözleşme konusu edimin ne zaman ifa edilmesi gerektiği ihale kararı veya sözleşmede yer alır. Yüklenicinin de edimi belirtilen sürede ifa etmesi zorunludur. Edimin ihale kararı veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen ifa edilmiş gibi kabul edilmesi halinde bu suç oluşacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki bu noktada edimin süresi içinde ifa edilmemesi değil, süresi içinde ifa edilmeyen edimin zamanında ifa edilmiş gibi kabul edilmesi cezalandırılmaktadır³³⁰. Tek başına edimin zamanında ifa edilmemesi idari ve hukuki sorumluluk doğurur. Bir önceki seçimlik harekette bahsedilen duruma benzer olarak söz konusu seçimlik harekette de edim, ifa zamanından sonra teslim edilmiş olabileceği gibi hiçbir zaman ifa edilmemiş de olabilir. Bu durumda da suç oluşacaktır³³¹. İfa zamanına ilişkin bu seçimlik hareket bakımından ani, sürekli ve dönemsel edim ayrımı önem arz etmektedir. Özellikle dönemsel edimlerde her döneme ilişkin edimin zamanında ifa edilmesi gerekir. Herhangi bir döneme ilişkin edimin öngörülen sürede ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi suçun oluşması için yeterli olacaktır³³².

“c” bendinde yer alan seçimlik harekette edimin türüne ilişkin bir sınırlama yapılmamıştır. Bu nedenle süresinde ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilen edimin mal, hizmet veya yapım işlerine ilişkin olabileceği gibi kira, trampa, satışa ilişkin bir edim de olması mümkündür³³³. Söz konusu hareket geçmişe yönelik sahte evrak düzenlemek şeklinde ya da ifa zamanında ifa gerçekleşmişçesine evrak düzenlemek şeklinde gerçekleştirilebilir³³⁴.

Her ne kadar ihale dokümanında belirtilen ifa zamanında edimin ifasının gerçekleşmesi gerekse de ihale mevzuatında ifa zamanının öne alınması ve ertelenmesine

³³⁰ KOCA, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 283.

³³¹ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 62.

³³² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7148.

³³³ İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK m. 235’te “mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine” ifadesine yer verilmek suretiyle suçun konusu bakımından genel bir sınırlamaya gidilmiştir. Aynı durum edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından söylenemez.

³³⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7148.

ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir³³⁵. Bu nedenle ifa zamanı tamamen değiştirilemez nitelikte değildir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 15'te sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılabilecek değişiklikler düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme bedelinin aşılması ve tarafların 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 şartlarında değişiklik yapılabilir. Görüldüğü üzere sözleşmede değişiklik yapılmasını içeren 15. maddeye göre sadece ifa zamanı öne alınabilecektir ve bu durumda suç oluşmayacaktır. Bu maddeye dayalı olarak ifa zamanı ertelenemez. Ayrıca yapılma veya teslim yerinin değiştirilmesi halinde de ek süre verilebileceği, bu durumun söz konusu suçu oluşturmayacağı ifade edilmiştir³³⁶. Kanaatimizce bu veya buna benzer bir durumda ifa için ek süre verilip verilemeyeceği edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından önem arz etmez. Önemli olan sürenin verilip verilmediğidir. Eğer süre verilmişse sürenin ihale mevzuatına uygun veya aykırı olması önem arz etmez. Bu durumda fesat karıştırma suçu oluşmaz. Mevzuata aykırı ek süre verilmesini görevi kötüye kullanma ve sair suçlar bakımından değerlendirmek gerekmektedir. Ayrıca sürenin mevzuata aykırı verilmesi halinde ilgili kanunda yer alan idari ve hukuki sorumluluk doğacaktır. Ancak süre verilmemesine ve zamanında ifanın gerçekleşmemesine rağmen zamanında ifa gerçekleşmiş gibi kabul işlemi yapılırsa edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Bu açıklamalardan sonra söylemek gerekir ki belirtilen durum süre verme işleminin tamamen keyfi kullanıldığı haller bakımından geçerli değildir.

Edimin ifa zamanından önce teslim edilmesi ve buna binaen kabul işleminin yapılması mümkündür. Bu gibi bir durumda sırf edimin zamanında yapılmadığı gerekçesiyle bu suçun oluştuğu söylenemez³³⁷. Hatta Devlet İhale Kanunu m. 88'de yapım işlerinin erken ifası halinde müteahhitlere erken bitirme primi verilmesi öngörülmüştür. Ancak erken ifa kimi hallerde sözleşmeye taraf olan idare bakımından fazladan masrafa yol açabilir. Bu durum özellikle mal niteliğindeki edimlerde mümkündür. Örneğin muhafazasının önemli ve masraflı olduğu, çabuk bozulabilecek nitelikte tüketim mallarının erken ifasına rağmen

³³⁵ İhale mevzuatına tabi olmamakla birlikte söz konusu suçun konusu oluşturabilecek nitelikteki özel hukuk sözleşmeleri bakımından ise sözleşmenin imzalanmasından sonra da tarafların anlaşması şartıyla ifa zamanının istenildiği gibi değiştirilme mümkündür.

³³⁶ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 848.

³³⁷ **AKBULUT**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 62.

ifanın sözleşmede belirtilen sürede gerçekleşmiş gibi kabul işleminin yapılması suçun oluşmasına neden olabilir. Seçimlik harekette ifanın sözleşmede belirtilen süreden sonra gerçekleşmesi değil sözleşmede belirtilen sürede gerçekleşmemesi aranmıştır. Ayrıca yüklenicinin erken ifasına rağmen zamanında teslim edilmiş gibi kabul tutanağı düzenlenmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırmanın yanı sıra resmi belgede sahtecilik suçunun da değerlendirilmesi gerekecektir³³⁸. Ancak edimin erken ifasına dayalı olarak gerçeğe uygun resmi belge düzenlemesi durumunda bir zarar meydana gelmiş olsa bile edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacağı kanaatindeyiz. Zira bu durumda seçimlik hareket için gerekli olan edimin süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi fiili oluşmamıştır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 10'da ifa için süre uzatımı yapılabilecek mücbir sebeplere yer verilmiştir. Buna göre doğal afet, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ile Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri haller mücbir sebep olarak sayılmıştır. Ancak bu hallerin gerçekleşmesi tek başına mücbir sebep olarak kabul anlamına gelmez. Mücbir sebep kabul edilme şartları kanunda şu şekilde sayılmıştır: Bu hallerin yükleniciden kaynaklanmaması, bu hallerin yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesine engel teşkil etmesi, yüklenicinin bu engeli kaldırmaya gücünün yetmemesi, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve bu durumun yetkili merciler tarafından belgelenmesi gerekir. Mücbir sebepler kanunda tahdidi olarak sayılmamıştır³³⁹. Kanunda sayılanlara ilave olarak Kamu İhale Kurumu'na takdir yetkisi verilmiştir. Söz konusu durumlarda süre uzatımı verilebileceği gibi sözleşmenin feshi yoluna da gidilebilir. Süre uzatımı verildiği hallerde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz.

Bazı hallerde yüklenici tarafından ifanın zamanında gerçekleşmesine rağmen kabul komisyonu tarafından kabul işleminin yapılmasında gecikme olabilir. Hizmet İşler Genel Şartnamesi m. 44'te belirtildiği üzere kabul tarihi olarak esas alınacak tarih işin kabule elverişli olarak tamamlandığı ve teslim edildiği tarih olacaktır³⁴⁰.

³³⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7148.

³³⁹ DOĞANYİĞİT, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, (15), s. 1299.

³⁴⁰ AKBULUT, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 62.

2.4.4.4. Yapım İhalelerinde Eserin veya Kullanılan Malzemenin Şartname veya Sözleşmesinde Belirlenen Şartlara, Miktar veya Niteliklere Uygun Olmamasına Rağmen Kabul Edilmesi

Edim konusu eserin yapım ihalesinde ve sonrasında imzalanan sözleşmede belirtilen şartlara, niteliklere ve niceliklere uygun olmamasına rağmen uygunmuş gibi kabul edilmesi halinde suç oluşacaktır. Bu seçimlik hareketin diğer seçimlik hareketlerden farkı mutlaka bir yapım ihalenin olması gerektiğidir. Seçimlik harekette açıkça yapım ihalesi ifadesine yer verilmek suretiyle bu durum sağlanmıştır. Yapım işleri Kamu İhale Kanunu m. 4'te "*Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, altyapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri*" şeklinde tanımlanmıştır. İhale şartnamesine veya sözleşmesine aykırılık sadece nitelik ve nicelik yönünden değil her türlü şartın sağlanması bakımından dikkate alınacaktır. Bu nedenle şartnameye veya sözleşmeye aykırılık bakımından bir sınırlamaya gidilmediği görülmektedir³⁴¹.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere yapım ihaleleri en karmaşık ve maliyetli ihalelerin başında gelmektedir. Bu nedenle ihale şartnamesinde yapılacak eserin en ince ayrıntısına kadar somut bir şekilde açıklanması gerekir. Örneğin kullanılacak malzemenin mahiyeti, kalite seviyesi, ne kadar malzeme kullanılacağı, eserin tahmin edilen ömrü boyunca sorunsuzca kullanılabilmesi için gerekli olan diğer unsurlar vb. Ancak bu durumda ihalenin rekabet kurallarına uygun bir şekilde yerine getirildiğinden söz edilebilir³⁴². Sadece böyle bir durumda edim konusu eserin en doğru şekilde denetlenmesi mümkün olacaktır. İhale sonucu imzalanacak sözleşmede de ihale şartnamesine uygun olarak eserde olması istenilen tüm özellikler ayrıntılı şekilde yer alacak ve yüklenicinin edimini buna göre yerine getirmesi istenecektir.

İhale mevzuatında yer alan yapım işlerine ilişkin düzenlemelere bakıldığında yapım işlerinin maliyetli ve kendine özgü karmaşık yapısından kaynaklı bazı farklı düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 30'da "*Yapım işlerinde*

³⁴¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7150.

³⁴² KOCA, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 285.

yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir.” hükmüne yer verilerek yüklenici ve alt yüklenicinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere söz konusu hükümde de sadece malzemenin niteliğinden değil genel olarak yapının fen ve sanat kurallarına uygun olması gerektiği belirtilerek denetim kriterleri geniş tutulmuştur. Ancak kusurlu ifa halinde yüklenicinin cezai sorumluluğu bu hükümle sınırlı değildir. TCK'daki sair maddelerden dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Muayene ve kabul işlemine ilişkin ayrıntılı düzenleme ise Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Yönetmelik'te geçici ve kesin kabul olmak üzere iki farklı komisyon yer almaktadır. Yönetmelik m. 3/2'ye göre bu komisyonlarda yer alan kişilerin tamamının teknik eleman olması gerekir. Kabul işlemleri için öncelikle yüklenicinin eseri tamamlamasından sonra idareye yazılı olarak başvurması gerekmektedir. Başvurudan sonra eser, yapı denetim görevlisi tarafından ön incelemeye tabi tutulacaktır. Ön inceleme sonrasında geçici kabul komisyonu kurulacak ve bu komisyon Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne göre eseri inceleyecektir. Uygun bulması halinde geçici kabulü yapacaktır. Daha sonra kurulan kesin kabul komisyonu da yine Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne göre inceleme yapacak ve kesin kabule engel bir hususa rastlamazsa eserin kesin kabulünü yapacaktır. Ancak hem geçici kabul hem de kesin kabulde kabule engel bir kusurun tespiti halinde yükleniciye süre verilecektir. Kusurun kabule engel olmaması halinde kabul işlemi yapılmakla birlikte tespit edilen kusur tutanağa bağlanacaktır. Sonrasında yükleniciden kusuru gidermesi istenecektir. Gidermemesi halinde ise idare yüklenici nam ve hesabına kusuru giderecektir. Bu gibi durumlarda yükleniciden alınan teminat önem arz etmektedir. İdare maliyetleri teminattan sağlayacaktır³⁴³.

³⁴³ “... İl Özel İdaresi ile yüklenici firma arasında imzalanan sözleşme ile okul inşaatı yapım işinde, söz konusu inşaatla ilgili projenin inceleme ve onay aşamasında ... Müdürlüğü müdür yardımcısı sanık ..., proje şube müdürü sanık ... ve inşaat mühendisi sanık ... ile projenin inşaat sahasına uygulanması hususunda görev alan kontrol şefi sanık ..., kontrol amiri sanık ... ve kontrol mühendisi sanık ...'nin sözleşmeye aykırı olarak istinat duvarı yükseklik standartlarının üstünde yapılan duvar ile üzerine inşa edilen bahçe duvarını ve korkuluğun proje onayını yaptıkları, fen ve sanat kurallarına uyulmayan ve biriken suların drenajına uygun vasıfta dolgu malzemesi kullanılmayan istinat duvarının yağmur sularına dayanamayıp yıkılması sebebiyle sanıklar hakkında projeyi onayladıkları, hatalı projeyi sahaya uyguladıkları, geçici ve kesin kabul işlemlerinde hatalı davrandıkları gerekçesiyle ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri

Kabul etme fiili, kabule engel bir noksanlığın fark edilmesine rağmen hileli hareketlerle eserin kabul edilmesi veya kabule engel noksanlıktan dolayı yükleniciye süre verilmekle birlikte yüklenici tarafından kusurun giderilmemesine rağmen giderilmiş gibi kabul edilmesi şeklinde olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleştirilebilir. Yapılan açıklamalar ışığında edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından kabul etme fiilini gerçekleştirebilecek kişileri ise yapı denetim görevlisi, geçici kabul komisyonu ve kesin kabul komisyonu olarak saymak mümkündür³⁴⁴. Ancak yapı denetim görevlisi ve geçici kabul komisyonunun fiili kesin kabulün yapılması ile tamamlanacaktır. Söz konusu kişilerin hileli hareketlerine rağmen kesin kabul yapılmazsa teşebbüs gündeme gelecektir.

Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nde iki farklı kusurdan söz edilmektedir. Bu ayırım kusurun yoğunluğuna göre yapılmıştır. Kusur, kabule engel kusur ve kabule engel olmayan kusur şeklinde ikiye ayrılır. Somut olayda kabule engel nitelikte bir kusur olmasına rağmen bu kusurun kabule engel nitelikte olmadığından bahisle kesin kabulün yapılması ve yükleniciye kusurun giderilmesi için süre verilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilemez. Hatta böyle bir durumda kabulü gerçekleştiren kişilerin kusurun önemli olduğunu bilmesi durumunda hile unsuru da oluşmaktadır. Bu noktada söz konusu suçun oluşmama sebebi bir zararın meydana gelmemesidir. Böyle bir işlem sonucunda yüklenici hukuka aykırı bir şekilde korunmaktadır. Ancak kusurların tutanağa geçirilmek suretiyle yüklenici tarafından giderilmesi istenmektedir. Gidermemesi halinde yüklenici nam ve hesabına giderilmektedir. Bu nedenle idarenin uğradığı bir zarardan söz edilmez. Ancak böyle bir durumda görevi kötüye kullanma suçu değerlendirilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki yapım işlerine ilişkin olan bir seçimlik harekette esas hileli hareketin teslim eden tarafından yapılmasına rağmen sadece kabul edenin cezalandırılması yanlıştır³⁴⁵. Çoğu olayda esere ilişkin hileli hareketler teslim eden tarafından yapılmaktadır. Ancak kabul edenin bu davranışlara iştirak etmemesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmamaktadır. Haksızlık içeriği bakımından teslim eden ile kabul edenin fiilinin eşit olmasına rağmen sadece birinin cezalandırılması kanun

iddiasıyla kamu davası açılmış ise de, sanıkların üzerlerine atılı eylemlerinin sübutu halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği..." (Yargıtay 5. CD, 01.12.2016, E.2014/7247, K.2016/9302)

³⁴⁴ Geçici ve kesin kabulle söz konusu fiilin gerçekleşeceği yönündeki görüş için bkz. **AKBULUT**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 64; **DEMİR**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 31.

³⁴⁵ **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 232.

yapma tekniği bakımından yanlış olmuştur. Mevcut durumda ise teslim eden ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaktır³⁴⁶. Ayrıca farklı bir görüş olarak edimini kusurlu şekilde ifa eden yüklenicinin diğer şartların da oluşması halinde TCK m. 238’de yer alan kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçundan sorumlu olacağı ifade edilmiştir³⁴⁷.

2.4.4.5. Hizmet Niteliğindeki Edimin, İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Şartlara Göre Verilmemesine veya Eksik Verilmesine Rağmen Verilmiş Gibi Kabul Edilmesi

Bu bentte hizmet niteliğindeki edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine rağmen şartlar sağlanmış gibi kabul edilmesi ya da eksik verilmesine rağmen tam verilmiş gibi kabul edilmesi hali suç olarak düzenlenmiştir. Mal niteliğindeki edimin ifasını düzenleyen “a” ve “b” bentlerinin aksine hizmet niteliğindeki edime ilişkin olarak kusurlu ifa ve eksik ifa tek bentte düzenlenmiştir. Yine hizmet niteliğindeki edimin hiç teslim edilmemesi halinin de söz konusu bent kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Hizmet kavramı Kamu İhale Kanunu m. 4’te “*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel*

³⁴⁶ “... ..ilçesi ... - köyleri arasında bulunan ormanlık alanda sanat eseri yapımı ihalesini alan Ltd. Şti. isimli firmanın sahibi olan sanığın teslimden itibaren 95 iş günü içinde 28/11/2005 tarihinde bitirip geçici kabulü yapması gerekirken herhangi bir mazeret beyan etmeden işin bitim tarihi olan 28/11/2005 tarihine kadar işin sadece % 40’lık kısmını yapması, ayrıca şartnameye göre yapının duvarlarına ... taşocağından alınan taşları kullanması gerekirken inşaat yakınından temin edilen taşları kullanması, kullanılan taşların ebatlarının ve büzlerin şartnameye uygun olmaması, kullanılan harçta yeterli çimento kullanılmaması ve bir kısım menfez duvarının hiç yapılmaması suretiyle şartnamenin 52, 53, 175, 176. maddelerine aykırı davranarak edimin ifasına fesat karıştırdığı iddiasıyla açılan kamu davasında, ihale konusu “edimin yapım işlerine ilişkin olması” nedeniyle sanığın eylemlerinin TCK’nın 236/2-d maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak; 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından ... dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 236/2-d maddesi uyarınca edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlileri hakkında açılmış bir dava bulunmadığı, 26/12/2005 tarihinde ön inceleme yapan yapı denetim görevlilerince tespit edilen bir kısım eksikliklere bağlı olarak 29/12/2005 tarihinde sözleşmenin feshine karar verilmesi nedeniyle kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin de tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı nazara alınarak sanığın beraati yerine, yanlışlı değerlendirmeyle yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 21.03.2016, E.2014/297, K.2016/2915)

³⁴⁷ **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 233.

sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetler” şeklinde tanımlanmıştır. İhale mevzuatında özellik arz ettiğinden dolayı danışmanlık hizmetine ilişkin ayrı düzenlemeler olmakla birlikte bu suç bakımından hizmet kavramı kapsamından değerlendirilecektir.

Yapım işlerinde olduğu gibi hizmet niteliğindeki edimlerde de sadece kabul edenin fail olarak cezalandırılması yoluna gidilmiştir³⁴⁸. Hizmet sunucularının sorumluluğuna ilişkin ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 34’te “*Hizmet sunucuları taahhütleri çerçevesinde kusurlu veya standartlara uygun olmayan malzeme seçilmesi, verilmesi veya kullanılması, tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan doğrudan sorumludur. Bu zarar ve zıyan genel hükümlere göre hizmet sunucusuna ikmal ve tazmin ettirilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Ancak hizmet sunucusunun TCK’daki sair maddelerden dolayı sorumluluğu da devam edecektir.

Hizmet niteliğindeki edimlerin muayene ve kabul işlemlerine ilişkin ayrıntılı düzenleme Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği’nde yer almaktadır. Ayrıca buna ek olarak danışmanlık hizmetlerine mahsus Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği mevcuttur. Sözleşme konusu iş tamamlandığında yüklenici kabulün yapılması için idareye yazılı olarak başvuruda bulunur. Başvurudan sonra ilk olarak kontrol teşkilatınca ön inceleme yapılır. Kabule engel bir kusurun tespit edilmemesi halinde tamamı için uzmanlarından oluşan muayene ve kabul komisyonu tarafından kabul işlemi Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’ne göre yapılacaktır. Hizmet niteliğindeki edimlerde de yapım işlerinde olduğu gibi kabule engel teşkil etmeyen ve kabule engel teşkil eden kusur olmak

³⁴⁸ “...02/06/2006 tarihinde yapılan Şanlıurfa ili Merkez ilçe 2005-2006 eğitim öğretim yılının 2. dönem öğle yemeği hizmet alımına ilişkin ihalenin sanıklardan M. Ö.’in yetkilisi olduğu A. Pizza Yemek Ltd Şirketi ile sanık Hidayet I’ın yetkilisi olduğu Öz. Hazır Yemek İnşaat A.Ş. ortak girişimi lehine sonuçlanması sonrasında, sanıkların 06/02/2006 tarihinde imzalanan sözleşme kapsamında edimin yerine getirilmesi sırasında teknik şartnamede belirtilen gramajdan eksik, bozuk ve standart dışı gıda vermek suretiyle edimin ifasına fesat karıştırdıkları iddiasıyla cezalandırılmaları talebiyle açılan kamu davasında; davaya konu edimin hizmet niteliğine ilişkin olması nedeniyle sanıkların eylemlerinin TCK’nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ... somut olayda ise kamu görevlileri hakkında açılmış bir dava bulunmadığı, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı mahkemenin kabul ve gerekçesinde sonucu itibarıyla bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmalı tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir...” (Yargıtay 5. CD, 02.07.2015, E.2013/10045, K.2015/13371)

Somut olayda tipik bir hizmet niteliğinde edim vardır. Yargıtay tarafından da söz konusu fiilin ancak kabul eden tarafından gerçekleştirilebileceği, yüklenicinin ancak şerik olabileceği, faillğin tespit edilmediği bir fiilde şerikliğin cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir.

üzere iki farklı kusur vardır. Yapım işlerine ilişkin olarak “d” bendinde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Hizmet niteliğindeki edimler bakımından farklılık arz eden bir durum da sürekli nitelikteki edimlerin kabulüdür. Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği m. 9/2’ye göre temizlik, yemek, taşıma gibi aynı hizmetin belli periyotlarla tekrarlanması suretiyle ifa edilen sürekli nitelikli işlerde kontrol teşkilatının, işin yürütülmesi sırasında tuttuğu kayıtlar esas alınarak kabul işlemi yapılacaktır. Görüldüğü üzere sürekli nitelikteki hizmetlerde her ne kadar kabul işlemi kabul komisyonu yapıyor olsa da kontrol teşkilatı kritik bir öneme sahiptir. Bu nedenle kabul eden olarak sorumlu olabilecekler arasında muayene ve kabul komisyonuyla birlikte kontrol teşkilatı da yer almaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun söz konusu seçimlik hareketle işlenmesi bakımından değerlendirilecek diğer bir husus fazla hakediş ödenmesi halidir. Hemen belirtmek gerekir ki hakedişe ilişkin açıklamalar hizmet niteliğindeki edimlere münhasır değildir. Sözleşme bedelinin bir defada ödeneceği hallerde özellik arz eden bir durum yoktur. Ancak sözleşme bedelinin iş süresi boyunca dönemler itibarıyla ödenmesi halinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Hizmet İşleri Genel Şartnamesi m. 42’de bu duruma ilişkin hakediş raporunun nasıl düzenleneceği belirtilmiştir. Rapor, esas olarak yüklenici tarafından oluşturulmaktadır. Şartnamede belirtilen durumlarda yükleniciye dönem dönem geçici hakediş ödenmesi mümkündür. Ancak bu hakedişler kesin ödeme mahiyetinde değildir ve kazanılmış hak sayılmazlar³⁴⁹. Bu nedenle herhangi bir geçici hakediş ile yapılan hileli ödeme, edimin kabul edildiği anlamına gelmediği için tamamlanmış edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmaz³⁵⁰. Suç, kabul işleminin gerçekleşmesi ile tamamlanacaktır. Ancak geçici hakediş ödenmesi halinde suçun icrasına başlanmış olmaktadır. Bu nedenle teşebbüs hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Geçici hakedişte yapılan fazla ödemenin sonradan düzeltilmesi hali ise görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca bu açıklamalar kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen fiiller içindir. Yüklenici firmanın fazla hakediş almak amacıyla yaptığı fiillere kamu görevlilerinin iştirak etmemesi durumunda ne edimin ifasına fesat karıştırma suçu ne de görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bu durumda yüklenici firma adına hareket eden kişilerin faili olduğu dolandırıcılık suçunun değerlendirilmesi gerekir. Bu farklılığın sebebi “d” bendi

³⁴⁹ Hizmet İşleri Genel Şartnamesi m. 42.

³⁵⁰ Farklı yönde görüş için bkz. ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 122.

bakımından da belirtildiği üzere, seçimlik harekette sadece kabul edenin sorumlu olacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmesidir.

Son olarak değinilmesi gereken nokta, somut olaydaki edimin türünün doğru şekilde tespit edilmesinin oldukça önemli olduğudur. Yargı kararlarına bakıldığında özellikle mal niteliğindeki edimler ile hizmet niteliğindeki edimlerin birbirleri ile karıştırıldığı görülmektedir. İki bent arasındaki en temel fark hizmet niteliğindeki edimlerde teslim edenin fail olamamasına rağmen mal niteliğindeki edimlerde teslim eden faillik sıfatı taşıyabilmektedir. Edim türünün tespitine ilişkin ihale mevzuatında ayrıntılı tanımlar yapılmıştır. Bu nedenle ayırımın yapılmasında herhangi bir farklı görüş bulunmamaktadır³⁵¹.

2.5. Netice

Netice, suçun kanuni tanımında yer alan, hukuki değere sahip, dış dünyada meydana gelen değişikliktir³⁵². Kanuni tanımında yer almayan, dış dünyada meydana gelen değişiklikler ceza hukuku bakımından önem arz etmez. Her suçta bir netice bulunmaz³⁵³. Neticenin

³⁵¹ “...Kara Kuvvetleri Komutanlığının ihtiyacı için M.S.B. ...Tedarik Bölge Başkanlığınca 70 adet bulaşık yıkama makinası alımı ve montajı ihalesi sonucunda 28/05/2008 tarihli sözleşmeyi imzalayarak taahhüt altına giren ... İnş. San. Tic. Ltd. Şti. temsilcisi sanıkların bulaşık yıkama makinalarını teslim etmelerine rağmen montajlarını yapmamak suretiyle edimin ifasına fesat karıştırdıkları iddiasıyla açılan kamu davasında, davaya konu edimin hizmet niteliğine ilişkin olması nedeniyle eylemlerinin TCK'nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ... somut olayda ise kamu görevlileri hakkında açılmış bir dava bulunmadığı, idari şartnamenin 2.5.4.ncü maddesinde “makinelere kat-i kabulünü müteakip belirtilecek birliklere yüklenici firma veya yetki verdiği servis tarafından monte edilecek ve çalışır vaziyette teslim edilecektir. Montaj için gerekli malzeme (kablo, boru gibi) yüklenici firma tarafından temin edilecektir. Makinelerin monte yerinin hazırlanması kullanıcı birlik tarafından yapılacaktır”. hükmüne yer verildiği, ayrıca *Mal Alımı Tip Sözleşmesinin 21.1.'nci maddesinde “Yüklenicinin Genel Yükümlülükleri” başlığı altında yüklenicinin montaj yükümlülüğünün ihlali halinde idarenin ve üçüncü şahısların tüm zararlarını karşılamak zorunda olduğunun belirtildiği, ihaleyi yapan kurum tarafından makinaların kesin kabulü sonrasında montajlarının yapılmaması üzerine sözleşmenin feshedildiği ve yüklenici şirkete durumun tebliğ edildiği, kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı nazara alındığında mahkemenin kabul ve gerekçelerinde bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmalı tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir...*” (Yargıtay 5. CD, 05.11.2014, E.2013/6201, K.2014/10506)

Somut olaydaki montaj yükümlülüğü hizmet niteliğinde edim sayılmaz. Tarafların imzalamış olduğu sözleşme, Mal Alımı Tip Sözleşmesidir. Bu nedenle ifa edilen edimin mal niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Montaj işi ise mal niteliğindeki edime bağlı bir yan edim olarak kabul edilmelidir ve bu durum edimin niteliğini değiştirmez. Bu nedenle Yargıtay'ın somut olayda “e” bendi kapsamında yaptığı açıklamalara katılmıyoruz. Bununla birlikte verilen karar ve gerekçe yerindedir. Somut olayda bir hileden bahsedilemez. Açıkça yüklenici edimini ifa etmemekte ve bunun sonucu olarak da karşı taraf sözleşmeyi feshetmektedir. Bu durum ancak sözleşmeye aykırılık ve KİK'te düzenlenen yasak fiilleri oluşturabilir. Bu nedenle edimin türü ne olursa olsun, somut olayda edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilmez.

³⁵² **DÖNMEZER/ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:1, (10), s. 369; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 174.

³⁵³ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 247; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 122; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 169; **ÖZTÜRK/ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku, (16), s. 193.

bulunup bulunmamasına göre suçları sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ikiye ayırmak mümkündür³⁵⁴. Neticeli suçlarda neticeden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Nedensellik bağının bulunması halinde ise neticenin failin eseri olup olmadığı hususunda objektif isnadiyet değerlendirmesi yapılacaktır³⁵⁵. Ancak objektif isnadiyetten söz edildiği hallerde neticenin fail tarafından meydana getirildiğinden söz edilebilir. Suçların neticesine göre ayırımı özellikle teşebbüs hükümlerinin uygulanması bakımından önem arz etmektedir.

Doktrinde her suçta netice olması gerekip gerekmediği hususundaki fikir ayrılığının yanı sıra zarar suçları ile neticeli suçlar arasındaki ilişki bakımından da iki farklı görüş vardır. Zarar suçu olduğu ifade edilen³⁵⁶ edimin ifasına fesat karıştırmanın netice unsuru bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Birinci görüşe göre zarar suçları aynı zamanda neticeli suçlardır³⁵⁷. Suçun konusu üzerinde meydana gelen zarar neticeyi oluşturmaktadır. Diğer görüşe göre ise zarar suçu olarak değerlendirilen bir suçun mutlaka neticeli suç olması gerekmez³⁵⁸. Tipik fiilin gerçekleştirilmesi suçun konusu üzerinde zarara yol açsa bile bu zarar kanuni tanımda netice olarak tanımlanmamış olabilir. Bu durumda sırf hareket suçu söz konusu olacaktır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre edimin ifasına fesat karıştırma, tipik hareketlerin icra edilmesi beraberinde suç konusu üzerinde zarara neden olacağından³⁵⁹ ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un gerekçesindeki açıklamalarından³⁶⁰ dolayı bir zarar suçudur. Bu nedenle her

Her suçta mutlaka netice olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (9), s. 259; **DÖNMEZER/ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:1, (10), s. 372; **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (19), s. 489; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE**, Genel Hükümler, (5), s. 237.

³⁵⁴ **AKBULUT**, Genel Hükümler, (3), s. 339; **TOROSLU/TOROSLU**, Genel Kısım, (22), s. 141.

³⁵⁵ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 267; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 125.

³⁵⁶ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 849; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, s. 419; **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 123.

³⁵⁷ **DOĞAN, Koray**, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, TAAD, Y.:5, 2014/16, s. 186; **AKBULUT**, Genel Hükümler, (3), s. 339; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 200; **ÖZTÜRK/ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku, (16), s. 194; **ZAFER**, Genel Hükümler, (5), s. 193.

³⁵⁸ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 123.

Hırsızlık suçu için yapılan benzer değerlendirme için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 252-286.

³⁵⁹ **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 123.

³⁶⁰ “...İhaleye fesat karıştırma suçunun temel şekline ilişkin ceza ile TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen ve bir zarar suçu mahiyeti taşıyan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun cezası arasındaki uyumsuzluğu

ne kadar doktrinde netice bakımından bir değerlendirme yapılmamış olsa da iki farklı görüşün ileri sürülmesi beklenir. Ancak, kanaatimizce söz konusu suç sırf hareket suçudur. Suçun kanuni tanımında açıkça neticeye yer verilmemekle birlikte teslim etme ve kabul etme fiillerinin doğan sonucu olarak zarar meydana gelmektedir. Bu suçun neticeli suç olarak değerlendirilebilmesi için ise kanuni tanımda zarar unsuruna açıkça yer verilmiş olması gerekirdi.

3. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Kast, TCK m. 21/1’de suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. Suçun oluşabilmesi için kastın varlığı gerekir. TCK m. 22/1’de belirtildiği üzere ancak kanunda açıkça belirtildiği durumlarda taksirli fiiller cezalandırılmaktadır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ise kasten işlenebilen bir suçtur. Failin kanunda belirtilen unsurları bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle failin bilgisizliği, dikkatsizliği veya tecrübesizliği sonucu meydana gelen kusurlu ifalar söz konusu suçun oluşturmayacaktır³⁶¹.

Suçun kanuni tanımında hileye yer verilmesinden dolayı, suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, hilenin oluşabilmesi için aldatma iradesinin mevcut olması gerekir. Bu da ancak failin doğrudan kastla hareket ettiği durumlarda söz konusudur. Bu nedenle bu suç olası kastla işlenemez³⁶². Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, failin kanunda belirtilen unsurların oluşabileceğini öngörmesine rağmen fiili gerçekleştirmesi halinde de suçun oluşması mümkündür³⁶³. Örneğin muayene ve kabul komisyonunun ifa edilen edimde kusur veya eksikliğin olabileceğini fark etmesine rağmen muayene ve kontrol faaliyetlerini gerçekleştirmeden kabul işlemini yapması durumunda olası kast söz konusu olur. Ancak bu durumda da failin kastının ifa edilen edime fesat karıştırmaya yönelik olması gerekmektedir. Fesat karıştırmaya yönelik kastın tespit edilememesi halinde görevi kötüye kullanma suçunun tartışılması gerekir. Örneğin kabule yetkili kişinin muayene görevinin savsaklayarak muayeneyi gerçekleştirmeden kabul işlemini yapması halinde yukarıdaki

gidermek amacıyla, 235. maddenin birinci fıkrasındaki cezanın alt ve üst sınırlarında değişiklik yapılmıştır...”

³⁶¹ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 851.

³⁶² **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 362.

³⁶³ **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 5. Cilt, Ankara 2009, s. 4611; **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 67.

örnekte yer alan olası kasttan söz edilemez. Bu durumda görevi kötüye kullanma suçu oluşur. İki örnek arasındaki fark ise ilkinde kabul eden, edimin ayıplı olduğunu düşünmesine rağmen muayene faaliyetini gerçekleştirirken ikincisinde kabul eden, ifa edilen edime ilişkin bir bilgiye sahip değildir, sadece kendisine verilen görevi yerine getirmemektedir. Edimin ayıplı olabileceğini öngörmemektedir.

Suçun oluşabilmesi için failin amaç veya saikinin önemi yoktur³⁶⁴. Teslim eden kusurlu ifa ile son tahlilde bir maddi kazanç elde ediyor olsa da kabul edenin mutlaka bir kazanç elde etmek için hareket etmesi gerekmez. Kabul eden kişi teslim edenle arasındaki ilişkiye binaen hileli hareketlerle kabul işlemini gerçekleştirebileceği gibi cebir veya tehdit altında da kabul işlemini gerçekleştirebilir. Söz konusu durumların tamamında yine edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Ancak, özellikle cebir ve tehdidin kusurluluk bahsinde ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

Manevi unsur bakımından değerlendirilebilecek son husus ise kastı kaldıran hata halleridir. Failin böyle bir hataya düşmesi halinde kastın varlığından söz edilemez. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için faile bu suçtan dolayı ceza verilemez³⁶⁵. Örneğin laboratuvar muayenesini gerçekleştiren görevlinin maldaki ayıbı tespit etmesine rağmen hazırladığı raporda bu durumu belirtmemesi sonucu muayene ve kabul komisyonunun kabul işlemi tesis etmesi halinde komisyon bakımından kastı kaldıran hata hali söz konusudur ve komisyon bu hatadan yararlanacaktır.

4. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bir fiilin kanundaki suç tanımlarında yer alan tipik hareketlerden birine uygun olması beraberinde bu fiilin hukuka aykırı olduğuna dair bir karineyi meydana getirir³⁶⁶. Tipik fiil kural olarak hukuka aykırıdır. Tipik fiil ve hukuka aykırılığın birlikte gerçekleşmesiyle haksızlık söz konusu olacaktır³⁶⁷. Haksızlığın oluşabilmesi için tipik fiil tek başına yeterli değildir. Tipe uygun fiil, buna cevaz veren bir norm nedeniyle hukuk düzenince tasvip ediliyorsa artık hukuka aykırılıktan söz edilmez³⁶⁸. İşte bu gibi durumlarda bir hukuka uygunluk nedeni söz konusudur. Fiilin tipiklik değerlendirmesi sadece ceza hukukuna göre

³⁶⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7155.

³⁶⁵ KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 722.

³⁶⁶ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, (11), s. 263; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 256.

³⁶⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 380.

³⁶⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, (5), s. 286.

yapılırken hukuka aykırılık değerlendirmesi tüm hukuk düzeni dikkate alınarak yapılmaktadır³⁶⁹. Tüm hukuk düzenine ilişkin yapılacak değerlendirmede bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde suçtan söz edilemez.

Hukuka uygunluk sebepleri sınırlı sayıda değildir³⁷⁰. Sayısız hukuka uygunluk nedenleri bakımından bir derecelendirme de yoktur³⁷¹. Bu nedenle somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni vardır veya yoktur. Son olarak belirtmek gerekir ki aksi yönde görüşler olmakla birlikte³⁷² hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif nitelikte olduğunun kabulü gerekir³⁷³. Yani failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için somut olaydaki hukuka uygunluk nedeninin varlığından haberdar olması gerekir³⁷⁴.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda yer alan beş seçimlik hareketin hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi halinde hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olacaktır. Söz konusu suçta hukuka aykırılık bakımından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Genel nitelikteki hukuka uygunluk nedenlerinin edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından mümkün olmadığı söylenebilir³⁷⁵. Ancak görevin ifası (kanun hükmünü yerine getirme) kapsamında değerlendirilebilecek bazı haller hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir. Örneğin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi m. 44'e göre edim konusu hizmet tamamlanmamış olsa bile işin fonksiyonelliğine önemli ölçüde zarar verecek bir durumun olmadığı ve idarenin ihtiyacını karşılama açısından kabul edilebilir olduğu tespit edilirse, iş tamamlanmış veya listelenen eksiklikleri ile tamamlanmış sayılabilir. Yine Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği m. 12'ye göre kesin kabul sırasında tespit edilen ve kabul yapılmasına engel olmayacak nitelikte olan kusur ve noksanlıklara rağmen kesin kabul tutanağı düzenlenir. Ancak söz konusu durumlar tutanakta açıkça belirtilir. Görüldüğü üzere edime ilişkin bazı eksikliklerin ve kusurların belli bir ağırlığa kadar olan

³⁶⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (9), s. 286; İÇEL/SOKULLU AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Suç Teorisi 2. Kitap, (2), s. 101;

³⁷⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 384; ZAFER, Genel Hükümler, (5), s. 292.

³⁷¹ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (19), s. 301; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 258; ÖZTÜRK/ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, (16), s. 209.

³⁷² SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (7), s. 343; TOROSLU/TOROSLU, Genel Kısım, (22), s. 155; ZAFER, Genel Hükümler, (5), s. 296.

³⁷³ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 293; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 382;

³⁷⁴ Failin somut olayda var olan hukuka uygunluk nedenini bilmemesi halinde teşebbüs hükümleri gündeme gelecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKTÜRK, Neslihan, "Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?", CHD, 2015/27, s. 15 vd.

³⁷⁵ ARSLAN/TÖNGÜR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 244.

kısmı mevzuat gereği kabule engel teşkil etmemektedir. Söz konusu nitelikte bir kusura rağmen teslim etme fiili veya kabul etme işlemi gerçekleştirilirse edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz. Bu durumda kanun hükmünü icra kapsamında kalan bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilir. Ancak bu kapsamda kalmayan bir kusurun bu kapsamda kaldığından bahisle eksiklikler tutanakta gösterilmeksizin kabul işleminin yapılması ile edimin ihale dokümanına uygun olmamasına rağmen ihale dokümanına tam anlamıyla uygun olduğundan bahisle kabul işlemi yapılması arasında bir fark olmayacaktır ve her iki halde de edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Eksikliklerin tutanakta gösterilmesi halinde ise idare tarafından sonraki aşamada eksikliklerin giderilip giderilmediğine ilişkin yapılan değerlendirme önem arz etmektedir. Eksikliklerin giderilmemiş olmasına rağmen giderilmiş olduğuna ilişkin işlem tesisi halinde yine edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

3. BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, YAPTIRIM, KOVUŞTURMA VE DİĞER SUÇLARLA OLAN İLİŞKİ

1. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1.1. Teşebbüs

Teşebbüs, failin işlemeyi kastettiği suçun icrasına doğrudan doğruya başlaması ancak elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamasıdır. Teşebbüs, yapısı itibariyle cezai sorumluluğu genişletici niteliktedir³⁷⁶. Teşebbüsün şartlarını kasıtlı bir suçun işlenmesi, gerçekleştirilen fiillerin icra hareketi niteliğinde olması, neticeli suçlarda fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması, icra hareketlerine başlanmasına rağmen elde olmayan sebeplerden dolayı neticenin meydana gelmemesi veya hareketlerin tamamlanamaması şeklinde ifade etmek mümkündür³⁷⁷. Teşebbüs hükümlerine başvurulabilmesi için failin icra hareketlerine başlamış olması gerekir. Hazırlık hareketleri, icra hareketlerinden önce gerçekleşmekte ve cezalandırılmamaktadır³⁷⁸. Bu nedenle teşebbüs hazırlık hareketlerinden sonra ancak neticenin gerçekleşmesinden önceki evre olarak tanımlanabilir³⁷⁹. Hazırlık hareketleri ile icra hareketleri safhasını birbirinde ayırmaya ilişkin çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilere girmeden kısaca değerlendirme yapılacak olursa TCK m. 35'in gerekçesinde de belirtildiği üzere tipik hareketin ayrılmaz bir parçası olarak görülen, tipik hareketle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketleri icra hareketi olarak kabul etmek gerekir. Özellikle gerçekleştirilen hareketin suçun konusuna olan yakınlığına göre hazırlık hareketi-icra hareketi belirlemesi yapılacaktır³⁸⁰. Değerlendirme sonucunda gerçekleştirilen fiiller hazırlık hareketi olarak kabul edilirse teşebbüs hükümlerine başvurulamayacaktır.

³⁷⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:1, (10), s. 405; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 462.

³⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 594.

³⁷⁸ AKBULUT, Genel Hükümler, (3), s. 337.

³⁷⁹ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (19), s. 489.

³⁸⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 401.

Teşebbüs, suçun neticeli olup olmamasına göre farklı şekillerde görülebilir. Sırf hareket suçlarında icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte icra hareketlerinin tamamlanamaması teşebbüs kapsamında değerlendirilirken neticeli suçlarda icra hareketlerinin tamamlanamamasıyla birlikte icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmediği durumlar da teşebbüs kapsamında değerlendirilmektedir³⁸¹.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçuna teşebbüsün, en azından bazı hallerde, mümkün olduğuna ilişkin doktrinde fikir birliği vardır. Ancak suçun sırf hareket suçu mu yoksa neticeli suç mu olduğu yönünde fikir ayrılıkları ile teslim etme ve kabul etme fiillerine yüklenen farklı anlamlardan dolayı teşebbüsün ne şekilde oluşacağı yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu suç, sırf hareket suçu olarak kabul edilirse hareketlerin parçalara ayrılabilmesi veya hareketlerin bir oluşum sürecinde meydana gelmesi halinde teşebbüs mümkün olacaktır³⁸². Hem teslim etmenin hem de kabul etmenin anlık bir vakıa olmamaları nedeniyle elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmasına rağmen elde olmayan sebeplerle hareket tamamlanamazsa suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırmanın neticeli bir suç olarak kabul edilmesi halinde ise teşebbüs bakımından yapılan genel açıklamalar ışığında değerlendirme yapılacaktır. Suç için belirtilmiş beş seçimlik hareketten birinin gerçekleştirilmesi sonucu ilgili idarenin zarara uğraması ile suç tamamlanacaktır. Bu nedenle seçimlik hareketlerin icrasına başlanmasına rağmen elde olmayan sebeplerden dolayı icra hareketleri tamamlanamamış veya icra hareketleri tamamlanmasına rağmen zarar meydana gelmemişse teşebbüs aşamasında kalmış edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilecektir³⁸³. Teslim etme ve kabul etme fiillerinin tamamlanmasına rağmen netice meydana gelmezse yine teşebbüs söz konusu olacaktır. Her somut olay bakımından neticenin ayrıca tespit edilmesi gerekecektir. Maddi bir zarar şeklinde oluşacak olan netice sözleşme bedelinin yükleniciye ödendiği hallerde mutlak surette gerçekleşecek olmakla birlikte sözleşme bedelinin ödenmemesi hallerinde de

³⁸¹ **AKBULUT**, Genel Hükümler, (3), s. 565; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 398.

³⁸² **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 236; **SOYASLAN/KEMER/GÜLSEVEN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 180; **ALTIPARMAK**, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 166; **PARLAR**, Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s. 120.

³⁸³ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 799; **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 67; **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 362.

meydana gelebilecektir. Kanaatimizce bu suç sırf hareket suçu olduğu için teşebbüse ilişkin sonraki açıklamalarımızda bu kabul üzerinden hareket edilecektir.

Suçun tamamlanmış hali ile teşebbüs aşamasında kalmış halinin ayırt edilebilmesi için teslim etme ve kabul etmenin hangi aşamadan itibaren tamamlandığının belirlenmesi gerekmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere teslim etme zilyetliğin değişmesini sağlayan olgu iken kabul etme bir işlemdir³⁸⁴. Ancak teslim etme olgusu kabulün gerçekleşmesi ile tamamlanmış sayılır. Yani edim konusu malın zilyetliğinin sözleşmenin karşı tarafına devredilmesi ile teslim etme fiili tamamlanmış sayılmaz. Yine de suçun icrasına elverişli hareketlerle başlama söz konusudur. Örneğin yüklenici tarafından teslim edilen malda muayene sonucu hileli hareketlerle gizlenen bir ayıp tespit edilirse yüklenici teşebbüs aşamasında kalmış edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır. Çünkü teslim etme ile suçun icrasına başlamıştır. Ancak kabul etme işlemi gerçekleşmediği için suç tamamlanamamıştır³⁸⁵. Yine örneğin teslim edilen edimin kabul kararı kesinleşmesine

³⁸⁴ **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 120.

³⁸⁵ “...Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu S.S. Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğü tarafından 17/05/2007 tarihinde doğrudan temin yöntemiyle yapılan dana eti alım işini sanığın sahibi olduğu Berkey Turizm Gıda İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin kazandığı, sanığın şirketi adına 21/05/2007 tarihinde teslim ettiği 554 kğ karkas et içerisine daha ucuz olan 353 kğ manda etine sahte dana eti mühürü basarak kuruma teslim etmeye çalışırken kurum tarafından veteriner ...'a yaptırılan inceleme sonucu durumun tespit edilmesi üzerine teslim alma işleminin iptaline karar verildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın ihale kararında ve sözleşmede evsafi belirtilen maldan daha ucuz mal teslim etmeye çalıştığı, ancak Muayene ve Teslim Alma Komisyonunca gerekli muayene ve kabul işlemi için veteriner tayin edilmesi üzerine durumun ortaya çıktığı 21/05/2007 günlü kesim raporu, tutanak, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından anlaşılacakla sanığın eyleminin edimin ifasına fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat hükmü kurulması...” (Yargıtay 5. CD, 05.05.2016, E.2016/942, K.2016/4685)

Yargıtay vermiş olduğu kararda teslim edilen mal niteliğindeki edimin hileli olduğunun muayene aşamasında tespit edilmesi ve buna binaen kabul işleminin yapılmaması halinde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı yönünde karar vermiştir.

“...”Sanığın, ÇÜ Basımevinin ihtiyacı olan “Tinteranto 70x100 sarı, Otokopi CB üst nüsha ve Otokopi CF alt nüsha” adlı kağıtların alımı için düzenlenen 07/03/2007 tarihli ihaleye katılarak işi üstlendiği, 11/04/2007 tarihinde ihale konusu malzemelerden Tinteranto 70x100 sarı kağıdı aynı tarihli ve 155432 numaralı sevk irsaliyesi ile ambar sorumlusu tanık Hatice K'a teslim etmesine karşın fotokopi CB üst nüsha ile CF alt nüsha adlı kağıtları ise teslim etmediği, sadece Tinteranto adlı kağıdı teslim alan Hatice K'nın yalnızca bu malzemenin yazılı olduğu sevk irsaliyesini imzaladığı, sanığın daha sonra teslim işlemi tamamlamak üzere sevk irsaliyesini, Ç.Ü. Basımevi Müdür Yardımcısı tanık Mustafa A'a götürüp imzasını aldıktan sonra diğer malzemeleri getirirken maliyece yolda yapılabilecek denetim sırasında ibraz etmek için geri istediği, durumdan kuşkulanan tanığın sadece 1 kalem malzemenin teslim alındığına ilişkin irsaliyenin fotokopisini alarak irsaliye aslını sanığa verdiği fotokopiyi ise muhafaza ettiği, sanığın almış olduğu irsaliyeye teslim etmediği iki kalem malzemeyi de ekleyip kurumdan ücretlerini talep ettiği ancak ödemenin kurum tarafından yapılmadığı olayda, tanık beyanları, sanığın kendinde kalan irsaliyenin açık kalan kısmına ekleme yapmasının her zaman mümkün olması, ihtarname ekindeki irsaliyede 3 adet malzeme yazılı olduğu ve kapatılmadığı halde, sanık tarafından kuruma ibraz edilen irsaliyenin ise kapalı olduğu da gözetildiğinde eklemenin sanık yararına yapıldığı hususunda şüphe bulunmadığından tebliğnamede belirtilen hususun araştırılmasının dosyaya yenilik getirmeyeceği anlaşılacakla tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir. (...) Sanığın eylemini elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlayıp elinde olmayan

rağmen sözleşme bedeli ödenmediği hallerde de suç tamamlanmış sayılacaktır. Ayıplı ifanın kabulü ile birlikte sözleşme bedeli ödenmemiş olsa dahi edim üzerinde zarar meydana gelecektir. Ancak bu zarar suçun kanuni tanımında açıkça yer almadığı için netice olarak nitelendirilemez.

Kabul etmenin tamamlandığı an ise ikincil mevzuatlarda yer alan düzenlemeler gereği muayene ve kabul komisyonunun düzenlediği kesin kabul tutanağının yetkili makam tarafından onaylandığı an olarak kabul edilmesi gerekecektir. Buna ilişkin olarak Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği m. 13'te "*Kesin kabul tutanağı yetkili makam tarafından onaylandıktan sonra geçerli olur ve kesin kabul yapılmış sayılır.*", Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği m. 11'de "*Kabul tutanağı yetkili makam tarafından onaylandıktan sonra geçerli olur ve kabul işlemi tamamlanmış sayılır.*" ve Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik m. 25'te "*Sözleşme konusu malların denetim, muayene ve testleri tamamlandığında, komisyonun olumlu raporu idarece kabul edilerek, ödemeye ilişkin belgenin düzenlenmesinde esas alınır.*" hükümleri yer almaktadır. Görüldüğü üzere yönetmeliklerde kabul işleminin tamamlanma anı olarak muayene ve kabul komisyonunun kesin kabul tutanağı düzenlediği an değil söz konusu tutanağın yetkili makam tarafından onaylandığı an esas alınmıştır³⁸⁶. Yönetmeliklerde ifade edilen yetkili makam ise ihale yetkilisidir. Buna göre edime ilişkin muayene ve kabul sürecinin herhangi bir aşamasında görev alan kişinin kusurlu edimin kabulünde hileli hareketlerde bulunmasına rağmen kabul işlemi tamamlanmamışsa, kişinin fiili teşebbüs aşamasında kalacaktır. Örneğin edim konusu eserin ayıplı kısımlarını yüklenici ile arasındaki rüşvet ilişkisinden dolayı saklamaya çalışan kontrol teşkilatı görevlisinin hileli hareketlerine rağmen kabul işlemi gerçekleşmezse kontrol teşkilatının fiili teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Teslim etme ve kabul etmenin ne zaman tamamlandığının açıklanmasından sonra zararın ne zaman oluşacağını tespiti gerekir. Zarar, ihale kararı veya sözleşmede belirtilen

nedenlerle tamamlayamadığı, bu haliyle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve TCK'nın 35. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği gözetilmeden fazla ceza tayini..." (Yargıtay 5. CD, 03.12.2013, E.2012/11459, K.2013/11655) (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 852)

Somut olayda ödemenin gerçekleşmemesine vurgu yapılmasına rağmen kabul işlemi ve ödeme her zaman aynı anda gerçekleşmez. Kimi durumlarda kabul işlemi ile ödeme arasında belli bir süre bulunmaktadır. Bu nedenle teşebbüs değerlendirmesi sözleşme bedelinin ödendiği an üzerinden değil, kabul işleminin tamamlandığı an üzerinden yapılmalıdır.

³⁸⁶ **AKBULUT**, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", s. 67.

edim dışında başka bir hileli edimin kabul edilmesi ile meydana gelecektir. Her ne kadar zarar suçlarındaki zarar kavramının parasal değere sahip olması gerekmeseyse de³⁸⁷ suçun konusunu oluşturan edim her zaman parasal bir değere sahip olduğundan konu üzerinde meydana gelen zarar da her halde parasal niteliğe sahip olacaktır. Ayrıca her somut olay bakımında zararın meydana gelip gelmediğinin tespit edilmesi gerekir. Meydana gelen zarar TCK m. 61 kapsamında cezanın belirlenmesi hususunda da dikkate alınacaktır³⁸⁸. Gerçekleştirilen hareket tipik olmakla birlikte zarara neden olmamışsa söz konusu suç oluşmayacaktır³⁸⁹. Tipik hareketin zarara sebebiyet verme vasfına sahip olmaması durumunda ise teşebbüs hükümlerini uygulamak mümkün değildir.

Özetle; edimin ifasına fesat karıştırma suçu teslim etme ve kabul etmenin sona ermesiyle tamamlanmış olur. Teslim etme, kabulün gerçekleşmesi ile tamamlanır. Kabul etme ise ilgili yönetmelikler gereği kesin kabulle görevli muayene ve kabul komisyonunun düzenlediği kabul tutanağının ihale yetkilisince onaylanması ile tamamlanır.

Teşebbüs bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus suçun hazırlık hareketlerinde kalması hali ile suçun icrasına başlanma hali arasındaki farktır. Elverişli hareketlerle suçun icrasına doğrudan doğruya başlama anı teslim eden ve kabul eden bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Teslim eden bakımından edimin zilyetliğinin idareye devredilmesi anında suçun icrasına doğrudan başlanmış olacaktır. Örneğin yüklenici, edimi teslim etmeye giderken yolda yapılan çevirme sonucu edimin istenilen evsafa haiz olmadığı anlaşılırsa teşebbüs aşamasında kalmış suçtan söz edilemez³⁹⁰. Çünkü henüz suçun icrasına doğrudan doğruya başlanmamıştır³⁹¹. Yine yapım işi bakımından

³⁸⁷ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, (2), s. 223.

³⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. YERDELEN, Cezanın Belirlenmesi, s. 199 vd.

³⁸⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 798.

³⁹⁰ "Sanıkların ihaleye konu 5000 ton linyit kömürünü sözleşmeye uygun şekilde Şırnak 23. Jandarma Sınır Tümen Komutanlığına teslim etmelerine karşın, sözleşmedeki niteliklere uygun olmayan, kalan 500 ton kömürü taşıyan kamyonların yapılan ihbar nedeniyle takibe alınarak, kömürlerin stoklandığı yere geldikleri sırada durdurulması şeklinde gelişen olayda, sanıkların işlemeyi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamamaları nedeniyle eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlandığının kabulü ile fazla ceza tayini" (Yargıtay 5.CD, 04.12.2013, E.2012/4333, K.2013/11777)

Bu nedenle Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karara katılmıyoruz. Somut olayda elverişli hareketlerle suçun icrasına doğrudan doğruya başlamaktan söz edilemez. Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için yüklenicinin edimi teslim etmeye başlaması gerekir.

³⁹¹ "...03/11/2008 tarihinde Şırnak İl Özel İdaresince yapılan ildeki ilköğretim kurumlarının 2008-2009 eğitim-öğretim yılı kış sezonu yakacak alımı ihalesinin sanıkların yöneticisi oldukları ... Petrol şirketi lehine sonuçlandığı, 13/11/2008 tarihinde ilgili şirket ile idare arasında sözleşmenin imzalandığı; 02/12/2008 günü Silopi-Yeniköy Jandarma Komutanlığı tarafından Cizre-Silopi karayolu üzerinde yapılan yol kontrol faaliyeti esnasında kontrol amacıyla durdurulan söz konusu şirkete ait ... plakalı akaryakıt tankerinde

yüklenicinin teslim etme iradesini ortaya koymasından önce idarenin yapım işini denetlemesi ve sözleşmeye aykırılıkları tespit etmesi halinde de teşebbüs hükümleri uygulanamaz. Tespit edilen ayıpların yapım işinin doğası gereği düzeltilemez nitelikte olması halinde de durum değişmeyecektir. Çünkü yüklenici henüz elverişli hareketlerle suçun icrasına doğrudan doğruya başlamamıştır. Yüklenici ayıplı yapımın tesliminden vazgeçebilir. Bu durumda sadece idari ve hukuki sorumluluk doğacaktır. Kabul eden bakımından suçun icrasına başlama ise kusurlu edimin kabul edilmesine yönelik hileli hareketlere başlamayla birlikte olacaktır. Burada önemli olan hareketlerinin hileli bir niteliğe haiz olmasıdır.

Teşebbüs bakımından yapılan genel değerlendirmeden sonra özellik arz eden bazı noktalar üzerinde durulacaktır. Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nde geçici kabule yer verilmiştir. Eserdeki ayıpların tespit edilmesine rağmen geçici kabul işlemi yapılır ancak kesin kabul esnasında ayıplar tespit edilerek kesin kabulü yapılmazsa geçici kabul komisyonu üyelerinin fiili teşebbüs aşamasında kalacaktır³⁹².

Geçici hakediş ödenmesi halinde tamamlanmış bir suçtan mı yoksa teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan mı söz edileceğinin belirlenmesi gerekir. Seçimlik hareketler bahsinde de belirtildiği üzere geçici hakediş ödemesi sonucu kazanılmış hak oluşmaz³⁹³.

bulunan yakıttan alınan numunenin yapılan ulusal marker analizinde geçersiz sonuç verdiği, araçta ele geçirilen sevk irsaliyesi ve beyanlardan yakıtın Şırnak Milli Eğitim Müdürlüğüne sevk edildiği sırada ele geçirildiğinin tespit edilmesi üzerine, ilgili şirketin daha önceden ihale ve sözleşme hükümleri çerçevesinde teslimat yaptığı Şırnak İl Milli Eğitim Müdürlüğü, Sema Küçüksöz Anaokulu ve Şehit Mehmet İnal İlköğretim Okulunun yakıt tanklarından alınan numunelerin de ulusal marker analizinde geçersiz sonuç verdiğinin tespit edildiği..." (Yargıtay 5. CD, 20.02.2014, E.2012/13666, K.2014/1794)

Somut olayda aynı ihale kapsamında öncesinde yapılan bir teslimatın olmaması durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış hali oluşmayacaktır. Fail henüz teslim etme fiilinin icrasına başlamamıştır. Fail böyle bir durumda suçun icrasına başlamaktan vazgeçebilir. Örneğin ifa yerine geldiğinde ayıplı edimi teslim etmekten vazgeçebilir.

³⁹² Söz konusu durumda ayrıca kesin kabul komisyonunun denetiminin geçici kabul komisyonunca yapılan denetim sonucu belirlenen kusurlu hallerle sınırlı olup olmadığının da tespit edilmesi gerekir. Yani geçici kabul yapılmış olması kesin kabul komisyonunun sorumluluğunu sınırlandıracak mıdır? Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 45/1'e göre geçici kabuldeki esas ve usullerle kesin kabul yapılacaktır. Bu fıkraya göre kesin kabul esnasında da geçici kabulde yapılan tüm işlemlerin tekrarlanması gerekmektedir. Ancak iki ve devamı fıkralarda kesin kabul bakımından, geçici ve kesin kabul arasında oluşabilecek durumların önem arz ettiği ifade edilmiştir. Örneğin yüklenicinin söz konusu sürede varsa bakım yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği, geçici kabul sırasında iyi durumda ve kabule elverişli olduğu tespit edilmiş olan işin teminat süresince kullanılma sonucunda meydana gelen normal aşınma ve eksilmeden doğan durumlar haricinde, fen ve sanat kurallarına uygun yapılmamasından kaynaklanabilecek herhangi bir bozukluğun veya geçici kabulden sonra ortaya çıkan bir kusurun olup olmadığı kesin kabul esnasında incelenir. Bu nedenle geçici kabulün kesin kabul komisyonunun denetim yetkisini sınırlamakla birlikte kesin kabul için temel teşkil ettiği söylenebilir. Bu nedenle hem geçici kabul hem de kesin kabul suçun oluşması bakımından elverişli hareket niteliğini taşımaktadır.

³⁹³ Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 40.

Ayrıca geçici hakediş ödemesinin yapılmış olması edimin kabul edildiği anlamına da gelmez. Bu nedenle tamamlanmış edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır³⁹⁴. Ancak suçun icrasına başlanmış olması nedeniyle kabul eden bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür³⁹⁵.

Teşebbüs bahsinde değinilecek son husus, ihale sürecine ilişkin yasak fiil ve davranışların gerçekleştirildiğinin ihale sürecinden sonra tespit edilmesi halidir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 21’de “*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 edilir.*” hükmü yer almaktadır. Failin ihale sürecinde gerçekleştirdiği yasak davranışlar sözleşme aşamasında ortaya çıkabileceği gibi ifanın gerçekleşmesinden sonra da ortaya çıkabilir. Yine idare söz konusu durumdan bağımsız olarak ihale mevzuatına aykırılık gerekçesiyle geçmişe etkili geri alma işlemi tesis edebilir³⁹⁶. Bu gibi durumlarda edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından işlenemez suç kurumunun tartışılması gerekir. Suçun konusunun mevcut olmaması durumunda işlenemez suçtan söz edilir³⁹⁷. İşlenemez suç için konu bakımından elverişsizlik değerlendirilmesi yapılmaz, önemli olan konunun yokluğudur³⁹⁸. Yokluk değerlendirilmesinde ise fiilin gerçekleştirildiği an esas alınmalıdır. Somut durumlarda fiilin gerçekleştirildiği anda suçun konusunu oluşturabilecek bir şartname veya sözleşme olduğu için işlenemez suçtan söz edilemez. Bu nedenle belirtilen nitelikte bir işlemin tesis edilmesi

³⁹⁴ Aksi yönde görüş için bkz. **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 122.

³⁹⁵ “...*Karatay Belediyesi tarafından ihalesi yapılan kamyon kiralama işinde, ihaleyle ilgili sözleşme ve şartnamelerde belirtilen nitelikleri taşımayan araçlar kullanılmasına rağmen fiilen kullanılmayan, ancak şartnamelerde öngörülen niteliklere uygun araçların plakaları üzerinden "yapılan işler tutanakları" ve bu belgelere dayanılarak yüklenici firmaya yapılacak ödemelere ilişkin hakedişler düzenlendiğinin anlaşılması karşısında, belirtilen tutanakları "düzenleyen" ve "kontrol eden" sıfatıyla imzalayan, bu suretle edimin ifası sürecinde kamu görevlisi olarak görev yapan sanıklar M.. Ş.. ve M.. K.. ile bu sanıkların eylemlerine iştirak eden yüklenici firma yetkilisi sanık H.. A..'ün üzerlerine atılı zincirleme şekilde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tüm unsurlarıyla sübuta erdiği gözetilmeksizin oluşa, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılığılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraetlerine karar verilmesi...*” (Yargıtay 5. CD, 10.06.2014, E.2013/2262, K.2014/6474)

Yargıtay’ın hizmet niteliğindeki edim bakımından vermiş olduğu bu karardan anlaşıldığı kadarıyla yapılan hakediş ödemeleri geçici hakediş ödemesidir. Yargıtay, her bir geçici hakediş ödemesi halinde ayrı bir suç oluşacağını zincirleme suç hükümlerine atıf yaparak belirtmiştir. Bu durumda her bir geçici hakediş ödenmesiyle birlikte ayrı ve tamamlanmış edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilecektir. Yargıtay’ın bu kararına yukarıdaki gerekçeler nedeniyle katılmamaktayız.

³⁹⁶ **UZ**, Kamu İhale Sözleşmeleri, s. 93.

³⁹⁷ **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 476.

³⁹⁸ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 413.

halinde, somut olayın özelliklerine göre tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış suç hükümleri uygulanabilir. Yani geriye etkili işlem cezai sorumluluğu etkilemeyecektir.

1.2. İştirak

Suçta iştirake ilişkin düzenlemeler temel olarak faillik ve şeriklik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Faillik başlığı doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik ve yan yana faillik; şeriklik ise azmettirme ve yardım etmeden oluşmaktadır.³⁹⁹ Fiil üzerinde hakimiyet kuran, suçun oluşum sürecini elinde bulunduran kişi faildir⁴⁰⁰. Fiil üzerinde hakimiyet kuran tek bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de fiil üzerinde hakimiyet kurabilir. Birden çok failin fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurması ve birlikte suç işleme kararının bulunması hali müşterek faillik olarak adlandırılmaktadır⁴⁰¹. Suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde hakimiyet kurmamakla beraber suçun işlenişine katılan kişi ise şerik olacaktır⁴⁰². Suç işlemeyi düşünmeyen faile suç işleme kararı verdiren kişi azmettiren, tipik hareketin yerine getirilmesine herhangi bir şekilde katkıda bulunan kişiler ise yardım eden olarak adlandırılacaktır⁴⁰³.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun özgü suç olduğu, sadece kabul eden ve teslim eden olarak değerlendirilebilecek kişiler tarafından işlenebileceği fail bahsinde belirtilmiştir. İştirak bahsinde seçimlik hareketleri ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır. Ancak tüm seçimlik hareketler bakımından ortak olan husus şerik olarak katılmanın her şeklinin mümkün olmasıdır⁴⁰⁴. Herhangi bir kişi teslim eden veya kabul edeni suçun işlenmesi hususunda azmettirebilir ya da teslim eden veya kabul edene yardım edebilir⁴⁰⁵.

³⁹⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, (16), s. 381.

⁴⁰⁰ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (19), s. 532; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Genel Hükümler, (5), s. 548.

⁴⁰¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 641; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (9), s. 492.

⁴⁰² DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, (11), s. 503; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 476.

⁴⁰³ ZAFER, Genel Hükümler, (5), s. 446.

⁴⁰⁴ ARSLAN/TÖNGÜR, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 245.

⁴⁰⁵ “...bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-a maddesi uyarınca yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri tarafından işlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, sözleşmenin tarafı olan şirkette depo sorumlusu olarak çalışan ... ile kamyon şoförü olarak çalışan sanık ...'nin eyleminin TCK'nın 39. maddesi kapsamında yardım etme olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, fail olarak cezalandırılmasına karar verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 27.05.2016, E.2014/2917, K.2016/5517)

“a” ve “b” bendinde yer alan seçimlik hareketlerde teslim etme ve kabul etme fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Teslim eden veya kabul eden sıfatıyla kimlerin fail olabileceği fail başlığı altında incelenmiştir. Teslim eden veya kabul eden olarak değerlendirilemeyecek kişiler ise ancak şerik olabilir. Örneğin kabul sürecinde görev almamasına rağmen idare adına görevli kişi ayıplı ifanın teslimi veya kabulünde rol alması halinde yardım eden olarak sorumlu olacaktır⁴⁰⁶.

Bu bentler bakımından teslim eden ve kabul eden ayrı ayrı suçu işleyebilecekleri gibi müşterek olarak da işlemeleri mümkündür⁴⁰⁷. Örneğin teslim edenin edimi hileli olarak ifa etmesine rağmen kabul komisyonunun bunu fark etmemesi ve kabul etmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili sadece teslim eden olacaktır. Teslim edenin kabul edenle anlaşması sonucu hileli hareketleri birlikte gerçekleştirmeleri halinde ise hem teslim eden hem de kabul eden fail olacaktır. Ancak bu halde çok failli suçlardan karşılaşma suçu söz konusu olmayacaktır⁴⁰⁸. Karşılaşma suçu için gerekli iki taraf oluşmayacaktır.

Yüklenicinin şartnameye aykırı malı teslim etmeye çalışmasına rağmen kabul edenin hileli hareketi fark etmesi sonucu teslimin gerçekleştirilememesi üzerine kabulle görevli kişileri suça azmettirmesi halinde yüklenicinin cezai sorumluluğunun nasıl olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre teslim etme teşebbüs aşamasında kalmıştır, kabul etme fiili bakımından ise azmettirme söz konusudur. Failliğin şerikliğe göre asliliği ilkesi gereği⁴⁰⁹ yüklenici teşebbüs aşamasında kalmış teslim etmeden sorumlu olacaktır⁴¹⁰. Ancak kanaatimizce teslim eden ve kabul eden suçu ayrı ayrı işleyebilecekleri gibi birlikte de işleyebilirler. Hem teslim eden hem de kabul eden “a” ve “b” bentleri bakımından özgü suç niteliğindeki edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabilecek özel vasıflara haizdir. Bu nedenle somut olayda yüklenicinin hileli hareketlerinin ortaya çıkmasından sonra kabul edeni suça azmettirmesi halinde teslim etme fiili teşebbüs aşamasında kalmamıştır. Teslim

⁴⁰⁶ “...K.. İ.. Alt Yapı Daire Başkanlığında işçi olarak çalışan sanıklar hakkında özel idarenin yakıt teminine ilişkin ihaleyi kazanan firmanın yakıtı dolum tesislerinden doldurarak teslimine refakat etmek üzere görevlendirildikleri ancak dolum işlemine bilerek refakat etmeyerek firma görevlilerinin standartlara uygun olmayan yakıt teslim etmesine yardım etmek suretiyle edimin ifasına fesat karıştırdıkları iddiasıyla kamu davası açıldığı, ihale edilen malın teslim komisyonunda görevli sanıklar hakkında ise aynı iddiayla Konya 4. Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açıldığı...” (Yargıtay 5. CD, 12.02.2014, E.2012/13568, K.2014/1344)

⁴⁰⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7157.

⁴⁰⁸ AKBULUT, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 68.

⁴⁰⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 641.

⁴¹⁰ KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 724.

etme gerçekleşmiştir. Ayrıca kabul etmeye azmettirme vardır. Ancak failliğin şerikliğe asliliği ilkesi gereği yüklenici sadece tamamlanmış teslim etmeden sorumlu olacaktır.

Ortak girişim, alt yüklenici gibi yüklenicinin birden fazla tüzel kişiden oluştuğu durumlarda her bir tüzel kişinin yetkili temsilcilerinin fail olarak değerlendirilebilmesi için iştirak iradesine sahip olması gerekir. Bu noktada yükleniciler bakımından müşterek faillik olabileceği gibi azmettirme veya yardım etme de söz konusu olabilir. Birlikte suç işleme iradesi ve fonksiyonel katkı olması halinde müşterek faillikten, ortak girişimi oluşturan tüzel kişilerden birinin fiiline katkı sağlama halinde ise yardım etmeden söz edilecektir.

“c”, “d” ve “e” bentlerinde sadece kabul etme fiiline yer verilmiştir. Bu nedenle sadece kabul eden olarak değerlendirilebilecek olan kişiler fail olabilir. Yüklenici konumundaki kişiler fail olamaz⁴¹¹. Yüklenici, bu bentler bakımından ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabilir. Yargıtay’ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir⁴¹².

⁴¹¹ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 69.

⁴¹² “...Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan açılan kamu davasında; araç kiralama ihalesini kazanan sanığın ifa ettiği edimin hizmet niteliğinde olması nedeniyle eyleminin TCK'nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin de tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğinin de mümkün olamayacağı gözetilerek sanığın beraati yerine, yanlışlı değerlendirilmeyle yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”(Yargıtay 5. CD, 05.05.2016, E.2014/4010, K.2016/4690)

“.....ilçesi ... - köyleri arasında bulunan ormanlık alanda sanat eseri yapımı ihalesini alan Ltd. Şti. isimli firmanın sahibi olan sanığın teslimden itibaren 95 iş günü içinde 28/11/2005 tarihinde bitirip geçici kabulü yapması gerekirken herhangi bir mazeret beyan etmeden işin bitim tarihi olan 28/11/2005 tarihine kadar işin sadece % 40'lık kısmını yapması, ayrıca şartnameye göre yapının duvarlarına ... taşocağından alınan taşları kullanması gerekirken inşaat yakınından temin edilen taşları kullanması, kullanılan taşların ebatlarının ve büzlerin şartnameye uygun olmaması, kullanılan harçta yeterli çimento kullanılmaması ve bir kısım menfez duvarının hiç yapılmaması suretiyle şartnamenin 52, 53, 175, 176. maddelerine aykırı davranarak edimin ifasına fesat karıştırdığı iddiasıyla açılan kamu davasında...5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-d maddesi uyarınca edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlileri hakkında açılmış bir dava bulunmadığı, 26/12/2005 tarihinde ön inceleme yapan yapı denetim görevlilerince tespit edilen bir kısım eksikliklere bağlı olarak 29/12/2005 tarihinde sözleşmenin feshine karar verilmesi nedeniyle kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin de tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğinin de mümkün olamayacağı nazara alınarak sanığın beraati yerine, yanlışlı

Bu bentler bakımından yüklenicinin seçimlik hareketlere vücut veren hileli hareketleriyle kabul edenin aldanması sonucu kabul işlemi ihdas etmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Ancak dolandırıcılık gibi sair suçların oluşması mümkündür. Bununla birlikte edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin olarak “c”, “d” ve “e” bentleri bakımından dolaylı failliğin de tartışılması gerekir. Dolaylı faillik, haksızlık teşkil eden fiilin bir başkasının vasıta gibi kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesidir⁴¹³. Kişi, iradeyi etkileyen hallerden olan cebir, tehdit veya aldatma yoluyla araç konumuna düşürülmüş olabilir. Dolaylı failliğin azmettirmeden farkı ise dolaylı failin, fiilin icrası sırasında üstün bir konumda olması ve vasıta olarak kullanılan kişinin serbest bir irade ile hareket etmemesidir⁴¹⁴. Özgü suçlarda fail olabilecek nitelikleri taşıyan kişinin diğer kişiler tarafından suçu işlemeye sevk edilmesi halinde özel faillik vasfını taşıyan kişinin kastından söz edilemez. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi ilgili suçun taksirli hali de düzenlenmemişse failin ceza sorumluluğu oluşmayacaktır. Bununla birlikte özgü suç için gerekli özel faillik vasıflarını taşımayan ve özel yükümlülük altındaki kişiyi araç olarak kullanıp suçun işlenmesine neden olan kişi, aksi yönde görüşler olmakla birlikte⁴¹⁵ ağırlıklı görüşe göre dolaylı fail olarak nitelendirilemez⁴¹⁶. Kanunda yer alan özel niteliklere haiz olmamasına rağmen kişinin dolaylı fail olarak nitelendirilebileceğini savunan görüşün temel argümanı cezai sorumluluk bakımından boşluk oluşmasına engel olunmak istenmesidir⁴¹⁷. Ancak özgü suç faili olabilecek kişinin suç işlemeye sevk edilmesi durumunda haksızlık, özel yükümlülük altındaki kişinin davranışlarından kaynaklanmamaktadır. Haksızlık, bu niteliğe haiz olmayan kişilerin davranışlarından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle dolaylı failliğin oluşmayacağı ifade edilmiştir⁴¹⁸. Örneğin hizmet niteliğindeki edimin sözleşmede belirtilen şartları taşımasına rağmen yüklenicinin hileli hareketleriyle kabul edilmesi durumunda yüklenici dolaylı fail olarak değerlendirilemez. Dolaylı failliğin olması gerektiğini savunan görüş tam da söz konusu üç bentte olduğu gibi boşlukların oluşmasını

değerlendirmeye yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 21.03.2016, E.2014/297, K.2016/2915)

⁴¹³ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 651; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 526.

⁴¹⁴ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 443.

⁴¹⁵ **DÖNMEZER/ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2, (10), s. 505.

⁴¹⁶ **ÖZGENÇ, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, İstanbul 1996, s. 207; **AKBULUT**, Genel Hükümler, (3), s. 602.

⁴¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZGENÇ**, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 165 vd.

⁴¹⁸ **ÖZGENÇ**, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 208.

engellemeyi amaçlamaktadır. Yargıtay da ihaleye fesat karıştırma suçundaki benzer bir duruma ilişkin verdiği kararlarda özgü suçlar bakımından dolaylı failliğin mümkün olmadığını ifade etmektedir⁴¹⁹.

1.3. İçtima

1.3.1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'ndaki temel ilke fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar ceza ilkesidir. Bu ilke gerçek içtima olarak adlandırılmaktadır⁴²⁰. Bu ilkenin istisnalarına suçların içtimaı başlığı altında TCK m. 42 vd. yer verilmiştir. İçtima bakımından fiil tekliği-fiil çokluğu ile suç tekliği-suç çokluğu ayrımları önem arz etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki bu iki ayırım aynı anlama gelmemektedir⁴²¹. Suçların içtimaında birden fazla suçun tek bir fiilde toplanması haline ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Aynı başlık altında fiil tekliğini gerektiren içtima hallerine ilave olarak birden fazla fiilin gerekli olduğu zincirleme suç da düzenlenmiştir. Suçların içtimaından söz edilebilmesi için öncelikle tek bir fiilin olması gerekir. Birden fazla fiilin olduğu durumda genel kural olan gerçek içtima uygulanacaktır. Yani içtima bakımından önemli olan fiil tekliğidir.

Fiil tekliği hususunda doktrinde iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre fiil; hareket, netice ve nedensellik bağı unsurlarından oluşmaktadır. Neticenin birden fazla olduğu yerde fiilin tekliğinden söz edilemez. Bu nedenle söz konusu görüş fiili tekliği için neticenin tek

⁴¹⁹ "... Temizlik Ltd. Şirketini temsil yetkisi olan sanık ...'in ihale tarihinden önceki bir tarihte ... 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/206 Esas sayılı dosyası kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçundan yargılandığı halde suça konu ihaleye girdiğinden bahisle hükümlülüklerine karar verilmiş ise de, TCK'nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili görevlilerin, "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan, bu sebeple dolaylı failliğe elverişli bulunmayan ve TCK'nın 235/2-a maddesi uyarınca ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye teklif veren sanıklar tarafından işlenemeyeceği ve bu suçun faili olamayacakları dikkate alındığında, kamu görevlileri hakkında açılmış bir kamu davası bulunmaması, faili bulunmayan suça şerikliğinin mümkün olmaması nedeniyle unsurları oluşmayan atılı ihaleye fesat karıştırma suçundan sanıkların beraatlerine karar verilmesi gerektiği halde yanlışlığı değerlendirilerek mahkumiyet hükmü tesisi..." (Yargıtay 5. CD, 17.11.2016, E.2014/2575, K.2016/9071)

Yine benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 5. CD, 17.03.2016, E.2014/302, K.2016/2801; Yargıtay 5. CD, 18.02.2016, E.2013/16593, K.2016/1881.

⁴²⁰ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 563.

⁴²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 488.

olması gerektiğini ifade etmektedir⁴²². Diğer görüşe göre ise fiil tekliğinden anlaşılması gereken şey hareketin tekliğidir. Buna göre netice fiilin bir unsuru değildir, netice de fiil gibi suçun maddi unsurlarından biridir. Birden fazla neticenin meydana gelmesi fiilin de birden fazla olacağı anlamına gelmez⁴²³. Kanaatimizce de TCK m. 44'ün gerekçesindeki örneklerden hareketle fiil tekliğinden hareketin tekliğinin anlaşılması gerekir. Ayrıca fiil tekliği belirlemesi doğal anlamda bir değerlendirme ile belirlenemeyecektir. Hukuki bir değerlendirme yapılarak fiil sayısı belirlenecektir. Bu hususta dört kriter ileri sürülmüştür: İradi kararın tek olması, benzer davranışlar, zaman ve mekan bakımından sıkı bağlantı ve objektif bakış açısıyla hareketlerin tek fiil olarak anlaşılması⁴²⁴. Bu dört kriterin birlikte sağlanması halinde tek fiilden söz edilebilir.

1.3.2. Zincirleme Suç

Bir suç işleme kararı kapsamında farklı zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesine zincirleme suç denir. TCK m. 43/1'de düzenlenmektedir. Esasında birden fazla fiil ve birden fazla suç olmasına rağmen kanun koyucu tarafından manevi bağın olması şartıyla tek ceza verilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁴²⁵.

Edimin ifasına fesat karıştırma bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. TCK m. 43/1 son cümlede edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi mağdurun belli bir kişi olmadığı suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Taahhüdün kime karşı gerçekleştirildiği fark edilmeksizin söz konusu suçta mağdur her zaman toplumdaki herkes olacağı için, zincirleme suç hükümleri aynı kuruma ilişkin taahhüt edilen edimlere fesat karıştırıldığında uygulanabileceği gibi⁴²⁶ farklı kurumlara karşı taahhüt edilen edimlere fesat karıştırıldığında da uygulanabilecektir. Ancak ilgili suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmiş olması gerekir.

⁴²² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (9), s. 514; DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2, (10), s. 386; TOROSLU/TOROSLU, Genel Kısım, (22), s. 112.

⁴²³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, (10), s. 712; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 491.

⁴²⁴ GÖKTÜRK, Neslihan, Fikri İctima, Ankara 2013, s. 104. Benzer nitelikte bir ayırım için bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (7), s. 248.

⁴²⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 499.

⁴²⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7160.

Zincirleme suç kapsamında değerlendirilebilecek suçlardan birinde kooperatiflerin zarar gören olması önem arz etmektedir. Edimin ifasına fesat karıştırmada olduğu gibi suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu kimi suçlarda tipik fiil belli kişilerin doğrudan mağdur olmasına neden olabilir⁴²⁷. Aynı suç işleme kararına dayalı olarak hareket edilmiş olsa bile doğrudan mağdurun olduğu suçlar zincirleme suç kapsamında değerlendirilmemelidir⁴²⁸. Kanaatimizce suçtan zarar gören tüzel kişiliğin kooperatif olduğu hallerde kooperatif ortakları doğrudan mağdur olarak kabul edilebilir. Bu nedenle kooperatiflere karşı işlenen fesat karıştırmaya suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Aynı edim kapsamında ifanın belli aralıklarla gerçekleştirilmesi durumunda kısmi veya dönemsel edimlerden birden fazlasına fesat karıştırılması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamaz⁴²⁹. Bu durumda suçun konusu ve suç sayısı tektir. Edimin aynı olup olmadığı şartnameye ve imzalanan sözleşmeye bakılarak belirlenir. İhaleleri farklı olan, farklı şartnameye veya sözleşmeye sahip olan edimler aynı değildir⁴³⁰. İfa farklı tarihlerde

⁴²⁷ **AKBULUT**, Genel Hükümler, (3), s. 337; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, (12), s. 205;

⁴²⁸ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 508.

⁴²⁹ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7160.

⁴³⁰ “...Kamu görevlisi olan ve kabul-tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar S. Ö. ve Z. K.’ın gar sahasında bulunan ticari eşya ambarı, istasyon, wc, yatakhane ve güvenlik binalarına çatı yapılması el emeği işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle, katılan idarenin dosyada mevcut olup, sanıklarca itiraz edilmeyen raporlarda belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmalı, benzer eylemleri nedeniyle adı geçen sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına bakılmadan mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra kamu görevlisi olan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırmaya suçundan, yüklenici sanık F.. A.’in de TCK’nın 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırmaya suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraetlerine karar verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 30.04.2014, E.2012/15481, K.2014/48109)

Somut olayda binaların tamiratına ilişkin ayrı ayrı ihaleler yapılmış, buna dayalı olarak ayrı şartnameler hazırlanmış ve edimlerin birden fazlasına fesat karıştırılmışsa zincirleme suç hükümlerini uygulamak mümkün olacaktır. Ancak ilgili binaların tamamı aynı ihalenin konusu yapılmışsa ortada tek edim olacaktır. Bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü birden fazla bina şartnameye aykırı şekilde tamir edilmiş olsa bile suçun konusu tek olacaktır. Böyle bir durumda da suç çokluğundan söz edilemez.

“...Karatay Belediyesi tarafından ihalesi yapılan kamyon kiralama işinde, ihaleyle ilgili sözleşme ve şartnamelerde belirtilen nitelikleri taşımayan araçlar kullanılmasına rağmen fiilen kullanılmayan, ancak şartnamelerde öngörülen niteliklere uygun araçların plakaları üzerinden "yapılan işler tutanakları" ve bu belgelere dayanılarak yüklenici firmaya yapılacak ödemelere ilişkin hakedişler düzenlendiğinin anlaşılması karşısında, belirtilen tutanakları "düzenleyen" ve "kontrol eden" sıfatıyla imzalayan, bu suretle edimin ifası sürecinde kamu görevlisi olarak görev yapan sanıklar M. Ş. ve M. K. ile bu sanıkların eylemlerine iştirak eden yüklenici firma yetkilisi sanık H. A.’ün üzerlerine atılı zincirleme şekilde edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunun tüm unsurlarıyla sübuta erdiği gözetilmeksizin oluşa, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılığın değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraetlerine karar verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 10.06.2014, E.2013/2262, K.2014/6474)

gerçekleşse bile edimler tek bir ihale kararı veya sözleşmeye dayanıyorsa aynı edim sayılacaktır. Örneğin şartname gereği yıl boyunca her ay idareye 100 kilo büyükbaş hayvan eti teslim etmesi gereken yüklenici ilk iki ay edimini şartnameye uygun yerine getirmesine rağmen üçüncü ve dördüncü ay teslim edeceği etin içine bir miktar kanatlı hayvan eti ilave ederek teslim ederse tek bir edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Yüklenicinin her ay teslim ettiği ürün ayrı bir edim niteliği taşımaz. Bu ürünler tek bir edimin parçalarını oluşturur. Söz konusu tek edim bakımından yapılacak değerlendirmede de ifa ya sözleşmeye uygun yerine getirilmiştir ya da ifaya fesat karıştırılmıştır. Bu nedenle bir aylık edime fesat karıştırma ile birden fazla aylık edimlere fesat karıştırma arasında suç sayısı bakımından farklılık yoktur ve her halde tek suç oluşacaktır⁴³¹. Ancak mevzubahis durum TCK m. 61’de düzenlenen cezanın belirlenmesi hususunda dikkate alınmalıdır.

1.3.3. Fikri İçtima

Türk Ceza Kanunu’nda iki farklı fikri içtima türüne yer verilmiştir. Tek bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi haline aynı nev’iden fikri içtima, tek bir fiille birden fazla suçun işlenmesi haline farklı nev’iden fikri içtima denir⁴³². TCK m. 43/2’de düzenlenen aynı nev’iden fikri içtima ile TCK m. 44’te düzenlenen farklı nev’iden fikri içtima hükümleri özel içtima düzenlemesi olmayan her hal bakımından uygulanacaktır.

TCK m. 236/3’te özel bir içtima düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevliler ayrıca ilgili suç hükümlerine göre de cezalandırılacaklardır. Bu noktada genel hüküm olan farklı nev’iden fikri içtima düzenlemesinden ayrılarak gerçek içtima ilişkisi bir düzenleme yapılmıştır. Rüşvet ve irtikap ilgili düzenleme bakımından önem arz eden suç tipleridir. Örneğin muayene ve kabul komisyonunda görev alan kişiler kusurlu edimi kabul etmek için rüşvet almaları halinde hem edimin ifasına fesat karıştırma hem de rüşvet suçundan dolayı cezalandırılacaklardır. Gerçek içtima düzenlemesine de yer verilmek suretiyle ihale sürecinde işlenen suçlarla etki mücadele amaçlanmıştır. Ancak TCK m. 236/3’te sadece görevli kişilerin menfaat temin etmesinden bahsedilmiştir. Bu durumda gerçek içtima kuralı

Somut olayda da tek bir ihaleye dayalı şartname kapsamından yapılan birden fazla hakedişin her biri Yargıtay tarafından ayrı suç olarak değerlendirilip zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce somut olaydaki suç konusu tek olduğu için suç çokluğundan söz edilemez.

⁴³¹ Mevcut durumda değerlendirilebilecek iki farklı görüş için bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 794.

⁴³² **GÖKTÜRK**, Fikri İçtima, s. 95.

sadece kabule yetkili kişileri kapsamaktadır. Teslime yetkili kişiler bakımından ise fikri içtima ilkeleri halen geçerli olacaktır⁴³³. Ayrıca menfaat temininin ispat edilememesi edimin ifasına fesat karıştırma suçundan hüküm kurulmasına engel teşkil etmez. Yani bu suçun oluşabilmesi için menfaat temini zorunlu değildir.

İçtima bakımından özellik arz eden bir diğer durum belgede sahtecilik suçlarıdır. TCK m. 212’de yine bir gerçek içtima düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre sahte resmi veya özel belge bir başka suçun işlenmesinde kullanılırsa hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ceza verilecektir. Buna göre kabul eden bakımından resmi belgede sahtecilik suçu, teslim eden bakımından ise özel belgede sahtecilik suçu ya da resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluşması mümkündür⁴³⁴. Pek çok durumda edimin ifasına fesat karıştırma suçu için gerekli hile unsuru sahte belge düzenlemek suretiyle sağlanmaktadır. Bahsedilen iki gerçek içtima hükmünün birlikte uygulanma halinin örnek üzerinden izahı gerekirse; yüklenici A, muayene ve kabul komisyonu üyeleri D, E ve F ile rüşvet karşılığı anlaşıp şartnameye uymayan edim konusu binanın şartnameye uygun olduğundan bahisle kabulünü sağlarsa komisyon üyeleri rüşvet, edimin ifasına fesat karıştırma ve resmi belgede sahtecilik suçlarından gerçek içtima kuralları doğrultusunda ceza alacaktır. A ise rüşvet ve şerik olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından (TCK m. 236/2-d) fikri içtima kuralları doğrultusunda, resmi ve/veya özel belgede sahtecilik suçundan gerçek içtima kuralı doğrultusunda ceza alacaktır.

İlgili suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi de mümkündür⁴³⁵. Böyle bir durumda TCK m. 220/4’teki gerçek içtima düzenlemesi gereği hem örgütlü suçtan hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı ceza verilecektir.

Fikri içtima bakımından tartışılması gereken diğer bir husus danışmanlık hizmetidir. Danışmanlık hizmeti, herhangi bir ihale konusu edimle ilgili teknik, mali, hukuki ve benzeri özellik gerektiren hizmetlere ilişkin bilgi ve deneyimin idarenin yararı için kullanılması halini de kapsamaktadır. Yani danışmanlık hizmeti alımı başlı başına bir edim iken aynı zamanda özel bilgi gerektiren başka bir ihale konusu edimle ilişkili olabilir. Danışmanlık hizmeti sunucusu, yüklenmiş olduğu danışmanlık hizmetini şartnameye uygun yerine getirmezse hem konusu danışmanlık hizmeti olan edimin hem de danışmanlık hizmetinin

⁴³³ KOCA, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 307.

⁴³⁴ KAPLAN, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 725.

⁴³⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7159.

ilişkili olduğu diğer bir edimin ifasına fesat karıştırmış olacaktır. Ancak danışmanlık hizmeti sunucusu, danışmanlık hizmetinin ilişkili olduğu edim bakımından ne teslim eden ne de kabul eden olabileceği için sadece danışmanlık hizmetine fesat karıştırmaktan sorumlu olacaktır. Yine de ilgili edim bakımından ayrıca şeriklik mümkündür. Böyle bir durumda ise aynı nev’iden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır⁴³⁶.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu m. 143/1’de şartnameye aykırı mal ve hizmet kabul etmek başlığı altında “Sözleşmeye bağlanmış yiyecek, giyecek, teçhizat veya diğer mal ve hizmetler ile her nevi imalat ve inşaatı, sözleşmeye ilişkin şartname ve numelerine uymadıkları halde kabul eden veya ettirenler üç yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar.” hükmü yer almaktadır. İkinci fıkrada ise özel içtima kuralı düzenlenmiştir. Buna göre fiil ceza kanunlarına göre daha ağır bir suç teşkil ediyorsa, ceza ilgili kanuna göre tayin edilir. Bu hüküm bir fikri içtima düzenlemesi olmakla beraber TCK m. 44’te yer alan düzenlemeye istisna niteliği taşımadığı için gereksizdir. Söz konusu düzenleme ve edimin ifasına fesat karıştırma suçu birbirine oldukça yakın iki farklı düzenlemedir. Hile unsuru aranmasa da Askeri Ceza Kanunu’nda yer alan suçun gerçekleştiği birçok halde edimin ifasına fesat karıştırma suçu da gerçekleşmiş olacaktır.

⁴³⁶ “...Belediye ile ... Üniversitesi İnşaat Mühendisliği arasında 29.04.2013 tarihli yazı ile ...Müzesi Restorasyonu ve Onarımı işinin uygulama projelerinin değerlendirilmesi, teknik raporun hazırlanması, uygulamaların yapılması aşamasında yerinde kontrol edilmesi ve mahalline gidilmesi amacıyla danışmanlık hizmet alımı protokolü yapılmıştır. Bu doğrultuda da, üniversiteye 2 öğretim görevlisi için ...TL danışmanlık ücreti ödenmiştir. Daha sonra 08.07.2014 tarihli Protokol ile ...Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesinden ...TL’lik danışmanlık hizmeti alınmıştır. Bu hizmete ilişkin imzalanan sözleşmenin 34.2’nci maddesine göre işin uygulaması sırasında ortaya çıkan proje revizyonlarının ve buna bağlı işlerin bedelsiz olarak yüklenici tarafından yapılması gerekmektedir (...) belirtilen iş kapsamında ...Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesinden görevlendirilen danışman Öğretim Üyesi ...’in yukarıda zikredilen 08.07.2014 tarihli Protokolün 8’ inci maddesinde yer alan “Danışman ayda 4 (dört) mesai günü görevlendirilmiş olup, ödemeler her ayın ilk haftası ...TL + KDV olarak yapılacaktır.” şeklindeki hüküm gereği ayda 4 gün ...’de işyerinde mesai yapması gerekmektedir. Ancak, sözü edilen danışmanın 1 Haziran–31 Aralık 2014 tarihleri arasında sadece 5 gün iş kapsamında mesai yaptığı tespit edilmiştir. Savunmalarda bazı görevlendirmelerden bahsedilmişse de, bunlar belgeyle tevsik edilmemiştir. Bu itibarla, ...Müzesi Restorasyonu ve Onarımı işi kapsamında 08.07.2014 tarihli Protokol ile ...Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesinden görevlendirilen danışman ...’e protokol hükümlerine aykırı olarak fiilen çalışmadığı günler için ödeme yapılması sonucu oluşan ...TL tutarındaki kamu zararının...” (Sayıştay 7. Dairesi, 07.04.2016, KN.97)

Somut olaydaki öğretim üyelerinin restorasyon işinde kontrol görevini yerine getirmemesi durumunda danışmanlık hizmetinin ifasına fesat karıştırmış olmakla birlikte restorasyon işinin ifasına da fesat karıştırmış olacaklardır. Ancak restorasyon işi bakımından sadece şerik olabilirler. Manevi unsurun da sağlanması halinde somut olayda şeriklik iradesi yoksa tek edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, şeriklik iradesi varsa aynı nev’iden fikri içtima hükümleri doğrultusunda sorumlu olacaktır. Bu durumda fiilin, hukuki anlamda tek olduğundan bahsedilebilir. Verilecek cezada TCK m. 43/1’e göre arttırma yapılacaktır.

Ancak tam tersi bir durumdan söz edilemez. ASCK m. 143'teki suçun oluşabilmesi için ihale sonrasında sözleşme imzalanması gerekmektedir⁴³⁷. Aksi halde suç oluşmayacaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu karşısında ASCK m. 143'te yer alan bu düzenleme sakıncalıdır. İçtima kurumu bakımından belirsizliklere neden olmaktadır. Asker kişi ve asker olmayan kişilerin iştirak iradesiyle hareket ettikleri durumlarda gerçekleştirdikleri fiiller farklı haksızlıklar olarak değerlendirilebilecektir. Ayrıca söz konusu durum askeri yargının mevcut olduğu dönem bakımından yargılanmanın gereksiz yere bölünmesine neden olabilecek nitelikteydi⁴³⁸. Ancak 16.04.2017 tarihinde yapılan referandum sonucunda kabul edilen 6771 sayılı Kanun m. 16 ile Anayasa m. 145'te yapılan değişiklik sonucu askeri mahkemeler kaldırılmıştır. Böylece yargı yerinin farklılığından kaynaklanacak sakıncaların önüne geçilmiştir. Yine de TCK m. 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yanında ASCK m. 143'teki düzenlemenin gereksiz olduğunu düşünmekteyiz. Mevcut durumda ASCK m. 143 ile TCK m. 236 arasında farklı nev'iden fikri içtima ilişkisi vardır.

2. YAPTIRIM

Türk Ceza Kanunu'nda ikili yaptırım sistemi benimsenmiştir. Buna göre yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbiri olarak ikiye ayrılmaktadır. Cezalar ise kendi içinde hapis ve adli para cezası olarak ikiye ayrılmaktadır. Asli-fer'i ceza ayırımına mevcut kanunla birlikte son verilmiştir. Ceza ve güvenlik tedbiri arasındaki en temel ayırım ise ceza yaptırımını için failin kınanabilir olması gerekir iken güvenlik tedbirlerine başvurabilmek için her zaman kınanabilirlik gerekmemektedir⁴³⁹.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karşılığı olarak TCK m. 236/1'de üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun daha az veya daha fazla cezayı gerektirecek nitelikli hali düzenlenmemiştir. Zarar suçu olan edimin ifasına fesat karıştırma için zararın meydana gelmemesi haline ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Öngörülen cezanın alt sınırı üç yıl olmasından dolayı verilecek ceza kısa süreli hapis cezası niteliği taşıyamaz. Bu nedenle cezanın TCK m. 50'ye göre adli para cezasına çevrilmesi ya

⁴³⁷ **KAPLAN**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 726.

⁴³⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi farklı bir suç bakımından, asker kişi ve sivil kişinin askeri suç birlikte işlemeleri halinde asker kişinin askeri yargıya, sivil kişinin adli yargıya tabi olduğu yönünde karar vermiştir. (Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 26.10.2015, E.2015/35, K.2015/29.)

⁴³⁹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, (9), s. 538.

da TCK m. 51'e göre ertelenmesi mümkün değildir⁴⁴⁰. Ayrıca TCK m. 66'ya göre bu suçun dava zamanaşımı 15 yıl, TCK m. 68'e göre ceza zamanaşımı 20 yıldır.

Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların geneli bakımından TCK m. 242'de yer alan hüküm, edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından da geçerlidir. Buna göre suçun işlenmesiyle beraber yararına menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında TCK m. 60'ta düzenlenen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Ayrıca Kabahatler Kanunu m. 43/A'da tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin olarak *“Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından ... 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ... tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye on bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre ceza edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin yargılamayı yapmakla görevli mahkeme tarafından verilecektir.

TCK m. 53'te düzenlenen ve güvenlik tedbiri niteliğinde olan hak yoksunluğu, kamu görevlisi olsun ya da olmasın tüm failer hakkında uygulanacaktır⁴⁴¹. TCK'daki hak yoksunluğuna ilave olarak çeşitli kanunlarda da edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ayrıca sonuç bağlanmıştır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 5'te, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m. 10'da, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 56'da, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 9'da, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 48'de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan mahkum olmanın ilgili kanunda düzenlenen mesleği yapmaya engel teşkil edeceği düzenlenmiştir⁴⁴². Bununla birlikte sair kanunlarda halen *“resmi ihale ve alım ve satımlara*

⁴⁴⁰ **DÜLGER**, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 234.

⁴⁴¹ **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 363.

⁴⁴² Ayrıca 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu m. 8'de, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 4'te, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu m. 50'de, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu m. 10'da, 5368 sayılı Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri ve Büroları Hakkında Kanun m. 2'de, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun m. 10'da, 6358 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 6'da, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 4'te, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 44'te, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu m. 8'de, 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Ek m. 9'da, 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu m. 6'da, 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 28'de, 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu m. 7'de, 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu m. 3'te, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu m. 33'te, 5000 sayılı Türk Patent Ve Marka Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 30'da, 2910 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 18'de, 5910

fesat karıştırma suçu” ifadesinin yer aldığı görülmektedir. 765 sayılı TCK’dan kalma bu ifadenin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu karşılayıp karşılamadığına ilişkin fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre kanunda açıkça suçun ismi zikredilmediği için resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma suçunda edimin ifasına fesat karıştırma anlaşılamaz⁴⁴³. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre söz konusu suçun 765 sayılı TCK’daki karşılığına bakıldığında ihaleye fesat karıştırmayla birlikte edimin ifasına fesat karıştırma suçunu da karşılamakta olduğu anlaşılacaktır⁴⁴⁴. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 8’de, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 8’de, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu m. 11’de ise resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma suçlarından mahkum olmanın ilgili kanunlarda düzenlenen meslek veya makamlara engel teşkil edeceği düzenlenmiştir⁴⁴⁵. Askeri Ceza Kanunu’nda, belirtilen suçtan hükümlülük halinin karşılığı olarak meslekten çıkarma cezası öngörülmüştür. Son olarak Anayasa m. 76’da ise ilgili suçtan hüküm giymenin milletvekili seçilmeye engel teşkil edeceği belirtilmiştir. Yukarıda yapılan açıklama gereği sayılan kanunlarda her ne kadar resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma suçunda bahsedilmiş olsa da günümüz ceza kanunu gereği edimin ifasına fesat karıştırma suçuna sonuç bağlanmış olmaktadır. Yani sayılan yasaklılık halleri diğer hallerden farksız bir şekilde uygulanacaktır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 26’da idari yaptırım olan kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamaya yer verilmiştir. Buna göre Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 25’te yer alan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişi hakkında bir yıldan iki yıla kadar, Kamu İhale Kanunu m. 2 ve 3’de istisna edilenler de dahil, bütün kamu kurum ve

sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi İle İhracatçı Birliklerinin Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun m. 21’de, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu m.17’de, 5174 sayılı Türkiye Odalar Ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu m. 74’te, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 87’de, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun m. 6’da, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 10/A’da edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

⁴⁴³ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 855; **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 242; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, (2), s. 7161.

⁴⁴⁴ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 71; **ALTIPARMAK**, Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 174; **ÇALIŞKAN**, İhale Kavramları ve İhale Suçları, s. 779; **SARITAŞ**, “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, s. 66.

⁴⁴⁵ Ayrıca 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 6’da, 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 227’de, 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun m. 18’de, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu m. 11’de, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 3’te, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu m. 36’da, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu m. 16’da, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu m. 12’de de resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma suçuna benzer şekilde sonuç bağlanmıştır.

kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilecektir. Yasaklama kararının hukuki niteliği idari yaptırımdır⁴⁴⁶. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 2’de yer alan “*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*” tanımı gereği Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 25’te yer alan yasak fiil ve davranışlar kabahat niteliği taşımaktadır⁴⁴⁷. Belirtilen hüküm gereği kişiye idari yaptırım uygulanabilmesi için gerçekleştirilen fiilin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu meydana getirmesi gerekmez. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 26’daki yaptırım ceza kovuşturmasından bağımsız bir nitelik taşımaktadır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 27’de ise yukarıdaki düzenlemeye ilave olarak 25. maddedeki yasak fiil ve davranışların aynı zamanda suç oluşturması haline yer verilmiştir. Buna göre iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi 25. maddedeki yasak fiil ve davranışlar suç niteliği taşıyorsa haklarından yapılacak kovuşturma sonucu verilecek cezaya ek olarak, 26. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak şartıyla, ceza mahkemesi tarafından bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilecektir. Ayrıca haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanabileceklerdir. Bu yasaklama kararlarının hukuki niteliğini, ceza mahkemesi tarafından verildiği için güvenlik tedbiri olarak kabul etmek gerekmektedir⁴⁴⁸. Yani failin davranışı hem Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 25’te yer alan yasak fiillerden birini oluşturuyor hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturuyorsa mahkeme tarafından verilecek olan bir yıldan üç yıla kadar olan güvenlik tedbirinin infazı, idare tarafından 26. maddeye göre verilen bir yıldan iki yıla kadar olan idari yaptırımdan sonra gerçekleşecektir. Bu düzenleme iki açıdan sakıncalıdır. Öncelikle güvenlik tedbirinin infazının idari yaptırımdan sonra bırakılması ve söz konusu tedbiri genel olarak TCK’daki yaptırım sistemine tabi olmaması sakıncalıdır⁴⁴⁹. Diğer bir sakınca ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 27’deki emredici hükümden de anlaşılacağı üzere idari yaptırım olan ihaleden yasaklanma kararı ve güvenlik tedbiri olan ihaleden yasaklama kararı tek bir fiil bakımından birlikte uygulanacaktır. Ancak Kabahatler Kanunu m. 15/3’te “*Bir fiil hem*

⁴⁴⁶ ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 134.

⁴⁴⁷ İNAN, İhale Hukuku Ders Notları, (2), s. 281.

⁴⁴⁸ ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 137.

⁴⁴⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 799; ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 138.

kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre failin hareketi hem 25. maddedeki fiillerden birini oluşturuyor hem de suç niteliği taşıyorsa faile kabahatten dolayı yaptırım uygulanamaz. Somut durumda 26. maddede yer alan idari yaptırım niteliğindeki ihaleye katılmaktan yasaklanma kararı verilmemesi gerekmektedir⁴⁵⁰. Ancak 27. maddedeki yaptırım güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu için uygulanabilir nitelikte olacaktır. Bu nedenlerle belirtilen düzenleme içtima hükümleriyle de çelişmektedir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 26 ve 27’de “*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.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince edimin ifasına fesat karıştırma fiiline iştirak etmeyen kişilere de yaptırım uygulanabilecektir. Her ne kadar edimin ifası sürecinin korunması adına caydırıcılık amaçlanmış⁴⁵¹ olsa da belirtilen hüküm Anayasa m. 38’de güvence altına alınan cezaların şahsiliği ilkesine açıkça aykırılık teşkil eder⁴⁵².

Son olarak belirtmek gerekir ki Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yer alan yaptırımlar sadece o kanuna tabi şartname ve sözleşmeler bakımından geçerlidir. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusu oluşturabilecek sözleşmeler Kamu İhale Kanunu’na tabi sözleşmelerden ibaret değildir. Bu nedenle diğer sözleşmeler bakımından sadece TCK ve Kabahatler Kanunu’nda yer alan yaptırımlar uygulanabilir niteliktedir.

3. KOVUŞTURMA

Suçun soruşturma ve kovuşturması re’sen yapılır. Failin kamu görevlisi olması halinde muhakeme şartı olan iznin gerekliliği olup olmadığı tartışmalıdır. 4483 sayılı

⁴⁵⁰ **AKBULUT**, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m.238)”, s. 25.

⁴⁵¹ **DOĞANYİĞİT**, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, (15), s. 1497.

⁴⁵² **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 140.

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereği kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için yetkili merciden muhakeme şartı olan iznin alınması gerekmektedir. Ancak 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m. 17’de “...irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Aksi yönde görüşler olmakla birlikte⁴⁵³ yaptırım bahsinde de belirtildiği üzere “resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma” ifadesi edimin ifasına fesat karıştırma suçunu da kapsadığı için bu suç bakımından 3628 sayılı Kanun uygulanacaktır⁴⁵⁴. Bu nedenle kamu görevlisi fail için izin alınması gerekmemektedir. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir⁴⁵⁵. Ancak 3628 sayılı Kanun m. 17/2 gereği, söz konusu hüküm müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz. Bu nedenle müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında muhakeme şartı olan izin halen gereklidir. Bu durumda örneğin, kaymakam ve sair kamu görevlisinin müştereken edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemesine rağmen kaymakam hakkında yetkili merci olan valinin soruşturma izni vermemesi halinde muhakeme faaliyeti sadece sair kamu görevlileri hakkında devam edebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma ifadesinin değiştirilerek ihaleye fesat karıştırma ve/veya edimin ifasına fesat karıştırma suçu ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11’e göre ilgili suç bakımından görevli

⁴⁵³ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 855; **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 242; **MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 364.

⁴⁵⁴ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 71; **ALTIPARMAK**, Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 174; **ARSLAN/TÖNGÜR**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 247; **PARLAR**, Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s. 120.

⁴⁵⁵ “...Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 3628 sayılı Yasanın 17. maddesi gereğince doğrudan soruşturulabileceği ve izne tabi olmadığı gözetilip, geçici ve kesin kabul işlemlerini yapan ve bu tutanaklarda imzaları bulunan kamu görevlileri haklarında dava açtırılması ve daha sonra bu dava dosyası ile birleştirilmesinin sağlanmasına müteakip, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi de gözetilerek, sanığın, hakkında dava konusu edilen edimin ifası sürecine E... Hillez İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. adına doğrudan veya dolaylı olarak katılıp katılmadığının tespiti için...” (Yargıtay 5. CD, 05.06.2013, E.2012/4644, K.2013/6190)

mahkeme asliye ceza mahkemesidir⁴⁵⁶. Özellikle resmi belgede sahtecilik suçu ile mevzu bahis suç arasında bağlantı olması muhtemeldir. Bu durumda ise görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olacaktır.

4. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

4.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

Türk Ceza Kanunu'nda ihale sürecine ilişkin iki suça yer verilmiştir. Bu ikili ayrım ihale mevzuatında yer alan ayrımla paralellik arz etmektedir. 765 sayılı TCK'da ihale kavramı içinde edimin ifası süreci de düzenlenmekteydi⁴⁵⁷. İlk defa 5237 sayılı TCK'da edimin ifası sürecine ilişkin bağımsız bir suç düzenlenmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere ihale yetkilisince ihale onayı verilmesinden sözleşmenin imzalanmasına kadar olan kısım ihale süreci, sözleşmenin imzalanmasından sonraki kısım ise edimin ifası süreci olarak adlandırılacaktır. Belirtilen iki süreç birbiri ardına gelmekle birlikte birbirinden bağımsız nitelik taşımaktadır. Aynı şekilde ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları da aralarında bağlantı olmakla birlikte birbirinden bağımsız nitelik taşımaktadırlar.

İhaleye fesat karıştırma suçu TCK m. 235'te düzenlenmiştir. Suçun konusu alım, satım, kiralama ve yapım ihaleleri ile sınırlanmıştır. Belirlilik ilkesi doğrultusunda edimin ifasına fesat karıştırmada olduğu gibi ihaleye fesat karıştırma suçunda da seçimlik hareketlere yer verilmiştir⁴⁵⁸. Seçimlik hareketlerde hileye yer verilmekle birlikte tüm hareketler bakımından ortak nokta değildir. Ayrıca zararın meydana gelmemesi hali de suç olarak düzenlenmiştir. Yine edimin ifasına fesat karıştırma suçundan farklı olarak kamu kurum veya kuruluşları aracılığıyla yapılan arttırma ve eksiltmeler de suçun kapsamına dahil edilmiştir.

⁴⁵⁶ "...Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sanık ... ve suç ortaklarının yapılan yargılanmaları sırasında; İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesiyle Gaziosmanpaşa 12. Asliye Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz görev uyumsuzluğunun giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü: İncelenen dosya içeriğine, sanıkların üzerine atılan suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen Gaziosmanpaşa 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 01/12/2015 gün ve 2015/137 E. 2015/295 K. sayılı GÖREVSİZLİK kararının KALDIRILMASINA, dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 21/09/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..." (Yargıtay 5. CD, 21.09.2016, E.2016/7506, K.2016/7823)

⁴⁵⁷ ALTIPARMAK, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, (3), s. 148.

⁴⁵⁸ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, (12), s. 116.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ihaleye fesat karıştırma suçu arasındaki temel fark işlenebilecekleri süreçtir. Edimin ifasına fesat karıştırma, ihaleye fesat karıştırma suçundan sonra işlenebilir. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için mutlaka ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmiş olması gerekmediği gibi ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği bir süreç de gerekmez⁴⁵⁹. Örneğin doğrudan temin yöntemi bir ihale usulü olmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturamaz⁴⁶⁰. Ancak doğrudan temin yoluyla taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştırılması suretiyle TCK m. 236’da yer alan suçun işlenmesi mümkündür⁴⁶¹.

Failin aynı edim kapsamında hem ihaleye fesat karıştırması hem de edimin ifasına fesat karıştırması mümkündür. İhaleye fesat karıştırmanın edimin ifasına fesat karıştırılmayı kapsayacağı ya da tüketeceği söylenemeyeceği gibi fiil tekliğinden de bahsedilemez. Bu nedenle iki suç arasında görünüşte içtima veya fikri içtima ilişkisi kurulamaz. Böyle bir durumda failin her iki suçtan dolayı cezalandırılması gerekmektedir⁴⁶².

4.2. Dolandırıcılık Suçu

Malvarlığına karşı işlenen bir suç olan dolandırıcılık, TCK m. 157 vd. düzenlenmiştir. Failin hileli bir davranışta bulunarak mağduru aldatması sonucu mağduru veya üçüncü kişiyi zarara uğratması, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamasıdır. Zararın miktarının tespit edilmesi gerekmez de suçun oluşması için zararın varlığı zorunludur⁴⁶³. Suçun ayırt edici unsuru hiledir. Hileye maruz kalan kişi ile zarara uğrayan kişinin aynı olması gerekmez⁴⁶⁴. TCK m. 158’de yer alan nitelikli haller arasında suçun, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi hali (e bendi) düzenlenmiştir.

Hem dolandırıcılık suçu hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçu hileli hareketlerle gerçekleştirilebilen suçlardır. Bazı yazarlar tarafından edimin ifasına fesat karıştırma suçunun olduğu hallerde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı ifade edilmiştir. Ancak buna ilişkin hukuki gerekçe belirtilmemiştir⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması için bir ihale süreci olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 216.

⁴⁶⁰ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, s. 8.

⁴⁶¹ **ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (4), s. 116.

⁴⁶² **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 69.

⁴⁶³ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (13), s. 749.

⁴⁶⁴ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 647.

⁴⁶⁵ **AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 69; **DEMİR**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 34.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun unsurlarının gerçekleştiği durumlarda aynı zamanda dolandırıcılık suçunun unsurları da oluşmaktadır. Her iki suç için de zararın meydana gelmesi şartı aranmaktadır, her iki suç da hileli hareketlerle gerçekleştirilmektedir. Ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçunda zarar çoğu zaman kamu kurum ve kuruluşları aleyhine olduğu için TCK m. 158/1-e bendi⁴⁶⁶ gündeme gelecektir. Bazı durumlarda da “h” bendi⁴⁶⁷ uygulanabilir olacaktır. Bu nedenle edimin ifasına fesat karıştırmanın olduğu durumlarda, bu suç ile dolandırıcılık suçu arasındaki ilişki bakımından iki seçenek söz konusu olacaktır.

Birinci seçenek, tek fiille birden fazla, farklı suçun gerçekleşmesi hali olan TCK m. 44'teki farklı nev'iden fikri içtimadır. Buna göre fail, sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır. 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle TCK m. 158'da yapılan değişiklik sonucu dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri için öngörülmuş olan ceza üç yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası olarak değiştirilmiştir. TCK m. 158/1-e bendinin gerçekleşmesi halinde ise hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı belirtilmiştir. Adli para cezaları bir yana, iki suç arasında fikri içtima ilişkisinin olduğu kabul edilirse hapis cezasının alt ve üst sınırları daha yüksek olduğu için her zaman dolandırıcılık suçundan hüküm kurmak gerekmektedir. Bu durumda edimin ifasına fesat karıştırma suçunun düzenlenme gerekçesi ortadan kalkmaktadır.

Bizim de katıldığımız ikinci seçenek ise mevzubahis suçlar arasından görüşte içtima ilişkisinin olduğudur. Görünüşte içtima halinde fiile uygulanabilecek tek bir norm olmasına rağmen sadece görünüş itibariyle suç çokluğundan söz edilebilmesidir⁴⁶⁸. Tek bir suça ilişkin normun uygulanması ile fiilin haksızlık içeriği karşılanmaktadır⁴⁶⁹. Görünüşte içtima ilişkisi kanunda istisnalar olmakla birlikte genel bir düzenleme yoktur. Yorum yoluyla sonuca ulaşılmaktadır⁴⁷⁰. Görünüşte içtimanın üç görünüm biçimi vardır: Özel norm-genel norm ilişkisi, tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi, asli norm-tali norm ilişkisi⁴⁷¹. Edimin ifasına

⁴⁶⁶ “Kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak ... işlenmesi halinde”

⁴⁶⁷ “Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında ... işlenmesi halinde”

⁴⁶⁸ İÇEL, Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İTÜSBD, 2008/14, s. 36.

⁴⁶⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, (16), s. 377.

⁴⁷⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Genel Hükümler, (5), s. 606.

⁴⁷¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, (9), s. 531.

fesat karıştırma ve dolandırıcılık suçları arasında özel normun genel norma göre önceliği ilkesi gereği görünüşte içtima ilişkisi vardır⁴⁷². İki norm arasında özel norm-genel norm ilişkisinin kurulabilmesi için iki şart aranmaktadır: her iki normun da aynı hukuki değeri koruması ve özel normun genel normun özellikleriyle beraber fazladan özellik taşımasıdır⁴⁷³. Yani özel norm olmasaydı özel normun uygulandığı her somut olaya genel norm uygulanırdı denilebiliyorsa iki norm arasında görünüşte içtima ilişkisinden söz edilebilir⁴⁷⁴. Ayrıca özel normun daha ağır ceza öngörmesi gerekmemektedir⁴⁷⁵. Mevcut durumda edimin ifasına fesat karıştırma suçu düzenlenmeseydi, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun uygulandığı her duruma dolandırıcılık suçu uygulanabilirdi. Bu nedenle genel norm niteliğindeki dolandırıcılık suçu geri çekilerek somut olaya sadece özel norm niteliğindeki edimin ifasına fesat karıştırma suçunun uygulanacağı söylenebilir. Özellikle özgü suç niteliği taşımasından dolayı edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olamayacak kişilerin fiilleri dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilecektir. Yargıtay'ın verdiği kararlar da genel olarak bu yöndedir⁴⁷⁶.

⁴⁷² **ARSLAN/TÖNGÜR**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 246; **KAPLAN**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, s. 726.

⁴⁷³ **İÇEL**, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 40.

⁴⁷⁴ **TOROSLU/TOROSLU**, Genel Kısım, (22), s. 91.

⁴⁷⁵ **İÇEL**, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 41.

⁴⁷⁶ “...Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan açılan kamu davasında; araç kiralama ihalesini kazanan sanığın ifa ettiği edimin hizmet niteliğine ilişkin olması nedeniyle eyleminin TCK'nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak; 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri nazara alınarak, araç kiralama ihalesini gerçekleştiren belediye görevlileri hakkında mahkemenin 03/03/2011 tarihli suç ihbarı yazısının sonucunun beklenip, dava açılması halinde bu dosya ile birleştirilmesi, kamu görevlilerinin suça katılmadıklarının saptanması durumunda eylemin TCK'nın 158/1-e maddesinde düzenlenen ve yargılama görevi Ağır Ceza Mahkemesine ait olan kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği de gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 04.03.2016, E.2014/517, K.2016/2371)

“...İddianamede yer alan ... 21 AD.. ve 02 AD... plaka sayılı resmi araçların tamir işlemlerinde, piyasa değerinin üzerinde fiyatların ödendiği ve aynı zamanda ödeme emrine ilişkin faturada değiştiği belirtilen bazı parçaların da değişmediğinin tespit edildiği” şeklindeki isnatların sübutu halinde resmi belgede sahtecilik, kamu kurumu aleyhine dolandırıcılık, doğrudan temin yöntemiyle alınan aracın kabulünde sanığın görevli olduğunun saptanması halinde ise edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği anlaşılacakla, bu suçlardan dolayı yargılama yapma, delilleri değerlendirme ve suç vasfını belirleme

4.3. Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu TCK m. 238’de düzenlenmiştir. Buna göre yüklenicinin taahhüt ettiği işi yerine getirmemesi sonucu kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinler ortadan kalkar veya önemli ölçüde azalır fail TCK m. 238 gereği cezalandırılacaktır. Tipikliğin maddi unsurları bakımından edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla arasında görece benzerlik vardır⁴⁷⁷. En önemli farklardan biri söz konusu suçta objektif cezalandırılabilme şartına yer verilmesidir. Kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olma hali objektif cezalandırılabilme şartıdır⁴⁷⁸. Objektif cezalandırılabilme şartı, kanun koyucunun failin cezalandırılabilmesi için suçun unsurları dışında gerçekleşmesini aradığı şarttır⁴⁷⁹. Objektif cezalandırılabilme şartı kastın kapsamına dahil değildir⁴⁸⁰. Bu nedenle failin cezalandırılabilmesi için somut olayda objektif şartın gerçekleştiğini bilmesi gerekmez. Diğer bir fark ise edimin ifasına fesat karıştırma suçunun aksine bu suçta yüklenicinin, ifa kapsamında hileli hareketlere başvurması gerekmez. Taahhüt edilen işi yerine getirilmemesi yeterlidir. Bu nedenle suçun, gerçek ihmali suç olduğunu ifade edilebilir⁴⁸¹.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu için kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun özel bir görünüş biçimi olduğu belirtilmiştir⁴⁸². Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenmesi sonucu kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olunması mümkündür. Bu durumda hem hileli hareketlerle edimin ifasına fesat karıştırılmış olunacak hem de

görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak 5235 sayılı Yasanın 12 ve 5271 sayılı CMK'nın 4/1. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay 5. CD, 24.12.2015, E.2013/13176, K.2015/17766)

⁴⁷⁷ “...Her ne kadar sanıklar hakkında suç tarihlerinde yönetim kurulunda görevli olmadıkları gerekçesiyle beraet kararı verilmiş ise de; suç tarihlerinde görevli olan yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile sorumluların tespiti ile haklarında suç duyurusunda bulunularak kamu davası açıldığı takdirde her iki davanın birleştirilerek sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma sonucu beraetlerine karar verilmesi...” (Yargıtay 5. CD, 19.03.2014, E.2012/16031, K.2014/3101)

Yargıtay vermiş olduğu bu kararda kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun ancak yüklenici tarafından işlenebileceğine karar vermiştir. Bu durum, iki suç arasındaki benzerliklerden birine örnek teşkil eder.

⁴⁷⁸ **AKBULUT**, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m.238)”, s. 18.

⁴⁷⁹ **DEMİRBAŞ**, Genel Hükümler, (11), s. 208.

⁴⁸⁰ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 573.

⁴⁸¹ **AKBULUT**, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m.238)”, s. 16.

⁴⁸² **AYDIN, Nurullah**, Türk Suç ve Ceza Hukuku, Ankara 2008, s. 335; **ERDAĞ**, “Ekonomik, Sınai ve Ticari Suçlar”, s. 390.

taahhüdün yerine getirilmemesi sonucu kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olunacaktır. Failin tek hareketi ile kanunda düzenlenen birden fazla suçun oluşmasına neden olunması durumuna örnek teşkil eden söz konusu duruma TCK m. 44’de düzenlenen farklı nev’iden fikri içtima kurumunun uygulanması gerekmektedir⁴⁸³. Böylece faile daha ağır cezayı gerektiren edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı ceza verilecektir.

4.4. Görevi Kötüye Kullanma Suçu

TCK m. 257’de görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. Kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi suretiyle kişilerin mağduriyetine neden olması, kamu zararına yol açması veya kişilerden haksız menfaat temin etmesi halinde TCK m. 257/1’e göre cezalandırılacaktır. İkinci fıkrada ise ihmali suretle görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. Gerekçede yer alan ifadeye göre görevi kötüye kullanma suçuyla kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin sarsılmaması amaçlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için öncelikli olarak kamu görevlisinin görev alanına giren bir tasarrufta bulunması gerekir⁴⁸⁴. Ayrıca suçun oluşabilmesi için kanunda ifade edilen kişilerin mağduriyeti, kamu zararı veya kişilerden haksız yarar sağlama hallerinden birinin gerçekleşmesi gerekir. Belirtilen hallerin hukuki niteliği hususunda, bunların suçun neticesi olduğu yönünde⁴⁸⁵ ve objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönünde⁴⁸⁶ iki farklı görüş vardır.

Görevi kötüye kullanma suçu kamu görevlilerinin görevleri sırasında işleyebilecekleri suçlar bakımından tamamlayıcı norm niteliğindedir⁴⁸⁷. Buna göre failin gerçekleştirdiği davranış ancak başka bir suç oluşturmuyorsa görevi kötüye kullanma suçuna başvurulabilir. Yani görevi kötüye kullanma suçu ile diğer suçlar arasında görünüşte içtima ilişkisi vardır⁴⁸⁸. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile görevi kötüye kullanma suçu arasında da böyle bir ilişki bulunmaktadır. Kabul eden fail, edimin ifasına fesat karıştırma

⁴⁸³ **DÜLGER**, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, s. 233; **EKER KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (2), s. 238.

⁴⁸⁴ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (13), s. 993.

⁴⁸⁵ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (9), s. 1072; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (13), s. 996.

⁴⁸⁶ **ÖZGENÇ**, *İzzet, İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 170; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 1113.

⁴⁸⁷ **ÖZGENÇ**, *İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, (2), s. 154.

⁴⁸⁸ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, (10), s. 689.

kastıyla hileli hareketlere başvurmamakla birlikte görevinin gerekliliklerine de uygun hareket etmeyerek kusurlu ifanın kabulü sonucuna yol açarsa edimin ifasına fesat karıştırma suçundan değil görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılacaktır⁴⁸⁹.

4.5. Zimmet Suçu

Zimmet suçu, TCK m. 247 vd. düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin görevi dolayısıyla zilyetliği kendisine devredilen veya koruma ve gözetlemekle yükümlü olduğu malı, tahsis amacı dışında kendisi veya üçüncü kişi yararına alması zimmet suçunu oluşturur⁴⁹⁰. Zimmete geçirme eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder⁴⁹¹. Bu durumda suç konusu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi, bir başkasına satılması, verilmesi şeklinde zimmet suçu işlenebilir⁴⁹². 765 sayılı TCK'nın aksine mevcut kanunda suçun konusu bakımından sadece mal ifadesine yer verilmiştir. Ancak mal ifadesi para ve para yerine geçen evrakları da kapsayıcı niteliktedir⁴⁹³.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması halinde yükleniciye gereğinden fazla miktarda ödeme yapılmış olmaktadır. Şartnameye aykırı bir edim için şartnameye uygunmuş gibi ödeme yapılması halinde zimmet suçu oluşmaz. Yapılan fazla ödeme edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilecektir. Ancak şartname veya sözleşmeye uygun edim için ödenmesi gereken miktardan fazla ödeme yapılması halinde

⁴⁸⁹ "... tarihinde yapılan, Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü .. A Termik Santrali İşletme Müdürlüğü'nün ..'deki Sosyal Site 1-3'de bulunan kazan dairelerinin yaklaşık 1 yıllık ihtiyacı olan özel kalorifer yakıtının(fuel oil 4) işletme teslimi satın alınması ihalesinin, 2.424.200.00 TL bedelle sanık M.. G..'ın müdürü olduğu .. Petrol Ür. Nak. Mah. Kuy. Tem. San. Tic. Ltd. Şti lehine sonuçlandığı, kesinleşen ihale kararına istinaden .. tarihinde imzalanan sözleşme uyarınca 14/11/2008-20/02/2009 tarihleri arasında, 44 adet teslimat ile 785.340 kg yakıt teslimi yapıldığı ancak bu yakıtın 722.100 kg'nun teknik şartnameye, ihale kararına ve sözleşmeye aykırı şekilde, fuel oil 4 yerine, fiyat olarak daha ucuz olan fuel oil 6 olduğu, bu şekilde ihale kararında ve sözleşmede evsafi belirtilen maldan başka bir malı teslim eden sanık M.. G..'ın edimin ifasına fesat karıştırma, muayene ve kabul komisyonu kurmayan, ticaret ve laboratuvar servisi görevlilerini denetlemeyen sanıklar A.. Ö., M.. O.. ve M.. Y.. ile firmanın sunduğu belgeleri gereği gibi incelemeyen sanık M.. Y.. ve usulüne uygun şahit numune bulundurmada yakıt analiz tesellüm föyleri düzenleyen diğer sanıkların ise görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri iddiasıyla cezalandırılmalarının talep edildiği ... Sanıklardan, işletme müdürü A.. Ö., işletme müdür yardımcısı M.. O.. ve M.. Y.. ile ticaret servisi şefi M.. Y..'ın sübutu kabul edilen, muayene ve kabul komisyonu kurmama, ibraz edilen belgeleri incelememe ve alt birimleri denetlememe şeklinde eylemlerinin TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı Kanununun 257/1. maddesinin uygulanması..." (Yargıtay 5. CD, 16.04.2015, E.2013/5024, K.2015/10476)

Yargıtay vermiş olduğu kararda kamu görevlisi faillerin fiillerinin edimin ifasına fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden birisini oluşturmadığı gerekçesiyle, edimin ifasına fesat karıştırılmış olmasına rağmen, görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması gerektiğini belirtmiştir.

⁴⁹⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 934.

⁴⁹¹ ÖZGENÇ, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, (1), s. 139.

⁴⁹² TCK m. 247 gerekçesi.

⁴⁹³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (3), s. 883.

zimmet suçu oluşacaktır. Örneğin fiyat farkı veya hakediş hesabında yapılan hile sonucu yükleniciye kasten fazla ödeme yapılması zimmet suçunu oluşturabilir. Ayrıca madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere zimmet suçu bakımından ziyade geçirilen malın mülkiyetinin devlete ait olması ile herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır. Bu nedenle kabul edenin, fazla teslim edilen malı tam teslim edilmiş gibi kabul etmesi ya da tam teslim edilmiş malın bir kısmını zimmetine geçirerek kabul işlemini gerçekleştirmesi hallerinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu değil zimmet suçu oluşacaktır.

4.6. Rüşvet Suçu

TCK m. 252/1’de rüşvet suçu görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlamak şeklinde tanımlanmıştır. Temin edilen haksız menfaatin belli bir amaca yönelik olması gerektiği için rüşvet amaç suç niteliğindedir⁴⁹⁴. Rüşvet suçu, rüşvet veren ile rüşvet alan olmak üzere iki tarafın bulunması ve bunların farklı yönlerde aynı amaca yönelik hareket etmelerinin zorunlu olmasından dolayı karşılaşma suç niteliğindedir⁴⁹⁵.

Edimin ifasına fesat karıştırma ve rüşvet suçu arasında amaç suç-araç suç ilişki kurulabilir. Bu durumda TCK m. 236/3’te yer alan gerçek içtima düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Özellik arz eden diğer durumlar ise rüşvet anlaşmasına varılması rağmen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tamamlanamaması hali ile edimin ifasına fesat karıştırma amacıyla hareket edilmesine rağmen rüşvet anlaşmasına varılamaması halidir. Rüşvet suçu için taraflardan birinin teklifte bulunması yeterlidir. TCK m. 252/3 gereği ise tarafların anlaşması halinde suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacaktır. Ancak edimin ifasına fesat karıştırılması amaçlanarak karşı tarafa rüşvet talebinde veya menfaat temini hususunda teklifte bulunulması edimin ifasına fesat karıştırma suçunun icrasına başlanıldığı anlamına gelmez. Bu nedenle söz konusu suça teşebbüs bakımından teslim etme veya kabul etme fiillerinin icrasına doğrudan doğruya başlanıp başlanılmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁴⁹⁴ ÖZGENÇ, İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, (2), s. 77.

⁴⁹⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15), s. 1091; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (9), s. 1065.

SONUÇ

Günümüzde hangi ekonomik sistem benimsenmiş olursa olsun devletlerin kamu harcamaları, ekonomilerinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Ekonomik düzen bakımından son derece önemli olan bu harcamalar üzerinde sadece belli bir kesimin değil toplumun tamamının yararı vardır. Bu toplumsal yarar doğrultusunda ihale sürecinin rekabetçi ve şeffaf olması için tüm hukuk düzenlerinde ihale sürecini koruyucu kanuni düzenlemelere gidilmiştir. Yapılan kanuni düzenlemelerde sürecin korunmasında etkin mücadeleyi sağlamak adına yer alan idari ve hukuki yaptırımlara ilaveten ihale sürecine katılan kişilerin cezai sorumlulukları da söz konusu olmaktadır. Türk hukuk sisteminde de benzer düzenlemelere yer verilmek suretiyle ihale süreci koruma altına alınmıştır.

İhale süreci temel olarak ikiye ayrılmaktadır. İhale yetkilisinin ihale onayını vermesinden sözleşmenin imzalanma aşamasına kadar olan birinci bölüm ihale süreci olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmenin imzalanmasından sona ermesine kadar olan ikinci bölüm ise sözleşme (edimin ifası) süreci olarak kabul edilmektedir. Bu temel ayrım ile paralellik arz eden mevzuata bakıldığında ise kamu ihale sürecine ilişkin temel olarak iki kanunun yer aldığı görülmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ihale sürecini, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise sözleşme sürecini düzenlemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da bu ayrım esas alınmak suretiyle ihale sürecine ilişkin suçlar iki madde altında toplanmakla birlikte TCK m. 236'da sözleşme sürecine ilişkin ilk defa bağımsız bir suç niteliği taşıyan edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihdas edilmiştir.

İlk defa bağımsız bir suç olarak 5237 sayılı TCK'da düzenlenmekle birlikte edimin ifası sürecine ilişkin olarak geçmiş dönemlerde de çeşitli düzenlemeler yer almaktaydı. 765 sayılı TCK'nın ihale süreci bakımından dağınık ve karmaşık yapısındaki 205. ve 362. maddeler mevcut düzenlemedeki edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karşılığını oluşturduğu kabul edilmektedir.

Ekonomik suç ve beyaz yaka suçu olarak kabul edilebilecek olan ihale suçlarında korunan hukuki değer benzer niteliktedir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla korunan hukuki değer ise karma nitelik taşımaktadır. Söz konusu suç ile bir yandan ekonominin

işleyişi korunmakla birlikte diğer yandan kamu görevlilerine duyulan toplumsal güvenin korunması amaçlanmaktadır.

TCK m. 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin seçimlik hareketlerin kaleme alınışında yeknesak bir sistemin takip edilmemesinden kaynaklanan bazı çelişkili durumlar mevcuttur. Bu çelişkili durumların en çok önem arz edeni kimlerin fail olabileceği bahsidir. TCK m. 236/2'de yer alan seçimlik hareketlerden "a" ve "b" bendinde kabul edilme ve teslim edilmeden; "c", "d" ve "e" bendinde ise sadece kabul edilmeden bahsedilmiştir. Kabul etme ve teslim etme ifadelerinden hareketle söz konusu suçun bir özgü suç olduğunu ifade etmek mümkündür. Buna göre sadece kabule ve teslime yetkili kişiler fail olarak değerlendirilebilecektir. Kabulde ve teslimde kimlerin yetkili olduğu belirlenirken ise ihale mevzuatındaki düzenlemelerden hareket etmek gerekmektedir. Teslim etme ve kabul etmenin kapsamlı bir faaliyet olmasından dolayı geniş yorumlanması gerekmektedir. Teslime yetkili olduklarından bahisle fail sıfatını alabilecek olanlar yüklenici, ortak girişimi oluşturan gerçek kişiler veya tüzel kişiler adına hareket eden ve temsile yetkili gerçek kişiler ile alt yüklenicilerdir. Kabule yetkili olduklarından bahisle fail sıfatını alabilecek olanlar ise esas olarak kesin muayene ve kabul komisyonu üyeleri olmakla birlikte muayene sürecine katılan laboratuvar muayenesini gerçekleştiren kişiler, kontrol teşkilatı üyeleri, yapı denetim görevlileri, geçici kabul komisyonu üyeleri ve ihale yetkilisi de kabul eden olarak değerlendirilebilecektir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, TCK'da topluma karşı işlenen suçların düzenlendiği üçüncü kısımda yer almaktadır. Bu nedenle toplumu oluşturan bireylerin tamamını suçun mağduru olarak kabul etmek gerekmektedir. Suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilecek olan kurumlar ise birinci fıkrada tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ve kooperatifler suçtan gören olabilecektir. 5237 sayılı TCK'da ihale suçları bakımından yapılan bu sayım suçun kapsamını kamu yararı doğrultusunda oldukça genişletmiştir.

Söz konusu suçun unsurları arasında suçun konusu ayrı bir öneme sahiptir. Özellikle idarenin taraf olduğu hangi tür işlemlerin suçun konusunu oluşturabileceğinin belirlenmesi elzemdir. Ayrıca seçimlik hareketlerde edimin türü bakımından sınırlamaya gidilmiştir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından idarenin taraf olduğu iki taraflı işlemler önem arz etmektedir. İdarenin taraf olduğu iki taraflı işlemler ise temel olarak idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. İhale mevzuatına ilişkin temel kanunlar ve ihale suçları idarenin özel hukuk sözleşmeleri esas alınarak hazırlanmıştır. İhaleye fesat karıştırmaya ilişkin farklı değerlendirmelerin yapılması mümkün olmakla birlikte söz konusu suçun konusunu sadece özel hukuk sözleşmelerine dayalı edimler oluşturabilecektir. Ayrıca taahhüt edilen edimin mutlaka ihaleye dayalı olarak imzalanan bir sözleşmeden kaynaklanması gerekmediği gibi ihale sonrasında sözleşmenin imzalanmadığı istisnai hallerde de edim suçun konusunu oluşturabilecektir. Birinci durum için doğrudan temin yöntemi, ikinci durum için ise pazarlık yöntemi örnek olarak gösterilebilir.

Edimin türü bakımından ise sadece “c” bendinde sınırlamaya gidilmemiştir. Diğer bentlerde mal, yapım ve hizmet niteliğindeki edimlere ilişkin sınırlamalar yer almaktadır. “c” bendindeki düzenleme gereği suçun konusuna ilişkin kural olarak bir sınırlamanın olmadığını söylemek mümkündür.

Suçun, zarar suçu-tehlike suçu ayrımındaki yeri tartışmalı olmakla birlikte 6459 sayılı Kanuna ilişkin önerenin gerekçesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından yapılan değerlendirmede bu suçun zarar suçu olduğu ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak da ihaleye fesat karıştırma suçunun yaptırımında değişikliğe gidilmiştir. Ayrıca seçimlik hareketlerin kaleme alınış biçiminden anlaşılacağı üzere suçun oluşması için bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle edimin ifasına fesat karıştırma suçunu zarar suçu olarak kabul etmek gerekecektir.

TCK m. 236/2’de beş bent halinde seçimlik hareketler düzenlenmiştir. Buna göre suç bağlı hareketlidir. Herhangi bir fiil ile değil sadece belirtilen fiillerin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşacaktır. Hile unsuru tüm seçimlik hareketler bakımından ortak noktadır. Seçimlik hareketler açıkça ifade edilmesine rağmen hileli hareketlerin ne anlama geldiğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Hile, dolandırıcılık başta olmak üzere çeşitli suçların unsuru olmasına rağmen kanunda tanımlanmamıştır. Ayrıca hileye yüklenecek anlam hilenin yer aldığı tüm suç tiplerini kapsayıcı nitelikte olacaktır. Özellikle hileli davranışın aldatıcı nitelikte olmasının gerekip gerekmediği tartışmalı olmakla birlikte hilenin özünde aldatmaya elverişliliğin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, ancak aldatmaya elverişli davranışlar hile olarak telakki edilebilir. Hile, icrai davranışlarla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışlarla da gerçekleştirilebilir. Edimin ifasına fesat

karıştırma suçu bakımından hile, genel olarak teslim eden tarafından yapılmakta ve kabul edene yöneltilmektedir. Ancak hem teslim edenin hem de kabul edenin fail olduğu hallerde hilenin zarar gören tüzel kişiliğe yönelik olduğunun kabulü gerekmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun unsurları bakımından tartışmalı olan bir diğer nokta neticedir. Söz konusu suçun zarar suçu olarak kabulü beraberin neticeli suç olarak kabulünü gerektirip gerektirmediği tartışmalıdır. Kanaatimiz bu suç sırf hareket suçudur. Teslim etme ve kabul etme fiillerinin doğan sonucu olarak zarar meydana gelmekle birlikte suçun kanuni tanımında açıkça neticeye yer verilmemiştir. Bu nedenle meydana gelecek zararın netice olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca zarar suçlarında gerçekleştirilen tipik fiilin suçun konusu üzerinde somut bir zarara neden olması gerektiği için tipik fiilin gerçekleştirilmesine rağmen suçun konusu olan edim üzerinde zararın meydana gelmediği hallerde fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır.

Suç, kasten işlenebilmekle birlikte tipik hareketlerin yanı sıra hukuka uygunluk nedenlerinin meydana gelmesi pek mümkün olmayacaktır. Ancak ikincil mevzuatlarda kabule engel teşkil etmeyecek yoğunluktaki kusurun varlığı halinde yine kabul işleminin yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu hükmü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek mümkündür.

Teslim etme, kabul etmeye bağlı olarak tamamlanan bir fiildir. Kabul etme ise hukuki işlem olarak değerlendirilmektedir. Kabul etme işlemi muayene ve kabul komisyonunun düzenlediği kabul tutanağının ihale yetkilisi tarafından onaylanması ile tamamlanacaktır. Bu nedenle edim konusunun zilyetliğinin idareye devri ile başlayan teslim etme fiili kabul tutanağının onaylanması ile tamamlanacaktır. Söz konusu suç sırf hareket suçu olarak kabul edilirse kabul tutanağının onaylanması ile tamamlanmış olacaktır. Suça elverişli hareketlerin doğrudan doğruya icrasına başlanmasından belirtilen noktaya kadar olan davranışlar teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Fail bahsinde belirtilen sakıncalar iştirak bahsinde de yer almaktadır. Özgü suç olarak kabul edilen edimin ifasına fesat karıştırma suçunda sadece özel faillik sıfatını taşıyan kişiler fail olarak değerlendirilebilecektir. Suçun icrasına katılan diğer kişiler ise ancak şerik olabilmektedir. Bu durumda yapım işleri ve hizmet niteliğindeki edimlerin yüklenicileri tarafından gerçekleştirilen hileli ifalar bakımından edimin ifasına fesat karıştırma suçuna gidilememektedir. Neredeyse aynı davranışlar edimin türüne göre kimi hallerde

dolandırıcılık kimi hallerde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır. Mevcut durum kanun yapma tekniği ve ceza yargılamaları bakımından son derece sakıncalıdır.

Suçların içtimaı bakımından dikkat edilmesi gereken husus, aynı sözleşme kapsamında ifa edilen edimlere ilişkin davranışların hukuki anlamda tek fiil sayılmasıdır. Farklı sözleşme kapsamındaki edimlere fesat karıştırılması halinde ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Ayrıca TCK m. 236/3'te yer alan gerçek içtima düzenlemesi gereği bu suç kapsamında menfaat temin eden görevliler ayrıca ilgili suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun gerçekleştiği her durumda dolandırıcılık suçunun da gerçekleşmesinden dolayı iki suç arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi gerekmektedir. Belirtilen iki suç arasında görünüşte içtima ilişkisi vardır. Edimin ifasına fesat karıştırmada dolandırıcılık suçunun unsurlarının yanı sıra özel unsur olarak kabul edilebilecek seçimlik hareketler yer almaktadır. Bu nedenle edimin ifasına fesat karıştırma suçunu özel norm, dolandırıcılık suçunu ise genel norm olarak kabul etmek mümkündür. Özel normun genel norma göre önceliği ilkesi gereği somut durumda sadece edimin ifasına fesat karıştırma suçu uygulanacaktır.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki TCK m. 236/2'de yer alan seçimlik hareketlerin tamamında hem teslim etmenin hem de kabul etmenin suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece somut olaylar bakımından uygulanabilecek tek norm 236. madde olacaktır. Mevcut düzenlemede teslim edenin "c", "d" ve "e" bentleri bakımından da fail olabileceğini söylemek kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında neticeye yer verilmesi yerinde olacaktır. Böylece zararın meydana gelmediği haller bakımından yapılacak değerlendirme teşebbüs kapsamında kalacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki dolandırıcılık suçunun yaptırımında 6763 sayılı Kanun ile arttırıma gidilmesinde sonra edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yaptırımının da haksızlık içeriğine bağlı orantılılık ilkesi doğrultusunda tekrar değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, CHD, 2009/10.

AKBULUT, Berrin, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu”, CHD 2014/25.

AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2016.

ALTIPARMAK, Cüneyd, Türk Ceza Kanunu’nda İhaleye İlişkin Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2014.

ARSLAN, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, 3. Baskı, Ankara 2012.

ARSLAN, Çetin/AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara 2004.

ARSLAN, Çetin/TÖNGÜR, Ali Rıza, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, TAAD, 2013/14.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2015.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2016.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 5. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 5. Cilt, Ankara 2009.

- AYDIN, Nurullah**, Türk Suç ve Ceza Hukuku, Ankara 2008, s. 335.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:1, 3. Bası, İstanbul 2016.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul 2016.
- CHEMERNISKY, Erwin**, “Controlling Fraud Against The Government: The Need for Decentralized Enforcement”, Notre Dame Law Review, 1983/5.
- CHEMERNISKY, Erwin**, “Fraud and Corruption against the Government: A Proposed Statute to Establish a Taxpayer Remedy”, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 72.
- CİN ŞENSOY, Şehnaz**, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.
- ÇALIŞKAN, Suat**, İhale Kavramları ve İhale Suçları, Ankara 2013.
- CELİK, Kadir**, “Yeni Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, 2006/5.
- DANIŞMAN, Mustafa**, İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2011.
- DEMİR, Nazlı Hilal**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Fasikül Hukuk Dergisi, 2013/41.
- DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- DEMİRBAŞ, Timur**, Kriminoloji, 2. Baskı, Ankara 2005.
- DOĞAN, Koray**, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu”, TAAD, Y.:5, 2014/16.
- DOĞANYİĞİT, Sadettin**, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 15. Baskı, Ankara 2015.

DÖNMEZER, Sulhi, “Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu”, İstanbul 1987.

DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, 7. Bası, İstanbul 1984.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:1, 10. Baskı, İstanbul 1987.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2, 10. Baskı, İstanbul 1994.

DUNN, Allyson, “Government Contract Fraud”, American Criminal Law Review, Vol. 24:603.

DÜLGER, Murat Volkan, “Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt 1.

EKER KAZANCI, Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara 2011.

ERDAĞ, Ali İhsan, “Ekonomik, Sınai ve Ticari Suçlar”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2005/5.

EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C.: II, 2. Baskı, Ankara 1965.

EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2000.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.

ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1996.

ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.

GABRIEL, Mariya, “Corruption crimes in relation to public procurement”, Special Committee on Organised Crime, Corruption and Money Laundering (CRIM) 2012-2013.

GÖKCEN, Ahmet, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2005/6-7.

GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.

GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat, “Dolandırıcılık Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.:14, 2008/1-2.

GÖKTÜRK, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, CHD, 2015/27.

GÖKTÜRK, Neslihan, Fikri İçtima, Ankara 2013.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Bursa 2009.

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Bursa 2014.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016.

İÇEL, Kayıhan, “Eski ve Yeni Ceza Yasalarımız Çerçevesinde Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları Bağlamında Zamanaşımı ve Lehe Yasanın Belirlenmesi Sorunları”, İTÜSBD, 2012/22.

İÇEL, Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İTÜSBD, 2008/14.

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.

İÇEL, Kayıhan/SOKULLU AKINCI, Füsün/ ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih/ÜNVER, Yener, Suç Teorisi 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2000.

İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara 2009.

İNAN, Atilla, İhale Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, Ankara 2014.

KAPLAN, Mahmut, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, İÜHFİM, C. LXXI, 2013/1.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, TAAD, 2013/13.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016.

KOCA, Mehmet Reis, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar”, Uyuşmazlık Dergisi, C.:2, 2014/2.

KOCA, Mehmet Reis, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2014.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan/AKİPEK, Şebnem, “Kamu İhale Sözleşmeleri”, Mali Hukuk, 2003/103.

MERAN, Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Ankara 2014.

NASH, Ralph C./Schooner, Steve L./O’BRIEN-DEBAKEY, Karen R./Edwards, Vernon J., The Government Contracts Reference Book, 3rd Edition, Washington 2007.

ODYAKMAZ, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, GÜHFD, C.:II, 1998/1-2.

ORMANOĞLU, Burhan/BÜYÜKBAŞ, Ercan, “Muayene ve Kabul İşlemleri: Hizmet Alımı İhaleleri Kapsamında Değerlendirmeler”, Mali Hukuk, Y.:27, 2012/159.

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1991.

ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2014.

ÖZGENÇ, İzzet, “Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu”, Ankara 2005.

ÖZGENÇ, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002.

ÖZGENÇ, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 4. Bası, Ankara 2013.

ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013.

ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, İstanbul 1996.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2016.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. Bası, Ankara 2005.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016.

PARLAR, Ali, Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara 2011.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014.

SARITAŞ, Hatice, “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Sayıştay Dergisi, 2009/73.

SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu II. Cilt, Ankara 1995.

SEZGİNER, Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, GÜHFD, C.: XI, 2007/1-2.

SEZGİNER, Murat, “Kamu İhale Hukukunda Sorunlar”, Elazığ Barosu Dergisi, C.:1, 2009/4.

SEZGİNER, Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016.

SOYASLAN, Doğan/KEMER, Mustafa/GÜLSEVEN, Mustafa, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2014.

ŞEN, Ersan/AKSÜT, Ertekin, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 4. Baskı, Ankara 2014.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2016.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Ankara 2015.

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.

TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 22. Baskı, Ankara 2016.

TUNA, Mustafa Oğuz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, İstanbul 2014.

UZ, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005.

UZ, Abdullah, Kamu İhale Sözleşmeleri, Ankara 2010.

ÜNAL, Nurdoğan/EROL, Mesut, Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2016.

ÜNAL, Nurdoğan/EROL, Ramazan/EROL, Mesut, İhale ve Sözleşme Yönetiminde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları, Ankara 2015.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014.

YAŞIN, Mehmet, “İhale İstisnası Kamu Satın Alımlarında Edimin İfasına Fesat Karıştırılması Mümkün Müdür?”, Mali Kılavuz, 2007/97.

YERDELEN, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Ankara 2013.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Ankara 2014.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2015.

http://ec.europa.eu/antifraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf.

<http://www.legislationline.org>.

<http://www.oecd.org/gov/ethics/public-procurement.htm>.

<http://www.tdk.gov.tr>.

https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en.